

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO PENALE

1. Considerazioni preliminari.

Il primo tra i soggetti del processo è il **giudice**, che trova la sua disciplina anzitutto nella **Costituzione** e poi nell'**ordinamento giudiziario** (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), che è lo “statuto interno” della magistratura.

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, che giudica.

2. Precedenti storici.

In Italia il **primo ordinamento giudiziario** fu originariamente promulgato il 4 marzo 1848 da Carlo Alberto: era lo **Statuto piemontese**, che divenne successivamente la Carta fondamentale del Regno d’Italia e rimase in vigore, con modifiche intervenute soprattutto in epoca fascista, fino al referendum del 2 giugno 1946, che sostituì la monarchia con l’introduzione della repubblica.

Nello Statuto piemontese la magistratura era disegnata quale “ordine dello Stato” dipendente dal sovrano, in quanto si stabiliva che «la giustizia emana dal Re», il quale nominava i giudici con il compito di amministrarla in suo nome. Tuttavia, la forte dipendenza gerarchica dei magistrati dal re era attenuata da alcune garanzie: era riconosciuta l’inamovibilità dei giudici; si prevedeva che l’organizzazione giudiziaria non potesse essere derogata se non in forza di legge; si vietava l’istituzione di tribunali o commissioni straordinarie in quanto «niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali»; le udienze civili e

penali erano pubbliche e l'interpretazione della legge spettava esclusivamente al potere legislativo, secondo la celebre espressione «*bouche de la loi*», coniata da Montesquieu.

Successivamente la **legge Sacconi del 19 maggio 1851** tentò di ampliare l'autonomia della magistratura, ma fu presto abolita quando, nel 1859, su iniziativa del ministro Rattazzi, fu promulgato il r.d. 13 novembre 1859, Legge generale di ordinamento giudiziario, che, a seguito dell'unificazione del 1861, venne estesa a tutto il territorio italiano.

Pochi anni dopo Vittorio Emanuele II emanò una nuova legge di ordinamento giudiziario con il **r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626**.

La **l. 14 luglio 1907, n. 511**, cosiddetta legge Orlando, istituì per la prima volta i Consigli giudiziari ed il Consiglio superiore della magistratura. Con l'avvento del fascismo, però, il potere giudiziario perse qualsiasi autonomia: si istituì un tribunale speciale "per la difesa dello Stato", competente per taluni reati, governato dall'esecutivo; si creò il Gran Consiglio del fascismo, di cui faceva parte il presidente del tribunale speciale; si approvò il testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), tuttora vigente, che in origine attribuiva alle cariche amministrative del questore e del prefetto funzioni giurisdizionali.

Infine, con il **r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, cd. ordinamento Grandi**, fu approvata la nuova disciplina sull'ordinamento giudiziario. Esso prevedeva la dipendenza dell'ordine giudiziario dal potere politico: tutti i magistrati erano posti sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia, il quale aveva il compito di nominare le commissioni di esame per l'accesso in magistratura e per le promozioni, le assegnazioni di sede ed il passaggio di funzioni.

Con la caduta del fascismo, furono restituite alla magistratura le garanzie che le erano state sottratte: nel 1946 fu approvato il cd. decreto Togliatti con il **r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, Guarentigie della magistratura**, per introdurre nel nostro ordinamento le garanzie fondamentali a tutela dell'indipendenza della magistratura.

Appena due giorni dopo l'emanazione del decreto Togliatti, il 2 giugno 1946, fu indetto il referendum popolare per scegliere la forma dello Stato e, in esito ad esso, fu proclamata la Repubblica. Successivamente, con deliberazione dell'assemblea costituente del 22 dicembre 1947, fu approvata la Costituzione della Repubblica italiana,

che entrò in vigore il 1 gennaio 1948 e che dedicò l'intero titolo IV (artt. 101-113) alle garanzie dell'“ordine” giudiziario, definito autonomo e indipendente da ogni altro potere dello Stato. La VII disposizione transitoria della Costituzione stabilisce che «fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente».

Poiché una nuova legge sull'ordinamento giudiziario non fu mai approvata e fu soltanto modificato, in diversi tempi e in più parti, il decreto Grandi del 1941, si pose il problema se questo decreto, in forza della citata VII disposizione transitoria, avesse acquistato il rango di disposizione costituzionale e come tale fosse immune dal sindacato di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale. Prima le Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 17 novembre 1953, n. 3542) e poi la stessa Corte costituzionale (Corte cost. 13 dicembre 1963, n. 156), però, hanno negato la costituzionalizzazione del decreto Grandi, che ha quindi il valore di legge ordinaria, modificabile con altra legge ordinaria.

Nei decenni successivi si susseguirono moltissime leggi che cercarono di adeguare il decreto Grandi ai principi costituzionali:

- la l. 10 aprile 1951, n. 287, riordinò le Corti d'assise e d'assise d'appello;
- la l. 24 marzo 1958, n. 195, istituì il Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.);
- la l. 12 ottobre 1966, n. 825, istituì i Consigli giudiziari;
- la l. 25 luglio 1966, n. 570, cd. legge Breganze, novellò la disciplina della carriera dei magistrati, abolendo scrutini ed esami successivi alla loro entrata in servizio;
- la l. 20 dicembre 1973, n. 831, cd. legge Breganzone, estese la disciplina di automatico avanzamento per anzianità anche per la nomina a magistrato di cassazione;
- il D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, adeguò le norme sull'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale;
- la l. 13 aprile 1988, n.117, introdusse, in seguito ad un referendum popolare che aveva deciso per la responsabilità civile del magistrato, una disciplina che prevede invece la

responsabilità dello Stato per i danni causati dal magistrato;

- la l. 1 febbraio 1989, n. 30, sopprime le preture mandamentali, trasformandole in sezioni distaccate dell'unico ufficio di pretura circondariale;
- la l. 21 novembre 1991, n. 374, sopprime il giudice conciliatore, istituendo il giudice di pace, magistrato onorario con competenze all'inizio soltanto civili;
- il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv., con mod., dalla l. 20 gennaio 1992, n. 8, introdusse nuove norme per il coordinamento delle indagini nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata, istituendo anche la Procura nazionale antimafia e le Direzioni distrettuali antimafia.
- il d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, sopprime, in materia civile e penale, la figura del pretore, lasciando il tribunale (in composizione monocratica o collegiale) giudice unico di primo grado;
- il d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, estese le competenze del giudice di pace anche alla materia penale, introducendo un peculiare procedimento penale.

La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario è, fuor di dubbio, materia incandescente perché con essa si rischia di intaccare l'autonomia e l'indipendenza dei magistrati.

Infatti, una **prima riforma del 2005-2006, voluta dal ministro Castelli fu prevista dalla legge delega 25 luglio 2005, n. 150**, e attuata con una serie di decreti attuativi (si tratta dei **d. lgs. nn. 20, 24, 25, 26, 35, 62, 106, 109, 160 e 240 del 2006**), fu prima sospesa per un anno (con l. 24 ottobre 2006, n. 269) e poi **sostituita nel luglio 2007 dalla nuova legge di riforma proposta dal ministro Mastella (l. 30 luglio 2007, n.111)**.

La legge delega n. 150/2005 si proponeva alcuni obiettivi.

Il d. lgs. n. 160/2006 attuò, anzitutto, quello di modificare l'accesso in magistratura, con un concorso di secondo grado, comprendente anche un colloquio di idoneità psico-attitudinale all'esercizio della professione di magistrato e l'introduzione di una

opzione obbligatoria tra magistratura giudicante e quella requirente. Fu modificata la disciplina della progressione di carriera attraverso concorsi per titoli o concorsi per titoli ed esami e furono introdotti limiti al passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa, realizzando una sorta di separazione delle carriere di giudice e di pubblico ministero. Furono, inoltre, posti limiti di durata nella permanenza del magistrato nello stesso incarico o posizione tabellare.

Il d. lgs. n. 26/2006 istituì la Scuola superiore della magistratura, al fine di razionalizzare la normativa in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione continua dei magistrati.

Il d. lgs. n. 25/2006 istituì il Consiglio direttivo della Corte di cassazione e modificò la disciplina dei Consigli giudiziari, introducendovi anche membri laici e modificandone la competenza.

Il d. lgs. n. 106/2006 si occupò di riorganizzare l'ufficio del pubblico ministero, disegnando il Procuratore della Repubblica quale titolare esclusivo dell'azione penale, che viene esercitata «sotto la sua responsabilità».

Il d. lgs. n. 109/2006 individuò le fattispecie tipiche dell'illecito disciplinare dei magistrati, prevedendo nuove sanzioni e modificando il procedimento disciplinare.

Il d. lgs. n. 35/2006 attuò forme di pubblicità degli incarichi extragiudiziari conferiti ai magistrati.

La nuova maggioranza parlamentare, subentrata nel 2006, modificò, con la l. 24 ottobre 2006, n. 269, soltanto tre decreti e successivamente fu approvata la l. 30 luglio 2007, n. 111, che apportò altre modifiche.

In particolare la “**controriforma**” Mastella modificò, nel d.lgs. n. 25/2006, la composizione e le competenze del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e la disciplina dei Consigli giudiziari.

Il d. lgs. n. 26/2006 fu modificato, mutando struttura e funzionamento della Scuola superiore della magistratura, riducendo a 18 mesi il tirocinio dei magistrati ordinari in tirocinio (M.O.T.).

Il d. lgs. n. 106/2006 fu modificato, conservando il modello gerarchico per le procure della Repubblica e lasciando il procuratore della Repubblica titolare esclusivo dell'azione penale, ma eliminando

il riferimento alla sua responsabilità nell'esercizio dell'azione penale e sostituendo la "delega" delle indagini al sostituto con la "assegnazione".

Il d. lgs. n. 109/2006 precisò alcune fattispecie di illecito disciplinare, abrogandone altre e soprattutto eliminando una clausola aperta che impediva una effettiva tipizzazione degli illeciti disciplinari, mutando anche la procedura disciplinare.

Il d. lgs. n. 160/2006 modificò la disciplina dell'accesso in magistratura, eliminando sia l'onere, previsto a pena di inammissibilità della domanda, di indicare preventivamente la funzione giudicante o requirente, sia il colloquio di idoneità psico-attitudinale. Fu modificata anche la disciplina della progressione nelle funzioni con la previsione della sola possibilità del concorso per titoli e con l'introduzione delle valutazioni di professionalità quadriennali, nonché attenuando i limiti posti al passaggio da una funzione all'altra.

Secondo i dati della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (*CEPEJ, European Judicial Systems*, ed. 2008, con dati riferiti al 2006) l'Italia ha destinato a **spese per la giustizia** (cioè all'intero sistema giudiziario, compreso il patrocinio a spese dello Stato) oltre 4 miliardi di euro. Solo Spagna e Francia hanno speso meno (rispettivamente con € 2.983.492.000 e € 3.350.000.000), ma Inghilterra e Galles hanno speso di più (€ 5.343.199.553) e la Germania addirittura il doppio (€ 8.731.000.000).

Secondo lo stesso sondaggio, in Italia il **numero di magistrati professionali (cosiddetti "togati")** in rapporto alla popolazione è di 11 ogni 100.000 abitanti; meno di noi ne hanno solo l'Irlanda (3,1), l'Inghilterra (7), la Spagna (10,1) e la Norvegia (10,9); mentre hanno un numero maggiore di magistrati professionisti la Francia (11,9), l'Olanda (12,7), la Svizzera (16,5), l'Austria (20), la Germania (24,5), la Grecia (28,4), il Montenegro (37,2) e Monaco (54,5).

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

3. 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 i giudici devono essere «**precostituiti 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.

4. 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.

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 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.

Peraltro, **al termine del tirocinio e prima del conseguimento della prima valutazione di professionalità, non può essere destinato a svolgere le funzioni giudicanti monocratiche penali (G.I.P., G.U.P. e Tribunale monocratico), salvo che per i reati per i quali l'art. 550 c.p.p. consente la citazione diretta a giudizio** (art. 13, comma 2, d. lgs. 5 aprile 2006, n.160), mentre, al fine di consentire l'ingresso di giovani magistrati in Procure sguarnite, è stato **rimosso il divieto di ricoprire uffici requirenti**, divieto vigente fino alla l. 31 ottobre 2011, n. 187, la quale ha pure **soppresso l'assegnazione ad una sede provvisoria** per la durata di due anni e sei mesi.

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;
- 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.**

É stata, inoltre, istituita la **Scuola superiore della magistratura**, che ha tre sedi da individuarsi con decreto del ministro della giustizia di concerto con quello dell'economia e delle finanze, **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.).

5. 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.

É 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.

6. 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.

7. Il giudice ordinario.

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 di rilievo costituzionale, provvisti di garanzie costituzionali.

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) e la sua **pronuncia su domanda** (il vincolo della sua pronuncia all'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 Italia i Tribunali, dopo la riforma del 2012, sono 136. Non ci sono più sedi staccate, abrogate con la medesima riforma del 2012. Nell'ambito di ogni tribunale esistono cinque sezioni giudiziarie di particolare rilievo: il **Giudice per le indagini preliminari (GIP)**, il **Giudice dell'udienza preliminare (GUP)**, il **Tribunale del riesame (detto anche Tribunale della Libertà)**, il **Tribunale di sorveglianza** e il **giudice di sorveglianza**. Analizziamoli uno per uno:

Il **Giudice per le indagini preliminari (GIP)** ha il compito di verificare la legittimità dei comportamenti e delle richieste del pubblico ministero nel corso della fase investigativa, ed in particolare decide sulle richieste del PM che limitano le libertà personali dell'indagato (detenzione preventiva, arresti domiciliari, perquisizioni, ecc.). Decide inoltre sulle richieste di rinvio a giudizio. Le decisioni del GIP possono essere appellate ad un'altra unità giudicante presente nel tribunale e cioè il *Tribunale del riesame* che decide con un collegio composto da tre giudici.

Il **Giudice dell'udienza preliminare (GUP)** decide sulle richieste del PM concernenti i rinvii a giudizio.

I **Tribunali di sorveglianza** sono 29 ed operano nell'ambito dei Tribunali delle città ove hanno sede le 26 corti d'appello e le 3 sedi distaccate delle corti d'appello. Hanno come compito principale quello di adottare provvedimenti atti a personalizzare il trattamento penitenziario e le modalità di esecuzione della pena facilitando i percorsi di risocializzazione dei singoli detenuti. Le decisioni vengono adottate da un collegio misto formato da due magistrati e due esperti. Anche i **magistrati di sorveglianza** hanno una competenza territoriale superiore a quella dei Tribunali in cui operano e sono presenti in 58 dei 136 Tribunali. Esercitano funzioni di natura giurisdizionale in materia di esecuzione della pena e di misure restrittive della libertà personale. In particolare, il magistrato di sorveglianza è competente a conoscere le seguenti materie: *liberazione anticipata; remissione del debito; rateizzazione e conversione delle pene pecuniarie; grazia; applicazione ed esecuzione delle sanzioni sostitutive; tra cui anche l'espulsione degli stranieri; sospensione e rinvio provvisorio della esecuzione della pena detentiva; misure di sicurezza; esecuzione domiciliare della pena detentiva; esecuzione delle misure alternative alla detenzione; ricoveri; concessione permessi premio e di necessità; autorizzazione telefonate e corrispondenza; approvazione dei programmi di trattamento rieducativo; reclami avverso provvedimenti disciplinari.*

Al magistrato di sorveglianza sono conferiti ampi poteri di intervenire, su reclamo del detenuto, in materia di lavoro e di disciplina, con ordinanza. A questo scopo la legge pone al magistrato l'obbligo di recarsi di frequente in carcere e di sentire tutti i detenuti che chiedono di conferire. Alcune delle decisioni del magistrato di sorveglianza sono impugnabili o reclamabili avanti il Tribunale di Sorveglianza; in altri casi può anticipare in via provvisoria decisioni di competenza del Tribunale di Sorveglianza (che spessissimo decide solo dopo molti mesi, anziché entro i 45 giorni previsti dalla legge).

Il giudice d'appello è, invece, la **Corte d'appello**, che, nell'ambito del **distretto**, giudica sempre con tre magistrati. Le corti d'appello, in Italia, sono 26, più 3 sedi distaccate (Sassari, Taranto e Bolzano).

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, essendo al vertice dell'ordinamento giudiziario, è chiamata anche “Suprema Corte” – è **giudice di legittimità** e si divide in **sette sezioni ordinarie**; ogni sezione è composta da cinque giudici.

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 particolare importanza quando il presidente della Corte lo ritenga opportuno (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. 21 novembre 1991, n. 374, ma entrato in funzione il 1° maggio 1995 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 determinate 4 anni, rinnovabili al Massimo per due volte e comunque non dopo il compimento di 75 anni di età). In Italia sono in tutto 136, uno per ogni circondario tribunale. 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** (somministrazione 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 all'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**.

La Corte è già in funzione ed ha pronunciato la prima sua sentenza relativamente al crimine di reclutamento e impiego di bambini-soldato, ritenendo colpevole a titolo di "coautore" Thomas Lubanga Dyilo (Corte penale internazionale – *Trial Chamber I* - 14 marzo 2012, ICC-01/04-01-06, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*).

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.

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. E' 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 previsti dalla l. n. 237/2012.

8. 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 poiché 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.

9. 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).

10. 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**, istituiti *post bellum* dai vincitori per giudicare i vinti, hanno giudicato i responsabili degli efferati crimini commessi durante il secondo conflitto mondiale, dando luogo ad una “giustizia dei vincitori”.

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

11. 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.

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.

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.

12. 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**».

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.

13. 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.

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 (tra i tanti si pensi alla Cina e alla Russia) – 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 (si prendano in considerazione il processo alla vedova di Mao e alla “banda dei quattro” o, più recentemente, il processo a Bo Xilai in Cina o il processo all'ex premier ucraina Julija Tymosenko).

14. 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.

Talvolta un **improvviso e imprevedibile mutamento della giurisprudenza (cd. *overruling* giurisprudenziale)** rispetto ad orientamenti giurisprudenziali consolidati pone il problema della **tutela processuale della parte** che abbia confidato nella pregressa interpretazione della Corte di cassazione sull'applicazione delle norme processuali. Si tratta di un "cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata" che urta con le regole del "giusto processo".

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 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 progresso indirizzato 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 progresso orientamento**, con un effetto sostanziale abolitivo di una norma incriminatrice (Trib. Torino, ord. 30 gennaio 2012, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 743). 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).

15. Le diverse funzioni (non gradi) dei magistrati.

L'art. 107, comma 3, Cost., per evitare rapporti di tipo gerarchico tra giudici (si suole dire che **non esistono giudici 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.

16. L'indipendenza nelle giurisdizioni speciali e di chi partecipa all'amministrazione della giustizia.

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».**

17. 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.

18. 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).

19. Il giudice “terzo e imparziale”.

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**, secondo il quale «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).

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**.

L'art. 111, comma 2, Cost. stabilisce una serie di altri principi: **«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 terzo non dovrebbe mai disporre d'ufficio l'acquisizione delle prove (salvo in rari casi di stretta interpretazione), ma deve stare un gradino più in su, quasi un

“giudice di sedia” nel tennis: un giudice appunto 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 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.

E’ apparsa una vignetta delle Camere penali qualche anno fa di due giocatori di calcio che, parlando fra di loro, dicevano: “chi giocherebbe mai una partita di pallone quando l’arbitro indossa la stessa casacca del tuo avversario?” Questo è, esasperandolo, il contenuto della tematica, della problematica che attiene alla separazione delle carriere. Deve essere comunque ricordato che nel

2000 ci fu un referendum dei Radicali sulla separazione delle carriere: il quorum necessario votanti non fu raggiunto, ma quasi 10 milioni di cittadini (pari al 69%) votarono a favore della separazione.

20. Il giudice “naturale precostituito 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. 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.

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** (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), 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 (Cass., Sez. un., 17 aprile 1996, D’Avino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2507), ovvero l’aver superato il concorso in 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.

21. L'obbligo di motivazione e la garanzia del ricorso per cassazione.

L'art. 111, comma 6, Cost. impone al giudice l'**obbligo della motivazione di ogni provvedimento giurisdizionale**.

La disposizione è posta a **garanzia della legittimità delle pronunce**, sia costringendo il giudice ad un particolare impegno nella decisione, sia consentendo un controllo da parte del soggetto impugnante, che in questo modo è in grado di conoscere il ragionamento seguito dal giudicante.

L'art. 111, comma 7, Cost. ammette il **ricorso per cassazione per violazione di legge contro ogni sentenza di qualunque giudice e contro i provvedimenti che decidono in materia di libertà personale, siano essi pronunciati da organi giurisdizionali ordinari o speciali**.

22. Il 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. 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 sia fondata, che cioè abbia un minimo di serietà. E' 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.) 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 condividere la richiesta e ordinare al pubblico ministero di procedere. Questo è

un altro principio fondamentale, perché il pubblico ministero è una parte, sia pure pubblica.

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 un'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 (si pensi al recente caso del procuratore distrettuale di New York, Cyrus Vance, che, nell'estate 2011, fece arrestare Dominique Strauss Khann, allora Direttore del Fondo Monetario Internazionale, per le asserite violenze sessuali ad una cameriera 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).

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. 21.13 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'ipocrisia 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. E' 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.**

Proprio perché in Italia si verifica questa anomala 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 il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale 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, invece, che 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.**

Adirittura, **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 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».

23. Le funzioni del pubblico ministero.

Le funzioni del pubblico ministero si trovano delineate nell'ordinamento giudiziario. In generale il pubblico ministero:

- **«esercita, sotto la vigilanza del ministro della giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce»** (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»);

- «**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).

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. **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**» (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). L'ordinamento 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.).

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.). Tuttavia, 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).

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.).

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.

24. 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 (MOT) 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.

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).

Altro ufficio del pubblico ministero è radicato presso ognuna delle 26 Corti d'appello ed è denominato **Procura generale presso la Corte d'appello**. In Sardegna, poiché esiste una sola Corte d'appello, vi è anche un'unica Procura generale (a Sassari è istituita una sezione distaccata della Corte d'appello di Cagliari).

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. Vedremo nel corso di Diritto processuale penale quali sono i casi di avocazione (sono quei casi in cui 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 questi 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 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.**

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 (art. 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.

25. La Procura nazionale antimafia e la Procura distrettuale antimafia.

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

Soppresse le Procure presso la pretura (c.d. Procure mandamentali) e istituito il “giudice unico di primo grado”, che è il tribunale, le uniche Procure esistenti sono le **Procure della Repubblica presso il tribunale** (c.d. Procure circondariali: 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.) (art. 70-bis ord. giud.).

I magistrati della direzione distrettuale antimafia svolgono le funzioni di pubblico ministero per i reati indicati nell’art. 51, comma 3-bis, c.p.p. (reati di criminalità organizzata), mentre i reati indicati nei commi 3-quater (delitti con finalità di terrorismo) e 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 antimafia**, 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 (art. 70-bis comma 1 ord. giud.)**. 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**, diretta dal **Procuratore nazionale antimafia**, che si avvale di **sostituti procuratori antimafia**, che costituiscono la **Direzione nazionale antimafia (D.N.A.)**, che svolge attività di **coordinamento tra i procuratori distrettuali (artt. 371-bis c.p.p. e 76-bis ord. giud.)**. **La Direzione Nazionale Antimafia (D.N.A.) è**

istituita nell'ambito della Procura generale presso la Corte di cassazione ed è retta da un procuratore nazionale antimafia, assistito da sostituti procuratori nazionali antimafia. Il procuratore nazionale antimafia 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 (art. 76-ter ord. giud.).

La fascia di reati, le cui indagini sono attribuite al procuratore distrettuale antimafia, è indicata dall'art. 51 comma 3-bis c.p.p. Si tratta di delitti di particolare allarme sociale, cioè quelli previsti dall'art. 51 comma 3-bis (spesso denominati reati di criminalità organizzata) 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.

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.

Per altri reati, indicati dall’art. 51, comma 3-*quater*, c.p.p., le indagini sono invece attribuite al procuratore della Repubblica presso il capoluogo del distretto (non quindi al procuratore distrettuale): si tratta dei delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo al pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. Si applicano anche a questi procedimenti le disposizioni dell’art. 51, comma 3-*ter*, c.p.p. (art. 51, comma 3-*quater*, c.p.p.).

Anche per i reati indicati dall’art. 51, comma 3-*quinqies*, c.p.p. (introdotto dall’art. 11 l. 18 marzo 2008, n. 48, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica) **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 al procuratore distrettuale):** 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-*quinqies*), 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.).

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. 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.),** che è un particolare ufficio della procura della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'appello (art. 70-*bis*, comma 3, ord. giud.).

Le indagini sui reati attribuiti al procuratore distrettuale sono svolte e concluse, seguendo le ordinarie norme del codice, per cui esse terminano con la richiesta di archiviazione o di 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, ad esempio, per un sequestro di persona avvenuto a Nuoro l'udienza preliminare o il giudizio abbreviato si tiene davanti al G.U.P. di Cagliari, mentre per il dibattimento, in ossequio al principio del giudice naturale precostituito per legge, si applicano le ordinarie regole sulla competenza territoriale per cui esso si tiene presso il Tribunale di Nuoro, 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.**

26. 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.

27. 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 (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).

28. Eurojust.

Va rammentato che il Consiglio dei ministri della giustizia e degli affari interni dell'Unione europea (GAI) ha adottato il 28 febbraio 2002 la decisione che istituisce l'**EUROJUST, organismo dotato di personalità giuridica, composto da 15 membri nazionali, aventi il titolo di magistrato del pubblico ministero, giudice o funzionario di polizia, distaccati da ciascuno Stato, che ha una competenza ampia perché comprende 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 ha 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.

La Corte costituzionale ha escluso la natura giudiziaria di Eurojust (Corte cost. 6 aprile 2011, n. 136).

29. 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, 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.**

La Commissione europea ha approvato la proposta di Regolamento che istituisce una **Procura europea per indagare e istituire procedimenti penali contro reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione**, ai sensi dell'art. 86 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. La proposta di Regolamento potrebbe raggiungere lo stadio di maturazione durante il semestre di Presidenza italiana dell'Unione Europea previsto nella seconda metà del 2014 (**Proposta di regolamento Commissione CE 17/07/2013, n. 534**).

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).

30. La dipendenza funzionale della polizia giudiziaria all'autorità giudiziaria.

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

31. I magistrati onorari.

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 **tirocinio di sei mesi** sotto la direzione di un magistrato ordinario, che redige una relazione sul tirocinio 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.).

32. La “geografia giudiziaria”.

Attualmente la “**geografia giudiziaria**” consta di **26 distretti di Corte d’appello + 3 sezioni distaccate** (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 una sezione distaccata a Taranto), Messina, **Milano**, **Napoli**, Palermo, Perugia, Potenza, **Reggio Calabria**, Roma, **Salerno**, Torino, Trento (con una sezione 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**.

Pertanto, attualmente, **i circondari di Tribunale** (presso ognuno dei quali è incardinata una **Procura della Repubblica**), che erano 165, **si sono ridotti a 135**.

Ad esempio, 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**.

Anche gli **uffici di sorveglianza** sono stati ridisegnati (in Sardegna 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).

33. Il Consiglio Superiore della Magistratura.

L’art. 104 Cost. disciplina la **composizione del Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.)**.

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:

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

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**:

1. la prima, per le inchieste riguardanti i magistrati,
2. la seconda, per il regolamento interno del Consiglio,
3. la terza, per i trasferimenti,
4. la quarta, per gli uditori, la progressione dei magistrati e le valutazioni della professionalità,
5. la quinta, per il conferimento degli uffici direttivi,
6. la sesta, per la riforma giudiziaria e l'amministrazione della giustizia,

7. la settima, per l'organizzazione degli uffici giudiziari,
8. l'ottava, per i magistrati onorari,
9. la nona, per il tirocinio e la formazione professionale,
10. la decima, per il bilancio del Consiglio ed il regolamento di amministrazione e contabilità.

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, con la sentenza n. 379 del 1992, 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.**

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 cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati (Cass., Sez. Un. civ., 14 febbraio-8 marzo 2012, n. 3622, C.S.M. c/Santoro, in *Guida dir.*, 2012, n. 23, p. 51).

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).

34. 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 alla giustizia (strutture materiali, arredi, fondi per cancelleria e pubblicazioni giuridiche, fondi per stipendi di magistrati, cancellieri e per il patrocinio per i non abbienti).

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.

In attuazione dell'art. 110 Cost., la l. 12 agosto 1962, n. 1311, consente al ministro della giustizia di ordinare **ispezioni ministeriali (ordinarie, 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.

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.

35. 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.

36. La responsabilità disciplinare: 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 alla valutazione discrezionale dell'organo disciplinare, ora, in attuazione del principio di legalità, il **d. lgs. n. 109/2006 ha tipizzato i comportamenti illeciti** (come riconosce Cass., Sez. un. civ., n. 14697/2010). Oggi, pertanto, **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;
- 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 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;
- 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);
- l) 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;
- m) 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;
- n) la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti;
- o) l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti;
- p) 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;
- q) 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;
- r) il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio;
- s) 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;
- t) l'inosservanza dell'obbligo di rendersi reperibile per esigenze di ufficio quando esso sia imposto dalla legge o da disposizione legittima dell'organo competente;

- u) 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;
- v) 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;
- z) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- aa) il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati;
- bb) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- cc) 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;
- dd) 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;
- ee) 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;

- ff) l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza;
- gg) l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.
- gg-bis) 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;
 - l) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269).

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).

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).

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 europea 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 Conv. eur. perché, essendo assicurata l'indipendenza e l'imparzialità dei componenti chiamati a giudicare, garantisce al magistrato un equo processo** (Corte eur., sez. II, 9 luglio 2013, Di Giovanni c/ Italia, in *Guida dir.* 2013, n. 34-35, p. 86).

36.1. Segue: il procedimento disciplinare.

Su iniziativa del ministro della giustizia o del procuratore generale presso la Corte di cassazione, i magistrati possono essere sottoposti a procedimento disciplinare da parte del Consiglio Superiore della magistratura (d. lgs. 25 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 d'ufficio dei magistrati).

L'iniziativa dell'azione disciplinare spetta sia al procuratore generale presso la Corte di cassazione, sia al ministro della giustizia: ognuno dei due può procedere separatamente e anche contro il parere dell'altro (art. 14, comma 1, d. lgs. n. 109/2006). Mentre, però, **il ministro della giustizia ha "facoltà" di promuovere l'azione disciplinare** (artt. 107, comma 2, Cost. e 14 d. lgs. n. 109/2006, che prevede che il ministro della giustizia ha "facoltà" di promuovere, entro un anno dalla notizia del fatto, l'azione disciplinare mediante richiesta di indagini al procuratore generale), **il procuratore generale ha l'"obbligo" di promuovere l'azione disciplinare** (art. 14, comma 3, d. lgs. cit.) nello stesso termine di un anno dalla notizia del fatto o dalla "segnalazione" del ministro della giustizia o da una "denuncia circostanziata".

Se la denuncia non è "circostanziata" (cioè contenente "tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare") – e, quindi, è generica – o è manifestamente infondata e non costituisce, perciò,

“notizia di rilievo disciplinare” (art. 15, comma 1, d. lgs. cit.), il procuratore generale **può svolgere sommarie indagini preliminari** per verificare se il fatto denunciato possa arricchirsi di elementi fino a qualificarsi notizia “circostanziata”, oppure, non avendo obbligo di promovimento, **può archivarla *de plano***, cioè omessa la fase delle indagini (art. 16, comma 5-*bis*, d. lgs. cit.).

Tale **provvedimento di archiviazione *de plano*** deve essere comunicato al ministro della giustizia, il quale può richiedere, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, la trasmissione di copia degli atti e, nei sessanta giorni successivi alla ricezione degli stessi, può domandare al presidente della sezione disciplinare del C.S.M. la fissazione dell’udienza di discussione orale.

L’**atto di promovimento dell’azione disciplinare, che segna l’inizio del procedimento disciplinare** (art. 15, comma 3, d. lgs. cit.), consiste, quanto al procuratore generale, nella comunicazione al ministro della giustizia e al Consiglio superiore della magistratura, con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede (art. 14, comma 3, d.lgs. cit.); e, quanto al ministro, nella richiesta di indagini rivolta dal ministro al procuratore generale, richiesta di cui il ministro dà parimenti comunicazione al C.S.M., con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede (art. 14, comma 2, d.lgs. cit.).

Promossa l’azione disciplinare ed iniziato il procedimento disciplinare vanno anzitutto attivate le **garanzie difensive del magistrato incolpato** mediante la tempestiva comunicazione (entro trenta giorni) dell’inizio del procedimento, con indicazione del fatto addebitato (art. 15, comma 4, d. lgs. cit.); garanzia, questa, che si aggiunge a quella del termine di durata massima (due anni) della fase degli atti di indagine, superato il quale senza che sia stata elevata l’incolpazione il procedimento disciplinare si estingue (art. 15, comma 7, d. lgs. cit.).

La **fase degli atti di indagine** è disciplinata dall’art. 16 d. lgs. cit., con l’integrazione residuale costituita dal **rinvio alle norme del codice di procedura penale**. La disposizione prevede, infatti, che per l’attività di indagine si osservino, in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale, eccezion 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. sull'accompagnamento coattivo di testimoni, periti ed altre persone).

Solo il procuratore generale 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”**.

Nella fase di indagini **il procuratore generale assomma** in sé l'esercizio sia di **funzioni propulsive** (ricercando elementi di prova come il pubblico ministero nelle indagini preliminari del procedimento penale) sia **funzioni di garanzia**, perché può pronunciarsi sulla notizia di addebito disciplinare adottando il provvedimento di archiviazione a norma dell'art. 16, comma 5-*bis*, d. lgs. cit. (che nel rito penale è invece emesso dal G.I.P. su richiesta del P.M., ai sensi dell'art. 409 c.p.p.).

Il ministro può chiedere al procuratore generale durante le indagini l'**estensione dell'azione disciplinare** anche ad **“altri fatti”** (art. 14, comma 3, d. lgs. cit.) e il procuratore generale può **contestare “fatti nuovi” nel corso delle indagini** (art. 14, comma 5, d.lgs. cit.), procedendo ad una **“ulteriore contestazione”** (art. 15, comma 4, d.lgs. cit.): una vera e propria contestazione suppletiva simile a quella prevista dagli artt. 516-520 c.p.p.

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**.

L'**esito della fase delle indagini** può essere diverso (a parte l'archiviazione *de plano* per la denuncia non **“circostanziata”**).

Può accadere che il procuratore generale **ritenga sussistente l'addebito disciplinare**: in tal caso **formula l'incolpazione e chiede il giudizio alla sezione disciplinare del C.S.M.**

Il procuratore generale può ritenere che le risultanze degli atti di indagine dimostrino che il fatto addebitato **non costituisce condotta disciplinarmente rilevante** (ai sensi dell'art. 3-bis d. lgs. n. 109/2006) oppure **non rientra in nessuna delle ipotesi previste dagli artt. 2, 3 e 4 d.lgs. cit.**, oppure ancora il fatto addebitato **risulta inesistente o non commesso**. In alternativa **il procuratore generale può ritenere che vi siano elementi per una declaratoria di non luogo a procedere**.

In entrambe le predette ipotesi un fatto è formalmente addebitato al magistrato incolpato ed indicato nella comunicazione di inizio del procedimento, di cui all'art. 15 comma 4, ma **il procuratore generale non formula l'incolpazione perché ritiene che non ne sussistano i presupposti**.

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 in ipotesi 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 procuratore generale.

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

Il **decreto** di archiviazione *de plano*, emesso dal procuratore generale 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 indagini 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 (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 **giudizio disciplinare** si svolge davanti alla **sezione disciplinare del C.S.M.**, previa formulazione di un capo di incolpazione, precisato dal Procuratore generale, consistente in uno o più addebiti.

La sezione disciplinare del C.S.M. compie un'**istruzione** e quindi un **giudizio**, in **contraddittorio tra il Procuratore generale e l'incolpato e il suo difensore**, pronunciando quindi **sentenza di assoluzione o di condanna**.

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;
- 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;
- f) la rimozione.

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.

Contro la sentenza possono proporre ricorso per cassazione l'incolpato, il procuratore generale ed il ministro della giustizia.

Il ricorso davanti alle **Sezioni 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).

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 eur., sez. I, 5 febbraio 2009, Olujic c. Croazia, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4036)

37. La responsabilità civile.

Nonostante il referendum indetto nell'anno 1987 – il cui risultato fu **l'abrogazione della precedente legge** e nel quale **l'80% di "sì"** (circa dieci milioni di cittadini) votarono **a favore della responsabilità civile personale del magistrato** (giudice e pubblico ministero) **per dolo o colpa grave** – la volontà popolare fu tradita dal legislatore.

Fu, infatti, approvata la **l. 13 aprile 1988, n. 117**, Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati (cd. "**legge Vassalli**"), che **prevede non un'azione diretta del danneggiato nei confronti del magistrato, ma un'azione nei confronti dello Stato, il quale può poi rivalersi nei confronti del magistrato responsabile, ma soltanto per un somma pari ad un terzo di una annualità dello stipendio.**

E' da tempo in discussione in Parlamento un disegno di legge per la responsabilità civile diretta dei magistrati, ma attualmente la **responsabilità civile è disciplinata dal predetto atto normativo**, le cui disposizioni, ai sensi dell'art. 1, si applicano:

- 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.

Pertanto, in virtù di quanto stabilito dall'art. 2 della legge n. 117 del 1988, «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 dei danni patrimoniali** e anche di

quelli **non patrimoniali** che derivino da **privazione della libertà personale**».

Importante è, però, la delimitazione introdotta, secondo cui, «**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 omaggio al principio di legalità, il legislatore ha proceduto, altresì, a **tipizzare la colpa grave**, affermando che «costituiscono colpa grave:

- a) la **grave violazione di legge** determinata da **negligenza inescusabile**;
- b) l'**affermazione**, determinata da **negligenza inescusabile**, di un fatto la cui esistenza è **incontrastabilmente esclusa** dagli atti del procedimento;
- c) la **negazione**, determinata da **negligenza inescusabile**, di un fatto la cui esistenza **risulta incontrastabilmente** dagli atti del procedimento;
- d) l'**emissione di provvedimento** concernente la **libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione**.

Come si vede, la legge, prevedendo l'esenzione da qualsiasi forma di responsabilità diretta del magistrato, sancisce la **massima espressione del principio di indipendenza della magistratura** ed è perciò una norma importantissima; essa, però, rappresenta anche una **protezione assoluta da qualsiasi tipo di responsabilità per gli errori, anche gravi, del magistrato**, per cui un autorevole giurista come Giuliano Vassalli propose di limare questa norma di garanzia, delicatissima, ma tuttavia non di rango costituzionale.

La **Corte di cassazione** indica 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):

- 1) **violazione evidente, grossolana e macroscopica** della norma;
- 2) lettura della disposizione in termini **contrastanti con ogni criterio logico**;

- 3) adozione di **scelte aberranti** nella ricostruzione della volontà del legislatore;
- 4) **manipolazione assolutamente arbitraria** del testo normativo;
- 5) **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 basta, 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 tratta, in realtà, di un'**interpretazione che svuota di contenuto la legge sulla responsabilità del magistrato perché interpreta la nozione di “colpa grave” in termini estremamente restrittivi**, il che, in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, determina una **limitazione della responsabilità dello Stato italiano**, anche in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove.

Per questa ragione la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ripetutamente condannato l'Italia.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con sentenza 30 settembre 2003, causa C – 224/01, Kobler, ha ritenuto che la violazione manifesta del diritto vigente dia causa al diritto al risarcimento in favore di colui che ha subito danni dal provvedimento del giudice.

Successivamente, sempre in tema di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, con **danni arrecati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili ad un organo giurisdizionale di ultimo grado**, la Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) ha pronunciato la sentenza 13 giugno 2006, nella causa C- 173/03, **Traghetti del Mediterraneo s.p.a. in liquidazione, c/ Repubblica Italiana** (domanda di pronuncia pregiudiziale), con la quale ha riconosciuto 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, affermando alcuni importanti **principi di diritto**.

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. Secondo la Corte di giustizia, pertanto, la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 2, comma 2, l. n. 117 del 1988 non è compatibile con il diritto dell'Unione europea.

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**.

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 ha condannato l'Italia per inadempimento ex art. 258 TFUE (Corte di giustizia UE, 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).

Il diritto dell'Unione europea ammette soltanto tre concorrenti 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'UE,*
- 3. sussiste un nesso causale tra violazione e danno.*

Queste sono le **uniche condizioni** che la Corte di giustizia UE 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.

La legge italiana, invece, **fissa un limite soggettivo** (perché limita l'azione di responsabilità ai soli casi in cui il provvedimento giudiziario erroneo sia stato adottato con dolo o colpa grave) **ed uno oggettivo** (in quanto lo Stato non è 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 UE 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.).

La sentenza che ha accertato l'inadempimento dell'Italia produce diversi effetti: alcuni sono diretti, altri derivano soltanto indirettamente dalla sentenza.

In via **diretta** consegue l'**obbligo** per l'Italia **di dare attuazione effettiva alla pronuncia della Corte**, abrogando per legge i limiti soggettivi ed oggettivi e consentendo un'azione per responsabilità extracontrattuale dello Stato per **violazione del diritto comunitario** anche nei casi di **errore di interpretazione** delle norme o di **valutazione** di fatti o prove, **senza alcun onere probatorio** riguardo al dolo o alla colpa grave del magistrato che adotta un provvedimento giudiziario.

Nel frattempo, in attesa di una modifica legislativa, si produce comunque l'**effetto diretto per il giudice italiano**, che è tenuto a **disapplicare** le norme della l. n. 117/1988, ormai giudicate **incompatibili con il diritto U.E.**, per cui il soggetto che si ritiene danneggiato da un organo giurisdizionale di ultimo grado per la non corretta applicazione del diritto U.E. **può invocare la responsabilità patrimoniale dello Stato senza dover dimostrare il dolo o la colpa grave del giudice e senza i limiti relativi all'interpretazione delle norme o la valutazione di fatti o prove.**

Inoltre, un **effetto indiretto** della pronuncia della Corte di giustizia U.E. si registra non nei casi di violazione del diritto comunitario (che, come detto, deve essere rimossa con modifica legislativa), ma **nelle ipotesi di violazione del diritto interno**, perché **lasciare inalterato in questi casi il regime di responsabilità dello Stato** (cioè soltanto per dolo o colpa grave e con esclusione dell'attività di interpretazione delle norme e di valutazione dei fatti o delle prove) **darebbe luogo ad una ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che si trovano nella medesima situazione.**

38. 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 esempio, 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).

L'art. 11 c.p.p., **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**, 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.**

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.

39. 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.

INDICE – SOMMARIO

1. Considerazioni preliminari.	1
2. Precedenti storici.	1
3. La riserva assoluta di legge a tutela della magistratura.	7
4. L'accesso e il ruolo della magistratura.	7
5. Il collocamento fuori ruolo del magistrato.	11
6. Il divieto di arbitrato.....	12
7. Il giudice ordinario.	13
8. I giudici speciali.	19
9. I giudici specializzati.....	21
10. I giudici straordinari.	22
11. La giustizia amministrata “in nome del popolo”.....	23
12. L'autonomia del giudice.....	23
13. L'indipendenza “esterna” della magistratura.	24
14. L'indipendenza “interna” del giudice e l' <i>overruling</i> giurisprudenziale.....	25
15. Le diverse funzioni (non gradi) dei magistrati.	27
16. L'indipendenza nelle giurisdizioni speciali e di chi partecipa all'amministrazione della giustizia.	27
17. L'inamovibilità del magistrato.	28
18. L'incompatibilità ambientale del magistrato.....	28
19. Il giudice “terzo e imparziale”.....	29
20. Il giudice “naturale precostituito per legge”.....	32
21. L'obbligo di motivazione e la garanzia del ricorso per cassazione.....	34
22. Il pubblico ministero.	34
23. Le funzioni del pubblico ministero.....	37
24. Gli uffici del pubblico ministero.	41
25. La Procura nazionale antimafia e la Procura distrettuale antimafia.	43
26. Il “collegio per le indagini” sui reati ministeriali.	48
27. Il “collegio d'accusa” contro il Presidente della Repubblica.	49
28. Eurojust.	50
29. La Procura europea.....	50
30. La dipendenza funzionale della polizia giudiziaria all'autorità giudiziaria.	52
31. I magistrati onorari.	52
32. La “geografia giudiziaria”.	54
33. Il Consiglio Superiore della Magistratura.	54
34. I compiti non “invasivi” del ministro della giustizia.....	57
35. La responsabilità del magistrato.....	58
36. La responsabilità disciplinare: gli illeciti disciplinari.	59
36.1. <i>Segue</i> : il procedimento disciplinare.	65
37. La responsabilità civile.....	71
38. La responsabilità penale.	76
39. La responsabilità contabile.....	77