

DIALOGHI SULLA GIUSTIZIA

Rubrica coordinata da Oliviero Mazza

FILIPPO GIUNCHEDI

La separazione delle carriere dei magistrati presupposto per un effettivo processo di parti *

La riforma costituzionale delle carriere dei magistrati potrà concretamente realizzarsi solo se alle modifiche ordinamentali verrà affiancata una legge ordinaria che renda operativi i mutati assetti tra le parti.

The separation of judicial careers is a prerequisite for effective litigation

The constitutional reform of judicial careers can only be effectively implemented if the regulatory changes are accompanied by an ordinary law that implements the changed arrangements between the parties.

SOMMARIO: 1 Processo di parti e Costituzione. - 2. Distorsioni applicative. - 3. Dall'apparenza all'effettività.

1. *Processo di parti e Costituzione.* Con l'avvicinarsi al *referendum* il dibattito intorno alla riforma costituzionale della separazione delle carriere dei magistrati sta registrando una tale metamorfosi da parte dei protagonisti da farli assomigliare più a tifoserie all'interno di uno stadio di calcio¹ che ad esperti giuristi, impegnati ad illustrare con argomentazioni assiologicamente solide i motivi di adesione ad una soluzione piuttosto che ad un'altra.

Un tale deragliamento nel contraddittorio tra le due differenti impostazioni, finalizzato ad accaparrarsi un numero maggiore di potenziali elettori, ha svuotato di contenuto gli importanti principi posti a base delle ideologie di coloro che propugnano la separazione delle carriere e di quelli che, invece, sono favorevoli a mantenere l'assetto attuale.

La questione ruota essenzialmente intorno a due profili: quello processuale e quello ordinamentale.

Su quest'ultimo aspetto, da studioso del processo penale, evito di addentrarmi non possedendo il *background* culturale idoneo per affrontare con la necessaria perizia temi così delicati. Posso solo limitarmi a sottolineare - come, peraltro, hanno affermato autorevoli studiosi - che la questione ruota essen-

⁰ Il saggio è destinato al volume dal titolo *La riforma costituzionale della separazione delle carriere*, curato da Giovanni D'Alessandro per i tipi della Giappichelli.

¹ DILIBERTO, in LANDI, *L'ordinamento giurisdizionale delle magistrature. Dialogo con Oliviero Diliberto, Mauro Ronco e Vitaliano Esposito*, in *Arch. pen. web*, 2026, n. 1, 33.

zialmente intorno al sorteggio dei componenti dei due Consigli superiori della Magistratura.

Il rammarico maggiore è non poter attingere all'autorevole parere del prof. Giuseppe Di Federico che ci ha lasciati agli albori di una riforma che non dovrebbe perdere di vista i suoi profondi e lungimiranti studi sull'ordinamento giudiziario.

Non ne faccio mistero: vedo con maggior favore la separazione delle carriere tra giudicanti e requirenti in quanto costituisce l'ideale completamento della decisa virata del processo penale verso il modello accusatorio, costituzionalizzato con L. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Quest'ultima, con la vigorosa implementazione dell'art. 111 Cost., ha comportato il passaggio ad un processo di parti, le quali devono essere ben distinte tra loro, assumendo rilevanza anche le apparenze come, da tempo, va predicando la Corte europea dei diritti dell'uomo, ferma nel sottolineare la necessità che il giudice non sia solo imparziale, ma appaia anche tale².

L'aver eretto al rango di *Grundnorm* (art. 111, co. 2 Cost.) la terzietà e l'imparzialità del giudice quale "norma di chiusura" della riforma del giusto processo³, pur rappresentando un'importante conquista valoriale, risente, però, del fatto che tali principi non siano stati trasfusi in legge ordinaria, così da non aver completato la riforma, depotenziandola, diversamente da quanto verificatosi in relazione al procedimento probatorio, ove la L. 1° marzo 2001, n. 63, recante «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione», ha tradotto in norme operative i principi posti dall'art. 111 Cost. ed in particolare quelli esplicitati ai commi 3, 4 e 5.

2. *Distorsioni applicative.* Nonostante l'opzione per la separazione, il mio rappresenta un approccio che deriva dalla valutazione delle differenti tesi. E, proprio il fatto di non aver assunto una posizione radicale, mi ha consentito di assistere al dibattito tra favorevoli e contrari senza preconcetti destinati a offuscare gli orizzonti interpretativi. Ciò mi ha fatto maturare la convinzione che l'opzione per l'una o l'altra impostazione sia di carattere ideologico e, soprat-

² Corte eur. dir. uomo, 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio; Id., 1° ottobre 1982, Piersack c. Belgio.

³ Cfr., ad esempio, Corte cost., n. 306 del 1997.

tutto, che il mantenimento dell'assetto attuale o, al contrario, la separazione non possano mutare sensibilmente gli assetti del processo penale come, invece, auspicano i fautori della separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri.

Spiegherò in seguito il motivo per cui non credo che questa riforma possa influire sulle dinamiche del processo criminale. Certo è che ci si dimentica di considerare alcuni aspetti che, apparentemente di facciata, si sono registrati all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del giusto processo e che, lentamente, hanno eroso l'equidistanza di accusa e difesa dal giudice.

Ricordo la realizzazione pratica della necessità che le parti, proprio perché in condizioni di parità, siano poste all'interno dell'aula di udienza sullo stesso piano e alla medesima distanza dal giudice come prevede (peraltro, da sempre) l'art. 146 disp. att. c.p.p.⁴. Ciò ha comportato la rivisitazione della disposizione di molte aule giudiziarie, ove il rappresentante del pubblico ministero era collocato più vicino ai giudici come avviene tutt'ora in Corte di cassazione, ove il procuratore generale continua a sedere in un apposito banco posto in posizione intermedia tra il collegio giudicante e i difensori delle parti private, tradendo quell'inimmaginifico richiamo al triangolo equilatero, segno inequivocabile della terzietà del giudice rispetto alle parti, pubblica e private. Questa soluzione, invero, trova una sua razionale giustificazione nel ruolo di referente del procuratore generale presso la Cassazione ove, per le peculiarità tipiche del giudizio di legittimità, viene enfatizzata la sua funzione di vegliare sull'osservanza delle leggi come prevede l'art. 73 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

Il ruolo pubblico del pubblico ministero, ben tratteggiato nell'icastica espressione di «giusta parte»⁵, spesso perde la sua essenza come testimonia l'esperienza delle aule di giustizia che rilascia contenuti non sempre allineati a quell'imparzialità nell'esercizio delle funzioni predicata in via teorica. Gli esempi che nel corso degli anni si sono delineati costituiscono eloquenti episodi – non certo isolati – circa la necessità di una separazione radicale tra magistrati giudicanti e inquirenti.

È bene effettuare una premessa di metodo legata all'ideologia che aveva permeato il tessuto del Codice Vassalli fin dagli albori e, quindi, in perfetta sin-

⁴ «Nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante» [l'enfasi è nostra].

⁵ D. SIRACUSANO, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, 39.

tonia con l'impianto accusatorio. Si era disegnato un processo improntato sulla distinzione tra giudice e parti, pubblico ministero compreso; un modello che, sul piano euristico, trovava il suo punto più alto nella impermeabilizzazione della fase delle indagini rispetto a quella del giudizio mediante la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti che costituisce l'essenza del processo giusto e, a tal proposito, necessita di protagonisti che, almeno in questa fase, siano sullo stesso piano ordinamentale e con uguale dotazione di armi⁶.

La resistenza verso quest'impostazione che, senza troppi infingimenti, "relegava" il pubblico ministero allo stesso livello delle parti private, si concretizzava nella stagione del recupero del sistema inquisitorio mediante le sentenze nn. 24, 254 e 255 del 1992, "vessilli" della resistenza al nuovo, concretizzata elevando a livello costituzionale il principio di non dispersione della prova, benché assiologicamente controcorrente rispetto alle direttrici del nuovo ordinamento processuale. Non si tratta di richiamo suggestivo e inappropriato, testimonianza ne siano ulteriori interventi pretori finalizzati ad ostacolare la parificazione tra le parti.

È il caso, ad esempio, della facoltà per soggetti e parti private di svolgere investigazioni difensive. Non inganni il fatto che l'indeterminatezza della disciplina vigente l'abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. non consentiva coordinate operative precise; il punto di frizione trovava scaturigine in ben altri motivi illustrati ben chiaramente in talune decisioni⁷ manifestanti sfavore e sfiducia verso l'attività di indagine del difensore, tanto da dover veicolare l'attività di documentazione in capo al pubblico ministero con buona pace per la possibilità della difesa di valutare, previamente e solipsisticamente, la rilevanza e la proficuità dell'apporto di una persona informata sui fatti.

Più di recente, la Cassazione⁸, del tutto gratuitamente rispetto alla rilevanza del tema affrontato nel contesto motivazionale, è "scivolata" in

⁶ Utili riflessioni possono trarsi in FURFARO, GIUNCHEDI, *La "parità delle armi" tra Costituzione, diritto sovranazionale e alchimie interpretative*, in GAITO, *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma. L'incostituzionalità parziale della "legge Pecorella"*, Torino, 2007, 17.

⁷ Cass., Sez. fer., 18 agosto 1992, Buffarato, in *Cass. pen.*, 1993, 1502.

⁸ Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, Barbone, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 351, per la quale il consulente tecnico del pubblico ministero, proprio per il suo ruolo di ausiliario dell'organo che lo ha nominato, assume la qualifica di pubblico ufficiale. Ne consegue che il suo elaborato, pur non potendo essere equiparato alla perizia disposta dal giudice del dibattimento, è pur sempre il frutto di un'attività di natura giurisdizionale che perciò non corrisponde appieno a quella del consulente tecnico della parte privata

un'affermazione volta ad attestare la primazia del consulente tecnico del pubblico ministero in quanto scevro da interessi di parte e, per tal motivo, più affidabile, svuotando di contenuto l'autorevolezza scientifica degli esperti, subordinata alla posizione, pubblica o privata, della parte che ha conferito loro l'incarico.

Insomma, pur richiamando episodi rapsodici, emerge la necessità, anche per tutelare l'apparenza che sta alla base della fiducia che i consociati devono nutrire verso l'amministrazione della giustizia, di ridurre il *gap* tra parte pubblica e parti private mediante una maggior lontananza del pubblico ministero dal giudice, come osservato, foriero delle distorsioni applicative appena illustrate. D'altro canto, anche i Maestri, agli albori della trasfusione nel codice di procedura penale del principio accusatorio, invocavano la necessità di una netta separazione tra giudice e pubblico ministero. Scriveva a tal proposito Massimo Nobili: «[s]i può, per esempio, costruire un sistema che in qualche maniera presuppone una vicinanza o una assimilazione tra i due organi (magistrati). In questo caso si crea solo apparentemente un rapporto "tripolare". Per realizzarlo pienamente occorre, invece, assicurare una equidistanza, alla base, tra il titolare dell'accusa e la persona accusata, ponendo la funzione del giudizio al vertice di questa sorta di ideale triangolo. Una differenziazione tra giudizio e accusa è condizione essenziale per costruire un processo equilibrato e tendenzialmente accusatorio; essa va curata e assicurata tanto all'interno delle disposizioni di procedura penale, quanto (è altrettanto o ancor più importante), *sul piano organizzativo-istituzionale*»⁹.

Se ciò, però, può rappresentare solo un aspetto della realizzazione di un processo di parti formalmente sullo stesso piano, occorre pensare a soluzioni che possano effettivamente garantirlo. Diversamente, si rimarrà sul piano delle apparenze senza con ciò mutare gli equilibri del processo criminale.

con la conseguenza che gli esiti degli accertamenti e delle valutazioni del consulente nominato ai sensi dell'art. 359 c.p.p. rivestono, proprio in ragione della funzione ricoperta dal pubblico ministero che, sia pur nell'ambito della dialettica processuale, non è portatore di interessi di parte, una valenza probatoria non comparabile a quella dei consulenti delle altre parti del giudizio.

⁹ NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 90.

3. *Dall'apparenza all'effettività*. I temi rapsodicamente toccati, non certo monadi isolate¹⁰, sensibilizzano sulla necessità di una rivisitazione degli assetti ordinamentali tra magistrati giudicanti ed inquirenti.

A mio avviso, però, la riforma rischia di rimanere confinata a mera lustra garantistica, senza in concreto offrire risultati che vadano oltre le apparenze, certamente importanti per la fiducia che deve suscitare il sistema giudiziario sulla popolazione, ma insufficienti a consentire quella necessaria trasformazione idonea a realizzare un processo di parti come impone il giusto processo.

Quali le possibili soluzioni?

Sicuramente, sul piano ordinamentale, il conio di una legge ordinaria che offra concretezza alla separazione delle carriere¹¹.

Ciò potrà realizzarsi - richiedendo molto tempo - allontanando anche sul piano strutturale il pubblico ministero dal giudice, collocandoli in edifici differenti e non all'interno del medesimo, come, invece, si registra in molte realtà (Milano, Roma, Napoli, giusto per richiamare le più importanti autorità giudiziarie italiane) e costituisce il futuribile, mediante la crescente soluzione di erigere "cittadelle" giudiziarie che concentrano nel medesimo polo magistrati giudicanti e inquirenti.

Allo stesso tempo, il codice di procedura penale dovrà essere rivisitato coerentemente con la separazione delle carriere.

Penso all'art. 391-*bis*, co. 10 c.p.p. che attribuisce un ruolo di primazia al pubblico ministero nella gestione delle investigazioni difensive in ipotesi di persona informata sui fatti riluttante a presentarsi al difensore. Sarebbe più opportuno attribuire questo compito al giudice per le indagini preliminari, senza con ciò procedere nelle forme dell'incidente probatorio come previsto dal successivo comma 11 - che continuerebbe a mantenere la funzione propria che gli assegna il legislatore - senza la conseguente attribuzione di valore probatorio nel processo alle dichiarazioni rese in questa sede, impermeabilizzandone il contenuto rispetto al pubblico ministero e rimettendo alla difesa la valutazione circa l'eventuale deposito nel fascicolo del pubblico ministero.

¹⁰ Non sorprenda che siano i medesimi esempi utilizzati in altri documenti, come quello del Direttivo dell'Associazione degli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia", leggibile in www.studiosiprocessopenale.it, trattandosi di casi paradigmatici sulla sperequazione tra parte pubblica e parti private.

¹¹ È quanto auspica A. GAITO, *L'ordinamento giurisdizionale delle magistrature. Un confronto nel segno dei fuoriclasse*, in *Arch. pen. web*, 2026, n. 1, 2.

Anche la fisionomia dell'accertamento tecnico non ripetibile, promuovibile da pubblico ministero (art. 360 c.p.p.) e difesa (art. 391-*decies*, co. 3 e 4 c.p.p.), come ho già avuto modo di osservare in altra sede¹², dovrebbe sottrarre al soggetto proponente - essenzialmente il pubblico ministero, considerata la episodicità di accertamenti tecnici non ripetibili attivati dalla difesa - il potere di determinare l'oggetto dell'accertamento, oltre che la sottrazione al contraddittorio tecnico davanti al giudice - con i limiti che ne conseguono - mediante l'opzione per il più garantito modello dell'incidente probatorio anche ricorrendo a strategie legate alla posizione dominante e alla dotazione di strumenti esclusivi (sequestro probatorio *in primis*) del soggetto pubblico¹³.

A mio avviso, l'accentuazione della parità tra le parti, quale conseguenza della separazione delle carriere, trova ulteriore *humus* nella mutata regola di giudizio in riferimento all'esercizio dell'azione penale. Il passaggio dalla non superfluità dell'approfondimento dibattimentale alla ragionevole previsione di condanna, staglia nitida la sagoma del pubblico ministero non più neutrale come imponeva la precedente *regula iuris*, ma proteso ad effettuare, fin da subito, una valutazione in ordine al suo ruolo di antagonista dell'accusato. Contrapposizione dialettica tra le parti che accentua l'accusatorietà del rito penale e non determina ingannevoli infingimenti circa la posizione delle parti, consentendo di escludere quegli "equivoci" interpretativi emergenti dalla posizione di apparente neutralità del pubblico ministero, il quale, secondo l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, costituirebbe garanzia di obiettività¹⁴.

Seppur con i limiti di un'indicazione meramente esemplificativa, le soluzioni prospettate parrebbero costituire dei possibili antidoti ad una riforma che, se non accompagnata da interventi sulle norme immediatamente operative, rischia di tradursi nell'ennesima novella idonea a modificare sul piano formale gli assetti del processo criminale, ma che in concreto non dispone degli strumenti per realizzarli.

Tutto ciò richiede, innanzi tutto, un innovato approccio culturale da parte di tutti gli antagonisti del processo penale.

¹² GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 121.

¹³ Esempio quanto verificatosi nella vicenda decisa da Cass., Sez. III, 4 aprile 2000, Chiarello, in *Cass. pen.*, 2001, 2420.

¹⁴ Cfr. le derive interpretative emergenti, da ultimo, in Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, Barbone, cit.

ARCHIVIO PENALE

Un processo di parti poste sullo stesso piano, anche dal punto di vista ordinamentale, richiede una robusta preparazione e lealtà nella contesa. I “sospetti” legati ad un’occhiuta e spregiudicata condotta emersa in alcune decisioni – quelle richiamate a titolo esemplificativo – rischiano solo di asseverare certe gerarchie in ordine alla lealtà tenuta dalle diverse parti del procedimento.

L’accentuato tecnicismo richiesto con le recenti riforme – si pensi all’ampliamento delle ipotesi di inammissibilità delle impugnazioni – deve necessariamente comportare una reazione costituita da un rigore tecnico più elevato, scongiurando episodi di abuso del processo e riportando il processo nel paradigma del *game*, ovvero il gioco governato da regole, abbandonando quello del *play*, cioè il gioco spontaneo, talvolta indisciplinato e scorretto¹⁵.

Solo in tal modo, mediante parti tecnicamente più preparate e rigorosamente osservanti della disciplina processuale, nonché consapevoli del proprio ruolo, da estrinsecare con una condotta eticamente ineccepibile, la separazione delle carriere dei magistrati, unitamente ad accorgimenti ordinamentali e processuali, potrà consentire l’effettiva realizzazione di un processo giusto che oltre ad esserlo sul piano formale, lo sia anche nella sua effettiva celebrazione¹⁶.

¹⁵ CATALANO, *L’abuso del processo*, Milano, 2004, 121, nonché, volendo GIUNCHEDI, *Franco Cordeiro e l’abuso del processo*, in *Arch. pen. web*, 2024, n. 1, 12.

¹⁶ Spunti in tal senso sono rinvenibili nei contributi, redatti in tempi non sospetti, di BARGI, G. DEAN e A. GAITO, contenuti nel volume *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti-Fiorio, Padova, 2002.