

ADOLFO SCALFATI (diretto da)

DIGESTO DEL PROCESSO PENALE

Coordinamento:

**A. De Caro, G. Di Chiara, M. Ferraioli, L. Filippi, N. Galantini
G. Garuti, L. Kalb, S. Lorusso, M. Menna, F. Peroni**

Redazione:

L. Capraro, A. Diddi, A. Famiglietti, R.M. Geraci, R. Puglisi



G. GIAPPICHELLI EDITORE

Pubblico ministero (struttura e funzioni)

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storica dell'organizzazione del pubblico ministero. – 2. Profili costituzionali dell'organizzazione degli uffici del p.m. – 3. La geografia giudiziaria degli uffici. – 4. L'organizzazione degli uffici di procura. – 5. (Segue). L'autonomia del p. m. in udienza e i casi di astensione. – 6. La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero: legge 25.7.2005 n. 150 e d.lgs. 20.2. 2006, n. 106. – 7. Le funzioni del pubblico ministero nel processo penale. – 8. (Segue). Attribuzioni del pubblico ministero nella fase esecutiva. –9. Funzioni del pubblico ministero nel processo civile: cenni. – 10. Proposte di riforma del pubblico ministero. – 11. (Segue). L'annosa questione della separazione delle funzioni e/o carriere.

1. L'evoluzione storica dell'organizzazione del pubblico ministero.

L'acceso dibattito che ha accompagnato l'evoluzione della figura del pubblico ministero rispecchia la profonda trasformazione che l'ufficio ha subito nel passaggio dagli ordinamenti pre-repubblicani a quello repubblicano. Il modello di pubblico ministero introdotto con il primo testo di ordinamento giudiziario del Regno d'Italia, r.d. 6.12.1865, n. 2626, fu definito alla "francese" in quanto mutuava dall'esperienza del governo napoleonico il tratto saliente dell'appartenenza dell'organo requirente al potere esecutivo, di cui l'ufficio era il rappresentante presso l'autorità giudiziaria. Le funzioni demandate all'apparato del pubblico ministero di «promuovere la repressione dei reati e di vegliare all'osservanza delle leggi ed alla pronta e regolare amministrazione della giustizia» erano assolate sotto la *direzione* del Ministro di giustizia, in base alla considerazione che il Governo ha il compito di assicurare la prevenzione e la repressione dei reati¹. La dipendenza dei magistrati requirenti dalla figura del ministro era di tipo funzionale e di stato, in quanto le nomine e le promozioni avvenivano con decreti ministeriali propri o con decreti reali controfirmati dal ministro proponente; all'organo esecutivo erano demandate le determinazioni sui trasferimenti e sulle dispense dal servizio, senza alcuna garanzia di inamovibilità, ed ogni altra iniziativa di tipo disciplinare. Le scarse garanzie di imparzialità che il pubblico ministero offriva a causa della sua dipendenza funzionale dal potere esecutivo, furono alla base della scelta del legislatore liberale del codice di rito del 1865, seguita da quello del 1913 di essere assai parco nell'attribuzione al p.m. di poteri coercitivi nei confronti dell'imputato, di formazione di prove utilizzabili nel giudizio e di determinazione delle modalità di svolgimento del processo penale².

¹ V. Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, p. 318.

² Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione storica dei poteri del p.m. cfr. M. Scaparone, voce *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1096 ss.

Nel periodo che seguì e fino all'avvento del fascismo, l'assetto dell'organizzazione giudiziaria subì una serie di riforme grazie alle rivendicazioni di una frangia della magistratura che nel 1909 diede vita all'Associazione generale fra i magistrati italiani. In particolare, nacquero presso il Ministero della giustizia dapprima le commissioni consultive composte di magistrati e, successivamente, il Consiglio superiore della magistratura istituito con legge 14.7.1907, n. 511, c.d. riforma Orlando.

Stante la composizione e la natura meramente consultiva di questi organi, inidonei ad influenzare la politica giudiziaria del ministro, la loro istituzione non stravolse l'originaria concezione gerarchica e burocratica della magistratura, però rappresentò un'affermazione dell'indipendenza del potere giudiziario almeno sul piano culturale.

Con il passaggio al codice di procedura penale del 1930, di matrice fascista, si assistette ad un'esplosione dei poteri del p.m., in conformità alle esigenze del regime autoritario di influire, attraverso il controllo del p.m., sulla gestione dei processi penali. L'ufficio requirente fu restituito, secondo le intenzioni dei redattori del nuovo codice, al suo originario ruolo di parte del processo penale, sottratto al potere di ricasazione delle altre parti, munito del potere di archiviare autonomamente le notizie di reato senza alcun concorso del giudice istruttore, del potere di condurre l'istruzione sommaria, in alternativa a quella formale, in relazione ai reati di competenza del tribunale e della corte d'assise, con ampi poteri coercitivi nei confronti dell'imputato. Al procuratore generale presso la Corte di appello fu riservato il potere di rimettere l'istruzione alla sezione istruttoria, al fine di impedire eventuali iniziative del giudice istruttore risultate invise al potere esecutivo, mentre in tema di impugnazioni l'imputato fu esposto al rischio di un trattamento più severo di quello inflitto dal giudice di primo grado per effetto dell'introduzione dell'istituto dell'appello incidentale.

Dopo l'approvazione del decreto Rodinò che introdusse l'elettività dei membri del CSM (r.d. 14.12.1921, n. 1978) e del decreto Oviglio (r.d. 14.9.1923, n. 1921 e t.u. 30.12.1923, n. 2786) che, viceversa, comportò un ritorno al passato con l'eliminazione dell'elettività del Consiglio superiore e un'exasperazione della natura gerarchica dell'organizzazione giudiziaria, si giunse all'attuale testo sull'ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30.1.1941, n. 12, c.d. decreto Grandi. Nel nuovo sistema ordinamentale il pubblico ministero, pur soggiacendo alla *direzione* del ministro di giustizia nell'espletamento delle sue funzioni, non fu più qualificato come rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria.

Sia durante la vigenza dell'ordinamento liberale, sia sotto quello fascista, non mancarono correnti di opinione (basti citare Carrara, Calamandrei, Petrocelli e Vassalli) che proponevano un programma di riforma fondato su una "concezione italiana" di p.m. contrapposta a quella "francese", ispirata all'idea della soggezione del p.m. esclusivamente alla legge e alla sua necessaria emancipazione dall'influenza di ogni

altro potere dello Stato³. Un significativo passo in quella direzione fu compiuto con l'approvazione del r. d.lgs. 31.5.1946, n. 511 (legge Togliatti) sulle guarentigie della magistratura, il quale modificò l'art. 69 ord. giudiziario secondo l'attuale formulazione, sostituendo l'originario potere di *direzione* del ministro di grazia e giustizia con un meno incisivo potere di *vigilanza*.

In occasione dei lavori preparatori per l'approvazione del nuovo ordinamento repubblicano, nell'ambito dell'Assemblea costituente eletta il 2 giugno 1946 si registrò uno spaccato tra i sostenitori dell'una e dell'altra delle due tradizionali concezioni di p.m. che si erano alternate nelle precedenti legislature: da un lato vi era il testo della Commissione dei Settantacinque che proponeva una totale equiparazione dei magistrati requirenti e giudicanti sul piano delle garanzie⁴; dall'altro vi era l'emendamento proposto dall'on. Leone che, invece, proponeva di conservare la tradizionale collocazione del p.m. alle dipendenze del potere esecutivo. La scelta dell'Assemblea costituente si riversò nell'approvazione del testo attuale dell'art. 107, comma 4, Cost. che sembra consentire al legislatore ordinario tanto la possibilità di assicurare al p.m. le medesime garanzie di indipendenza che la Costituzione sancisce in maniera inderogabile per i magistrati giudicanti, quanto la possibilità di assoggettarlo ad una qualche forma di influenza degli altri poteri dello Stato, senza incorrere nella violazione di alcun precetto costituzionale⁵.

2. Profili costituzionali dell'organizzazione degli uffici del p.m.

La fisionomia costituzionale dell'ufficio del pubblico ministero risulta di non agevole definizione a causa della disomogeneità delle disposizioni costituzionali sul tema⁶.

L'eterogeneità delle soluzioni proposte dalla dottrina al quesito se, per Costituzione al p.m. debbano essere assicurate le medesime garanzie attribuite dalle disposizioni del

³ V. in epoca liberale R. Garofalo, *Indipendenza del p.m.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1919, p. 2 e, in epoca fascista, P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1944, 304.

⁴ Autorevole voce di questo schieramento fu P. Calamandrei, il quale fu convinto assertore dell'inconciliabilità tra obbligatorietà dell'azione penale e dipendenza dei pubblici ministeri dal potere esecutivo.

⁵ A. Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, 1979, p. 32 ss.

⁶ A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, p. 37 ss. imputa tale disomogeneità alla circostanza che la preparazione della parte organizzativa della Costituzione (Titolo IV, parte II, Cost.) si sviluppò separatamente dall'elaborazione dei principi fondamentali enunciati nella prima parte della legge.

titolo IV, parte II della Costituzione agli altri magistrati⁷, non impedisce di convergere verso alcuni punti fermi.

In primo luogo, è fuor di dubbio che il p.m. è un magistrato facente parte dell'ordine giudiziario collocato, come tale, in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere. L'art. 104 Cost, invero, stabilisce che «la Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere».

Mutuando una tradizionale distinzione tra i diversi profili di cui si compongono le garanzie che la Costituzione riconosce, in generale, alla magistratura, è possibile distinguere tre componenti: l'indipendenza funzionale, l'indipendenza personale o di stato e l'indipendenza organizzativa⁸.

Quanto alla prima, essa preserva la libertà del magistrato precipuamente nello svolgimento della sua funzione di repressione dei reati; baluardo di siffatto principio è l'art. 112 Cost. che sancisce l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale⁹, sottraendo l'instaurazione del processo ad apprezzamenti discrezionali o risalenti ad organi esterni al potere giudiziario che minerebbero l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge¹⁰. In più occasioni la Corte costituzionale ha evidenziato che, il superamento della «contaminazione funzionale» tra il giudice e il p.m., soprattutto in relazione alla disciplina delle misure limitative della libertà personale e quella della formazione della prova penale, non ha modificato il ruolo del p.m. che non è mero accusatore, ma pur sempre organo di giustizia, obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova, ivi compresi quelli favorevoli all'imputato¹¹; esso non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge, svolge funzioni giurisdizionali in quanto nel concetto di giurisdizione *lato sensu* è compresa non solo l'attività decisoria, che è peculiare e propria del giudice, ma anche quella di

⁷ Per la tesi maggioritaria che sostiene la piena equiparazione tra magistrati giudicanti e requirenti, cfr. E. Spagna Musso, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it.dir.proc. pen.*, 1963, p. 398 ss.; M. Nobili, *Accusa burocrazia: Profilo storico –costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 122 ss.; in senso contrario v. N. Zanon, *Pubblico ministero e costituzione*, Padova, 1996, p. 4, secondo cui l'estensione al p.m. delle garanzie costituzionali non è automatica, ma dipende dalle scelte del legislatore ordinario al quale è demandata per Costituzione la definizione dello statuto del p.m.

⁸ S. Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, p.180-181.

⁹ All'interno dell'Assemblea costituente, anche i sostenitori della tesi della posizione di dipendenza del p.m. dal Ministro proposero, al contempo, di introdurre l'esercizio d'ufficio dell'azione penale da parte del giudice, nell'ipotesi di divieto di procedere imposto dal Governo agli organi inquirenti.

¹⁰ In giurisprudenza v. Corte cost., 26.7.1979, n. 84, in *Giur. cost.*, 1979, p. 637. In dottrina, v. L. Daga, voce *Pubblico ministero (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, pp. 2-3, il quale abbraccia l'idea che l'art. 112 Cost. sembra essere il contraltare per il p.m. di quel che, l'art. 101, comma 2, Cost. è per i giudici, tutti ricondotti in ultima analisi sotto il principio di legalità e di uguaglianza.

¹¹ Corte cost., 8.9.1995, n. 420, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3274, con nota di G. Amato, *L'indipendenza del pubblico ministero*; Corte cost., 15.2.1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586.

esercizio dell'azione penale¹². Il precetto dell'art. 108, comma 2, Cost., che esige che la legge assicuri al p.m. presso le giurisdizioni speciali l'indipendenza, non può non valere *a fortiori* per il p.m. istituito presso gli organi di giurisdizione ordinaria¹³.

La possibilità per l'autorità giudiziaria di disporre direttamente della polizia giudiziaria in base al disposto dell'art. 109 Cost. garantisce l'indipendenza esterna fin dalla fase investigativa; in particolare previene il rischio che il potere esecutivo, attraverso la sua sovraordinazione rispetto alle forze di polizia, possa influenzare o orientare lo svolgimento delle investigazioni.

Per quel che concerne l'indipendenza di stato, il legislatore costituente ha proseguito nell'opera di progressivo avvicinamento dei magistrati del p.m. a quelli giudicanti. L'art. 105 Cost. demanda al Consiglio superiore della Magistratura ogni provvedimento sulla carriera e sullo *status* dei magistrati del p.m., sottraendoli ad ogni ingerenza del ministro, mentre l'art. 104, comma 3, Cost. prevede che il Procuratore generale della Corte di cassazione faccia parte di diritto dell'organo di amministrazione dell'ordine giudiziario rispetto al quale, peraltro, anche ai magistrati requirenti è riservato l'elettorato attivo e passivo.

Il quadro sopra delineato evidenzia senza alcun dubbio la incondizionata equiparazione dei magistrati del p.m. a quelli giudicanti sotto il profilo delle garanzie dell'indipendenza funzionale o esterna e di quella personale o di stato¹⁴.

Infine, sul piano dell'organizzazione interna e dei rapporti tra i magistrati che operano nello stesso ufficio i commentatori si dividono, tra chi ritiene che la previsione di una riserva di legge di cui all'art. 107, comma 4, Cost.¹⁵ apre il varco a possibili soluzioni di tipo gerarchico, diverse da quelle che le norme costituzionali prevedono per l'organizzazione interna degli uffici giudicanti¹⁶ e chi, al contrario, partendo dalla

¹² Corte cost., 29.4.1975, n. 96, in *Giur. cost.*, 1975, p. 835, ss.; Corte cost., 16.12.1970, n. 190, in *Giur. cost.*, 1970, p. 2179 ss.

¹³ M. Scaparone, *Conclusioni*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi. Atti del Convegno di St Vincent*, 3/4.6. 1994, Milano, 1994, p. 276.

¹⁴ Rimane priva di pregio la tesi contraria, che fa leva sull'argomento letterale dell'art. 101 Cost., in quanto nel testo approvato dall'assemblea costituente era stata adottata l'espressione «magistrati» senza distinzione funzionale, mentre successivamente solo per motivi di stile il comitato di redazione, in sede di revisione finale, la modificò con l'attuale «giudici», così, M. Devoto, *Prime proposte della commissione bicamerale per un nuovo assetto del potere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1309.

¹⁵ L'art. 107, comma 4, c.p.p. è una norma diretta a realizzare la “decostituzionalizzazione” della materia, per impedire che essa risulti regolata, espressamente o implicitamente, dalle norme costituzionali relative ai magistrati, così A. Pizzorusso, *Problemi costituzionali di una riforma del pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 89-90, nota 2.; nel senso che le garanzie d'indipendenza dettate dalla Costituzione per il pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli magistrati v. Corte cost. 16.3. 1976, n. 52, in *Giur. cost.*, 1976, p. 390.

¹⁶ In dottrina, v. N. Zanon, *Pubblico ministero*, cit., p. 7; M. Scaparone, voce *Pubblico ministero*, cit., p. 1101; L. Daga, voce *Pubblico ministero*, cit., p. 3; G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 2004, p. 162.

fondamentale distinzione tra giurisdizione e amministrazione della giurisdizione¹⁷, sostiene che la riserva di legge di cui all'art. 107, comma 4, Cost. ha solo apparentemente decostituzionalizzato le garanzie di indipendenza del p.m., nel senso che il rinvio operato dalla Costituzione alla legge sull'ordinamento giudiziario si giustifica per il diverso modo di esercizio in cui si atteggiano, negli uffici di procura, le funzioni di amministrazione della giurisdizione, senza che tuttavia possa essere menomato il valore essenziale dell'indipendenza nell'esercizio delle funzioni¹⁸.

3. *La geografia giudiziaria degli uffici.*

L'esercizio delle funzioni di pubblico ministero è demandato ad una rete di uffici costituiti presso le Corti e i Tribunali, composti di magistrati appartenenti all'ordine giudiziario a pari titolo di quelli che esercitano funzioni giudicanti. Gli uffici del pubblico ministero sono le Procure Generali della Repubblica presso la Corte di cassazione e presso le Corti di appello (le quali ultime esercitano le funzioni anche dinanzi alle Corti d'assise d'appello e agli uffici di sorveglianza), le Procure della Repubblica presso i Tribunali ordinari (le quali esercitano le funzioni di pubblico ministero anche dinanzi alle corti d'assise e al giudice di pace), le Procure della Repubblica presso i Tribunali per i minorenni. Infine, presso la Corte di cassazione opera anche la Procura Generale militare, la quale oltre ad esercitare una serie di funzioni inerenti all'organizzazione giudiziaria militare, interviene nei giudizi originati da ricorsi per cassazione contro decisioni dei giudici militari. La ripartizione delle funzioni tra i diversi uffici avviene in base alle regole previste dall'art. 51 c.p.p. ove è possibile ravvisare tre tipi di criteri di riparto. In base ad un primo criterio generale, il pubblico ministero legittimato ad esercitare le funzioni è individuato in relazione allo stato e grado del procedimento: nella fase delle indagini preliminari e nel corso del procedimento di primo grado tali attribuzioni spettano ai magistrati della procura della Repubblica presso il Tribunale, nei giudizi di impugnazione spettano rispettivamente ai magistrati della Procura generale presso la Corte di appello¹⁹ e presso la Corte di

¹⁷ A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia*, cit., p. 95 ss.

¹⁸ Così G. Silvestri, *Organizzazione del pubblico ministero*, in AA. VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, 221-222; G. Santalucia, *La controriforma dell'ordinamento giudiziario alla prova dei decreti delegati. Il pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, 2006, fasc. n. 1, p. 104, evidenzia che la norma contenuta nell'art. 107, comma 4, Cost. si colloca a chiusura di un articolo in cui tutte le disposizioni attengono ai singoli magistrati e non all'ufficio nel suo complesso. Ergo, le possibili soluzioni gerarchiche nei rapporti interni all'ufficio devono comunque rimanere nei limiti del confine di tollerabilità costituzionale e devono modularsi con diversa intensità in riferimento ai vari momenti processuali, rispetto ai quali può essere ora preferibile un suo rafforzamento, ora un suo allentamento.

¹⁹ Nella competenza funzionale del p.g. rientra, oltre alla partecipazione al giudizio di secondo grado, anche la legittimazione ad impugnare qualsiasi sentenza di 1° grado, nonostante l'impugnazione o acquiescenza del p.m. presso il giudice *a quo*. Per analoghe conclusioni con riguardo alle sentenze del giudice di pace

Cassazione. Una deroga alla competenza funzionale del procuratore generale presso la Corte di appello è ammessa nel caso di “delegazione” ex art. 570, comma 3, c.p.p.: il Procuratore generale, limitatamente al giudizio di appello²⁰, può autorizzare la partecipazione, quale sostituto, del p.m. - il quale ne abbia fatto richiesto nell’atto di appello- che ha presentato le conclusioni nel giudizio di primo grado²¹. Il riparto di “competenza” in base al criterio funzionale è estensibile all’esercizio delle funzioni di accusa nei procedimenti ordinari a carico di maggiorenni per reati di competenza del tribunale, della corte di assise e del giudice di pace. In ordine a questi ultimi, il procuratore della Repubblica presso il tribunale ordinario può delegare ex art. 50 d.lgs. 28.08.2000, n. 274 le relative funzioni in udienza dibattimentale ad uditori giudiziari, vice procuratori onorari addetti all’ufficio, personale in quiescenza da non più di due anni che nei cinque anni precedenti abbia svolto le funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria, laureti in giurisprudenza che frequentano il secondo anno della scuola biennale di specializzazione per le professioni legali. Nei procedimenti per reati di competenza del Tribunale in composizione monocratica, l’art. 72 ord. giud. disciplina casi e forme in cui il Procuratore della Repubblica può delegare *ad personam* le funzioni di pubblico ministero nell’udienza dibattimentale²², nell’udienza di convalida dell’arresto o del fermo, per la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, per la partecipazione ai procedimenti camerati e per quelli civili²³. Destinatari della delega nominativa possono essere uditori giudiziari, vice procuratori onorari, laureti in

cf. Cass., Sez.Un., 31.5.2005, n. 22531, in *CED Cass.*, n. 231056, con note adesive di G. Ariolli, *Il procuratore generale può proporre impugnazione avverso le sentenze emesse dal giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2879 ss.; G. Pansini, *Basta oscillazioni, arriva un punto fermo: il processo davanti al gdp non è “speciale”*, in *Dir. e giust.*, fasc. 38, p. 37, il quale ne evidenzia soprattutto i benefici sul piano della prassi.

²⁰ Cass., Sez. Un., 30.4.1997, n. 6402 in *Cass. pen.*, 1997, p. 3327, esclude che il magistrato delegato possa proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello; Cass., Sez. I, 17.6.1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2739.

²¹ A fondamento di questo “diritto di seguito” vi sono l’esigenza di non disperdere un patrimonio conoscitivo già acquisito nel giudizio di primo grado e una politica di massimo rendimento delle risorse, giudicata prevalente rispetto al timore di un’eccessiva personalizzazione dell’accusa, così *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.* 24.10. 1988, n. 250 (Suppl. ord. n. 2), n. 2, p. 127.

²² Cass., Sez. Un., 24.2.2011, n. 13716, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2925 ritiene che nella delega al vice procuratore onorario a partecipare all’udienza di convalida del fermo o arresto sia compresa la facoltà di chiedere una misura cautelare personale; *contra* Cass., Sez. VI, 3.12.2008, n. 4290, in *CED Cass.*, n. 242908.

²³ La partecipazione del p.m. onorario ad un’udienza in carenza di delega del procuratore della Repubblica determina una nullità a regime intermedio cf. Cass., Sez. I, 30.3.2007, n. 22409, in *CED Cass.*, n. 236928; invece Cass., Sez. I, 14.3.2007, n. 21350, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2545, ha escluso che ricorra una nullità in caso di delega delle funzioni per procedimenti diversi da quelli per i quali si procede con citazione diretta a giudizio; conforme Cass., Sez. IV, 11.4.2000, n. 2361, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, p. 532.

giurisprudenza che frequentano il secondo anno della scuola biennale di specializzazione per le professioni legali. In base ad un secondo criterio, il riparto di funzioni tra gli uffici di procura segue le regole sulla competenza del giudice (per materia, per territorio e per connessione), nel senso che le funzioni della pubblica accusa sono assegnate all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente²⁴.

La simmetria esistente tra le regole sulla competenza del giudice e quelle sulle attribuzioni del p.m. si incrina, limitatamente alla competenza per territorio, per effetto del terzo criterio speciale di attribuzione dei compiti di pubblico ministero previsto dall'art. 51, commi 3 *bis*, 3 *quater*, 3 *quinquies* c.p.p. In base a tali norme, le funzioni di p.m. nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado per reati di mafia, terrorismo e altri reati di elevata pericolosità o allarme sociale sono attribuite alle direzioni distrettuali antimafia istituite presso i Tribunali dei capoluoghi di distretto di Corte di appello con legge 20.1.1992, n. 8. Il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto costituisce, all'interno del suo ufficio, una c.d. DDA, designando i magistrati che devono farne parte sulla base di specifiche attitudini ed esperienze professionali per la durata non inferiore a due anni (art. 70 *bis* ord. giud.).²⁵ La direzione distrettuale, lungi dal mutuare le proprie funzioni dalla competenza del tribunale presso cui è istituita, è legittimata all'esercizio delle funzioni di accusa in relazione a procedimenti per reati che rientrano nella competenza di tutti i tribunali del distretto. In particolare essa è competente per i reati di mafia e criminalità organizzata, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dalla art. 416 *bis* c.p. o per agevole le attività delle associazioni mafiose²⁶, reati associativi in materia di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo, reati concernenti la tratta di esseri umani e reati associativi finalizzati alla commissione di questi ultimi, reati previsti a tutela dei marchi e dell'industria, reati in materia di prostituzione e pornografia, reati informatici²⁷, questi ultimi in attuazione della Convenzione d'Europa sulla criminalità informatica fatta a Budapest il

²⁴ Si tratta di una "competenza di secondo grado" o "competenza derivata". Per i contrasti sorti in giurisprudenza sull'individuazione del p.m. legittimato a partecipare ai procedimenti incidentali di impugnazione di provvedimenti in materia di misure cautelari, v. E. Aprile, *sub art. 51*, in A.Giarda-G.Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. I, Milano, 2010, p. 720-722.

²⁵ Tale sezione distrettuale è priva di rilevanza esterna, essendo un segmento dell'ufficio di procura presso cui è istituita, con l'effetto che i magistrati della dda possono essere delegati alle funzioni di p.m. anche per reati diversi da quelli riservati alla dda e, viceversa, le funzioni di p.m. per i procedimenti della dda possono essere eccezionalmente esercitate da magistrati dello stesso ufficio ma non facenti parte della sezione distrettuale, sul punto v. Cass., Sez. III, 6.3.2009, n. 10068, in *CED Cass.*, n. 243087; Cass., Sez. I, 11.3.1994, n. 620, in *CED Cass.*, n. 196688.

²⁶ Per una lettura estensiva delle formule ivi impiegate v. Cass. Sez. I, 16.7.1997, n. 4117, in *CED Cass.*, n. 208481.

²⁷ Sull'argomento cfr. S. Lorusso- A. E. Ricci, *Le novità del "pacchetto sicurezza" (seconda parte). I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 12, p. 1487ss.

23.11.2001, ratificata in Italia con legge 18.3.2008, n. 48. La “competenza” della direzione distrettuale comporta una deroga assoluta ed esclusiva alle regole sulla competenza per territorio, anche fuori dagli ambiti distrettuali, in quanto stabilisce la *vis attractiva* del reato ricompreso nelle attribuzioni di quell’ufficio nei confronti dei reati connessi, anche se di maggiore gravità²⁸. Per i reati riservati alle sue attribuzioni, il procuratore distrettuale è competente anche con riguardo ai procedimenti incidentali *de libertate*²⁹.

Per tutti i reati rientranti nella sfera di attribuzione della direzione distrettuale antimafia, l’art. 51, comma 3 *ter*, prevede che, su richiesta del procuratore distrettuale, il procuratore generale può, per giustificati motivi, disporre che le funzioni del p.m. per il dibattimento, salve limitate eccezioni³⁰, siano esercitate, in luogo del procuratore distrettuale, da un magistrato designato dal procuratore della Repubblica presso il giudice competente³¹.

Nell’ambito della procura generale presso la Corte di cassazione e sotto la sorveglianza del procuratore generale è stata istituita la c.d. Direzione nazionale antimafia alla quale è preposto il Procuratore nazionale antimafia. Ad esso spettano essenzialmente compiti di coordinamento, di indirizzo ed impulso nelle indagini³² svolte dai magistrati delle Procure distrettuali³³. Infine, una speciale competenza è attribuita agli uffici giudiziari requirenti di Napoli nell’ambito dei procedimenti penali relativi

²⁸ Cass., Sez. II, 17.2.2009, in *CED Cass.*, n. 243300; Cass. Sez. VI, 4.6.2008, n. 22426, in *CED Cass.*, n. 240512. La *vis attractiva* opera anche con riguardo alla legittimazione ad impugnare la sentenza, v. Cass., Sez. VI, 24.1.2004, n. 2499, in *CED Cass.*, n. 228671. Di recente, però, v. Cass., Sez. 22.12.2009, n. 49356, in *CED Cass.*, n. 245644.

²⁹ Cass., Sez. Un., 29.2.2000, n. 3, in *CED Cass.*, n. 215213; Cass., Sez. VI, 27.3.2000, n. 632, in *CED Cass.*, n. 215845; Cass., Sez. I, 16.3.1994, n. 570, in *CED Cass.*, n. 196708.

³⁰ È negato al magistrato delegato il potere di impugnazione dei provvedimenti emessi in via incidentale dal tribunale della libertà, in quanto tale potere rimane riservato al procuratore distrettuale, così Cass., Sez. Un., 29.02.2000, cit.

³¹ Il p.m. presso il giudice competente, delegato per il dibattimento, è legittimato sia a proporre gravame avverso ordinanze emesse nel dibattimento (così, Cass., Sez. VI, 9.12.1999, n. 3873, in *CED Cass.*, n. 215425), sia a proporre appello contro la sentenza emessa dal giudice di primo grado (cfr. Cass., Sez. I, 8.7.1999, n. 8777, in *CED Cass.*, n. 214885).

³² Per un’analitica rappresentazione delle questioni interpretative sorte intorno alle possibili ingerenze della PNA nell’ambito delle attribuzioni investigative delle DDA per effetto dei suoi poteri di coordinamento e di impulso, nonché sulla necessità di garantire, anche sul piano strutturale dei mezzi tecnologici e delle risorse umane, la circolazione di dati e informazioni strumentali ad un efficace coordinamento delle indagini collegate, v. G. Lattanzi, *Problematiche relative alla direzione nazionale antimafia*, in *Cass. pen.*, 1994, p.1426 ss.

³³ V. voce Coordinamento delle indagini.

alla gestione dei rifiuti nella regione Campania, ai sensi dell'art. 3 del d.l. 23.5.2008, n. 90, convertito con modifiche l. 14.7. 2008, n. 123³⁴.

4. *L'organizzazione degli uffici di procura.*

Anteriormente all'entrata in vigore del codice dell'88 e delle coeve norme di adeguamento dell'ordinamento giudiziario, l'ufficio del pubblico ministero risultava contraddistinto dai caratteri dell' "unità", "indivisibilità" ed "impersonalità"³⁵, ed era incardinato in un'organizzazione ampiamente gerarchica³⁶. Nella versione del 1941 l'art. 70 dell'ordinamento giudiziario prevedeva che «i procuratori generali, gli avvocati generali presso le sezioni distaccate di Corte d'appello e i procuratori della Repubblica esercitano le funzioni personalmente o per mezzo dei *dipendenti* magistrati addetti ai rispettivi uffici». L'esercizio delle funzioni requirenti da parte dei singoli magistrati, dunque, era organizzato secondo principi comuni alle organizzazioni amministrative tradizionali a struttura gerarchica, nel senso che di tutte le relative funzioni era teoricamente investito il capo dell'ufficio di procura competente, il quale poteva esercitarle personalmente o per mezzo dei dipendenti sostituti. Nella nozione di funzioni andava implicitamente compreso il potere del titolare dell'ufficio di ripartire gli affari fra i sostituti, il potere di riservare a sé il compimento di uno o più atti del singolo procedimento assegnato, la potestà di revocare l'assegnazione ed attendere personalmente al procedimento oppure di affidarlo ad un altro sostituto³⁷.

Una deroga a questo principio era ed è stabilita dall'art. 53, comma 1, c.p.p. che prevede che «nell'udienza il pubblico ministero esercita le sue funzioni con piena autonomia»

Chiamata a pronunciarsi sul vecchio testo dell'art. 70 ord. giud., la Corte costituzionale, sul rilievo che le garanzie che riguardano il p.m. si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e sono rimesse, per la determinazione del loro contenuto, alla legge sull'ordinamento giudiziario, concludeva a favore della legittimità di quella legge, le cui disposizioni non possono essere ritenute illegittime se per alcuni momenti processuali, in cui è più pronunciato il carattere impersonale della funzione, atteggia a criteri gerarchici l'attività dell'organo³⁸. A giudizio della Corte una certa garanzia di

³⁴ Cass., Sez. I, 21.1.2009, n. 2470, in *CED Cass.*, 242813.

³⁵ Cass., Sez. I, 23.3.1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1065; in dottrina v. E. Fortuna, voce *Pubblico Ministero* (*dir. proc. pen.*), *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, 12-13.

³⁶ G. Leone, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1965, p. 189 ss.

³⁷ M. Scaparone, voce *Pubblico*, cit., p. 1102.

³⁸ Così Corte cost., 16.3.1976, cit., che rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70 ord. giud. sollevata con riferimento agli artt. 101, comma 2 e 25, comma 1, Cost., ha escluso che essi si

indipendenza andava riconosciuta ai singoli magistrati del pubblico ministero limitatamente alle funzioni di udienza³⁹. Perfino in alcune pronunce della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura affiora un riferimento all'art. 97 Cost. invocato nell'ambito dei principi per l'organizzazione dei rapporti interni: «il limite dei poteri del titolare dell'ufficio non sta nei pretesi diritti all'autonomia ed indipendenza dei sostituti, ma nelle esigenze di buon funzionamento dell'ufficio⁴⁰».

A seguito della riforma attuata con il d.p.r. 22.9.1988, n. 449 recante l'approvazione delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale, il testo dell'art. 70, comma 3, ord. giudiziario è stato così modificato: «I titolari degli uffici del pubblico ministero dirigono l'ufficio cui sono preposti, ne organizzano l'attività ed esercitano personalmente le funzioni attribuite al pubblico ministero dal codice di procedura penale e dalle altre leggi, quando non *designino* altri magistrati addetti all'ufficio». Rispetto al vecchio testo l'art. 70 non ripropone più l'espressione, tipica di una struttura gerarchica, “magistrati dipendenti”, ma in compenso riconosce esplicitamente al titolare dell'ufficio poteri direttivi e di organizzazione dell'attività dell'apparato, nonché di designazione dei sostituti⁴¹. Da più parti si è osservato che l'espresso riconoscimento, per il magistrato designato dal capo dell'ufficio, di un'area di autonomia circoscritta all'udienza penale (artt. 53, comma 1, c.p.p. e 70, comma 4, ord. giud.) conferma, di per sé, la conservazione di una struttura gerarchica all'interno dell'ufficio, la quale si affievolisce solo innanzi alle esigenze della dialettica processuale per cui sono le parti direttamente in causa a svolgere le azioni e ad

estendano all'ufficio requirente in quanto esso è sì organo giudiziario ma, non essendo titolare del potere di giudicare, non può definirsi giudice in senso tecnico; in dottrina, v. N. Zanon, *Pubblico ministero*, cit., p. 16-22 evidenzia il collegamento emerso per la prima volta tra i concetti di impersonalità e gerarchia; L. Daga, voce *Pubblico ministero*, cit., p. 3.

³⁹ In giurisprudenza v. Cass. civ., Sez. Un., 9.12.1985, n. 6202, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Ordinamento giudiziario*, n. 181 secondo cui la disobbedienza del sostituto alle direttive del titolare dell'ufficio è passibile di sanzione disciplinare.

⁴⁰ CSM – Sez. disciplinare – 13.12.1983, proc. n. 25/81 secondo cui, a fronte dei poteri generali del titolare dell'ufficio, il sostituto è carente di poteri di iniziativa penale autonoma, può gestire solo ciò che gli è stato assegnato, ed ha un dovere di informativa sui risultati delle udienze cui ha partecipato quale p.m. In dottrina, V. Zagrebelsky, *Modifiche all'ordinamento giudiziario e nuovi ruoli del pubblico ministero e del giudice*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2125 secondo cui l'esigenza di criteri predeterminati per l'organizzazione e la ripartizione del lavoro negli uffici di procura discende non dall'art. 25, comma 1, Cost., bensì dall'art. 97 Cost.

⁴¹ La figura della designazione corrisponde meglio al principio di uguaglianza dei magistrati tra loro in quanto, a differenza della delega - che avrebbe potuto comportare l'ammissibilità di disposizioni e di direttive da parte del capo dell'ufficio circa le modalità e i contenuti dell'attività da svolgere, anche all'udienza - la figura della designazione fa risaltare la piena autonomia in udienza del magistrato, il quale ripete direttamente dalla legge i suoi poteri, così F. Cordero, *Procedura penale*, II ed., Milano, 1993, p. 197-198.

esprimere i pareri⁴². D'altro canto, la previsione contenuta nell'art. 70, comma 4, ord. giud., secondo cui «nel corso delle udienze penali, il magistrato designato (...) può essere sostituito solo nei casi previsti dal codice di procedura penale»⁴³ implica, *a contrario*, che nelle altre fasi non possono introdursi limitazioni al potere d'intervento del capo dell'ufficio in ordine all'organizzazione dell'attività⁴⁴. In definitiva, il nuovo testo dell'art. 70 non ha innovato i connotati tradizionali della struttura interna dell'ufficio del p.m. (unità, indivisibilità e impersonalità), che postulano necessariamente un ordine gerarchico, perché non può esservi condotta unitaria ed armonica senza attribuzione ad un capo del potere-dovere di coordinamento e d'indirizzo nell'attività dell'ufficio⁴⁵. Alla stessa esigenza di salvaguardare la conduzione unitaria dell'ufficio del p.m. è ricondotta la limitazione dell'iniziativa dei sostituti di fronte alle notizie di reato non qualificate che ad essi pervengono fuori dell'esercizio delle funzioni ufficiali. L'art. 70, comma 5, ord. giud., come modificato dal dpr n. 449 del 1988, stabilisce che in tal caso egli ha facoltà di segnalare tali fatti per iscritto al titolare dell'ufficio il quale, «quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione e non intenda procedere personalmente, provvede a designare per la trattazione uno o più magistrati dell'ufficio»⁴⁶.

Unità ed indivisibilità riguardano l'ufficio del p.m. al suo interno, ma non i rapporti tra uffici diversi che restano autonomi l'uno dall'altro. D'altronde, la gerarchia tra procure poteva avere un significato quando il p.m. era un funzionario alle dipendenze dell'esecutivo: coerentemente il sistema era basato su uffici strutturati gerarchicamente all'interno e anche nei rapporti con gli uffici sovraordinati, tutti soggetti al vertice burocratico dell'amministrazione della giustizia. Ma approvata la c.d. legge sulle guarentigie (r. d.lgs. 31.5.1946, n. 511), quella dipendenza gerarchica dal ministro è

⁴² C. Morselli, voce *Pubblico Ministero*, in *Dig. disc.pen.*, vol. X, Torino, 1995, p.489, nota 33; N. Zanon, *Pubblico ministero*, cit. 37, con riguardo all'autonomia d'udienza mette in guardia dai rischi di un disomogeneo esercizio dell'azione penale da parte dello stesso ufficio a causa della scelta totalmente autonoma del magistrato di udienza di orientarsi nell'ambito dei riti speciali previsti dal codice di rito.

⁴³ V. *infra*, § 5.

⁴⁴ Così D. Carcano, *Rapporti tra procuratore della Repubblica e sostituto designato per la trattazione del procedimento*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 539; *contra* CSM- Sez. disciplinare, sentenza 10.5.1991, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2600, ha escluso che il procuratore capo possa obbligare il sostituto a concordare preventivamente ogni determinazione relativa al processo o, in caso di dissenso, possa avocare a sé la trattazione del procedimento, mentre ha ammesso la possibilità di revocare, con congrua motivazione, la designazione esclusivamente per «imprescindibili ed oggettive esigenze di funzionalità dell'ufficio ovvero in caso di macroscopica abnormità per negligente pretermissione o alterazione di fondamentali canoni processuali. Sull'obbligo di motivazione della revoca v. Cass. civ., Sez. Un., 17.10.1995, n. 10840, in *CED Cass.*, n. 494272.

⁴⁵ Cass. civ., Sez. Un., 25.10.1992, n. 12339, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2598, ha annullato con rinvio CSM-sezione disciplinare, sentenza 10.05.1991, cit..

⁴⁶ A. Pizzorusso, *L'organizzazione*, cit., p. 169.

state sostituita con un più blando potere di vigilanza⁴⁷, con l'effetto che nel panorama attuale dell'organizzazione della magistratura requirente si ravvisa una pluralità di gerarchie separate ed acefale⁴⁸.

Una chiara conferma in tal senso rinviene dall'art. 51 c.p.p. il quale non ha incluso la Procura Generale presso la corte di appello fra gli organi competenti a svolgere le indagini preliminari e all'esercizio dell'azione penale, salvo che nei casi di avocazione⁴⁹. Dal canto suo, l'art. 30 del d.p.r. n. 449/1988 si limita a prevedere un potere di sorveglianza del procuratore generale sui magistrati delle procure del distretto, mentre l'art. 371 c.p.p. prevede forme di collaborazione fra i diversi uffici requirenti impegnati nello svolgimento di indagini collegate, presupponendone così la parioriginazione⁵⁰.

Al procuratore generale presso la Corte di Cassazione non appartiene alcun potere di sorveglianza e tanto meno gerarchico sugli uffici territoriali del p.m., residuando in capo ad esso solo l'azione disciplinare obbligatoria, la quale, peraltro, cede il passo di fronte alle esigenze sottese al segreto investigativo opposto o ad altre ragioni di opportunità connesse alle funzioni espletate nel processo, che possono determinare caso per caso la sospensione del procedimento disciplinare⁵¹. Tali sono rimaste sostanzialmente le attribuzioni dei capi delle Procure presso le giurisdizioni di grado superiore, anche a seguito della riorganizzazione degli uffici di procura nel biennio 2005-2006 che ha ribadito i medesimi poteri di vigilanza e connessi obblighi informativi⁵².

Infine, anche nell'ipotesi in cui sorgano contrasti negativi (art. 54 c.p.p.) o positivi (art. 54 *bis* c.p.p.) tra uffici del p.m., la potestà decisionale del Procuratore generale presso la Corte di appello o presso la Corte di cassazione, rispettivamente per i conflitti all'interno del distretto ovvero fuori dal distretto, si limita alla soluzione del contrasto senza alcuna ingerenza sul piano investigativo.

5. (Segue) *L'autonomia del p. m. in udienza e i casi di astensione.*

⁴⁷ V. *supra*, § 1.

⁴⁸ L. Daga, voce *Pubblico ministero*, cit., p. 3.

⁴⁹ V. voce *Avocazione*.

⁵⁰ V. voce *Coordinamento delle indagini* e voce *Pubblico ministero (rapporti tra uffici del)*

⁵¹ Sull'argomento v. R. Fuzio, *L'azione disciplinar obbligatoria del procuratore generale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4854 ss.

⁵² Cfr. *infra*, § 6.

Nessuna ingerenza da parte del capo dell'ufficio può ipotizzarsi con riguardo alla fase dell'udienza ove la legge assicura al magistrato designato la piena autonomia⁵³. In base all'originaria previsione contenuta nell'art. 3 disp. att. trans. c.p.p., i titolari degli uffici requirenti curano, ove è possibile, che alla trattazione del procedimento provvedano, per tutte le fasi del relativo grado, il magistrato o i magistrati originariamente designati. Il quadro normativo di riferimento, tuttavia, è destinato ad un'esegesi evolutiva a seguito delle modifiche operate con la legge delega 25.7.2005, n. 150, attuata con il d.lgs. 20.2.2006, n. 106⁵⁴.

L'art. 53, comma 2, c.p.p. circoscrive i poteri del dirigente dell'ufficio di sostituire il magistrato designato in tre casi tassativi di grave impedimento, di rilevanti esigenze di servizio e nei primi quattro casi di astensione obbligatoria di cui all'art. 36 c.p.p. previsti per il giudice. Negli altri casi il magistrato può essere sostituito solo con il suo consenso⁵⁵. Il titolare dell'ufficio che ha disposto la sostituzione deve motivarla e trasmettere il relativo provvedimento al Consiglio superiore della magistratura. In caso di inerzia del dirigente dell'ufficio nel provvedere alla sostituzione del magistrato astenuto, l'iniziativa può provenire dal procuratore generale presso la Corte di appello mediante designazione per l'udienza di un magistrato facente parte del proprio ufficio.

Fuori dai casi di astensione obbligatoria espressamente previsti per il giudice e richiamati per il p.m., l'art. 52 c.p.p. qualifica il potere di astensione del pubblico ministero come "facoltativo" quando ricorrono "gravi ragioni di convenienza"⁵⁶. Esigenze di snellezza della fase delle indagini preliminari hanno indotto il legislatore a

⁵³ La diversa formulazione della prima e della seconda versione della legge delega per l'emanazione del nuovo c.p.p., consistente nel fatto che nella prima si prevedeva la piena autonomia del p.m. nella "fase dibattimentale", mentre nella seconda la stessa garanzia era prescritta in "udienza", hanno consentito ad una parte della dottrina di ritenere che il p.m. gode di piena autonomia nell'udienza dibattimentale, ma anche in quella che si celebra nel corso delle indagini preliminari (incidente probatorio), o a conclusione di esse (udienza preliminare ordinaria ovvero udienza di celebrazione dei riti speciali), cfr. M. Chiavario, *La riforma del processo penale*, Torino, 1988, p. 115. Con riguardo al rito abbreviato, v. in particolare Cass., Sez. II, 04.12.1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 675.

⁵⁴ V. *infra*, § 6.

⁵⁵ G.d.p. Monza, 30.03.2007, in *Giudice di pace*, 2007, fasc. n. 3, p. 362 estende la regola anche ai vice procuratori onorari.

⁵⁶ L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, p. 89; C. Morselli, voce *Pubblico Ministero*, cit., p. 488; G. Bellantoni, *L'astensione e la ricusabilità del pubblico ministero*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1443-1444 sostengono la natura obbligatoria dell'astensione del p.m. anche nei casi previsti dall'art. 52 c.p.p., in quanto, diversamente opinando, sarebbe innegabile un contrasto con gli artt. 52 e 372 c.p.p. che prevedono rispettivamente, un obbligo in capo al titolare dell'ufficio di sostituire il magistrato che, avendo un interesse privato nel procedimento, non si sia astenuto di propria iniziativa, ed un intervento di avocazione del P.g. presso la Corte di appello nel caso di omissione da parte del procuratore della repubblica; per un'analisi sistematica sul tema della natura giuridica dell'astensione del p.m., che si rivolge a tutti i rami dell'ordinamento giuridico in cui la vicenda assume rilievo (processuale penale, processuale civile, penale a ordinamento), v. A. Corbo, *Alcune osservazioni sulla natura giuridica dell'astensione del p.m.*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4620 ss.

prevedere la natura facoltativa dell'astensione del p.m.⁵⁷; tuttavia una parte della dottrina⁵⁸ e della giurisprudenza, valorizzando la natura di "parte pubblica" del p.m. che deve agire esclusivamente per fini di giustizia, ha precisato che esso ha il dovere, sul piano deontologico e disciplinare, di formulare istanza di astensione a norma dell'art. 52 c.p.p. tutte le volte in cui la sua condotta possa essere ispirata ad obiettivi o interessi personali⁵⁹. Sulla dichiarazione di astensione decide il capo dell'ufficio cui appartiene il magistrato istante. Nel caso di astensione dei dirigenti la decisione è rimessa al titolare dell'ufficio superiore: il procuratore generale presso la corte di appello per quel che concerne l'astensione del procuratore della Repubblica; il procuratore generale presso la Corte di cassazione per quanto riguarda l'astensione del procuratore generale presso la Corte di appello. Con lo stesso provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione, il magistrato astenuto viene sostituito con altro magistrato del medesimo ufficio. Nel caso di astensione del dirigente dell'ufficio quest'ultima regola può essere derogata discrezionalmente, ove ragioni organizzative o di opportunità lo consigliano: il dirigente astenuto potrà essere sostituito da altro magistrato appartenente all'ufficio, egualmente competente per materia, con sede nel capoluogo del distretto di Corte di appello determinato a norma dell'art. 11 c.p.p.⁶⁰. Gli atti compiuti *sine titulo*, in quanto successivi all'accoglimento della dichiarazione di astensione, sono invalidi.

6. *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero: legge 25.7.2005 n. 150 e d.lgs. 20.2.2006, n. 106.*

⁵⁷ V. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.* 24.10.1988, n. 250 (Suppl. ord. n. 2), n. 2, p. 22 ss., la quale ha evidenziato che «dal dovere di astensione discenderebbe un meccanismo rigido e, in casi limitati, tale da paralizzare lo svolgimento delle indagini; un meccanismo che mal si concilierebbe con la struttura del nuovo processo penale che attribuisce al p.m. il ruolo di parte e lo priva di poteri veramente incisivi rispetto all'imputato».

⁵⁸ Così E. Fortuna, voce *Pubblico Ministero*, cit., p. 12; E. M. Mancuso, *sub art. 52*, in A. Giarda- G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. I, Milano, 2010, p. 734; F. Vergine, *sub art. 52*, in G. Tranchina (a cura di) *Codice di procedura penale*, vol. I, Milano, 2008, p. 502; in giurisprudenza v. Cass., Sez. V, 17.1.2008, n. 6618, in *CED Cass.*, n. 239364; *contra*, sul rilievo che l'art. 52 c.p.p. sbaglia nomenclatura qualificando l'astensione come facoltativa, mentre essa deve essere doverosa almeno nei casi di cui all'art. 36, lett. a), b), d) e), ergo in caso di violazione ricorre una nullità di ordine generale ex art. 178, comma 1, lett. b), c.p.p., se non proprio assoluta ex art. 179, comma 1, c.p.p. quando sia investita l'imputazione, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 220 ss.

⁵⁹ Cass. civ., Sez. Un., 12.5.2010, n. 11431, in *CED Cass.*, n. 612707; sulla responsabilità penale per abuso d'ufficio del p.m. non astenutosi v. Cass. civ., Sez. Un., 08.07.2009, n. 15976, in *CED Cass.*, n. 608991; v. Cass., Sez. VI, 16.12.2009, n. 47978, in *CED Cass.*, n. 245447 che per la punibilità esige l'elemento del profitto o danno ingiusto; Cass. civ., Sez. Un., 24.01.2003, n. 1088, in *CED Cass.*, n. 559949; Cass., Sez. I, 12.02.2008, in *CED Cass.*, n. 239364 ribadisce l'assenza di qualunque effetto sul piano processuale.

⁶⁰ Cass., Sez. I, 16.11.1995, n. 5427, in *CED Cass.*, n. 203098.

La VII disposizione transitoria della Costituzione stabiliva 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», ossia quelle contenute nel r.d. 30.1.1941 n. 12. La previsione è rimasta sostanzialmente inattuata, in quanto l'approvazione di una legge di riforma organica dell'ordinamento giudiziario non vi è stata fino a tempi recenti.

Tuttavia nel corso degli anni si è assistito ad una progressiva opera di *maquillage* del regio decreto del 1941, sia attraverso interventi legislativi, sia attraverso la costante opera interpretativa di modernizzazione delle norme ordinarie compiuta dal Csm che, nel complesso, hanno reso l'ordinamento giudiziario vigente più "riguardoso" rispetto ai precetti costituzionali concernenti la Magistratura⁶¹. Si pensi, ad esempio, all'adeguamento dell'ordinamento giudiziario attuato con dpr n. 449 dell'88 che, pur conservando i tradizionali connotati dell'unità, impersonalità ed indivisibilità dell'originario modello di ufficio del p.m., ne ha attenuato il verticismo burocratico interno, mettendo al riparo da abusi e condizionamenti del dirigente a danno dei sostituti procuratori facenti parte dell'ufficio, definitivamente emancipati dalla storica posizione di "dipendenti".

Senonchè si sono registrati nella pratica allarmanti fenomeni di eccessiva personalizzazione del ruolo, sfociati in iniziative individuali ispirate a criteri non uniformi, talora anche in relazione alle medesime fattispecie, sottratti ad ogni forma di coordinamento e controllo dell'azione unitaria dell'ufficio, con conseguente indebolimento dell'immagine di imparzialità della Magistratura⁶². Tutto ciò ha suggerito interventi di riforma della disciplina normativa sul versante della trasparenza dei criteri per l'esercizio delle funzioni affidate al p.m. e su quello del coordinamento all'interno dell'organizzazione dell'ufficio.

Con la legge 25.07.2005, n. 150 il Parlamento ha delegato al Governo il compito di riorganizzare gli uffici del p.m.: esso è stato attuato con il d.lgs. 20.2.2006, n. 106, parzialmente riformato con l. 24.10.2006, n. 269⁶³.

E' giudizio quasi unanime che la riforma, pur cogliendo alcune esigenze effettive di intervento, abbia tuttavia disegnato meccanismi troppo rigidi, di stampo burocratico che

⁶¹ A. Pizzorusso, *Considerazioni generali*, in AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, fasc. 1, c. 1

⁶² Il fenomeno è stato esasperato dal ricorso massivo ai vice procuratori onorari che non di rado mutuano i propri modelli dal giudice innanzi al quale operano piuttosto che dalla procura di appartenenza, così G. Colombo, *Il pubblico ministero*, in *Questione giust.*, 2001, fasc. n. 6, p. 1209 .

⁶³ Sugli aspetti salienti della riforma cfr. M. Fantacchiotti-F. Fiandanese, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padova, 2008; G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense, Aggiornato alla legge di riforma 30 luglio 2007, n. 111*, Milano, 2007; S. Sottani, *Il Pubblico Ministero*, in G. Spangher (diretto da) *Trattato di Procedura penale*, vol. I., t. I, (a cura di G. Dean), *I soggetti*, Torino, 2009, p. 396 ss.

hanno esasperato la natura verticistica dei rapporti interni tra il dirigente ed i sostituti procuratori appartenenti all'ufficio, con progressivo svuotamento dell'autonomia di questi ultimi. In vista del dichiarato intento di valorizzare la correttezza, l'uniformità e la puntualità nell'esercizio dell'azione penale, nonché l'osservanza delle norme sul giusto processo, la nuova riforma ordinamentale ha attuato una centralizzazione dei poteri del capo dell'ufficio che, nel disegno della legge, va di pari passo con un'accentuata responsabilità per l'effettivo esercizio dei poteri conferitigli. L'art. 1 d.lgs. n. 106/ 2006 connette le molteplici attribuzioni riservate al capo della procura alla sua qualità di "preposto" all'ufficio e, in questa veste, gli riserva «la titolarità esclusiva dell'azione penale che esercita sotto la propria responsabilità nei modi e termini fissati dalla legge». Rispetto al tradizionale riparto dei compiti di direzione ed organizzazione dell'attività dell'ufficio riservati ai capi delle procure già con gli interventi di adeguamento del sistema dell'88⁶⁴, il d.lgs. n. 106/2006 ha esautorato il tradizionale potere del CSM di determinare i criteri organizzativi generali e di verificarne la ricezione da parte di ciascun procuratore. Ed invero, per effetto dell'abrogazione dell'art. 7 *ter*, comma 3, ord. giudiz. è stato abbandonato il sistema tabellare, ormai estensibile anche agli uffici di procura, mentre il compito di determinare i criteri per l'organizzazione dell'ufficio e per l'assegnazione della trattazione dei procedimenti spetta in maniera esclusiva al dirigente della Procura⁶⁵. In particolare, rientra nei poteri di determinazione del procuratore della Repubblica l'indicazione delle tipologie di reato per cui ritenga di adottare meccanismi di natura automatica. Tale previsione implica un potere di assegnazione non automatica e, quindi, discrezionale per le tipologie di reato che il capo dell'ufficio non abbia incluso nelle predette indicazioni di carattere generale, ritenendo di dover decidere caso per caso⁶⁶. I provvedimenti con cui l'organo di vertice determina i criteri di assegnazione e individua i reati per i quali è previsto

⁶⁴ V. *supra*, § 4.

⁶⁵ In senso favorevole all'abrogazione v. F. De Leo, *Il principio di responsabilità nella dirigenza delle procure*, in *Questione giust.*, 2008, fasc. n. 5, p. 64 ss. secondo cui gli interventi passati del CSM erano o viziati da genericità e ovvietà in quanto estensibili a tutte le procure, oppure erano svuotate di pertinenza e utilità in quanto compiuti *hic et nunc*, ossia rapportati anche alla singola procura. L'A. valorizza, nell'ambito della nuova riforma, il controllo sociale che attraverso il CSM e i Consigli giudiziari viene esercitato sulla responsabilità dei dirigenti in occasione delle riconferme dagli incarichi dirigenziali. Sulla procedura e connesse valutazioni di professionalità dei dirigenti degli uffici di procura v. V. Monetti, *Spunti sulle valutazioni di professionalità dei capi degli uffici di procura*, in *Questione giust.*, 2007, fasc. n. 4, p. 677 ss.; R. Fuzio, *Gli incarichi direttivi*, in AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, fasc. 1, c.20.

⁶⁶ A. Mura, *La riforma dell'ordinamento giudiziario(III). L'ufficio del pubblico ministero*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 159 evidenzia l'anomalia della nuova disciplina laddove lascia più ampia discrezionalità nell'assegnazione proprio riguardo ai procedimenti che possono presentare profili di maggiore delicatezza, non includendoli nel dovere di informazione al CSM.

l'automatismo, nonché le eventuali modifiche, sono comunicati al CSM⁶⁷. Un corollario della titolarità esclusiva dell'azione penale in capo al dirigente della procura è costituito dal potere di “delega” che questi può conferire ai magistrati del suo ufficio e che può riguardare la trattazione di uno o più procedimenti, come anche il compimento di singoli atti nell'ambito di procedimenti di cui il magistrato delegato non sia assegnatario. In mancanza di criteri normativi per l'esercizio del potere di delega, esso risulta informato ad un'ampia discrezionalità del capo della procura, il quale di fatto pone in essere vere e proprie assegnazioni di tipo fiduciario che non risultano più vincolate nemmeno dalla regola, ora abrogata, dell'art. 3, disp. att. trans. c.p.p., in base alla quale «i titolari degli uffici del p.m. curano, ove possibile, che alla trattazione del procedimento provvedano, per tutte le fasi del relativo grado, il magistrato o i magistrati originariamente designati»⁶⁸. È improntata alla stessa natura fiduciaria anche la designazione da parte del dirigente, tra i procuratori aggiunti del suo ufficio, di un vicario che eserciti le funzioni apicali in ambito organizzativo e di gestione nel caso di assenza, impedimento o vacanza dell'incarico⁶⁹. L'impiego dello strumento della “delega” in luogo di quello della “designazione” - con cui il legislatore della riforma dell'88 aveva ridisegnato la natura dei rapporti tra il capo della procura e i suoi sostituti⁷⁰ - sottolinea l'origine “derivata” delle funzioni demandate ai magistrati delegati, la quale è coerente con il potere del capo dell'ufficio - quale titolare in via “primaria” della funzione - di stabilire, ad integrazione dei criteri fissati in via generale, altri criteri particolari ai quali il delegato deve attenersi nell'esercizio della delega, con facoltà di revoca dell'incarico in caso di divergenza o di inosservanza delle direttive impartire⁷¹. Il provvedimento di revoca deve essere motivato e, unitamente alle

⁶⁷ Sul ruolo che il CSM rivendica tuttora nella supervisione dei piani organizzativi degli uffici di procura, v. F. Menditto, *L'organizzazione delle procure nella stagione della controriforma*, in *Questione giust.*, 2006, fasc. n.5, p. 899-902 e S. Sottani, *Il Pubblico Ministero*, cit., p. 420-422. In generale sullo svuotamento dei poteri del Csm, ridotto a “notaio di scelte compiute altrove”, v. G. Costantino, *Il consiglio superiore della magistratura*, in AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, fasc. n. 1, c.31.

⁶⁸ Sull'opportunità della “personalizzazione” dei dibattimenti, ovvero della stabilizzazione della funzione nel procedimento, quale necessaria condizione per evitare fenomeni di “deresponsabilizzazione” del p.m. che ha svolto le indagini, esonerandolo dal verificare in dibattimento i risultati del suo lavoro investigativo, cfr. G. Colombo, *Il pubblico ministero*, cit., p. 1205.

⁶⁹ G. Santalucia, *La controriforma dell'ordinamento*, cit. p.112, è critico sulla scelta del legislatore delegato di estendere, rispetto alle previsioni della legge delega, il potere di nomina di un vicario anche all'ipotesi di vacanza, in quanto in tal caso il soggetto che nomina non appartiene più all'ufficio e tale facoltà costituisce un'exasperazione della posizione di supremazia gerarchica che sconfinava quasi in una concezione dell'ufficio che l'A. definisce “proprietaria”.

⁷⁰ V. *supra.*, 4

⁷¹ A. Molari, *Organizzazione del pubblico ministero* in , in AA. VV., *Pubblico ministero e riforma*, cit. p. 252 ss., è tra i pochi a non essere totalmente scettico rispetto alla centralità delle figure apicali negli uffici di Procura. L'obbligo di pari trattamento rispetto all'esercizio dell'azione penale sarebbe vanificato da un

eventuali osservazioni del magistrato interessato, in base all'originaria disciplina veniva inviato al procuratore generale presso la Corte di cassazione. Sia il provvedimento di revoca, sia le corrispondenti memorie vengono inseriti nei fascicoli personali dei magistrati coinvolti per eventuali valutazioni future in ordine alla progressione di carriera del magistrato o a fini concorsuali. Sull'onda delle critiche mosse dal CSM, totalmente estromesso dalla gestione dei conflitti interni devoluti al titolare dell'azione disciplinare⁷², la novella attuata con l. n. 269/2006 ha soppresso il controllo del p.g., sicchè ora la legge nulla prevede se non che nei dieci giorni successivi alla revoca possono essere proposte osservazioni⁷³.

Il procuratore della Repubblica può delegare ad uno o più procuratori aggiunti la cura di specifici settori di affari, individuati con riguardo ad aree omogenee di procedimenti⁷⁴ oppure ad ambiti di attività dell'ufficio che necessitano di un indirizzo uniforme⁷⁵. In tal caso il potere di delegare i procedimenti è attribuito al preposto che deve esercitarlo nel rispetto dei criteri stabiliti dal procuratore capo, al quale tuttavia è riservato in via esclusiva il potere di revocare la delega nel caso che ricorrano le ragioni

potere diffuso dei singoli magistrati, lasciati liberi di seguire ciascuno i metodi investigativi che ritiene più opportuni. Al rischio di un'eccessiva personalizzazione delle funzioni si può porre rimedio solo impartendo direttive uniformi per tutti i membri dell'ufficio fermo restando il principio, valido per tutte le organizzazioni gerarchiche, per cui le direttive vanno seguite solo in quanto tendano all'attuazione della legge; anche F. Menditto, *L'organizzazione*, cit., p. 907-908, ritiene che la nuova riforma del 2006, al di là delle originarie intenzioni dei suoi fautori, contenga norme suscettibili di una lettura in gran parte compatibile con i principi costituzionali.

⁷² A giudizio dell'organo di autogoverno, l'inserimento nel fascicolo personale del magistrato del provvedimento di revoca e delle connesse osservazioni, con l'invio alla procura generale, piuttosto che una garanzia dava luogo ad una sorta di presunzione di responsabilità del sostituto, aggravata dal diniego della possibilità di un controllo da parte del CSM.

⁷³ F. Menditto, *L'organizzazione*, cit., p. 906 ritiene che il vuoto normativo vada colmato con il ripristino della possibilità del sostituto di rivolgersi al CSM che accerterà l'eventuale illegittimità della revoca e adotterà gli atti conseguenti, quali, ad esempio, segnalazione al titolare dell'azione disciplinare, valutazione degli eventuali presupposti del trasferimento (incolpevole) per incompatibilità, inserimento del provvedimento nel fascicolo personale del procuratore.

⁷⁴ V. Borraccetti, *Il dirigente dell'ufficio di procura dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Questione giust.*, 2008, fasc. n. 1, p. 14 ritiene che nelle materie che esigono un elevato grado di specializzazione sia necessario realizzare strutture stabili di formazione e conservazione delle conoscenze specifiche che ne favoriscano la diffusione tra più magistrati all'interno dell'ufficio, anche mediante il periodico avvicendamento, evitando in tal modo i fenomeni di affermazione di singoli magistrati protagonisti in via esclusiva e per tempo indeterminato nei relativi procedimenti.

⁷⁵ La relazione di accompagnamento chiarisce che con tale formula si è voluto fare riferimento non solo al coordinamento dei pool investigativi specialistici, ma anche a tutti i settori di attività che, pur non facendo riferimento a procedimenti penali, meritano di essere gestite in modo uniforme, quali il casellario giudiziale, l'esecuzione penale e i rapporti con il tribunale di sorveglianza, il centro intercettazioni telefoniche, etc.

tipiche dell'inosservanza e della divergenza⁷⁶. Con riguardo alla revoca di deleghe di funzioni organizzative e di gestione, non trova applicazione la procedura prevista per la revoca di deleghe di funzioni giurisdizionali in senso stretto, caratterizzata da un contraddittorio cartolare e differito, potendo piuttosto ipotizzarsi che le prime rientrino nelle modifiche dei criteri di organizzazione dell'ufficio che il procuratore è tenuto a comunicare al Csm

Ulteriore indice della spiccata gerarchizzazione dei rapporti all'interno della procura è rappresentato dalle prerogative riconosciute in capo al dirigente in materia di misure cautelari. In particolare, per quel che concerne il fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da altro magistrato dell'ufficio, esso necessita del consenso scritto del capo dell'ufficio o di un suo delegato. Analoga formalità è prescritta anche per la richiesta di misure cautelari personali o reali, salvo per queste ultime che il dirigente abbia disposto con direttiva generale che l'assenso non sia necessario avuto riguardo al valore del bene o alla rilevanza del fatto per cui si procede⁷⁷. La previsione del requisito dell'avallo della domanda cautelare da parte del capo dell'ufficio limitatamente alla fase delle indagini preliminari, indirettamente conferma che restano in vigore rispetto alle attività di udienza, anche non dibattimentale, le prescrizioni dell'art. 70, comma 4, ord. giud. e art. 53 c.p.p. circa la "piena autonomia" e l'ordinaria insostituibilità del magistrato del pubblico ministero che esercita le relative funzioni di accusa.

Anche con riguardo a tale assetto di rapporti interni, la riforma ordina mentalmente presta il fianco alla ricorrente censura di un inappropriato ricorso al rigido strumento della gerarchia in

⁷⁶ A. Mura, *La riforma*, cit., p. 162, osserva che, mentre l'irrevocabilità dell'assegnazione per motivi diversi da quelli della divergenza o inosservanza dei criteri stabiliti è apprezzabile con riguardo alle deleghe di funzioni giurisdizionali, viceversa per quelle conferite sul piano organizzativo e gestionale sarebbe conforme alle esigenze di buona amministrazione consentire al procuratore capo di revocare l'assegnazione con il consenso del delegato in base alle esigenze contingenti e all'evoluzione della composizione dell'ufficio: l'A. fa il caso di sopravvenienza nella procura di magistrati particolarmente esperti in determinati settori che meglio di quelli precedentemente preposti sarebbero in grado di dirigere i pool.

⁷⁷ Cass., Sez. Un., 22.1.2009, n. 8388, in *Foro it.*, 2010, II, c. 588, hanno escluso che l'assenso scritto del procuratore della Repubblica, previsto dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 106/2006, si configuri come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali presentata dal magistrato dell'ufficio del p.m. assegnatario del procedimento, né di validità della conseguente ordinanza cautelare emessa dal giudice; in generale le Sezioni unite ribadiscono l'impermeabilità del sistema processuale agli *interna corporis* delle norme ordinarie, la cui violazione può rilevare esclusivamente sul piano interno e disciplinare, ma non processuale salvo che nei casi previsti espressamente dalla legge processuale (v. art. 178 c.p.p.); sull'argomento v. P. Ferrua, *Il dissenso del procuratore in tema di misura cautelare davanti alla Corte di Cassazione*, in *Quest. Giustizia*, 2009, fasc. n. 4, p. 161-164 che, pur condividendo la decisione, evidenzia la debolezza delle motivazioni addotte dalle Sezioni unite a giustificazione della soluzione negativa prospettata; critico, invece A. Cisterna, *Risolvere in tal modo il dissidio interno priva di una espressa garanzia l'imputato*, in *Guida dir.*, 2009, fasc. n. 13, p. 88.

funzione di garanzia, in luogo di rimedi rinvenibili altrove, se del caso nella stessa disciplina codicistica adeguatamente interpretata⁷⁸.

Alcune esperienze passate di gestione irrazionale delle risorse umane, tecnologiche e finanziarie assegnate all'ufficio hanno suggerito di accentrare, nella figura del dirigente, anche il compito di fissare i criteri generali ai quali i membri dell'ufficio devono conformarsi per un'attività efficiente. Infine, il procuratore della Repubblica o altro magistrato da lui designato mantiene in via esclusiva ed impersonale i rapporti con gli organi della stampa. Tale disposizione non sembra rispondere tanto ad esigenze di efficienza dell'attività dell'ufficio –invero è pacifico che il magistrato assegnatario abbia un patrimonio conoscitivo senz'altro superiore a quello del dirigente o di altro magistrato da lui delegato ai rapporti con gli organi di informazione – quanto ad evitare fenomeni di protagonismo giudiziario che tanto nuoce alla concezione di unità ed impersonalità dell'attività dell'ufficio.

Alla centralizzazione dei poteri in capo al procuratore della Repubblica corrisponde una sua accentuata responsabilità nei confronti degli uffici superiori, deputati ad esercitare forme di controllo sull'esercizio delle innumerevoli facoltà discrezionali riconosciute al primo. A tanto è finalizzata l'attività di vigilanza del procuratore generale presso la Corte di appello che acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto da inviare, mediante una relazione almeno annuale, al procuratore generale della Corte di cassazione. Tale attività informativa sulla “buona condotta” delle singole procure, assume un significato chiaro ove ricollegata alla titolarità dell'azione disciplinare riconosciuta in capo al procuratore generale presso la Corte di cassazione⁷⁹. Accentuando la connotazione disciplinare dei controlli, la riforma sembra essersi discostata dagli obiettivi iniziali di un maggiore coordinamento dell'attività investigativa, per il quale sarebbe stato auspicabile incentivare momenti di confronto, di verifica collegiale che sono fisiologici nella vita delle procure, soprattutto quelle di grandi dimensioni. Le soluzioni troppo rigide e burocratiche privilegiate dalla riforma rischiano di pregiudicare il buon andamento dell'attività investigativa: il procuratore capo dovrebbe essere onnisciente e onnipresente, ma non essendo ciò

⁷⁸ Così M.C.Gastaldo, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal procuratore della Repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4166 che osserva, nella strabica ottica legislativa si pretenderebbe di rimediare alla ritenuta inadeguatezza della disciplina codicistica a contenere l'eccessivo ricorso alle misure preventive, trasferendo al capo dell'ufficio inquirente un potere di controllo rispetto a richieste cautelari temerarie, si da poter controbilanciare l'eventuale temuta remissività del giudice. È persino scontato osservare che per elevare in modo percepibile lo standard di affidabilità dell'intervento cautelare occorre incidere sui connotati del provvedimento genetico: ad esempio, rendendo effettivo il diritto alla motivazione dell'ordinanza cautelare, oggi ancora mortificato dall'indebito ruolo di supplenza assolto dal giudice del riesame, o prescrivendo, ove possibile e con gli accorgimenti del caso, l'anticipazione del contraddittorio al momento della adozione della misura.

⁷⁹ V. *supra*, § 4.

possibile il risultato finale sarà un interessamento personale del dirigente solo per alcuni procedimenti dallo stesso selezionati, con buona pace dell'uniformità nell'esercizio dell'azione penale⁸⁰. Un effetto dell'accentuata responsabilizzazione dei capi delle procure rispetto ai loro atti d'imperio, *in primis* l'atto di revoca dell'assegnazione di un incarico, è la tentazione comprensibile, ma non giustificabile, da parte loro di percorrere in alternativa alla revoca - che li espone ad un rigoroso obbligo in punto di motivazione - vie oblique che risultano lesive della dignità e dell'autonomia professionale dei magistrati assegnatari: si pensi ai casi, registrati nella prassi, di provvedimenti che assumono vesti formali diverse dalla revoca, ad es. un provvedimento di separazione o c.d. "stralcio" di alcune posizioni processuali nell'ambito di un unico filone investigativo, pur di estromettere un certo magistrato dall'affare penale, oppure si pensi alla ingerenza investigativa del procuratore capo dissenziente rispetto alla gestione del magistrato assegnatario, finalizzata ad evitare la formalizzazione del conflitto che impone l'adozione dell'atto di revoca⁸¹. Ma più di tutto, quello che maggiormente si teme di fronte ad un'organizzazione interna degli uffici di procura così spiccatamente verticistica, è il rischio che sia pregiudicata quella "diffusione controllata" della funzione giurisdizionale sottesa all'esercizio dell'azione penale, che resta tra i più efficaci antidoti al pericolo di "inerzie" a comando, che leghino le mani a magistrati coraggiosi ed indipendenti di fronte a notizie di reato scomode per i centri di potere⁸².

Una parziale riforma al sistema è stata apportata con la l. 24.10.2006, n. 269 che, oltre ad aver soppresso il controllo del pg presso la Corte di Cassazione sui provvedimenti di revoca, ha sostituito il termine "delega" con il termine "assegnazione", attenuando in tal modo la responsabilità personale del capo dell'ufficio; esso, invero, non risulta più essere l'esclusivo responsabile dell'esercizio dell'azione penale in quanto il sostituto assegnatario, per effetto dell'assegnazione, risulta gravato da una titolarità mediata della funzione cui si accompagna un grado di autonomia professionale con relativa responsabilità per l'evolversi del procedimento⁸³. Permane, invece, la responsabilità personale del Procuratore della Repubblica in relazione all'attività complessiva dell'ufficio, avuto riguardo all'obiettivo di assicurare l'esercizio corretto, puntuale, uniforme dell'azione penale e il rispetto delle norme sul giusto processo.

⁸⁰ Così G. Silvestri, in AA. VV., *Pubblico ministero*, cit., p. 247-248.

⁸¹ G. Santalucia, *Il Consiglio superiore e l'organizzazione delle procure nel nuovo ordinamento giudiziario*, in *Questione giust.*, 2009, fasc. n. 4, p. 194 ss.

⁸² M. Chiavario, *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, p. 25.

⁸³ Entrambe le novità sono salutate con favore dal CSM, cfr. Risoluzione 12.7.2007 contenente "Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del pubblico ministero a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 20.2.2006, n. 106".

7. Le funzioni del pubblico ministero nel processo penale.

Il ventaglio di attribuzioni riservate al pubblico ministero è contenuto in via generale nell'art. 73 dell'ord. giudiziario: «il pubblico ministero veglia all'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 urgenti, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari. Promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza. Fa eseguire i giudicati e ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge. Ha pure azione diretta per far eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, e per la tutela dell'ordine corporativo, sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita».

Tra le funzioni in ambito penale la principale attribuzione del p.m. è quella del potere-dovere di promuovere e di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost. e 74 ord. giudiziario) in relazione a tutti i reati perseguibili d'ufficio e anche relativamente agli altri laddove si verificano le condizioni di procedibilità. All'autorità giudiziaria spetta di decidere in concreto sulla fondatezza del diritto di punire, mentre al p.m. compete di farlo valere attraverso la proposizione di una domanda che va sotto il nome di "azione penale"⁸⁴. L'oggetto dell'accertamento processuale verte intorno alla sussistenza del fatto-reato, anche quando da esso non discende una sanzione penale ma una misura di sicurezza, all'identificazione dell'autore del reato e all'applicazione della pena principale e delle altre conseguenze ed effetti penali⁸⁵.

Le attività del p.m. si atteggiavano diversamente nella fase delle indagini preliminari e in quella del giudizio.

Nella fase delle indagini preliminari il p.m. è anzitutto l'organo della notizia di reato, acquisita *ex se* dall'ufficio o fornitagli dalla polizia giudiziaria che ha l'obbligo di riferirla senza ritardo.

Durante lo svolgimento delle indagini al p.m. spetta il compito di dirigerle, disponendo direttamente della polizia giudiziaria che, pur operando secondo le direttive impartite dal titolare del procedimento, può svolgere di propria iniziativa, informandone prontamente il p.m., tutte le altre attività di indagine, assicurando le fonti di prova. Ciascuno, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, è chiamato a svolgere le investigazioni necessarie a verificare se vi siano le condizioni per promuovere l'azione penale o se, invece, debba essere richiesta l'archiviazione (art. 326 c.p.p.).

Nello svolgimento di queste funzioni il p.m. è parte, sia pure *sui generis* o imparziale, orientando la sua azione al fine primario ed ineludibile dell'accertamento

⁸⁴ F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 335 ravvisa nella tipizzazione degli atti imputativi *ex art.* 405, comma 1, c.p.p. i tratti tipici dell'azione civilistica, quale "domanda" che postula una necessaria presa di contatto tra chi agisce in giudizio e l'organo giudicante.

⁸⁵ V. voce Azione penale.

della verità⁸⁶, la quale postula, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale, la completezza della ricerca di elementi, inclusi quelli a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.)⁸⁷.

Alla nuova veste di "parte" del p.m. corrisponde una condizione di maggiore libertà: pur nella soggezione al principio di obbligatorietà dell'azione penale⁸⁸, l'organo investigativo gode di una libertà d'iniziativa che va dalla scelta delle strategie investigative a quella della tipologia degli atti da compiere, all'anticipazione o differimento degli atti garantiti, alle riunioni e separazioni dei processi, alla richiesta di misure cautelari o alla rinuncia per ritardare gli effetti della discovery, alla scelta dei riti alternativi.

Esercitata l'azione penale, il p.m. si sveste quasi totalmente dei suoi poteri investigativi⁸⁹, mentre si accentua il ruolo di parte processuale che sostiene l'accusa. In una globale "parità di armi" esso si pone come naturale contraddittore della difesa, pur senza essere votato ad una vocazione colpevolista ad ogni costo, se è vero che nella sua ricerca dei mezzi di prova è vincolato dal precetto dell'art. 358 c.p.p. Stante la natura pubblicistica della sua funzione, l'organo dell'accusa potrà in questa fase chiedere l'assoluzione dell'imputato ove l'esito dell'attività istruttoria imponga una siffatta determinazione⁹⁰. A ciò giova l'assenza di ogni ingerenza gerarchica nell'esercizio della funzione del p.m. espressamente prevista nella fase dibattimentale e il divieto di sostituzione fuori dai casi tassativamente previsti dalla legge o solo con il suo consenso.

Nelle fasi successive al promovimento dell'azione, il p.m. ha il potere-dovere di avvalersi di tutti gli strumenti predisposti dal legislatore atti a consentirgli un adeguato

⁸⁶ Corte cost., 15.4.1992, n. 255, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2022; in dottrina M. Maddalena, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, p. 48.

⁸⁷ Corte cost., 15.2.1991, cit.; successivamente Corte cost., 24.1.2001, n. 115, cit. implicitamente correla il dovere di completezza delle indagini del p.m. allo *jus postulandi* dell'imputato in ordine al giudizio abbreviato; in dottrina optano per una concezione di "completezza relativa" delle indagini, cioè parametrata solo alle esigenze espresse nell'art. 125 dis. att. trans. c.p.p., M. Caianiello, voce *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.* Annali, II, t. 1, Milano, 2008, p. 64; E. Marzaduri, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 224 ss.

⁸⁸ E. Marzaduri, voce *Azione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., vol. V, Roma, 1996, p. 14 ss.; N. Zanon, *Pubblico ministero*, cit., p. 191; *contra*, sia pur con riferimento all'attività investigativa della preistruzione del codice del 1930 v. O. Dominioni, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 409-410.

⁸⁹ Nelle fasi successive al promovimento dell'azione, il p.m. potrà svolgere indagini suppletive ed integrative ai sensi degli artt. 419, comma 3, e 430 c.p.p.

⁹⁰ E. Fortuna, voce *Pubblico Ministero*, cit., p. 7 ss., avversa la definizione del p.m. quale organo di accusa o di parte, come si sostiene nell'ottica del processo accusatorio, e opta per una definizione della natura del p.m. quale organo di giustizia, vincolato da doveri di lealtà, collaborazione e di obiettività in udienza. Fuori dell'udienza, esso è caratterizzato da un certo ibridismo tra il ruolo e i poteri della parte e quelli del giudice.

svolgimento dell'azione penale che è irretrattabile ai sensi dell'art. 50 c.p.p., fino ad ottenere una pronuncia giurisdizionale, senza che la sua azione possa essere interrotta o sospesa prima della pronuncia definitiva⁹¹.

Nei gradi di giudizio successivi al primo, le attribuzioni del pubblico ministero di impugnare i provvedimenti ottenuti devono essere ricostruiti alla stregua di un potere-dovere che scaturisce dall'obbligo costituzionale di agire⁹². Data la premessa, difficilmente confutabile, che il potere di impugnazione dell'imputato è espressione del suo diritto di difesa, considerato che nell'attuale sistema costituzionale i ruoli dell'imputato e del pubblico ministero sono simmetricamente contrapposti, sulla base delle situazioni soggettive dell'uno e dell'altro, così come definite rispettivamente dagli artt. 24, comma 2, e 27, comma 2, Cost. per l'imputato e dall'art. 112 Cost. per il pubblico ministero, è difficile negare che il potere di impugnare dell'organo dell'accusa sia riconducibile alla speculare (rispetto al diritto di difesa dell'imputato) situazione dell'obbligo di agire (inteso non solo come obbligo di inizio ma anche di prosecuzione dell'azione) costituzionalmente imposto dall'art. 112 all'ufficio requirente⁹³.

D'altro canto, per affermare che dopo la sentenza di primo grado l'ulteriore esercizio dell'azione è rimesso al potere discrezionale del p.m., ossia che l'azione penale, che pure non si estingue con la prima decisione, perde il suo carattere di obligatorietà, occorrerebbe dimostrare che ciò che, per una certa fase del processo, è pubblico, doveroso ed irretrattabile, può successivamente trasformarsi in vero e proprio diritto soggettivo della parte pubblica, come tale disponibile, in tutto identico a quello attribuito alla parte privata.

Ma questo è indimostrabile⁹⁴: i diversi ruoli del pubblico ministero nel processo non possono non essere valutati con criteri unitari. Il pubblico ministero non ha alcuna disponibilità dell'azione, né in fase propulsiva, né in fase di prosecuzione.

⁹¹ Sarebbe contraddittorio un sistema processuale che imponesse al p.m. l'obbligo di promuovere l'azione penale e poi consentisse alla stessa autorità, un attimo dopo, di rinunciare alla stessa, di interromperla o sospenderla sulla base di criteri del tutto discrezionali ed insuscettibili di controlli giurisdizionali, così V. Grevi, *Un'occasione perduta (o forse solo rinviata) dalla Corte costituzionale in tema di uso distorto della richiesta di rimessione del processo*, in una nota critica a Corte cost., 28.09.1995, n. 460, in *Cass. pen.*, 1996, p. 451 che ha escluso l'incidenza dell'art. 112 Cost. oltre il momento di impulso di esercizio dell'azione.

⁹² Così inizialmente Corte cost., 13.10.1971, n.177, in <http://www.cortecostituzionale.it>; in relazione alla previsione dell'appello incidentale del p.m. sotto la vigenza del codice del 1930; nello stesso senso, anche dopo la riforma del codice di rito, sulla omessa previsione dell'appello incidentale del p.m. in caso di appello dell'imputato avverso v. Corte cost., 9.2.1994, n. 98, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2371. Tale orientamento è però abbandonato a partire da Corte cost., 5.4.1995, n. 280, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1973; di recente v. anche Corte cost., 6.2.2007, n. 26, in *Foro it.*, 2007, III, c. 641; Corte cost., 8.7.2009, n. 242, in *Dir. pen. pro.*, 2009, p. 1349.

⁹³ Così V. Grevi, *Appello del pubblico ministero e obligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 1415.

⁹⁴ M. Ceresa-Gastaldo, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, 841.

Tale indisponibilità, peraltro, non è inconciliabile con la possibilità di acquiescenza alla decisione o di rinuncia all'impugnazione come, invece, avrebbe lasciato intendere con imbarazzante ingenuità il giudice di legittimità⁹⁵. Invero, il p.m. deve valutare se esiste l'interesse, poi egli è obbligato ad un comportamento che nulla toglie o aggiunge all'oggettiva valutazione di quell'interesse⁹⁶. È plausibile, ad esempio, che *melius re perpensa*, i motivi addotti dal giudice possano convincere il p.m. a non coltivare ulteriormente l'azione penale, prestando acquiescenza alla sentenza o rinunciando all'eventuale gravame proposto, in ragione della piena attuazione data nella decisione alla legge. Anche la facoltà del p.m. di proporre appello incidentale deve ispirarsi all'obiettivo della "sorveglianza sulla corretta applicazione della legge e sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia": se l'organo dell'accusa si determinasse a proporre l'appello incidentale esclusivamente per finalità deterrenti nei confronti dell'imputato appellante principale che chiede una riduzione della pena inflitta dal giudice, ne emergerebbe una gestione "privatistica" delle impugnazioni al cui interno non sembra facilmente riconoscibile un ruolo adeguato per un organo chiamato a vigilare sull'osservanza delle leggi⁹⁷. Il p.m. dovrà attivarsi, a prescindere dalle opzioni difensive in sede di impugnazione, sempre e solo ove ritenga che la sentenza sia meritevole di censura, in fatto o in diritto, per effetto di errate valutazioni del giudice nell'applicazione della legge⁹⁸.

8. (Segue). *Attribuzioni del pubblico ministero nella fase esecutiva.*

Nella fase dell'esecuzione il pubblico ministero è l'organo promotore dell'esecuzione penale e, in questa veste, «promuove l'esecuzione delle sentenze e degli altri provvedimenti del giudice penale, secondo le disposizioni del codice di procedura penale e delle leggi a questo complementari» (art. 78 ord. giud.). Legittimato ad occuparsi dell'esecuzione è il p.m. istituito presso il giudice dell'esecuzione, da

⁹⁵ Corte cost., 05.04.1995, cit., ritiene inconcepibile che la legge processuale preveda istituti, quali l'acquiescenza e la rinuncia al gravame in contrasto con doveri funzionali e obblighi elevati a rango costituzionale.

⁹⁶ G. Spangher, *Impugnazione del pubblico ministero nell'interesse della legge e concomitante impugnazione dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 851 spiega chiaramente che il potere di impugnazione del p.m. rappresenta un'ipotesi di potere discrezionale solo nel senso che, per il suo esercizio di volta in volta se ne devono accertare i presupposti di merito, in presenza dei quali però la sua esplicazione non si sottrae al vincolo dell'obbligatorietà.

⁹⁷ E. Marzaduri, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 395-396.

⁹⁸ Corte cost., 5.4.1995, cit.; Cass., Sez. I, 18.1.1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1287.

individuarsi nell'organo giurisdizionale autore del provvedimento che deve essere eseguito⁹⁹. L'attribuzione al p.m. del ruolo di organo promotore in questa fase è correlata alla preclusione del giudice dell'esecuzione di procedere d'ufficio in un rito a parti contrapposte¹⁰⁰. L'art. 655 c.p.p. sintetizza i poteri del p.m. in tre formule: "cura d'ufficio l'esecuzione dei provvedimenti", "propone le sue richieste al giudice competente", "interviene in tutti i procedimenti di esecuzione". In particolare, esso è competente per ciò che riguarda l'emissione dell'ordine di esecuzione, il computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo, l'esecuzione dei provvedimenti del giudice di sorveglianza, l'unificazione delle pene concorrenti¹⁰¹. Trattasi di atti aventi natura sostanzialmente decisoria, tanto che da taluni si è dubitato sulla opportunità della scelta del nuovo codice di conservare le menzionate attribuzioni in capo all'ufficio requirente piuttosto che in capo al giudice¹⁰². In ogni caso, l'art. 655, comma 5, c.p.p. prevede l'obbligo di notificare al difensore l'ordine di esecuzione della condanna a pena detentiva, gli eventuali provvedimenti sulla esecuzione delle pene concorrenti, sul computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo, nonché quelli concernenti la esecuzione di decisioni dei giudici di sorveglianza. All'omessa notificazione consegue una nullità, rilevabile senza limiti di tempo, fino al corretto compimento dell'atto originariamente invalido. Le attribuzioni del p.m. nelle vesti di organo promotore dell'esecuzione sono espletate attraverso l'adozione di provvedimenti che, non avendo natura giurisdizionale, non sono suscettibili di impugnazione, bensì solo di incidente di esecuzione¹⁰³.

⁹⁹ Cass., Sez. V, 2.7.2007, in *CED Cass.*, n. 237574, ha escluso che in caso di inosservanza di tale regola si verifichi la nullità dell'ordine di esecuzione adottato, in quanto si tratta di provvedimento non giurisdizionale e non autonomamente impugnabile, avverso il quale è proponibile soltanto incidente di esecuzione.

¹⁰⁰ A. Bernasconi, *Poteri del pubblico ministero in sede esecutiva, controllo giurisdizionale e ripartizione delle competenze*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 461.

¹⁰¹ Per una puntuale descrizione delle attribuzioni del p.m. nella fase esecutiva, con connesse considerazioni sulla natura dell'attività svolta e sulla congruità, rispetto ad essa, della scelta del legislatore di riservare a tale ufficio simili incombenze v. L. Kalb, *Ruolo e poteri dell'ufficio del pubblico ministero quale organo legittimato all'esecuzione del titolo*, in G. Spangher (diretto da) *Trattato di Procedura penale*, vol. VI, (a cura di L.Kalb), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, 2009, p.100 ss.

¹⁰² Sul punto v. le riflessioni critiche di A. Gaito, *Esecuzione*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G.Conso-V.Grevi, Padova, 2006, p. 946 ss.; A. Presutti, voce *Esecuzione penale*, *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1996, p. 6; A. Bernasconi, *Poteri del pubblico ministero*, cit, p. 461 ravvisa in tale scelta la tendenza del legislatore di non addivenire ad una compiuta giurisdizionalizzazione della fase esecutiva. Il tema è ampiamente approfondito da G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004.

¹⁰³ Cass., Sez. I, 17.6.1999, n. 4396, in *CED Cass.*, n. 214236; Cass., Sez. I, 24.5.1995, n.3229, in *CED Cass.*, n. 202353.

9. Funzioni del pubblico ministero nel processo civile: cenni.

La vocazione dell'ufficio del pubblico ministero alla funzione di vigilanza sull'osservanza delle leggi, sulla tutela dei diritti dello Stato, degli incapaci, sull'osservanza delle leggi di ordine pubblico (art. 73, ord. giud.), trova un'ampia ramificazione nell'ambito del processo civile e delle materie attigue del diritto societario e fallimentare. Anche in questo contesto esso ricopre lo *status* di organo appartenente all'ordine giudiziario, al quale è attribuito *ex lege* la legittimazione a svolgere attività a tutela di un interesse che la legge definisce pubblico e di interessi individuali ad esso collegati¹⁰⁴. L'attività del p.m. nel processo civile può assumere, anzitutto, le forme dell'azione diretta con cui l'organo promuove esso stesso il procedimento (art. 75, ord. giud. e 69 c.p.c.). Si tratta di un potere di agire autonomo, al quale non corrisponde un'analogia posizione sostanziale in capo all'organo agente, il quale, essendo particolarmente pregnante l'interesse pubblico sotteso alla situazione sostanziale, agisce in via sostitutiva qualora il titolare del diritto resti inerte o manchi un titolare del diritto o la persona in grado di farlo valere¹⁰⁵. In via esemplificativa, il p.m. ha potere di azione nelle materie di assenza e di dichiarazione di morte presunta, successione, matrimonio, disconoscimento della paternità, legittimazione dei figli naturali, adozioni, tutela dei minori, interdizione e inabilitazione, società e fallimento, stato civile. Nell'esercizio di tali funzioni si riscontra la natura ibrida del p.m. che, tecnicamente, è una "parte" in quanto esso esercita gli stessi poteri conferiti alle parti private e nelle stesse forme, ma funzionalmente esso è un interprete degli interessi pubblici. Risponde al precipuo compito dell'accertamento della verità, *id est* alla vigilanza sull'osservanza della legge, l'intervento obbligatorio del p.m., nelle vesti di litisconsorte necessario, previsto a pena di nullità in una serie di casi (es. materia matrimoniale, di stato e capacità delle persone, nonché quelle in cui esso stesso può essere attore) in cui quell'interesse pubblico all'accertamento può essere compromesso dal libero esercizio del corrispondente potere dispositivo delle parti private. Accanto ai casi di intervento obbligatorio vanno menzionati i poteri di intervento facoltativo, in tutte le vicende in cui l'ufficio del p.m. ravvisi un pubblico interesse. Il suo intervento è circoscritto entro i confini delle domande proposte dalle parti e, in quei limiti, può produrre documenti, dedurre prove e concludere per l'accoglimento o il rigetto delle domande già proposte. Infine, il p.m. deve sempre intervenire davanti alla Corte di cassazione per ragioni istituzionali indipendentemente dalla natura della causa trattata. Con riguardo alle vicende societarie, il ruolo di sorveglianza del p.m. è stato drasticamente depotenziato a seguito della riscrittura dell'art. 2409 c.c. che ha

¹⁰⁴ E. Grasso, voce *Pubblico ministero (dir. proc.civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 7.

¹⁰⁵ C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2000, p. 225 ss.

circoscritto il potere di denuncia da parte del p.m. al tribunale nei casi di grave irregolarità riscontrate nella gestione delle sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio; mentre residuano in capo all'organo requirente precipuamente funzioni di promozione dell'accertamento e della repressione dei reati societari. Tale ruolo è valorizzato anche con riguardo al diritto fallimentare ove, tuttavia, al p.m. è riconosciuto un ampio e generale potere di azione, in quanto il fallimento può essere dichiarato su ricorso del debitore, del creditore o su richiesta del p.m. L'iniziativa di quest'ultimo è subordinata o all'emersione dell'insolvenza nel procedimento penale per qualsiasi reato ovvero alla segnalazione da parte del giudice che abbia rilevato l'insolvenza in una causa civile¹⁰⁶.

10. *Proposte di riforma del pubblico ministero.*

Induce ad una riflessione il dato che, negli ultimi anni autorevoli frange della dottrina abbiano lanciato un appello ad un "ritorno alla giurisdizione" con riguardo alla collocazione istituzionale e al ruolo del pubblico ministero¹⁰⁷. Ciò apparentemente risulta inspiegabile, se si considerano le garanzie che la Costituzione ha previsto indistintamente per gli appartenenti all'ordine giudiziario, di cui i magistrati requirenti fanno parte alla stregua di quelli giudicanti. Tuttavia gli ultimi interventi riformatori che hanno interessato dapprima l'organizzazione interna degli uffici di procura nel biennio 2006-2007¹⁰⁸ e, da ultimo, anche la collocazione ordinamentale nonché le attribuzioni del p.m. precipuamente in ambito penale, chiariscono le ragioni di quell'appello. Si allude al disegno di legge governativo n. 1440/S del 9 marzo 2009 che intende modificare il rapporto tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, attenuando il vincolo di dipendenza funzionale di quest'ultima e, al contempo, esautorando il potere del p.m. di acquisire di propria iniziativa la notizia di reato, relegandolo al ruolo di mero recettore delle notizie di reato comunicate dalla p.g. o da terzi.

E' stato osservato che non si tratta di innovare l'attuale assetto codicistico dei rapporti tra i soggetti protagonisti delle fasi propedeutiche all'esercizio obbligatorio dell'azione penale, bensì di un decisivo mutamento dei ruoli processuali di quei soggetti, idoneo a condizionare l'esercizio stesso dell'azione¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Sull'argomento cfr. V. Pacileo, *Il pubblico ministero nel processo civile*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3422 ss.

¹⁰⁷ L. Milani, *Tornare alla giurisdizione. Le proposte di riforma dell'associazione tra gli studiosi del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1375 ss.

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, § 6.

¹⁰⁹ G. Lattanzi, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel d.d.l. n. 1440/S*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1748; V. Grevi, *Rischio stravolgimento del vincolo funzionale nei rapporti tra p.m. e polizia giudiziaria*, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 14, p.12-13.

Sebbene l'assetto dei rapporti tra p.m. e p.g. disegnato dalle norme del codice vigente appaia equilibrato, in quanto il potere di direzione delle indagini da parte del primo non esclude un certo grado di autonomia investigativa della seconda¹¹⁰, le ultime proposte del Governo sono nel senso di mettere in primo piano le attività di iniziativa della p.g., relegando in secondo piano le deleghe di indagine e le direttive del p.m. che, peraltro, dovrà essere informato solo delle nuove fonti di prova e non invece delle attività svolte dalla p.g. di proprio impulso. Peraltro il potere di direttiva e di delega del p.m., secondo la proposta di riforma, verrebbe circoscritto al dirigente del servizio o della sezione di p.g. e non ai singoli ufficiali e agenti, con conseguente indebolimento del vincolo di dipendenza funzionale *ex art. 109 Cost.* dell'organo deputato alla prevenzione dei reati da quello preposto alla repressione di essi. L'emarginazione del ruolo del p.m. diverrebbe massima nella gestione delle indagini relative ai reati per i quali si procede con citazione diretta, in quanto esse sarebbero totalmente riservate alla p.g., come già accade per i procedimenti di competenza del giudice di pace.

I sostenitori della riforma invocano una più netta differenziazione di ruoli tra il p.m. e la p.g., in base alla quale al primo spetta di indagare sui fatti oggetto della notizia di reato che abbia ricevuto dalla p.g., perseguendo i colpevoli, mentre senza notizia di reato il p.m. non può compiere alcuna indagine. Tale preclusione sarebbe, nelle intenzioni dei riformatori, l'antidoto a possibili abusi da parte del p.m. nell'esercizio dei poteri di coercibilità della libertà, onorabilità e dei beni dei cittadini che l'ordinamento gli riconosce: senza notizia di reato - che il p.m. non potrà più acquisire *ex se*, ma potrà solo ricevere dalla p.g., esso non potrà esercitare quei poteri. Più in generale, con la riforma si è inteso ridimensionare la posizione dominante assunta dal p.m. nell'attuale assetto codicistico, attraverso un incremento di poteri della polizia giudiziaria, nell'ottica di un "controllo reciproco fra gli organi incaricati di assolvere ai compiti investigativi"¹¹¹.

Da più parti si è evidenziato che la soluzione proposta provocherebbe mali assai più gravi di quelli che intende curare. Anzitutto, la risposta al denunciato strapotere dei magistrati della pubblica accusa non può essere lo scivolamento verso una procedura di stampo poliziesco; l'antidoto al potere eccessivo del p.m. non può consistere nell'erosione dei suoi poteri a favore di un altro soggetto inquirente, bensì in un rafforzamento del ruolo di garanzia e di controllo del giudice, ergo un rafforzamento dei valori della giurisdizione fin dalla fase delle indagini preliminari¹¹².

In secondo luogo, con la riforma ci si preoccupa di eliminare prassi patologiche consistenti nell'uso distorto di strumenti invasivi, ad esempio le intercettazioni

¹¹⁰ Cfr. *supra*, § 7; v. voce *Indagini preliminari* (rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria).

¹¹¹ Così la *Relazione al progetto di riforma n. 1440/S*.

¹¹² Così O. Mazza, *La fase delle indagini preliminari nel "progetto Alfano" e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3272.

telefoniche, quando ancora mancano i necessari indizi di reato e, viceversa, non ci si avvede del rischio che, riservando l'attività di ricerca della notizia di reato in via esclusiva alla p.g., essa potrebbe non essere comunicata mai al p.m., il quale a sua volta, anche laddove ne apprendesse autonomamente i contenuti, non potrebbe agire senza straripare dal ruolo di subalterno alla p.g. in cui la riforma intende relegarlo¹¹³. L'effetto è quello di consegnare l'azione penale alla p.g. e, indirettamente, al Governo al quale essa è collegata da un rapporto di dipendenza organica, nei casi in cui l'iniziativa penale risulti invisibile alle forze politiche e ai centri di potere.

Se tale progetto di riforma venisse attuato, esso unitamente alle riforme strutturali e ordinamentali dell'ufficio del p.m. che in parte sono state già attuate, in parte sono oggetto di un acceso dibattito in questi anni¹¹⁴, comporterebbe un'involuzione nel senso di un ritorno dell'organo dell'accusa alla dipendenza del potere politico¹¹⁵.

Ed invero, è difficile negare che la forte gerarchizzazione dei rapporti interni all'ufficio di procura per effetto della quale ogni sostituto dipende dalle decisioni del procuratore della Repubblica, il quale a sua volta opera sotto l'occhio vigile del procuratore generale che può acquisire dati e notizie per verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale¹¹⁶, fa sì che tutto dipende da un capo (procuratore della Repubblica), che è sotto il controllo di altro capo (procuratore generale), che è nominato di concerto con il ministero della giustizia, il quale, peraltro, può ricorrere al Tar avverso i provvedimenti di conferimento o proroga degli incarichi direttivi.

In definitiva, il potere esecutivo, attraverso il ministro della giustizia, potrebbe confidare in una struttura gerarchica dell'ufficio che impedisce ogni libertà di azione ai singoli magistrati.

11. *(Segue). L'annosa questione della separazione delle funzioni e/o carriere.*

¹¹³ O. Mazza, *La fase delle indagini*, cit., p. 3267 ss. appare fortemente critico e scettico sull'efficacia del sistema delineato dal progetto di riforma rispetto agli ipotetici abusi del p.m. nell'attività euristica di ricerca della notizia di reato, considerata l'assenza di qualsivoglia sanzione processuale nell'ipotesi in cui il p.m. acquisisca e iscriva autonomamente la notizia di reato. Al più potrebbe configurarsi una responsabilità disciplinare che tuttavia non scalfirebbe la valida instaurazione del processo.

¹¹⁴ V. *infra*, § 11.

¹¹⁵ Per comprendere gli effetti abortivi che la riforma produrrebbe sull'iniziativa persecutoria dei magistrati, basti pensare che proprio l'acquisizione della consapevolezza di fruire di un maggior grado di indipendenza negli anni scorsi ha indotto alcuni magistrati a svolgere, senza remore, inchieste aventi ad oggetto casi di finanziamento illecito dei partiti e fatti di corruzione ad essi collegati, le quali vedevano come imputati uomini politici, imprenditori ed altri personaggi di spicco.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, § 6.

Nel quadro sopra tracciato, di per sé poco rassicurante - per il sospetto che attraverso l'indebolimento dei poteri del p.m. a favore di vere e proprie indagini parallele della p.g.¹¹⁷, si intenda aumentare le possibilità di controllo del potere esecutivo sull'avvio e sugli sviluppi delle inchieste giudiziarie - diventa di cruciale importanza il tema spinoso della separazione delle funzioni e/o carriere dei magistrati giudicanti e requirenti, riproposto con il d.d.l. costituzionale n. 4275 presentato alla Camera dei deputati il 7.4.2011¹¹⁸.

Attualmente con la riforma Mastella (legge 30.7.2007, n. 111) che ha modificato la c.d. riforma Castelli (d.lgs. n.106/2006) il concorso per l'accesso in magistratura è unico e il candidato non è tenuto a dichiarare se intende accedere ai posti di giudice o requirente, e non vi sono particolari ostacoli al passaggio da una funzione all'altra¹¹⁹.

Almeno fino alla riforma del 1999 il quadro costituzionale ha sempre offerto argomenti di segno contrario alle proposte di "separazione delle carriere": in tal senso depongono le norme che non distinguono tra giudici e pubblici ministeri quando stabiliscono che, la magistratura "nel suo complesso" costituisce un ordine autonomo ed indipendente (art. 104 Cost.), sussiste un unico Consiglio superiore della magistratura e quando precisano che tra i magistrati si registrano solo diversità di funzioni (art. 107, comma 3, Cost.), escludendo implicitamente che ve ne siano sul piano ordinamentale¹²⁰.

In occasione della riforma del 99 che va sotto il nome di "riforma del giusto processo", il richiamo esplicito alla "terzietà" del giudice, ad integrazione dell'art. 111 Cost., ha indotto taluno a ravvisarvi un avallo costituzionale alla doverosità della separazione di carriere.

La tesi della separazione delle carriere è comunemente supportata da tre argomenti. In primo luogo si invoca la professionalità del magistrato che può essere garantita solo dalla necessaria specializzazione di ruoli. In questa prospettiva il passaggio da una funzione all'altra deve essere subordinato ad una seria valutazione di idoneità del magistrato ad espletare un ruolo diverso da quello esercitato in precedenza ed è consentito solo nell'ambito di un distretto diverso¹²¹. In secondo luogo, la separazione

¹¹⁷ Si pensi, solo in via esemplificativa, all'attribuzione agli ufficiali di p.g. del potere di sequestrare in via d'urgenza il corpo del reato anche se il p.m. non abbia ancora assunto la direzione delle indagini, oppure si pensi alla delegabilità alla p.g. dell'interrogatorio e del confronto anche quando vi partecipi l'indagato *in vinculis*.

¹¹⁸ Per una disamina delle novità previste dal disegno di legge v. L. Pepino, *La separazione delle carriere*, in *Foro it.*, 2011, fasc. 10, c. 253-256; R. Romboli, *Osservazioni sul disegno di legge costituzionale n. 4275*, in *Quest. Giust.*, 2011, fasc. 5, p.129-164.

¹¹⁹ Sull'argomento v. G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, *Aggiornato*, cit., p. 224-225.

¹²⁰ Cfr. *supra*, § 2.

¹²¹ La riforma Castelli per l'accesso in magistratura prevedeva, ad esempio, che il passaggio da una funzione all'altra potesse avvenire solo dopo tre anni di servizio, previa partecipazione ad un concorso per titoli, per l'assegnazione di posti vacanti in distretti diversi, dopo aver frequentato un corso di formazione

delle carriere ovvero delle funzioni, è *condito sine qua non* per attuare l'effettiva parità della parti nel processo penale di stampo accusatorio introdotto dal codice dell'89. Consistenti gruppi della maggioranza politica invocano una trasformazione del p.m. in "avvocato dell'accusa", in posizione simmetrica e opposta a quella di "avvocato della difesa", prendendo in tal modo le distanze dalla tradizionale definizione del p.m. quale "organo di giustizia"¹²². Infine la separazione tra giudicanti e requirenti sotto il profilo della collocazione istituzionale è necessaria a garantire la terzietà del giudice rispetto a tutte le parti e l'effettività del contraddittorio, altrimenti pregiudicato dal rapporto privilegiato che, secondo i fautori della riforma, attualmente sussiste tra giudice e p.m., in quanto facenti parte dello stesso ordine giudiziario.

Per quel che concerne la professionalità dei magistrati, si è osservato che in magistratura il cambiamento di ruolo è idoneo, contrariamente a quanto si voglia far credere, ad assicurare la completa formazione del magistrato. Non può essere messa in discussione, infatti, la «sicura validità di percorsi professionali che moltiplicano le esperienze e portano una stessa persona a svolgere nel tempo ruoli diversi; la pluralità di ruoli ricoperti costituisce fonte di maturazione e di grande affinamento professionale»¹²³. Al contempo non vanno trascurati i rischi derivanti dalla propensione a consentire ai magistrati, soprattutto requirenti, di arroccarsi per tutta la loro carriera nel ruolo di pubblici accusatori, senza mai acquisire la c.d. "cultura della giurisdizione": ne deriverebbe il pericolo dell'acquisizione da parte loro di una mentalità diversa da quella del magistrato, non propriamente ispirata a spirito critico e tendente ad appiattirsi ad un ragionamento a senso unico, trasformandosi in una sorta di super-poliziotto¹²⁴.

Sotto il profilo della simmetria di ruoli e di poteri tra accusa e difesa, a parte la considerazione che oggi molti dei fattori di asimmetria tra parte pubblica e parti private sono scomparsi (si veda ad es. la riforma dell'art. 111 Cost., la legge sulle indagini difensive, la normativa sulla difesa d'ufficio)¹²⁵, si è evidenziato che la tesi dell'accusa e della difesa in posizione di assoluta parità davanti ad un giudice arbitro presenta un vizio di fondo, consistente nell'idea, fallace, che il processo sia una partita tra due

presso la scuola superiore della magistratura con esame finale. Sull'argomento v. C.M. Grillo, *Riforma e controriforma dell'accesso in magistratura (da Grandi a Mastella, passando per Castelli)*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 834 ss; B. Gambineri, *La separazione delle carriere e la separazione delle funzioni*, in AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 24.

¹²² Cfr. *supra*, § 7.

¹²³ Così Consiglio superiore della magistratura, *Parere reso sul d.d.l. delega, in data 12.6. 2002*.

¹²⁴ Così V. Grevi, *Pubblico ministero e giudice: funzioni e carriere in discussione*, in AA. VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, p. 36.

¹²⁵ B. Gambineri, *La separazione delle carriere*, cit., p. 24 ss.

contendenti davanti ad un giudice terzo. Premesso che il fine del processo non sta nella risoluzione di un conflitto tra le parti, bensì nell'accertamento finalizzato a condannare il colpevole e ad assolvere l'innocente, rispetto a tale funzione cognitiva i ruoli dell'accusa e della difesa sono irriducibilmente asimmetrici: solo alla prima, e mai alla seconda, la ricerca della verità è imposta come metodo di azione, a partire dalla fase della notizia di reato; in quest'ottica si spiegano i precetti degli artt. 358, 291, 309, comma 5, c.p.p. Al contrario, la difesa può ben adoperarsi con ogni mezzo per ottenere il proscioglimento dell'imputato, a prescindere dalla sua innocenza o colpevolezza. Ciò che giustifica tale diversità di ruoli è la natura pubblicistica della funzione dell'accusa che è esercitata non nell'interesse della vittima del reato, bensì nell'interesse della comunità. Si conferma, dunque, ancora una volta la natura ibrida del p.m. il quale è "avvocato dell'accusa" nella misura in cui è chiamato a ricercare prove a carico dell'imputato, a chiedere misure cautelari, ad esercitare l'azione penale, ma è anche "difensore della legalità," dovendo orientare la sua azione esclusivamente all'accertamento dei fatti, chiedendo la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'imputato. In tal senso può parlarsi di "cultura della giurisdizione" come regola d'azione per il pubblico ministero.

Se tali sono i connotati essenziali della funzione della parte pubblica nel processo penale, la sua appartenenza all'ordine giudiziario, garantendo la soggezione solo all'obbligo di esercizio dell'azione penale e l'indipendenza da qualunque altro potere, non rappresenta un privilegio ingiustificato a danno della parità delle parti, bensì una maggiore garanzia per le parti. La separazione delle carriere vanificherebbe quelle garanzie di legalità a danno dello stesso imputato¹²⁶.

Ciò, tuttavia, non è sufficiente per accomunare *sic e simpliciter* giudice e pubblico ministero in una "promiscuità" che si tradurrebbe in un dialogo privilegiato tra accusatori e giudici, a detrimento della terzietà dell'organo chiamato a decidere. Una distinzione di funzioni e ruoli tra giudicanti e requirenti è garantita già dal codice di rito: la figura di pubblico ministero disegnata dal codice del 1989 è ben diversa da quella del giudice, sul piano del ruolo e dei poteri da esercitare nel procedimento, come anche sul piano dell'efficacia degli atti di rispettiva pertinenza, soprattutto quelli a valenza probatoria. Coerentemente alla sua natura di parte processuale, il p.m. nel nuovo rito non ha più funzioni giurisdizionali e decisorie, non forma più la prova, non ha poteri di coercizione personale. Ergo, anche da questo punto di vista la proposta di riforma della separazione delle carriere appare totalmente ingiustificata in quanto non apporterebbe alcun vantaggio aggiuntivo.

L'unico effetto che la riforma sarebbe in grado di produrre è di tipo politico, come meramente tecnica e politica è la scelta se separare le carriere dei magistrati requirenti da quelle dei giudicanti: si tratta, in particolare, di decidere se ricondurre nuovamente la

¹²⁶ P. Ferrua, *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in *Quest. Giust.*, 2010, fasc. n. 1, p. 23-25.

pubblica accusa sotto l'egida del potere esecutivo in quanto è innegabile che, estromessa dal potere giudiziario, non potendo certo essere assorbita in quello legislativo, la magistratura requirente deputata alla funzione sovrana della repressione dei reati non potrebbe che essere nuovamente attratta nell'orbita del potere esecutivo. *Tertium non datur.*

In definitiva, la proposta riforma della separazione delle carriere, la forte gerarchizzazione della struttura del p.m. con poteri accentrati nelle mani di pochi capi e il gigantismo della polizia, organicamente collegata al Governo, nella gestione delle indagini, sono fattori a forte valenza "politica", che non hanno nulla a che fare con la struttura del processo e con la dialettica delle parti, ma riguardano gli istituti fondamentali del sistema costituzionale: l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, l'obbligatorietà dell'azione penale, il controllo diffuso di legalità¹²⁷.

Rossella Mastrototaro

Materiale giurisprudenziale e legislativo.

Pag. 1

- r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626: "*Ordinamento giudiziario*"

Pag. 2

- l. 14 luglio 1907, n. 511

- r.d. 14 dicembre 1921, n. 1978, "*Disposizioni sull'ordinamento giudiziario*".

- r.d. 14 settembre 1923, n. 1921

- t.u. 30 dicembre 1923, n. 2786 *Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura*

- r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario*

Pag. 3

- r.d.lg. 31 maggio 1946, n. 511: "*Legge delle guarentigie della Magistratura*"

- art. 69, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12: *Il pubblico ministero esercita, sotto la vigilanza del ministro per la grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce.*

- art. 107 Cost.:

1. 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

¹²⁷ L. Pepino, *La separazione*, cit., p. 256.