

UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE

Centro Studi Giuridici e Sociali “Aldo Marongiu”

Separazione dei poteri e separazione della carriere: un carattere fondamentale delle democrazie costituzionali

di Carlo Guarnieri

(Università di Bologna)

Separare davvero le carriere di giudice e pubblico ministero, costituendo due organizzazioni distinte, significa non solo dare attuazione, anche all'interno del sistema giudiziario, ad un principio fondamentale come la separazione dei poteri ma anche permettere al processo penale di adeguarsi finalmente alla logica triadica del processo accusatorio, un assetto che meglio di altri garantisce l'imparzialità del giudice e quindi la sua legittimità nei confronti delle parti. Le argomentazioni che talvolta sono portate contro la separazione sono in realtà prive di base storica o derivano solo dal rimpianto per un assetto del processo penale di stampo inquisitorio, un assetto che stride con la legittimazione di cui il giudice ha bisogno oggi in una società come quella italiana e ormai contrario allo stesso dettato costituzionale.

I. Una rapida comparazione

Anche solo da una rapida comparazione con gli altri paesi democratici emerge chiaramente come oggi solo due democrazie consolidate si presentino con un unico corpo di magistrati giudicanti e requirenti: Italia e Francia. C'è una

ragione storica in tutto questo, dato che il nostro assetto deve molto a quello francese. Nondimeno, l'assetto francese – che per alcuni aspetti si differenzia ormai da quello italiano - appare oggi profondamente in crisi. Non è solo la tradizionale dipendenza del pubblico ministero dal ministro della Giustizia che, pur ridimensionata negli ultimi tempi, continua a far discutere. Soprattutto, i caratteri del processo penale francese – che è ancora fedele al modello “misto” o semi-inquisitorio di origine napoleonica che fino al 1989 prevaleva anche in Italia - appaiono in grave difetto di credibilità. Alcuni insuccessi clamorosi – come il recente caso d'Outreau – hanno messo in luce le serie debolezze di un modello processuale dove la dialettica fra le parti è compressa dalla presenza del giudice istruttore e dal suo legame con il pubblico ministero. Come hanno rilevato due magistrati, “la confusione fra chi accusa e chi istruisce provoca la sconfitta della difesa e mette così a rischio la presenza di un processo equo”.¹ Emerge in realtà in questo assetto processuale una cultura inquisitoria che postula l'unità della verità, una verità amministrata da magistrati che appartengono allo stesso corpo. Si tratta peraltro di una situazione di crisi ormai riconosciuta dallo stesso primo presidente della corte di cassazione che in una recente intervista ha auspicato, fra l'altro, che anche in Francia si vada al più presto verso una maggiore separazione delle carriere di giudice e pubblico ministero.²

In realtà, il corpo unico è un'eredità della Grande Riforma napoleonica degli inizi dell'Ottocento e del modello di processo cui si accompagnava. Va quindi associato ad un regime politico sostanzialmente illiberale, preoccupato soprattutto di rafforzare la capacità di intervento dello Stato sulla società e per

¹ A. Garapon e D. Salas, *Les nouvelles sorcières de Salem. Leçons d'Outreau*, Paris, Seuil, 2006, p. 113.

² Vedi “Il Sole-24 Ore”, 29 dicembre 2006.

questo intenzionato a esercitare una forte influenza su tutta la magistratura, anche su quella giudicante. Del resto, che l'unità della carriera sia un assetto particolarmente caro ai regimi autoritari ci viene autorevolmente testimoniato proprio da un importantissimo esponente del regime fascista – Dino Grandi – che nel 1941, come ci ha ricordato di recente il presidente Dominioni,³ nel presentare il nuovo O.G. sosteneva il superamento del principio della separazione dei poteri e, quindi, che la “sostanziale unicità della funzione” giudiziaria richiedesse l'unità organizzativa della magistratura giudicante e di quella requirente. In altre parole, alla concentrazione del potere a livello politico doveva corrispondere anche una concentrazione del potere giudicante e requirente in una magistratura “unica”.

In realtà, se allarghiamo lo sguardo oltre i nostri cugini transalpini, possiamo vedere che numerosi sono stati i paesi che hanno riformato l'assetto delle loro magistrature, separando le carriere. Restando solo alla seconda metà del Novecento ecco alcuni esempi significativi:

- la Svezia, paese la cui democraticità non credo possa essere messa in discussione, dove la separazione è avvenuta nel 1948, a seguito di una riforma del processo penale di tipo accusatorio;
- il Portogallo, dove la separazione è avvenuta, fra il 1974 e il 1976, in occasione della transizione alla democrazia e di una serie di riforme processuali, anche qui di tipo tendenzialmente accusatorio: il caso portoghese è di particolare rilievo anche perché ha dato luogo ad un assetto del pubblico ministero, separato e indipendente, che molto ha influenzato la proposta che oggi viene presentata;

³ O. Dominioni, *Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della “separazione delle carriere”*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2762.

- il Cile, dove nel 2000 ha iniziato ad essere attuata una riforma processuale in senso accusatorio che ha portato, fra l'altro, alla separazione delle carriere.⁴

Come si può vedere, la separazione delle carriere è stata conseguenza di una riforma del processo penale in senso accusatorio e/o di una transizione da un regime autoritario ad uno democratico: si tratta di una connessione senz'altro significativa.

II. I classici della democrazia e del costituzionalismo

Si potrebbe però sostenere che, di per sé, l'argomento comparato non è decisivo. Le scelte degli altri paesi andrebbero spiegate (tutte!) con le particolarità dei loro contesti, mentre i caratteri del nostro paese richiederebbero invece il corpo unico.⁵ Oppure, potrebbero essere gli altri paesi ad aver "sbagliato" a separare le carriere. Potremmo noi essere non alla retroguardia delle democrazie contemporanee ma, anzi, all'avanguardia. Certo, in assoluto la cosa non si può escludere, anche se il fatto di essere rimasti soli – insieme alla Francia che però, come abbiamo visto, non sembra godere tanta salute – a mantenere giudici e pubblici ministeri uniti dovrebbe invitare, se non altro, alla riflessione. E se vogliamo appunto riflettere, riprendiamo i classici del pensiero costituzionale moderno. Che dicono a questo proposito? Ne propongo

⁴ Il caso cileno è di particolare interesse anche perché la riforma ha segnato un fortissimo aumento dell'efficienza del sistema giudiziario penale, con una drastica diminuzione della durata dei processi.

⁵ Talvolta a questo riguardo si fa riferimento, con vago sapore lombrosiano, ad una "naturale" maggiore propensione degli italiani a delinquere, fatto peraltro non del tutto suffragato dai dati a disposizione. Quello che spesso queste argomentazioni non esplicitano – ma sottendono – è che questa propensione a delinquere richiederebbe, per essere efficacemente combattuta, un assetto processuale inquisitorio.

rapidamente tre, ma di non poco peso: Montesquieu, il Federalista e Tocqueville.

Montesquieu aveva ben chiara l'importanza della struttura processuale: ne parla a lungo nella sua opera. Per questo denunciava lo stato delle repubbliche dell'antichità dove "vi era l'abuso per cui il popolo era allo stesso tempo giudice ed accusatore". E ancora criticava l'assetto istituzionale di Venezia, dove "istituzioni differenti sono formate da magistrati dello stesso corpo, cosa che produce un potere unico". Invece, dove c'è separazione, le libertà del cittadino-imputato si trovano ad essere garantite dall'equilibrio di potere che si viene a creare.

Qualche decennio più tardi, a difesa di quella che è probabilmente la più antica costituzione scritta ancora vigente, interveniva uno scritto anonimo (ma di cui si conoscono oggi gli autori: Alexander Hamilton, John Jay e James Madison) diventato un classico del costituzionalismo moderno. Nel difendere le disposizioni che nella costituzione proposta garantivano l'indipendenza della magistratura, il Federalista (n.78) sottolineava che l'indipendenza del giudice – ed il potere di cui dispone - si giustifica proprio per i limiti che incontra il suo operare e uno dei limiti principali è proprio quello di non disporre della "spada": infatti, "in un sistema di governo in cui i poteri sono separati, la magistratura, per la natura stessa delle sue funzioni, sarà sempre il potere meno pericoloso per i diritti politici della Costituzione... non ha influenza sulla spada né sulla borsa: non può dirigere la forza o la ricchezza di una società e non può prendere nessuna iniziativa".

Qualche decennio più tardi era il magistrato francese Tocqueville che, visitando gli Stati Uniti – e comparandoli per certi versi in modo favorevole alla madrepatria - notava come il notevole potere dei giudici americani fosse limitato dal fatto di dover seguire le regole classiche della procedura giudiziaria:

“...non tocca loro di perseguire i criminali, ricercare le ingiustizie ed indagare sui fatti”. Il potere giudiziario è quindi un potere passivo. Al contrario, l’unificazione delle funzioni giudicanti e requirenti in un solo corpo fa venire meno un potente “freno” al potere giudiziario. È ancora Tocqueville a sottolineare che quando “il tribunale che pronunzia le sentenze è composto dagli stessi elementi o è sottoposto alle stesse influenze del corpo incaricato di accusare”, si ha un impulso irresistibile alla condanna.

Perché i classici del liberalismo sottolineano in questo modo la necessità di separare, di tenere distinti giudice e pubblico accusatore? Perché solo così il processo può assumere una forma veramente triadica, dove il giudice si pone come vero terzo fra le parti e dove quindi la sua imparzialità viene garantita. Infatti, un giudice che dipende da una delle parti o che con una delle parti ha in comune interessi o che ad una delle parti è legato da una comune appartenenza organizzativa non può essere né apparire imparziale. Non può quindi svolgere efficacemente il ruolo di controllore della legalità che lo Stato costituzionale gli affida. Che cos’è, infatti, alla radice uno Stato costituzionale? È uno Stato in cui la relazione fra governanti e governati viene a configurarsi come “un rapporto definito da, regolato da, subordinato a, norme giuridiche conoscibili”.⁶ Elemento cardine del costituzionalismo è, infatti, “una struttura della società politica, organizzata tramite e mediante la legge, allo scopo di limitare l’arbitrarietà del potere e di sottometerlo al diritto”.⁷ Sottoporre chi esercita pubbliche funzioni al vaglio di un organo indipendente diventa allora uno strumento essenziale per controllare le modalità di esercizio del potere politico, assicurando il primato della legge: è perciò un elemento fondamentale nella costruzione dello Stato costituzionale. Solo così la risoluzione delle controversie

⁶ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 22.

⁷ G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1987, p.21.

fra cittadino e Stato può essere operata da un terzo imparziale sulla base di norme generali. Solo così il rapporto fra governanti e governati può essere davvero regolato dal diritto.

III. L'inconsistenza delle obiezioni

Le obiezioni che, in Italia, vengono portate contro la separazione delle carriere non hanno, a ben vedere, reale consistenza. Si dice, ad esempio, che la separazione porterebbe inevitabilmente alla sottoposizione del pubblico ministero all'esecutivo. L'esperienza storica e comparata smentisce questa tesi: non c'è alcun serio legame fra indipendenza del pubblico ministero e sua appartenenza ad un corpo giudiziario unico così come non ce n'è fra un pubblico ministero separato ed uno status di dipendenza. Alcuni esempi sono sufficienti. Innanzitutto, la stessa storia del nostro Paese smentisce questa tesi. L'Italia liberale e soprattutto quella fascista erano regimi dove ad un corpo giudiziario unico, composto da magistrati giudicanti e requirenti, si accompagnava la soggezione del pubblico ministero al potere esecutivo, come previsto esplicitamente da tutti gli O.G. del tempo. Inoltre, come abbiamo visto, il caso francese è ancora lì a ricordarci che anche in una democrazia di antiche tradizioni un corpo giudiziario unificato può ben convivere con un pubblico ministero posto sotto la direzione del potere esecutivo. Al contrario, il Portogallo si presenta come un caso dove alla separazione fra giudici e pubblici ministeri corrisponde un pubblico ministero svincolato dal controllo dell'esecutivo, per via degli ampi poteri del *Conselho superior do ministerio público* – formato in maggioranza da magistrati del pubblico ministero⁸ - che non vengono certo intaccati dal fatto che il procuratore generale è nominato di

⁸ 7 laici eletti da governo e parlamento, e 12 magistrati dei vari gradi, di cui 5 *ex-officio*.

concerto dal governo e dal Presidente della Repubblica, che oltretutto spesso fanno capo a maggioranze differenti.

A tutto ciò si può aggiungere che gli ultimi anni hanno visto, semmai, una tendenza generale a rafforzare l'autonomia del pubblico ministero – specie nella gestione dei singoli casi - anche nei paesi dove questa funzione è esercitata da personale completamente separato dalla magistratura giudicante.⁹ Quindi, l'esperienza storica e comparata ci mostra che, forse, è la soluzione del corpo unico ad essere la più pericolosa per l'indipendenza del pubblico ministero e anche, va aggiunto, per quella del giudice.

Un'altra obiezione, che viene spesso richiamata è che separare giudici e pubblici ministeri farebbe uscire questi ultimi dalla "cultura della giurisdizione". Devo confessare che non mi è facile talvolta capire che cosa si intenda davvero con questa espressione. Di solito, si tende a mettere l'accento sul fatto che il pubblico ministero non vada considerato una semplice parte: ad esempio, si sostiene che il PM è – o dovrebbe essere - assolutamente imparziale nella ricostruzione dei fatti e parziale solo nella richiesta di applicazione della legge. Quindi, la sua professionalità sarebbe vicina a quella del giudice. Del resto, sempre secondo queste posizioni, il nostro sistema accusatorio non è, né potrebbe essere, puro, dato che nel nostro paese il "fine primario e ineludibile del processo penale" è la ricerca e la scoperta della "verità". Addirittura c'è chi sostiene che "*più del giudice*" il pubblico ministero "tende alla 'verità'", per cui "non può esservi differenza, sul piano del metodo o sui criteri di valutazione delle prove, tra pubblico ministero e giudice". Perciò, "*la cultura della giurisdizione*, che accomuna pubblico ministero e giudice... deve essere difesa

⁹ Vedi i *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* delle Nazioni Unite del 1990 e soprattutto la Raccomandazione sul ruolo del pubblico ministero nel sistema penale del Consiglio d'Europa del 2000.

da forzature o alterazioni dipendenti dalla separazione delle carriere”.¹⁰ Si potrebbe subito obiettare, con le parole di un celebre giudice inglese, Lord Denning, che “la verità la si scopre meglio attraverso la contrapposizione fra le parti” e quindi che, se fine del nostro processo è la ricerca della verità, una struttura triadica, adversary, è proprio quello che ci vuole. Ad ogni modo, si tratta, come si può ben vedere, di una concezione del ruolo del pubblico ministero strettamente imparentata con la vecchia tradizione inquisitoria che tende ad assimilarlo al giudice. Ma c’è davvero bisogno, oggi, di un pubblico ministero semi-giudice, di un doppione del giudice? Specie dopo la riforma processuale del 1989 e quella costituzionale del 1999? Lascio ad altri una risposta tecnicamente più raffinata. Mi limito a ricordare ancora una volta quanto affermato dal primo presidente della corte di cassazione francese: “una cosa è agire sulla base di un’incriminazione, raccogliere prove, sostenere l’accusa, avere come obiettivo l’arresto o la condanna di qualcuno; altra cosa è avere un atteggiamento neutro per esaminare le prove, la legalità della procedura e decidere, in tutta indipendenza, la sanzione da applicare. Nel primo caso l’azione è finalizzata, orientata ad un preciso obiettivo; nel secondo invece c’è una neutralità perfetta”. Perché confondere queste due funzioni? Perché forzarle, in modo quasi innaturale, in uno stesso soggetto?

Non si tratta però solo di una concezione del ruolo del pubblico ministero “nostalgica” di altri assetti processuali. È una concezione che può avere conseguenze fortemente negative per la stessa magistratura o almeno per quella giudicante. Perché tende a mettere a repentaglio l’imparzialità del giudice – visto come “culturalmente” affine al pubblico ministero – e a

¹⁰ G. Riccio, *Istanze di riforma e chiusure ideologiche nella soluzione del problema italiano del pubblico ministero*, in “Politica del diritto”, n.31., 2000, pp. 459-60.

contrapporre radicalmente magistratura e avvocatura, privando la prima di uno dei suoi naturali sostenitori.

Quello che invece è davvero importante è far crescere, come è stato detto,¹¹ una cultura della legalità, una cultura che abbracci tutti i protagonisti del processo. Per questo fine importante diventa la presenza di una formazione comune: non solo fra pubblico ministero e giudice ma anche fra magistrati e avvocati. Da questo punto di vista, il nostro assetto è seriamente carente, specie da quando le facoltà di giurisprudenza – prese d'assalto, come molte altre, da decine di migliaia di studenti – hanno visto declinare la loro capacità formativa, di fornire una “cultura comune” ai propri laureati. Se si vuole quindi che i protagonisti del processo siano in grado di “intendersi” e di seguire alcuni principi di reciproca correttezza - che cioè la cultura giuridica mantenga una sua coerenza - allora una più accentuata formazione comune è necessaria. Non solo, l'esigenza di specializzazione, che pure va tenuta in conto, non deve diventare un ostacolo all'interscambio fra le varie professioni giuridiche.

Va aggiunto che non si può pensare che l'abito mentale all'imparzialità venga automaticamente acquisito col concorso in magistratura ed eventualmente con l'esperienza di pubblico ministero o di giudice. Anzi, è certamente molto più difficile arrivarci senza aver fatto esperienza come difensore. Il caso inglese è a questo riguardo sempre istruttivo: i giudici inglesi sono di regola nominati dopo aver svolto sia le funzioni di difensore sia quelle di accusatore e cioè dopo aver appreso ad analizzare i casi da due punti di vista.

Quindi, la necessità di mantenere il pubblico ministero “all'interno della cultura della giurisdizione” va tradotto nella necessità di far partecipare tutti gli attori processuali della “cultura della legalità” e quindi non è certo di ostacolo ad una separazione organizzativa fra giudici e pubblici ministeri. Il punto

¹¹ Dominioni, *art. cit.* .

veramente importante è la creazione di percorsi professionali che coinvolgano tutti e tre i protagonisti del processo. Il che in concreto significa facilitare l'accesso in magistratura ad avvocati e docenti universitari, una prospettiva che il progetto di riforma vuole vada sviluppata.

IV. Le ragioni di fondo a favore di una vera separazione delle carriere

Per riassumere, esistono almeno tre ragioni di fondo che spingono a separare davvero le carriere di giudice e pubblico ministero, spezzando il legame organizzativo che oggi li unisce. In primo luogo, il nostro ordinamento va adeguato ai principi del costituzionalismo moderno, applicando la separazione dei poteri anche all'interno del sistema giudiziario. In questi ultimi anni questo principio è stato riscoperto anche nel nostro Paese. L'adozione di leggi elettorali maggioritarie – con il conseguente rafforzamento dei poteri esecutivo e legislativo – hanno spinto molti a richiedere il rafforzamento dei contrappesi istituzionali all'emergere di questi nuovi poteri. Non c'è motivo per cui questa riscoperta si debba arrestare alle soglie del sistema giudiziario, proprio in un periodo caratterizzato in molti paesi – fra cui l'Italia – da una forte espansione del potere giudiziario.

In secondo luogo, la separazione delle carriere è necessaria per far assumere al nostro processo, anche in via di fatto, un assetto accusatorio, cioè imperniato su tre attori fra loro veramente autonomi. L'adozione di un modello processuale accusatorio è ormai in Italia scelta costituzionale, una scelta che riflette la convinzione, ormai molto diffusa, di una sua superiorità – almeno ai giorni nostri – rispetto ad assetti inquisitori, comunque mascherati. Una superiorità che deriva dalla sua maggiore capacità di garantire l'imparzialità del giudice e quindi un'efficiente risoluzione delle controversie. In altre parole, un giudice indipendente dal pubblico ministero è un giudice la cui imparzialità

è meglio garantita. È, quindi, un giudice più legittimo e più autorevole, la cui decisione ha perciò maggiore capacità di essere accettata non solo e non tanto da chi soccombe – fatto non sempre facile – ma soprattutto dal pubblico, un punto quest'ultimo di rilievo fondamentale.

Infine, la separazione è indispensabile per sviluppare un legame fra magistratura – giudicante e requirente – e professioni giuridiche, in particolare università ed avvocatura. Questo legame è importante per varie ragioni. In primo luogo, va ricordato che l'avvocatura come istituzione è la principale interessata all'indipendenza della magistratura: è quindi la sua naturale alleata. Come una lunga serie di analisi ha ormai dimostrato, l'indipendenza della magistratura è protetta non tanto da norme giuridiche quanto da una costellazione di interessi – nella società civile ed in quella politica – intenzionati a sostenerla. Ma mentre molti difendono l'indipendenza giudiziaria per ragioni strumentali, solo nella misura in cui i giudici agiscono a difesa dei propri interessi, l'avvocatura è interessata *di per sé* al funzionamento indipendente dell'amministrazione della giustizia. Ed è per questo che le magistrature davvero indipendenti lo sono non tanto per via della quantità di norme che le proteggono, ma piuttosto grazie al sostegno che l'avvocatura fornisce loro. Credo che il notissimo esempio dell'Inghilterra – un paese dove le garanzie di indipendenza della magistratura sono affidate alla prassi e alla tradizione piuttosto che a pochi e scarni articoli di legge - sia sufficiente a dimostrare quanto sto affermando. Inoltre, un legame più stretto fra magistratura ed avvocatura permetterebbe lo sviluppo di quella cultura della legalità di cui abbiamo già parlato e che molto potrebbe fare, fra l'altro, per migliorare il clima del processo e quindi per farlo funzionare in modo più efficiente, un aspetto da non trascurare visti i gravissimi problemi che continuano a travagliarlo.

La separazione della magistratura giudicante e di quella requirente va quindi fatta. Ne va il buon funzionamento della nostra amministrazione della giustizia e la stessa qualità della nostra democrazia. Quanto i modi, la proposta che oggi l'Unione presenta è ovviamente discutibile – come tutto lo è, sempre – ma tiene conto dei caratteri del nostro assetto costituzionale, modificandolo dove necessario, e dell'esperienza di altri paesi che prima di noi hanno adeguato il loro ordinamento ai dettami della democrazia costituzionale e del processo accusatorio. I tempi necessari, trattandosi di modifica costituzionale, non saranno brevi, ma proprio per questo permetteranno di predisporre tutti gli accorgimenti affinché i mutamenti organizzativi conseguenti siano affrontati con i minori costi possibili. Ma proprio perché non si tratta di una strada semplice, è più che mai opportuno cominciare a percorrerla per tempo.