



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI**  
**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**  
**Cattedra di diritto processuale penale**

# **ORDINAMENTO GIUDIZIARIO PENALE**

**di Leonardo Filippi**

**anno accademico 2019-2020**

## INDICE – SOMMARIO

Considerazioni preliminari. ....	5
<b>I. I PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE</b> .....	<b>6</b>
1. I modelli inquisitori e accusatori. ....	6
2. Il “giusto” processo secondo la Costituzione. ....	7
2.1. <i>La giustizia amministrata “in nome del popolo”.</i> .....	8
2.2. <i>La terzietà e imparzialità del giudice.</i> .....	9
2.3. <i>La parità tra le parti.</i> .....	10
2.4. <i>La ragionevole durata del processo.</i> .....	11
2.5. <i>La presunzione di innocenza.</i> .....	13
2.6. <i>L’informazione sulla natura e i motivi dell’accusa.</i> .....	15
2.7. <i>Il diritto dell’accusato a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa.</i> .....	16
2.8. <i>Il diritto di interrogare il proprio accusatore e il teste a difesa.</i> .....	16
2.9. <i>Il diritto all’interprete.</i> .....	17
2.10. <i>La difesa dei non abbienti.</i> .....	18
2.11. <i>Il contraddittorio sulla prova già acquisita.</i> .....	18
2.12. <i>Il contraddittorio nella formazione della prova.</i> .....	19
2.13. <i>Le eccezioni alla formazione della prova in contraddittorio.</i> .....	21
2.14. <i>L’obbligatorietà dell’azione penale.</i> .....	23
2.15. <i>L’oralità della prova.</i> .....	26
2.16. <i>L’immediatezza della prova.</i> .....	26
2.17. <i>La concentrazione del dibattimento.</i> .....	26
2.18. <i>La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.</i> .....	27
2.19. <i>La garanzia delle impugnazioni e del ricorso per cassazione.</i> .....	27
2.20. <i>La riparazione dell’errore giudiziario.</i> .....	28
2.21. <i>Le libertà fondamentali.</i> .....	29
3. L’ “equo” processo secondo le convenzioni sovranazionali. ....	29
3.1. <i>La pubblicità del giudizio (al contrario della segretezza degli atti di indagine).</i> .....	29
3.2. <i>Il diritto dell’accusato al silenzio.</i> .....	31
<b>II. LE GARANZIE PER LA MAGISTRATURA</b> .....	<b>32</b>
1. La riserva assoluta di legge a tutela della magistratura. ....	32
2. Le diverse “funzioni” (non “gradi”) dei magistrati. ....	32
3. L’indipendenza “esterna” della magistratura. ....	32

4. I compiti “non invasivi” del Ministro della Giustizia .....	33
5. L’ “inamovibilità” del magistrato. ....	36
6. L’ “incompatibilità ambientale” del magistrato. ....	36
7. L’accesso e il ruolo della magistratura. ....	37
8. Il collocamento fuori ruolo del magistrato. ....	39
9. Il divieto di arbitrato.....	41
10. La magistratura onoraria.....	41
11. La “geografia giudiziaria”.....	43
12. Il Consiglio Superiore della Magistratura .....	43
<b>III. IL GIUDICE .....</b>	<b>47</b>
1. I giudici “ordinari”. ....	47
2. I giudici “speciali”. ....	51
3. I giudici “specializzati”. ....	52
4. I giudici “straordinari”.....	53
5. L’ “autonomia” del giudice. ....	54
6. L’indipendenza “interna” del giudice e l’ <i>overruling</i> giurisprudenziale. .	55
7. L’indipendenza dei giudici speciali, dei giudici popolari e degli esperti. .	57
8. Il giudice “terzo e imparziale”. ....	57
9. Il giudice “naturale precostituito per legge”. ....	60
<b>IV. IL PUBBLICO MINISTERO .....</b>	<b>63</b>
1. Il magistrato del pubblico ministero. ....	63
2. Le funzioni del pubblico ministero. ....	65
3. Gli uffici del pubblico ministero. ....	67
4. La Procura distrettuale antimafia e la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo.....	69
5. Il “collegio per le indagini” sui reati ministeriali. ....	72
6. Il “collegio d’accusa” contro il Presidente della Repubblica. ....	73
7. La Procura europea. ....	73
8. L’Agenzia europea per la cooperazione giudiziaria penale. ....	74
9. La “dipendenza funzionale” della polizia giudiziaria al Pubblico ministero. ....	75
<b>V. LA RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO.....</b>	<b>77</b>

<b>1. La responsabilità del magistrato .....</b>	<b>77</b>
<b>2. La responsabilità disciplinare.....</b>	<b>77</b>
<b>2.1 Gli illeciti disciplinari.....</b>	<b>77</b>
<b>2.2. Il procedimento disciplinare. ....</b>	<b>82</b>
2.2.1. <i>L'azione disciplinare.</i> .....	82
2.2.2. <i>Le indagini preliminari.</i> .....	83
2.2.3. <i>L'archiviazione de plano del P.G.</i> .....	84
2.2.4. <i>La chiusura delle indagini.</i> .....	86
2.2.5. <i>Il giudizio.</i> .....	87
2.2.6. <i>Il ricorso in cassazione.</i> .....	89
2.2.7. <i>La revisione.</i> .....	90
<b>3. La responsabilità civile. ....</b>	<b>91</b>
<b>4. La responsabilità penale. ....</b>	<b>95</b>
<b>5. La responsabilità contabile. ....</b>	<b>96</b>

## Considerazioni preliminari.

L'ordinamento giudiziario disciplina il ruolo sia del giudice sia del pubblico ministero, i quali trovano la loro regolamentazione anzitutto nella **Costituzione**, nelle **convenzioni sovranazionali**, nei **principi del codice di procedura penale** e poi nell'**ordinamento giudiziario** (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 e succ. mod.), che è lo “statuto interno” della magistratura.

**Ma, nonostante abbiano in comune l'assetto ordinamentale, il giudice deve essere nettamente distinto dal pubblico ministero.** Il giudice, infatti, è l'organo giurisdizionale, cioè colui che giudica, che esercita la funzione giurisdizionale. L'aggettivo “giurisdizionale” deriva dalla locuzione latina *ius dicere* (che significa “pronunziare sentenza”), “decidere” in materia di giustizia: il giudice, quindi, è colui che amministra giustizia, cioè che giudica. Invece il pubblico ministero è il magistrato che rappresenta la parte pubblica che, esercitando l'azione penale, avvia il processo penale.

# I I PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE

## 1. I modelli inquisitori e accusatori.

La storia del processo penale è il termometro dell'evoluzione o dell'involuzione della civiltà dei Paesi nei diversi tempi storici<sup>1</sup>.

In Italia sono storicamente esistiti **diversi modelli processuali, dapprima marcatamente inquisitorio e poi tendenzialmente accusatorio.**

Il **processo inquisitorio** è quello in cui è lo stesso **giudice (anziché il pubblico ministero) ad iniziare il processo**, svolgere le indagini, **raccogliere le prove**, per cui egli è **giudice ed insieme accusatore**. Tale processo è caratterizzato dalla **segretezza e scrittura nell'assunzione della prova**. **Non esistono limiti all'ammissibilità delle prove (compresa la tortura, ampiamente usata anche dal Sant'Uffizio)**. Vigge la **presunzione di colpevolezza** e di conseguenza la regola è la **carcerazione preventiva** dell'imputato, che attende in carcere la sentenza definitiva. Unica concessione alla difesa è l'**ampia possibilità di impugnare**.

Il **processo accusatorio**, invece, si distingue proprio perché l'**iniziativa del processo è lasciata alla parte** (nel processo penale il pubblico ministero) e spetta **alle parti anche l'iniziativa probatoria**. È accolto il **principio della separazione delle funzioni processuali** (attività di indagine distinta dall'assunzione della prova). Nell'assunzione della prova si attua il **contraddittorio** (in luogo della segretezza tipica del sistema inquisitorio) e la prova è dominata non dalla scrittura ma dall'**oralità**. La **prova subisce dei limiti di ammissibilità**. Vigge la **presunzione di innocenza** e di conseguenza la regola è la libertà dell'accusato e **la custodia cautelare è l'eccezione**. Anche le **impugnazioni risultano limitate** in considerazione delle maggiori garanzie offerte dal rito accusatorio.

Ovviamente questi sono modelli astratti, perché poi in concreto ogni ordinamento adotta un codice di procedura penale ispirato prevalentemente all'uno o all'altro modello. In Italia il **codice del 1930** era **prevalentemente inquisitorio**, l'attuale **codice del 1988** è invece **tendenzialmente accusatorio**, perciò dominato dall'oralità della prova e il giudice, persona fisica diversa dall'accusatore e dalle parti, che non è coinvolto nelle indagini, né nella raccolta, e prima ancora, nella ricerca delle prove. È affare delle parti ricercare le prove e farle assumere dal giudice. Il giudice deve essere, appunto, svincolato sia dall'iniziativa probatoria, sia dall'iniziativa del processo che spetta ad una delle parti.

---

<sup>1</sup> Francesco Mario Pagano nelle sue *Considerazioni sul processo criminale*, stampato a Milano nel 1801,

**Il processo inquisitorio inizia d'ufficio**, nel senso che lo mette in moto lo stesso giudice di sua iniziativa, ma in questo modo il giudice si trasforma in una parte perché **è il medesimo giudice che mette in moto un processo e lo decide** e ciò vuol dire che sta rivolgendo una domanda a se stesso. Un processo, di qualunque tipo sia, ha per oggetto una domanda (il *petitum*): se è lo stesso giudice a mettere in moto un processo, vuol dire che ha in mente un *petitum*, qualcosa da chiedere. Ma **è lo stesso giudice che rivolge una domanda, un *petitum*, a se stesso che diventa il giudice della sua stessa domanda, che non potrà che essere accolta**; quindi, è un giudice che ha già in mente ciò che deve chiedere, lo chiede a se stesso e decide egli stesso.

**Il processo accusatorio si distingue da quello inquisitorio anzitutto per la separazione dei ruoli dell'accusa e del giudice, perché è il pubblico ministero (p.m.) che lo attiva, con una sua richiesta** (di archiviazione, di esercizio dell'azione penale e di rinvio a giudizio dell'imputato, di misura cautelare, di impugnazione) **ad un giudice che decide (principio della domanda)**.

La caratteristica del **"giusto processo"** è proprio che **deve essere sempre una parte a rivolgere la domanda al giudice**. Nel processo civile la parte che agisce, si chiama attore; nel processo penale è il pubblico ministero, parte pubblica che, appunto, ha il compito di avviare il processo penale. Quindi, il **"giusto processo"**, delineato dall'**art. 111 Cost.**, ha queste caratteristiche: **si deve svolgere nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità**.

Storicamente in Italia sono stati in vigore diversi **codici prima dell'unità d'Italia, avvenuta, com'è noto, con la proclamazione del Regno d'Italia il 17 marzo 1861<sup>2</sup>**.

## **2. Il "giusto" processo secondo la Costituzione.**

**L'art. 111 Cost. è una norma che, relativamente ai principi del "giusto processo", è stata introdotta nella nostra Costituzione da una legge costituzionale, la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, che, attuando una revisione costituzionale, ha introdotto i cosiddetti principi del "giusto processo",**

---

<sup>2</sup> Tra tali codici preunitari si possono ricordare solo i principali, quali il codice penale toscano del 1786, chiamato "Leopoldino" dal nome del sovrano Pietro Leopoldo, il "codice Romagnosi" di stampo napoleonico, emanato a Milano l'8 settembre 1807, il codice penale e processuale per il principato di Lucca del 1807, il "Codice per lo Regno delle Due Sicilie", parte quarta, emanato a Napoli (codice napoletano) il 26 marzo 1819, il "codice albertino", che risale al 30 ottobre 1847. Ma fu il secondo codice piemontese del 20 novembre 1859, che venne poi esteso alla penisola, con alcuni adattamenti, con r.d. 26 novembre 1865, a diventare il primo codice del Regno d'Italia. Le codificazioni successive all'unità d'Italia del 1861 seguirono con l'approvazione del codice del 27 febbraio 1913 del ministro Finocchiaro Aprile, in vigore dal 1 gennaio 1914. Quindi il codice Rocco (dal nome del guardasigilli Alfredo Rocco), approvato in piena epoca fascista con r.d. 19 ottobre 1930, n. 1399, è rimasto in vita anche in epoca repubblicana fino al 1989, dopo alcune novelle (la principale è del 1955) rese necessarie per adeguarlo al sistema democratico instaurato con la Costituzione del 1947. A questo è succeduto l'attuale "codice Vassalli", dal nome del ministro della giustizia del tempo, frutto dell'elaborazione della commissione ministeriale presieduta dal prof. Giandomenico Pisapia, approvato con d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, ed entrato in vigore il 24 ottobre 1989.

**aggiungendo cinque commi all'art. 111 Cost. che originariamente era di soli due commi, tratteggiando le linee di un processo accusatorio.**

L'art. 111 Cost. si ispira all' "equo processo" delineato dall'art. 6 Conv. e.d.u. e, ancora prima, alla clausola del *due process of law*, introdotta dal **XIV Emendamento (1868) alla Costituzione nordamericana del 1787**<sup>3</sup>.

L'art. 111, comma 1, Cost. stabilisce, in via generale, che «**la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge**», disposizione **applicabile a qualsiasi giurisdizione**, sia essa civile, penale o amministrativa<sup>4</sup>.

Il "giusto processo" deve essere «regolato dalla legge». Il "giusto processo" quindi è quello descritto dal codice di procedura penale, con un rinvio al legislatore, una **riserva di legge** e deve essere pertanto la legge a regolare casi e modalità con cui si deve svolgere il giusto processo. Sotto questo profilo l'art. 111, comma 1, Cost. introduce il **principio di legalità processuale**, simmetrico a quello imposto dall'art. 25, comma 2, Cost. per il diritto penale sostanziale, da cui consegue la necessità che il processo sia compiutamente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative. Trattandosi di un principio di garanzia per l'accusato, ne discende che **la disciplina codicistica, come le fattispecie incriminatrici, non è suscettibile di interpretazioni analogiche in malam partem, ossia tese a limitare i diritti processuali riconosciuti all'imputato.**

### ***2.1. La giustizia amministrata "in nome del popolo".***

L'art. 101, comma 1, Cost. afferma il fondamentale principio per cui **la giustizia è «amministrata in nome del popolo**», facendo così risalire alla volontà popolare le decisioni giurisdizionali (art. 125, comma 2, c.p.p.).

La disposizione vuol segnare il netto passaggio dalla monarchia alla repubblica e contrapporsi in questo modo all'art. 68 dello Statuto albertino che, invece, recitava che «la giustizia emana dal re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce».

Tale richiamo al "popolo" è il medesimo di quello contenuto nell'art. 1 Cost., dove si afferma che la sovranità appartiene al popolo e vuol significare che la giustizia non deve essere una giustizia di classe, ma popolare, cioè una giustizia uguale per tutti, richiamando così l'art. 3 Cost.

---

<sup>3</sup> Secondo il XIV Emendamento «tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà, senza un regolare processo secondo il diritto; né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi» (sezione I).

<sup>4</sup> L'art. 111, comma 1, Cost. non è applicabile però alle *Authority* che non sono stati considerate organi di giustizia in senso proprio, ma "organi giustiziali": Cass, sez. II civ., 3 gennaio 2019, n. 4/2019, in riferimento alla CONSOB).



Il principio comporta la necessità di un costante controllo dell'opinione pubblica sull'amministrazione della giustizia, attuato mediante diversi istituti, tra i quali soprattutto quello della pubblicità dell'udienza.

## **2.2. La terzietà e imparzialità del giudice.**

Anche la terzietà e imparzialità del giudice sono caratteristiche sia del “giusto” processo (art. 111 Cost.) che dell’”equo” processo (l’art. 6 C.E.D.U. esige un “tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”, mentre l’art. 14 Patto internazionale prescrive un “tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge”).

L’art. 111 Cost. è una disposizione che, relativamente ai principi del “giusto processo”, è stata inserita nella nostra Costituzione da una legge costituzionale, la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Tale legge, attuando una revisione costituzionale, ha introdotto i cosiddetti **principi del “giusto processo”**, aggiungendo cinque commi all’art. 111 Cost., che originariamente era di soli due commi, tratteggiando in questo modo le linee di un **processo marcatamente accusatorio**.

L’art. 111 Cost. si ispira all’art. 6 Conv. eur. e, ancora prima, alla clausola del *due process of law*, introdotta dal **XIV Emendamento (1868) alla Costituzione nordamericana del 1787**<sup>5</sup>.

Il primo comma dell’art. 111 Cost. stabilisce, in via generale, che «**la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge**»: una disposizione **applicabile a qualsiasi giurisdizione**, sia essa civile, penale o amministrativa. Secondo tale disposizione il “giusto processo” deve essere «regolato dalla legge»: il rinvio al legislatore, valevole come **riserva di legge**, impone, pertanto, che sia la legge – nell’ambito penale, il codice di procedura penale – a regolare casi e modalità in cui si deve svolgere il giusto processo.

Sotto questo profilo l’art. 111, comma 1, Cost. introduce il **principio di legalità processuale**, simmetrico a quello imposto dall’art. 25, comma 2, Cost. per il diritto penale sostanziale: da esso consegue la necessità che il processo sia compiutamente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative. Trattandosi di un principio di garanzia per l’accusato, esso comporta, altresì, che **la disciplina codicistica, come le fattispecie incriminatrici, non sia suscettibile di interpretazioni analogiche in malam partem, ossia tese a limitare i diritti processuali riconosciuti all’imputato**.

---

<sup>5</sup> Il XIV Emendamento alla Costituzione nordamericana stabilisce che «tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà, senza un regolare processo secondo il diritto; né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l’eguale protezione delle leggi» (sezione I).

### **2.3. La parità tra le parti.**

L'art. 111, comma 2, Cost. stabilisce che le **parti devono essere in condizioni di parità**. Naturalmente, questo principio va inteso *cum grano salis*, cioè con ragionevolezza. Perché una delle parti necessarie, il pubblico ministero, è una parte pubblica, mentre le altre (imputato, parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria) sono tutte parti private. Il **pubblico ministero si differenzia dalle parti private perché, essendo una parte pubblica, ha una funzione pubblica: secondo l'art. 73 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario, il pubblico ministero «veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge».**

Il pubblico ministero deve essere quindi su un piede di parità con le altre parti, ma soltanto al momento del contraddittorio, perché al di fuori di questo momento la parte pubblica, ovviamente, ha poteri che sono ben maggiori di quelli che sono attribuiti alla parte privata. Basti pensare che il pubblico ministero dispone della polizia giudiziaria sulla quale non può contare la parte privata. La parte privata si può rivolgere ad un investigatore privato ma c'è una bella differenza tra la polizia giudiziaria e l'investigatore privato, che non ha poteri coercitivi di perquisizione, sequestro, interrogatorio. Il pubblico ministero chiede la restrizione della libertà personale della sua controparte, che ovviamente non può fare altrettanto. **La parità quindi non va intesa nel senso che le parti devono avere gli stessi mezzi** perché non è possibile concepire gli stessi mezzi tra pubblico ministero e parti private, quanto nel senso che devono avere le stesse possibilità nel processo, gli stessi diritti nel processo, le situazioni soggettive devono essere tutelate in maniera paritaria: è una **parità delle armi nel processo, anche figuratamente rappresentata dalla regola per cui “nelle aule d'udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante”** (art. 146 disp. att. c.p.p.), cioè è una parità nel contraddittorio, così recita l'art. 111, comma 2, Cost.: «nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità».

Secondo la Corte costituzionale, il principio di parità delle parti processuali non comporta necessariamente, nel processo penale, l'identità tra i poteri del pubblico ministero e quelli dell'imputato<sup>6</sup>. Questo proprio

---

<sup>6</sup> 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

perché la parità si misura in ciò: la possibilità di esercitare gli stessi diritti davanti al giudice, non tanto nell'averne gli stessi mezzi materiali (che ripeto non è possibile perché il pubblico ministero è una parte pubblica che ha poteri maggiori rispetto alle parti private).

Anche l'art. 14, comma 2, **Patto internazionale sui diritti civili e politici**, riconosce la parità tra le parti, prescrivendo che “ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie...”.

#### ***2.4. La ragionevole durata del processo.***

L'art. 111, comma 2, Cost. prescrive che **per ogni processo «La legge ne assicura la ragionevole durata»**. Il contenuto di questo inciso dell'art. 111, comma 2, Cost. recepisce il contenuto dell'art. 6 della **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**, il quale prevede la “ragionevole durata” del processo come diritto dell'accusato: «**Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole**». Quindi, fa propria una disposizione che è già all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Però, in realtà, la esprime non come garanzia soggettiva ma come **carattere oggettivo del “giusto processo”** perché l'art. 111, comma 2, Cost. statuisce che sia la legge a dover assicurare la ragionevole durata del processo, senza limitare i diritti “inviolabili” della difesa. La durata ragionevole del processo è la caratteristica del “giusto processo” che oggi è la più inattuata, tanto che ha comportato centinaia di condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>7</sup> e veramente sproporzionata rispetto al sistema nordamericano<sup>8</sup>.

---

verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo equilibrio delle posizioni delle parti – entro i limiti della ragionevolezza» (Corte cost. n. 26 e n. 320 del 2007).

<sup>7</sup> Secondo la Corte e.d.u. la “durata ragionevole” del processo va determinata caso per caso, secondo tre parametri di valutazione: a) la complessità del caso; b) il comportamento del ricorrente; c) il comportamento delle autorità nazionali, con particolare riferimento a quelle giudiziarie e, nel caso di negligenza di queste ultime, la Corte non esita a emettere condanne quando la durata supera, in genere i quattro anni, tanto che nel 2007 il ministro della giustizia Mastella (per l'abolizione della dicitura «grazia», v. art. 55, comma 2, d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300) si era proposto di ridurre la durata media del processo penale italiano a 5 anni, mentre la durata media nel 2007 è stata di 7 anni: nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2007 il presidente della Corte di cassazione Gaetano Nicastro ha rilevato, in riferimento al dibattimento, che “la giacenza media...presso tutti gli uffici si attesta tra i 300 ed i 400 giorni, con un picco di 630 giorni per il rito collegiale presso i tribunali (termini cui vanno aggiunti quelli necessari per le indagini ed i vari provvedimenti che precedono il giudizio), e di 603 giorni per le corti d'appello; il termine è invece di 426 giorni per le corti di assise e di 242 giorni per le corti d'assise d'appello” cui si deve aggiungere la durata in media di un anno del giudizio in cassazione. Pertanto, con un calcolo molto ottimistico, posta una durata media delle indagini (tra iscrizioni, stralci e reiscrizioni) di 1 anno e mezzo + 6 mesi per l'udienza preliminare + 2 anni per il dibattimento di primo grado davanti al tribunale collegiale + 2 anni per il giudizio d'appello + 1 anno per il giudizio in cassazione = 7 anni.

<sup>8</sup> Il VI emendamento (1791) alla Costituzione statunitense del 1787 prescrive che «In ogni processo penale, l'accusato avrà il diritto ad un giudizio rapido e pubblico, da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso; e avrà diritto di essere informato della natura e della causa dell'accusa; di essere messo a confronto con i testimoni a carico, di ottenere la presentazione obbligatoria dei testimoni a discarico, e di farsi assistere da un avvocato per la sua difesa». L'unica decisione della Suprema Corte Federale

**La Corte europea dei diritti dell'uomo ha indicato, nella sua giurisprudenza, parametri medi di durata del processo: 3 anni per il primo grado, 2 per il secondo e 1 anno per il giudizio in cassazione.**

In Italia, anziché ridurre la durata delle nostre procedure, si è prevista con la l. n. 89 del 2001 (cosiddetta legge Pinto) la necessità di richiedere un'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo come condizione ostativa al ricorso alla Corte europea. Tale richiesta di riparazione è considerata una via di ricorso interno da esercitare prima di adire la Corte europea, in modo da evitare l'eccessivo numero di ricorsi alla Corte di Strasburgo. Ma la Corte europea ha affermato che anche i processi italiani per indennizzo da eccessiva durata hanno anch'essi una durata eccessiva, tanto da aver ritenuto legittimo il ricorso a Strasburgo prima del previo esaurimento dei ricorsi interni (pur chiarendo la necessità di attendere il giudizio nazionale), precisando altresì che pure il processo per l'indennizzo deve avere una durata ragionevole ed aggiungendo che gli indennizzi liquidati dalle corti d'appello italiane non solo sono stati liquidati con grave ritardo, ma sono nettamente inferiori rispetto a quelli che le vittime avrebbero dovuto avere applicando correttamente le sentenze della Corte europea<sup>9</sup>. Infatti, mentre la giurisprudenza di Strasburgo afferma che il pregiudizio derivante dall'eccessiva durata della procedura va calcolata per l'intera durata del processo, la Corte di cassazione italiana calcola l'importo dovuto solo per la parte eccedente la durata ragionevole<sup>10</sup>. Quindi, il legislatore dovrà riformare il codice, in modo da renderlo tale da assicurare la "ragionevole durata", ragionevole durata che oggi non c'è. Oggi le indagini preliminari possono durare fino a due anni, poi si celebra il dibattimento che non ha limiti di durata (può durare 3-4 anni o anche di più). Poi può esserci il grado d'appello ed infine il ricorso per cassazione. Insomma, la durata media è di circa un decennio. Un processo giusto, secondo l'art. 111 Cost., dovrebbe, invece, avere una durata ben più contenuta. Ovviamente, non si può misurare con una misura unica qualsiasi processo. La durata va calibrata alla complessità del caso, alle particolarità di quel processo però sempre entro una cornice di durata che non superi un certo termine. Quando si superano i dieci anni in attesa di una sentenza

---

in proposito si è avuta in un caso in cui l'imputato aveva atteso diciannove mesi. Comunque, a livello statale, quasi dappertutto si è provveduto a stabilire che, nel caso l'imputato sia detenuto, il processo deve iniziare entro 120 giorni dalla data dell'arresto, salvo che egli stesso non chieda un rinvio o sia internato in un ospedale psichiatrico o, comunque, non abbia la capacità mentale per stare in giudizio. Se il giudizio inizia dopo il 120° giorno dall'arresto, il difensore può presentare un'istanza per dichiarare la nullità del processo ed il reato non è più punibile. Nel caso l'imputato non sia detenuto, l'inizio del processo deve avvenire, secondo la maggior parte degli Stati, entro 6 mesi, trascorsi i quali il processo può essere dichiarato nullo.

<sup>9</sup> Corte e.d.u., sez. II, 6 aprile 2010, Falco e altri c/Italia, in *Guida dir.*, 2010, n.17, p. 103.

<sup>10</sup> Cass., sez. I civ. (ord. n. 6653), 18 marzo 2010. In tema di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, ai sensi della l. 24 marzo 2001, n. 89, il percorso relativo all'accertamento del mancato rispetto di tale termine è dalla stessa legge individuato nella valutazione della complessità del caso e, in relazione a questa, del comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o, comunque, a contribuire alla sua definizione. In particolare, l'equa riparazione viene accordata senza alcun riguardo all'esito del giudizio protrattosi oltre il termine ragionevole, spettando l'indennizzo anche quando la durata eccessiva abbia determinato l'estinzione del reato per prescrizione (Cass., sez. VI civ., 2-5 giugno 2014, Min. giustizia in proc. F.D. 12744).

definitiva non si può affermare che la durata sia ragionevole. Tempi del processo che devono essere anche compatibili con le esigenze della difesa: concedere, ad esempio, il tempo alla difesa per prepararsi, concedergli il tempo per poter interrogare o controinterrogare l'accusato. Il processo troppo celere sarebbe un processo che raccoglie soltanto i dati dell'accusa, la difesa non potrebbe interloquire e il giudice emetterebbe una pronuncia sulla base soltanto delle prove dedotte dall'accusa: in questo caso il processo sarebbe sicuramente velocissimo però non si garantirebbero i diritti dell'imputato. Quindi si deve necessariamente trovare un equilibrio. Se vogliamo il processo celere dobbiamo però comunque cercare di bilanciare quello che è l'interesse del soggetto che è sottoposto a procedimento penale e perciò si parla di ragionevole durata. La differenza rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è invece che nella Convenzione europea si parla di un diritto della persona sottoposta a procedimento penale di vedere chiuso il procedimento a suo carico con celerità<sup>11</sup>.

### **2.5. La presunzione di innocenza.**

L'art. 27, comma 2, Cost. stabilisce la regola cardinale del processo penale, per cui «**l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva**». Si tratta della presunzione di innocenza, risalente al diritto romano (“*in dubio pro reo*”), poi a Cesare Beccaria, invece irrisa come una “stravaganza” dal ministro Alfredo Rocco nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale 1930, ma accolta dagli ordinamenti di *common law*<sup>12</sup>. Ma anche la “**considerazione di non colpevolezza**” è una regola fondamentale del processo penale. Si noti che il legislatore costituente è stato molto prudente: non ha prescritto che l'imputato si presume innocente, anche se non c'è alcuna differenza sostanziale, però il costituente del 1948 ha affermato che l'imputato «non è considerato colpevole», quasi a lasciare uno spazio intermedio tra la presunzione di non colpevolezza e la presunzione di innocenza, come se ci fosse una zona grigia, nella quale chi è sottoposto a processo può essere considerato quasi-innocente o quasi colpevole. Ma in realtà

---

<sup>11</sup> Ciò significa che il diritto alla ragionevole durata del processo si atteggia nella Convenzione quale un diritto soggettivo attribuito alla persona sottoposta a procedimento (e quindi rinunciabile) mentre nell'art. 111, comma 2, Cost. impone una garanzia oggettiva del processo. Il contenuto è simile però la sfumatura non è di poco conto. Nell'art. 111 Cost. non si riconosce un diritto soggettivo della persona sottoposta a procedimento a veder concluso, in ragionevole durata, il procedimento a suo carico ma si attribuisce alla legge il compito di stabilire una ragionevole durata. È una prospettiva sicuramente diversa. Apparentemente recepisce il contenuto della Convenzione ma in realtà lo si interpreta in una maniera parzialmente diversa. Ma probabilmente si tratta delle due facce della stessa medaglia, nel senso che il valore della durata ragionevole è, da una parte, diritto soggettivo della parte, dall'altra esigenza oggettiva dell'ordinamento.

<sup>12</sup> La regola di origine anglosassone (la cosiddetta “regola b.a.r.d.” cioè “*Beyond a Reasonable Doubt*”), per cui il giudice pronuncia sentenza di condanna soltanto se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli «al di là di ogni ragionevole dubbio», come recita la regola di *common law*, è contenuta pure, con identica enunciazione, nell'art. 66 dello Statuto della Corte penale internazionale, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite, tenutasi a Roma il 17 luglio 1998, ratificato in Italia con la l. 12 luglio 1999, n. 232.

è una ipocrisia verbale perché se non si è colpevoli, si è innocenti, in quanto non esiste un *tertium genus*, diverso dall'innocenza o dalla colpevolezza. Ed infatti, tutte le convenzioni sovranazionali, a partire dalla **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo**, approvata dall'O.N.U. nel 1948 (art.11), alla **Convenzione europea sui diritti dell'uomo** (art. 6), al **Patto internazionale sui diritti civili e politici** (art. 14), alla **Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.** (cd. Carta di Nizza- art. 48), fino al **Trattato sull'Unione europea** (che, all'art. 6, comma 1, stabilisce che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»), si esprimono esplicitamente in termini di presunzione di innocenza. Una conferma deriva anche dalla **Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza** e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Sebbene la Costituzione degli Stati Uniti non preveda esplicitamente la presunzione di innocenza, la giurisprudenza la fa generalmente derivare dal IV, V e XIV Emendamento<sup>13</sup>.

In Italia si è usata questa espressione che qualcuno si è anche sforzato di intendere come se fosse qualcosa di diverso dalla **presunzione di innocenza**. In realtà, si dice che l'imputato "non è considerato" colpevole, ma, se non è colpevole, è innocente, *tertium non datur*. La "**considerazione di non colpevolezza**" si deve intendere in due modi: come "**regola di giudizio**" e come "**regola di trattamento nel processo**". Come regola di giudizio vuol dire che l'imputato è presunto innocente, per cui l'onere della prova grava sull'accusa, che deve dimostrare la colpevolezza dell'imputato "oltre ogni ragionevole dubbio" per superare la presunzione di innocenza. Ma la presunzione di innocenza va intesa anche come regola di trattamento, per cui l'imputato non può essere trattato nel processo come se fosse colpevole e non è consentito anticipare l'esecuzione della pena. Come regola di trattamento l'eventuale custodia cautelare deve essere attuata in tempi e modi tali da rispettare la presunzione costituzionale: è possibile oggi incarcerare l'imputato (lo vedremo poi meglio quando parleremo di misure cautelari) sostanzialmente per tre motivi: perché vi è pericolo di fuga, perché vi è pericolo di inquinamento delle prove e perché vi è pericolo di commissione di reati. I primi due sono sicuramente compatibili con la presunzione di non colpevolezza perché anche un innocente può essere indotto dal timore dell'errore giudiziario ad inquinare le prove o a darsi alla fuga. Anche l'inquinamento delle prove può avvenire da parte di un soggetto che è innocente, ma che teme una condanna ingiusta e potrebbe essere indotto ad inquinare le prove. E quindi, sono due finalità compatibili con la presenza di non colpevolezza e quindi sicuramente

---

<sup>13</sup> Nel caso *Coffin v. United States* (1895) la presunzione di innocenza dell'accusato fu esplicitamente riconosciuta, mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *In re Winship* (1970) affermò che la clausola del *Due process of law* protegge l'accusato contro la condanna, salvo che esista una prova "al di là di ogni ragionevole dubbio".

ammissibili nel nostro ordinamento. Più discutibile è la terza finalità della custodia cautelare: il pericolo di commissione di reati. Perché se la pericolosità viene desunta dal fatto attribuito all'imputato, sarebbe una norma contraria alla presunzione di innocenza. Il giudice non può motivare l'imposizione della custodia cautelare perché il reato contestato fa temere la commissione di altri reati perché sarebbe una motivazione contrastante con la presunzione di innocenza perché il giudice starebbe dando per scontato che l'imputato abbia già commesso quel primo reato per il quale è presunto innocente. Però è anche possibile che il giudice motivi il provvedimento coercitivo affermando di temere la commissione di reati, non dal reato contestato, ma desumendo la prognosi di pericolosità, ad esempio, dai numerosi precedenti penali dell'imputato.

## ***2.6. L'informazione sulla natura e i motivi dell'accusa.***

**L'art. 111 Cost. dal terzo comma in poi si dedica esclusivamente al processo penale.**

L'art. 111, comma 3, Cost. , coniugandosi con l'art. 24, comma 2, Cost. che tutela il **diritto di difesa**, detta una serie di **prescrizioni di tipo soggettivo, funzionali alla tutela dell'imputato e quindi sono garanzie individuali**. Esso prescrive, con particolare riferimento al processo penale, che **«La legge assicura che la persona accusata di un reato, sia nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico»**. Anche qui si cerca di contemperare due esigenze totalmente diverse. Il sistema processuale in vigore in Italia si può idealmente distinguere in due fasi: una fase preprocessuale e una fase processuale. Ma dobbiamo domandarci da che momento inizia il processo. Esso inizia quando il pubblico ministero, formulata l'imputazione, investe il giudice con la sua domanda nei confronti di un imputato determinato e si forma così quello che un tempo era chiamato **“rapporto processuale”**. Vi è una fase pre-processuale precedente il “processo” vero e proprio che nel codice è chiamata “fase delle indagini preliminari”, caratterizzata dal segreto investigativo. Tutti gli atti di indagine compiuti nel corso delle indagini preliminari sono segreti non solo per i terzi, ovviamente, ma anche nei confronti della persona che è sottoposta alle indagini, cioè la persona alla quale è attribuito il fatto di reato. L'art. 111, comma 3, Cost. cerca di bilanciare i due interessi contrapposti: da una parte l'interesse della pubblica accusa di compiere segretamente gli atti di indagine; dall'altro l'interesse della difesa ad essere tempestivamente informata del procedimento a suo carico al fine di potersi difendere, fornendogli con questa comunicazione gli strumenti che possano essergli utili per garantire il diritto di difesa, in modo tale che il diritto di difesa non sia soltanto una scatola vuota, ma che abbia invece la possibilità concreta di sviluppare il diritto di difesa. Ovviamente si fronteggiano due interessi contrapposti: l'esigenza di svolgere le indagini e il diritto di difesa. Infatti, il pubblico ministero ha necessità di

indagare in segreto in modo tale che la persona indagata ignori le indagini a suo carico, al fine di evitare l'inquinamento degli elementi di prova.

L'art. 111, comma 3, Cost. **non prescrive un'informazione immediata**, cioè dall'inizio delle indagini, non pretende che il pubblico ministero avverta immediatamente la persona che è sottoposta a procedimento penale di essere sottoposta a procedimento penale, ma nel più breve tempo possibile. L'art. 111, comma 3, Cost. prescrive **l'informazione «nel più breve tempo possibile»** in modo tale che si riescano a bilanciare i diversi interessi di cui ho pocanzi parlato e aggiunge che **l'informazione deve essere data «riservatamente»**.

### ***2.7. Il diritto dell'accusato a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa.***

L'art. 111, comma 3, Cost. prescrive alla legge di assicurare alla persona accusata di poter **«disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa»**, garantendo una parità tra accusa e difesa e quindi la possibilità, per la difesa, di svolgere investigazioni difensive. La **l. 7 dicembre 2000, n. 397, ha introdotto le investigazioni difensive**, stabilendo poteri, forme, modalità, tempi e utilizzabilità dei risultati delle investigazioni del difensore. E questo è un passo avanti sicuramente molto significativo. In precedenza, l'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, prevedeva, con una disposizione abbastanza sintetica, il potere di investigazione difensiva, ma senza indicare modi, tempi, forme ed utilizzabilità, quindi, di fatto, impedendo la possibilità alla difesa di investigare.

### ***2.8. Il diritto di interrogare il proprio accusatore e il teste a difesa.***

L'art. 111, comma 3, Cost. aggiunge che **la legge deve assicurare all'accusato la «facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore»**. Questo è il canone dedicato al principio del contraddittorio nell'assunzione della prova e **deriva dal *right of confrontation*, garantito dal sesto Emendamento alla Costituzione statunitense.**

La disposizione costituzionale significa che l'accusato ha la facoltà di interrogare di fronte al giudice, per cui il soggetto davanti al quale deve avvenire il contraddittorio è il giudice. Non sempre nel corso del procedimento penale vi è la presenza del giudice. Ovviamente, esiste nella fase del dibattimento, ma la fase precedente, quella delle indagini preliminari, è una fase praticamente gestita dal pubblico ministero. Quindi, è sintomatico che questo momento venga individuato come momento che si svolga di fronte al giudice. Prosegue: "... di interrogare o far interrogare". Il comma si tiene generico nel senso che non individua, in modo specifico, chi deve interrogare. Perché "interrogare" parrebbe significare che l'accusato abbia la facoltà di interrogare. In realtà nel



codice è compito del difensore procedere all'esame. Questo "interrogare o far interrogare" significa in generale che può il difensore ma anche potrebbe essere il giudice che espleta la funzione di interrogare al posto della persona sottoposta al procedimento. Prosegue: "... le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" significa che se qualcuno mi accusa necessariamente io ho la facoltà di poter interrogarlo. Sembra quasi ovvio, forse, però solo il fatto che sia stato introdotto qui significa che non era ovvio per niente. La disposizione costituzionale continua ancora che l'accusato "... ha sempre facoltà di ottenere la convocazione e quindi l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa". Si tratta della facoltà di pretendere e di avere quindi il diritto di poter presentare testimoni a discarico. Quindi, come il pubblico ministero ha il diritto di presentare i suoi testimoni a carico, anche l'accusato deve avere la possibilità di presentare, ovviamente con le stesse modalità processuali che sono stabilite per il pubblico ministero, testimoni a difesa, persone o documenti cioè elementi che possono essere utili ai fini della sua difesa. Difatti, non si parla esclusivamente di interrogatorio ma si parla di acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore. Il codice disciplina perciò l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici e parti nelle tre fasi dell'esame diretto, il controesame ed il riesame (art.498 c.p.p.).

### ***2.9. Il diritto all'interprete.***

Ancora l'art. 111, comma 3, Cost. prescrive alla legge di assicurare alla persona accusata di essere "**assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo**". È un'esigenza che anche nella Costituzione è stata recepita, cioè il diritto all'interprete. Il significato diventa molto più pressante in una società come l'attuale dove la circolazione delle persone è alta e sono moltissime le persone che sono presenti nel territorio italiano che non conoscono la lingua italiana o comunque non hanno una conoscenza così tecnica della lingua italiana al punto da comprendere determinati passaggi del procedimento penale. Quindi, non è solamente un problema nel riuscire a esprimersi ma anche comprendere correttamente il significato di ogni atto del processo, per cui occorre l'ausilio dell'interprete che spieghi esattamente all'accusato ogni atto del processo. Pertanto è riconosciuto il diritto dell'accusato ad essere assistito da un interprete nel processo. La Costituzione fa riferimento soltanto al "processo", ma non deve essere intesa in senso stretto. Dal punto di vista processuale in senso stretto, processo è la fase che si svolge nella parte dibattimentale, la seconda parte del procedimento penale. Procedimento penale è tutto: quello che parte dalle indagini preliminari e che poi finisce con l'emissione della sentenza da parte del giudice della cognizione. Nell'art. 111 Cost. il termine "processo" non è inteso nel senso che si ha diritto all'interprete soltanto di fronte al giudice del dibattimento, ma va inteso in senso ampio. Quindi, l'accusato ha diritto all'interprete in ogni fase del procedimento (art. 369-bis c.p.p.).

### **2.10. La difesa dei non abbienti.**

L'art. 24 Cost. non solo definisce la difesa "diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" (comma 2), ma assicura "ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione" (comma 3). L'art. 98 c.p.p. attua tale precetto rinviando alla legge sul patrocinio dei non abbienti (d.P.R. 30 maggio 2002, n.115).

### **2.11. Il contraddittorio sulla prova già acquisita.**

L'art. 111, comma 2, Cost. stabilisce che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata», imponendo i principi del contraddittorio, della parità tra le parti, della terzietà e imparzialità del giudice, della ragionevole durata del processo. Sono principi che **non riguardano soltanto il processo penale: «ogni processo»**, quindi non solo quello penale, ma anche il processo civile, il processo amministrativo, tributario e quello disciplinare.

**Primo carattere del processo accusatorio è il contraddittorio tra le parti.** Ogni processo si svolge «nel contraddittorio tra le parti»: il che vuol dire che non è possibile un processo in cui vi è una sola parte e l'altra non viene citata o non viene sentita: è il **principio dell'*audiatur et altera pars*, cioè la necessaria partecipazione dialettica delle parti al processo.** Deve essere sempre assicurato il contraddittorio tra le parti e quindi è bandito un processo *inaudita altera parte*. La sentenza deve scaturire proprio dal contrasto tra le due parti, dalle quali il giudice acquisisce gli elementi che lo portano a giudicare in favore dell'una o dell'altra. Ma un "giusto" processo deve assicurare il contraddittorio tra le parti come suo elemento essenziale. Ogni processo, nella fase giurisdizionale, è un *actus trium personarum*: la forma triadica o triangolare emerge dall'art. 111, comma 2, Cost.; laddove pubblico ministero e imputato sono parti necessarie e il giudice non è parte, dovendo essere terzo e imparziale, ma è soggetto del processo<sup>14</sup>.

Dovendo distinguere le "parti" dai "soggetti" processuali, occorre dire che il concetto di parte è collegato a quello di azione, per cui **parti processuali sono i soggetti che esercitano o che subiscono l'azione (sia essa penale, civile o amministrativa)**, per cui si può parlare di "parti" soltanto nella fase processuale propriamente detta e non in quella procedimentale, anche se pubblico ministero e persona nei cui confronti si procede penalmente sono presenti già nella fase delle indagini preliminari. **Soggetti processuali sono invece quelli che non**

---

<sup>14</sup> Secondo l'antico brocardo *Tres sunt personae quae faciunt processum*, il processo vero e proprio inizia quando vi è quello che un tempo la dottrina chiamava il "rapporto processuale", cioè il contatto del pubblico ministero con l'imputato di fronte al giudice.

**esercitano o nei cui confronti non è esercitata l'azione** (come, ad esempio, nel processo penale, la persona offesa).

### ***2.12. Il contraddittorio nella formazione della prova.***

**L'art. 111, comma 4, Cost. stabilisce che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. 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».** Questa disposizione “costituzionalizza” il principio del **contraddittorio nel momento della formazione della prova, che è diverso dal contraddittorio tra le parti di cui all'art. 111 comma 2.** La prima parte è rappresentata dall'espressione «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova»: si tratta della costituzionalizzazione del principio del contraddittorio in senso oggettivo. Viene costituzionalizzato il contraddittorio come sistema processuale, come metodo di acquisizione della prova nel sistema processuale. E invece, la seconda parte del comma quarto si riferisce ad un contraddittorio di tipo soggettivo perché parla di colpevolezza quindi parla del contraddittorio riferito questa volta non in generale al metodo di acquisizione della prova che è un modo di scegliere come acquisire la prova, ma si riferisce invece al contraddittorio soggettivizzato, quindi, riferito all'accusato. Infatti si parla di colpevolezza dell'imputato che 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. Si tratta del ***right of confrontation*** di origine anglosassone<sup>15</sup>. Ora, l'art. 111 Cost. dal 1999 impone alla legge (e il codice attua il diritto al controesame all' art. 498 c.p.p.) di garantire che la responsabilità di un imputato, può essere provata solo quando chi accusa si sottopone poi al controesame da parte dell'imputato o del suo difensore.

Pertanto, anche se nell'art. 111, comma 3, Cost. è prevista la doppia opzione per la persona accusata di «interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio

---

<sup>15</sup> Il *right of confrontation* è una garanzia che negli Stati Uniti d'America vige dal 1791, data del VI Emendamento alla Costituzione nordamericana, che riconosceva il *right of confrontation*, cioè il diritto dell'accusato di essere “messo a confronto con i testimoni a carico”. Era una cosa ovvia fin dal 1700 che l'accusato avesse diritto nel dibattimento al confronto con il suo accusatore; il *right of confrontation* si affermò negli Stati Uniti addirittura prima ancora dell'abolizione della schiavitù nel mondo (i primi trattati internazionali contro la schiavitù infatti sono solamente dei primi del 1800). Da noi, solo nel 1999, con la revisione costituzionale dell'art. 111 finalmente si è riconosciuto questo diritto, mentre era ovvio, da 300 anni, negli Stati Uniti, perché non era tanto un diritto dell'accusato di controesaminare il suo accusatore, ma era pure un diritto del giudice. In quest'ottica era considerato un elemento fondamentale. Era un diritto del giudice perché il giudice dalle domande e dalle risposte che dava l'accusatore, anche quando era messo in difficoltà, anche quando era sotto controesame, capiva se costui diceva il vero oppure il falso. Serviva al giudice per formarsi un corretto convincimento. Ecco quindi che, negli Stati Uniti d'America, questo diritto era considerato anzitutto come diritto del giudice e della giuria per la formazione di un corretto convincimento e, in seconda battuta, in secondo piano, veniva il diritto della parte accusata a controesaminare il suo accusatore.

di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore» e poi l'altra espressione secondo cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore» (sono i due punti nei quali l'art. 111 Cost. sembra aprire alla possibilità di un esame diretto da parte dell'imputato, quindi di rivolgere egli personalmente domande al testimone oppure al perito), la giurisprudenza esclude tale esame diretto.

L'art. 111, comma 4, Cost. è importante perché indica un elemento fondamentale nel processo penale: il **principio del contraddittorio nella formazione della prova**.

Ma, poiché anche l'art. 111, comma 2, Cost. menziona il **contraddittorio** quando afferma che «ogni processo si svolge nel **contraddittorio tra le parti**», occorre chiarire cosa si intende per **contraddittorio** perché vi sono almeno due accezioni del termine **contraddittorio**. Il «contraddittorio sulla prova» è un **contraddittorio «debole»** e non è mai stato negato storicamente in nessun modello processuale, nemmeno nei processi del Sant'ufficio: significa che le parti possono interloquire sulle prove già acquisite (ad es. le prove precostituite, come un documento, o irripetibili, come perquisizione, sequestro, intercettazione). Le parti sono ammesse a discutere sull'ammissibilità, sull'attendibilità o sull'utilizzabilità di una prova, alla cui formazione però le parti non hanno assistito perché la prova è precostituita, cioè formata prima del processo. Questo è il **contraddittorio «sulla prova» precostituita**.

Ma nell'art. 111, comma 4, Cost. si parla di un altro contraddittorio, ben più pregnante, è il **contraddittorio nella formazione della prova**, cioè la presenza delle parti nel momento stesso in cui si assume la prova, anzi la prova la «costruiscono» le parti rivolgendo le domande al testimone, al perito, al consulente tecnico, e ottenendo certe risposte: è un contraddittorio diverso dal contraddittorio sulla prova già acquisita perché è un **contraddittorio «forte», cioè «per la prova» o contraddittorio nel momento di formazione della prova: è una garanzia sia soggettiva, sia di carattere oggettivo perché indica il metodo di accertamento dei fatti nel processo<sup>16</sup>**.

Dunque, la prova si deve formare, di regola, nel contraddittorio tra le parti: ciò significa che, **di norma, il giudice conosce e può motivare soltanto sugli atti acquisiti nel dibattimento. cioè quelli che fanno parte del fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) e non conosce invece il fascicolo delle**

---

<sup>16</sup> Corte cost. 5 aprile 2007, n. 117, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159, 160, 420 *quater* comma 1 e 484 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3, 10 comma 1, 97 comma 1 e 111 commi 2,3 e 4 Cost., escludendo che i parametri costituzionali impongano l'obbligatoria sospensione del processo penale a carico dell'imputato irreperibile. La Corte ricorda che «l'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale «la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio», non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa».

**indagini (art. 416, comma 2, c.p.p., che conosce invece soltanto il giudice dell'udienza preliminare e, dopo il rinvio a giudizio, solo le parti).**

Talvolta, la prova della responsabilità deriva dalle parole di un soggetto (testimone, perito o coimputato che accusa). Prima della revisione dell'art. 111 Cost. ad opera della l. cost. n. 2 del 1999 capitava spesso che l'accusatore-coimputato, avvalendosi del diritto al silenzio, si sottraesse al diritto al confronto che spetta all'accusato, il *right of confrontation*. Il coimputato-accusatore in passato poteva accusare altri in segreto davanti al solo pubblico ministero e poi, al dibattimento contro l'accusato, avvalersi del diritto al silenzio, facendo valere come prova le sue precedenti dichiarazioni ma privando l'accusato del diritto al confronto col proprio accusatore. La revisione costituzionale dell'art. 111 Cost. ha eliminato tale ingiustizia prescrivendo 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»**, ribadendo il concetto fondamentale per cui chi accusa è obbligato a presentarsi in dibattimento a ribadire le accuse e mettersi poi a disposizione delle altre parti per il controesame in modo che il giudice possa valutare l'attendibilità dell'accusatore in base agli esiti del suo esame e controesame.

### ***2.13. Le eccezioni alla formazione della prova in contraddittorio.***

L'art. 111, comma 5, Cost. prescrive alla legge di regolare **«i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio»**. Quindi, è la stessa Costituzione che ammette, in certi casi, che la prova non si possa assumere in contraddittorio.

Il costituente indica tre eccezioni (tassative) alla regola del contraddittorio nell'assunzione della prova. Quindi, tre ipotesi al di fuori delle quali vige la regola per cui la prova si forma nel contraddittorio delle parti.

**Prima eccezione: non si fa luogo all'assunzione della prova in contraddittorio, ma gli atti assunti nella fase delle indagini preliminari del pubblico ministero o delle investigazioni del difensore acquistano valore di prova «per consenso dell'imputato» (che, ad esempio, chiede l'applicazione della pena (il c.d. “patteggiamento”) o il giudizio abbreviato o non si oppone al decreto penale di condanna).** Il diritto al contraddittorio è un diritto dell'imputato perché è lui che ha il diritto di contro-esaminare i testimoni a suo carico e, se rinuncia, è perché ha la sua convenienza a farlo. Il codice prevede **diversi riti speciali**.

Un caso di “consenso dell'imputato” si verifica con il **giudizio abbreviato** (artt. 438-443 c.p.p.), in cui l'imputato consente di essere giudicato sulla base del fascicolo delle indagini preliminari del pubblico ministero. Anche in questo caso l'imputato può avere tutto l'interesse a rinunciare al dibattimento. Il giudizio abbreviato si può chiedere anche per ottenere l'assoluzione se dagli atti di indagine non risulta la prova della responsabilità e, in ipotesi di condanna,

la pena è ridotta di un terzo. Anche nel giudizio l'imputato è giudicato sulla base del fascicolo delle indagini del pubblico ministero, eventualmente integrato dalle indagini dei difensori dell'imputato e delle altre parti, che possono inserire nel fascicolo delle indagini anche i loro verbali delle investigazioni difensive, per cui nel fascicolo delle indagini ci saranno non solo i verbali delle indagini del pubblico ministero ma eventualmente anche quelli delle investigazioni difensive. Anche in questo caso si fa eccezione alla regola della formazione della prova in contraddittorio con il consenso dell'imputato, che tenendo conto del rischio di essere condannato, rinuncia al dibattimento e consente che la prova a suo carico non sia assunta nel contraddittorio.

Altro caso è l'**applicazione della pena su richiesta delle parti** (artt. 444-448 c.p.p.), con cui l'imputato si accorda con il pubblico ministero sulla pena da applicare, con una riduzione di pena fino ad un terzo. Lo Stato premia l'imputato che rinuncia al dibattimento e "patteggia", si accorda per la pena senza far perdere tempo allo Stato con il dibattimento. Questa è un'ipotesi di "consenso dell'imputato" che deroga al contraddittorio, cioè la formazione della prova non è avvenuta in contraddittorio tra le parti per consenso dell'imputato.

Altro caso ancora di "consenso dell'imputato" si verifica con il **decreto penale di condanna** (artt.459-464 c.p.p.), che il giudice per le indagini preliminari può emettere, senza udienza preliminare e senza dibattimento, quando il pubblico ministero gli chiede di irrogare soltanto una pena pecuniaria diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale. L'imputato può avere il suo interesse ad accettare quella pena ridotta e non proporre opposizione, rinunciando così al dibattimento. Anche questo è un caso in cui il consenso dell'imputato comporta la deroga alla formazione della prova in contraddittorio. L'imputato, altrimenti, propone opposizione al decreto penale ed ha diritto al dibattimento.

Altri casi sono previsti dal codice, ad esempio, quando consente alle parti di **concordare l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di verbali delle indagini preliminari del pubblico ministero o delle investigazioni difensive** (art. 431, comma 2, c.p.p.): anche in questi casi si deroga, per consenso dell'imputato, all'acquisizione della prova in contraddittorio.

**Seconda eccezione: Non sempre è possibile assumere la prova in contraddittorio. Quando si verifica una «accertata impossibilità di natura oggettiva» che può essere una irripetibilità originaria e prevedibile** (ad esempio certi atti di indagine cosiddetti "irripetibili *ab initio*", cioè che per loro natura non si possono ripetere (la perquisizione e il sequestro, l'intercettazione di comunicazioni, sono atti, per loro natura, irripetibili a dibattimento) **oppure una impossibilità sopravvenuta e imprevedibile** (art. 512 c.p.p.: ad es. il testimone è imprevedibilmente morto in attesa del dibattimento, ma aveva già rilasciato dichiarazioni al p.m., alla p.g. o al difensore, che diventano utilizzabili a dibattimento). **In questi casi il costituente attribuisce valore di prova alle precedenti dichiarazioni, anche se assunte senza contraddittorio e rese ad**

**una sola parte, sia essa il p.m., la p.g. o il difensore.** Una tesi massimalista potrebbe anche sostenere che se il testimone è morto la prova non esiste più, ma il legislatore accoglie il principio conservativo degli atti e afferma che in questi casi un elemento di prova era stato acquisito e viene meno, non per colpa delle parti ma per un fatto sopravvenuto ed imprevedibile. Se invece la futura impossibilità fosse prevedibile, il codice prevede l'incidente probatorio, cioè l'acquisizione anticipata della prova in contraddittorio, per cui la parte che ha interesse a far cristallizzare una prova prima che vada dispersa (ad es. in caso di testimone in pericolo di vita, le sue dichiarazioni possono essere acquisite prima del dibattimento dal giudice per le indagini preliminari con l'incidente probatorio e quella acquisita in incidente probatorio è una prova utilizzabile come e quanto quella assunta in dibattimento). Ma diverso è il caso della sopravvenuta impossibilità di ripetizione per fatti imprevedibili (ad es. cade l'aereo sul quale viaggiava un testimone del pubblico ministero o di un'altra parte), nel quale è appunto oggettivamente impossibile acquisire la testimonianza a dibattimento ed il Costituente deroga al principio dell'assunzione della prova nel contraddittorio, consentendo di attribuire valore di prova alle dichiarazioni eventualmente rese in precedenza dal soggetto ad una delle parti (ad esempio, il testimone che aveva reso dichiarazioni al p.m., alla p.g. o al difensore muore nell'incidente aereo). Piuttosto l'impossibilità di acquisire la prova in contraddittorio deve essere «oggettiva» e non per una libera scelta del testimone che, ad esempio, rifiuta di sottoporsi all'esame. Questa è la seconda eccezione.

**Terza eccezione: Non si può far luogo all'acquisizione della prova in contraddittorio perché tale impossibilità è effetto di una «provata condotta illecita»** Significa che il contraddittorio è previsto e quando è possibile si deve espletare però, talvolta, non si può espletare per l'interferenza illecita di una delle parti o anche di terzi, che, inquinando della prova, rendono impossibile il contraddittorio con una loro condotta illecita che, ovviamente deve essere provata (art. 500, comma 4, c.p.p.). Quindi, il giudice, nel procedere, dovrà incidentalmente, cioè con un incidente, con un "processo nel processo" diciamo, accertare che, ad esempio, il testimone, il perito o il consulente non ha depresso perché sotto violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità affinché non deponga o deponga il falso. Se è provata la condotta illecita, delle parti o di terzi, che ha reso impossibile il contraddittorio e, quindi, la prova non può essere assunta in contraddittorio, **anche in questi casi il costituente attribuisce valore di prova alle precedenti dichiarazioni, pure se assunte senza contraddittorio e rese ad una sola parte, sia essa il p.m., la p.g. o il difensore.**

#### ***2.14. L'obbligatorietà dell'azione penale.***

Pur non essendo una caratteristica esclusiva del processo accusatorio, in Italia vige il principio dell'**obbligatorietà dell'azione penale.**

Infatti l'**art. 112 Cost. stabilisce che «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale»**, obbligo naturalmente da esercitare quando vi sono i presupposti per esercitarla, cioè di fronte ad una notizia di reato che appaia fondata, che cioè abbia un minimo di serietà (art. 416 ss. c.p.p.). È chiaro che se giunge al pubblico ministero la notizia di un fatto non previsto dalla legge come reato (ad esempio, emissione di assegni senza provvista) o di reato impossibile (ad es. è stata rubata la torre Eiffel) o non rinviene alcun elemento di prova a carico, chiederà l'archiviazione. **Il pubblico ministero (P.M.) non può mai archiviare personalmente ma deve chiedere l'archiviazione ad un giudice: il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.), il quale può essere d'accordo con lui e archiviare ma può anche non essere d'accordo e ordinare al pubblico ministero di procedere.** Questo è un altro principio fondamentale perché il pubblico ministero è una parte, sia pure pubblica, ma è una parte. Nei casi, comunque, in cui la notizia di reato, è fondata, o meglio non è manifestamente infondata e quindi vi è almeno un *fumus*, cioè più che un sospetto di fondatezza di questa notizia di reato, il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, cioè ha l'obbligo di procedere penalmente.

La Corte costituzionale ha ritenuto che il fondamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale risieda sia nel principio di uguaglianza, sia nella regola dell'indipendenza del pubblico ministero da ogni altro potere. Come detto, in altri ordinamenti non vige il principio di obbligatorietà ma vige il principio opposto della facoltatività o meglio della discrezionalità, per cui il pubblico ministero valuta discrezionalmente se sia il caso o meno di procedere per un certo reato. Da noi il pubblico ministero è un magistrato quindi non ha una investitura popolare ma ha semplicemente vinto un concorso che lo abilita a diventare magistrato e ad esercitare funzioni giudiziarie. Ecco perché la nostra Costituzione impone al pubblico ministero di esercitare sempre l'azione penale, perché non sarebbe altrimenti responsabile in alcun modo di eventuali scelte di favore o di sfavore nei confronti dell'uno o dell'altro.

Mentre **in altri ordinamenti (come quello U.S.A.) vige il sistema imperniato sulla discrezionalità dell'azione penale, nel nostro ordinamento vige il sistema della obbligatorietà dell'azione penale**, cioè, da noi il pubblico ministero non può scegliere discrezionalmente se esercitare l'azione penale, se cioè procedere per un certo fatto costituente reato o nei confronti di un determinato soggetto oppure non procedere.

**Negli ordinamenti nei quali vige il principio della discrezionalità dell'azione penale (ad es. negli Stati Uniti) il pubblico ministero decide lui stesso se procedere o non procedere ma risponde poi politicamente della sua scelta, perché, essendo eletto dal popolo, risponde all'elettorato della gestione del suo pubblico ufficio**<sup>17</sup>. Quindi, nei sistemi in cui il P.M. ha una

---

<sup>17</sup> Emblematico il caso del procuratore di New York Cyrus Vance che, nell'estate 2011, fece arrestare Strauss Khann, allora Direttore del Fondo Monetario Internazionale, per le asserite violenze sessuali ad una cameriera



discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, deve agire con estrema attenzione perché le sue iniziative giudiziarie sono sottoposte ad una responsabilità politica per la conduzione della Procura. **In Italia il pubblico ministero non è elettivo ma semplicemente vince un pubblico concorso e non risponde per le scelte processuali né disciplinarmente** (perché la valutazione delle prove, anche se erronea, non dà luogo a illecito disciplinare) **né civilmente** (perché l'art. 2 l. 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati) stabilisce che «Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»).

In Italia pertanto formalmente **la Costituzione impone al pubblico ministero di esercitare sempre l'azione penale, ma questa, in realtà, è un mito perché i numeri dei procedimenti sono talmente elevati per cui il pubblico ministero quantomeno sceglie quali reati perseguire prima e quali trattare successivamente, per cui vi è, di fatto, anche in Italia una certa discrezionalità.**

**Per evitare che tale discrezionalità di fatto possa diventare arbitrio, alcuni procuratori della Repubblica hanno stilato una sorta di decalogo indicando con loro provvedimenti quali sono i reati che hanno la precedenza nella trattazione degli affari penali.** Naturalmente un passaggio di questo genere significa ripensare tutto l'ordinamento giudiziario perché bisognerebbe che il **pubblico ministero fosse un organo che risponde in qualche sede delle proprie scelte di priorità effettuate nella gestione del suo ufficio**<sup>18</sup>.

---

dell'albergo, rivelatesi poi inventate tanto che lo stesso procuratore chiese al giudice l'archiviazione: quel procuratore terminò la sua carriera giudiziaria perché non fu mai più eletto.

<sup>18</sup> Alcuni procuratori hanno emanato circolari per dare direttive ai sostituti circa i criteri di priorità nello svolgimento delle indagini ("circolare Zagrebelsky" del 1990 e "circolare Maddalena" del 2007, entrambi nella Procura di Torino). Proprio perché in Italia si verifica questa strana situazione per cui, da una parte la Costituzione impone l'obbligo di esercitare l'azione penale e dall'altra questa non può essere di fatto esercitata per tutti i reati, vi sono proposte di legge per modificare questo principio e introdurre un criterio per cui sia il Parlamento ogni anno ad indicare quali tipologie di reato devono avere la priorità nella trattazione o addirittura si propone il regime di discrezionalità dell'azione penale (ovviamente previa revisione della Costituzione). In riferimento invece al dibattito, ma con ovvi riflessi anche sulle indagini, il legislatore ha codificato i «criteri di priorità nella trattazione dei processi», per cui l'art. 132-*bis* norme att. c.p.p. (sostituito dall'art. 2-*bis* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125) indica le regole di «formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi», prescrivendo che deve essere assicurata la «priorità assoluta» ai reati ivi indicati. Per differire i processi, che in caso di condanna porterebbero ad una pena suscettibile di essere condonata, l'art. 2-*ter* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, indica le misure per assicurare la rapida definizione dei processi relativi a reati per i quali è prevista la trattazione prioritaria, demandando ai dirigenti degli uffici di «individuare i criteri e le modalità di rinvio della trattazione dei processi per reati commessi fino al 2 maggio 2006 in ordine ai quali ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'indulto, ai sensi della legge 31 luglio 2006, n. 241, e la pena eventualmente da infliggere può essere contenuta nei limiti di cui all'articolo 1, comma 1, della predetta legge n. 241 del 2006».

### ***2.15. L'oralità della prova.***

L'oralità della prova non è menzionata né nell'art. 111 Cost. né nelle convenzioni internazionali, ma si ricava indirettamente dal principio del contraddittorio e della pubblicità: infatti, se la prova si deve formare in contraddittorio e pubblicamente, è evidente che deve essere assunta in forma orale, per consentire al giudice, alle parti presenti e al pubblico di percepirla.

L'oralità è quindi il sistema naturale di acquisizione della prova nel processo accusatorio.

Infatti il codice di procedura penale indica l'oralità come forma ordinaria di acquisizione della prova per l'esame i testimoni, periti e consulenti tecnici (art. 498 ss. c.p.p.) e, quando si tratta di atti non assunti oralmente, ne prevede l'"oralizzazione" mediante la lettura (artt. 511 ss. c.p.p.).

### ***2.16. L'immediatezza della prova.***

Per effetto dell'acquisizione orale della prova, il giudice e le parti si trovano in rapporto immediato con la prova stessa. In questo modo, il principio di immediatezza della prova consente sia al giudice sia alle parti di cogliere del teste, del perito o del consulente tecnico ogni sfumatura della voce, della espressione del viso e del corpo, i tempi e i modi delle risposte, la sicurezza o l'incertezza nella risposta e si trovano perciò nella condizione migliore per valutarne l'attendibilità. Il principio è molto rilevante nei sistemi nord-americani, nei quali la giuria, composta da privati cittadini, dà grande importanza al comportamento in aula del testimone. Il codice stabilisce che alla deliberazione della sentenza concorrono, "a pena di nullità assoluta", gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento (art. 525, comma 2, c.p.p.).

### ***2.17. La concentrazione del dibattimento.***

Il processo accusatorio si caratterizza per un dibattimento molto concentrato nel tempo: si pensi che negli U.S.A. un dibattimento per omicidio di primo grado dura, in media una settimana, giacché il lunedì si scelgono i giurati, il martedì il *prosecutor* porta le prove e carico, il mercoledì si assumono le prove a difesa, il giovedì è riservato alla discussione delle parti e il venerdì il giudice dà le istruzioni ai giurati sulle regole da seguire per la decisione e, dopo la camera di consiglio, la giuria pronuncia il suo verdetto (di colpevolezza o non colpevolezza), cui segue la sentenza del giudice (se è di condanna il giudice quantifica la pena).

In Italia, il codice stabilisce che il dibattimento dovrebbe proseguire il primo giorno seguente non festivo (art. 477, comma 1, c.p.p.) ed inoltre è vietato disporre una perizia che potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni (art. 392, comma 2, c.p.p.). Tuttavia, a causa del

**carico dei ruoli d'udienza, spesso tra un'udienza e l'altra intercorrono invece mesi.**

### ***2.18. La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.***

L'originario art. 111 Cost. constava di due commi che sono quelli che sono diventati i commi 6 e 7.

**L'art. 111, comma 6, Cost.** prescrivendo che «**tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati**» impone la **garanzia della motivazione**. La motivazione è una **garanzia della legittimità delle pronunce**, anzitutto, perché impegna il giudice a dar conto delle ragioni, in fatto e in diritto, che lo hanno convinto verso una certa decisione. Inoltre, la motivazione ha la funzione di spiegare alle parti, soprattutto alla parte che non è soddisfatta della sentenza perché è soccombente, qual è il percorso logico, l'*iter* argomentativo, in fatto e in diritto, che il giudice ha seguito per giungere ad una certa decisione e consente quindi alla parte interessata di criticarla con una impugnazione davanti ad un altro giudice.

Il codice di procedura penale stabilisce che **le sentenze e le ordinanze devono essere motivate, a pena di nullità**, mentre **i decreti sono motivati, a pena di nullità, soltanto nei casi in cui la motivazione è espressamente prescritta dalla legge** (art. 125, comma 3, c.p.p.). Il giudice decide secondo il **principio del libero convincimento**, di cui però nella motivazione deve dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 192 c.p.p.).

### ***2.19. La garanzia delle impugnazioni e del ricorso per cassazione.***

La **garanzia dell'impugnazione** è strettamente legata a quella della motivazione, perché in tanto è possibile impugnare in quanto si conoscono i motivi per cui il giudice ha condannato o ha assolto. **L'art. 111, comma 7, Cost.** stabilisce che «**contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge**». Ovviamente la Corte di cassazione, essendo giudice di legittimità, giudica solo sulle questioni di legittimità cioè sulle violazioni di legge e non sulle questioni di fatto. La **sentenza** è un provvedimento con il quale il giudice definisce il processo, assolve, condanna, e non solo contro le sentenze ma anche contro i **provvedimenti sulla libertà personale (sia che scarcerino sia che incarcerino)**, che sono importanti perché decidono sulle limitazioni della libertà personale. Quindi contro questi due categorie di provvedimenti (tutte le sentenze e tutti i provvedimenti che decidono sulla libertà personale), è sempre ammesso il ricorso per cassazione. Si tratta di una "garanzia minima", nel senso il legislatore deve garantire almeno il ricorso per cassazione, ma **la legge stabilisce garanzie ulteriori rispetto al ricorso in cassazione**. Il codice prevede, ad esempio, il **riesame** davanti al tribunale della libertà (art. 309 c.p.p.) e, anche se la Costituzione non lo menziona, l'**appello** (art. 593 ss. c.p.p.),

governato dall'effetto devolutivo dell'impugnazione (*tantum devolutum quantum appellatum*) e dal divieto di *reformatio in pejus* se appella solo l'imputato (art. 597 c.p.p.), oltre, ovviamente, il ricorso per cassazione (art. 606 c.p.p.). Però, la Costituzione prescrive "almeno" il ricorso per cassazione come garanzia minima contro questi due tipi di provvedimenti: tutte le sentenze e tutti i provvedimenti sulla libertà personale.

**Una volta esaurite oppure non proposte le impugnazioni ordinarie, il provvedimento non è più impugnabile e diventa irrevocabile, per cui l'accertamento contenuto nella sentenza acquista l'autorità di "cosa giudicata" e quindi non più contestabile.**

**L'irrevocabilità del provvedimento comporta un effetto preclusivo, per cui, al fine di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, non si può procedere per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona già giudicata (art. 649 c.p.p.). E' il divieto del *ne bis in idem* (letteralmente: non due volte sullo stesso fatto contro la medesima persona). Il divieto di un secondo giudizio sullo stesso fatto nei confronti della medesima persona ha radici antiche e valore universale<sup>19</sup>.**

Tuttavia, il codice prevede anche talune impugnazioni contro provvedimenti irrevocabili: sono le **impugnazioni straordinarie**. Si tratta della revisione della sentenza di condanna (art. 629 ss. c.p.p.), del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-bis c.p.p.), della rescissione del giudicato (art. 629-bis c.p.p.) e della revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 434 c.p.p.).

## ***2.20. La riparazione dell'errore giudiziario.***

**L'art. 24, comma 4. Cost.** prescrive alla legge di determinare "le condizioni e i modi" per la riparazione degli errori giudiziari, cioè come porre rimedio all'errore contenuto in una sentenza di condanna irrevocabile e scoperto in esito alla sua revisione. Il codice disciplina tale riparazione (da non confondere con la riparazione per l'ingiusta detenzione di cui agli artt. 314-315 c.p.p.) all'art. 643 ss. c.p.p.

---

<sup>19</sup> Negli ordinamenti di *common law* esiste il divieto della *double jeopardy* (letteralmente "doppio rischio") che impedisce di giudicare una persona più di una volta per lo stesso fatto e di conseguenza la sentenza di assoluzione di primo grado, di regola, non può essere impugnata dall'accusa. Esso infatti si ritrova anzitutto nell'ordinamento inglese. Tale divieto è stato recepito anche nel Quinto Emendamento del 1791 alla Costituzione statunitense, secondo cui «né alcuno potrà essere sottoposto due volte, per un medesimo reato, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica...». L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali U.E. enuncia il divieto di *bis in idem* nei termini che seguono: "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge". Il principio del *ne bis in idem* europeo è sancito dall'art. 54 della Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, ratificata e posta in esecuzione dall'Italia con l. 30 settembre 1993, n. 388. Anche l'art. 4 del Protocollo 7 CEDU prevede il *ne bis in idem*.

### **2.21. Le libertà fondamentali.**

La Costituzione tutela anche nel processo le libertà fondamentali dell'uomo. Pertanto l'art. 13 Cost. tutela la libertà personale dell'imputato, in nome del *favor libertatis*, e disciplina le limitazioni legittimamente apportionabili (arresto in flagranza, fermo di indiziato, misure cautelari); l'art. 14 Cost. regola le intrusioni nel domicilio (ispezioni e perquisizioni domiciliari); l'art. 15 Cost. stabilisce le regole e le garanzie per limitare la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (sequestro di corrispondenza e intercettazioni).

### **3. L' "equo" processo secondo le convenzioni sovranazionali.**

La Carta dei diritti fondamentali U.E. garantisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47), la presunzione di innocenza e i diritti della difesa (art. 48), i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49) e il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (art. 50).

L'art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.) scolpisce l'"equo" processo, riconoscendo all'accusato una serie di **diritti processuali** importanti.

#### **3.1. La pubblicità del giudizio (al contrario della segretezza degli atti di indagine).**

Mentre gli atti dell'indagine preliminare condotta dal p.m. con l'ausilio della polizia giudiziaria devono essere segreti per essere proficui, la fase del giudizio è per sua natura pubblica.

La **pubblicità del giudizio** è stata considerata dalla cultura illuministica come un elemento costitutivo del processo accusatorio, come un fondamentale strumento di controllo sia esterno sia interno dell'attività giurisdizionale, come un argine all'arbitrio<sup>20</sup>.

L'art. 6, comma 1, C.E.D.U. stabilisce che «**la sentenza deve essere resa pubblicamente**», ribadendo il carattere della **pubblicità dell'udienza**, anche se sono previste delle **deroghe** perché «**l'accesso alla sala di udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale** (quindi quando ci sono problemi di buon costume) **dell'ordine pubblico** (quando il processo potrebbe creare disordini) o

---

<sup>20</sup> Cesare Beccaria scriveva "pubblici siano i giudizi e pubbliche le prove del reato, perché l'opinione, che è forse il solo cemento della società, imponga un freno alla forza". Da parte sua Voltaire si domandava "davvero il segreto si conviene alla giustizia? Non dovrebbe essere proprio solo del crimine nascondersi?" Anche Bentham riteneva che la pubblicità "è la più efficace garanzia delle testimonianze" (delle quali assicura, grazie al controllo del pubblico, la veridicità), "fonda la fiducia pubblica" sui giudizi, rafforza l'indipendenza dei magistrati accrescendone la responsabilità sociale e neutralizzandone i vincoli gerarchici e lo spirito di corpo. E anche oggi, secondo Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2000) esiste un nesso indissolubile tra pubblicità e democrazia nel processo e la trasparenza dei giudizi rappresenta la scriminante più sicura tra culture giuridiche democratiche e culture autoritarie, ma senza confondere la pubblicità del processo con la sua risonanza o spettacolarità, accresciuta dall'ambiguo rapporto instauratosi con i *mass-media*.

**della sicurezza nazionale»** (cioè, pericolo di attentati alla sicurezza dello Stato), tutti parametri da valutare naturalmente **«in una società democratica»** (perché se fosse una dittatura, ovviamente, il dittatore direbbe che vi sono sempre problemi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, pur di escludere la pubblicità). Quindi si tratta di deroghe che, in tanto sono legittime, in quanto sono ammissibili in una società democratica. Altre deroghe sono previste **«quando lo esigano gli interessi dei minori»** (a tutela della personalità dei minori, che è in evoluzione, è prevista quindi la deroga alla pubblicità dell'udienza) o, ancora, quando si tratta della **«protezione della vita privata delle parti in causa»** (si tratta quindi di tutelare la *privacy* delle parti private su fatti che attengono alla loro sfera più intima, per cui la legge può prevedere che il processo non si celebri pubblicamente ma avvenga senza pubblico) o infine, ultima deroga, **«nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in circostanze speciali, la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia»**, con una formula di chiusura un po' generica che però consente, la deroga alla pubblicità dell'udienza per interessi di giustizia (si pensi al pericolo di inquinamento delle prove, si pensi alla spontaneità dei testimoni che potrebbero essere intimiditi dalla presenza del pubblico).

**Un giudizio di tipo penalistico non potrebbe essere in ogni caso disciplinato con udienza camerale. La Corte e.d.u. ha infatti censurato il procedimento italiano di prevenzione, per il quale era prevista soltanto l'udienza in camera di consiglio, affermando che la pubblicità dell'udienza deve intendersi come presidio “contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico” e come “uno dei mezzi per preservare la fiducia nelle corti e nei tribunali”<sup>21</sup>.**

L'art. 14 **Patto internazionale sui diritti civili e politici** è quello che si interessa direttamente del processo penale e ribadisce alcune garanzie già dettate dalla Convenzione europea. Si dice che tutti siamo uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia, quindi, un **principio di uguaglianza** già presente nell'art.

---

<sup>21</sup> Corte e.d.u. , sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia (in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). Secondo la Corte, “attraverso la trasparenza che essa conferisce all'amministrazione della giustizia, essa aiuta a realizzare lo scopo dell'art. 6 §1: l'equo processo, la cui garanzia è annoverata tra i principi di ogni società democratica ai sensi della Convenzione”. La Corte e.d.u. ha quindi concluso che la procedura in camera di consiglio prevista come regola nel procedimento di prevenzione contrasta con l'“equo processo” prescritto dall'art. 6 par. 1 Conv. eur. ed ha ritenuto “essenziale che le persone soggette alla giurisdizione coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano per lo meno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza dinanzi alle camere specializzate dei tribunali e delle corti d'appello”, ha censurato il procedimento italiano di prevenzione, affermando che la pubblicità dell'udienza deve intendersi come presidio “contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico” e come “uno dei mezzi per preservare la fiducia nelle corti e nei tribunali”, per cui, secondo la Corte, “attraverso la trasparenza che essa conferisce all'amministrazione della giustizia, essa aiuta a realizzare lo scopo dell'art. 6 §1 : l'equo processo, la cui garanzia è annoverata tra i principi di ogni società democratica ai sensi della Convenzione”. La Corte e.d.u. ha quindi concluso che la procedura in camera di consiglio contrasta con l'“equo processo” prescritto dall'art. 6 par. 1 Conv. eur. ed ha ritenuto “essenziale che le persone soggette alla giurisdizione coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano per lo meno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza dinanzi alle camere specializzate dei tribunali e delle corti d'appello”. Anche successivamente la Corte e.d.u. ha ribadito tale principio.

3 Cost. Ma all'**art. 14, comma 1, Patto internazionale** si aggiunge che **ogni individuo ha «diritto ad una equa e pubblica udienza»**, prescrivendo i caratteri della pubblicità e dell'equità dell'udienza. Si prescrive anche che l'udienza si tenga **dinanzi a un «tribunale competente, indipendente e imparziale»**. L'**art. 14, comma 1**, specifica che **«il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse** sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale di una società democratica, sia quando lo esiga l'interesse della vita privata o delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia; tuttavia, qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli».

Anche il codice di procedura penale italiano stabilisce la regola della **pubblicità dell'udienza (art. 471 c.p.p.)**. **“a pena di nullità” e solo in giustificati casi eccezionali si può procedere a porte chiuse (art. 472 c.p.p.)**.

### ***3.2. Il diritto dell'accusato al silenzio.***

Il **Patto internazionale sui diritti civili e politici stabilisce all'art. 14, comma 2 lett. g)**, un fondamentale principio del processo accusatorio, purtroppo non presente né nella Costituzione, né nella C.E.D.U.: il **«diritto a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole»**. È l'importante principio del *nemo tenetur se detegere*, di origine romanistica e poi accolto nei sistemi di *common law* (“*right to remain silent*”), per cui l'indagato o imputato ha “diritto al silenzio” e non è mai tenuto ad accusare se stesso, perché la prova della responsabilità deve provenire dall'accusa, la quale non deve cercare di estorcerla dalle labbra dell'inquisito, perché con questo sistema si tornerebbe alla tortura. Anche il codice di procedura (art. 64 c.p.p.) riconosce il diritto al silenzio e l'indagato o imputato deve essere previamente avvertito di questo suo diritto.

## II LE GARANZIE PER LA MAGISTRATURA

### 1. La riserva assoluta di legge a tutela della magistratura.

L'art. 108, comma 1, Cost. stabilisce che «le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge». La disposizione deve essere letta in coordinamento con l'art. 25, comma 1, Cost. che impone che il giudice deve essere «precostituito per legge».

**In questo modo il costituente, a tutela della magistratura, ha voluto riservare alla legge, e quindi all'espressione della volontà popolare, la disciplina sia dell'ordinamento giudiziario, sia della magistratura.**

**Tuttavia, sono disciplinati dallo stesso ordinamento giudiziario sia i giudici** (giudice di pace, tribunale, monocratico e collegiale, Corte d'appello e Corte di cassazione, mentre la Corte di assise e d'assise d'appello sono disciplinate dalla legge 10 aprile 1951, n. 287) **sia i pubblici ministeri presso di essi** (procuratore della Repubblica presso il tribunale, procuratore generale presso la Corte d'appello e procuratore generale presso la Corte di cassazione).

Giudice e pubblico ministero hanno quindi una **carriera unica**: infatti non è stata mai attuata in Italia una separazione delle carriere di giudice e di pubblico ministero.

### 2. Le diverse “funzioni” (non “gradi”) dei magistrati.

L'art. 107, comma 3, Cost., per evitare rapporti di tipo gerarchico tra magistrati (si suole dire che **non esistono magistrati di “grado” diverso**) – e quindi **al fine di salvaguardarne l'autonomia** – stabilisce che «**I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni**», non di grado.

**Si tratta di una forma di attuazione dell'indipendenza interna, che attribuendo funzioni (e non gradi) diverse ai magistrati, evita che la decisione del giudice possa essere vincolata da quella di altri giudici.**

L'indipendenza “interna” non è, invece, pregiudicata dall'esistenza di diversi gradi di giurisdizione, rispondenti alla necessaria logica processuale, per cui il giudice d'appello o di cassazione potrebbe annullare la decisione impugnata, né è pregiudicata dall'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi al “principio di diritto” pronunciato dalla Corte di cassazione che ha annullato la sentenza, trattandosi di funzioni distinte e non di gradi.

### 3. L'indipendenza “esterna” della magistratura.

L'art. 104 Cost., precisando che «**la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere**», garantisce la cosiddetta “**indipendenza esterna**” del magistrato rispetto al potere esecutivo ed a quello legislativo<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> In tema di indipendenza del magistrato sono sempre attuali le parole di Piero CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1935, cap. XIV: che scriveva come “Ciò che può costituire un pericolo



Si tratta della conseguenza del principio della separazione dei poteri, connotato essenziale di uno Stato di diritto; un'importante garanzia che tutela il magistrato, quindi sia il giudice sia il pubblico ministero, e che lo tiene indenne, nell'esercizio delle sue funzioni, giudicanti o requirenti, da qualsiasi pressione o influenza esterna.

La storia – e purtroppo anche la cronaca di alcune vicende giudiziarie di qualche Paese – dimostra, infatti, che spesso soprattutto il potere esecutivo ha usato o blandito o minacciato la magistratura per acquisire o conservare il proprio potere politico, inscenando processi apparentemente regolari, ma in realtà gestiti dal potere esecutivo.

#### **4. I compiti “non invasivi” del Ministro della Giustizia**

A differenza di quanto storicamente accaduto in passato (quando la magistratura era asservita al potere esecutivo), **l'indipendenza “esterna” del magistrato impedisce che il ministro della giustizia possa intromettersi nell'amministrazione della giustizia**, se non per garantire l'organizzazione e il funzionamento dei servizi necessari al funzionamento della giustizia (strutture materiali, arredi, fondi per cancelleria e pubblicazioni giuridiche, fondi per stipendi di magistrati e cancellieri).

L'**art. 110 Cost.**, infatti, stabilisce che «**Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia**». Pertanto il ministro della giustizia deve solo provvedere a rendere materialmente efficiente il “servizio giustizia”, senza poter intromettersi nell'amministrazione della giustizia.

Il ministro della giustizia ha poteri di **sorveglianza e ispezione** e a tal fine dispone di un ispettorato generale, incaricato di ispezioni periodiche o straordinarie negli uffici giudiziari.

---

per i magistrati non è la corruzione....E neanche son da considerarsi minacce molto gravi per la indipendenza dei magistrati le inframmettenze politiche: sono frequenti, ma non irresistibili (...) Il vero pericolo non viene dal di fuori: è un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica. Nella mia lunga carriera non mi sono mai incontrato a faccia a faccia con giudici corruttibili, ma ho conosciuto non di rado giudici indolenti, disattenti, svogliati: pronti a fermarsi alla superficie, pur di sfuggire al duro lavoro di scavo, che deve affrontare chi vuole scoprire la verità. La pigrizia porta ad adagiarsi nell'abitudine, che vuol dire intorpidimento della curiosità critica e sclerosi della umana sensibilità: al posto della pungente pietà che obbliga lo spirito a vegliare in permanenza, subentra cogli anni la comoda indifferenza del burocrate, che gli consente di vivere dolcemente in dormiveglia”. Più recentemente osserva Luigi Ferrajoli, nei suoi *Principia iuris*, 2007, che “Ogni giudice, nella sua lunga carriera, incontra migliaia di cittadini: come imputati, come parti offese, come testimoni, come attori o convenuti. Naturalmente non ricorderà quasi nessuna di queste persone. Ma ciascuna di queste migliaia, di questi milioni di persone, indipendentemente dal fatto che abbia avuto torto o ragione, ricorderà e giudicherà il suo giudice, ne valuterà l'equilibrio o l'arroganza, il rispetto oppure il disprezzo per la persona, la capacità di ascoltare le sue ragioni oppure l'ottusità burocratica, l'imparzialità o il pregiudizio. Ricorderà, soprattutto, se quel giudice gli ha fatto paura o gli ha suscitato fiducia. Solo in questo secondo caso ne avvertirà e ne difenderà l'indipendenza come una sua garanzia, cioè come una garanzia dei suoi diritti di cittadino. Altrimenti - possiamo esserne certi - egli avvertirà quell'indipendenza come il privilegio di una casta, di un potere odioso e terribile”.

In attuazione dell'art. 110 Cost., la l. 12 agosto 1962, n. 1311, consente al ministro della giustizia di ordinare **ispezioni ministeriali (ordinarie triennali, straordinarie, mirate o amministrative)** in tutti gli uffici giudiziari al fine di verificare eventuali irregolarità e lacune nei servizi giudiziari o di segnalare al ministro (o al C.S.M., se questi ne ha richiesto l'intervento) eventuali illeciti disciplinari, per i quali il ministro è legittimato ad esercitare l'azione disciplinare davanti al C.S.M. Le ispezioni non possono mai interferire con l'attività giudiziaria o giurisdizionale, ma limitarsi a controllare il regolare svolgimento dei servizi.

Egli può chiedere ai capi delle corti informazioni circa il funzionamento della giustizia e inviare loro le comunicazioni che ritiene opportune (art. 14 l. n. 195/1958), così come riceve dai Consigli giudiziari la segnalazione delle disfunzioni da essi ravvisate nell'andamento degli uffici giudiziari (art. 15 d.lgs.27 gennaio 2006, n. 25). Al fine dell'eventuale esercizio dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati, esercita "l'alta sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i magistrati del pubblico ministero" (art. 13 r. d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511) e inoltre "per l'esercizio dell'azione disciplinare, per l'organizzazione del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, nonché per l'esercizio di ogni altra attribuzione riservatagli dalla legge, il ministro esercita la sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari" (art. 56 d.P.R. 16 settembre 1958, n. 916).

Il Guardasigilli pronuncia annualmente dinanzi ai due rami del Parlamento la relazione sull'amministrazione della giustizia.

L'**art. 107 Cost.** precisa che il ministro della giustizia ha la «**facoltà di promuovere l'azione disciplinare**». Si tratta di un **potere discrezionale affidato al ministro**, mentre un obbligo di esercitare l'azione disciplinare è attribuito al procuratore generale presso la Corte di cassazione.

Oltre ad avere il compito di assicurare le strutture materiali necessarie al funzionamento della giustizia, il Guardasigilli ha altresì una competenza relativa "**sia all'organizzazione degli uffici** nella loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, **sia al funzionamento dei medesimi** in relazione all'attività ed al comportamento dei magistrati che vi sono addetti" (Corte cost.12 dicembre 1963, n. 168).

La Corte costituzionale ha affermato che, oltre al presidente del Consiglio dei ministri, il ministro della giustizia è l'unico ministro della Repubblica legittimato a sollevare **conflitto di attribuzioni** con gli altri poteri dello Stato, a norma dell'art. 134 Cost.<sup>23</sup>.

Il ministro della giustizia **interviene alle sedute del C.S.M.** quando ne è richiesto dal presidente della Repubblica o ritiene opportuno fare comunicazioni o dare chiarimenti, ma **non può assistere alle deliberazioni del Consiglio** (art. 16 l. 24 marzo 1958, n. 195), mentre sul conferimento degli incarichi direttivi

---

<sup>23</sup> Corte cost. (ord.) 2-10 ottobre 1979, n. 123.

deve trovare il concerto con il C.S.M. (art 11 l. n. 195/1958). Il guardasigilli può formulare al Consiglio richieste e osservazioni sulle assunzioni, assegnazioni e trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati, nonché osservazioni sul funzionamento della giustizia, ricevendo dallo stesso Consiglio proposte sulla modifica delle circoscrizioni giudiziarie e su tutte le materie concernenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia e pareri sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e ogni altro oggetto comunque concernente tali materie (art. 10 l. n. 195/1958). Il ministro della giustizia controfirma i decreti del presidente della Repubblica che formalizzano le deliberazioni del C.S.M. e, nei casi previsti dalla legge, le formalizza con un proprio decreto (art. 17 l. n. 195/1958). La Corte costituzionale ha, in diverse occasioni, auspicato un rapporto di leale collaborazione tra C.S.M. e Guardasigilli.

**Il ministro della giustizia, anche in assenza di domanda o proposta, può assumere l'iniziativa di domandare la grazia per i condannati** (art. 681 cod. proc. pen.), a prescindere dal consenso dell'interessato.

È prevista una fase istruttoria non giurisdizionale di acquisizione di elementi di giudizio strumentale alla decisione. Pertanto, se il condannato è detenuto o internato, la domanda può essere presentata al magistrato di sorveglianza, il quale acquisiti tutti gli elementi di giudizio utili e le «osservazioni» del procuratore generale presso la corte d'appello del distretto ove ha sede il giudice dell'esecuzione, la trasmette al ministro con il proprio «parere motivato». Se invece il condannato non è detenuto né internato, la domanda può essere presentata allo stesso procuratore generale, il quale, acquisite le opportune «informazioni», la trasmette con le proprie «osservazioni» al ministro per l'eventuale proposta. Si ritiene che anche il ministro della giustizia possa compiere o far compiere eventuali altri accertamenti, come pure l'interessato può produrre documentazione a sostegno dell'istanza. Il problema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Guardasigilli controfirmante è rimasto aperto per decenni dall'entrata in vigore della Costituzione, essendo il decreto di grazia da taluni ritenuto sostanzialmente ministeriale, da altri invece di natura presidenziale e da altri ancora qualificato atto a partecipazione uguale.

Attualmente la decisione sulla grazia non è più riconducibile al potere di indirizzo politico del Governo<sup>24</sup>, ma piuttosto ad un arcaico residuo del potere

---

<sup>24</sup> A lungo si è ritenuto che, poiché a norma dell'art. 89 Cost. «nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità», ove mancasse la proposta del ministro, la sottoscrizione di un atto di grazia ad opera del Capo dello Stato sarebbe stata inefficace perché, non conseguendo ad una previa proposta del ministro, non avrebbe contenuto l'assunzione di alcuna responsabilità politica da parte di quest'ultimo. La prassi da oltre cinquant'anni era nel senso che il Guardasigilli inviava al Presidente della Repubblica solo le domande per le quali esprimeva parere favorevole, archiviando le altre. Nel 2005 il Presidente Ciampi assunse l'iniziativa di sollecitare il ministro della giustizia Castelli ad istruire la pratica del condannato Ovidio Bompresi, innovando quindi rispetto ad un'inveterata contraria prassi. Successivamente lo stesso Presidente della Repubblica sollevò conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, che

del sovrano. Al ministro della giustizia la Costituzione assegna dunque soltanto il compito dell'istruzione del provvedimento, quindi un ruolo servente rispetto al Presidente della Repubblica, al termine della quale invia al Capo dello Stato una proposta, favorevole o sfavorevole, alla concessione. La controfirma del ministro al provvedimento di clemenza è considerato un atto dovuto perché il ministro non ha alcuna responsabilità di merito.

**Il ministro della giustizia decide se concedere l'autorizzazione a procedere o avanzare richiesta di procedimento per una nutrita serie di reati** (previsti, ad esempio, dall'art. 313 c.p.).

### **5. L' "inamovibilità" del magistrato.**

L'art. 107 Cost. detta la fondamentale **garanzia dell'inamovibilità del magistrato**; così prescrive: «**i magistrati sono inamovibili**. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

**La garanzia dell'inamovibilità è posta a tutela dell'autonomia e dell'indipendenza** del magistrato, che altrimenti potrebbe essere spostato di sede (anche promuovendolo: *promoveatur ut amoveatur*) e, per l'effetto, spogliato del processo.

### **6. L' "incompatibilità ambientale" del magistrato.**

L'art. 2, comma 2, r. d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, consente il **trasferimento d'ufficio, da parte del C.S.M., del magistrato per incompatibilità ambientale**.

I limiti a tale potere di trasferimento d'ufficio sono stati individuati dal Consiglio di Stato con un'importante pronuncia, che ha chiarito che il trasferimento può essere disposto dal C.S.M. solo ove si accertino **situazioni oggettive di impossibilità di esercitare le funzioni giudiziarie con piena indipendenza e imparzialità**, se del caso anche riconducibili a condotte del magistrato interessato, ma comunque al di fuori di ogni giudizio di riprovevolezza di esse. Si deve comunque **escludere un potere generale del C.S.M. di trasferimento coattivo dei magistrati per qualsiasi condotta scorretta non rientrante nelle fattispecie di illecito disciplinare** (Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio-13 giugno 2011, n. 3587, Min. giustizia contro Forleo, in *Guida dir.*, 2011, n. 28, p. 84).

---

la Corte costituzionale ha risolto stabilendo che non spetta al ministro della giustizia di impedire la prosecuzione del procedimento volto all'adozione della determinazione del Presidente della Repubblica relativa alla concessione della grazia (Corte cost. 18 maggio 2006, n. 200).

## 7. L'accesso e il ruolo della magistratura.

L'art. 106 Cost. stabilisce che «le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli. Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori».

La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario voluta dal ministro Castelli nel 2006 (e attuata con diversi decreti legislativi), venne sostituita, dopo appena un anno, dalla legge di riforma proposta dal ministro della giustizia Mastella. Anche secondo la riforma dell'ordinamento giudiziario, proposta dal ministro Mastella (l. 30 luglio 2007, n. 111), per entrare in magistratura i candidati devono sostenere un **concorso unico per giudici e pubblici ministeri**.

Il concorso in magistratura è un “**concorso di secondo grado**”, nel senso che non è possibile accedervi immediatamente in seguito al conseguimento della laurea in giurisprudenza, essendo invece necessario il possesso di ulteriori qualificazioni; per sostenere il concorso, infatti, oltre al requisito della laurea occorre:

- essere titolari di un **rapporto di dipendenza** con lo Stato, la pubblica amministrazione, gli enti pubblici a carattere nazionale o gli enti locali, oppure
- **essere appartenenti al personale universitario di ruolo docente di materie giuridiche**, oppure
- essere **avvocati** non incorsi in sanzioni disciplinari (è sufficiente il conseguimento della sola abilitazione all'esercizio della professione forense e non il requisito dell'iscrizione all'albo degli avvocati, come ha affermato Corte cost. 6 ottobre 2010, n. 296), oppure
- essere **magistrati onorari per almeno sei anni** senza demerito, senza revoca e senza sanzioni disciplinari, oppure ancora
- essere laureati in giurisprudenza al termine di un corso universitario di durata non inferiore a quattro anni, salvo che non si tratti di seconda laurea, che abbiano conseguito o il dottorato di ricerca in materie giuridiche o il diploma di specializzazione in una disciplina giuridica al termine di un corso di studi di durata non inferiore a due anni presso le scuole di specializzazione di cui al d.P.R. n. 162 del 1982 o il diploma rilasciato dalle scuole di specializzazione per le professioni legali previste dall'art. 16 d.lgs. 17 novembre 1997, n. 398 (le cosiddette “scuole Bassanini”), al termine di un corso attualmente di due anni ma teoricamente destinato a divenire annuale:
- aver completato, con esito positivo, un tirocinio teorico-pratico della durata di 18 mesi di affiancamento ad un magistrato formatore (*ex art. 73,*

commi 1 e 12, d.l. 24 giugno 2013, n. 69, conv. dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, e succ. mod.)<sup>25</sup>.

**È stato abolito qualsiasi limite d'età, ma dopo tre tentativi non si può più sostenere il concorso.** Eliminata anche la preselezione informatica (giornalisticamente indicata "a quiz"), è stato pure cassato dalla riforma Mastella il test psicologico-attitudinale, che era stato introdotto dalla precedente riforma Castelli.

Superate le prove scritte e quelle orali, il candidato è ammesso, come **magistrato ordinario in tirocinio (M.O.T.)**, ad un tirocinio della durata di **diciotto mesi** (sei dei quali presso la Scuola Superiore per la magistratura e dodici presso uffici giudiziari: art. 18 d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26).

**Terminato il tirocinio, il magistrato è ammesso ad esercitare le sue funzioni, come giudice oppure come pubblico ministero.**

La **carriera di giudice e di pubblico ministero è unica**: sono stati aboliti i concorsi di avanzamento di carriera previsti dalla precedente riforma Castelli, per cui, per avanzare in carriera, i magistrati sono sottoposti a **valutazioni quadriennali della professionalità** affidate al C.S.M.

Tali valutazioni, basate sui giudizi espressi dai consigli giudiziari e dal C.S.M., sono relative a **capacità, laboriosità, diligenza e impegno** e si ripetono per **sette volte** nella carriera del magistrato. Il giudizio negativo incide sullo stipendio e dopo un secondo giudizio negativo il magistrato viene dispensato dal servizio.

Come già detto, **non esiste una separazione delle carriere di giudice e di pubblico ministero**, ma una più elastica separazione delle funzioni, per cui i magistrati possono transitare dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa per **non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera**, ma il passaggio può essere disposto a seguito di **procedura concorsuale** ed è subordinato a **tre condizioni**:

- aver svolto per almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione di provenienza;

---

<sup>25</sup> Secondo l'art. 73, comma 1, cit. «I laureati in giurisprudenza all'esito di un corso di durata almeno quadriennale, in possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'articolo 42-ter, secondo comma, lettera g), del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, che abbiano riportato una media di almeno 27/30 negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo, ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110 e che non abbiano compiuto i trenta anni di età, possono accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico-pratica presso la Corte di Cassazione, le Corti di appello, i Tribunali ordinari, la Procura generale presso la Corte di cassazione, gli uffici requirenti di primo e secondo grado, gli uffici e i tribunali di sorveglianza e i tribunali per i minorenni della durata complessiva di diciotto mesi. I laureati, con i medesimi requisiti, possono accedere a un periodo di formazione teorico-pratica, della stessa durata, anche presso il Consiglio di Stato, sia nelle sezioni giurisdizionali che consultive, e i Tribunali Amministrativi Regionali. La Regione Siciliana e le provincie autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito della propria autonomia statutaria e delle norme di attuazione, attuano l'istituto dello stage formativo e disciplinano le sue modalità di svolgimento presso il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e presso il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa di Trento e la sezione autonoma di Bolzano».

- aver superato un giudizio di idoneità alle diverse funzioni, espresso dal C.S.M., previo parere del consiglio giudiziario;
- aver partecipato a un corso di qualificazione professionale.

**Esistono, inoltre, limiti territoriali;** il passaggio di funzioni, infatti, non è possibile:

- all'interno del medesimo distretto di Corte d'appello;
- all'interno di altro distretto sito nella stessa regione (le nuove funzioni possono perciò essere esercitate in una regione diversa da quella in cui il magistrato esercitava le proprie funzioni);
- in relazione al capoluogo del distretto di Corte d'appello competente per i procedimenti riguardanti i magistrati *ex art. 11 c.p.p.* in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni.

**I limiti territoriali in questione, peraltro, non operano qualora:**

- da un lato, il magistrato che ha chiesto il passaggio alle funzioni requirenti, abbia svolto negli ultimi cinque anni esclusivamente funzioni civili o del lavoro;
- d'altro lato, il magistrato che svolgeva funzioni requirenti, abbia chiesto il passaggio alle funzioni giudicanti civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro.

Infine, con la “riforma Mastella” la **durata degli incarichi direttivi e semi-direttivi non può superare i quattro anni, rinnovabili una sola volta.**

È stata, inoltre, istituita la **Scuola superiore della magistratura (S.S.M.)**, che ha tre sedi da individuarsi con decreto del ministro della giustizia di concerto con quello dell'economia e delle finanze (attualmente risulta attiva unicamente la sede nel comprensorio di Firenze presso la Villa di Castel Pulci in Scandicci). È altresì in essere la sede amministrativa in Roma., **la quale si occupa dell'aggiornamento e della formazione permanente dei magistrati**, i quali devono frequentare almeno un corso ogni quattro anni (del comitato direttivo fanno parte sette magistrati, tre professori universitari e due avvocati, nominati per metà dal ministro della giustizia e per l'altra metà dal C.S.M.).

## **8. Il collocamento fuori ruolo del magistrato.**

La normativa in materia di **collocamento fuori del ruolo organico** dei magistrati è disciplinata nell'ordinamento giudiziario in modo disorganico ed essenzialmente dagli **artt. 196 e 210 ord. giud.**

L'art. 196 consente una destinazione dei magistrati ad esercitare **funzioni amministrative** presso il Ministero della giustizia, con conseguente collocamento fuori ruolo durante tale esercizio.

L'art. 210 prevede invece un collocamento fuori ruolo dei magistrati ai quali vengono conferiti «**incarichi non previsti da leggi o da regolamenti**»; si tratta dei cosiddetti “incarichi speciali”, conferiti dal ministro della giustizia o da

altre istituzioni. Il numero complessivo di tali incarichi è stabilito in sei.

È il C.S.M. che autorizza il collocamento fuori ruolo, ove non sussistano gravi esigenze di servizio.

Il C.S.M. ha emesso diverse circolari per integrare la lacunosa disciplina legislativa; in particolare, la **circ. 27 aprile 1994, n.7365**, ha dettato per la prima volta una regolamentazione organica. Con specifico riferimento alla durata dell'incarico fuori ruolo, è stabilito che **non può eccedere i cinque anni**, eventualmente **prorogabili di altri cinque**, ma soltanto dopo che il magistrato è tornato in servizio. Tali limiti, peraltro, non si applicano per le funzioni svolte presso la presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale, il C.S.M., limitatamente agli incarichi di Segretario generale e di vice-Segretario generale, nonché presso gli organismi internazionali.

Nel corso degli anni la materia dei magistrati cosiddetti “fuori ruolo”, ossia delle toghe sottratte al loro ruolo naturale per essere inserite nei gangli dell'alta amministrazione e nei gabinetti ministeriali, è stata oggetto di **ripetuti interventi legislativi** che hanno determinato, allo stato, una sostanziale incontrollabilità di un fenomeno che ha raggiunto dimensioni preoccupanti a scapito, anzitutto, anche se non solo, dell'efficienza della giustizia (tra l'altro, il magistrato fuori ruolo percepisce due stipendi). Basti pensare che con l'attuale sistema **i magistrati fuori ruolo sono oltre 260**: si tratta di un numero elevatissimo di magistrati (quasi un intero concorso), di una straordinaria risorsa sottratta all'esercizio delle funzioni giurisdizionali in una situazione in cui l'organico complessivo della magistratura appare, già di per sé, largamente deficitario.

Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura è intervenuto sulla materia con la **circolare n. P-2766 dell'8 febbraio 2008** sostenendo che occorre porre un argine al numero eccessivo di richieste di destinazione di magistrati a funzioni extragiudiziarie, anche perché all'interno della magistratura si stanno ormai cristallizzando delle vere e proprie “**carriere parallele**” che per la contiguità con la politica recano un evidente “**appannamento dell'immagine della terzietà dell'ordine giudiziario**”. Ed invero **all'interno del solo Ministero della giustizia circa il 20 per cento dei posti di maggior rilievo**, ossia quelli di diretta collaborazione con il Ministro, sono in larga parte occupati da **magistrati fuori ruolo**, il che finisce inevitabilmente per incidere direttamente sul delicato equilibrio tra potere esecutivo da una parte, e ordine giudiziario dall'altra.

L'**art. 1, comma 66, l. 6 novembre 2012, n. 190** (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) prescrive che tutti gli incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali e internazionali attribuiti in posizioni apicali o semi-apicali, compresi quelli di titolarità dell'ufficio di gabinetto, a magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, avvocati e procuratori dello Stato, devono essere svolti con **contestuale collocamento in posizione di fuori ruolo**



**che deve permanere per tutta la durata dell'incarico.**

L'art. 1, comma 67, l. 6 novembre 2012, n. 190, delega il Governo ad adottare un decreto legislativo per l'individuazione di ulteriori incarichi, anche negli uffici di diretta collaborazione che, in aggiunta a quelli di cui al comma 66, comportano l'obbligatorio collocamento in posizione di fuori ruolo, ma **la delega è scaduta** senza essere attuata ed il problema dei magistrati fuori ruolo non è ancora stato risolto.

### **9. Il divieto di arbitrato.**

L'art. 1, comma 18, l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) **vieta ai magistrati** ordinari, amministrativi, contabili e militari, **agli avvocati e procuratori dello Stato** e ai **componenti delle commissioni tributarie**, a pena della **decadenza** agli incarichi e la **nullità** degli atti compiuti, **la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico.**

### **10. La magistratura onoraria.**

L'art. 106, comma 2, Cost. stabilisce che «**la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli**».

Anche ai magistrati onorari, che possono accedere alla magistratura anche per via elettiva, deve essere garantita l'indipendenza, come a tutti gli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia, a norma dell'art. 108, comma 2, Cost.

L'ordinamento giudiziario prevede **due tipi di magistrati onorari, preposti senza concorso alle funzioni di giudice singolo**: sono i **giudici onorari di tribunale** ed i **giudici di pace**; ad essi si aggiungono, con funzione di pubblico ministero, i vice procuratori onorari. Rientrano, però, tra i giudici onorari anche i **giudici popolari** e **gli esperti del tribunale di sorveglianza** e del **tribunale dei minorenni**.

**I giudici onorari di tribunale** (artt. 42-*bis* – 43-*bis* ord. giud.) sono nominati per un **triennio (rinnovabile)** dal Consiglio superiore della magistratura, a richiesta di cittadini italiani, da una graduatoria di aspiranti redatta in ogni distretto di Corte d'appello dal consiglio giudiziario integrato, che formula un giudizio motivato. I giudici onorari di tribunale svolgono le loro funzioni «in posizione di assoluta indipendenza ed autonomia, nel rispetto dell'imparzialità e del ruolo di terzietà richiesto dalla funzione giurisdizionale» (art. 10, comma 1, d. m. 26 settembre 2007).

**I giudici di pace** sono ammessi dal Consiglio superiore della magistratura, a domanda di cittadini italiani, ad un **tirocínio di sei mesi** sotto la direzione di un magistrato ordinario, che redige una relazione sul tirocínio compiuto. Sulla base di tale relazione e dei risultati della partecipazione a corsi

di qualificazione, il consiglio giudiziario integrato esprime un **giudizio di idoneità** e propone al Consiglio superiore della magistratura una graduatoria degli idonei. Il C.S.M. delibera la graduatoria e il ministro della giustizia nomina i giudici di pace per un quadriennio, rinnovabile sino a due volte (l. 21 novembre 1991, n. 374).

**I vice procuratori onorari** sono magistrati onorari che esercitano le funzioni di pubblico ministero. Essi sono soggetti alla stessa disciplina dettata dagli artt. 42-*ter* – 42-*sexies* ord. giud. per i giudici onorari di tribunale relativamente ai requisiti, alle incompatibilità, ai titoli di preferenza, alle modalità di nomina e a doveri e responsabilità disciplinari (art. 71 ord. giud.). Nei procedimenti davanti al tribunale monocratico i vice procuratori onorari, su delega nominativa del procuratore della Repubblica, possono richiedere l'emissione del decreto penale di condanna, esercitare le funzioni di pubblico ministero in dibattimento, nei procedimenti di esecuzione di cui all'art. 655, comma 2, c.p.p., nei procedimenti di opposizione al decreto del pubblico ministero che ha liquidato i compensi ai periti, ai consulenti tecnici e ai traduttori e, dopo almeno sei mesi di servizio, esercitare le funzioni di pubblico ministero nei procedimenti in camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p. e nell'udienza di convalida dell'arresto se si procede a giudizio direttissimo (art. 71 ss. ord. giud.).

La l. 28 aprile 2016, n. 57, Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, delegò il Governo ad adottare nuove disposizioni in materia.

Il **d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116** (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57) ha dato attuazione alla delega, prevedendo, tra l'altro, la figura del «giudice onorario di pace» (G.O.P.), che è «il magistrato onorario addetto all'ufficio del giudice di pace, al quale sono assegnati i compiti e le funzioni di cui all'articolo 9» e quella del «vice procuratore onorario» (V.P.O.), che è «il magistrato onorario addetto all'ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica istituito ai sensi dell'articolo 2. Al vice procuratore onorario sono assegnati i compiti e le funzioni di cui all'articolo 16»<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> L'incarico di magistrato onorario ha natura inderogabilmente temporanea, si svolge in modo da assicurare la compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o professionali e non determina in nessun caso un rapporto di pubblico impiego. Al fine di assicurare tale compatibilità, a ciascun magistrato onorario non può essere richiesto un impegno complessivamente superiore a due giorni a settimana. Ai magistrati onorari sono assegnati affari, compiti e attività, da svolgere sia in udienza che fuori udienza, in misura tale da assicurare il rispetto di quanto previsto dal presente comma. Il magistrato onorario esercita le funzioni giudiziarie secondo principi di autoorganizzazione dell'attività, nel rispetto dei termini e delle modalità imposti dalla legge e dalle esigenze di efficienza e funzionalità dell'ufficio (art. 1).

## 11. La “geografia giudiziaria”

Attualmente la “geografia giudiziaria” in Italia consta di **26 distretti di Corte d’appello** (presso ognuna delle quali sta una **Procura generale**): Ancona, Bari, Bologna, Brescia, Cagliari (con una sezione distaccata a Sassari), Caltanissetta, Campobasso, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, L’Aquila, Lecce (con sezione distaccata a Taranto), Messina, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Potenza, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Torino, Trento (con sede distaccata a Bolzano), Trieste e Venezia.

Dopo una profonda revisione delle circoscrizioni giudiziarie imposta dalla legge-delega 14 settembre 2011, n. 148, attuata con il d.lgs. 7 settembre 2012, n. 155 (Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero) e il d.lgs. 7 settembre 2012, n. 156 (Revisione delle circoscrizioni giudiziarie - Uffici del giudice di pace), sono stati **soppressi 30 Tribunali** considerati di minore importanza, **220 sezioni distaccate di tribunale** e 667 uffici del giudice di pace, ma il decreto 7 marzo 2014 del ministero della Giustizia consente che 285 uffici giudiziari del giudice di pace possono operare su domanda e a spese degli enti locali, per cui sono stati **soppressi 382 uffici del giudice di pace**.

Pertanto, attualmente, **i circondari di Tribunale** (presso ognuno dei quali è incardinata una **Procura della Repubblica**), che erano 165, **si sono ridotti a 135**<sup>27</sup>. Anche gli **uffici di sorveglianza** sono stati ridisegnati<sup>28</sup>.

## 12. Il Consiglio Superiore della Magistratura

L’art. 104 Cost. disciplina la **composizione del Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.), unico per giudici e pubblici ministeri.**

Sono **membri di diritto**:

- il **presidente della Repubblica**, che presiede il C.S.M.,
- il **primo presidente della Corte di cassazione** (organo apicale della magistratura giudicante) ed
- il **procuratore generale presso la stessa Corte** (vertice della magistratura requirente).

I **membri elettivi** sono eletti, tra le diverse “correnti” di derivazione politica:

- per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra i magistrati appartenenti alle varie categorie (cd. **componente togata**) e

---

<sup>27</sup> In particolare, nel distretto della Corte d’appello della Sardegna sono state soppresse tutte le sezioni distaccate di tribunale, per cui sono rimasti soltanto i **Tribunali di Cagliari, Oristano, Nuoro, Sassari, Tempio Pausania e Lanusei**. Una proposta di legge prevede anche di sopprimere la sezione distaccata di Sassari della Corte d’appello, nonché i tribunali di Oristano e Lanusei, spostando quello di Tempio Pausania a Olbia.

<sup>28</sup> Oggi gli uffici di sorveglianza di Cagliari hanno competenza sui circondari di Cagliari, Oristano e Lanusei, mentre la sezione distaccata di Sassari sui circondari di Sassari, Nuoro e Tempio Pausania.

- per un terzo dal parlamento in seduta comune tra professori ordinari di Università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio della professione (cd. **componente laica**);

tra questa cd. componente laica, il Consiglio elegge un vicepresidente.

La Costituzione si limita a fissare la **proporzione tra componente togata e quella laica**, ma non ne individua il numero, lasciato alla discrezionalità della legge e mutato diverse volte, ma dal 2002 il Consiglio è composto da **sedici magistrati e otto laici**. L'art. 105 Cost. indica le **funzioni del C.S.M., cui spettano «secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati»**. La Corte costituzionale non gli attribuisce rango costituzionale, considerandolo solamente **organo di rilievo costituzionale**. Negli anni il C.S.M. ha assunto funzioni che non gli sono proprie (rappresentanza della magistratura, funzione propositiva o consultiva sui disegni di legge) e connotate dalle inclinazioni politiche delle diverse “correnti” che si muovono al suo interno e, proprio per evitare tali “correnti”, si è proposto, **previa modifica dell'art.104 Cost., il sorteggio anziché l'elezione, quale modalità di scelta dei consiglieri**.

In realtà la Costituzione non attribuisce al C.S.M. la funzione di organo rappresentativo dell'ordine giudiziario (compito che dovrebbe svolgere esclusivamente l'A.N.M., Associazione Nazionale Magistrati, il “sindacato” delle “toghe”, sede naturale delle diverse “correnti” all'interno della magistratura), ma è esclusivamente organo di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura ordinaria, per cui esso non ha alcun potere di rappresentanza dei magistrati, come chiarisce la Costituzione ed è stato ribadito anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 44 del 1968.

Il C.S.M. perciò non può essere definito organo rappresentativo dell'ordine giudiziario, perché ad esso compete soltanto l'adozione di tutte le decisioni che riguardano la vita professionale dei magistrati (accesso, trasferimenti ad altra sede o ad altra funzione, progressioni in carriera, svolgimento di incarichi extragiudiziari, nomina a incarichi direttivi e semi-direttivi, l'irrogazione di sanzioni disciplinari) al fine esclusivo di evitare che le loro decisioni possano essere influenzate dal timore di eventuali ripercussioni negative sulla carriera. L'attribuzione di tali funzioni evidenzia come il C.S.M. non possa essere un organo rappresentativo della magistratura, poiché è opportuno che i consiglieri, nel decidere delle sorti professionali dei propri colleghi, non abbiano alcun “debito” nei loro confronti, anche perché, dietro ogni consigliere eletto c'è una “corrente” e dietro ogni “corrente” un certo collateralismo politico. Il C.S.M. non può perciò avere funzione rappresentativa della magistratura, funzione propositiva o consultiva di leggi e tanto meno “para-normativa”. **Ogni questione portata alla decisione del C.S.M., per avere rilevanza esterna, deve essere discussa e deliberata dall'assemblea**

**plenaria (cd. *plenum*)**, ma, per esigenze organizzative, all'interno del C.S.M. sono istituite diverse **Commissioni referenti**<sup>29</sup>.

In base alla l. n. 195/1958, **solo l'assemblea plenaria (il cd. *plenum*) è competente a deliberare definitivamente in merito ad ogni questione sottoposta all'esame del C.S.M., con provvedimenti aventi rilevanza esterna**, dopo l'esame da parte della competente commissione referente.

**Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati**, in conformità delle deliberazioni del Consiglio Superiore, **con decreto del Presidente della Repubblica** controfirmato dal ministro, ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del ministro della giustizia (art. 17 l. n. 195/1958). Tale **"concerto" tra il C.S.M. ed il ministro della giustizia** è stato oggetto di contrasto tra il Consiglio, secondo il quale il ministro darebbe un parere obbligatorio ma non vincolante, ed il Guardasigilli che lo riteneva invece un accordo. La Corte costituzionale, investita del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, ritenendo legittimo l'art. 17 l. n. 195/1958, ha precisato che il concerto in materia di incarichi direttivi serve a soddisfare due esigenze diverse (da una parte, le garanzie costituzionali afferenti all'indipendenza del magistrato, dall'altra, l'amministrazione dei servizi giudiziari) e pertanto rappresenta un **bilanciamento non irragionevole** dei valori costituzionali contenuti negli artt. 105 e 110 Cost. e che, in caso di disaccordo, **non spetta al ministro della giustizia non dar corso alle deliberazioni del C.S.M. sul conferimento degli uffici direttivi**<sup>30</sup>.

**I decreti riguardanti i magistrati sono impugnabili in primo grado per motivi di legittimità davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio e contro le decisioni di prima istanza è ammessa l'impugnazione al Consiglio di Stato, mentre contro le sentenze in materia disciplinare è ammesso ricorso alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione.**

**Le Sezioni unite hanno affermato che non eccede dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il C.S.M. ha conferito un incarico direttivo, si astenga dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma annulli la suindicata deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il Consiglio superiore ha dato conto del modo in**

---

<sup>29</sup> Posto che il loro numero e le attribuzioni ad esse assegnate possono variare ogni anno, al momento della loro nomina ad opera del Presidente del C.S.M. (su proposta del Comitato di Presidenza), attualmente abbiamo: la prima, per le incompatibilità; la seconda, per il regolamento interno del Consiglio; la terza, per l'accesso in magistratura e mobilità; la quarta, per i M.O.T., la progressione dei magistrati e le valutazioni della professionalità; la quinta, per il conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi; la sesta, per la riforma giudiziaria e l'amministrazione della giustizia; la settima, per l'organizzazione degli uffici giudiziari; l'ottava, per i magistrati onorari; la nona, per il tirocinio e la formazione professionale; la decima, per il bilancio del Consiglio ed il regolamento di amministrazione e contabilità.

<sup>30</sup> Corte cost. 9 luglio 1992, n. 379.

cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati<sup>31</sup>.

**La sezione disciplinare del C.S.M. è competente, ai sensi dell'art. 105 Cost., a conoscere dei procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati ordinari (art. 4 l. n. 195/1958).**

**Tali questioni non vengono preventivamente esaminate da alcuna Commissione referente, ma è direttamente la Sezione (anziché il *plenum*) ad adottare, con un vero e proprio procedimento avente natura giurisdizionale, la sentenza, impugnabile davanti alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione (d.lgs. n. 109/2006).**

**Organi ausiliari del C.S.M. sono i Consigli giudiziari**, che sono organismi collegiali decentrati, di tipo amministrativo, operanti all'interno dei distretti di Corte d'appello, profondamente modificati negli ultimi anni ed ora disciplinati dal d.lgs. n. 25/2006.

**Il Consiglio direttivo della Corte di cassazione** è organo interno alla stessa Corte suprema e corrispondente ai Consigli giudiziari presso le Corti d'appello (d.lgs. n. 25/2006).

---

<sup>31</sup> Cass., Sez. Un. civ., 14 febbraio-8 marzo 2012, n. 3622, C.S.M. c/Santoro, in *Guida dir.*, 2012, n. 23, p. 51.

### III IL GIUDICE

#### 1. I giudici “ordinari”.

L’art. 102 Cost. stabilisce che **«la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario»**.

La funzione giurisdizionale è affidata ad organi provvisti di garanzie costituzionali.

La giurisdizione ordinaria è esercitata da magistrati ordinari considerati tali perché istituiti e regolati dalle norme di ordinamento giudiziario (art. 102 Cost.; artt. 1 e 4 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), la cui indipendenza deriva dalla riserva di legge prevista dagli artt. 101-104 Cost. e che sono sottoposti al potere del Consiglio superiore della magistratura (per la cui costituzione e funzionamento, l. 24 marzo 1958, n. 195 e d.P.R. 16 settembre 1958, n. 916), che ne costituisce l’”organo di autogoverno”.

**Caratteri tipici della giurisdizione** (secondo la nota tesi di Carnelutti), che la differenziano dalla funzione legislativa e da quella amministrativa, sono la **terzietà del giudice** (il giudice è terzo nel rapporto giuridico tra le parti) e la sua **pronuncia su domanda** (la sua pronuncia è vincolata al previo esercizio del potere d’azione).

Proprio i primi articoli del codice di procedura penale, sono dedicati al giudice: in particolare il Titolo I (il giudice), capo I (giurisdizione).

Nel primo degli articoli del codice di procedura penale si definisce la giurisdizione penale: l’art. 1 c.p.p. stabilisce che **«la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice»**.

**Pertanto, la giurisdizione penale è l’attività giurisdizionale con cui si pronunciano sia la sentenza (cioè il provvedimento che, in esito ad un processo penale, lo definisce, quindi lo conclude) sia altri provvedimenti interlocutori del processo che, senza definirlo, decidono però altre questioni (ad esempio il decreto che dispone il giudizio, le ordinanze in materia di libertà personale, le ordinanze in materia di ammissione o esclusione di prove, i decreti in materia di intercettazione).**

**Il giudice – è bene ribadirlo – non deve essere confuso con il pubblico ministero**, come talvolta si equivoca, perché il pubblico ministero è un magistrato (appartiene all’ordine giudiziario con funzioni requirenti) ma non è un giudice (cioè non ha funzioni giudicanti).

Per sapere quanti e quali tipi di giudice esistano in Italia, bisogna porre mano all’**ordinamento giudiziario** (ogni codice contiene, in appendice, la voce “ordinamento giudiziario”), il quale specifica che il giudice penale può essere:

- per il **giudizio di primo grado**: il giudice di pace, il tribunale monocratico o il tribunale collegiale, la Corte d’assise;
- per il **giudizio d’appello**: la Corte d’appello e la Corte d’assise d’appello;
- per il **giudizio di legittimità**: la Corte di cassazione, che ha sede unica a Roma.

Nell’ordinamento giudiziario si stabilisce che vi sono **sezioni specializzate** come il tribunale per i minorenni e il tribunale di sorveglianza, e sono dettate le regole relative alla composizione di ciascuno di questi giudici; in esso è altresì compresa la disciplina del pubblico ministero, che, come già detto, ha funzioni giudiziarie, ma non giurisdizionali (perché non giudica).

Trattando, in particolare, dei **giudici ordinari**, l’ordinamento giudiziario stabilisce che il **tribunale, definito “giudice unico di primo grado”**, nella sua circoscrizione giudiziaria, denominata **circondario**, decide per i reati più gravi con tre magistrati (**tribunale collegiale**) oppure, per i reati meno gravi, con un solo magistrato (**tribunale monocratico**).

In realtà, il tribunale non è l’unico giudice di primo grado, perché anche il **giudice di pace** giudica in primo grado per i reati di minima gravità.

Il giudice d’appello è, invece, la **Corte d’appello**, che, nell’ambito del **distretto**, giudica sempre con tre magistrati.

Per i reati più gravi è prevista la competenza della **Corte d’assise**, in primo grado, e **di assise d’appello**, in grado d’appello, istituite con l. 27 dicembre 1956, n. 1441.

Entrambe hanno una composizione mista, il c.d. **scabinato**: sono cioè composte da due giudici di carriera e sei giudici popolari, così attuandosi l’art. 102, comma 3, Cost., che prescrive la «**partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia**».

**I giudici popolari in Italia non costituiscono una giuria**, come quella statunitense, la quale è composta solo da giudici popolari e che in Italia non è costituzionalmente ammissibile.

La **Corte d’assise** è composta, dunque, da due giudici togati e sei giudici popolari con titolo di studio di scuola media di primo grado.

La **Corte d’assise d’appello** ha la stessa composizione numerica, ma i giudici popolari devono possedere un titolo di studio di scuola media di secondo grado.

**La Corte di cassazione**, che ha sede unica in Roma, essendo al vertice dell’ordinamento giudiziario, è chiamata anche “Suprema Corte” : è **giudice di legittimità** e si divide in **sette sezioni ordinarie**; ogni sezione giudica con cinque giudici.

Alla Corte di cassazione quale «organo supremo della giustizia», è affidato dall’art. 65, comma 1, ord. giud., nella sua originaria formulazione risalente al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, il **compito di attuare la nomofilachia**,



**cioè assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».**

Secondo le **tabelle degli uffici giudiziari**, predisposte in attuazione del precetto di “precostituzione” del giudice, ad ogni sezione è attribuita una “**competenza interna**” sulle diverse materie da giudicare, per cui l'assegnazione degli affari tra le diverse sezioni è compiuta dal dirigente dell'ufficio, secondo criteri obiettivi e predeterminati, indicati in via generale dal C.S.M. che li approva contestualmente alle tabelle degli uffici (artt. 7-bis e 7-ter ord. giud.).

Le **Sezioni Unite**, che giudicano con una composizione di nove giudici (art. 67 ord. giud.), risolvono i contrasti giurisprudenziali o le questioni di speciale importanza (art. 610, comma 2, c.p.p.). Esse, inoltre, giudicano sui ricorsi contro le sentenze della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.) e contro le decisioni del Consiglio Nazionale Forense (C.N.F.), nonché sui conflitti e su ogni altra questione in tema di giurisdizione.

All'interno della Corte di cassazione è istituito l'**Ufficio del Massimario e del Ruolo**, che svolge funzioni ausiliarie rispetto a quelle giurisdizionali. L'Ufficio ha, innanzitutto, la funzione di agevolare l'uniforme interpretazione del diritto mediante uno studio preliminare dei ricorsi presentati alla Suprema Corte, individuandone l'oggetto e allegando al fascicolo sintetiche relazioni illustrative dei fatti e dei motivi del ricorso con indicazione dei precedenti giurisprudenziali sulle diverse questioni di diritto che vengono in evidenza (per far ciò si avvale del Centro Elaborazione Dati: **CED**). L'Ufficio, inoltre, forma i ruoli d'udienza e rimette le cause alle diverse sezioni, secondo la loro competenza interna. Dopo il giudizio, infine, l'Ufficio del Massimario e del Ruolo esamina la sentenza e ne ricava il principio di diritto enunciato dalla Corte, redigendo la “**massima**”. Le “**massime**” così ottenute vengono inserite nel C.E.D. e sono disponibili per la consultazione da parte di tutti gli operatori del diritto. Eventuali contrasti giurisprudenziali sono segnalati dall'Ufficio al Primo Presidente in modo che possa valutare l'opportunità di ottenere, sul punto, una pronuncia delle Sezioni Unite.

Altre funzioni dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo sono quelle di svolgere studi per la ricerca coordinata delle diverse legislazioni e curare i rapporti con le pubbliche amministrazioni.

Altro giudice ordinario è il **giudice di pace**, istituito con l. 24 novembre 1999, n. 468, e con competenze in materia penale determinate dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. **Il giudice di pace è un giudice non professionale**, nominato a tempo determinato, competente a conoscere una serie di **reati procedibili a querela** (ad esempio: percosse; lesioni volontarie procedibili a querela, cioè che hanno provocato una malattia di durata non superiore a venti

giorni; lesioni colpose, escluse quelle che, con colpa professionale o con violazione di norme antinfortunistiche, hanno cagionato una malattia di durata superiore a venti giorni; ingiuria; diffamazione; minaccia semplice; furti lievi; danneggiamento semplice) **o d'ufficio** (sommministrazione di bevande alcoliche a minori o infermi di mente; determinazione in altri dello stato di ubriachezza; atti contrari alla pubblica decenza; inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei minorenni; contravvenzioni previste dalla legislazione speciale in materia di pubblica sicurezza, di navigazione, di medicinali ed altre ancora).

Una giustizia sovranazionale è amministrata dalla **Corte penale internazionale** che ha sede a L'Aja ed ha carattere **permanente** (il suo Statuto fu adottato dalla Conferenza diplomatica di Roma il 17 luglio 1998 ed entrò in vigore il 1 luglio 2002). **La giurisdizione della Corte è complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali**, nel senso che la Corte non si sostituisce né si sovrappone alle giurisdizioni nazionali dei singoli Paesi ma ha una competenza limitata ai più gravi crimini di rilevanza per la comunità internazionale, individuati tendenzialmente nel **genocidio**, nei **crimini contro l'umanità**, nei **crimini di guerra** e nell'**aggressione** <sup>32</sup>.

L'Italia, con la l. 20 dicembre 2012, n. 237, recante norme per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, ha completato il processo di adeguamento allo Statuto della Corte.

Si è stabilito **l'obbligo, per l'Italia, di cooperazione con la Corte** e sono state individuate le attribuzioni del ministro della giustizia, il quale cura in via esclusiva i rapporti tra lo Stato italiano e la Corte. In materia di consegna, di cooperazione e di esecuzione di pene si osservano, se non diversamente disposto dalla stessa legge n. 237/2012 e dallo Statuto, le disposizioni del codice di procedura penale relative all'extradizione, alle rogatorie internazionali ed agli effetti delle sentenze penali straniere ed all'esecuzione all'estero di sentenze penali italiane. Le modalità di esecuzione della cooperazione giudiziaria sono affidate dal ministro della giustizia al procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma. Senza il consenso dello Stato da cui provengono non possono essere trasmessi alla Corte penale internazionale atti o documenti acquisiti all'estero e che siano stati dichiarati riservati al momento dell'acquisizione. È prevista l'immunità temporanea nel territorio dello Stato italiano per fatti anteriori alla notifica della citazione.

Le disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato si applicano anche alle procedure di esecuzione di richieste della Corte penale internazionale da adempiere nel territorio dello Stato, in favore della persona nei cui confronti la corte procede.

---

<sup>32</sup> La Corte è ormai in funzione da anni e la prima sentenza fu pronunciata per il crimine di reclutamento e impiego di bambini-soldato, con la condanna a titolo di "coautore", di Thomas Lubanga Dyilo (Corte penale internazionale – *Trial Chamber I* - 14 marzo 2012, ICC-01/04-01-06, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*).

È disciplinata la consegna di una persona alla Corte penale internazionale in esecuzione di un mandato di arresto ovvero di una sentenza di condanna detentiva; è imposta la revoca della misura cautelare in una serie di casi tassativamente previsti. La procedura di consegna prevede le conclusioni del procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, con deposito nella cancelleria della stessa Corte d'appello e comunicazione alle parti con avviso della data dell'udienza, che si svolge in camera di consiglio, secondo il paradigma dell'art. 127 c.p.p.; l'ordinanza emessa a seguito dell'udienza è sottoponibile a ricorso per cassazione che ha effetto sospensivo. Il ministro della giustizia provvede a dare esecuzione all'ordinanza. È prevista l'applicazione provvisoria della misura cautelare, su domanda della Corte penale. Per l'esecuzione dei provvedimenti della Corte penale internazionale è competente la Corte d'appello di Roma, ai sensi dell'art. 665, comma 1, c.p.p. Le sentenze irrevocabili di condanna ad una pena detentiva pronunciate dalla Corte sono eseguibili nel territorio dello Stato italiano in conformità a quanto stabilito nello Statuto.

L'esecuzione della pena è disciplinata dalle disposizioni dell'ordinamento penitenziario italiano e il ministro della giustizia può disporre l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. ai detenuti per i delitti di competenza della Corte penale internazionale previsti dalla l. n. 237/2012.

## **2. I giudici “speciali”.**

L'art. 102, comma 2, Cost. stabilisce che «**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 terzo comma della stessa disposizione aggiunge che «**La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia**».

Dai giudici ordinari occorre distinguere i **giudici speciali**, che derivano la loro specialità proprio dal fatto che **non sono previsti dall'ordinamento giudiziario, ma da altre disposizioni speciali**.

Come detto, l'art. 102, comma 2, Cost. vieta l'istituzione di **giudici speciali, tranne quelli previsti dalla stessa Costituzione (Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Tribunali militari)**.

**In materia penale** la Costituzione menziona soltanto la **Corte costituzionale in composizione integrata** (gli artt. 90, 134 e 135, comma 7, Cost. le attribuiscono la competenza sulle accuse di alto tradimento e attentato alla Costituzione promosse contro il Presidente della Repubblica, procedimento meglio disciplinato dalla l. 25 gennaio 1962, n. 20, norme sui procedimenti e giudizi d'accusa) e i **Tribunali militari** (l'art. 103 Cost. attribuisce loro in tempo di guerra la giurisdizione stabilita dalla legge e in tempo di pace soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate).

**Nell'ordinamento giudiziario, proprio perché giudici speciali, non si trovano dunque menzionati né la Corte costituzionale, né i Tribunali militari** (anche questi ultimi trovano la loro disciplina in una legislazione diversa, i codici penali militari, di pace e di guerra).

**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» (art. 103 comma 3 Cost.).** Si tratta di una **doppia specialità**, soggettiva (cioè quanto ai soggetti giudicabili, che sono gli appartenenti alle forze armate) ed oggettiva (cioè relativamente ai reati giudicabili, che sono i reati militari).

**La Corte costituzionale in composizione integrata** (cioè con 16 giudici aggregati, estratti a sorte tra i cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore, a norma dell'art. 135 Cost., in aggiunta ai 15 giudici costituzionali ordinari) **giudica sulla responsabilità del presidente della Repubblica per i reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione** (artt. 12 e 13 l. cost. 11 marzo 1953, n. 1, e l. 25 gennaio 1962, n. 20). Anche questa è una **doppia specialità**, soggettiva, perché riguarda il solo presidente della Repubblica, ed oggettiva, in quanto attiene ai soli reati presidenziali di alto tradimento ed attentato alla Costituzione.

### **3. I giudici “specializzati”.**

**Come si è visto, l'art. 102, comma 2, Cost. ammette l'istituzione presso i giudici ordinari di «sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura».**

Sono, pertanto, **rispettosi dell'art. 102 Cost.** la l. 27 maggio 1935, n. 835, Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni, e il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, che disciplinano il tribunale per i minorenni ed il relativo processo a carico di imputati minori degli anni diciotto.

Il **tribunale per i minorenni** trova la sua disciplina generale nell'ordinamento giudiziario e nella legge speciale (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, ord. giud.; d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449) ed è, quindi, un **giudice specializzato**, che giudica con quattro giudici: due giudici di carriera e due esperti (scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia), di cui l'uno uomo e l'altro donna.

**Altro giudice specializzato è la sezione della Corte d'appello per i minorenni** (composta da tre magistrati di Corte d'appello e da due esperti), giudice d'appello rispetto ai provvedimenti emessi dal tribunale per i minorenni.

Anche il **tribunale di sorveglianza è un giudice specializzato in materia penitenziaria** (composto da due magistrati ordinari e da due esperti) e funge talvolta da giudice di primo grado, talaltra da giudice d'appello rispetto ai provvedimenti del magistrato di sorveglianza.

**Infine, giudice specializzato può ritenersi il “tribunale dei ministri”.** Infatti, per i reati commessi nell’esercizio delle loro funzioni dal presidente del Consiglio dei ministri e dai ministri, la competenza appartiene, in primo grado, al tribunale del capoluogo del distretto di Corte d’appello competente per territorio (artt. 7 e 8 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1); per i giudizi di impugnazione, invece, vigono le ordinarie regole di competenza stabilite dal codice di procedura penale (art. 11 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1).

#### **4. I giudici “straordinari”.**

**Incostituzionali sono invece i giudici straordinari, che sono istituiti, con carattere temporaneo, dopo la commissione del fatto da giudicare.**

**L’art. 102, comma 2, Cost. vieta, infatti, l’istituzione di giudici straordinari,** ma in passato sono esistiti i Tribunali militari straordinari, previsti dagli artt. 283-285 cod. pen. mil. guerra, e i Tribunali militari di bordo, previsti dagli artt. 262 e 277 cod. pen. mil. guerra.

In periodo fascista vennero istituiti i cosiddetti **“Tribunali speciali”**, che erano costituiti *ex post facto*, cioè dopo la commissione dei reati, per giudicare proprio quei fatti: evidente, però, come non vi sia nulla di più sospetto di un giudice nominato appositamente per giudicare certi fatti.

Anche dopo la seconda guerra mondiale, però, i **Tribunali di Norimberga e di Tokio** furono istituiti *post bellum*, anche se furono rispettosi di tutte le garanzie processuali<sup>33</sup>.

Pure in epoca recente sono stati istituiti, con deliberazioni del Consiglio di sicurezza dell’O.N.U., dopo la commissione del fatto, **tribunali ad hoc**, quali il **Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia**, istituito a L’Aja (Olanda) nel 1993 per i crimini commessi nel territorio della ex Jugoslavia nel 1991, e il **Tribunale penale internazionale per il Ruanda**, istituito nel

---

<sup>33</sup> Si ricordi, ad esempio, che, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, fu raggiunto tra i vincitori l’Accordo di Londra del 1945, che istituì il Tribunale di Norimberga per la punizione dei criminali nazisti. Il Regolamento procedurale per il primo processo di Norimberga - 29 ottobre 1945 - che giudicò ventiquattro dei più importanti capi nazisti arrestati o ancora ritenuti in vita, nonché il Regolamento istitutivo del Tribunale di Norimberga, che, al capo IV (“processo equo per gli imputati”), stabiliva che “al fine di garantire un processo equo per gli imputati, la seguente procedura deve essere seguita: A) il rinvio a giudizio deve contenere informazioni complete che specificano in dettaglio le accuse nei confronti degli imputati. Una copia dell’atto di accusa e di tutti i documenti depositati presso l’accusa, tradotti in una lingua a lui comprensibile, devono essere forniti al convenuto in tempo ragionevole prima del processo. B) Durante un esame preliminare o durante il processo l’imputato avrà il diritto di dare ogni spiegazione relativa alle accuse mosse contro di lui. C) Un esame preliminare di un imputato e il suo processo devono essere condotti, o tradotti, in una lingua che l’imputato comprende. D) Un imputato ha il diritto di svolgere la propria difesa davanti al Tribunale o di avere l’assistenza di un avvocato. E) Un imputato ha il diritto attraverso se stesso o tramite il suo avvocato di presentare prove al processo a sostegno della sua difesa, e di far esaminare o controinterrogare qualsiasi testimone chiamato dall’accusa” (art. 16). Se si pensa che si tratta di garanzie processuali affermate prima ancora della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (che fu approvata nel 1948), prima della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (adottata a Roma nel 1950) e prima del Patto internazionale sui diritti civili e politici (sottoscritto nel 1966), ci si rende conto della rivoluzionaria portata garantistica dei processi di Norimberga e di Tokio.

novembre 1994 ad Arusha (Tanzania) per i crimini commessi in Ruanda nel corso dello stesso anno 1994.

### 5. L' "autonomia" del giudice.

L'art. 101, comma 2, Cost. afferma l'**autonomia del giudice**, stabilendo che «**i giudici sono soggetti soltanto alla legge**» e deve essere letto in coordinamento con l'art. 111, comma 2, Cost., secondo cui il giudice deve essere «**terzo e imparziale**».

#### **Sono fondamentali garanzie del giudice:**

- **l'indipendenza** è relativa all'aspetto funzionale dell'attività giurisdizionale, cioè riguarda il giudice nel momento dell'esercizio della giurisdizione. L'indipendenza deve essere esterna (rispetto agli altri poteri dello Stato) ed interna (rispetto agli altri magistrati dell'ufficio o di altri uffici);
- **l'imparzialità** è il distacco, l'indifferenza, il disinteresse rispetto all'oggetto del processo;
- **la terzietà**, distinta dall'indipendenza, significa l'equidistanza del giudice rispetto alle parti sotto il profilo ordinamentale, cioè il giudice deve essere collocato dalla legge, con un assetto normativo che lo ponga in posizione equidistante dalle parti, e quindi estraneo sia all'ufficio dell'accusa che a quello della difesa. Nel nostro ordinamento giudiziario il giudice non è terzo, perché appartiene allo stesso ordine giudiziario del pubblico ministero. Non è sufficiente la distinzione delle funzioni (ci mancherebbe pure che il giudice assommasse in sé la funzione d'accusa o di difesa, come il vecchio giudice istruttore o il pretore). Il giudice deve appartenere ad un ordinamento giudiziario, ad una organizzazione giudiziaria, diversi, perché diverse sono le funzioni svolte.

Pertanto, i giudici – in quanto soggetti, nell'esercizio della loro funzione giurisdizionale, alla legge e ancor prima alla Costituzione – non possono creare, modificare o abrogare una legge, ma devono semplicemente dichiarare gli effetti giuridici che nel caso concreto discendono dalla legge.

Il compito del giudice è quello di **interpretare la legge**, adeguandola, per quanto possibile, sia alle disposizioni costituzionali sia a quelle del diritto dell'Unione europea e, quando tale adeguamento non sia possibile, il giudice deve rimettere la questione pregiudiziale alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia U.E. Se, poi, il caso non è disciplinato dalla legge, il giudice applica direttamente la disposizione costituzionale (SCAPARONE) e quella di diritto europea, se sufficientemente specifica.

Dal principio dell'autonomia del giudice derivano importanti conseguenze: **il giudice non agisce mai di propria iniziativa**, ma sempre su **impulso di parte**, perché se procedesse di propria iniziativa potrebbe non essere o non apparire imparziale; il giudice non è nominato dal re, come avveniva in

epoca monarchica, ma accede, di regola, alla magistratura per concorso pubblico e la sua carriera è amministrata da un organo di autogoverno (il Consiglio superiore della magistratura); in difetto di imparzialità, la legge prevede istituti, come l'incompatibilità, l'astensione, la ricusazione o la rimessione del processo penale.

## **6. L'indipendenza “interna” del giudice e l'*overruling* giurisprudenziale.**

L'art. 101, comma 2, Cost. prescrivendo che i giudici siano «**soggetti soltanto alla legge**» **garantisce** anche la loro **indipendenza “interna”**, cioè rispetto agli altri magistrati.

Tale indipendenza “interna” è testualmente garantita solo al giudice, ma deve essere riconosciuta anche al pubblico ministero. L'art. 108, comma 2, Cost. impone, infatti, alla legge di **assicurare «l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse»** e, quindi, a maggior ragione, deve intendersi garantita l'indipendenza del pubblico ministero presso il giudice ordinario.

Si è già detto che la funzione giudicante comporta l'interpretazione delle norme giuridiche e la valutazione dei fatti. **Nell'interpretazione delle norme il giudice trova un autorevole precedente (ma non vincolante, come invece nel sistema inglese dello *stare decisis*) nelle pronunce della Corte di cassazione.** Peraltro, **in ragione della cosiddetta indipendenza interna**, il giudice può discostarsi dall'interpretazione dominante, purché motivi adeguatamente, ma la parte insoddisfatta può, comunque, impugnare il provvedimento fino a sottoporlo al giudizio della Corte di cassazione, la quale, se manterrà fermo il suo orientamento, annullerà il provvedimento impugnato<sup>34</sup>.

Quando a discostarsi dall'interpretazione dominante è la Corte di cassazione (nella sua nota funzione nomofilattica) e tale nuova interpretazione produce un mutamento in *malam partem* - cioè l'attività interpretativa giurisprudenziale considera oggi come reato un fatto che ieri non era considerato tale- si produce una violazione del principio di legalità e dell'equo processo. Si tratta di un “cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata” che urta con le regole del “giusto processo”.

---

<sup>34</sup> Il Protocollo n. 16 alla C.E.D.U., all'art. 1, disciplina l'istituto del parere consultivo che le “più alte giurisdizioni” (Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti) di ciascun Paese aderente alla C.E.D.U. possono richiedere alla Grande Camera in merito a “questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli” su cause davanti ad esse pendenti. Si tratta di pareri consultivi che i giudici nazionali superiori potranno discrezionalmente richiedere alla Grande Camera, la quale emette pareri motivati (e anche prevista la *dissenting opinion*), ma non vincolanti e che comunque devono essere resi pubblici. A differenza della decisione della Corte di giustizia UE del Lussemburgo, davanti alla quale il rinvio pregiudiziale è obbligatorio per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza “avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno” e che perciò “sono tenute a rivolgersi alla Corte” su questioni relative all'interpretazione dei trattati o degli atti degli organismi dell'Unione europea (che è vincolante), il parere consultivo della Grande Camera CEDU non è né obbligatorio, né vincolante.

Secondo il consolidato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo il principio di irretroattività, sancito nell'art. 7 della C.E.D.U., investe anche il diritto giurisprudenziale impedendo l'applicazione della norma penale sfavorevole all'imputato quando tale interpretazione non era ragionevolmente prevedibile (cd. *overruling*). Invero, per effetto dell'esplicito riferimento al "diritto" (nella Convenzione si legge testualmente "*law*") la nozione convenzionale di legalità comprende sia il diritto scritto che quello non scritto<sup>35</sup>.

Quando l'*overruling* è compiuto in *bonam partem* la sua ammissibilità non è posta in discussione in ambito europeo e nella giurisprudenza di legittimità nazionale, se il *revirement* interviene prima della conclusione del processo. Quando invece **il mutamento giurisprudenziale è in *malam partem* lede il principio di legalità**, essendo essa imprevedibile per la parte che abbia confidato nella pregressa interpretazione<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Si ricordi che la C.E.D.U. è stata sottoscritta anche da Stati in cui vige il *common law*, sicché la nozione convenzionale di legalità scolpita nel predetto art. 7 non richiede la presenza di una norma scritta, visto che ciò contrasterebbe con l'essenza stessa del *common law*, presenza ritenuta, peraltro, non necessaria, nella prospettiva internazionale del *favor rei*, neppure nei sistemi di *civil law* per una esigenza di armonizzazione dei principi che reggono l'ordinamento europeo relativo ai diritti fondamentali.

<sup>36</sup> La Grande Camera della Corte e.d.u. ha precisato che l'applicazione retroattiva della "dottrina Parot", frutto di un mutamento giurisprudenziale, in materia di applicazione degli sconti di pena in caso di più sentenze di condanna, ha comportato la violazione dell'art. 7 CEDU, non essendo la nuova interpretazione prevedibile per l'interessata (una esponente dell'organizzazione terroristica basca ETA) sotto la legge vigente all'epoca dei fatti (Corte eur., Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c/Spagna). Lo stesso principio è stato ribadito dalla Corte e.d.u., nel noto "caso Contrada" che riguardava una condanna per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, delitto creato dalla giurisprudenza successivamente alla condotta del ricorrente. Premesso che l'art. 7 C.E.D.U. non si limita a proibire la retroattività in *malam partem*, ma consacra il più generale principio di legalità penale, vietando altresì l'applicazione in via estensiva o analogica di una disposizione incriminatrice a fatti anteriormente non punibili, la Corte ha ritenuto che, all'epoca dei fatti, a partire dalla lettera della legge e alla luce dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, il ricorrente non fosse in grado di prevedere con precisione le conseguenze penali della propria condotta (Corte e.d.u., sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c./ Italia - n.3). Con questa pronuncia la Corte e.d.u. ha precisato che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è stato il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza iniziata verso la fine degli anni '80 e consolidatasi nel 1994 e quindi la legge non era sufficientemente chiara e prevedibile per il ricorrente nel momento in cui avrebbe commesso i fatti contestatigli, con conseguente impossibilità di conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti. La Grande Camera ha affermato anche un principio in tema di applicazione retroattiva dello *ius superveniens* per cui, in presenza di reati continuati, l'applicazione retroattiva dello *ius superveniens* anche a condotte poste in essere anteriormente alla sua entrata in vigore può ritenersi compatibile con le garanzie del *nullum crimen* consacrate dall'art. 7 CEDU in presenza di due condizioni, cumulative tra loro: 1) l'applicazione della fattispecie incriminatrice successiva punita più gravemente deve essere "prevedibile", nel senso che deve fondarsi su una disposizione di legge o su un orientamento giurisprudenziale consolidato; 2) l'applicazione retroattiva di tale nuova fattispecie deve comportare una "reale possibilità" per il ricorrente di subire un trattamento sanzionatorio più grave (Corte e.d.u., Grande camera, 27 gennaio 2015, Rohlena c/Repubblica Ceca). In Italia le Sezioni Unite penali, con la sentenza Beschi del 2010, hanno affermato che «il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata». Ma il valore ermeneutico di tale pronuncia va ben oltre la specifica questione da essa decisa, imponendo la necessità di recepire (in conformità all'interpretazione dell'art. 7 CEDU offerta dalla Corte europea) una «visione sostanziale del principio di legalità», in forza del quale «il processo di conoscenza di una norma presuppone ... una "relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della



In sintesi, **il principio di legalità di cui all'art. 7 C.E.D.U. viene inteso dalla Corte europea in senso sostanziale e non formale, e perciò l'interpretazione della norma penale incriminatrice deve essere accessibile e prevedibile dal cittadino**, per cui non è ammissibile un capovolgimento giurisprudenziale “a sorpresa”, che determinerebbe un'applicazione retroattiva in *malam partem*.

## **7. L'indipendenza dei giudici speciali, dei giudici popolari e degli esperti.**

Il costituente ha voluto garantire **l'indipendenza non solo dei giudici ordinari, ma anche di quelli speciali, del pubblico ministero presso di essi e pure dei giudici popolari e degli esperti che partecipano all'amministrazione della giustizia**. Infatti, il già citato art. 108, comma 2, Cost. impone alla legge di **assicurare «l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia»**

## **8. Il giudice “terzo e imparziale”.**

Come si è già visto, **l'art. 111, comma 2, Cost.** stabilisce che il giudice deve essere al di sopra delle parti perché deve essere un **«giudice terzo ed imparziale»**. Due aggettivi che hanno due significati diversi. **“Imparziale” significa che il giudice non deve essere interessato alle vicende del processo**, quindi non deve essere interessato alla tesi dell'una o dall'altra parte. L'imparzialità del giudice è sempre stata una sua caratteristica, anche nel testo originario della Costituzione. **Il legislatore costituzionale del 1999 ha aggiunto**

---

relativa prassi applicativa». In questa situazione di *law in action* «il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data», dal momento che «la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza» (Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, Beschi, n. 18288, in *Cass. pen.*, 2011, p. 17). Le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione (sentenza n. 15144/2011) hanno chiarito che non si tratta di *ius superveniens*, perché solo la legge può mutare le regole processuali, e comunque il mutamento di giurisprudenza deve rispettare, al pari della legge retroattiva, il ragionevole affidamento ingenerato nel cittadino «da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione». La giurisprudenza di merito talvolta ha riconosciuto come legittima la revoca della condanna, emessa sulla base dei pregressi parametri di legalità materiale, in presenza di interventi della suprema Corte di cassazione che effettuino un rovesciamento di un costante e consolidato pregresso orientamento, con un effetto sostanziale abolitivo di una norma incriminatrice<sup>36</sup>. Di contrario avviso si è dimostrata, invece, la Corte costituzionale, che ha ritenuto giustificato «il mancato riconoscimento all'*overruling* giurisprudenziale favorevole della capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata*, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti: esigenza il cui fondamentale rilievo [...] è ampiamente riconosciuto anche nell'ambito dell'Unione europea». Secondo la Corte, «al fine di porre nel nulla ciò che, di per sé, dovrebbe rimanere intangibile – il giudicato, appunto – il legislatore esige, non irragionevolmente, una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità (salvo, nel caso di legge abrogatrice, un eventuale nuovo intervento legislativo di segno ripristinatorio)» (così Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230).

**l'aggettivo della “terzietà”** che vuol significare proprio che il giudice deve essere «terzo».

**La terzietà sta a significare che il giudice deve essere diverso, equidistinto ed equidistante dalle parti private e dal pubblico ministero. Egli pertanto deve essere diverso dalle parti sul piano ordinamentale, cioè l'ufficio del giudice deve essere organizzato in modo tale da renderlo soggetto alla sola legge, indipendente sia dal potere politico sia dalle parti e in particolare terzo rispetto all'ufficio del p.m.** Il che vuol dire che il giudice non deve mai assumere l'iniziativa nel processo, non deve essere il giudice ad iniziare il processo perché se egli dà inizio al processo diventa una parte. Non deve essere il giudice ad assumere d'ufficio le prove, ma devono essere le parti a proporre quelle che a ciascuna delle tesi contrapposte sembra necessaria come prova per sostenere la propria tesi. Il pubblico ministero chiede al giudice l'ammissione delle prove a carico mentre l'imputato richiede quelle a discarico. Il giudice non deve mai proporre d'ufficio l'acquisizione delle prove, ma deve stare un gradino più in su (come il “giudice di sedia” nel tennis), appunto un giudice terzo rispetto alle parti, che non partecipa minimamente al gioco.

Il giudice che pronuncia la sentenza deve essere un giudice “terzo”, anche nel senso che deve essere un giudice che non conosce gli atti di indagine di quel processo e non ha, in qualche modo, espresso il suo giudizio, anche se in una fase di incidentale, in ordine a quel determinato fatto di reato attribuito allo stesso imputato. Da questa disposizione costituzionale molti hanno ricavato la conclusione che **il pubblico ministero non possa essere un “collega” del giudice**. Oggi il pubblico ministero è un collega del giudice: si sottopone allo stesso concorso del giudice, ha la medesima carriera sottoposta a promozioni, sanzioni disciplinari e trasferimenti da parte dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura (il C.S.M. è unico per giudici e per pubblici ministeri) e può passare da un ruolo all'altro. Questa colleganza tra pubblico ministero e giudice potrebbe togliere “terzietà” al giudice, per cui il giudice rischia di non essere terzo, cioè “equidistinto ed equidistante” dal pubblico ministero, ma sarebbe un collega del pubblico ministero e quindi in qualche misura più vicino, più suggestionabile, più influenzabile dal “collega” pubblico ministero piuttosto che dai difensori<sup>37</sup>. **L'art. 111, comma 2, Cost.** stabilisce una serie di altri principi:

---

<sup>37</sup> Pertanto si propone da anni la “separazione delle carriere” tra pubblico ministero e giudice, si vorrebbero perciò carriere separate con distinte professionalità: una per il giudice ed una per il pubblico ministero, con due concorsi diversi: un concorso specifico per il pubblico ministero (al quale si richiede una specifica professionalità in materia di indagini ed un fiuto investigativo, oltre una spiccata abilità oratoria in udienza) ed un altro per il giudice (al quale si richiedono doti diverse, quali profonda preparazione giuridica e grande serenità di giudizio), con l'impossibilità di transitare da un ruolo ad un altro: ciò al fine di evitare che il pubblico ministero, a differenza dell'avvocato, continui ad essere un collega del giudice, togliendo al giudice quel distacco, quella terzietà che invece l'art. 111 Cost. vuole che egli abbia. Nel 2000 ci fu un referendum su questo punto, che poi non raggiunse il quorum necessario dei votanti, però 10 milioni di cittadini votarono a favore della separazione delle carriere.

**«ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale».**

La Costituzione attribuisce, così, al giudice (non al pubblico ministero, che è una parte) due connotati che hanno significati diversi.

**“Imparziale” significa che il giudice non deve essere interessato alle vicende del processo**, non deve avere interesse, cioè, all'accoglimento della tesi dell'una o dell'altra parte. L'imparzialità del giudice è sempre stata una sua caratteristica, anche prima della riforma dell'art. 111 Cost., quando era ricavata dall'art. 101, comma 2, Cost. ed è in evidente collegamento con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si è osservato in dottrina (CARNELUTTI, SCAPARONE) che gli organi giurisdizionali devono realizzare la massima imparzialità, mentre la pubblica amministrazione deve temperare la sua imparzialità con il «buon andamento» della stessa pubblica amministrazione (art. 97, comma 1, Cost.). Pertanto, **i giudici devono essere imparziali anche a scapito del buon andamento dell'ufficio.**

Il legislatore costituzionale del 1999 ha aggiunto l'aggettivo della **“terzietà”** che vuol significare proprio che il giudice deve essere «terzo». **In ossequio al principio della “terzietà” del giudice, questi deve essere diverso, equidistante, dalle parti private e dal pubblico ministero, distinto dalle parti sul piano ordinamentale; in quest'ottica, l'ufficio del giudice deve essere organizzato in modo tale da renderlo soggetto alla sola legge, indipendente sia dal potere politico sia dalle parti e in particolare terzo rispetto all'ufficio del pubblico ministero.**

Ciò determina l'impossibilità, per il giudice, di assumere l'iniziativa nel processo, di dare inizio al processo, perché se egli dà inizio al processo diventa una parte. Non deve essere il giudice ad assumere d'ufficio le prove; devono essere le parti a proporre quelle che esse ritengono necessarie per sostenere la propria tesi. Il pubblico ministero, infatti, chiede al giudice l'ammissione delle prove a carico mentre l'imputato quelle a discarico; il giudice non deve mai proporre d'ufficio l'acquisizione delle prove (salvo in rari casi di stretta interpretazione), ma deve stare un gradino più in su per essere un giudice terzo rispetto alle parti.

Il giudice che pronuncia la sentenza deve essere un giudice terzo anche nel senso che **egli non deve già conoscere quel processo** (infatti egli ignora il contenuto delle indagini preliminari del p.m. e del difensore) e **non deve avere, in qualche modo, espresso il suo giudizio in ordine a quel determinato fatto di reato attribuito allo stesso imputato**, anche se in una fase incidentale.

Da questa disposizione costituzionale molti hanno ricavato la conclusione che **il pubblico ministero non possa essere un “collega” del giudice**, atteso che oggi il pubblico ministero lo è: è selezionato nello stesso concorso del giudice, ha la medesima carriera sottoposta a promozioni, sanzioni disciplinari e trasferimenti da parte del Consiglio superiore della magistratura e può passare da un ruolo all'altro. **Questa colleganza tra pubblico ministero e giudice**

**toglie, in un certo senso, “terzietà” al giudice.** Il giudice non è terzo, cioè “distinto e distante” dal pubblico ministero, ma è **un collega del pubblico ministero** e quindi in qualche misura più vicino, più suggestionabile, più influenzabile dal “collega” pubblico ministero piuttosto che dai difensori.

Per restituire terzietà al giudice si sono proposte “carriere separate” tra pubblico ministero e giudice. Si tratta del problema della **“separazione delle carriere”**: una per il giudice ed una per il pubblico ministero, con due concorsi diversi, uno per il pubblico ministero (al quale si richiede una specifica professionalità in materia di indagini e una spiccata abilità oratoria in udienza) ed un altro per il giudice (al quale si richiedono doti diverse, quali profonda preparazione giuridica e grande serenità di giudizio), con l’impossibilità di transitare da un ruolo ad un altro. La separazione delle carriere mira proprio ad evitare che il pubblico ministero, a differenza dell’avvocato, continui ad essere un “collega” del giudice, togliendo al giudice quel distacco, quella terzietà che invece l’art. 111 Cost. vuole che egli abbia.

La **separazione delle carriere** non attenta all’indipendenza del magistrato, ma è semplicemente una **specializzazione tra due distinte professionalità**, che richiedono distinte carriere e, d’altronde, esiste in molti Paesi europei. In **Germania** le carriere sono separate in quasi tutto il Paese (fanno eccezione alcuni Länder, tra cui la Baviera, dove il passaggio tra le due funzioni è frequente). In **Spagna**, in **Portogallo** e in **Svizzera** le carriere sono separate. In **Olanda** è possibile transitare da una funzione all’altra solo dopo specifici corsi di specializzazione. Vista la comune matrice napoleonica, i magistrati francesi hanno invece la possibilità di passare da una funzione all’altra, ma è in corso sul punto una accesa discussione. In **Gran Bretagna** i giudici delle corti superiori sono nominati direttamente dalla Corona e la pubblica accusa viene demandata a una pluralità di organismi tra cui la polizia, il *Crown Prosecution Service* e l’*Attorney General*. Negli **Stati Uniti d’America** è normale che un avvocato o un *prosecutor*, al termine di una prestigiosa carriera, diventi giudice, ma è inconcepibile che l’accusatore sia un collega del giudicante.

## **9. Il giudice “naturale preconstituito per legge”.**

L’istituto del **“giudice naturale”** nasce dalla rivoluzione francese **contro il potere del re di avocare a sé o ad un altro giudice accondiscendente i processi sgraditi al sovrano**<sup>38</sup>. Esso mira ad evitare ciò che purtroppo è accaduto in passato e cioè **il giudice costituito *ad hoc* dopo il fatto commesso, un giudice “straordinario”, che è vietato dall’art. 102, comma 2, Cost.** perché può essere scelto *ad personam* per assolvere o condannare l’imputato.

---

<sup>38</sup> L’esigenza del giudice “naturale” si avvertì già nello Statuto albertino che stabiliva che “niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali. Non potranno perciò essere creati tribunali o commissioni straordinarie” (art. 71).

È l'art. 25 Cost. a stabilire il principio fondamentale del «**giudice naturale precostituito per legge**». Il **principio consiste nel fatto che**, non solo in materia penale (perché si tratta di norma generale, nonostante se ne avverta l'esigenza soprattutto in materia penale), **il giudice che giudicherà di ogni singolo caso deve essere:**

- “**naturale**”, cioè naturalmente competente a decidere la controversia soprattutto tenendo conto che è “naturale” il giudice del luogo del commesso reato, ove l'opinione pubblica ha avvertito maggiormente il disvalore del fatto di reato ed attende perciò che sia fatta giustizia, e
- “**predeterminato dalla legge**” (**riserva assoluta di legge**), cioè la legge deve individuare, prima del giudizio, non solo il giudice-ufficio che sarà competente, ma anche i singoli giudici persona fisica che comporranno tale ufficio.

**Viene in rilievo soprattutto la competenza per territorio**, basata sul collegamento con il luogo di commissione del reato, al fine sia di assicurare un controllo sociale sul processo, sia di favorire la raccolta delle prove, agevolando altresì i compiti delle parti e dei testi.

La maggiore garanzia di equità è che il giudice sia predeterminato rispetto al fatto da giudicare, cioè si sappia prima quale giudice sarà competente per un certo fatto di reato. Non a caso si chiama “giudice naturale”, perché è il giudice del luogo del commesso reato, per cui se in un determinato luogo viene commesso un reato, è “naturale” che il giudice competente sia quello di quel luogo. Pertanto l'art. 25, comma 1, Cost. impone **l'irretroattività della legge che istituisce gli organi giurisdizionali**, che ne **determina la composizione, la giurisdizione e la competenza** e che **indica i criteri di individuazione dei singoli giudici persona fisica e dei singoli procedimenti** che saranno loro assegnati: tali leggi, dunque, devono essere entrate in vigore prima del fatto di reato che il giudice dovrà conoscere e devono essere sufficientemente determinate, cioè non devono consentire scelte discrezionali, fra più giudici già istituiti, di quello che dovrà conoscere il processo (SCAPARONE).

Proprio per attuare il principio del giudice naturale precostituito per legge l'ordinamento giudiziario ha istituito **l'obbligatorietà per gli uffici giudiziari** di regolare preventivamente con precise **tabelle degli uffici giudiziari** le funzioni di ogni magistrato (artt. 7-bis e 7-ter ord. giud.). Tuttavia la giurisprudenza precisa che **l'inosservanza delle tabelle non comporta nullità degli atti processuali compiuti**<sup>39</sup>, provocando la **nullità assoluta soltanto il difetto di capacità del giudice**, a norma dell'art. 179, comma 1, c.p.p., cioè la mancanza dei requisiti necessari ad un soggetto per esercitare la funzione giurisdizionale in qualunque processo<sup>40</sup>, ovvero l'aver superato il concorso in

---

<sup>39</sup> Cass., 3 ottobre 2006, n. 235030, in *Cass. pen.*, 2007, p. 647; Cass.4 maggio 2006, Acampora ed altro, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 311; Cass.17 marzo 2004, n. 229702, Carrabas; Cass. 19 novembre 2002, Stara, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2112.

<sup>40</sup> Cass., Sez. un., 17 aprile 1996, D'Avino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2507.

magistratura per i magistrati togati o secondo i requisiti prescritti dalla legge per gli altri, l'essere stato nominato giudice con decreto del presidente della Repubblica o del ministro della giustizia e l'aver prestato il giuramento prescritto dalla legge.

## IV IL PUBBLICO MINISTERO

### 1. Il magistrato del pubblico ministero.

**L'art. 107 Cost. afferma che «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario».**

**L'art. 112 Cost. aggiunge che «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale»:** obbligo, naturalmente, da esercitare quando vi sono i presupposti per esercitarla, cioè di fronte ad una notizia di reato che sia fondata, che cioè abbia un minimo di serietà. È chiaro, infatti, che se giunge al pubblico ministero la notizia di un fatto non previsto dalla legge come reato (ad esempio: emissione di assegni senza provvista) o di reato impossibile (ad esempio: è stata rubata la torre Eiffel) o non rinviene alcun elemento di prova a carico, chiederà l'archiviazione.

**Il pubblico ministero (P.M.) è una parte, sia pure pubblica, e perciò non decide, ma deve sempre richiedere al giudice il provvedimento: perciò il P.M. non può mai archiviare personalmente ma deve chiedere l'archiviazione ad un giudice: il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.), il quale può essere d'accordo con lui e archiviare ma può anche non essere d'accordo e ordinare al pubblico ministero di procedere.** Questo è un altro principio fondamentale, proprio perché il pubblico ministero è una parte.

Nei casi, comunque, in cui la notizia di reato appare fondata - o, meglio, non è manifestamente infondata e quindi vi è almeno un *fumus*, cioè più che un sospetto di fondatezza della notizia di reato - il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, cioè ha l'obbligo di procedere penalmente.

**La Corte costituzionale ha ritenuto che il fondamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale risieda sia nel principio di uguaglianza, sia nella regola dell'indipendenza del pubblico ministero da ogni altro potere.** Il principio di obbligatorietà non vige in tutti gli ordinamenti; in alcuni, infatti, vige il principio opposto della facoltatività o meglio della discrezionalità, per cui il pubblico ministero valuta discrezionalmente se sia il caso o meno di procedere per un certo reato. In Italia il pubblico ministero è un magistrato, quindi non ha una investitura popolare ma ha semplicemente vinto un pubblico concorso che lo abilita ad esercitare funzioni giudiziarie. Ecco perché la nostra Costituzione impone al pubblico ministero di esercitare sempre l'azione penale: perché, se questi potesse scegliere discrezionalmente se esercitare l'azione penale (se cioè procedere per un certo fatto costituente reato o nei confronti di un determinato soggetto oppure non procedere), non sarebbe altrimenti responsabile in alcun modo di eventuali scelte di favore o di sfavore nei confronti dell'uno o dell'altro.

**Negli ordinamenti nei quali vige il principio della discrezionalità dell'azione penale (ad es. negli Stati Uniti d'America) il pubblico ministero decide lui stesso se procedere o non procedere ma risponde poi politicamente della sua scelta, perché, essendo eletto dal popolo, risponde all'elettorato della gestione del suo pubblico ufficio.**

Di conseguenza, nei sistemi in cui il pubblico ministero ha una discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale egli agisce, comunque, con attenzione, perché subisce una responsabilità politica per la conduzione della Procura. **In Italia, invece, il pubblico ministero non è elettivo ma semplicemente vince un pubblico concorso e non risponde per le scelte processuali né disciplinarmente** (perché la valutazione delle prove, anche se erronea, non dà luogo a illecito disciplinare) **né civilmente** (perché l'art. 2 l. 13 aprile 1988, n. 117, Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati, stabilisce che «Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»). Nel nostro Paese, pertanto, formalmente **la Costituzione impone al pubblico ministero di esercitare sempre l'azione penale; si tratta, però, di un mito perché i numeri dei procedimenti sono talmente elevati per cui il pubblico ministero sceglie quantomeno quali reati perseguire prima e quali trattare successivamente**, per cui vi è, **di fatto, anche in Italia, una certa discrezionalità**. Per evitare, però, che tale discrezionalità di fatto possa diventare arbitrio, alcuni procuratori della Repubblica hanno stilato una sorta di decalogo indicando con loro provvedimenti quali sono i reati che hanno la precedenza nella trattazione degli affari penali. È capitato, negli anni scorsi, che alcuni procuratori abbiano emanato circolari per dare direttive ai sostituti circa i criteri di priorità nello svolgimento delle indagini (“circolare Zagrebelsky” e “circolare Maddalena” nella Procura di Torino).

Naturalmente, un tale passaggio imporrebbe una ridefinizione di tutto l'ordinamento giudiziario: **il pubblico ministero, infatti, dovrebbe essere chiamato a rispondere, in qualche sede, delle scelte di priorità effettuate nella gestione del suo ufficio**<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Proprio perché in Italia si verifica questa strana situazione per cui, da una parte, la Costituzione impone l'obbligo di esercitare l'azione penale e, dall'altra, questa non può essere di fatto esercitata per tutti i reati, vi sono proposte di legge per modificare questo principio e introdurre un criterio per il quale sia il Parlamento, ogni anno, ad indicare quali tipologie di reato devono avere la priorità nella trattazione; si è, addirittura, proposta l'introduzione del regime di discrezionalità dell'azione penale (ovviamente previa revisione della Costituzione). È il caso di osservare che, invece, in riferimento al dibattito - ma con ovvi riflessi anche sulle indagini - il legislatore ha codificato i «criteri di priorità nella trattazione dei processi», per cui l'art. 132-*bis* norme att. c.p.p. (sostituito dall'art. 2-*bis* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125) indica le regole di «formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi», prescrivendo che deve essere assicurata la «priorità assoluta» ai reati ivi indicati. Addirittura, per differire i processi che, in caso di condanna, porterebbero ad una pena suscettibile di essere condonata, l'art. 2-*ter* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, ha indicato le misure per assicurare la rapida definizione dei processi relativi a reati per i quali è prevista la trattazione prioritaria, demandando ai dirigenti degli uffici di «individuare i criteri e le modalità di rinvio della trattazione dei processi per reati commessi fino al 2 maggio 2006 in ordine ai quali



## 2. Le funzioni del pubblico ministero.

Le funzioni del pubblico ministero si trovano delineate nell'ordinamento giudiziario:

- «esercita, sotto la vigilanza del ministro della giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce»<sup>42</sup>;
- «veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge...» (art. 73 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario). La giurisprudenza costituzionale ha, d'altronde, chiarito che il ruolo del P.M. nel processo penale «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»<sup>43</sup>. Ancora la Consulta ha precisato che «il pubblico ministero è un magistrato indipendente appartenente all'ordine giudiziario che non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge»<sup>44</sup>.

Il pubblico ministero presso la Corte di cassazione, nello specifico, **interviene e conclude**: a) in tutte le udienze penali; b) in tutte le udienze dinanzi alle Sezioni unite civili e nelle udienze pubbliche dinanzi alle sezioni semplici della Corte di cassazione, ad eccezione di quelle che si svolgono dinanzi alla sezione per l'assegnazione dei ricorsi. **Il P.G. di cassazione redige, inoltre, requisitorie scritte** nei casi stabiliti dalla legge (art. 76 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario).

**Il procuratore della Repubblica presso il tribunale è il capo dell'ufficio (procuratore capo)**, per cui, «quale preposto all'ufficio del pubblico ministero, è titolare esclusivo dell'azione penale e la esercita nei modi e nei termini fissati dalla legge. Il procuratore della Repubblica **assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio**»<sup>45</sup>. L'ordinamento

---

ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'indulto, ai sensi della legge 31 luglio 2006, n. 241, e la pena eventualmente da infliggere può essere contenuta nei limiti di cui all'articolo 1, comma 1, della predetta legge n. 241 del 2006».

<sup>42</sup> Art. 69 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario, che in epoca fascista prevedeva che il «procuratore del Re», allora rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, esercitasse le sue funzioni sotto la «direzione» del «ministro di grazia e giustizia».

<sup>43</sup> Corte cost. 28 gennaio 1991, n.88.

<sup>44</sup> Corte cost. 26 marzo 1993, n. 111.

<sup>45</sup> Art. 1 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera d) della l. 25 luglio 2005, n. 150.

giudiziario, infatti, attribuisce al procuratore della Repubblica la **titolarità esclusiva dell'azione penale, «che esercita personalmente o mediante assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio»** (art. 2 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.)<sup>46</sup>.

In materia di misure cautelari e precautelari sono riservate al procuratore della Repubblica alcune prerogative. Il **fermo di indiziato di delitto, disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio, «deve essere assentito per iscritto dal procuratore della Repubblica ovvero dal procuratore aggiunto o dal magistrato appositamente delegato** ai sensi dell'articolo 1 comma 4». Tale **assenso scritto è necessario anche per la richiesta di misure cautelari personali e per la richiesta di misure cautelari reali** (art. 3 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.)<sup>47</sup>.

Al fine di evitare qualsiasi forma di pubblicità del singolo sostituto procuratore, **«il procuratore della Repubblica mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione.** Ogni informazione inerente alle attività della Procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento. È fatto divieto ai magistrati della Procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio. Il procuratore della Repubblica ha l'obbligo di segnalare al consiglio giudiziario per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto col divieto fissato al comma 3» (art. 5 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.).

A sua volta, **il procuratore generale presso la Corte d'appello, «al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione annuale»** (art. 6 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.).

---

<sup>46</sup> Il Consiglio superiore della Magistratura ha approvato, con la delibera del 16 novembre 2017, il testo di una Circolare sulle Procure. La circolare riguarda l'organizzazione degli uffici della Procura e intende fornire uno strumento con il quale prevenire situazioni contingenti di incertezza o conflittualità all'interno degli uffici. La circolare prevede 25 articoli, dedicati all'organizzazione e gestione degli uffici, alla discrezionalità delle scelte rimesse al procuratore, alla salvaguardia dei valori fondamentali di prevedibilità, trasparenza e verificabilità. È stato inoltre individuato uno statuto minimo delle attribuzioni della figura semidirettiva del Procuratore aggiunto; è stato proceduralizzato l'istituto dell'assenso, del visto e della revoca delle assegnazioni e si è fatta chiarezza sulla natura del potere di vigilanza dei procuratori generali.

<sup>47</sup> Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che l'assenso scritto del procuratore della Repubblica non si configura come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali o reali presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento e, quindi, non costituisce una condizione di validità della successiva ordinanza cautelare del giudice (Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, Novi, in *Guida dir.*, 2009, n. 13, p. 80).

**Il pubblico ministero ha un compito importantissimo affidatogli dall'art. 112 Cost.: egli «ha l'obbligo di esercitare l'azione penale».** È un obbligo che sorge solo in presenza di certi presupposti, ovvero quando si sia in presenza di una notizia di reato che non appaia manifestamente infondata. Quindi, al pubblico ministero è affidato il delicato compito di mettere in moto il procedimento, avviando le indagini preliminari e, se egli ritiene la *notitia criminis* non manifestamente infondata, di formulare l'**imputazione**, trasformando l'indagato in **imputato** e instaurando il **processo** davanti al giudice per vagliare la fondatezza della sua ipotesi accusatoria. Per stabilire se una notizia di reato è fondata o meno, il pubblico ministero deve svolgere le indagini preliminari (all'esercizio dell'azione penale e quindi alla formulazione dell'imputazione); attività compiuta avvalendosi della polizia giudiziaria che, talvolta delegata dallo stesso pubblico ministero, talaltra di propria iniziativa.

Come già osservato, a differenza di altri sistemi in cui l'azione penale è discrezionale e ritrattabile (come ad es. negli U.S.A.), nel nostro processo l'**azione penale è obbligatoria e non ritrattabile**; essa non è neppure **reiterabile**, potendo essere esercitata una sola volta per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona (principio del *ne bis in idem*).

Il pubblico ministero, dunque, è una parte (pubblica) che propone una domanda di giustizia al giudice penale (**principio della domanda**), nei limiti della quale il giudice deve decidere. Se, in genere, il pubblico ministero ha il ruolo di accusatore nel processo penale, egli può, però, anche chiedere l'assoluzione dell'imputato e può anche impugnare in suo favore. Questo perché ciò che lo spinge non è sempre l'interesse alla condanna, ma solo l'osservanza della legge: se dagli atti, dunque, emergono prove per cui l'imputato non deve essere ritenuto responsabile, il pubblico ministero ha il dovere, imposto dall'ordinamento giudiziario, di chiedere l'assoluzione o di impugnare in favore dell'imputato.

Ciononostante, **il pubblico ministero è pur sempre una parte**, da non confondersi con il giudice, che è organo ben diverso, con caratteristiche di terzietà e di imparzialità sancite dall'art. 111 Cost.

### **3. Gli uffici del pubblico ministero.**

Le **articolazioni degli uffici del pubblico ministero** possono essere ricostruite sulla base delle indicazioni dell'ordinamento giudiziario.

Esiste un ufficio del pubblico ministero presso ogni tribunale, denominato **Procura della Repubblica presso il tribunale**, diretto da un **procuratore-capo**, che è il capo dell'ufficio, il quale, non potendo gestire da solo tutte le indagini, si avvale di uno o più **sostituti procuratori** della Repubblica, che sono i suoi sostituti, cioè agiscono in sua vece. Talvolta, nelle procure più grandi, ci sono uno o più **procuratori della Repubblica aggiunti**.

L'art. 72 dell'Ordinamento giudiziario consente al procuratore della Repubblica presso il tribunale ordinario di conferire una **delega nominativa**,

**per svolgere le funzioni di pubblico ministero** nei procedimenti sui quali il tribunale giudica in composizione monocratica, a **magistrati ordinari in tirocinio (M.O.T.) da almeno sei mesi**, a **vice-procuratori onorari**, a **personale in quiescenza e a laureati in giurisprudenza** che frequentano il **secondo anno** della scuola biennale di specializzazione per le professioni legali<sup>48</sup>. Altro ufficio del pubblico ministero è radicato presso ognuna delle 26 Corti d'appello ed è denominato **Procura generale presso la Corte d'appello**<sup>49</sup>. Anche presso la Procura generale presso la Corte d'appello c'è un **procuratore capo**, che è il capo dell'ufficio, e poi ci sono i **sostituti procuratori generali**, **gli avvocati generali**, e **uno o più o procuratori aggiunti**, se la Procura ha una certa dimensione.

Il procuratore generale presso la Corte d'appello ha un'attività **ridotta rispetto a quella del pubblico ministero di primo grado**, il quale svolge le indagini; il procuratore generale, invece, di solito si limita a presenziare alle udienze della Corte d'appello. È possibile, talvolta, che vi sia un'**avocazione delle indagini**, cioè una "chiamata a sé" delle indagini che passano dal procuratore della Repubblica al procuratore generale. I casi di avocazione sono tassativi: quando il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice – archiviazione obbligatoria *ex art. 412, comma 1, c.p.p.* – oppure quando il giudice per le indagini preliminari ha comunicato al procuratore generale *ex art. 409, comma 3, c.p.p.* la fissazione dell'udienza in camera di consiglio sulla richiesta di archiviazione presentata dal procuratore della Repubblica – archiviazione discrezionale *ex art. 412, comma 2 c.p.p.*). In questo caso il codice, per evitare la paralisi delle indagini o archiviazioni avventate, ha delineato un congegno per cui il P.M. di grado superiore, il procuratore generale, avoca a sé, cioè chiama a sé, il procedimento e svolge lui le indagini e decide se chiedere il rinvio a giudizio o il non luogo a procedere o l'archiviazione. Quindi, la funzione dell'avocazione è quella di accelerare il corso delle indagini, evitando la stasi del procedimento, oppure quella di verificare il corretto esito delle indagini, evitando infondate richieste di archiviazione.

Al vertice degli uffici del pubblico ministero è la **Procura generale presso la Corte di cassazione, con sede unica a Roma**, che ha compiti ancora più ridotti. Abbiamo visto che il procuratore generale presso la Corte d'appello, talvolta, può svolgere le indagini quando vi è un'ipotesi di avocazione mentre il

---

<sup>48</sup> Le Sezioni Unite hanno chiarito che la delega conferita dal procuratore della Repubblica al vice-procuratore onorario e al magistrato ordinario in tirocinio da almeno sei mesi per lo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero nell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, nei rispettivi ambiti stabiliti dall'art. 72, comma 2, lett. b), Ord. giud., comprende la facoltà di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale e che devono considerarsi come non apposte le condizioni o restrizioni non previste dalla legge eventualmente inserite nella delega, delle quali, quindi, il giudice non deve tener alcun conto (Cass., Sez. Un., 6 aprile 2011, Fatihi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2925).

<sup>49</sup> In Sardegna, poiché esiste una sola Corte d'appello, vi è anche un'unica Procura generale: a Sassari, infatti, esiste una sezione distaccata.

procuratore generale presso la Corte di cassazione proprio non può mai svolgere indagini, perché si trova presso un giudice di legittimità, presso la Corte di cassazione, per cui il procuratore generale presso la Corte di cassazione non si interessa del “fatto”, del merito del processo, e argomenta solo su questioni di diritto. Nel “giudizio di legittimità”, infatti, si valuta solo se la sentenza impugnata è legittima od illegittima, cioè conforme o meno alla legge; se essa è legittima, la Corte rigetta il ricorso; se è illegittima cassa la sentenza, cioè la annulla e può rinviare sentenza per un nuovo giudizio ad altro giudice.

**Il procuratore generale presso la Corte di cassazione, dunque, ha compiti ancora più limitati, non svolge indagini, non può avocare, e si limita a funzioni requirenti in udienza, davanti alla Corte di cassazione, e all’esercizio dell’azione disciplinare.**

Vi sono anche **altri uffici del pubblico ministero presso i giudici specializzati** (procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni) e **presso giudici speciali** (procuratore della Repubblica presso i Tribunali militari).

**Il pubblico ministero incaricato delle indagini preliminari può compierle personalmente, ma più spesso impiega la polizia giudiziaria** impartendo **direttive** sulla pista investigativa da seguire o mediante **delega** per il compimento di specifici atti (artt. 348, comma 3, 370, comma 1, e 371, comma 1, c.p.p.). Può svolgere indagini **anche nel circondario di un altro tribunale oppure delegarne il compimento** al procuratore della Repubblica del luogo. Il pubblico ministero richiesto svolge le indagini delegate e, per ragioni di urgenza o altri gravi motivi, può compiere anche quegli atti che, a seguito del compimento dell’attività delegata, si manifestino necessari ai fini delle indagini (art. 370, commi 3 e 4, c.p.p.).

**Anche il procuratore generale presso la Corte d’appello ed il procuratore nazionale antimafia esercitano talvolta poteri nelle indagini preliminari quando agiscono in sostituzione del pubblico ministero rimasto inerte.**

#### **4. La Procura distrettuale antimafia e la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo.**

**L’art. 51 c.p.p. delinea gli uffici del pubblico ministero.**

Soppresse nel 1999 le Procure presso la pretura (c.d. Procure mandamentali) e istituito il “giudice unico di primo grado” (cioè il tribunale), le uniche Procure esistenti sono le **Procure della Repubblica presso il tribunale** (c.d. Procure circondariali)<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> In Sardegna sono a Cagliari, Sassari, Nuoro, Oristano, Tempio Pausania e Lanusei.

Nell'ambito della procura della Repubblica presso il tribunale avente sede presso il capoluogo del distretto di Corte d'appello è istituita la **Direzione Distrettuale Antimafia (D.D.A.)**<sup>51</sup>.

I magistrati della direzione distrettuale antimafia svolgono le funzioni di pubblico ministero per i reati indicati nell'art. 51, commi 3-bis (reati di criminalità organizzata) e 3-quater (delitti con finalità di terrorismo), c.p.p., mentre quelli indicati nel comma 3-quinquies (delitti di criminalità informatica) sono attribuiti al procuratore della Repubblica del capoluogo del distretto.

L'art. 51 indica le attribuzioni della **Procura distrettuale antimafia**, diretta dal **procuratore distrettuale** (che opera nel distretto, cioè la circoscrizione della Corte d'appello), che si avvale di **sostituti procuratori, che costituiscono la Direzione distrettuale antimafia (D.D.A.), che non è altro che il gruppo (*pool*) di magistrati che si dedicano esclusivamente ai procedimenti di criminalità organizzata mafiosa e terroristica**. Si tratta del procuratore della Repubblica che si trova presso il capoluogo del distretto della Corte d'appello. Il procuratore distrettuale spesso si identifica con lo stesso procuratore della Repubblica, anche fisicamente, nel senso che è la stessa persona (a meno che questi non preferisca demandare ad altri questa qualifica e questi compiti particolari). **In Sardegna la Procura distrettuale è unica con sede nel capoluogo del distretto, cioè a Cagliari.**

Al vertice delle procure antimafia si pone la **Procura nazionale antimafia e antiterrorismo**, diretta dal **Procuratore nazionale**, che si avvale di **sostituti procuratori, che costituiscono la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (D.N.A.), che svolge attività di coordinamento tra i procuratori distrettuali (artt. 371-bis c.p.p. e 103 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159). La Direzione Nazionale Antimafia e antiterrorismo (D.N.A.) è istituita nell'ambito della Procura generale presso la Corte di cassazione ed è retta da un procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, assistito da sostituti procuratori nazionali**. Il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo esercita **funzioni di impulso e coordinamento nei confronti dei procuratori distrettuali antimafia**.

Il procuratore generale presso la Corte di cassazione esercita la sorveglianza sul procuratore nazionale e sulla direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (art. 104 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

La categoria di reati, le cui indagini sono attribuite al procuratore distrettuale antimafia è indicata dall'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p. Si tratta di delitti di particolare allarme sociale, cioè quelli previsti dall'art. 51

---

<sup>51</sup> Art. 102 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

**commi 3-bis** (spesso denominati **reati di criminalità organizzata**)<sup>52</sup> e **3-quater** (**delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo**) e il legislatore ha voluto attribuire le indagini su tali reati, stante la delicatezza, al procuratore della Repubblica più specializzato, accentrandole presso un unico ufficio anziché, come accade per gli altri reati, disseminandole per tutti gli uffici giudiziari.

**Invece, per i reati indicati dall'art. 51, comma 3-quinquies, c.p.p. le funzioni di pubblico ministero nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente (non quindi alla direzione distrettuale)**<sup>53</sup>.

**In tutti gli altri procedimenti le funzioni di pubblico ministero sono esercitate dal procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario il reato risulta commesso a norma degli artt. 8 – 11-bis e 16 c.p.p. (art. 51, comma 3, c.p.p. e, per i reati di competenza della Corte d'assise, art.**

---

<sup>52</sup> In particolare le funzioni di pubblico ministero sono esercitate nei procedimenti per i delitti consumati o tentati di associazione a delinquere diretta a commettere riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, diretta alla tratta di persone o diretta all'acquisto e alienazione di schiavi oppure diretta a commettere taluno dei delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, pornografia virtuale, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, atti sessuali con minorenni, corruzione di minorenni, violenza sessuale di gruppo quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, adescamento di minorenni, per il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, per il delitto di tratta di persone, per il delitto di acquisto e alienazione di schiavi, per l'associazione di stampo mafioso, per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, per i delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo mafioso ovvero commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione, per l'associazione a fini di illecito traffico di sostanze stupefacenti (ma Sez. Un. 22 settembre 2011, n. 34475, ha affermato che, quando riguarda fatti di "lieve entità", è ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata e non è soggetta al regime di presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza ex art. 275, comma 3, c.p.p.), , per l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, per le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale sito nel capoluogo del distretto di Corte d'appello (procuratore distrettuale) in cui ha sede il giudice competente per i suddetti reati (art. 51, comma 3-bis, c.p.p.). Il legislatore non ha incluso nell'elenco il delitto di abuso sessuale su minore (art. 609-bis c.p.), che quindi resta assegnato alla Procura circondariale competente per territorio.

<sup>53</sup> Si tratta dei delitti, consumati o tentati, di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-bis), induzione, favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione minorile (600-bis), pornografia minorile (600-ter), detenzione di materiale pornografico (600-quater), pornografia virtuale (600-quater.1), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (600-quinquies), adescamento di minorenni (609-undecies), accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (615-ter), detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (615-quater), diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615-quinquies), installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (617-bis), falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (617-ter), intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (617-quater), installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (617-quinquies), falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche (617-sexies), danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (635-bis), danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (635-ter), danneggiamento di sistemi informatici o telematici (635-quater), frode informatica (640-ter) e frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica (640-quinquies c.p.).

238, comma 1, disp. att. c.p.p.). Il **procuratore della Repubblica può esercitare personalmente le funzioni di pubblico ministero oppure può incaricare come suo sostituto un magistrato della stessa procura**. Quando il numero delle persone sottoposte a indagine o la complessità delle medesime indagini lo richiedono può designare più magistrati a svolgere le funzioni di pubblico ministero nello stesso procedimento (art. 70, comma 3, ord. giud.). **Nei procedimenti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. il procuratore distrettuale designa di regola magistrati addetti alla direzione distrettuale antimafia (D.D.A.)**. Le indagini sui reati indicati nelle due fasce sono trattate dal procuratore distrettuale, che svolge le indagini ed al termine delle indagini, seguendo le normali norme del codice, chiede l'archiviazione o il rinvio a giudizio.

Data la dislocazione delle procure distrettuali, **anche il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.) e quello dell'udienza preliminare (G.U.P.) sono quelli appartenenti al tribunale del capoluogo del distretto** (art. 328, comma 1-bis, c.p.p.), mentre **il dibattimento, pur con l'intervento del procuratore distrettuale, rimane ancorato all'ordinaria competenza per territorio dei Tribunali e delle Corti d'assise** (quindi per un sequestro di persona avvenuto a Nuoro l'udienza preliminare si tiene a Cagliari, per il dibattimento si applicano invece, in ossequio al principio del giudice naturale precostituito per legge, le ordinarie regole sulla competenza territoriale per cui il dibattimento si tiene presso il giudice competente per territorio). Pertanto, per i reati di cui all'art. 51 c.p.p. le indagini e l'udienza preliminare si tengono presso il capoluogo del distretto, mentre il dibattimento si svolge presso il giudice naturale competente per territorio. L'art. 51, comma 3-ter, c.p.p. prevede, però, una **deroga** perché stabilisce che, **a richiesta del procuratore distrettuale, il procuratore generale presso la Corte d'appello può, per giustificati motivi, disporre che le funzioni di pubblico ministero per il dibattimento siano esercitate da un magistrato designato da un procuratore della Repubblica presso il giudice competente per il dibattimento**.

##### **5. Il "collegio per le indagini" sui reati ministeriali.**

L'art. 96 Cost. stabilisce che «**il presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale**».

**Due leggi costituzionali hanno disciplinato i poteri di indagine sui reati ministeriali: la l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953 n. 1 e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione, e, successivamente, la l. 5 giugno 1989, n. 219, Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'art. 90 della Costituzione).**



Nei **procedimenti per reati ministeriali**, le funzioni di pubblico ministero sono svolte da un apposito **“collegio per le indagini”**, istituito presso il tribunale del capoluogo del distretto di Corte d’appello competente per territorio e composto da tre magistrati effettivi e tre supplenti, estratti a sorte tra tutti i magistrati in servizio nei Tribunali del distretto, collegio rinnovato ogni due anni.

Tale “collegio per le indagini”, entro il termine di novanta giorni dal ricevimento degli atti, compiute indagini preliminari e sentito il pubblico ministero, se non ritiene che si debba disporre l’archiviazione, trasmette gli atti con relazione motivata al procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al presidente della Camera competente per l’autorizzazione. In caso diverso, il collegio, sentito il pubblico ministero, dispone l’archiviazione con decreto non impugnabile.

Prima del provvedimento di archiviazione, il procuratore della Repubblica può chiedere al collegio, precisandone i motivi, di svolgere ulteriori indagini; il collegio adotta le sue decisioni entro il termine ulteriore di sessanta giorni. Il procuratore della Repubblica dà comunicazione dell’avvenuta archiviazione al presidente della Camera competente.

## **6. Il “collegio d’accusa” contro il Presidente della Repubblica.**

Nei procedimenti per i **reati del Presidente della Repubblica di alto tradimento e attentato alla Costituzione** è il Parlamento a deliberare, **in seduta comune e a maggioranza assoluta dei suoi componenti**, la messa in stato d’accusa del presidente della Repubblica, **su relazione di un «comitato per le indagini»**.

Il Parlamento elegge anche tra i suoi componenti uno o più **commissari, che si costituiscono in “collegio d’accusa”, nominando uno o più “commissari delegati”, per sostenere l’accusa innanzi alla Corte costituzionale integrata**, che deve giudicare sulla responsabilità del presidente della Repubblica<sup>54</sup>.

## **7. La Procura europea.**

L’**art. 86 TFUE** (Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea), al paragrafo 1, esordisce stabilendo che «Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una **Procura europea** a partire da *Eurojust*. Il Consiglio delibera all’unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. **La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione,**

---

<sup>54</sup> Artt. 12 e 13 l. cost. 11 marzo 1953, n. 1, e l. 25 gennaio 1962, n. 20, nonché Regolamento parlamentare per i procedimenti d’accusa - Deliberazione del Senato della Repubblica 7 giugno 1989 e della Camera dei deputati 28 giugno 1989.

**quali definiti dal Regolamento** previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. **Essa esercita l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri**» (art. 86 paragrafo 2 TFUE).

In chiusura dell'art. 86 TFUE è infine **prevista una “clausola di estensione”** che stabilisce che «Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di **estendere le attribuzioni della procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale**, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione» (art. 86 paragrafo 4 TFUE). **Si discute se queste disposizioni stabiliscano una competenza penale diretta dell'Unione per via regolamentare.**

Il 12 ottobre 2017 il Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione ha formalmente adottato, il 5 ottobre 2017, dopo aver ottenuto il necessario via libera da parte del Parlamento europeo, **il Regolamento relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (“E.P.P.O.”, da *European Public Prosecutor Office*, nell'acronimo in lingua Inglese)**<sup>55</sup>.

## **8. L'Agazia europea per la cooperazione giudiziaria penale.**

In passato il Consiglio dei ministri della giustizia e degli affari interni dell'Unione europea (GAI) aveva adottato il 28 febbraio 2002 la decisione che istituiva l'EUROJUST, organismo dotato di personalità giuridica, composto da 27 membri nazionali, aventi il titolo di magistrato del pubblico ministero, giudice o funzionario di polizia, distaccati da ciascuno Stato, che aveva una competenza ampia perché comprendeva i reati per i quali è competente l'EUROPOL (cioè traffico di stupefacenti, reati di terrorismo, tratta degli esseri umani, organizzazioni clandestine d'immigrazione, traffico di autoveicoli rubati ed altri reati) e altre specifiche forme di criminalità (riciclaggio, frodi comunitarie, corruzione, criminalità informatica ed ambientale, partecipazione ad un'organizzazione criminale e reati connessi e collegati).

L'Eurojust aveva funzioni di coordinamento, cooperazione ed assistenza tra le componenti autorità nazionali dei vari Stati appartenenti all'Unione ed ha rapporti di stretta collaborazione non solo con l'Europol ma anche con la Rete giudiziaria europea e, in particolare, con l'OLAF (Unità antifrode istituita presso l'Unione europea) che può contribuire alle indagini concernenti la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> La Corte costituzionale ha affermato che spetta al ministro della giustizia la scelta del membro nazionale distaccato presso l'Eurojust (Corte cost. 6 aprile 2011, n. 136).

<sup>56</sup> La Corte costituzionale aveva escluso la natura giudiziaria di Eurojust (Corte cost. 6 aprile 2011, n. 136).

**Il Regolamento U.E. 2018/1727 del 14 novembre 2018 dà attuazione all'art. 85 TFUE, trasformando Eurojust in Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale.**

**L'Agenzia è competente sulle “forme gravi di criminalità”** indicate specificamente nell'allegato 1 al Regolamento: si tratta di trenta fattispecie di reato che ricalcano esattamente quelle contenute nella lista acclusa al Regolamento U.E. 2016/794 istitutivo dell'Agenzia U.E. per la cooperazione nell'attività di contrasto (EUROPOL), stabilendo così un'area comune di intervento dei due organismi. Per non creare sovrapposizioni o interferenze con la neo istituita Procura europea (E.P.P.O.), sono sottratte all'Agenzia le forme di criminalità per le quali E.P.P.O. esercita i suoi compiti di indagine e azione penale, ai sensi del Regolamento U.E. 2017/1939, salvo “i casi in cui siano coinvolti anche Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di E.P.P.O. e su richiesta di tali Stati o su richiesta di E.P.P.O.”.

**Con specifico riferimento ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, la competenza dell'Agenzia è residuale e sussidiaria, rispetto a quella della Procura europea, potendo operare, in relazione agli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata, soltanto nelle ipotesi in cui la Procura europea non sia competente o decida di non esercitare la sua competenza. Ogni Stato membro distacca un suo rappresentante presso l'Agenzia<sup>57</sup>.**

## **9. La “dipendenza funzionale” della polizia giudiziaria al Pubblico ministero.**

**L'art. 109 Cost. prescrive che «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria».** Si tratta di una disposizione che intende garantire all'autorità giudiziaria la possibilità di utilizzare, per i compiti d'istituto, “direttamente”, cioè senza intromissioni di altri poteri, le forze di polizia giudiziaria. **In Italia non esiste un corpo di polizia giudiziaria autonomo, ma ogni forza di polizia dipende, come rapporto organico, dal ministero di appartenenza e svolge, indifferentemente, compiti di polizia di sicurezza (funzione preventiva dei reati) e compiti di polizia giudiziaria (funzione repressiva dei reati).** Sono però istituiti **servizi e sezioni di polizia giudiziaria** (artt. 55 c.p.p. e 12 norme att. c.p.p.), che hanno un rapporto

---

<sup>57</sup> Il rappresentante di ogni Stato membro ha il potere di agevolare o altrimenti sostenere l'emissione o l'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria o riconoscimento reciproco, contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità nazionali competenti del proprio Stato membro o con qualsiasi altro organo, ufficio o agenzia competente dell'Unione, inclusa la Procura europea, contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità internazionali competenti, in conformità degli impegni internazionali del proprio Stato membro e infine partecipare alle squadre investigative comuni e anche alla loro costituzione. Inoltre, di concerto con l'autorità nazionale competente, i membri nazionali possono, in conformità al diritto interno, “emettere o eseguire ogni richiesta di assistenza giuridica reciproca o di riconoscimento reciproco”, nonché “disporre, chiedere o eseguire misure investigative a norma della direttiva 2014/41 UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale.

funzionale alle dipendenze di ogni Procura della Repubblica, pur conservando il rapporto organico di dipendenza dall'amministrazione di provenienza.

## V LA RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO

### 1. La responsabilità del magistrato

La **responsabilità giuridica** del magistrato per gli atti compiuti **nell'esercizio delle sue funzioni**, può essere di **natura disciplinare, civile, penale o anche contabile**. Il principio di indipendenza del magistrato esclude che egli possa essere soggetto alla cosiddetta responsabilità politica istituzionale, che, pur in assenza di una condotta illecita, può comportare la perdita o il mancato rinnovo della carica per il modo in cui il funzionario ha gestito l'ufficio. È ovviamente sempre ammessa la libertà di critica, espressione della libertà d'opinione di cui all'art. 21 Cost.

### 2. La responsabilità disciplinare.

#### *2.1 Gli illeciti disciplinari.*

Incorrono in responsabilità disciplinare i magistrati che tengono comportamenti che integrano illecito disciplinare; mentre in passato l'individuazione degli illeciti in questione era lasciata all'organo disciplinare, in attuazione del principio di legalità il **d.lgs. n. 109/2006 ha tipizzato i comportamenti illeciti**<sup>58</sup>.

Oggi, pertanto, l'**art. 1 d.lgs. n. 109/2006** stabilisce che il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni.

L'**art. 2 d.lgs. n. 109/2006** indica **tassativamente, nei seguenti, i fatti costituenti illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni:**

- a) fatto salvo quanto previsto dalle lettere b) e c), i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti<sup>59</sup>;
- b) l'omissione della comunicazione, al Consiglio superiore della magistratura, della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio

---

<sup>58</sup> Come riconosce Cass., Sez. un. civ., n. 14697/2010.

<sup>59</sup> Con la sentenza 4 maggio 2017, n. 10793, le Sezioni unite, in relazione al rilievo disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 109 del 2006, nel confermare la sentenza della Sezione disciplinare che ha ritenuto responsabile un sostituto procuratore della Repubblica per il colpevole ritardo nelle indagini che aveva provocato la prescrizione dei reati, hanno ritenuto corretta l'affermazione del giudice disciplinare del merito secondo cui il danno ingiusto per la parte civile è derivato dal non aver potuto quest'ultima ottenere il risarcimento in sede penale, vedendosi costretta ad intraprendere il percorso dell'azione in sede civile (il che, sommandosi al tempo già vanamente trascorso nelle more del procedimento penale, dilata l'orizzonte temporale in cui si collocherà la pronuncia sulla domanda risarcitoria), e che l'indebito vantaggio per gli imputati è consistito nel proscioglimento per intervenuta prescrizione.

- decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, come modificati dall'articolo 29 del presente decreto;
- c) la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge;
  - d) i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori<sup>60</sup>;
  - e) l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato;
  - f) l'omessa comunicazione al capo dell'ufficio, da parte del magistrato destinatario, delle avvenute interferenze;
  - g) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile;
  - h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile;
  - i) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
  - j) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge;
  - k) l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;
  - l) la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti;
  - m) l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti;
  - n) l'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità;
  - o) il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto;
  - p) il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio;
  - q) per il dirigente dell'ufficio o il presidente di una sezione o il presidente di un collegio, l'omettere di assegnarsi affari e di redigere i relativi provvedimenti;

---

<sup>60</sup> Le SS.UU. hanno chiarito che il bene protetto dalla previsione di cui all'art. 4, comma 1, lettera d), d. lgs. n. 109 del 2006 è costituito dalla immagine del magistrato, risultando quindi irrilevante il fatto che il destinatario di parole oggettivamente diffamatorie possa non averle percepite in tal senso (Cass. civ., sez. un., sentenza 31 luglio 2017, n. 18987).

- r) l'inosservanza dell'obbligo di rendersi reperibile per esigenze di ufficio quando esso sia imposto dalla legge o da disposizione legittima dell'organo competente;
- s) la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui;
- t) pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106;
- u) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- v) il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati;
- w) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- x) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo;
- y) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio o del presidente di una sezione o di un collegio, della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio;
- z) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio ovvero da parte del magistrato cui compete il potere di sorveglianza, della comunicazione al Consiglio superiore della magistratura della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità previste dagli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come da ultimo modificati dall'articolo 29 del presente decreto, ovvero delle situazioni che possono dare luogo all'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 2 e 3 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, come modificati dagli articoli 26, comma 1 e 27 del presente decreto;
- aa) l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza;
- bb) l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.

cc) l'inosservanza dell'articolo 123 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 (si tratta del luogo e dei tempi di svolgimento dell'udienza di convalida dell'arresto e del fermo).

Il secondo comma della disposizione, inoltre, precisa che, «**fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l), m), n), o), p), cc) e ff), l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare**».

L'art. 3 d.lgs. cit., a sua volta, individua i fatti integranti illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni nei seguenti comportamenti:

- a) l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri;
- b) il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato, o persona che a questi consta essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza o aver subito condanna per delitti non colposi alla pena della reclusione superiore a tre anni o essere sottoposto ad una misura di prevenzione, salvo che sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'intrattenere rapporti consapevoli di affari con una di tali persone;
- c) l'assunzione di incarichi extragiudiziari senza la prescritta autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura;
- d) lo svolgimento di attività incompatibili con la funzione giudiziaria di cui all'articolo 16, comma 1, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, o di attività tali da recare concreto pregiudizio all'assolvimento dei doveri disciplinati dall'articolo 1;
- e) l'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti;
- f) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- g) la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie;
- h) l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato;



- i) l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste;
- j) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269)<sup>61</sup>.

Deve, infine, ricordarsi che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che **al magistrato deve essere riconosciuta la libertà di espressione se le sue dichiarazioni non ledono il sistema giustizia**. La Corte e.d.u. ha, infatti, precisato che **l'applicazione di una sanzione disciplinare lieve a un magistrato che, con un'intervista alla stampa, avanza critiche sul buon funzionamento della giustizia e insinua dubbi sull'indipendenza e l'imparzialità dei magistrati, è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo** e, in particolare, con il diritto alla libertà di espressione, di cui all'art. 10 Conv. eur. I magistrati godono, al pari di ogni individuo, della **libertà di espressione** ma un'ingerenza dello Stato con un **effetto restrittivo del diritto** è ammissibile se necessaria alla **salvaguardia di altri valori fondamentali come il buon funzionamento della giustizia**. I magistrati devono astenersi dall'utilizzare la stampa e ciò anche nei casi in cui vengano provocati. **Il sistema disciplinare attivato all'interno del C.S.M. è compatibile con l'art. 6**

---

<sup>61</sup> Con riferimento a tali ultime ipotesi di illecito disciplinare, di particolare interesse appare la sentenza della Corte costituzionale n. 224 del 2009, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 109 del 2006, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost., nella parte in cui prevede e sanziona come illecito disciplinare del magistrato il divieto di iscrizione ai partiti politici (Corte cost. 10 giugno-8 luglio 2009, n. 224).

La Corte costituzionale ha, invece, dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 13, comma 1 secondo periodo, d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, limitatamente alle parole da "quando ricorre" a "nonché" (in motivazione La Corte ha rilevato che l'automatica applicabilità, prevista dalla norma censurata, della sanzione accessoria del trasferimento del magistrato nel caso di accertamento delle violazioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 109 del 2006 determina un *vulnus* al principio di uguaglianza e un'irragionevole deroga alla regola generale di cui all'art. 13, comma 1, d. lgs. citato).

Si segnalano, inoltre, nel panorama giurisprudenziale, i seguenti principi affermati dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte di cassazione:

- costituisce illecito disciplinare per il magistrato precludere alle parti di esercitare il proprio diritto di difesa (Cass., Sez. Un. civ., 28 settembre 2009, n. 20730);
- integra l'elemento oggettivo costitutivo di un illecito disciplinare il comportamento di un pubblico ministero il quale disponga, nel corso delle indagini preliminari, una consulenza tecnica attraverso la quale una persona informata dei fatti venga sottoposta, in violazione del divieto di cui all'art. 188 c.p.p., ad una seduta ipnotica al fine di recuperare ricordi rimossi (Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2007, XY c/ Ministero giustizia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3617);
- il ritardo nel deposito delle sentenze e dei provvedimenti giudiziari integra l'illecito disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lett. q), d.lgs. n. 109/2006, qualora risulti, oltre che reiterato e grave, anche ingiustificato (Cass., sez. un. civ. 18 giugno 2010, n. 14697);
- nell'illecito disciplinare per il ritardo nel deposito dei provvedimenti giudiziari è onere del magistrato incolpato allegare le circostanze oggettivamente idonee a dimostrare la specifica giustificabilità del ritardo, situazione che ricorre quando il comportamento osservante del precetto normativo si considera inesigibile (Cass., Sez. un. civ., 17 gennaio 2012, n. 528, in *Guida dir.*, 2012, n. 9, p. 22);
- non è ravvisabile l'errore che cade nella fase preinterpretativa dell'individuazione della disposizione, allorché la disposizione applicata sia correttamente individuata e non venga ad essa attribuito un significato che vada contro ogni possibile significante di essa (fattispecie in cui il criterio di computo degli interessi sul capitale è stato considerato frutto di una scelta interpretativa, e quindi non abnorme e non sindacabile in sede di promovibilità dell'azione di responsabilità) (Cass., Sez. un. civ., 15 gennaio 2019, n. 11747).

**Conv. eur. perché è assicurata l'indipendenza e l'imparzialità dei componenti chiamati a giudicare<sup>62</sup>.**

## ***2.2. Il procedimento disciplinare.***

Il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati è disciplinato dal **decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 (Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati).**

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che **i principi dell'”equo processo” devono osservarsi anche nel procedimento disciplinare a carico di magistrati (Corte e.d.u., sez. I, 5 febbraio 2009, Olujic vs. Croazia, in Cass. pen., 2009, p. 4036).**

In realtà, si tratta di un **procedimento conforme all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, sia quanto alla tutela del diritto di difesa, sia quanto alla “durata ragionevole”, potendo durare appena un anno la fase delle indagini, due anni il giudizio ed un anno l'eventuale giudizio di rinvio; con la conseguenza che il superamento di tali termini comporta la perenzione del procedimento disciplinare.**

### ***2.2.1. L'azione disciplinare.***

La **legittimazione all'azione disciplinare** è posta in capo sia al Ministro della giustizia sia al Procuratore generale presso la Corte di cassazione (art. 14, comma 1), ma con una diversa disciplina.

Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare (**azione discrezionale**), entro un anno dalla notizia del fatto, mediante richiesta di indagini al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Dell'iniziativa il Ministro dà comunicazione al Consiglio superiore della magistratura, con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede (art. 14, comma 2).

Invece il Procuratore generale presso la Corte di cassazione (P.G.) ha l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare (**azione obbligatoria**), dandone comunicazione al Ministro della giustizia e al Consiglio superiore della magistratura, con “indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede”. Il Ministro della giustizia, se ritiene che l'azione disciplinare deve essere estesa ad altri fatti, ne fa richiesta, nel corso delle indagini, al Procuratore generale (art. 14, comma 3).

È fatto obbligo al Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.), ai consigli giudiziari e ai dirigenti degli uffici di comunicare al Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione ogni fatto

---

<sup>62</sup> Corte e.d.u., sez. II, 9 luglio 2013, Di Giovanni c/ Italia, in *Guida dir.* 2013, n. 34-35, p. 86.

rilevante sotto il profilo disciplinare. I presidenti di sezione e i presidenti di collegio nonché i procuratori aggiunti debbono comunicare ai dirigenti degli uffici i fatti concernenti l'attività dei magistrati della sezione o del collegio o dell'ufficio che siano rilevanti sotto il profilo disciplinare (art. 14, comma 4).

Il P.G. può contestare fatti nuovi nel corso delle indagini (**contestazione suppletiva**), anche se l'azione è stata promossa dal Ministro della giustizia, salva la facoltà dello stesso Ministro di richiedere che l'azione disciplinare sia estesa ad altri fatti (art. 14, comma 5).

Unico caso nel nostro ordinamento di **prescrizione processuale**, sono **posti, a pena di inammissibilità, termini brevi all'esercizio dell'azione disciplinare e al giudizio conseguente**. Infatti "l'azione disciplinare è promossa entro un anno dalla notizia del fatto", della quale il P.G. ha conoscenza "a seguito dell'espletamento di sommarie indagini preliminari o di denuncia circostanziata o di segnalazione del Ministro della giustizia". La denuncia è circostanziata quando "contiene tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare". In difetto di tali elementi, "la denuncia non costituisce notizia di rilievo disciplinare" e quindi non può dare avvio all'azione disciplinare (art. 15, comma 1).

È prevista una **causa di improcedibilità**, perché "**non può comunque essere promossa l'azione disciplinare quando sono decorsi dieci anni dal fatto**" (art. 15, comma 1-bis).

### *2.2.2. Le indagini preliminari.*

**Il pubblico ministero (nella persona del P.G. o di un magistrato del suo ufficio) procede all'attività di indagine** (art. 16, comma 1), ma devono ritenersi **ammesse anche le investigazioni del difensore**, ai sensi degli artt. 391-*bis* e ss. c.p.p.

Per l'attività di indagine del P.G. "si osservano, in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale, eccezione fatta per quelle che comportano l'esercizio di poteri coercitivi nei confronti dell'imputato, delle persone informate sui fatti, dei periti e degli interpreti". Si applica, comunque, l'art. 133 c.p.p. per l'accompagnamento coattivo del testimone, del perito, della persona sottoposta all'esame del perito diversa dall'incolpato, del consulente tecnico, dell'interprete o del custode di cose sequestrate (art. 16, comma 2).

Alle persone informate sui fatti, ai periti e interpreti si applicano gli artt. 366 (rifiuto di uffici legalmente dovuti), 371-*bis* (false informazioni al pubblico ministero), 371-*ter* (false dichiarazioni al difensore), 372 (falsa testimonianza), 373 (falsa perizia o interpretazione), 376 (ritrattazione), 377 (intralcio alla giustizia) e 384 (relative cause di non punibilità) del codice penale (art. 16, comma 3).

È anche **stabilita, a pena di inammissibilità, la durata massima delle indagini preliminari, nel senso che, entro un anno dall'inizio del**

**procedimento, il P.G. deve formulare le richieste conclusive, cioè la formulazione dell'incolpazione oppure richiesta motivata alla sezione disciplinare per la declaratoria di non luogo a procedere; superato il termine il procedimento si estingue.** La richiesta di indagini rivolta dal Ministro della giustizia al Procuratore generale o la comunicazione di avvenuto esercizio dell'azione disciplinare data dallo stesso P.G. al C.S.M. determinano, a tutti gli effetti, l'inizio del procedimento (art. 15, comma 3).

**Solo il P.G. può compiere atti di indagine,** mentre il **ministro** può soltanto procedere alla **“segnalazione” iniziale** o alla **“richiesta di indagini”**. Nel corso degli atti di indagine, però, il ministro può chiedere al procuratore generale che l'azione disciplinare sia estesa ad **“altri fatti”**. La fase delle indagini preliminari **non costituisce quindi un procedimento amministrativo** (come quello disciplinare nel lavoro pubblico non contrattualizzato), **ma un procedimento “giurisdizionalizzato”**, a causa della speciale tutela di rilievo costituzionale riservata alla posizione del magistrato incolpato.

La **“giurisdizionalizzazione”** della fase delle indagini è confermata dalla previsione dell'art. 15, comma 8, lett. *b*), d.lgs. cit., che prevede la **sospensione del termine di durata massima** della fase nel caso in cui durante il procedimento disciplinare venga sollevata questione di **legittimità costituzionale**.

È garantita un'**immediata e completa informazione sull'accusa**, per cui **“dell'inizio del procedimento deve essere data comunicazione, entro trenta giorni, all'incolpato, con l'indicazione del fatto che gli viene addebitato”**. Deve procedersi ad analoga comunicazione per le ulteriori contestazioni di fatti nuovi, mosse dal P.G. Anche il **diritto di difesa tecnica** è assicurato, per cui **“l'incolpato può farsi assistere da altro magistrato, anche in quiescenza, o da un avvocato, designati in qualunque momento dopo la comunicazione dell'addebito, nonché, se del caso, da un consulente tecnico (art. 15, comma 4).**

Per effetto della previsione di **nullità degli atti di indagine nel procedimento disciplinare**, **“gli atti di indagine non preceduti dalla comunicazione all'incolpato o da avviso al difensore, quando è previsto, se già designato, sono nulli, ma la nullità non può essere più rilevata quando non è dedotta con dichiarazione scritta e motivata nel termine di dieci giorni dalla data in cui l'interessato ha avuto conoscenza del contenuto di tali atti o, in mancanza, da quella della comunicazione del decreto che fissa la discussione orale davanti alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (art. 15, comma 5).**

### *2.2.3. L'archiviazione de plano del P.G.*

È previsto un potere di **archiviazione de plano del P.G., assimilabile al “potere di cestinazione” riconosciuto al P.M. per le notizie non costituenti reato.** Il P.G. **“procede all'archiviazione se il fatto addebitato non costituisce**

condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3-bis o forma oggetto di denuncia non circostanziata ai sensi dell'articolo 15, comma 1, ultimo periodo, o non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4 oppure se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso”. Ma il Ministro della giustizia può proporre opposizione: infatti il provvedimento di archiviazione del P.G. “è comunicato al Ministro della giustizia, il quale, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, può richiedere la trasmissione di copia degli atti e, nei sessanta giorni successivi alla ricezione degli stessi, può richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Sulla richiesta il presidente della sezione disciplinare fissa, con suo decreto, il giorno della discussione orale, con avviso ai testimoni e ai periti e il decreto di fissazione dell'udienza di discussione è comunicato, almeno dieci giorni prima della data fissata per la discussione orale, al pubblico ministero e all'incolpato nonché al difensore di quest'ultimo; le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto. Il provvedimento di archiviazione acquista efficacia solo se il termine di cui sopra sia interamente decorso senza che il Ministro abbia avanzato la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale davanti alla sezione disciplinare. In tale caso è sospeso il termine di cui all'art. 15, al comma 1, per la proposizione dell'azione disciplinare entro un anno dalla notizia del fatto” (art. 16, comma 5-bis).

**La duplice possibilità, per il procuratore generale, di archiviare lui stesso *de plano* oppure di richiedere alla sezione disciplinare del C.S.M. l'ordinanza di non luogo a procedere ha creato qualche problema di coordinamento, vista la lacunosa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 d.lgs. cit.**

**Le Sezioni unite civili della Corte di cassazione hanno precisato che se risulta di piana evidenza l'insussistenza dell'addebito disciplinare e, quindi, appare superflua la verifica nel giudizio innanzi alla sezione disciplinare del C.S.M., il procuratore generale può archiviare *de plano*.**

Se, invece, **manca questa evidenza**, ma comunque le risultanze degli atti di indagine **non offrono elementi sufficienti** per sostenere un'incolpazione in ordine al fatto originariamente addebitato (nel senso che non si può raggiungere la prova sufficiente *ex art. 19, comma 2, d.lgs. cit.*), **occorre una verifica in giudizio** (seppure in camera di consiglio, a norma dell'art. 17, comma 8, d.lgs. cit.) e quindi **il procuratore generale, invece di pronunciare il decreto di archiviazione *de plano*, chiede alla sezione disciplinare del C.S.M. la declaratoria di non luogo a procedere.**

In entrambi i casi **il ministro della giustizia può interloquire**, esprimendo eventualmente un diverso avviso rispetto al procuratore generale. Infatti, il ministro riceve comunicazione in entrambi i casi e può, quindi, richiedere copia degli atti e poi rivolgere richiesta al presidente della sezione

disciplinare di fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando lui stesso l'incolpazione.

Pertanto, in un caso e nell'altro, **il ministro che non condivide le determinazioni del procuratore generale può egli stesso formulare l'incolpazione e chiedere che su di essa si pronunci la sezione disciplinare del C.S.M.**; se, invece, il ministro non formula l'incolpazione, aderisce implicitamente alle determinazioni del P.G.

Di fronte alla richiesta di non luogo a procedere formulata dal P.G., la sezione disciplinare può accoglierla e pronunciare **ordinanza di non luogo a procedere** oppure rigettarla, **imponendo al P.G. di formulare l'incolpazione** (come l'imputazione coatta nel processo penale).

Il **decreto** di archiviazione *de plano*, emesso dal P.G. e al quale il ministro non si è opposto, **non ha la stessa stabilità dell'ordinanza di non luogo a procedere** pronunciata dalla sezione disciplinare del C.S.M.

Dopo che il decreto di archiviazione *de plano* è divenuto efficace, ai sensi dell'art. 16, comma 5-*bis*, d.lgs. cit., viene a determinarsi una **preclusione allo stato degli atti**, atteso che esso conclude il procedimento disciplinare in ordine al fatto addebitato.

Qualora, successivamente, emerga un *quid novi* in termini di elementi circostanziali del fatto originariamente addebitato, **così da modificarlo e giustificare la riapertura della fase degli atti di indagine**, sempre che non sia già decorso il termine di durata massima della fase, il procuratore generale deve inviare una **nuova comunicazione di riavvio degli atti di indagine** (come la riapertura delle indagine richiede una nuova iscrizione) e, alla chiusura delle nuove indagini, può anche pervenirsi alla formulazione dell'incolpazione.

Ma se il provvedimento di riapertura delle indagini non è motivato, né risulta il *quid novi* rispetto all'esito degli atti di indagine fissato nel provvedimento di archiviazione, l'azione disciplinare non è più proponibile<sup>63</sup>.

#### 2.2.4. La chiusura delle indagini.

**Al momento della chiusura delle indagini, il P.G. procede alle richieste conclusive**, nel senso che egli **formula l'incolpazione oppure avanza richiesta motivata alla sezione disciplinare per la declaratoria di non luogo a procedere**. Infatti, “compite le indagini, il Procuratore generale formula le richieste conclusive di cui ai commi 2 e 6 e invia alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura il fascicolo del procedimento, dandone comunicazione all'incolpato”. A tutela del diritto di difesa, “il fascicolo è depositato nella segreteria della sezione a disposizione dell'incolpato, che può prenderne visione ed estrarre copia degli atti” (art. 17, comma 1).

---

<sup>63</sup> Cass., Sez. un. civ., 8 marzo 2011, n. 14664, Ministero della giustizia c/XY, in *Cass. pen.*, 2012, p. 6: si tratta di pronuncia molto criticata in dottrina perché afferma la ritrattabilità dell'azione disciplinare).

Il P.G., al termine delle indagini, se non ritiene di dover chiedere la declaratoria di non luogo a procedere, formula l'incolpazione e chiede al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, dando comunicazione al Ministro della giustizia delle sue determinazioni ed inviandogli copia dell'atto (art. 17, comma 2).

Il Ministro della giustizia, entro venti giorni dal ricevimento della comunicazione dell'incolpazione, può chiedere l'integrazione e, nel caso di azione disciplinare da lui promossa, la modificazione della contestazione, cui provvede il P.G. (art. 17, comma 3).

### *2.2.5. Il giudizio.*

**Il giudice del giudizio disciplinare è la sezione disciplinare del C.S.M.,** che è composta da sei componenti effettivi : il vicepresidente del Consiglio superiore, che presiede la sezione; un componente eletto dal Parlamento, che presiede la sezione in sostituzione del Vicepresidente del Consiglio superiore; un magistrato di Corte di cassazione con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità; due magistrati di merito con funzioni giudicanti e un magistrato di merito con funzioni requirenti) e da quattro supplenti, ai sensi dell'art. 4 legge 24 marzo 1958, n. 195) (art. 15 comma 2).

Il presidente della sezione disciplinare fissa, con suo decreto, il giorno della discussione orale, con avviso ai testimoni e ai periti (art. 17, comma 4)<sup>64</sup>.

Se il P.G. ritiene che si debba escludere l'addebito, avanza richiesta motivata alla sezione disciplinare per la declaratoria di non luogo a procedere, dandone comunicazione, con invio di copia dell'atto, al Ministro della giustizia, nell'ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare, ovvero richiesto l'integrazione della contestazione (art. 17, comma 6).

Il Ministro della giustizia, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione della richiesta del P.G. di non luogo a procedere, può richiedere copia degli atti del procedimento, nell'ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare, ovvero richiesto l'integrazione della contestazione, e, nei venti giorni successivi alla ricezione degli stessi, può richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione.

Sulla richiesta, il presidente della sezione disciplinare fissa, con suo decreto, il giorno della discussione orale, con avviso ai testimoni e ai periti; il decreto di fissazione dell'udienza di discussione è comunicato, almeno dieci giorni prima della data fissata per la discussione orale, al pubblico ministero e

---

<sup>64</sup> Il decreto di fissazione dell'udienza di discussione è comunicato, almeno dieci giorni prima della data fissata per la discussione orale, al pubblico ministero e all'incolpato nonché al difensore di quest'ultimo, se già designato, e, nelle ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare o abbia richiesto l'integrazione o la modificazione della contestazione, al Ministro della giustizia (art. 17, comma 5).

all'incolpato nonché al difensore di quest'ultimo; le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto (art. 17, comma 7).

Decorsi i termini di cui al comma 7, la sezione disciplinare decide in camera di consiglio sulla richiesta di non luogo a procedere. Se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza di non luogo a procedere. Se invece rigetta la richiesta, il P.G. formula l'incolpazione (**incolpazione coatta**) e chiede al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, che viene fissata nei termini di legge (art. 17, comma 8).

Nella discussione orale un componente della sezione disciplinare del C.S.M. nominato dal presidente svolge la relazione (art. 18, comma 1). L'udienza è pubblica, ma la sezione disciplinare, su richiesta di una delle parti, può disporre che la discussione si svolga a porte chiuse se ricorrono esigenze di tutela della credibilità della funzione giudiziaria, con riferimento ai fatti contestati ed all'ufficio che l'incolpato occupa, ovvero esigenze di tutela del diritto dei terzi (art. 18, comma 2).

A norma dell'art. 18, comma 3, **la sezione disciplinare può:**

- a) assumere, anche d'ufficio, tutte le prove che ritiene utili;**
- b) disporre o consentire la lettura di rapporti dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia, dei consigli giudiziari e dei dirigenti degli uffici, la lettura di atti dei fascicoli personali nonché delle prove acquisite nel corso delle indagini;**
- c) consentire l'esibizione di documenti da parte del pubblico ministero, dell'incolpato e del delegato del Ministro della giustizia.**

Si osservano, “in quanto compatibili”, le norme del codice di procedura penale sul dibattimento, eccezione fatta per quelle che comportano l'esercizio di poteri coercitivi nei confronti dell'imputato, dei testimoni, dei periti e degli interpreti. Resta fermo quanto previsto dall'art. 133 del codice di procedura penale per l'accompagnamento coattivo (art. 18, comma 4).

Ai testimoni, periti e interpreti si applicano le disposizioni di cui agli artt. 366, 372, 373, 376, 377 e 384 del codice penale (art. 18, comma 5).

La sezione disciplinare del C.S.M. delibera immediatamente dopo l'assunzione delle prove e le conclusioni del pubblico ministero e della difesa dell'incolpato, il quale deve essere sentito per ultimo. Il pubblico ministero non assiste alla deliberazione in camera di consiglio (art. 19, comma 1).

**La Sezione disciplinare provvede con sentenza, irrogando una sanzione disciplinare ovvero, se non è raggiunta prova sufficiente, dichiarando esclusa la sussistenza dell'addebito. I motivi della sentenza sono depositati nella segreteria della sezione disciplinare entro trenta giorni dalla deliberazione** (art. 19, comma 2).

L'art. 5 d.lgs. 25 febbraio 2006, n. 109, disciplina le **sanzioni disciplinari** che possono essere inflitte al magistrato che viola i suoi doveri:

- a) l'ammonimento;



- b) la censura<sup>65</sup>;
- c) la perdita dell'anzianità;
- d) l'incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo;
- e) la sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni (Corte cost. 23 giugno 2015, n.170, ha fatto venir meno l'obbligo di trasferimento se non è stata irrogata la sospensione dalle funzioni);
- f) la rimozione.

La sezione disciplinare del C.S.M. può e in taluni casi deve disporre, come pena accessoria e talvolta anche in via cautelare, il **trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio** quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia (art. 13).

Quando per il **concorso di più illeciti disciplinari** si debbono irrogare **più sanzioni di diversa gravità**, si applica la **sanzione prevista per l'infrazione più grave**; quando **più illeciti disciplinari**, commessi **in concorso** tra loro, sono puniti con la **medesima sanzione**, si applica **la sanzione immediatamente più grave**. Nell'uno e nell'altro caso **può essere applicata anche la sanzione meno grave** se compatibile.

I provvedimenti adottati dalla sezione disciplinare sono comunicati al Ministro della giustizia se egli ha promosso l'azione disciplinare, ovvero richiesto l'integrazione o la modificazione della contestazione, con invio di copia integrale, anche ai fini della decorrenza dei termini per la proposizione del ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione. Il Ministro può anche richiedere copia degli atti del procedimento (art. 19, comma 3).

**A pena di inammissibilità è prevista la durata ragionevole del giudizio, per cui, entro due anni dalla richiesta, la sezione disciplinare del C.S.M. si deve pronunciare; altrimenti il procedimento si estingue.**

#### *2.2.6. Il ricorso in cassazione.*

**L'incolpato, il Ministro della giustizia e il P.G. possono proporre, nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale, ricorso per cassazione, contro i provvedimenti in materia di sospensione cautelare e contro le sentenze della sezione disciplinare del C.S.M.** Nei confronti dei provvedimenti in materia di sospensione il ricorso non ha effetto sospensivo del provvedimento impugnato (art. 24, comma 1), mentre il ricorso contro la sentenza ne sospende gli effetti.

**La Corte di cassazione decide, a sezioni unite civili**, entro sei mesi dalla data di proposizione del ricorso (art.24, comma 2). Il ricorso davanti alle Sezioni

---

<sup>65</sup> Cass., Sez. un. civ., 18 aprile 2018, n. 9557, ha ritenuto legittima la sanzione della censura per il magistrato che trascura le garanzie difensive.

unite civili della Corte di cassazione è disciplinato dall'art. 606 c.p.p., per cui le Sezioni unite possono dichiarare inammissibile o rigettare il ricorso oppure cassare la decisione impugnata, con rinvio alla sezione disciplinare (in diversa composizione) del C.S.M. o senza rinvio (quando non occorre una nuova valutazione di fatto).

Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno chiarito che il procedimento disciplinare nei confronti del magistrato incolpato di corruzione in atti giudiziari può proseguire e condurre all'irrogazione della sanzione della rimozione anche dopo il giudicato penale di condanna con pena accessoria di estinzione del rapporto di impiego, atteso che gli effetti della sanzione disciplinare permangono, mentre quelli della sanzione penale possono estinguersi per amnistia o riabilitazione<sup>66</sup>.

È imposto un **termine di durata anche al giudizio di rinvio dopo l'annullamento**, per cui se la sentenza della sezione disciplinare del C.S.M. è annullata in tutto o in parte a seguito del ricorso per cassazione, “il termine per la pronuncia nel giudizio di rinvio è di un anno e decorre dalla data in cui vengono restituiti gli atti del procedimento dalla Corte di cassazione” (art. 15, comma 6); superato tale termine, il procedimento si estingue.

**In conclusione, se tutti i termini sopra menzionati per le diverse fasi processuali non sono osservati, “il procedimento disciplinare si estingue, sempre che l'incolpato vi consenta” (art. 15, comma 7). Pertanto, il procedimento disciplinare è perento se l'azione disciplinare non è promossa entro un anno dalla notizia del fatto, oppure se, entro un anno dall'inizio del procedimento, il Procuratore generale non formula le richieste conclusive (cioè non formula l'incolpazione o non richiede alla sezione disciplinare la declaratoria di non luogo a procedere) o ancora se la sezione disciplinare non decide in primo grado entro due anni dalla richiesta o infine se la stessa sezione disciplinare, in sede di rinvio, non emette sentenza entro un anno dal ricevimento degli atti.**

### *2.2.7. La revisione.*

Ai sensi dell'art. 25, comma 1, d. lgs cit. “È ammessa, in ogni tempo, la revisione delle sentenze divenute irrevocabili, con le quali è stata applicata una sanzione disciplinare, quando:

a) i fatti posti a fondamento della sentenza risultano incompatibili con quelli accertati in una sentenza penale irrevocabile ovvero in una sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione;

b) sono sopravvenuti o si scoprono, dopo la decisione, nuovi elementi di prova, che, soli o uniti a quelli già esaminati nel procedimento disciplinare, dimostrano l'insussistenza dell'illecito;

---

<sup>66</sup> Cass., sez. un. civ. 22 settembre 2015 (dep. 29 febbraio 2016), n. 4004. L.G., in *Cass. pen.*, 2016, p. 4025.

c) il giudizio di responsabilità e l'applicazione della relativa sanzione sono stati determinati da falsità ovvero da altro reato accertato con sentenza irrevocabile<sup>67</sup>.

### **3. La responsabilità civile.**

Originariamente la responsabilità civile dei magistrati (giudici e pubblici ministeri) era regolata dagli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. In base a queste norme, il giudice era civilmente responsabile soltanto:

1) quando nell'esercizio delle sue funzioni era imputabile di dolo, frode o concussione;

2) quando senza giusto motivo rifiutava, ometteva o ritardava di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero.

Questa disciplina fu oggetto di forti critiche poiché mandava esente il magistrato da ogni responsabilità colposa, anche grave.

Il malcontento verso queste norme crebbe a seguito di alcuni casi di cronaca (su tutti, il caso Tortora), i quali ebbero un forte impatto sull'opinione pubblica e spinsero il partito radicale e alcune associazioni di cittadini alla raccolta di firme per un referendum che portasse all'abrogazione dei menzionati tre articoli del codice di procedura civile. Il referendum si tenne nel novembre del 1987: votarono il 65% degli aventi diritto e l'80,2% dei votanti si pronunciò a favore dell'abrogazione (e dunque, implicitamente, a favore della responsabilità per colpa dei magistrati). Il vuoto normativo che si creò fu colmato dalla l. 13 aprile 1988 n. 117 ("Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati"),

---

<sup>67</sup> Gli elementi in base ai quali si chiede la revisione debbono, a pena di inammissibilità della domanda, essere tali da dimostrare che, se accertati, debba essere escluso l'addebito o debba essere applicata una sanzione diversa da quella inflitta se trattasi della rimozione, ovvero se dalla sanzione applicata è conseguito il trasferimento d'ufficio (art. 25, comma 2). La revisione può essere chiesta dal magistrato al quale è stata applicata la sanzione disciplinare o, in caso di morte o di sopravvenuta incapacità di questi, da un suo prossimo congiunto che vi abbia interesse anche soltanto morale (art. 25, comma 3). L'istanza di revisione è proposta personalmente o per mezzo di procuratore speciale. Essa deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione specifica delle ragioni e dei mezzi di prova che la giustificano e deve essere presentata, unitamente ad eventuali atti e documenti, alla segreteria della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (art. 25, comma 4). Nei casi previsti dal comma 1, lettere a) e b), all'istanza deve essere unita copia autentica della sentenza penale (art. 25, comma 5). La revisione può essere chiesta anche dal Ministro della giustizia e dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione, alle condizioni di cui ai commi 1 e 2 e con le modalità di cui ai commi 4 e 5 (art. 25, comma 6). La sezione disciplinare acquisisce gli atti del procedimento disciplinare e, sentiti il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, l'istante ed il suo difensore, dichiara inammissibile l'istanza di revisione se proposta fuori dai casi di cui al comma 2, o senza l'osservanza delle disposizioni di cui al comma 4 ovvero se risulta manifestamente infondata; altrimenti, dispone il procedersi al giudizio di revisione, al quale si applicano le norme stabilite per il procedimento disciplinare (art. 25, comma 7). Contro la decisione che dichiara inammissibile l'istanza di revisione è ammesso ricorso alle sezioni unite civili della Corte di cassazione (art. 25, comma 8). In caso di accoglimento dell'istanza di revisione la sezione disciplinare revoca la precedente decisione (art. 25, comma 9). Il magistrato assolto con decisione irrevocabile a seguito di giudizio di revisione ha diritto alla integrale ricostruzione della carriera nonché a percepire gli arretrati dello stipendio e delle altre competenze non percepiti, detratte le somme corrisposte per assegno alimentare, rivalutati in base alla variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati (art. 25, comma 10).

c.d. “legge Vassalli”). Questa legge aveva però, secondo i più, tradito la volontà popolare espressa dal referendum<sup>68</sup>.

**Intanto la Corte di giustizia dell’Unione europea stabilì che la violazione manifesta del diritto vigente da causa al diritto al risarcimento in favore di colui che ha subito danni dal provvedimento del giudice<sup>69</sup>.**

Successivamente la Grande Sezione della Corte di giustizia dell’Unione europea riconobbe che l’interpretazione delle norme di diritto rientra nell’essenza vera e propria dell’attività giurisdizionale e che non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario venga commessa nell’esercizio dell’attività interpretativa<sup>70</sup>.

Anzitutto, la Corte di giustizia affermò che **il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la sussistenza di una qualsiasi responsabilità dello Stato membro, allorché la violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di tale Stato risulti da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale<sup>71</sup>.**

Altro importante principio affermato dalla Corte di giustizia riguarda la **limitazione della responsabilità**, apposta dall’art. 2, comma 1, l. n. 117 del 1988, **ai soli casi di dolo o colpa grave**. Secondo i giudici del Lussemburgo, infatti, **il danno deve essere risarcito in ogni caso di violazione manifesta del diritto vigente, atteso che il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità.**

---

<sup>68</sup> La “legge Vassalli” prevedeva, anzitutto, un “filtro” sull’ammissibilità della domanda, superato il quale era ammessa non un’azione diretta del danneggiato nei confronti del magistrato, ma un’azione indiretta, cioè nei confronti dello Stato, il quale poteva poi rivalersi nei confronti del magistrato responsabile, ma soltanto per una somma pari ad un terzo di una annualità dello stipendio. La legge era unanimemente considerata inadeguata a garantire un diritto al risarcimento, com’è dimostrato dai dati statistici: dal 1988, cioè da quando entrò in vigore la legge Vassalli, furono complessivamente 410 le cause proposte per far valere la responsabilità civile dei magistrati. Tra i ricorsi presentati, 266 furono ritenuti inammissibili e soltanto 7 furono accolti. Inoltre, è significativo osservare come, nel periodo febbraio 2011-gennaio 2014, su 21 sentenze della Corte di cassazione ben 20 abbiano confermato l’inammissibilità della domanda. La Corte di cassazione aveva indicato i cinque profili della grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell’esercizio delle funzioni giudiziarie (Cass., sez. III civ., 18 marzo 2008, n. 7272; in precedenza, negli stessi termini, Cass., sez. III civ., 5 luglio 2007, n. 15227): violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma; lettura della disposizione in termini contrastanti con ogni criterio logico; adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore; manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo; sconfinamento dell’interpretazione nel diritto libero. Secondo la Corte di legittimità, a dar luogo alla risarcibilità del danno cagionato per grave violazione di legge non bastava, da parte del magistrato, una negligenza pura e semplice. Essa, invece, deve essere «inescusabile»: vale a dire inspiegabile, perché risulta priva di agganci con le particolarità della vicenda che siano in grado di rendere comprensibile l’errore del giudice. Si trattava, in realtà, di un’interpretazione che svuotava di contenuto la legge sulla responsabilità del magistrato perché interpretava la nozione di “colpa grave” in termini estremamente restrittivi, il che, in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, determinava una limitazione della responsabilità dello Stato italiano, anche in casi diversi dall’interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove.

<sup>69</sup> Corte di giustizia U.E. sentenza 30 settembre 2003, causa C – 224/01, Kobler.

<sup>70</sup> Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, sentenza 13 giugno 2006, nella causa C- 173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A. in liquidazione c/ Repubblica Italiana (domanda di pronuncia pregiudiziale).

<sup>71</sup> Secondo la Corte di giustizia, pertanto, la clausola di salvaguardia prevista dall’art. 2, comma 2, l. 13 aprile 1988, n. 117 (che escludeva sempre e comunque la responsabilità del magistrato sia per l’interpretazione di norme di diritto sia per quella di valutazione del fatto e delle prove), non è compatibile con il diritto dell’Unione europea.

**In seguito alla condanna, poiché lo Stato italiano non aveva modificato il testo della l. n. 117/88, la Corte di giustizia dell'Unione europea condannò l'Italia per inadempimento ex art. 258 TFUE <sup>72</sup>.**

**Il diritto dell'Unione europea ammette, pertanto, soltanto tre condizioni, necessarie e sufficienti, per cui lo Stato è tenuto a risarcire i danni subiti dai singoli a causa di una non corretta applicazione del diritto dell'UE da parte di organi giurisdizionali di ultima istanza:**

- 1. la norma comunitaria violata deve attribuire diritti ai singoli;**
- 2. si è in presenza di una manifesta violazione delle norme dell'U.E.;**
- 3. sussiste un nesso causale tra violazione e danno.**

Queste sono le **uniche condizioni** che la Corte di giustizia U.E. considera ammissibili, per cui, **in presenza dei tre presupposti**, lo Stato **deve procedere a risarcire i soggetti danneggiati**, senza possibilità di imporre ulteriori condizioni più restrittive<sup>73</sup>.

È perciò intervenuta la **l. 27 febbraio 2015, n. 18 (Disciplina della responsabilità civile dei magistrati)**, che ha modificato in diversi punti la precedente l. 13 aprile 1988, n.117.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 1, la disciplina si applica:

- a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria;
- anche ai magistrati che esercitano le proprie funzioni in organi collegiali.

La nuova disciplina ha confermato il principio della **responsabilità indiretta del magistrato**, nel senso che il cittadino che ha subito un danno ingiusto può esercitare l'azione risarcitoria esclusivamente nei confronti dello Stato, il quale ha poi diritto di rivalsa nei confronti del magistrato colpevole (ma se il danno è conseguenza di un fatto costituente reato commesso da un magistrato nell'esercizio delle sue funzioni l'azione risarcitoria è diretta nei confronti del magistrato e dello Stato).

---

<sup>72</sup>Corte di giustizia U.E., sez. III, 24 novembre 2011, Commissione europea contro la Repubblica italiana – causa C-379/10 Ricorso per inadempimento in base al principio generale della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un loro organo giurisdizionale di ultimo grado, ai sensi dell'art. 258 TFUE).

<sup>73</sup>La legge italiana, invece, fissava un limite soggettivo (perché limitava l'azione di responsabilità ai soli casi in cui il provvedimento giudiziario erroneo fosse stato adottato con dolo o colpa grave) ed uno oggettivo (in quanto lo Stato non era responsabile per le attività degli organi giurisdizionali riguardanti l'interpretazione delle norme e la valutazione del fatto e delle prove): limiti che la Corte di giustizia U.E. dichiarò già incompatibili con il principio della responsabilità extracontrattuale dei Paesi membri per violazione dell'ordinamento comunitario, tanto più che l'interpretazione delle norme «rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale» (come affermò la Grande Camera, nella causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, cit.). Era perciò da tempo in discussione in Parlamento un disegno di legge di riforma della responsabilità civile dei magistrati.

L'azione resta esperibile contro lo Stato, ma la domanda deve essere proposta a pena di decadenza entro tre anni (non più due) dal momento in cui l'azione è esperibile.

È stato **abolito il previo giudizio di ammissibilità della domanda** di risarcimento da parte del tribunale distrettuale (cosiddetto filtro, che valutava preliminarmente presupposti e manifesta infondatezza). La Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'abolizione del cd. filtro, affermando che non è costituzionalmente necessario per tutelare l'autonomia e dell'indipendenza della magistratura che sia prevista una delibazione preliminare dell'ammissibilità della domanda contro lo Stato (il c.d. filtro), in quanto la disciplina in materia, pur riformata dalla l. n. 18/2015, vede la permanenza di una responsabilità solo indiretta del magistrato e un'azione di rivalsa con diversi presupposti, elementi che di fatto assicurano la serenità di giudizio dei magistrati e la loro soggezione solo alla legge<sup>74</sup>.

**Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali** (non essendo più necessario che derivino dalla privazione della libertà personale) (art. 2).

E' perciò prevista la responsabilità civile in **tutti i casi di dolo del magistrato e in caso di diniego di giustizia**<sup>75</sup>.

Per adeguarsi alle sentenze della Corte di giustizia U.E., la nuova legge, pur confermando la regola che non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, introduce due eccezioni, costituenti **“colpa grave”** e che perciò, a norma dell'art. 2, **danno luogo a responsabilità civile:**

1. la **“violazione manifesta della legge”** (tenendo conto, in particolare, del “grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza”) **“nonché del diritto dell'Unione europea”** (tenendo conto anche della “mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea”);
2. **“il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del**

---

<sup>74</sup> Corte cost. 3 aprile 2017, n. 164.

<sup>75</sup> Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non è previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.

**procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione”<sup>76</sup>.**

**L'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato diventa obbligatoria** e deve essere esercitata dal Presidente del Consiglio entro due anni dall'avvenuto risarcimento, ma solo nei casi di diniego di giustizia o dolo o negligenza inescusabile, che abbiano determinato violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione ovvero il travisamento del fatto o delle prove<sup>77</sup>.

#### **4. La responsabilità penale.**

I magistrati, come tutti i cittadini, sono **responsabili penalmente per i reati da essi commessi sia nell'esercizio delle loro funzioni** (ad es. corruzione in atti giudiziari, abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, falsità ideologica o materiale), **sia come privati cittadini** (ad es. omicidio, furto, lesioni personali).

Il codice di procedura penale, **per sottrarre il magistrato al giudizio dei colleghi del suo stesso distretto**, stabilisce una **particolare competenza** per i procedimenti in cui un **magistrato** assume la qualità di **persona sottoposta alle indagini, di imputato** ovvero di **persona offesa o danneggiata dal reato**, prescrivendo che **detti procedimenti sono di competenza del giudice**,

---

<sup>76</sup> Un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma considera “travisamento” rilevante ai fini della responsabilità civile del magistrato unicamente quello macroscopico ed evidente, tale da non richiedere alcun approfondimento di carattere interpretativo o valutativo. La giurisprudenza ha affermato la responsabilità civile dello Stato per grave violazione di legge da parte del Pubblico Ministero, nell'ipotesi in cui questi aveva omesso per negligenza inescusabile di compiere un atto di indagine che, in forza di una valutazione probabilistica, se fosse stato compiuto sarebbe stato idoneo ad evitare l'omicidio della vittima, la quale aveva denunciato più volte le minacce gravi subito dall'indagato (Tribunale di Messina, sez. I, sentenza 30 maggio 2017, in una fattispecie in cui l'azione risarcitoria nei confronti dello Stato per fatto colposo del magistrato, nella specie per aver omesso a causa di negligenza inescusabile di compiere le indagine necessarie in relazioni a plurime denunce presentate da una donna nei confronti del marito, la quale era stata poi uccisa dal coniuge utilizzando un coltello. Il procedimento civile nei confronti dello Stato per la responsabilità derivante da condotte dolose o colpose del magistrato, ai sensi della legge n.117/1988 come novellata dalla legge n.18/2015), ha nel caso di specie come presupposto di fatto l'omicidio di una donna uccisa a coltellate dal marito, che era stato più volte denunciato dalla vittima per minacce, aggravate dal possesso di un coltello, maltrattamenti o lesioni, nell'ambito di una difficilissima separazione coniugale. Per alcuni fatti denunciati vi erano stati provvedimenti di archiviazione (anche per difetto di querela), per altri invece l'autorità giudiziaria aveva provveduto con l'applicazione per un breve periodo della misura cautelare.

<sup>77</sup> I giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo, mentre i cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove (art. 7). La misura della rivalsa non può superare una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio (in precedenza era un terzo), al netto delle trattenute fiscali, ma se vi è dolo la rivalsa è per l'intero risarcimento (art. 8). Resta l'obbligo per il procuratore generale presso la corte di cassazione e per il titolare dell'azione disciplinare di esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, mentre il ministro della giustizia ne ha facoltà. È confermato il diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello Stato per chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni e lo Stato ha azione di regresso (il cui mancato esercizio comporta responsabilità contabile) per l'intero importo del danno. Resta anche confermato che il risarcimento ottenuto a causa della responsabilità civile del magistrato non pregiudica il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione.

ugualmente competente per materia, **che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello determinato dalla tabella A allegata all'art. 1 disp. att. c.p.p.** (art. 11 c.p.p.).

Sulla base di tale tabella, pertanto, dal distretto di Roma la competenza territoriale si sposta al distretto di Perugia, da Perugia a Firenze, da Firenze a Genova, da Genova a Torino, da Torino a Milano, da Milano a Brescia, da Brescia a Venezia, da Venezia a Trento, da Trento a Trieste, da Trieste a Bologna, da Bologna ad Ancona, da Ancona a L'Aquila, da L'Aquila a Campobasso, da Campobasso a Bari, da Bari a Lecce, da Lecce a Potenza, da Potenza a Catanzaro, da Cagliari a Roma, da Palermo a Caltanissetta, da Caltanissetta a Catania, da Catania a Messina, da Messina a Reggio Calabria, da Reggio Calabria a Catanzaro, da Catanzaro a Salerno.

### **5. La responsabilità contabile.**

Oltre alle altre forme di responsabilità, **il magistrato**, come tutti i pubblici dipendenti, è **sottoposto anche ad una responsabilità amministrativa e contabile**.

In particolare i capi degli uffici giudiziari sono contabilmente **responsabili per il danno erariale procurato**, con la loro illegittima condotta, alla pubblica amministrazione.