

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Esercizio dell'azione penale, responsabilità disciplinare ed avocazione: un intreccio "a rischio" di imbarazzanti sospetti (notazioni a margine di una vicenda catanzarese).

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/76233> since 2019-02-14T12:00:18Z

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

**Esercizio dell'azione penale, responsabilità disciplinare ed avocazione:
un intreccio "a rischio" di imbarazzanti sospetti
(notazioni a margine di una vicenda catanzarese)**

di Giorgio Sobrino

1. Le recenti intricate vicende intervenute in sede giudiziaria e politica nell'ambito di quello che, per la notevole risonanza provocata nei *media* e nella pubblica opinione, può definirsi il "**caso De Magistris – Mastella**", suscitano un'esigenza di chiarificazione ed inquadramento alla stregua della vigente disciplina sull'ordinamento giudiziario e mettono a nudo una serie di questioni irrisolte, ma di notevole rilievo, su cui conviene portare l'attenzione.

Su tutto ciò ci si propone di svolgere alcune considerazioni nelle pagine che seguono.

2. Consideriamo in primo luogo i **fatti** nel loro svolgimento cronologico¹.

E' il mese di giugno quando i più importanti quotidiani nazionali danno notizia dell'apertura, da parte del sostituto procuratore della Repubblica di Catanzaro, dott. Luigi De Magistris (già noto in ambito locale per una precedente indagine sui finanziamenti pubblici per la tutela ambientale, denominata "*Poseidone*"), di un procedimento penale relativo ad un presunto utilizzo illecito di fondi comunitari destinati allo sviluppo del territorio calabrese. L'iniziativa del p.m., titolare del procedimento congiuntamente al procuratore aggiunto Murone, delegato dal procuratore capo Lombardi alla trattazione dei procedimenti in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, si colloca nel contesto di una vasta indagine avviata nel 2005 e mira ad accertare, più specificamente, l'eventuale distrazione delle ingenti somme di denaro erogate dall'UE (successivamente stimate da parte di alcuni giornali, addirittura, in otto miliardi e mezzo di euro fino al 2013!²) in attività immobiliari del settore turistico. Secondo l'ipotesi accusatoria, la condotta illecita sarebbe stata realizzata principalmente da Antonino Saladino, ex presidente per il Sud Italia della Compagnia delle Opere e titolare di numerose aziende beneficiarie dei finanziamenti - tra le quali, la società di lavoro interinale "*Why Not?*", da cui il nome dell'inchiesta -, con l'appoggio determinante di esponenti del mondo politico, giudiziario, imprenditoriale e persino dei servizi segreti: tutti questi soggetti - emergerebbe dalle indagini disposte dal sostituto - avrebbero dato vita con il principale indagato ad una sorta di "comitato d'affari", facente capo ad una loggia clandestina affiliata alla massoneria (di qui, l'ipotesi di violazione, tra l'altro, della Legge Anselmi) e con base operativa nella Repubblica di San Marino, dove sarebbero stati riciclati i proventi della gestione illecita dei fondi³.

La natura e gravità dei reati ipotizzati ed il diretto coinvolgimento del mondo politico nella loro commissione fa sì che l'indagine non passi inosservata, in Calabria e a livello nazionale. Il 13 luglio, mentre in Senato sono in corso le votazioni sulla riforma dell'ordinamento giudiziario proposta dal Governo, si verifica il primo "colpo di scena": il sito *web* del settimanale "*Panorama*" rivela l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. (nell'uso giornalistico, "registro degli indagati") del Presidente del Consiglio Prodi, con la contestazione del reato di abuso d'ufficio in relazione ad una presunta intromissione illecita nell'attività di finanziamento comunitario dello sviluppo regionale in Calabria, avvenuta all'epoca della presidenza della Commissione europea⁴. La notizia,

¹ Assai utile, per quanto - è opportuno avvertire - "parziale" sotto il profilo della posizione sul merito di tali vicende ivi assunta, la ricostruzione svolta da A. Massari, "*De Magistris: un magistrato da fermare*", in *Micromega*, n. 6/2007, spec. pp. 47-60.

² V., ad es., G. D'Avanzo [20/10/2007].

³ F. Viviano [20/10/2007]; C. Vulpio [20/10/2007]; A. Massari, *loc. ult. cit.*

⁴ A. Massari [14/07/2007]; F. Rizzi [14/07/2007].

successivamente confermata dalla Procura, suscita evidentemente scalpore in ambito politico, per quanto il Capo del Governo, mostrando un atteggiamento di distacco e riserbo mantenuto anche nel seguito della vicenda, si limiti a dichiarare la propria estraneità ai fatti contestati e la fiducia nell'operato dei magistrati.

Nei giorni successivi, peraltro, si apprende - sempre da fonti di stampa - che il dott. De Magistris sta sottoponendo ad indagini anche altri esponenti politici di primo piano appartenenti ad entrambi gli schieramenti. Emergono, in particolare, i nomi di Nicola Adamo (vicepresidente DS della Giunta Regionale calabrese), Mario Pirillo (assessore regionale della Margherita), del senatore di Forza Italia Giancarlo Pittelli e dell'on. Lorenzo Cesa, segretario nazionale dell'UDC, ai quali viene contestato di aver indebitamente agevolato l'erogazione di finanziamenti pubblici in favore delle società di proprietà di Saladino, in cambio dell'assunzione nelle medesime società di persone collegate ai rispettivi partiti e della dazione di somme di denaro destinate al finanziamento della propria attività politica, in violazione della disciplina sul finanziamento pubblico ai partiti⁵. Sebbene alcuni degli indagati, a cominciare proprio da Saladino, risultino intrattenere rapporti di natura politica e personale con il Ministro della Giustizia Mastella - l'altro principale protagonista degli eventi oggetto di queste note -, il nome del Guardasigilli non risulta, al momento, iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

A due mesi di distanza, dopo le ferie estive, si registra il secondo evento detonante della vicenda in esame, che contribuisce a farle perdere definitivamente la sua dimensione locale (e giudiziaria...), trasformandola in un vero e proprio "caso" di politica nazionale. Il 21 settembre lo stesso Ministro della Giustizia promuove un'azione disciplinare nei confronti del dott. De Magistris e del procuratore capo, dott. Lombardi, avanzando contestualmente alla Sezione disciplinare del C.S.M., come consentitogli dalla riforma dell'ordinamento giudiziario approvata dalla coalizione di centrodestra nella precedente legislatura, richiesta di trasferimento cautelare ad altro ufficio di entrambi i magistrati. Ad avviso del Guardasigilli, dalle relazioni sull'attività della Procura catanzarese trasmesse dall'Ispettorato del Ministero già al proprio predecessore Castelli e dalle informazioni assunte a seguito di recenti esposti fatti pervenire al Ministero stesso, risulterebbe chiaramente la commissione da parte dei pubblici ministeri interessati di gravi e reiterate violazioni disciplinari nell'esercizio delle rispettive funzioni ed in particolare nella conduzione delle indagini "*Poseidone*" e, proprio, "*Why Not*". Più specificamente, il sostituto De Magistris si sarebbe reso responsabile di numerose irregolarità procedurali nei confronti degli indagati (come l'omesso invio dell'informazione di garanzia prescritta dall'art. 369 c.p.p.) e dello stesso procuratore capo (mancata comunicazione dei provvedimenti adottati, nonostante la necessità di assenso scritto del procuratore prevista dalla legge per alcuni di essi), oltre che della divulgazione di notizie inerenti il procedimento in ripetuta violazione del dovere di riservatezza; il procuratore della Repubblica, dall'altra parte, non avrebbe adeguatamente vigilato sull'operato del proprio sostituto né denunciato agli organi competenti i relativi comportamenti suscettibili di rilievo disciplinare: il tutto, secondo quanto riportato nella comunicazione ministeriale di inizio dell'azione disciplinare, nel quadro di un aspro conflitto accertato all'interno dell'ufficio di Procura interessato, tale da determinare un "obiettivo clima di tensione (...) in relazione alla gestione di delicatissimi procedimenti penali di rilevante interesse pubblico"⁶.

Anche in questo caso le reazioni non tardano ad arrivare. Le forze politiche, come prevedibile, si dividono (peraltro, in modo trasversale alle coalizioni, associandosi sostanzialmente il centrodestra al giudizio espresso dai partiti moderati della maggioranza) sulla valutazione dell'iniziativa del Ministro, ritenuta, a seconda delle prospettive,

⁵ G. Amadori [26/07/2007]; ancora, A. Massari, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 49 ss.; *La Stampa.it/Multimedia* [22/10/2007].

⁶ G. Bianconi [7/10/2007]; A. Massari [22/09/2007]; L. Milella [22/09/2007]; G. Ruotolo [8/10/2007].

opportuna alla luce delle violazioni disciplinari emerse o, come invece per la componente più radicale del centrosinistra ed il Ministro Di Pietro, un'improvvida ingerenza politica nell'esercizio dell'attività giudiziaria requirente⁷. Dall'altro lato, il sostituto inquisito rivendica di fronte agli organi d'informazione la correttezza del proprio operato ed anzi, in un'intervista rilasciata alla trasmissione televisiva "Anno Zero" nell'ambito di una puntata destinata a suscitare roventi polemiche, non esita ad attaccare il Guardasigilli e, più in generale, il potere politico per le minacce all'indipendenza della Magistratura, ricevendo l'appassionato sostegno del g.i.p. milanese Clementina Forleo, presente in studio e protagonista, a sua volta, dei controversi procedimenti sui rapporti tra politica e mondo economico nelle scalate bancarie del 2005. A difesa del p.m. sembra schierarsi, del resto, anche la gran parte della popolazione calabrese, che attraverso associazioni e movimenti spontanei (come quello dei "ragazzi di Locri", costituitosi dopo l'omicidio del vicepresidente regionale Fortugno per mano della 'ndrangheta) denuncia l'illegalità e la corruzione dilagante nella Regione e – come non si vedeva dai tempi delle inchieste milanesi di "Mani pulite" - si mobilita nelle piazze contestando il Ministro Mastella ed incitando il magistrato a proseguire nell'indagine intrapresa⁸.

Riunitasi il successivo 8 ottobre per la discussione della domanda cautelare proposta dal Ministro della Giustizia, la Sezione disciplinare del C.S.M., su richiesta del dott. De Magistris e dello stesso sostituto procuratore generale, dott. Vito D'Ambrosio (rappresentante dell'accusa nel procedimento disciplinare a carico dei magistrati), rinvia peraltro la decisione all'udienza del 17 dicembre, avendo provveduto l'Ispettorato del Ministero, nell'imminenza della data di discussione, al deposito di ulteriore documentazione relativa alla posizione dell'incolpato, di notevole consistenza e pertanto insuscettibile di esame immediato⁹.

A questo punto il pubblico ministero calabrese, legittimato di fatto a procedere nell'indagine e forse anche animato dal consenso dell'opinione pubblica locale (come hanno ipotizzato Carlo Federico Grosso e Giuseppe D'Avanzo sulle pagine, rispettivamente, de "La Stampa" e della "Repubblica"¹⁰) si rimette al lavoro, approfondendo alcune ipotesi investigative e concentrando l'attenzione sulle risultanze di tabulati ed intercettazioni telefoniche relative all'indagato principale Saladino, disposte prima dell'avvio del procedimento disciplinare.

Passano pochi giorni ed il quotidiano "Libero", nella prima pagina dell'edizione del 19 ottobre, profila l'avvenuta iscrizione nel c.d. registro degli indagati dello stesso Ministro Mastella¹¹, indiscrezione confermata il giorno successivo dagli altri maggiori giornali nazionali né, sintomaticamente, smentita dalla Procura di Catanzaro. Secondo la ricostruzione della stampa, l'ulteriore – assai sorprendente, almeno da una prospettiva esterna all'inchiesta - iniziativa di De Magistris, assunta presumibilmente il 13 ottobre e comunicata al procuratore aggiunto Murone per la rituale controfirma (il procuratore capo Lombardi, infatti, competente a vistare le iscrizioni ex art. 335 c.p.p., non avrebbe direttamente avallato la richiesta del proprio sostituto), sarebbe derivata dal riscontro di numerosi contatti telefonici tra il Ministro e alcuni altri indagati (tra i quali, proprio l'ex presidente della Compagnia delle Opere), tali da far fondatamente sospettare un suo

⁷ A. Massari [23/09/2007]; A.M. Greco [23/09/2007].

⁸ F. Viviano [24/09/2007]; C. Vulpio [25/09/2007]; I. Dominijanni [2/10/2007]. Per una puntuale - anche se, pure in questo caso, connotata da un chiaro giudizio di valore dell'Autrice - rappresentazione delle "percezioni diffuse" nella c.d. "società civile" in Calabria e delle conseguenti iniziative di mobilitazione intraprese in quei giorni, si può vedere B. Borromeo, *Diario di una settimana nella Calabria che lotta*, in *Micromega*, n. 6/2007, cit., pp. 113-119 (che raccoglie l'esito di interviste e riprese televisive effettuate dagli inviati della trasmissione "Anno Zero" tra il 29 settembre ed il 4 ottobre, in preparazione della puntata cui si è appena fatto riferimento nel testo).

⁹ G. Bianconi [9/10/2007]; G. D'Avanzo [9/10/2007]; A.M. Greco [9/10/2007].

¹⁰ C.F. Grosso [22/10/2007]; G. D'Avanzo [20/10/2007].

¹¹ G. Paragone [19/10/2007].

coinvolgimento nelle attività illecite oggetto dell'indagine. In tale contesto, tre sarebbero le specifiche fattispecie di reato ipotizzate dal sostituto per quanto concerne il Guardasigilli: abuso d'ufficio (come per il Presidente del Consiglio Prodi), violazione della legge sul finanziamento pubblico ai partiti e truffa a danno dell'Unione Europea e dello stesso Stato italiano¹².

Passato nel volgere di pochi giorni da accusatore ad accusato, nel quadro di una vicenda ormai avvertita come un vero e proprio scontro, affatto edificante e dai connotati assai gravi, tra poteri dello Stato¹³, il Ministro Mastella replica con durezza, respingendo ogni addebito e, a fronte della presa di distanza – quando non, come ancora nel caso del collega di Governo Di Pietro e dei partiti della c.d. sinistra radicale, delle aperte critiche – di alcuni settori della maggioranza, non esitando a mettere in gioco la sopravvivenza stessa dell'Esecutivo. In un primo momento, attraverso un comunicato stampa del proprio Ministero, egli dichiara “di non essere mai stato iscritto a nessuna loggia massonica, né in Italia né all'estero, e di non aver mai partecipato a comitati d'affari o a singoli affari”, deprecando la divulgazione da parte dei *media* di “notizie che dovrebbero essere riservate in quanto coperte dal segreto d'indagine”, come quelle inerenti il contenuto del registro delle notizie di reato¹⁴. Poi, in successive interviste e trasmissioni televisive, ribadita la piena legittimità dell'iniziativa disciplinare adottata nei confronti dei magistrati di Catanzaro, definisce “ridicole e ignobili” le accuse rivoltegli dai medesimi¹⁵ e, riferendosi alle manifestazioni svoltesi in Calabria a sostegno dell'indagine, ricorda la celebre affermazione di Aldo Moro di fronte ai continui attacchi al sistema politico del tempo - “non ci faremo processare nelle piazze” -, dichiarandosi infine pronto a dimettersi in caso di mancata rinnovata fiducia da parte degli alleati di governo, aprendo così la strada ad un'inevitabile crisi di governo ed alle elezioni anticipate¹⁶.

E' in questo clima politico piuttosto acceso che matura un ulteriore - l'ultimo, allo stato dei fatti - “colpo di scena” nella vicenda in esame: l'avvocazione dell'indagine “*Why Not*” da parte della Procura generale di Catanzaro, intervenuta il 20 ottobre ed anch'essa resa nota dalla stampa, ad appena due giorni dalla pubblicazione della notizia dell'iscrizione del Ministro della Giustizia. Disposto dal procuratore generale reggente, avvocato generale Dolcino Favi (sostituito, peraltro, pochi giorni dopo dal C.S.M., previo “concerto” con il Ministro stesso ai sensi della legge 195/1958, ponendo fine ad una lunga vacanza nell'ufficio direttivo calabrese), il provvedimento, che determina la sottrazione alla Procura della Repubblica del procedimento penale in questione, si fonderebbe principalmente - secondo quanto ancora riportato dagli organi di informazione¹⁷ - su una situazione di incompatibilità del sostituto De Magistris, assegnatario del procedimento stesso, determinatasi a seguito della sottoposizione ad indagini del Guardasigilli Mastella, suo accusatore nel procedimento disciplinare pendente innanzi al C.S.M. in relazione alla medesima indagine. Tale situazione, avrebbe argomentato il procuratore generale facendo riferimento all'art. 372 c.p.p., non era stata rimossa dal procuratore capo Lombardi (a sua volta, comunque, direttamente interessato nella vicenda, in quanto egli stesso sottoposto al procedimento disciplinare di cui sopra) con la sostituzione del magistrato, non risultando peraltro nemmeno valutata dalla Procura della Repubblica, nella fattispecie, l'eventualità della trasmissione degli atti di indagine riguardanti il Guardasigilli al c.d. Tribunale dei Ministri (in questo caso, il Tribunale di Roma), titolare della competenza inderogabile a

¹² F. Viviano [20/10/2007]; D. Martirano [20/10/2007]; C. Vulpio [20/10/2007]. Secondo l'ANSA, peraltro, risulterebbe contestata anche la violazione della Legge Anselmi sulle associazioni segrete, in relazione a presunti rapporti del Ministro con la loggia massonica di San Marino al centro dell'inchiesta.

¹³ In questi termini, in particolare, G. D'Avanzo [20/10/2007]: “*Se i poteri si sfidano a colpi di ritorzioni*”.

¹⁴ Ministero della Giustizia, Comunicato stampa [19/10/2007].

¹⁵ D. Martirano [20/10/2007].

¹⁶ Ancora G. D'Avanzo [20/10/2007]; A.M. Greco [20/10/2007]; L. Milella [23/10/2007].

¹⁷ In particolare, G. Fasano [21/10/2007]; M. Martinelli [21/10/2007]; A. Massari [21/10/2007].

giudicare dei reati ministeriali, a norma della l. cost. n. 1 del 1989 (trasmissione, cui la Procura generale provvederà puntualmente il successivo 23 ottobre).

In questo caso, è il sostituto privato dell'indagine a manifestare pubblicamente il proprio disappunto, con dichiarazioni estremamente "pesanti", non usuali (almeno in passato...) per un magistrato, ed una risolutezza non dimostrata nemmeno nell'occasione della precedente notizia dell'inizio nei suoi confronti del procedimento disciplinare. Afferma il dott. De Magistris che il provvedimento adottato dal procuratore generale, di cui egli ha appreso notizia solo attraverso i giornali, costituisce "un ulteriore tassello dell'attività di contrasto" esercitata nei suoi confronti dal "sistema" che governa la Calabria, da "poteri occulti che, evidentemente, trovano terreno fertile anche all'interno della magistratura", parte della quale, anzi, sarebbe "completamente interna al sistema di collusione" oggetto della propria inchiesta¹⁸. Il p.m. si definisce "un magistrato normale, che rispetta profondamente la Costituzione repubblicana" e nel corso della propria carriera ha indagato con uguale scrupolo su "omicidi, traffici di droga e di esseri umani" e "sui rapporti opachi tra politica, istituzioni, appalti e fiumi di risorse pubbliche": nel primo caso, però - rileva polemicamente -, con "il plauso delle istituzioni"; nel secondo, in una condizione di "fortissimo isolamento istituzionale" e, di più, con un'aperta opposizione, che manifesta "il crollo dello Stato di diritto" e "la fine dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura come potere diffuso"¹⁹.

L'ipotesi di un "movente" (o, peggio ancora, di un vero e proprio *input*) politico dell'avocazione del procedimento "*Why Not*" – ribadita da De Magistris e dalla collega milanese Forleo in un'altra agguerrita puntata della trasmissione "*Anno Zero*" e tale da indurre il C.S.M. ad aprire un ulteriore procedimento nei confronti del magistrato (nonché, in un momento successivo, nei confronti della stessa dott.ssa Forleo), per valutare l'opportunità di un suo trasferimento, in questo caso, per "incompatibilità ambientale" ai sensi dell'art. 2 r.d.lgs. 511/1946²⁰ – fa breccia, peraltro, nei giorni successivi, nelle forze parlamentari maggiormente critiche nei riguardi dell'operato del Ministro Mastella, nell'opinione pubblica (calabrese e non solo) ed anche nei commenti di autorevolissimi e notoriamente assai equilibrati giuristi. Nel mondo politico, sono soprattutto radicali, comunisti ed Italia dei Valori – oltre a parte dell'opposizione di centrodestra – a gridare al "colpo di spugna" in favore del Guardasigilli²¹, dichiarando in particolare il Ministro Di Pietro che "minare l'indipendenza dei giudici può portare alla caduta del governo"²². Nella società civile, si moltiplicano le iniziative – dalla raccolta di firme nelle piazze della Calabria agli appelli alla mobilitazione diffusi in rete dai "ragazzi di Locri" ed altri movimenti - volte a contrastare la sottrazione dell'indagine al sostituto De Magistris, in nome "degli inviolabili principi della Costituzione"²³. Dalle pagine, rispettivamente, del "*Corriere della sera*" e de "*La Stampa*", infine, Vittorio Grevi e Carlo Federico Grosso, pur argomentando la formale legittimità del provvedimento di avocazione, paventano entrambi le conseguenze negative di un eventuale rallentamento del procedimento, esortando la

¹⁸ A queste gravi accuse fa seguito la presentazione da parte del sostituto procuratore di formale denuncia nei confronti dei dirigenti degli uffici giudiziari di Catanzaro, presso la Procura della Repubblica di Salerno (competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p.): in merito, v. *infra*, nota 33, con i relativi riferimenti giornalistici.

¹⁹ Intervista a G. Ruotolo [21/10/2007]. Considerazioni di tenore sostanzialmente analogo erano state peraltro già compiute dal sostituto procuratore catanzarese nell'estate scorsa (prima, dunque, che l'indagine "*Why Not*" assumesse l'attuale rilevanza nazionale), in un'altra intervista rilasciata al giornalista de "*La Stampa*", ora ripubblicata in *Micromega*, n. 6/2007, cit., pp. 73 ss., con un *post scriptum* del magistrato stesso, datato 22 ottobre.

²⁰ C.S.M., Prima Commissione, Comunicato stampa [24/10/2007].

²¹ G. Fasano [21/10/2007]; M. Martinelli [21/10/2007].

²² A. Massari [21/10/2007]; L. Milella [23/10/2007].

²³ A. Bolzoni – F. Viviano [21/10/2007]; A. Massari [21/10/2007].

Procura generale di Catanzaro a proseguire con rigore nelle indagini ed il C.S.M. a pronunciarsi al più presto sulla posizione dei magistrati coinvolti²⁴.

Alla luce di tutto ciò, il “caso De Magistris - Mastella” appare ormai talmente delicato da indurre il Capo dello Stato, sino a quel momento tenutosi (forse, eccessivamente) ai margini della vicenda, ad intervenire in prima persona. In una nota del 22 ottobre, il Presidente Napolitano esprime, anche in qualità di Presidente del Consiglio superiore della Magistratura, “viva preoccupazione” per “le polemiche seguite a indagini svolte e a determinazioni assunte da organi giudiziari e dai titolari dell’azione disciplinare nei confronti di magistrati” e, nell’invitare tutti gli organi interessati al “rispetto delle regole fissate da leggi e codici deontologici” ed alla massima “riservatezza”, si impegna a prestare “vigile attenzione perchè sia assicurato il pieno, doveroso sviluppo delle indagini in corso, e in tale contesto siano puntualmente rispettati i diritti dei soggetti coinvolti, così che la Magistratura possa esercitare le sue funzioni in assoluta autonomia e indipendenza”²⁵.

Nel contempo, per quanto riguarda il procedimento penale controverso, da un lato, il dott. De Magistris propone ai sensi dell’art. 70, comma 6**bis**, O.G. reclamo avverso il provvedimento di avocazione, il quale il 9 novembre viene peraltro dichiarato inammissibile dalla Procura generale presso la Corte di cassazione (già investita, si noti, delle funzioni di accusa nel procedimento disciplinare pendente a carico del sostituto catanzarese), sul presupposto del difetto di legittimazione del sostituto procuratore ad impugnare un provvedimento ablativo di attribuzioni ritenute di spettanza della Procura della Repubblica complessivamente considerata²⁶. Dall’altro lato, sul versante del procedimento disciplinare, con due successivi atti del 28 novembre e del 6 dicembre il procuratore generale della Suprema Corte, dott. Mario Delli Priscoli, articola le contestazioni a carico del magistrato inquisito, formalizzandole in ben dodici capi di imputazione. Sulla base del contenuto degli atti di ispezione dei magistrati del Ministero e delle risultanze dell’audizione dello stesso De Magistris presso la Procura generale, gli addebiti vengono estesi, in particolare, ai rapporti intrattenuti dal sostituto con gli organi di stampa (definiti come “disinvolti” e del tutto contrari a “profili di opportunità e riservatezza”), alla correlativa grave accusa di aver fatto “apparire” le iniziative giudiziarie e disciplinari assunte nei suoi confronti come “manifestazioni di un complotto per far cessare la sua attività di indagine”²⁷ e – ultimo ma non ultimo – all’acquisizione ed utilizzo dei tabulati delle conversazioni telefoniche tra il Ministro Mastella ed alcuni altri indagati senza la preventiva richiesta di autorizzazione alla Camera di appartenenza del Guardasigilli (il Senato), come invece prescritto, in attuazione dell’art. 68 della Costituzione, dalla c.d. “legge Boato” del 2003²⁸. Alla formulazione degli addebiti fa direttamente seguito la richiesta di rinvio a giudizio disciplinare del pubblico ministero interessato, avanzata dal procuratore generale in data 14 dicembre (tre giorni prima della camera di consiglio prevista per la decisione sul trasferimento cautelare, dopo il rinvio dell’8 ottobre); per la discussione orale del giudizio, la Sezione disciplinare del C.S.M., con estrema e non usuale rapidità²⁹, fissa un’udienza straordinaria per l’11 gennaio, con eventuale prosecuzione il 12 ed il 14 dello stesso mese³⁰.

²⁴ V. Grevi [21/10/2007]; C.F. Grosso [22/10/2007].

²⁵ Presidenza della Repubblica, Comunicato [22/10/2007].

²⁶ Nota della Segreteria della S.C. di cassazione, riportata, in particolare, da M. Martinelli [10/11/2007].

²⁷ Per queste due contestazioni disciplinari, v. M. Coffaro [29/11/2007].

²⁸ ANSA.it [10/12/2007], secondo cui tale violazione sarebbe stata commessa dal sostituto procuratore il 20 aprile 2007 (data di emissione del decreto di acquisizione agli atti del procedimento “*Why Not*” delle intercettazioni telefoniche in questione) ed accertata dalla Procura della Repubblica di Roma, su richiesta della stessa Procura generale della Cassazione, il 20 novembre.

²⁹ Circostanza rilevata, in particolare, da G. Ruotolo [15/12/2007]: “*Processo lampo al Csm contro il pm De Magistris*”.

³⁰ F. Viviano [15/12/2007].

Proprio in considerazione della prossimità di tale udienza, il 17 dicembre il Collegio presieduto dall'on. Mancino (Vicepresidente del Consiglio superiore), chiamato nuovamente a pronunciarsi sulla domanda di trasferimento cautelare del dott. De Magistris proposta dal Ministro della Giustizia, decide di rinviarne ancora “la trattazione (...) alla stessa data, con riserva di definizione una volta incardinato il procedimento di merito”: ciò – si legge nel dispositivo emesso a conclusione della camera di consiglio, riportato dagli organi di informazione³¹ - per ragioni “di opportunità” e su concorde richiesta della difesa del magistrato e della stessa Procura generale.

Si giunge così, dopo il periodo natalizio, al processo disciplinare vero e proprio, che effettivamente – secondo la scansione prevista dalla Sezione disciplinare e con grande disappunto del sostituto incolpato, che dopo l’emissione della sentenza non esiterà a parlare di giudizio “sommario” e “politico” istruito nei propri confronti³² - si esaurisce in tre udienze, svoltesi tra l’11 ed il 18 gennaio. Nella prima, i giudici disciplinari rigettano la richiesta di un ulteriore rinvio della discussione, avanzata dal difensore del p.m. catanzarese (il magistrato di Cassazione dott. Alessandro Criscuolo) in relazione all’attività di indagine riferita ai procedimenti penali trattati dallo stesso dott. De Magistris, in corso presso la Procura della Repubblica di Salerno a seguito delle numerose denunce ed esposti presentati sia da parte che nei riguardi di quest’ultimo³³; la seconda udienza è dedicata alla lettura degli atti dell’indagine disciplinare condotta dalla Procura generale della Cassazione ed all’audizione dei testimoni (vengono esaminati l’ormai ex procuratore della Repubblica di Catanzaro Lombardi, i procuratori aggiunti Murone e Spagnolo ed il capitano dei Carabinieri Zaccheo)³⁴; all’udienza del 18 gennaio, infine, il sostituto procuratore generale D’Ambrosio procede all’interrogatorio del magistrato incolpato – il quale, peraltro, come già preannunciato alla stampa e sempre con riferimento ai procedimenti iniziati dalla Procura di Salerno, oppone il segreto istruttorio -, prima della propria requisitoria³⁵ e dell’illustrazione delle conclusioni della difesa.

La sentenza della Sezione disciplinare arriva il giorno stesso, dopo quattro ore di camera di consiglio e – coincidenza, questa, davvero singolare nell’intricato svolgimento degli eventi descritti - a poco più di ventiquattro dall’ufficializzazione delle dimissioni da Ministro della Giustizia del senatore Mastella, travolto con la moglie Sandra Lonardo (Presidente del Consiglio Regionale della Campania) e gran parte del proprio partito da un’inchiesta relativa ad una presunta interposizione illecita nell’attività di conferimento di incarichi dirigenziali pubblici in Campania, condotta dalla Procura di Santa Maria Capua Vetere. Il dott. De Magistris viene condannato con la sanzione della censura e, in via accessoria, trasferito ad altra sede e ad altre funzioni (con decorrenza, quindi, dalla data del passaggio in giudicato della pronuncia e non immediata, come sarebbe invece

³¹ V., ad es., *Il Giornale.it* [17/12/2007] e “*Il Sole 24 Ore*” [18/12/2007].

³² Questa dichiarazione è riferita, in particolare, da F. Grignetti [19/01/2008].

³³ V., in relazione a quanto riferito *supra*, in nota 18, D. Stasio [12/01/2008]. Per gli ultimi, potenzialmente assai rilevanti sviluppi di questi ulteriori procedimenti legati alla controversa vicenda in oggetto - rappresentati dall’iscrizione nel registro degli indagati, per corruzione in atti giudiziari ed abuso d’ufficio, dell’ex p.g. di Catanzaro Favi, dell’ex procuratore capo Lombardi, dell’aggiunto Murone e della dott.ssa Adalgisa Rinardo, presidente del Tribunale del Riesame (iscrizione, emersa pochi giorni prima dell’inizio del dibattimento dinanzi alla Sezione disciplinare, a seguito dell’audizione da parte della Prima Commissione del C.S.M. dei pubblici ministeri titolari delle indagini) -, v. A. Massari [13/01/2008] e F. Viviano [13/01/2008].

³⁴ Un resoconto della deposizione, in particolare, del procuratore aggiunto Murone – come si ricorderà, magistrato coassegnatario del procedimento “*Why Not*”, con il sostituto De Magistris - in F. Grignetti - A. Massari [15/01/2008].

³⁵ Secondo *La Stampa.it/Cronache* [18/01/2008 (12:00)], nelle proprie conclusioni il rappresentante dell’accusa avrebbe chiesto l’irrogazione nei confronti del p.m. De Magistris della sanzione disciplinare della *perdita di anzianità* pari ad otto mesi e, in via accessoria ma con efficacia immediata, sussistendo “ancora le esigenze cautelari” posto che “la situazione a Catanzaro non è affatto rasserenata”, la misura della *destinazione ad altre funzioni* (in luogo, si noti, del *trasferimento ad altra sede* richiesto sin dall’inizio del procedimento disciplinare dal Ministro della Giustizia).

avvenuto qualora lo stesso provvedimento fosse stato disposto a titolo di misura cautelare). Stando a quanto riferito dalle fonti di stampa ed in attesa di conoscere le motivazioni della sentenza, rispetto ai numerosi addebiti a lui ascritti dalla Procura generale il pubblico ministero catanzarese sarebbe stato ritenuto dai giudici disciplinari responsabile delle violazioni procedurali commesse nei confronti di alcuni indagati e dei magistrati dirigenti dell'ufficio nell'ambito delle inchieste "Poseidone" e "Why Not" (quali, in particolare, l'omissione della richiesta di convalida del fermo di ventisei soggetti e dell'invio dell'informazione di garanzia al senatore Pittelli ed al generale Walter Lombardo Crepella, la cui iscrizione sarebbe stata secretata in un armadio blindato della Procura), mentre sarebbe stato prosciolto dalle incolpazioni inerenti il rapporto con la stampa stessa, la violazione del dovere di riservatezza e di adozione delle cautele necessarie ad evitare la divulgazione degli atti di indagine, nonché i sospetti esternati in ordine al presunto "complotto" ordito ai suoi danni dai colleghi degli uffici requirenti di Catanzaro³⁶.

3. Questi, dunque, gli aspetti di fatto della vicenda in esame, nella loro sequenza cronologica e – va subito posto in rilievo – come riportati, nella maggior parte dei casi, dagli organi di informazione più (o, comunque, prima ancora) che dai soggetti istituzionali diretti interessati.

Venendo ora ad analizzare il "caso" nei suoi **profili più specificamente giuridici** (anzitutto allo scopo, precedentemente anticipato, di contribuire a delineare più precisamente i contorni di eventi controversi ed inevitabilmente soggetti a divergenti e non sempre puntuali letture proprio da parte dei *media*), preme fermare l'attenzione su due essenziali passaggi: la *richiesta di trasferimento del dott. De Magistris* avanzata dal(l'allora) Ministro della Giustizia Mastella e la successiva *avocazione dell'indagine "Why Not"* da parte della Procura generale di Catanzaro, entrambe al centro del dibattito politico (largamente inteso, stante l'ampio risalto ottenuto presso la stessa opinione pubblica) innanzi riferito. Per situare correttamente altri elementi della vicenda, a partire dagli eclatanti **provvedimenti di iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.** del Presidente del Consiglio Prodi e poi dello stesso Ministro della Giustizia, occorrerebbe infatti conoscere nel dettaglio gli atti del procedimento, onde valutare l'effettivo rispetto, in primo luogo, del parametro generale dell'obbligatorietà dell'azione penale (pienamente applicabile, secondo la giurisprudenza costituzionale, alla fase delle indagini preliminari: Corte Cost., sent. n. 88/1991 e n. 420/1995³⁷).

4- Al riguardo, peraltro - e prima di prendere direttamente in esame l'azione disciplinare del Guardasigilli e l'episodio dell'avocazione -, può comunque osservarsi, sulla scorta della migliore dottrina processualpenalistica³⁸, che, se il principio affermato dall'art. 112 Cost. e le disposizioni codicistiche che lo traducono operativamente impongono senz'altro al pubblico ministero di adempiere alla formale iscrizione del soggetto nei cui confronti egli ritenga emergano profili di responsabilità in ordine al reato per cui sta procedendo, la decisione del *momento* in cui provvedervi (quello, prevede testualmente il suddetto art. 335 c.p.p., "in cui risulta" il soggetto cui "è attribuito" il reato medesimo) è inevitabilmente rimessa, in concreto, alla discrezionalità valutativa dello stesso organo requirente, unico titolare, nel nostro sistema processuale, di tale competenza (ed essendo il controllo del giudice sulla correttezza del relativo esercizio, d'altra parte, costruito dall'attuale codice di procedura penale come successivo, al momento della conclusione delle indagini preliminari). Ora, a prescindere da ogni valutazione sulla fondatezza

³⁶ Per questa ricostruzione, *La Stampa.it/Cronache* [18/01/2008 (19:29)], *ANSA.it* [18/01/2008], nonché, ancora F. Grignetti [19/01/2008].

³⁷ Cfr., in merito, N. Zanon – F. Biondi [2006, pp. 135 ss.]; V. Zagrebelsky [1995].

³⁸ M. Chiavario [1994, spec. pp. 84 ss.]; G. Neppi Modona [1987, pp. 52 ss.].

sostanziale delle iniziative assunte dal sostituto De Magistris, non v'è dubbio che, nell'occasione dell'iscrizione del Ministro Mastella - ma, forse, nel generale metodo di conduzione di un'indagine innegabilmente complessa e delicata -, di tale "fisiologico" margine di scelta³⁹ il pubblico ministero non abbia fatto un uso del tutto appropriato, risultando quanto meno avventato - come ha criticamente rilevato anche Carlo Federico Grosso su "*La Stampa*" del 22 ottobre⁴⁰ - formalizzare a carico del Guardasigilli, che solo pochi giorni prima aveva richiesto al C.S.M. il suo trasferimento cautelare, ipotesi di reato tanto gravi, in assenza del pronunciamento della Sezione disciplinare (la quale, come ricordato, ha rinviato l'udienza al 17 dicembre) e non dovendosi compiere nei confronti del Ministro stesso, a quanto è dato evincere dalle notizie di stampa, atti di indagine per i quali la legge prevede l'invio dell'informazione di garanzia (che, secondo il disposto dell'art. 369 c.p.p., presuppone l'assunzione da parte del destinatario della qualifica formale di "persona sottoposta alle indagini", conseguente appunto all'annotazione del suo nome nel registro generale).

D'altra parte, come pure riferito da diverse fonti di informazione, i ripetuti "contatti" tra l'allora Guardasigilli Mastella ed alcuni degli indagati principali del procedimento erano già da tempo all'attenzione del sostituto procuratore⁴¹: non è quindi fuor di luogo congetturare (lo ha fatto in modo particolarmente efficace Giuseppe D'Avanzo, sulla "*Repubblica*" del 20 ottobre⁴²) che il provvedimento di iscrizione ex art. 335 c.p.p. fosse già maturato prima della (*contro-?*)iniziativa disciplinare del Ministro e, successivamente "congelato" a scopo prudenziale in attesa della decisione del C.S.M., dopo il differimento dell'udienza disciplinare fosse divenuto indispensabile per non incorrere in una palese violazione della norma codicistica, il che potrebbe in parte giustificare l'operato del magistrato. Tuttavia, proprio in relazione alla pendenza nei suoi confronti di un procedimento disciplinare inerente la conduzione dell'indagine in questione, indubbiamente avrebbe potuto e dovuto essere meglio valutata da parte del p.m., a quel punto, l'opportunità, se non di un'astensione in qualità di soggetto "interessato" all'esito del procedimento penale (anche se, come meglio si specificherà di seguito, in via sopravvenuta ed "indotta" - se e con quanta intenzione di pervenire a tale risultato, non è evidentemente possibile sapere - dall'azione esercitata dal Ministro della Giustizia), almeno di un ulteriore rinvio dell'iscrizione sino al chiarimento della propria posizione da parte dell'organo di autogoverno.

Queste pur impressionistiche considerazioni sullo svolgimento dell'indagine catanzarese offrono comunque lo spunto per un'immediata, importante, riflessione di carattere generale.

Il denunciato "margine di scelta" del quale innegabilmente il sostituto De Magistris, pur a fronte dell'avversa iniziativa ministeriale, ha potuto godere nell'adozione di un provvedimento "politicamente" tanto rilevante da risultare causa di uno scontro con (la gran parte dei componenti del-)l'Esecutivo e con alcuni esponenti della stessa Magistratura, quale quello riferito, è altamente sintomatico, ad avviso di chi scrive, della discrezionalità che, al di là (o, a seconda dei punti di vista, all'ombra) dell'enunciazione costituzionale del principio di obbligatorietà, connota l'agire concreto dell'organo requirente e ne marca la distinzione rispetto all'attività tipica del magistrato investito di funzioni giudicanti.

³⁹ Così lo ha definito la dottrina richiamata nella nota che precede, contrapponendolo alle possibili deroghe "patologiche", e perciò non consentite, al principio di obbligatorietà.

⁴⁰ "*Csm, non c'è tempo da perdere*", pp. 1 e 35.

⁴¹ C. Vulpio [22/09/2007]; F. Viviano [20/10/2007]; A. Massari, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 50 ss.

⁴² "*Se i poteri si sfidano a colpi di ritorsioni*", pp. 1 e 27.

Tale dato, ha chiarito in diverse occasioni la dottrina processualpenalistica⁴³, si manifesta con frequenza ed implicazioni differenti a seconda che riguardi la valutazione circa la vera e propria *prosecuzione* delle notizie di reato, che l'art. 112 Cost. impedirebbe di sottoporre a criteri di opportunità estranei all'obiettivo fondatezza delle notizie stesse, o, come nel caso in commento, le scelte ordinariamente compiute dal p.m. sulle *modalità* attraverso le quali mettere in atto detta prosecuzione (in particolare nella conduzione delle indagini preliminari: si pensi, a titolo di esempio, alle decisioni relative ai tempi ed agli strumenti per l'acquisizione degli elementi di prova od alla richiesta o disposizione diretta di misure cautelari a carico dell'indagato), non direttamente coinvolte dal disposto costituzionale e pur tuttavia strumentali alla sua attuazione concreta. Nella prospettiva del diritto costituzionale, tuttavia, le, per così dire, "deviazioni" dalla linea direttrice dell'obbligatorietà che complessivamente emergono – nell'*an* e nel *quomodo* - dalla concretezza delle vicende giudiziarie penali, con le non indifferenti conseguenze in termini di uniformità nella gestione dei procedimenti e di interpretazione della posizione stessa dell'organo d'accusa nei confronti degli indagati e della collettività avvertite soprattutto negli ultimi anni, dovrebbero indurre ad interrogarsi sulla validità di un ordinamento del pubblico ministero connotato da limitati controlli interni all'organizzazione (tra l'altro, come ben dimostra la vicenda in esame, assai poco tollerati), fattuale assenza di responsabilità e, più in generale, una sostanziale equiparazione allo statuto del giudice, come quello venutosi a determinare nell'evoluzione costituzionale italiana⁴⁴.

Come è noto, infatti, secondo l'impostazione avanzata in Assemblea costituente da Calamandrei ed accolta nella Carta del '48, l'irresponsabilità (in particolare, *politica*) della funzione requirente – garantita, in Italia, circostanza pressoché unica nel panorama istituzionale europeo - si giustifica proprio con l'esclusiva soggezione alla legge degli organi ad essa preposti e con il conseguente carattere (strettamente) vincolato dell'attività statale di repressione dei reati (cristallizzato, appunto, nell'icastica formula costituzionale dell'art. 112)⁴⁵. Nel momento in cui tali presupposti entrano però in crisi, per ragioni "fisiologiche" (quale, ad esempio, il mutamento dei connotati della legge), o "patologiche" (come l'incapacità dell'organizzazione giudiziaria di dare corso a tutte le notizie di reato⁴⁶, che è alla base dell'elaborazione dei cc.dd. "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale), l'operato del pubblico ministero non si presenta più nei termini di un'attività "dovuta" e pertanto politicamente (in senso lato) neutra, sindacabile sul piano della mera correttezza giuridica formale ed esclusivamente all'interno del processo, ma discrezionale,

⁴³ Ai già compiuti riferimenti a Chiavario e Neppi Modona va qui sicuramente aggiunto Vladimiro Zagrebelsky (in particolare, in G. Conso (cur.) [1979, pp. 9 ss.] e successivamente in Aa. Vv. [1994, pp. 99 ss.]).

⁴⁴ Nella dottrina, hanno seguito questa impostazione critica in particolare N. Zanon [soprattutto, 1996 e 2007], G. Di Federico [1995, pp. 296 ss.] ed O. Dominioni [da ultimo, 2006, pp. 87 ss.].

⁴⁵ In tale specifica ottica, nel sostenere di fronte alla c.d. "Commissione dei settantacinque" le ragioni della trasformazione del p.m. da organo *lato sensu* amministrativo (quale era stato nell'ordinamento giudiziario sabauda ed unitario, sino al r.d. n. 12/1941) a vero e proprio "magistrato", collocato in posizione di assoluta indipendenza dal potere esecutivo, l'insigne giurista si espresse, in particolare, in questi termini: "se il Ministro della Giustizia ha potere gerarchico sul pubblico ministero, ha anche il potere di ordinarli come deve procedere e il pubblico ministero si deve uniformare all'ordine ricevuto. Ora questo può essere ordine di non procedere, mentre egli, per legge, è tenuto a procedere. E allora gli si presenta il dilemma: o non procede perché il Ministro così gli ordina, e viola la legge; o si attiene al principio di legalità, non uniformandosi all'ordine del Ministro, e allora infrange il rapporto gerarchico di dipendenza dal Ministro. Quindi non si può voler affermare da una parte il principio di legalità e dall'altra considerare il pubblico ministero dipendente dal Ministro: o l'una o l'altra cosa è proposta inutilmente" (Intervento del 10/01/1947, in Aa. Vv. [1971, VIII, p. 1993]).

⁴⁶ Anche in questo caso, peraltro, si dovrebbe propriamente parlare di ragioni "fisiologiche", ove ci si riferisse, più che all'incapacità, alla materiale *impossibilità* degli uffici di Procura (per l'obiettivo limitatezza delle risorse umane e materiali a loro disposizione) di prendere in esame tutte le *notitiae criminis* trasmesse dagli organi di polizia: cfr., in merito, V. Zagrebelsky [1994, pp. 101 ss.].

che come tale necessita di essere sottoposta anche a corrispondenti specifici meccanismi di responsabilizzazione istituzionale.

Naturalmente, come riconosciuto anche dalla dottrina tradizionalmente più critica nei confronti dell'assetto "diffuso" del pubblico ministero⁴⁷, l'inserimento dell'organo requirente nel potere giudiziario, operato dalla Costituzione repubblicana attraverso l'istituzione di un unico organo competente ad adottare i provvedimenti incidenti sullo *status* dei "magistrati" (artt. 104, 105, 107), in posizione di assoluta autonomia dal potere esecutivo, esclude che tale responsabilità possa essere attivata da un soggetto politico, come si era verificato nel periodo statutario con la sottoposizione del p.m. alla "direzione" del Ministro della Giustizia (da ultimo, art. 69 O.G. 1941, prima della riforma da parte della legge delle guarentigie) ed avviene tuttora, sia pure in termini assai più discussi e con maggiori garanzie rispetto al passato, in altri ordinamenti europei, a partire dalla Francia e dal Belgio⁴⁸. La (re)istituzione di un possibile sindacato in sede politica sull'azione degli uffici del pubblico ministero, inerente in particolare i criteri di selezione dei procedimenti da iniziare e portare avanti nel quadro di un esercizio *esplicitamente* discrezionale dell'azione penale (o sottoposto, al più, ad un principio di "legalità" non presidiato da rigida garanzia costituzionale e pertanto derogabile da parte del legislatore ordinario, come proposto alla Costituente da Giovanni Leone⁴⁹ e riscontrabile, ai giorni nostri, nell'ordinamento tedesco⁵⁰), sarebbe del resto, secondo chi scrive, una soluzione del tutto inopportuna ed anzi assai rischiosa nell'attuale contesto politico-istituzionale italiano. Esso, infatti - proprio la vicenda giudiziaria e politica oggetto di queste note ne è una dimostrazione quanto mai eloquente -, risulta affetto, nel suo insieme, da un'evidente insofferenza del potere politico nei confronti dell'attività di indagine e di controllo messa in atto dalla Magistratura, soprattutto requirente, in settori particolarmente "delicati", come quello dei rapporti con il mondo economico e finanziario (attività, di cui già oggi si percepisce la "tentazione pericolosa" di bloccare o condizionare pesantemente lo sviluppo) e da una sostanziale evanescenza di quella responsabilità parlamentare, che del sindacato sulla funzione requirente rappresenta, ad un tempo, l'indispensabile presupposto e la garanzia di coerenza sul piano politico- costituzionale.

Se dunque, per queste ragioni, l'indipendenza (innanzitutto, *esterna*) della funzione giudiziaria requirente ed il principio di obbligatorietà posto dal Costituente a relativo presidio non possono essere in alcun modo messi in discussione, non meno fondate ed attuali esigenze di ordine costituzionale impongono tuttavia di configurare *forme di controllo e di responsabilizzazione* dell'esercizio di poteri particolarmente incisivi (quando non, come nel caso del potere cautelare, addirittura "invasivi" da un punto di vista materiale) e, difficile negarlo, sempre meno comodamente riconducibili sotto l'ombrello protettivo (e, tradizionalmente, assai... "rassicurante") costituito dall'articolo 112 della Carta.

Per quanto riguarda i *controlli*, la via da percorrere è stata già da alcuni anni indicata dagli studiosi del processo penale e seguita, sia pure in modo non costante né, per questo, ancora soddisfacente, nella legislazione ordinaria. Si tratta, da una parte, di

⁴⁷ Tra i costituzionalisti, in particolare, Nicolò Zanon, a partire dal noto lavoro monografico "*Pubblico ministero e Costituzione*" [1996].

⁴⁸ Per un panorama complessivo delle soluzioni adottate in materia di esercizio dell'azione penale e di collocazione istituzionale dell'organo requirente in questi ed altri sistemi europei, v. M. Delmas Marty (cur.) [2001, spec. pp. 349 ss., 374- 375]; S. Cavini [1999]; G. Monaco [2003, pp. 216 ss.].

⁴⁹ La cui posizione in merito allo statuto ordinamentale da conferire all'organo requirente, notoriamente divergente da quella sostenuta da Calamandrei (muovendosi infatti, in questo caso, da una concezione eminentemente statualistica ed "amministrativa" della funzione di repressione dei reati e dalla correlativa tesi della responsabilità ultima del *potere esecutivo* per le modalità concrete del relativo esercizio), si trova efficacemente riassunta in G. Neppi Modona [1987, spec. pp. 56 ss.] e, più recentemente, in A. Gustapane [1999, pp. 122 ss.].

⁵⁰ V., a tal proposito, M. Menna [1992] e G. Monaco [2003, pp. 221 ss.]

intensificare quanto a frequenza e modalità di estrinsecazione il sindacato del giudice, “terzo ed imparziale” quale voluto dal testo costituzionale, nella fase delle indagini preliminari⁵¹; dall’altro lato, di attribuire ai titolari degli uffici requirenti - ed eventualmente, onde evitare ogni indebita concentrazione personale delle funzioni d’accusa, ad altri magistrati dell’ufficio, come i procuratori aggiunti - specifici e mirati poteri di intervento sull’attività dei sostituti e dei magistrati destinati a funzioni di grado inferiore, aventi portata correttiva (adozione diretta o, reciprocamente, revoca di determinati provvedimenti; emanazione di direttive, anche nel quadro di una possibile contitolarità dei procedimenti più delicati) e/o sostitutiva (revoca dell’assegnazione; tra uffici di grado diverso, avocazione dell’affare)⁵².

Tali poteri, che andrebbero esercitati in via sussidiaria rispetto al sindacato endoprocedimentale dell’organo giudicante (ma non, beninteso, completamente residuale, come pretenderebbe una concezione totalizzante del principio di obbligatorietà, peraltro piuttosto diffusa all’interno della Magistratura) e presidiati, a loro volta, da puntuali garanzie procedurali e correlative adeguate forme di responsabilità, sul piano costituzionale rinvengono il proprio fondamento nel combinato disposto dello stesso art. 112 e di una norma forse troppo spesso sottovalutata nel dibattito dottrinario, l’art. 107, quarto comma. Nel rinviare alla legge sull’ordinamento giudiziario la determinazione delle “garanzie”, funzionali ma forse anche in parte di *status*, da attribuire al pubblico ministero, questa disposizione (che, dal punto di vista storico, risulta essere frutto di un “compromesso dilatorio” sullo statuto dell’organo requirente, raggiunto nell’Assemblea costituente tra le antitetiche proposte presentate da Piero Calamandrei e Giovanni Leone⁵³), secondo un’interpretazione condivisibile seppure non prevalente tra i costituzionalisti⁵⁴, opera una tendenziale “decostituzionalizzazione” della disciplina di tale organo, giustificando dunque la possibilità del legislatore ordinario di introdurre parziali limitazioni all’indipendenza *interna* di quest’ultimo, come quelle appena viste, in chiave di garanzia di altri principi costituzionali, ivi compreso, per l’appunto, l’esercizio obbligatorio (ovvero, improntato a canoni di obiettività ed eguaglianza) della funzione requirente al medesimo organo affidata.

La strada dei controlli interni all’organizzazione del pubblico ministero, oltre che costituzionalmente legittima nei termini evidenziati, non appare insormontabile dal punto di vista concreto. E’ però necessaria, in tale prospettiva, una presa d’atto della diversa configurazione della funzione requirente (avente natura, soprattutto nella fase delle indagini preliminari introdotta dal Codice del 1988, certo non strettamente giurisdizionale ed anzi, secondo alcune impostazioni, amministrativa⁵⁵) rispetto a quella attribuita all’organo giudicante e, correlativamente, una revisione critica della tesi dell’equiparazione di stato del p.m. e del giudice, obiettivamente non semplice a realizzarsi nell’attuale contesto istituzionale – e prima ancora, potrebbe rilevarsi, “culturale” - italiano, sebbene ad avviso di chi scrive del tutto realistica (come la stessa indagine condotta dal sostituto De Magistris dovrebbe indurre a ritenere). Dalla parte opposta, non può peraltro trascurarsi il rischio, giustamente paventato da gran parte della dottrina costituzionalistica⁵⁶, di indebite

⁵¹ M. Chiavario [1994, pp. 84 ss. e, in particolare, 94-95]; sulla stessa linea, G. Neppi Modona [1987, pp. 46 ss.] e G. Monaco [2003, pp. 230-231].

⁵² O. Dominioni [1990 e 2006, pp. 100 ss.]; C. Valentini Reuter [1994]; A. Molari [2006, spec. pp. 253-256]; G. Pecorella [2006, pp. 349 ss.].

⁵³ Si veda, a tal riguardo, la puntuale ricostruzione dei lavori dell’Assemblea Costituente in materia di ordinamento giudiziario svolta da A. Gustapane [1999, in particolare pp. 130 ss.] e G. Neppi Modona [1987, pp. 43 ss.].

⁵⁴ N. Zanon – F. Biondi [2003, pp. 144-146; 2006, pp. 127-129]. La tesi riportata nel testo era stata sostenuta, molti anni addietro, in particolare da G. Foschini [1969] e da G. Amato [1967, p. 390].

⁵⁵ Tradizionalmente, M. Nobili [1979] e, ancora, G. Leone [1981]; oggi, in particolare, N. Zanon [1996; 2006, p. 148; 2007].

⁵⁶ Emblematicamente, G. Silvestri [2004 e 2006, spec. pp. 231 ss.], L. Elia [2004] ed A. Pizzorusso [2003].

forme di limitazione dell'autonomia dei singoli magistrati del pubblico ministero, derivanti da un possibile utilizzo "disinvolto" da parte dei "controllori" – i capi degli uffici - delle prerogative di cui sopra, nel quadro di un'eccessiva svalutazione del principio di obbligatorietà, quale quella in concreto emergente, ad esempio, in taluni discutibili passaggi della riforma dell'ordinamento delle Procure della Repubblica, determinata in attuazione della legge 150/2005 (e solo in parte modificata dalla maggioranza di centrosinistra nell'attuale legislatura)⁵⁷.

L'indipendenza comunque garantita dalla Costituzione al pubblico ministero, in quanto "magistrato" preposto ad un'attività di (secondo quanto poco sopra sostenuto, preteso) carattere vincolato, ha inoltre tradizionalmente impedito di attivare nei suoi confronti, non meno che nei riguardi dell'organo giudicante, *meccanismi di responsabilizzazione* direttamente collegati all'esercizio della sua funzione tipica, anche di natura diversa dalla responsabilità politica precedentemente richiamata.

In passato, soprattutto in sede di giudizio disciplinare (ma pure nella giurisprudenza in materia di responsabilità civile consolidatasi dopo l'approvazione della legge 117/1988)⁵⁸, è stato costantemente affermato, a tal proposito, un generale principio di insindacabilità dei provvedimenti giurisdizionali – i quali, di tale attività tipica rappresentano invero l'esito processuale -, ritenuto applicabile anche agli atti posti in essere dall'organo requirente⁵⁹. In base a tale orientamento, è sembrata così preclusa la possibilità di chiamare il pubblico ministero a rendere conto delle scelte (talora, come si è detto, affatto irrilevanti) effettuate - in primo luogo - nello svolgimento delle indagini, di fronte tanto alle parti private del processo, a partire dall'indagato (responsabilità civile), quanto alla generalità dei consociati (responsabilità disciplinare, nell'inquadramento sistematico effettuato in dottrina, da ultimo, da Francesca Biondi⁶⁰).

Il principio dell'insindacabilità dello *ius dicere* così generalmente inteso, condivisibile se ed in quanto volto a proteggere (anche) il magistrato del pubblico ministero da ogni interferenza esterna nell'esercizio dell'attività di interpretazione ed applicazione della legge, nella giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M. (nonché delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in sede di giudizio di legittimità) e nello stesso diritto positivo è stato tuttavia sottoposto, in tempi più recenti, ad un non trascurabile processo di erosione (o, se si preferisce, di progressiva precisazione e delimitazione operativa), che non pare invero giustificabile, se non proprio in relazione alla perdita, da parte di tale

⁵⁷ Ci si riferisce, nello specifico, all'attribuzione al procuratore della Repubblica - titolare "esclusivo" dell'azione penale e, secondo la formulazione originaria del d. lgs. 106/2006, chiamato ad esercitarla "sotto la sua responsabilità" - del potere di stabilire i *criteri particolari* cui il magistrato "delegato" deve attenersi nella trattazione del *singolo* procedimento (o nel compimento di singoli atti di esso) e, in caso di inottemperanza o di "contrasto circa le modalità di esercizio della delega", di disporre la "revoca" di quest'ultima con provvedimento non impugnabile, da semplicemente "trasmettere" al procuratore generale della Cassazione (art. 2 d. lgs. 106/2006; la successiva l. 269/2006 – per la quale, v. *infra*, nota 63 - ha sostituito l'istituto della "delega" con quello dell'"assegnazione" del procedimento, lasciando peraltro immutate le linee generali della disciplina descritta). In argomento, v. i lavori citati nella nota che precede (riferiti alla fase di elaborazione della legge delega del 2005), M. Chiavario [2006, pp. 22-30], N. Zanon – F. Biondi [2006, pp. 147- 149], nonché, per puntuali rilievi di costituzionalità avanzati con riferimento all'art. 112 ed al correlativo principio di imparzialità dell'esercizio dell'azione penale, S. Leone [2006].

⁵⁸ Cfr., ad es., Cass., sez. I, 8 maggio 1992, n. 5493 (in *Foro it.*, 1992, I, p. 1098), Cass., sez. I, 6 novembre 1999, n. 12357 (in *Giust. civ.*, 2000, p. 2057), nonché le numerose pronunce citate da G. Scarselli [2001].

⁵⁹ Tra i tanti possibili riferimenti nella giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M., v. le sentenze 17 marzo 1995 (in C.S.M., *Manuale dell'udienza disciplinare*, n. 85/1996, p. 254), 20 ottobre 1995 (*ivi*, p. 261), 18 dicembre 1998 (in C.S.M., *Sezione disciplinare- Massimario delle decisioni*, n. 112/2000, p. 67) e 19 marzo 1999 (*ivi*, p. 76); in dottrina, cfr. G. Zagrebelsky [1977, pp. 860 ss.] e V. Mele [1987, p. 61; 1995].

⁶⁰ La quale, nel suo recente accurato studio "*La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*" [2006] ha espressamente configurato tale specie di responsabilità degli appartenenti al potere giudiziario alla stregua di una "responsabilità verso l'ordinamento generale dello Stato" (v., in particolare, pp. 236- 245).

stessa attività, dei connotati di univocità che (almeno in teoria) la avevano caratterizzata nella tradizione positivista ed alla conseguente accentuazione degli spazi di libertà ascrivibili alla funzione giurisdizionale.

Nel giudizio disciplinare, da una parte, muovendosi dalla consolidata distinzione tra sindacato sul *provvedimento* e sul *comportamento* del soggetto che lo ha adottato⁶¹, è andato via via affermandosi – in via necessariamente “pretoria”, stante l’assenza di una puntuale definizione legislativa delle figure di illecito, protrattasi sino alla riforma del 2005/2006 – un principio di responsabilità del magistrato conseguente all’emissione di provvedimenti affetti da vizi di particolare rilevanza, ma anche da semplice “inesattezza tecnico-giuridica”, ove ritenuta indice di una condotta negligente od improntata a particolare “approssimazione e frettolosità”⁶².

Questa apertura nei confronti di un controllo in sede disciplinare sulle *modalità concrete di esercizio della funzione* ha trovato successiva conferma ed approfondimento, sul versante normativo, nel d.lgs. 109/2006 (emanato, allo scadere della passata legislatura, in attuazione della legge 150/2005 di riforma dell’ordinamento giudiziario e parzialmente modificato dalla legge 269/2006⁶³). Nel procedere ad un’analitica tipizzazione dei comportamenti disciplinarmente rilevanti, volta a sostituire la fattispecie “aperta” unicamente contenuta nell’art. 18 della legge delle guarentigie (approvata nel 1946, all’indomani della Liberazione), tale disciplina ha individuato numerose ipotesi di illecito riconducibili allo svolgimento dell’attività giurisdizionale e senza dubbio applicabili anche alla funzione requirente. In tale prospettiva, è stata sancita, in particolare, l’illiceità della “grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile”; dell’“emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione e’ richiesta dalla legge”; dell’adozione di “atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali”; dell’“emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile”; dell’“adozione di provvedimenti adottati” – così, testualmente, l’art. 2, comma primo, lett. *m* – “nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali”⁶⁴.

Si tratta, è evidente, di fattispecie di diverso tenore né suscettibili, del resto, di univoco giudizio: alcune, infatti, risultano direttamente enucleate a partire dalla (come si è visto, già per alcuni aspetti innovativa) giurisprudenza del periodo antecedente; altre, invece, di definizione nuova e, peraltro, tutta da valutare, a partire dal profilo della legittimità costituzionale (la quale, per inciso, secondo quanto si è da ultimo andati dicendo, dovrebbe ritenersi soddisfatta solo nella misura in cui il sindacato sul provvedimento rappresenti il *mezzo* per giudicare il *comportamento* tenuto dal magistrato che lo ha emesso, e non il *fine* del giudizio disciplinare stesso). Nel loro insieme, tuttavia, tali

⁶¹ Ben esemplificata, in particolare, da Cass., sez. un., 14 marzo 1995, n. 2925 (in *Corr. Giur.*, n. 8/1995, p. 949, con nota di V. Mele [1995, cit.]).

⁶² Gli esempi più significativi di tale più articolato orientamento assunto dalla giurisprudenza disciplinare, nel lavoro monografico di F. Biondi citato *supra*, in nota 60 (spec. pp. 293- 295).

⁶³ Si tratta della c.d. “prima legge Mastella” - recante la “*sospensione dell’efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*” -, che era stata approvata dalla maggioranza di centrosinistra dopo il rinnovo delle Camere avvenuto a seguito delle elezioni del 2006, con il principale scopo di evitare l’applicazione della disciplina sulla carriera appena introdotta dal d.lgs. 160/2006, nelle more dell’elaborazione di un nuovo organico intervento di riforma (poi giunto ad approvazione con la legge 30 luglio 2007, n. 111): in argomento, v. G. Ferri [2007] e S. Sicardi [2007, § 2].

⁶⁴ Art. 2.1 d.lgs. 109/2006: queste figure di illecito disciplinare sono state lasciate inalterate sia dalla l. 269/2006 (cfr. Dal Canto [2007]) che dalla successiva pur ampia riforma dell’ordinamento giudiziario, intervenuta, come detto, con la l. 111/2007.

previsioni manifestano, almeno per chi scrive, un apprezzabile intento di sottoporre a verifica più stretta che non in passato il *modo* in cui una funzione delicata e (sia pure *lato sensu*) discrezionale - quale, nel nostro caso, quella di indagine affidata al pubblico ministero in chiave di repressione dei reati - è stata in concreto esercitata, facendone derivare *ex post*⁶⁵ un'eventuale responsabilità *giuridica* dell'organo ad essa preposto; e questo, tra l'altro, nel quadro di una rinnovata concezione di tale responsabilità come strumento di garanzia diretta dell'interesse pubblico ad una giurisdizione efficiente e capace di esprimere adeguati livelli tecnico- professionali, più che di uno specifico interesse "autocorrettivo" proprio dell'istituzione giudiziaria⁶⁶.

Tanto considerato, per ciò che riguarda la materia disciplinare, è lecito auspicare che alla fase della scrittura delle nuove norme faccia ora seguito quella di una loro puntuale e rigorosa applicazione, senza indebite resistenze da parte dei magistrati che ne sono destinatari⁶⁷: in questo senso, pur con le necessarie precisazioni che si esporranno di seguito, il procedimento cui è stato sottoposto il sostituto De Magistris non può, a nostro avviso e considerata la natura delle condotte al medesimo addebitate - stando alla pronuncia emessa dalla Sezione disciplinare, non senza fondamento -, costituire oggetto di incondizionata valutazione negativa. Sul fronte della responsabilità civile, reciprocamente, occorre ancora che il legislatore provveda a rimuovere le più vistose limitazioni (procedurali e, soprattutto, sostanziali) imposte dalla disciplina vigente (la legge 117/1988, precedentemente citata) all'esercizio dell'azione da parte dei soggetti che si ritengano lesi da un provvedimento giudiziario illegittimo⁶⁸, le quali negli ultimi anni - è opportuno ricordare - hanno anche concorso a causare allo Stato italiano alcune condanne della Corte di giustizia CE, per violazione del diritto comunitario imputabile ad una (*sic!*) non corretta "interpretazione delle norme giuridiche" e "valutazione dei fatti e delle prove" operate da un organo giurisdizionale di ultimo grado (sent. *Traghetti del Mediterraneo Spa*, resa in causa C-173/03⁶⁹).

5- L'indispensabile bilanciamento che, alla stregua delle considerazioni che precedono, deve perseguirsi nel contesto in esame tra garanzia *ordinamentale* (ulteriore, cioè, all'esperimento dei diversi gradi di giudizio previsti dalla legge processuale) del corretto esercizio del potere giurisdizionale - in un quadro di crescente discrezionalità dello stesso, soprattutto nella sua componente requirente - e tutela dell'indipendenza dei soggetti ad esso preposti esige, in ogni caso, che tanto l'attività di "posizione" delle regole sulla responsabilità dei magistrati quanto soprattutto la loro concreta attuazione non valga in nessun modo ad ostacolare il libero esplicarsi della funzione giudiziaria e ad impropriamente alterare il regolare svolgimento dei procedimenti (civili e) penali.

In tale prospettiva, è necessario che ciascun organo chiamato dalla legge ad attivare ed esercitare i dovuti controlli sull'attività (*lato* o *stricto sensu*) giurisdizionale si ispiri nel

⁶⁵ Durante il relativo svolgimento, invero, per sindacare la legittimità dell'azione dell'organo requirente si può ed anzi deve fare ricorso ai rimedi propri della disciplina processuale: cfr. M. Chiavario [1994, pp. 84 ss. e, in particolare, 94-95], V. Mele [1987, pp. 61 ss.] e, nella giurisprudenza della Sezione disciplinare del C.S.M., sentt. 17 marzo 1995 (in C.S.M., *Manuale dell'udienza disciplinare*, n. 85/1996, p. 254), 24 luglio 1998 (in C.S.M., *Sezione disciplinare- Massimario delle decisioni*, n. 112/2000, p. 20) e 28 giugno 2001 (in C.S.M., *Sezione disciplinare- Massimario delle decisioni*, n. 124/2002, p. 59).

⁶⁶ Incisivamente, sul punto, F. Dal Canto [2007] ed ancora F. Biondi [*loc. ult. cit.*].

⁶⁷ Nei cui confronti, come è stato giustamente osservato in relazione alla riforma del 2006 (F. Dal Canto [2007]), un sistema di responsabilità connotato da analitica qualificazione degli illeciti e rinnovate garanzie procedurali dovrebbe del resto configurarsi quale strumento di tutela da impropri condizionamenti esterni, compresi quelli provenienti dalla politica.

⁶⁸ Secondo quanto auspicato, da ultimo, da F. Dal Canto [2007].

⁶⁹ Per questa importante pronuncia del giudice comunitario e le vicende giurisprudenziali ad essa antecedenti, v. ancora F. Dal Canto [2007], F. Biondi [2006, pp. 220-227, e soprattutto 19/06/2006, in www.forumcostituzionale.it] e G. Merone [2006].

proprio agire concreto a dei principi di stretta legalità e, prima ancora, di prudenza nel valutare atti e comportamenti posti in essere dagli appartenenti al potere giudiziario, del tutto analoghi a quelli il cui rispetto viene (come si è detto, del tutto legittimamente) invocato nei confronti dei magistrati stessi. Specialmente per gli organi dotati di legittimazione politica, il principio della separazione dei poteri sancito negli artt. 104 e, in via indiretta, 134 della Costituzione sembra valere, in questo contesto, innanzitutto come richiamo alla medesima “elementare cautela” nell’esercizio delle proprie attribuzioni, che Franco Cordero, alcuni anni addietro⁷⁰, aveva opportunamente indicato quale atteggiamento che deve indispensabilmente sostenere le valutazioni effettuate dal pubblico ministero nel corso delle indagini.

Delle due principali forme di responsabilità attivabili, secondo l’ordinamento italiano vigente, nei confronti dei magistrati – quella civile, direttamente coinvolta dalle pronunce del giudice comunitario cui si è fatto riferimento, e disciplinare⁷¹ - proprio la seconda, infatti, risulta esposta in modo particolare al pericolo di ingerenze da parte del potere politico, e non solo (o, quantomeno, non direttamente) per l’immediata ed ovvia considerazione che la legislazione ordinaria e prima ancora la Carta costituzionale (art. 107.2) riconoscono a quest’ultimo, nella persona del Ministro della Giustizia, uno specifico ambito di intervento esclusivamente in tale contesto.

Di speciale importanza dal punto di vista in esame appare, in primo luogo, la circostanza che, mentre l’esercizio da parte del privato dell’azione di responsabilità civile ai sensi della legge 117/1988 tende all’accertamento di un *danno* derivante, in via principale, da un *provvedimento* giudiziario adottato *contra ius* e presuppone pertanto la definitività del provvedimento stesso (qualora si tratti di una sentenza, l’esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione: art. 4.2, secondo un’impostazione fatta propria dalla stessa Corte di giustizia CE nella richiamata sentenza *Traghetti del Mediterraneo Spa*)⁷², l’azione disciplinare attribuita (pure) all’organo ministeriale, essendo come si è visto preordinata alla repressione di specifiche *condotte* realizzate dai magistrati (anche) nello svolgimento delle proprie funzioni e decorrendo quindi dalla data della *verificazione* o della *notizia* di tali comportamenti (da ultimo, art. 15 d.lgs. 109/2006 cit.), non è necessariamente condizionata alla conclusione del procedimento in cui esse hanno avuto luogo, ben potendo intervenire in un momento precedente ed anzi sin dalle fasi iniziali del relativo svolgimento⁷³.

Inoltre, con specifico riferimento alla cornice normativa entro cui si sono sviluppati gli eventi oggetto di queste note, deve considerarsi che le concrete possibilità di “interferenza” tra conduzione dei processi ed esercizio da parte del potere esecutivo delle prerogative disciplinari di impulso rientranti nella propria competenza, già in precedenza affatto trascurabili, hanno trovato un ulteriore e significativo ampliamento nel contesto del modello di ordinamento disciplinare dei magistrati introdotto nella scorsa legislatura in attuazione della legge 150/2005⁷⁴. Esso, enucleato nel d.lgs. 109/2006, presenta infatti una minuta elencazione delle figure di illecito (ripartite in tre macrocategorie, per un

⁷⁰ F. Cordero [1993, p. 704].

⁷¹ L’accertamento di una responsabilità di tipo *penale* del magistrato ha sempre rappresentato, per converso, un’ipotesi del tutto residuale, connessa ad una grave patologia dell’esercizio della funzione né, d’altra parte, sottoposta, nel nostro Paese, ad una disciplina differente da quella stabilita per la generalità dei consociati: ancora, F. Biondi [2006, pp. 163-165] e F. Dal Canto [2007].

⁷² Per i principali profili procedurali del giudizio previsto dalla legge 117/1988, v., oltre ai lavori citati nella nota 69, L. Scotti [1988], N. Zanon [2004] e F. Biondi [2006, pp. 192 e soprattutto 217 ss.].

⁷³ Cfr., a tal proposito, V. Mele [1987], M. Cassano [2006, in particolare pp. 331 ss.] e N. Zanon- F. Biondi [2006, p. 167], ove è dato conto della parziale evoluzione registratasi, in anni recenti, nella giurisprudenza disciplinare con riferimento a

i presupposti per l’irrogazione delle sanzioni (allora) stabilite dal r.d. lgs. 511/1946.

⁷⁴ F. Biondi [2006, pp. 295-299]; F. Dal Canto [2007]; particolarmente severo il giudizio espresso, in merito, da G. Ferri [2007, p. 12].

numero complessivo di ben quarantadue fattispecie, “scese” a trentacinque dopo l'intervento correttivo operato dalla l. 269/2006), molte delle quali – lo si è evidenziato poco sopra – direttamente collegate all'emissione di un provvedimento giurisdizionale. Particolarmente in casi come questi, la natura discrezionale e tradizionalmente “sfuggente” del potere di iniziativa disciplinare attribuito al Ministro (obiettivamente, di non agevole controllo mediante lo strumento della responsabilità parlamentare), unita alla mancanza nella disciplina vigente di una “condizione di procedibilità” ancorata alla definitività dell'atto, di tipo analogo a quella prevista per l'azione civile, rende concreto il rischio di un esercizio distorto dell'azione disciplinare, volto a (o, in ogni caso, tale da) condizionare l'operato del magistrato inquisito più che ad accertarne la reale responsabilità in chiave di garanzia dell'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

Anche sotto questo profilo, peraltro, non meno che in relazione all'ordinamento del pubblico ministero oggetto delle riflessioni precedentemente svolte, la vicenda sostanziale da cui traggono origine queste note presenta aspetti di notevole emblematicità, sui quali pure vale la pena di soffermarsi, nell'ottica della valutazione di alcune delle scelte recentemente effettuate dal legislatore in sede di riforma dell'ordinamento giudiziario.

Viene in rilievo, in tale contesto, la **domanda di trasferimento** del sostituto De Magistris avanzata nel settembre scorso dal Ministro della Giustizia Mastella, causa scatenante del “caso” ed oggetto, come si è riferito, di giudizi opposti nel dibattito politico e presso la stessa opinione pubblica⁷⁵.

Sul piano giuridico, l'iniziativa dell'allora Guardasigilli si situa proprio nel quadro del *d.lgs. 109/2006* (in seguito parzialmente modificato dalla l. 269/2006), il quale ha riunito ed in gran parte riscritto le disposizioni sulla responsabilità disciplinare dei magistrati e sul procedimento per il relativo accertamento, prima distribuite in diverse fonti normative (legge delle guarentigie del 1946, l. 195/1958, D.P.R. 916/1958, oltre naturalmente agli artt. 105 e 107.2 Cost.), nella duplice fondamentale prospettiva (da tempo sollecitata dalla dottrina ed oggetto, del resto, di sostanziale accordo a livello politico) della tipicizzazione degli illeciti, cui si è già fatto cenno in precedenza, e dell'avvicinamento del giudizio disciplinare al modello del procedimento penale, preordinato all'obiettivo ricostruzione dei fatti e connotato da adeguate garanzie a favore dell'inquisito⁷⁶.

Dal primo punto di vista, il legislatore delegato ha provveduto a definire e sistematizzare le violazioni disciplinari addebitabili ai magistrati, in maggioranza mutate dalla giurisprudenza del periodo precedente, dividendole in quelle commesse nell'esercizio delle funzioni (violazione dei doveri di imparzialità, correttezza, diligenza etc., elencati nell'art. 1 del d.lgs., e numerose altre ipotesi a questa collegate: art. 2), fuori dell'esercizio delle funzioni (ad es., l'“uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti”, la frequentazione di soggetti pregiudicati o sottoposti a procedimento penale, la partecipazione ad associazioni segrete od il rilevante coinvolgimento “nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario”: art. 3) ed in conseguenza della commissione di un reato accertata con sentenza irrevocabile, anche di patteggiamento (art. 4). Ha così potuto essere abrogata la disposizione dettata dall'art. 18 del r.d.lgs. 511/1946, la cui del tutto generica formulazione⁷⁷, nonostante avesse superato il vaglio della Corte Costituzionale (sent. 100/1981⁷⁸), secondo gran parte della dottrina risultava in sostanziale contrasto con il principio di legalità, affermato per la materia

⁷⁵ Per una compiuta analisi di questo aspetto della vicenda, v. il recente contributo di Francesca Biondi, “*Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*”, 16/11/2007, in www.forumcostituzionale.it.

⁷⁶ Sulla riforma della responsabilità disciplinare dei magistrati determinata dal d.lgs. 109/2006 e dalla successiva l. 269/2006, v. S. Ermani [2006]; M. Cassano [2006]; G. Ferri [2007]; F. Dal Canto [2007].

⁷⁷ “Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari...”.

disciplinare dal precedente art. 17 del decreto stesso, rivelandosi pertanto possibile fonte di abusi – *in bonam* e, forse più raramente, *in malam partem* - da parte del giudice chiamato ad applicarla (Sezione disciplinare del C.S.M. e Corte di cassazione), quale unica norma incriminatrice allora prevista nel sistema, “inverandola” nel caso concreto⁷⁹.

Sul versante del procedimento, in secondo luogo, coerentemente con l’individuazione degli elementi qualificanti la responsabilità disciplinare dei magistrati rispetto a quella degli altri pubblici dipendenti⁸⁰ e con le stesse scelte adottate sul terreno del diritto sostanziale, è stata in gran parte superata la configurazione burocratico – amministrativa degli atti strumentali all’esercizio del potere disciplinare, ereditata dall’ordinamento giudiziario del 1941 ed attenuata solo per aspetti piuttosto limitati dalla legislazione (pubblicità delle udienze: l. 74/1990) e dalla giurisprudenza costituzionale (imparzialità del giudice: sent. 262/2003) dei decenni successivi.

Ciò è avvenuto principalmente attraverso l’articolazione del giudizio disciplinare secondo la scansione e molti degli istituti contemplati dal Codice di procedura penale del 1989 (dalla cui entrata in vigore, d’altra parte, il rinvio operato dalla precedente disciplina al Codice Rocco aveva suscitato non poche questioni interpretative), in un quadro, anch’esso del tutto - e significativamente – innovativo, di obbligatorietà dell’esercizio dell’azione da parte del procuratore generale presso la Corte di cassazione (art. 14, comma terzo, del d.lgs.)⁸¹. Diversamente, ha mantenuto la propria tradizionale natura facoltativa, riconducibile alla responsabilità politica propria di tale organo ed oggetto del resto di specifica previsione costituzionale, l’azione disciplinare attribuita al Ministro della Giustizia, promuovibile mediante “richiesta di indagini” al procuratore generale (art. 14, comma secondo) ed assistita, tra l’altro, nel sistema ridisegnato dal d.lgs. n. 109, da una serie di ulteriori poteri ed attribuzioni esercitabili da parte del medesimo organo politico lungo tutto l’arco del procedimento: richiesta al p.g. di estensione degli addebiti nel corso delle indagini, facoltà di integrazione e modificazione della contestazione al termine dell’istruttoria preliminare ed infine possibilità di partecipazione ed intervento attivo all’udienza di discussione attraverso un magistrato dell’Ispettorato a ciò delegato (rispettivamente, artt. 14.3, 17.3 - 7 e 18.1). L’innegabile incisività di tali prerogative ministeriali (ridimensionata dalla successiva l. 269/2006 limitatamente alla partecipazione all’udienza) ha peraltro attirato le critiche di numerosi commentatori, nella misura in cui avrebbe determinato l’operatività nel nuovo giudizio disciplinare di un pubblico ministero “bifronte”, inopportuno ai fini dell’ordinato svolgimento della dialettica processuale e tale soprattutto da pregiudicare il diritto di difesa del magistrato incolpato e – con stretto riferimento alla posizione del Ministro - la sua stessa indipendenza dal potere politico⁸².

Al Ministro Guardasigilli, al pari in questo caso che al procuratore generale, titolare “naturale” delle funzioni di accusa nel procedimento disciplinare (in tal senso, il disposto degli artt. 2.7, lett. a l. 150/2005 e 16.1 del decreto delegato), ma con implicazioni *prima*

⁷⁸ In *Giur. cost.*, 1981, I, pp. 848-855. Su questa importante pronuncia v., tra i tanti, V. Mele [1987, pp. 55 ss.] e, da ultimo, F. Biondi [2006, pp. 259-262].

⁷⁹ Avevano sostenuto questa opinione, in particolare, V. Mele [1987, spec. pp. 35-37], G. Volpe [1980] e G. Silvestri [1997, p. 212].

⁸⁰ A partire dal suo essere direttamente rivolta alla tutela dei diritti dei cittadini coinvolti nei procedimenti giurisdizionali, e, per questa via, alla garanzia complessiva dell’ordinamento giuridico: G. Silvestri [1997, p. 209].

⁸¹ In argomento, N. Zanon- F. Biondi [2006, pp. 183-184], F. Biondi [2006, pp. 266 ss.] – ambedue riferiti alla legge delega del 2005 – e, da ultimo, F. Dal Canto [2007].

⁸² A tal proposito, da parte di M. Cassano [2006, pp. 345 - 350] è stata rilevata nella disciplina contenuta nel d.lgs. 109/2006 “una ingiustificata e immotivata prevalenza di una parte, quale il Ministro, espressione di una soggettività politico- istituzionale, sull’altra [sott., il procuratore generale] cui spetta, proprio in virtù del suo ruolo e della sua collocazione ordinamentale, di agire per il perseguimento di illeciti disciplinari secondo criteri di uniformità e prevedibilità, nel rispetto della regola di uguaglianza e nell’interesse di un corretto e regolare funzionamento del servizio”.

facie non troppo dissimili da quelle da ultimo esposte, la riforma in esame ha inoltre consentito di chiedere alla Sezione disciplinare del C.S.M., nel corso delle indagini ed a fronte di addebiti punibili con una sanzione più grave dell'ammonizione, il *trasferimento ad altra sede* - o, in alternativa, la destinazione ad altre funzioni - del magistrato interessato (art. 13.2 d.lgs. n. 109)⁸³, il che è precisamente quanto ha fatto l'allora Ministro Mastella, nel caso concreto che ci occupa, nei confronti del dott. De Magistris (e del procuratore capo di Catanzaro, dott. Lombardi).

A tal proposito, per comprendere appieno la portata dell'iniziativa assunta dall'organo politico, è utile ancora puntualizzare che, nel catalogo dei provvedimenti inerenti lo stato dei magistrati stabilito dalla disciplina sull'ordinamento giudiziario attualmente in vigore, tale misura si configura senz'altro quale *provvedimento cautelare di natura disciplinare*: esso, infatti, secondo la disposizione del d.lgs. 109/2006 che lo ha introdotto, può essere disposto dalla Sezione disciplinare, in via provvisoria, solo 1) come si è visto, nell'ambito di *determinati procedimenti disciplinari* e 2) quel che più conta, in presenza del duplice requisito costituito dai a) "*gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare*" (nell'abituale terminologia dei processualisti, il c.d. *fumus boni iuris*) e dai b) "*motivi di particolare urgenza*" (il c.d. *periculum in mora*). La fattispecie di trasferimento di cui trattasi, non specificamente contemplata dalla legislazione ordinaria precedente (al contrario della sospensione dalle funzioni e dallo stipendio, già prevista dall'art. 31 r.d.lgs. 511/1946⁸⁴), va pertanto tenuta ben distinta: 1) dal trasferimento che il medesimo Giudice disciplinare può disporre, in sede di pronuncia definitiva sulla responsabilità dell'incolpato – *dovendo* disporlo, in ogni caso, quando è stata accertata una delle violazioni previste dall'articolo 2.1, lett. a) dello stesso d.lgs. n. 109, nonché nell'eventualità in cui debba essere inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni (art. 13.1 del d.lgs.) -, a titolo di *sanzione accessoria* a quelle stabilite dall'art. 5 del decreto delegato⁸⁵; 2) soprattutto, dal *trasferimento d'ufficio* previsto dall'art. 2 del r.d.lgs. 511/1946 e significativamente modificato, a sua volta, dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006.

Nella sua configurazione originaria, tale istituto consentiva infatti al Consiglio superiore della Magistratura (in *composizione plenaria*, ma su proposta della Prima Commissione, competente per l'istruttoria) di destinare ad altra sede o funzione i magistrati, anche *senza il loro consenso*, in presenza di una *situazione di incompatibilità all'esercizio delle funzioni* nell'ufficio di appartenenza, derivante, in via alternativa, da a) l'*obiettiva* sussistenza di una delle ipotesi di cui agli artt. da 16 a 19 O.G. 1941⁸⁶; b) una situazione di c.d. "*incompatibilità ambientale*", ricorrente "*quando, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, [i magistrati] non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario*" e valutata appunto dalla Prima Commissione all'esito di un procedimento *di natura tendenzialmente amministrativa*, disciplinato dagli artt. 4 r.d.lgs. 511/1946 e poi 55 D.P.R. 916/1958, nonché da successive delibere adottate dallo stesso C.S.M. nell'esercizio dei propri poteri cc.dd. "paranormativi" (in particolare, dalla delibera del 18-XII-1991)⁸⁷.

⁸³ Per questa specifica previsione, v. ancora M. Cassano [2006, p. 371] e, naturalmente, F. Biondi [16/11/2007].

⁸⁴ Alla stregua di tale disciplina, la sospensione dalle funzioni conseguiva, in via obbligatoria o facoltativa a seconda dei casi, alla più grave ipotesi di sottoposizione del magistrato a procedimento penale; il trasferimento ad altra sede introdotto dall'art. 13 del d.lgs. di riforma si affianca ora dunque, quale possibile misura cautelare, a tale provvedimento, che continua ad essere previsto ai sensi degli artt. 21-23 dello stesso d.lgs.

⁸⁵ Come ha fatto la Sezione disciplinare proprio all'esito del procedimento a carico del sostituto De Magistris: cfr. *supra*, par. 2, in particolare nota 36.

⁸⁶ Rispettivamente, ipotesi generali, "incompatibilità di sede per parentela o affinità con professionisti" ed "incompatibilità per vincoli di parentela o di affinità fra magistrati della stessa sede".

⁸⁷ Reperibile nel sito www.csm.it. Sul trasferimento d'ufficio ex art. 2 l. guarentigie v., tra i tanti, G. Fici [1986]; G. Silvestri [1997, pp. 154 ss.]; S. Mazzamuto [2001]; D'Elia [2006, pp. 2053 s.]; F. Biondi [2006, pp. 255-

Su questo secondo presupposto giustificativo - da sempre oggetto di più che fondati rilievi da parte della dottrina per la sua sostanziale indeterminatezza ed il legame meramente eventuale con una condotta colpevole del magistrato interessato (ritenute in contrasto con la riserva di legge posta dall'art. 107 Cost. a presidio della garanzia dell'inamovibilità⁸⁸) e che comunque, nell'esperienza applicativa, aveva dato luogo ad una sovrapposizione tra il ricorso al trasferimento in parola e le valutazioni proprie invece del giudizio disciplinare, in grado di indebitamente comprimere il diritto di difesa del magistrato⁸⁹ (tanto che per significare il carattere "ibrido" dell'istituto venne coniato l'aggettivo "*paradisciplinare*") - ha peraltro inciso in profondità, ancora, il d.lgs. 109/2006, sostituendo l'ormai anacronistico riferimento al "prestigio dell'ordine giudiziario", quale interesse protetto dall'art. 2 I. guarentigie, con quello alla "*piena indipendenza e imparzialità*" nello svolgimento della funzione, ma soprattutto circoscrivendo l'operatività dell'istituto alle sole fattispecie di incompatibilità *non ascrivibili ad un comportamento colpevole* del soggetto interessato (attraverso la decisiva eliminazione dal testo della disposizione della congiunzione "anche": art. 26, comma primo, del d.lgs.).

Va subito detto che anche la nuova formulazione della norma non ha mancato di sollevare obiezioni, incentrate sia sulla persistente genericità delle ragioni che possono legittimare il trasferimento d'ufficio⁹⁰, sia sulla sottrazione al C.S.M. di uno strumento di intervento nella gestione degli uffici particolarmente efficace in presenza di situazioni patologiche non univocamente classificabili secondo il criterio della rilevanza colpevole o meno delle condotte poste in essere dai magistrati⁹¹. Risulta peraltro evidente - e merita di essere sottolineato ai fini dell'inquadramento della domanda di trasferimento del sostituto De Magistris che qui interessano - che l'intento di tale intervento normativo è stato quello di separare con nettezza, dal punto di vista giuridico formale, la figura del trasferimento d'ufficio ex art. 2 I. guarentigie dall'esercizio del potere disciplinare e, in tale contesto, dall'ipotesi del trasferimento ad altra sede, contemplata quale (nuova) misura cautelare dal d.lgs. 109/2006. Nell'ordinamento giudiziario vigente, le due fattispecie si differenziano infatti non solo, come avveniva in precedenza, per l'organo competente ad applicarle (nel primo caso, il *plenum* del C.S.M.; nel secondo, la Sezione disciplinare) ed il correlativo procedimento (amministrativo, o, al più, "paragiurisdizionale" per il trasferimento di cui al r.d.lgs. 511/1946; giurisdizionale, per quanto riguarda il trasferimento cautelare), ma anche per il campo di applicazione, potendo intervenire la seconda, alla stregua di quanto sopra rilevato, *esclusivamente all'interno del procedimento disciplinare* e, reciprocamente, riducendosi il trasferimento per c.d. "incompatibilità ambientale" al mero riscontro di *situazioni incolpevoli ed oggettive*, legittimanti tale misura⁹².

Questo spiega anche il motivo per cui, come si è riferito all'inizio, il dott. De Magistris è stato sottoposto a *due* procedimenti avanti al C.S.M.: il primo - lo ha chiarito bene Francesca Biondi nel suo recente intervento sul *Forum dei Quaderni costituzionali*, più volte richiamato - ha fatto seguito alla domanda di trasferimento avanzata dal Ministro, sulla quale la Sezione disciplinare, dopo il duplice rinvio disposto l'8 ottobre ed il 17 dicembre, ha infine ritenuto di non provvedere, preferendo pronunciarsi, il successivo 18 gennaio, sul merito delle incolpazioni; il secondo, invece, formalmente ancora in corso,

258]; da ultimo, S. Sicardi [2007, § 5].

⁸⁸ In particolare, S. Mazzamuto [2001, pp. 103 ss.] e F. Biondi [*loc. ult. cit.*]; per una differente ricostruzione dell'istituto in esame, inteso come garanzia dell'indipendenza del giudice, a fronte di eventuali situazioni anche non dovute a sua colpa, v. invece G. Silvestri [*loc. ult. cit.*].

⁸⁹ Incisivamente, sul punto, F. Biondi [16/11/2007, pp. 2 s.].

⁹⁰ Ancora, F. Biondi [16/11/2007, p. 6].

⁹¹ M. Cassano [2006, p. 372], nonché lo stesso C.S.M., nella risoluzione del 24-I-2007 e nel parere emesso in data 31-V-2007 (p. 3), ai sensi dell'art. 10 I. 195/1958, sull'allora d.d.l. di riforma dell'ordinamento giudiziario presentato dal Governo Prodi, che non prevedeva, per questa materia, il *révirement* auspicato dall'organo di autogoverno (entrambi i documenti sono reperibili nel sito www.csm.it).

⁹² Per questi profili, da ultimo, S. Sicardi [*loc. ult. cit.*]; F. Biondi [16/11/2007, pp. 3 ss.].

riguarda proprio un'eventuale situazione di "incompatibilità ambientale" in capo al sostituto catanzarese, rilevante ai sensi del menzionato art. 2 l. guarentigie, legata alle ripetute "esternazioni atipiche" del magistrato (in particolare, dinanzi agli organi di informazione) sui presunti rapporti collusivi tra esponenti politici, imprenditori e parte della Magistratura nel contesto calabrese a seguito dell'avocazione dell'inchiesta "Why Not" ad opera della Procura generale⁹³, ed è pertanto pendente innanzi alla Prima Commissione⁹⁴ (così come il procedimento aperto lo scorso 4 dicembre nei riguardi del g.i.p. milanese Clementina Forleo, in relazione principalmente alle dichiarazioni pubbliche rilasciate a sostegno del collega calabrese, di contenuto sostanzialmente analogo⁹⁵).

La Commissione, tra l'altro, attraverso un Comunicato stampa pubblicato in data 24 ottobre, cui si è già fatto riferimento nel corso di queste note⁹⁶, ha reso noto di aver provveduto, in applicazione appunto del d.lgs. 109/2006, allo stralcio ed alla contestuale trasmissione ai titolari dell'azione disciplinare "degli atti relativi a tutti gli *altri episodi* risultanti nelle procedure pendenti" (corsivo nostro) avanti a sé in relazione alla posizione del dott. De Magistris, ritenuti evidentemente di possibile rilevanza disciplinare (e non è escluso, peraltro, che nel prossimo futuro provvederà analogamente con riguardo alla posizione della dott.ssa Forleo, anch'ella pure sottoposta a procedimento disciplinare). Se ciò da un lato sembrerebbe rispondere alla nuova sistemazione dei rapporti tra trasferimento d'ufficio e responsabilità disciplinare dei magistrati determinata dalla recente riforma, per altro verso, ponendosi anche in una prospettiva di carattere generale, attesta che nell'attuale contesto normativo non è affatto venuto meno il rischio di un'interferenza - sul piano temporale e forse ancora, nonostante tutto quanto sopra rilevato, *delle situazioni di fatto ivi dedotte*⁹⁷- dei rispettivi *procedimenti*, con possibili ripercussioni negative sulla situazione soggettiva del magistrato interessato ed anche, come ha ancora opportunamente rilevato Francesca Biondi, dei componenti del Consiglio superiore⁹⁸. L'imparzialità di questi ultimi nell'esercizio della funzione di giudici disciplinari (richiesta anche dalla Corte Costituzionale, secondo quanto affermato nella sentenza 262/2003⁹⁹) potrebbe infatti risultare compromessa da un precedente giudizio emesso, ai sensi della l. 195/1958, in qualità di membri del *plenum* sulla proposta in ordine al trasferimento avanzata dalla Prima commissione con riferimento a *vicende* - ancora, almeno in parte - *sostanzialmente analoghe*.

Sotto un altro profilo, tuttavia, di rilevanza indubbiamente maggiore, la disciplina introdotta dal d.lgs. 109/2006 suscita particolari perplessità, e gli eventi di Catanzaro oggetto di queste note (con l'aggiunta di situazioni determinatesi davanti al C.S.M., altrettanto equivoche ed "imbarazzanti") ne sembrano una dimostrazione eloquente.

Nella riforma approvata nella scorsa legislatura, all'intervenuta - consistente - riduzione del campo di operatività del trasferimento d'ufficio ex art. 2 legge guarentigie non

⁹³ Cfr. *supra*, § 2, e relativa nota 19.

⁹⁴ Di fronte alla quale, come si è già accennato *supra*, in nota 33, ha da ultimo avuto luogo a fini di "approfondimento istruttorio", il 9 gennaio, l'audizione dei magistrati della Procura della Repubblica di Salerno titolari dei procedimenti in corso nei confronti del sostituto De Magistris e conseguenti a denunce dal medesimo presentate nei confronti dei colleghi della Procura di Catanzaro (per i quali, v. *supra*, note 18 e, ancora, 33): C.S.M., Prima Commissione, Comunicato stampa [11/12/2007].

⁹⁵ C.S.M., Prima Commissione, Comunicato stampa [4/12/2007]: in merito, v. le considerazioni critiche di M. Feltri [4/12/2007].

⁹⁶ V. *supra*, § 2, e relativa nota 20.

⁹⁷ Con riguardo a questo profilo, va infatti ancora notato che nella vicenda concreta in esame, a seguito delle contestazioni disciplinari successivamente avanzate dal procuratore generale della Cassazione (per le quali, v. ad es. M. Coffaro [29/11/2007]), in particolare le *dichiarazioni rilasciate dal sostituto procuratore catanzarese agli organi di informazione* avrebbero costituito oggetto tanto del procedimento per trasferimento d'ufficio, in corso davanti alla Prima Commissione del Consiglio, quanto, appunto, del giudizio da poco conclusosi innanzi alla Sezione disciplinare.

⁹⁸ F. Biondi [2006, p. 257; 16/11/2007, pp. 6-7].

⁹⁹ In *Giur. cost.*, 2003, pp. 2145 ss.

ha fatto riscontro la devoluzione *sic et simpliciter* delle fattispecie di c.d. “incompatibilità ambientale”, ove determinate da una condotta (almeno in prevalenza) *colpevole* del magistrato, alla fase del merito del giudizio disciplinare.

Si è appena osservato, infatti, che in sede di riformulazione delle norme sul procedimento disciplinare, il legislatore del 2005 ha previsto la possibilità della Sezione disciplinare di disporre a carico del magistrato incolpato, a partire dalla fase delle indagini e sino all’emissione della pronuncia definitiva sull’addebito, la misura del trasferimento ad altra sede, previo accertamento della sussistenza di “*gravi elementi di fondatezza dell’azione*” in corso e, soprattutto, di “*motivi di particolare urgenza*”. Questo secondo presupposto, a ben vedere, integra un’esigenza cautelare assai simile a quella che, nella disciplina precedente quale interpretata anche dalla giurisprudenza amministrativa e dalla Corte Costituzionale (in particolare, sent. 457/2002¹⁰⁰), valeva a giustificare il trasferimento d’ufficio rientrando nella competenza del *plenum* consiliare (e lo giustifica tuttora, nelle situazioni di, per così dire, “incompatibilità incolpevole” contemplate dal novellato art 2 r.d.lgs. 511/1946), potendo ragionevolmente essere costituita, tra i molti casi che potrebbero presentarsi nella pratica, anche dalla necessità di rimuovere determinati impedimenti al regolare funzionamento di un ufficio giudiziario, ritenuti in grado di pregiudicare il sereno ed indipendente esercizio della giurisdizione, mediante la destinazione ad ufficio diverso del magistrato che vi ha dato (in questo caso, colpevolmente) causa.

Se si accetta tale premessa – e, ad avviso di chi scrive, vi sono ragioni più che plausibili per farlo -, dovrà concludersi che, su di un piano generale, (anche) la “materia” della c.d. “incompatibilità ambientale”, in passato sottoposta alla potestà valutativa della Prima commissione del C.S.M., risulta ora in gran parte attribuita alla cognizione della Sezione disciplinare, in funzione (non necessariamente, beninteso, ma soprattutto) di giudice cautelare¹⁰¹. Ciò, a prima vista, non dovrebbe comportare particolari problemi, tenuto conto dell’indipendenza propria di tale organo ed anzi delle rafforzate garanzie procedurali stabilite, come si è rilevato, dal d.lgs. 109/2006.

In una prospettiva più approfondita e forse, in ogni caso, più pragmatica, vi è però anche da considerare che la Sezione disciplinare, al pari di qualsiasi altro organo (quantomeno, *lato sensu*: cfr., ancora, Corte Cost., sent. 262/2003) giurisdizionale, non esercita i propri poteri decisori *d’ufficio*, ma *su iniziativa delle parti* del procedimento: ed infatti, la norma del decreto delegato che qui interessa – l’art. 13, comma 2 – stabilisce che sul trasferimento cautelare del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare la Sezione possa pronunciarsi unicamente “*su richiesta del Ministro della giustizia o del procuratore generale presso la Corte di cassazione*”, titolari *ex lege* (il primo, per espressa previsione costituzionale) dell’azione disciplinare. Ora, se la legittimazione del procuratore generale a chiedere la misura si inserisce a pieno titolo nella logica strutturale del procedimento di cui trattasi, essendo espressamente riservate a questo organo – non soggetto, del resto, ad alcuna responsabilità politica, in quanto magistrato - le “funzioni di pubblico ministero” e, in tale contesto, le attività di indagine all’interno delle quali possono manifestarsi le predette esigenze cautelari (art. 16.1 d.lgs. 109/2006), altrettanto non può certo dirsi con riguardo alla posizione del Ministro. Ad esso, infatti, la legge e prima ancora la Carta costituzionale riconoscono un più circoscritto potere di semplicemente “promuovere” l’azione disciplinare, essenzialmente attraverso la “richiesta di indagini” al

¹⁰⁰ In *Giur. cost.*, 2002, pp. 3792 ss.

¹⁰¹ Sembra propendere per questa tesi, ad esempio, F. Biondi, la quale – criticata la genericità dell’originario disposto dell’art. 2 l. guarentigie ed il conseguente possibile ricorso da parte del (*plenum* del) C.S.M. al trasferimento d’ufficio “quale misura d’urgenza, in attesa della decisione della sezione disciplinare” - ha valutato positivamente la modifica contemplata dalla l. 150/2005, in quanto, dotando la Sezione disciplinare di un autonomo potere di disporre internalmente il trasferimento ad altra sede, “si contrasta l’apertura del doppio procedimento” [2006, p. 258].

p.g. stesso (art. 14.2 del d.lgs.): potere, orientato sul piano funzionale alla (esclusiva) garanzia della corretta organizzazione dei servizi giudiziari¹⁰².

Con le norme introdotte all'atto della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005/2006, si ha quindi che il trasferimento cautelare dei magistrati per motivi disciplinari - o, come si diceva nella vigenza dell'originario art. 2 l. guarentigie, "paradisciplinari" colpevoli -, da una parte, è stato sottratto al (*plenum* del) C.S.M. inteso come organo di "amministrazione della giurisdizione"¹⁰³, per essere ricondotto nel "naturale" alveo della giurisdizione disciplinare amministrata dalla sua apposita Sezione; dall'altro lato, però, è stato in concreto consegnato all'*iniziativa* (non solo, ma anche) di un organo di estrazione eminentemente politica, non prevista nella precedente normativa di ordinamento giudiziario.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di una scelta non certo illegittima dal punto di vista costituzionale, ma sulla cui opportunità in termini di politica del diritto è lecito avanzare numerose riserve, in assoluto e particolarmente nel contesto attuale delle relazioni tra potere politico ed istituzione giudiziaria nel nostro Paese. In una situazione di evidente delegittimazione dei meccanismi decisionali rappresentativi ed in un contesto in cui la Magistratura ha svolto di fatto, nell'ultimo quindicennio, un ruolo di intervento attivo nella repressione di comportamenti "devianti" e patologicamente autoreferenziali maturati proprio all'interno del sistema politico, il rischio è che il potere di iniziativa attribuito al Ministro della Giustizia possa venire esercitato in maniera impropria (o, quantomeno, eccessivamente "disinvolta"), finendo per condizionare il regolare svolgimento dei procedimenti giurisdizionali. Le stesse prassi negative determinatesi, a suo tempo, nel procedimento per c.d. "incompatibilità ambientale" innanzi alla Prima Commissione - talora utilizzato dal C.S.M., approfittando della genericità dei suoi presupposti sostanziali, per "colpire" con la misura del trasferimento magistrati "scomodi" a motivo (anche) dei provvedimenti adottati nello stretto esercizio delle loro funzioni - potrebbero ora, in questo senso, riproporsi in sede di giudizio disciplinare cautelare, ma con un più diretto coinvolgimento dell'organo del potere esecutivo, legittimato *de iure* (per di più, trattandosi di previsione di rango costituzionale, *supremo*) alla promozione della relativa azione: ciò che rappresenterebbe con ogni probabilità una minaccia ancor più grave all'indipendenza dello *ius dicere*.

Proprio quanto avvenuto negli scorsi mesi in relazione all'indagine "*Why Not*" condotta dal sostituto De Magistris, come detto, sembrerebbe appunto confermare tale impressione.

Secondo quanto riferito dalle fonti giornalistiche che più hanno approfondito tali vicende¹⁰⁴, il procedimento disciplinare istruito nei confronti del pubblico ministero calabrese sarebbe stato infatti iniziato, da un punto di vista formale, in primavera, con l'invio da parte del Ministro Mastella degli ispettori presso la Procura di Catanzaro. La decisione dell'allora Guardasigilli, peraltro - lo si è accennato nell'esposizione dei fatti prospettata all'inizio -, si ricollegava ad un'analoga iniziativa assunta dal precedente Ministro Castelli più di un anno prima (a seguito di ripetute interrogazioni parlamentari di esponenti dell'allora maggioranza di centrodestra, aventi direttamente ad oggetto l'operato del sostituto procuratore), non sfociata in una azione disciplinare vera e propria¹⁰⁵, e non riguardava direttamente, a quanto sembra, l'inchiesta sull'utilizzo dei fondi comunitari,

¹⁰² F. Bonifacio - G. Giacobbe [1986, p. 158]. Più problematicamente sul fondamento ed il possibile ambito di esplicazione dei poteri del Ministro della Giustizia in materia disciplinare, v. peraltro S. Sicardi [1993, spec. pp. 87-94], G. Silvestri [1997, pp. 209 s.] e N. Zanon [1996, pp. 221 ss.].

¹⁰³ G. Silvestri [1997, p. 175].

¹⁰⁴ Tra i riferimenti di cui sopra, alle note 1- 36, si richiama qui in particolare A. Massari [in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 41-60].

¹⁰⁵ Circostanza, confermata dallo stesso esponente leghista nella trasmissione "*Porta a porta*" del 22/10/2007.

all'epoca del resto ancora alle sue prime battute, bensì un altro procedimento, denominato "Poseidone", relativo ai finanziamenti pubblici per la tutela dell'ambiente ed avvocato a De Magistris dal suo procuratore capo, dott. Lombardi, proprio nel mese di marzo. Il 13 luglio, comunque, come si è visto, il magistrato procede all'iscrizione nel registro ex art. 335 c.p.p. del Presidente del Consiglio Prodi, nell'ambito dell'indagine "Why Not"; il successivo 21 settembre – di fatto, considerando il periodo feriale, ad un mese di distanza dalla notizia dell'iscrizione, ma a ben sei dalle ispezioni disposte - il Ministro della Giustizia presenta alla Sezione disciplinare del C.S.M. la domanda di trasferimento cautelare "urgente" del sostituto procuratore (oltre che dello stesso dott. Lombardi, ritenuto colpevole, sostanzialmente, di "omessa vigilanza" nei confronti di quest'ultimo).

Sul piano giuridico formale, non sembra possano nutrirsi seri dubbi sulla legittimità di tale iniziativa, sussistendone invero la legittimazione attiva dell'organo ministeriale e tutti i presupposti procedurali stabiliti dal vigente ordinamento giudiziario – un procedimento disciplinare in corso a carico del predetto magistrato, per (numerosi) addebiti di una certa gravità (soprattutto, quelli relativi alle violazioni della legge processuale ed al contenuto delle ripetute dichiarazioni rilasciate agli organi di informazione) -, ed avendo inoltre il Ministro argomentato, all'atto della richiesta del provvedimento, tanto la fondatezza dell'azione disciplinare intrapresa (la quale, del resto, se è lecito esprimere un giudizio di carattere strettamente personale, appariva già allora più che plausibile ed ha poi comunque trovato obiettivo riscontro nella sentenza di merito emessa dai giudici disciplinari) quanto le ragioni di "urgenza" sottese alla domanda stessa, ricondotte alla situazione di conflittualità venutasi a determinare nell'ufficio giudiziario calabrese, ritenuta idonea a pregiudicare il sereno ed ordinato svolgimento delle indagini. Dal lato fattuale, tuttavia, come giustamente rilevato da Carlo Federico Grosso¹⁰⁶ ed emerso – si confida - dalla stessa analisi innanzi effettuata, si è trattato di un atto dal significato particolare e non certo "di routine", tenuto conto della speciale afflittività della misura richiesta – il trasferimento ad altra sede avrebbe inevitabilmente comportato in capo al sostituto interessato la perdita della titolarità dei procedimenti in corso -, della natura innovativa dell'attribuzione ministeriale e, circostanza evidentemente tutt'altro che irrilevante, della prossimità all'ambiente politico del Guardasigilli di molti dei soggetti coinvolti nella principale indagine condotta dal pubblico ministero nell'ufficio di appartenenza (oltre che, in prospettiva, del coinvolgimento diretto del Ministro stesso, formalizzato infatti dalla successiva iscrizione del 13 ottobre¹⁰⁷).

Tali considerazioni, se per un verso sono state alla base delle roventi polemiche politiche seguite alla decisione assunta dal Ministro Mastella e poi all'avocazione dell'inchiesta "Why Not" da parte della Procura generale di Catanzaro, devono altresì aver indotto alla massima cautela e scrupolo valutativo gli organi deputati a darvi corso all'interno del procedimento disciplinare: così il procuratore generale della Cassazione, in primo luogo, pur rappresentante dell'accusa, all'udienza dell'8 ottobre non si è acriticamente adeguato alla tesi del Ministro e risulta aver chiesto in prima persona un differimento della discussione (di durata, pare, addirittura maggiore a quella indicata dalla difesa di De Magistris) allo scopo di esaminare in piena autonomia l'ampia relazione depositata dall'Ispettorato del Ministero¹⁰⁸; la Sezione disciplinare, soprattutto, il cui iniziale rinvio dell'udienza alla data del 17 dicembre, a più di due mesi dalla prima comparizione delle parti e a quasi tre dalla richiesta ministeriale, è stato da molti verosimilmente interpretato come segno della volontà di "calmierare" l'andamento del giudizio rispetto ai tempi voluti dal Guardasigilli e, di più, come un'indiretta "sconfessione" dei "motivi di

¹⁰⁶ "La Stampa", 22/10/2007, p. 35.

¹⁰⁷ Cfr., sempre tra le fonti citate *supra* al § 2, F. Grignetti- A. Massari [30/10/2007] e A. Massari, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 50 ss., nonché C. Vulpio [22/09/2007].

¹⁰⁸ Così hanno riferito, in particolare, G. D'Avanzo e G. Bianconi nei rispettivi articoli del 9/10/2007.

particolare urgenza” nel provvedere adottati dal medesimo¹⁰⁹. La consistenza sostanziale delle argomentazioni espresse, sul punto, nella richiesta di trasferimento del sostituto procuratore, evidentemente di non particolare vigore, avvalorò il sospetto che, nella fattispecie, l’iniziativa disciplinare adottata nei confronti di quest’ultimo sia derivata non tanto (o, secondo una lettura meno maliziosa, non solo) dalla commissione di determinate – e, deve comunque ribadirsi, obiettivamente non irrilevanti - violazioni deontologiche, quanto piuttosto, assai meno commendevolmente, dalla natura e dalle rilevanti *implicazioni politiche dei provvedimenti emanati dal magistrato nell’esercizio della sua funzione tipica*, ritenuti in grado di (ulteriormente) delegittimare la classe politica locale e nazionale e perciò da fermare rapidamente avvalendosi di ogni possibile strumento consentito dall’ordinamento.

Per evitare il ripetersi di consimili, potenzialmente “esplosive”, situazioni e contenere così per il futuro il rischio di uno sviamento dell’esercizio del potere disciplinare nei riguardi dei magistrati dalle finalità di interesse pubblico delineate dai principi costituzionali (rischio, peraltro, in certa misura immanente alla natura stessa della responsabilità disciplinare e da cui lo stesso C.S.M. non può certo considerarsi immune), il ricorso alla responsabilità parlamentare del Ministro della Giustizia e del Governo nel suo complesso non sembra poter costituire un rimedio sufficiente, sia per la tradizionale difficoltà di una sua effettiva attivazione, sia in relazione al generale indebolimento dei poteri di controllo dell’organo rappresentativo, che è conseguito, in Italia come in altri Paesi europei e non solo, all’evoluzione della forma di governo parlamentare nella direzione di un parlamentarismo maggioritario con sostanziale investitura popolare diretta dell’Esecutivo. Ben diversamente, alla luce delle denunciate implicazioni di tale misura cautelare, occorre che, rispetto a quanto stabilito dalla riforma dell’ordinamento giudiziario approvata nella passata legislatura, il potere di domandare il trasferimento *ante iudicium* dei magistrati sottoposti a procedimento disciplinare, già opportunamente eliminato – almeno, nell’ormai completamente demitizzata “intenzione del legislatore” - dal novero delle attribuzioni (in questo caso, officiose) del *plenum* del Consiglio superiore della Magistratura, sia sottratto anche al Ministro (ferma restando, naturalmente, la facoltà di quest’ultimo di promuovere l’esercizio dell’azione e di investire la Sezione disciplinare della richiesta di una pronuncia sul *merito* dell’incolpazione), per venire esclusivamente riservato al procuratore generale, organo politicamente irresponsabile e del resto, come si è avuto modo di sottolineare, titolare della funzione requirente nel procedimento stesso¹¹⁰. Solo in questo modo, ad opinione di chi scrive, potrà aversi, se non la certezza, almeno la presunzione di un esercizio corretto ed imparziale di questo assai rilevante potere e, forse, della stessa iniziativa disciplinare attribuita all’organo politico, cui la perdita della possibile “appendice cautelare” attualmente prevista dal d.lgs. 109/2006 precluderà ogni eventuale obiettivo di “pressione” sull’operato del magistrato inquisito e a maggior ragione, qualora dovesse consolidarsi l’interpretazione delle disposizioni in tema di astensione e ricusazione posta dalla Procura generale di Catanzaro, nella stessa fattispecie in esame, alla base del provvedimento di avocazione delle indagini (per la quale, v. *infra*, nel seguito di queste note), di artificiosa “precostruzione” del presupposto legittimante la sottrazione al magistrato stesso del procedimento “sgradito”.

6- Illustrati, nei termini che precedono, i presupposti e le possibili implicazioni sul piano ordinamentale dei principali provvedimenti adottati dal sostituto De Magistris nell’ambito dell’indagine “*Why Not*” e della successiva domanda di trasferimento del magistrato

¹⁰⁹ In tali termini, segnatamente, ancora G. D’Avanzo [“*Il Guardasigilli sconfessato*”, 9/10/2007] e A. M. Greco [“*Il Csm rinvia su De Magistris. Mastella perde il primo round*”, 9/10/2007].

¹¹⁰ Questa soluzione è stata non a caso caldeggiata dall’Associazione nazionale magistrati nel Comunicato del 17 ottobre scorso, espressamente dedicato alla vicenda in oggetto (in www.associazionemagistrati.it): in merito, cfr. D. Martirano [18/10/2007].

avanzata alla Sezione disciplinare del C.S.M. dall'ex Ministro della Giustizia Mastella, per completare l'analisi della concreta vicenda in oggetto è necessario infine prendere in esame l'**avocazione di tale procedimento**, disposta dal procuratore generale reggente di Catanzaro il 20 ottobre scorso ed oggetto di indiretta conferma da parte della Procura generale della Cassazione, che in data 9 novembre, secondo quanto sopra riferito, ha dichiarato inammissibile il reclamo proposto nei suoi confronti dal pubblico ministero interessato.

Va subito evidenziato, a tal riguardo, che nell'ordinamento processuale e giudiziario vigente l'avocazione delle indagini preliminari da parte del procuratore generale presso la Corte di appello (ed analogamente, del procuratore nazionale antimafia, nei procedimenti rientranti nella propria competenza funzionale: art. 371**bis**, comma 3, lett. *h*, c.p.p.) è configurata, da un punto di vista generale, come una "vicenda anomala" e del tutto eccezionale del procedimento penale, non meno di quanto dovrebbe risultare, nel diverso contesto poc'anzi descritto, il trasferimento del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare. Mentre infatti il Codice di procedura penale del 1930, in relazione alla connotazione inquisitoria del rito processuale ivi delineata ed alla gerarchia tra uffici diversi del pubblico ministero istituita dall'ordinamento giudiziario del tempo, consentiva al procuratore generale di procedere direttamente all'istruzione sommaria (art. 234) o di avocarla sostanzialmente *ad libitum*, sottraendola alla competenza del magistrato "inferiore" (art. 392, comma 3)¹¹¹, il successivo Codice del 1988, a conclusione di una lunga ed approfondita discussione circa l'opportunità stessa di mantenere un simile istituto in un contesto di affermata indipendenza di *ciascun* ufficio requirente nell'esercizio delle proprie attribuzioni¹¹², ha inteso circoscriverne l'operatività alle sole ipotesi di riscontrata "inerzia" della Procura della Repubblica nello svolgimento delle indagini e nell'assunzione delle determinazioni inerenti l'eventuale esercizio dell'azione penale.

In tale prospettiva, l'avocazione è attualmente ammessa, sul piano sostanziale, 1) qualora il pubblico ministero procedente, alla scadenza del termine delle indagini preliminari, non abbia sciolto l'alternativa tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione penale (art. 412); 2) nel caso di "incompletezza" delle indagini preliminari, accertata dal g.i.p. all'atto della pronuncia sulla richiesta di archiviazione (artt. 409.3 e 412.2) o dal g.u.p. in sede di udienza preliminare (art. 421**bis**, introdotto nel 1999), oppure dedotta dalla persona offesa o dallo stesso indagato, che possono richiedere l'emissione del provvedimento (art. 413); 3) più in generale, ma con rilievo specifico nella fattispecie concreta oggetto della nostra analisi, nell'ipotesi di *mancata "tempestiva" sostituzione da parte del procuratore della Repubblica*, per "impossibilità oggettiva" o – appunto – colpevole "inerzia", *del magistrato designato alla trattazione del procedimento*, nei casi stabiliti dall'art. 372.1. Tali situazioni consistono, alternativamente, a) nell'intervenuta *astensione* o nell'*incompatibilità* del pubblico ministero, ai sensi degli artt. 52 e 53 del Codice; b) nella ricorrenza di una o più delle specifiche fattispecie di cui all'art. 36.1, comportanti l'*obbligo di astensione del* – si noti – *giudice* (presenza di un "interesse nel procedimento"; rapporti di parentela, tutela, curatela, lavoro con una delle parti; "inimicizia grave" tra il magistrato od un suo prossimo congiunto ed una delle parti private). In questa terza ed ultima ipotesi di avocazione, si ritiene che il procuratore generale possa provvedere, con decreto motivato, a partire dal momento dell'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e sino a quando non sia stata formulata dal magistrato della Procura della Repubblica la relativa richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio, assumendo conseguentemente le funzioni di quest'ultimo (al pari, del resto, che

¹¹¹ Per un'analisi di queste disposizioni nel contesto dell'ordinamento processuale e della magistratura requirente anteriore alla riforma del 1988, v. M. Scaparone [1979 e 1988, pp. 1096 ss.], C. Valentini Reuter [1994] e R. Bertoni [1988].

¹¹² Di tale dibattito dà conto, in particolare, M. Chiavario [2000, p. 127].

negli altri casi descritti: cfr. art. 51, comma 2 c.p.p.), sia per quanto attiene allo svolgimento delle indagini che alla decisione sull'esercizio dell'azione penale¹¹³.

In relazione al riconfigurato ruolo, per così dire, "emergenziale", di *extrema ratio*, dell'istituto in esame, la legge sull'ordinamento giudiziario, dal canto suo – nel testo modificato proprio in occasione dell'introduzione del nuovo Codice di procedura penale e tuttora vigente, non essendo stato toccato, sul punto, dalla menzionata pur ampia riforma del 2005/2006 –, si preoccupa di individuare determinati adempimenti procedurali da seguire nel caso di avocazione, al fine essenzialmente di assicurare il corretto esercizio del relativo potere ed in questo modo garantire le prerogative di indipendenza proprie di ciascun ufficio di Procura e, in tale contesto, di ogni singolo magistrato del p.m. (secondo l'evoluzione registratasi, in questo senso, negli ultimi decenni¹¹⁴).

E' così stabilito, nell'art. 70 O.G. (nonché nel successivo art. 70bis, con riferimento all'avocazione del procuratore nazionale antimafia): 1) in primo luogo, che il procuratore generale trasmetta copia del decreto motivato con cui ha disposto l'avocazione al titolare dell'ufficio privato del procedimento, ma anche al Consiglio superiore della Magistratura, evidentemente in chiave di verifica – quantomeno, *prima facie* e nella logica del controllo "diffuso" sottesa alla disciplina sulla costituzione ed il funzionamento dell'organo di autogoverno - della legittimità del medesimo e più ancora delle sue eventuali conseguenze disciplinari¹¹⁵ e/o sulla valutazione della professionalità dei magistrati coinvolti (comma 6); 2) in second'ordine, più incisivamente, che nel termine di dieci giorni dalla ricezione del provvedimento di avocazione il - si badi bene – "*procuratore della Repubblica interessato*" possa proporre reclamo al procuratore generale presso la Corte di cassazione, il quale, in caso di accoglimento dello stesso, "*revoca il decreto di avocazione, disponendo la restituzione degli atti*" (comma 6bis). Non ha invece trovato ingresso nella versione definitiva della legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario approvata nel 2005 – può essere utile ricordarlo in questa sede, ai fini di un inquadramento generale dell'istituto – la previsione di carattere sostanziale, contenuta nel d.d.l. inizialmente presentato dall'allora Governo di centrodestra (art. 5, lett. g), di consentire l'avocazione del procuratore generale in presenza di "*reiterate violazioni di norme processuali [sott., da parte dei magistrati della Procura della Repubblica], anche non tutelate da sanzioni processuali*": in tutta evidenza, tale proposta (non a caso inserita nelle disposizioni in materia di *ordinamento giudiziario*, invece che direttamente nella legge del processo penale), qualora approvata, avrebbe comportato la reistituzione di un sostanziale controllo gerarchico della Procura generale sul *merito* dell'attività svolta dagli uffici di primo grado del distretto, in chiara inversione di tendenza rispetto all'assetto stabilito dal Codice del 1988¹¹⁶.

Scendendo ora a verificare l'applicazione delle regole generali sopra descritte nella controversa vicenda che ci occupa, si è già avuto modo di constatare nella ricostruzione dei fatti che il provvedimento di avocazione dell'indagine sull'utilizzo illecito dei finanziamenti comunitari condotta dal sostituto De Magistris, intervenuto il 20 ottobre scorso, è stato motivato dal(l'ormai ex) procuratore generale reggente di Catanzaro,

¹¹³ Tra i tanti possibili riferimenti sulla nuova disciplina codicistica, L. D'Ambrosio [1989, pp. 306 ss.]; F. Cordero [1993]; C. Valentini Reuter [1994, pp. 196 ss.]; O. Dominioni [2006, pp. 101 ss.].

¹¹⁴ Per la quale, cfr. *supra*, sub 4, e più ampiamente, in dottrina, N. Zanon [1996]; N. Zanon – F. Biondi [2006, in particolare alle pp. 146- 152]; V. Zagrebelsky [1993].

¹¹⁵ Si pensi al caso richiamato poco sopra nel testo al punto 1, purtroppo non infrequente nella pratica, di ripetuta mancata deliberazione in ordine all'esercizio dell'azione penale nei termini previsti dalla disciplina codicistica.

¹¹⁶ Si erano espressi in questi termini sulla previsione contenuta nel d.d.l., in particolare, R. Ricciotti [2003, p. 70] e G. Silvestri, nella *Relazione* al Convegno di Udine del 2004 sul "*Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*" [ora in Aa. Vv., 2006, p. 244].

avvocato generale Dolcino Favi, con il riferimento alla *terza* delle fattispecie indicate, vale a dire quella racchiusa nell'*art. 372 c.p.p.*.

Più specificamente, tra le due ipotesi astrattamente contemplate dalla norma, secondo il p.g. ricorreva, nel caso concreto in questione, quella prevista *sub b)*, relativa all'omissione da parte del procuratore capo della "*tempestiva sostituzione del magistrato designato*", resa invece necessaria dalla sussistenza rispetto a quest'ultimo di una delle situazioni di sostanziale incompatibilità alla trattazione del procedimento fissate in via generale dall'*articolo 36, comma primo, del Codice*. In sostanza, ha argomentato il procuratore generale, poiché in particolare il dott. De Magistris, sostituto assegnatario del procedimento denominato "*Why Not*", risultava sottoposto ad indagine disciplinare in relazione agli atti compiuti ed alle dichiarazioni rilasciate proprio nel contesto di tale procedimento penale ed aveva del resto provveduto, da ultimo, all'iscrizione nel registro degli indagati del Ministro della Giustizia Mastella, che aveva avviato nei suoi confronti il procedimento disciplinare stesso, si configurava nella fattispecie una situazione di "*interesse nel procedimento*" (lett. *a* del suddetto art. 36.1), tale da alterare l'imparzialità del magistrato requirente e da necessariamente comportare, di conseguenza, la revoca dell'assegnazione e la conseguente sostituzione del rappresentante del pubblico ministero, cui il procuratore capo del Tribunale calabrese Lombardi non aveva, appunto, "tempestivamente" provveduto¹¹⁷. Inoltre, come si è visto, nel provvedimento di avocazione la Procura generale di Catanzaro ha rilevato la mancata trasmissione da parte dell'ufficio di primo grado al competente Tribunale di Roma, in funzione di Tribunale dei Ministri ai sensi della l. cost. n. 1/1989, degli atti dell'inchiesta relativi proprio alla posizione dell'allora Guardasigilli, i quali, peraltro - a quanto si è appreso nei giorni scorsi sempre da fonti di stampa -, sarebbero stati successivamente restituiti alla Procura generale stessa (che starebbe proseguendo le indagini, affidate ai sostituti Francesco De Tommasi e Pier Paolo Bruni), non essendovi stata ravvisata dagli inquirenti romani alcuna contestazione di reato nei riguardi del sen. Mastella per il periodo successivo alla data di assunzione dell'incarico ministeriale, avvenuta, come è noto, nel giugno del 2006¹¹⁸.

Le argomentazioni poste dal procuratore generale alla base della decisione adottata, oltre a suscitare le roventi polemiche politiche e - elemento, questo, senza dubbio non altrettanto frequente almeno negli anni successivi alle famose inchieste milanesi di "*Tangentopoli*" - le reazioni popolari di cui si è dato conto in precedenza, sono state integralmente contestate dal sostituto De Magistris nel reclamo avverso l'avocazione proposto, ai sensi del menzionato art. 70, comma *6bis*, O.G. alla Procura generale della Cassazione.

In tale occasione, il pubblico ministero ha sostenuto, in primo luogo (e con argomentazione a nostro avviso non del tutto implausibile, anche se, come si chiarirà poco oltre, di fatto irrilevante ai fini della valutazione della legittimità del provvedimento impugnato), che la ritenuta situazione di - per così dire - "conflitto di interessi" con riferimento al procedimento disciplinare pendente innanzi al C.S.M. riguardasse, prima ancora che la propria persona, il Ministro della Giustizia, che aveva avanzato la richiesta di trasferimento cautelare essendo "ben consapevole che gli atti del fascicolo avevano a oggetto la sua persona" e dando così intenzionalmente causa, attraverso tale iniziativa, al provvedimento del procuratore generale. Ad avviso del dott. De Magistris, peraltro, anche il procuratore capo Lombardi, che aveva prima ommesso di informarlo della sopravvenuta eventuale condizione di incompatibilità e poi, in ipotesi, di sostituirlo come invece previsto dal Codice di rito, versava in una consimile situazione, "comparendo il suo nome in una rilevante intercettazione telefonica" con uno degli esponenti politici coinvolti nell'indagine in

¹¹⁷ Tra le fonti di stampa richiamate a tal proposito sopra, *sub 2*, cfr. in particolare G. Fasano [21/10/2007] e M. Martinelli [21/10/2007].

¹¹⁸ Riferimenti a questo ulteriore elemento in M. Martinelli [21/10/2007; 10/11/2007].

questione, “nonché in un verbale di informazioni testimoniali”, ed essendo egli stesso sottoposto al correlativo procedimento disciplinare in corso. Poiché questi, ciononostante, aveva ugualmente apposto il visto di competenza al decreto di avocazione, il provvedimento doveva considerarsi illegittimo anche sotto tale profilo. Quanto infine al mancato trasferimento degli atti al Tribunale dei Ministri, il sostituto catanzarese ha obiettato, innanzitutto, che si trattava di una valutazione di merito rientrante nella propria esclusiva competenza di magistrato (allora) assegnatario del procedimento – o, al più, del procuratore della Repubblica e non certo della Procura generale – e che, comunque, qualora non fosse intervenuta l’avocazione ed egli fosse stato pertanto lasciato nella condizione di portare a termine le indagini preliminari, “avrebbe potuto ben procedere a separare alcuni atti e a trasmetterli a Roma per competenza”¹¹⁹.

Peraltro, come sappiamo, le censure sollevate dal magistrato requirente non hanno trovato accoglimento presso la Procura generale della Cassazione ed anzi, per la verità, neppure ingresso nel giudizio sulla legittimità del decreto di avocazione previsto dalla legge sull’ordinamento giudiziario, avendo tale organo lo scorso 9 novembre rilevato il difetto di legittimazione del dott. De Magistris all’impugnazione del provvedimento e, conseguentemente, dichiarato inammissibile il reclamo da questi proposto. Come si evince da una nota della Segreteria della Suprema Corte, riportata anche dagli organi di informazione¹²⁰, secondo la Procura generale il sostituto procuratore non aveva infatti, nella fattispecie, un autonomo potere di presentare il gravame, sia perché l’art. 70, comma 6bis, O.G. riconosce tale facoltà, letteralmente, al “*procuratore della Repubblica interessato*” e non anche ai suoi sostituti, sia in quanto il rimedio in questione vale a garantire nei confronti del procuratore generale presso la Corte di appello le attribuzioni della Procura della Repubblica intesa nel suo insieme.

Si tratta, ad opinione di chi scrive, di una motivazione sostanzialmente corretta sul piano giuridico, nella misura in cui ha sostenuto l’interpretazione letterale del dato normativo mediante l’ulteriore argomento della configurazione impersonale e gerarchica (sia pure, non in senso stretto, stante l’impossibilità costituzionale di riprodurre nella Magistratura, anche requirente, i vincoli di dipendenza tipici dell’organizzazione amministrativa) di ciascun ufficio del pubblico ministero. Tale assetto, che secondo l’impostazione tradizionale comporta la devoluzione della competenza allo svolgimento delle indagini ed alle conseguenti determinazioni sull’esercizio dell’azione penale alla Procura della Repubblica *nella sua unitarietà* e, in tale contesto, *al magistrato titolare dell’ufficio* (in questo senso, gli artt. 51 c.p.p. e 70.1-3 O.G.¹²¹), è stato del resto indubitabilmente confermato ed anzi rafforzato dalla riforma dell’ordinamento giudiziario approvata nella passata legislatura¹²² con l’attribuzione espressa al procuratore capo della “*esclusiva*” titolarità dell’azione penale e di una serie di incisivi poteri di controllo sull’operato dei propri sostituti (d.lgs. 106/2006, spec. artt. 1-2-3-5)¹²³.

¹¹⁹ Per le argomentazioni contenute nel reclamo presentato dal sostituto De Magistris alla Procura generale della Cassazione, si richiama specificamente F. Grignetti – A. Massari [30/10/2007].

¹²⁰ V., ad es., ancora M. Martinelli [10/11/2007].

¹²¹ In particolare, la seconda delle disposizioni richiamate stabilisce espressamente, al comma terzo, che “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”: in merito, v. specificamente V. Zagrebelsky (che ne ha dedotto, tra l’altro, “il potere/dovere [sott., del titolare dell’ufficio] di garantire – anche modificando o revocando la prima designazione – la correttezza, l’efficacia dell’indagine preliminare e la complessiva unità di indirizzo della attività dell’ufficio” [1993, p. 721]), N. Zanon [1996] e, per un’interpretazione più riduttiva sebbene apertamente contraria ad un’organizzazione delle Procure “irrazionale contrassegnata da un atomismo diffuso”, G. Silvestri [2006, pp. 233- 239].

¹²² Modificata in termini apparentemente non decisivi, sul punto, dalla successiva l. 269/2006: C. Ferri [2007, pp. 8- 12] e N. Zanon [2007].

Naturalmente, questa soluzione si traduce, dal punto di vista concreto, in una limitazione delle prerogative di indipendenza funzionale dei *singoli magistrati del pubblico ministero*, nei riguardi del Procuratore della Repubblica così come, nell'ipotesi di avocazione non contestata da quest'ultimo (e la vicenda di cui è stato protagonista il dott. De Magistris ne è appunto una chiara dimostrazione), rispetto al Procuratore generale, il che potrebbe essere ritenuto non pienamente conforme al dettato costituzionale ed in particolare al principio di esclusiva soggezione alla legge espresso, quanto all'organo requirente, nell'art. 112¹²⁴. Pur avendo innegabilmente tale obiezione una sua consistenza sul piano teorico - né potendosi comodamente eludere, per altro verso, la questione ad essa in parte sottesa della stessa opportunità in termini di politica del diritto di una totale concentrazione dei poteri connessi all'esercizio della funzione requirente in capo ad un unico organo -, non va nemmeno trascurato, dall'altro lato, che, come si è già argomentato in precedenza¹²⁵, proprio il principio di obbligatorietà, nel contesto del Titolo IV della Parte II della Carta, si configura anche quale possibile giustificazione dell'esercizio da parte dei titolari degli uffici del p.m. (nel nostro caso, addirittura, del titolare di un ufficio di grado superiore) di poteri di intervento "correttivo" e/o "sostitutivo" nei confronti dei singoli magistrati ad essi assegnati, a ciò autorizzati dal legislatore ordinario in applicazione, del resto, dell'art. 107.4 e della correlativa possibilità di parziale deroga alle pur riconosciute "garanzie di indipendenza" dell'organo requirente.

Se per tali ragioni si è quindi indotti a ritenere la dichiarazione di inammissibilità del reclamo presentato dal p.m. De Magistris una decisione legittima e, di fatto, probabilmente inevitabile della Procura generale della Cassazione (piuttosto che, come successivamente lamentato dal magistrato interessato e non solo da lui, un'ulteriore artificiosa "scappatoia procedurale" perseguita a suo svantaggio), a conclusione sostanzialmente analoga sembra peraltro potersi pervenire anche con riferimento al *merito* del *provvedimento di avocazione* controverso, pure rimasto formalmente estraneo al giudizio emesso dal superiore ufficio requirente¹²⁶.

L'*iter* logico seguito dal procuratore generale di Catanzaro per giungere all'adozione di questa misura - il quale, come si è visto poc'anzi, ha preso spunto dalla pendenza a carico del sostituto incaricato della trattazione del procedimento penale *de quo* di un procedimento disciplinare (urgente) legato proprio alle modalità di conduzione delle indagini, per dedurre un "interesse" soggettivo del magistrato e quindi la necessità della sua sostituzione, non direttamente effettuata dal procuratore della Repubblica -, nonché, in particolare, il suo presupposto fattuale legittimante (la sottoposizione del p.m. al procedimento disciplinare, appunto) trovano invero diretto riscontro nel contenuto letterale e nella stessa *ratio* delle previsioni dettate dal Codice in materia. In questo senso, a nostro avviso, le argomentazioni espresse dal p.m. privato dell'indagine in ordine ad un presunto "conflitto di interessi" anche dell'allora Ministro Mastella, seppur probabilmente fondate, non possono assumere decisivo rilievo sul piano *processuale*, dovendo semmai trovare il dovuto approfondimento su quello, strettamente *politico*, della responsabilità ministeriale e del Governo di fronte al Parlamento.

Ed infatti, a prescindere dal richiamo alla competenza del Tribunale dei Ministri, a quanto sembra pure contenuto nel provvedimento di avocazione ma di certo non in grado

¹²³ In merito, da posizioni teoriche diverse, in particolare G. Silvestri [2004 e 2006, spec. pp. 245 - 248] e N. Zanon [2007].

¹²⁴ Tra i tanti rilievi mossi, a tal riguardo, nei confronti della riforma del 2005/2006, v. ancora G. Silvestri [*loc. ultt. citt.*], L. Elia [2004], S. Leone [30/05/2006], nonché gli altri lavori citati *supra*, al § 4, nelle note 56 e 57.

¹²⁵ V. *supra*, sub 4, con il relativo riferimento alla tesi sostenuta, da ultimo, da N. Zanon e F. Biondi [2003, pp. 144-146; 2006, pp. 127-129] in ordine allo statuto costituzionale del pubblico ministero.

¹²⁶ Per le principali valutazioni espresse sull'avocazione del procedimento "Why Not" da parte di autorevoli giuristi ed all'interno della Magistratura, si richiamano V. Grevi [21/10/2007]; P.A. Capotosti, [intervista a M. Martinelli, 21/10/2007]; C.F. Grosso [22/10/2007]; G. Ruotolo [22/10/2007].

di giustificarlo *ex se* alla luce della disciplina generale sopra richiamata¹²⁷, pare difficile negare che la situazione concreta in cui si era venuto a trovare il sostituto De Magistris a seguito della domanda di trasferimento disciplinare proposta dall'organo politico (e così, analogamente, il procuratore capo Lombardi, responsabile ultimo della conduzione del procedimento penale al medesimo assegnato) risultasse idonea, da un punto di vista obiettivo, *a comprometterne la necessaria serenità di giudizio nello svolgimento delle indagini* ed a suggerirne, pertanto, l'opportunità di una volontaria *astensione* dalla successiva trattazione del procedimento - ai sensi dell'art. 52 c.p.p. -, o, in difetto, la *sostituzione* da parte del titolare dell'ufficio - in applicazione del combinato disposto degli artt. 36.1 e 372. Non essendo tuttavia intervenuta, ad un mese dalla data di insorgenza di tale situazione, né l'una né l'altra misura (mentre il Codice, lo si è accennato in precedenza, vorrebbe l'eventuale sostituzione del p.m. "*tempestiva*") ed avendo anzi il magistrato "interessato" - in questo caso, nel vero senso della parola - proceduto, nel frattempo, a sottoporre a sua volta ad indagini il Ministro che aveva esercitato l'azione disciplinare nei suoi confronti, ricorreva senz'altro, nella fattispecie, il presupposto dell'avocazione stabilito dall'art. 372.1, lett. *b* del Codice¹²⁸.

Posta la questione in questi termini - *strettamente giuridico-formali*, è opportuno evidenziare -, se un rilievo può muoversi nei confronti della decisione assunta dall'avvocato generale è, semmai, quello di essere intervenuta tardivamente e, per di più, a pochissimi giorni di distanza proprio dall'iscrizione del Guardasigilli nel registro degli indagati. Come è stato giustamente rilevato, tale circostanza ha senza dubbio contribuito, quanto al procedimento avvocato, a fare (definitivamente) assumere all'iniziativa adottata dal p.m. De Magistris, pure avente ad oggetto fattispecie di reato assai gravi, una connotazione eminentemente - ed impropriamente - "politica"¹²⁹; dall'altra parte, e del resto in stretta correlazione, ad ingenerare il (legittimo?) sospetto, espresso in termini assai diretti da Carlo Federico Grosso sulle colonne de "*La Stampa*", che "la politica, o, peggio, che la politica e il comitato d'affari che operava in Calabria abbiano messo ben più di uno zampino nell'assunzione di tale (...) decisione"¹³⁰. Dopo i provvedimenti di iscrizione adottati nel corso delle indagini e rivelati quasi "in tempo reale" sulle prime pagine dei quotidiani e la richiesta di trasferimento "d'urgenza" avanzata dal Ministro Mastella, secondo quanto sopra esposto, a molti mesi di distanza dall'avvio del procedimento disciplinare, ma proprio mentre il procedimento "*Why Not*" stava "pericolosamente" estendendosi al sistema politico- istituzionale calabrese e non solo, ancora una volta nella concreta vicenda in esame si ha insomma la sensazione di trovarsi di fronte ad un provvedimento *legittimo dal punto di vista formale, ma poco opportuno quanto al momento di emanazione*: quasi che l'*incauto* esercizio di un potere - almeno in parte - discrezionale, quale anche quello di avocazione delle indagini attribuito al procuratore generale dalle citate disposizioni della legge del processo penale, rappresenti il "filo rosso" e, dallo specifico angolo visuale del giurista che si muova nella prospettiva del diritto costituzionale, la vera cifra di lettura degli eventi oggetto di queste note.

Così come per gli altri due principali elementi del "caso" precedentemente analizzati (v. *supra*, punti 4 e 5), sarebbe tuttavia alquanto sbrigativo e probabilmente errato ricondurre anche l'avocazione disposta dalla Procura generale unicamente a motivazioni di carattere (più o meno strettamente) "politico", identificate nella presunta volontà di "mettere la sordina" ad un procedimento penale estremamente delicato, sotto il profilo oggettivo e dei soggetti coinvolti, per di più in carico ad un magistrato particolarmente "attivo" sul versante

¹²⁷ Oltre che, da ultimo, smentito dallo stesso Tribunale di Roma, che - come si è rilevato in precedenza nel testo - avrebbe restituito gli atti riguardanti il Guardasigilli alla Procura generale calabrese.

¹²⁸ Hanno sostenuto questa opinione, in particolare, P. A. Capotosti e V. Grevi [*occ. ultt. citt.*].

¹²⁹ R. Martinelli [21/10/2007].

¹³⁰ C.F. Grosso [*op. ult. cit.*, p. 35].

inquisitorio e degli altrettanto “imbarazzanti” – dal punto di vista del potere politico - rapporti con gli organi di informazione.

Nello specifico, la denunciata tardività del provvedimento di avocazione rispetto al verificarsi del “fatto costitutivo” rappresentato dall’incompatibilità del p.m. designato alla trattazione del procedimento può forse infatti rinvenire una plausibile giustificazione di natura, ancora, eminentemente giuridica, in due essenziali circostanze. Da una parte, va a questo riguardo ricordata la ragionevole esigenza di riservare tale – come si è visto – eccezionale strumento processuale alle sole *situazioni di*, appunto, *eccezionale gravità* tra quelle in astratto legittimanti la sostituzione del magistrato ad opera del procuratore capo in base alla disciplina codicistica¹³¹; dall’altro lato, occorre a nostro avviso anche tenere conto della non pacifica *configurazione* impressa dal diritto vigente all’istituto dell’*astensione del pubblico ministero*, che, nella fattispecie delineata dall’art. 372 c.p.p. che qui interessa, costituisce - “in positivo” (lett. a) od “in negativo” (lett. b) - il presupposto necessario della eventuale deliberazione sostitutiva emessa dal procuratore generale presso la Corte di appello.

In termini concreti, per quanto concerne il primo elemento, è certamente possibile (ed anzi, in relazione a quanto poc’anzi rilevato, auspicabile) che, nel caso di specie, l’avvocato generale, pur a fronte della sottoposizione del sostituto De Magistris a procedimento disciplinare e della conseguente possibilità di configurare già in quel momento in capo a quest’ultimo tanto la condizione di “*interesse nel procedimento*” penale che aveva dato causa all’iniziativa ministeriale – rilevante ai sensi dell’art. 36 c.p.p. - quanto le “*gravi ragioni di convenienza*” - legittimanti l’astensione ai sensi del successivo art. 52¹³²-, abbia agito successivamente all’iscrizione nel registro generale del nome dell’allora Ministro della Giustizia, avendo ritenuto solo in tale occasione effettivamente integrata una condizione di incompatibilità del p.m. sufficientemente qualificata e, pertanto, violato l’obbligo di astensione desumibile, per quel caso, dagli artt. 36 e 372 c.p.p..

A tal proposito, in una prospettiva di carattere generale, deve infatti rilevarsi che se, per un verso, la giurisprudenza ha in numerose circostanze affermato che “l’interesse nel procedimento previsto dall’art. 36, 1° comma, lett. a), c.p.p., consiste nella *possibilità per il giudice di rivolgere a proprio vantaggio l’attività giurisdizionale che è chiamato a svolgere nel processo, vantaggio che non deve essere necessariamente economico ma che ben può essere anche solo di ordine morale*”¹³³ ed espressamente riconosciuto, in questo senso, la *possibile rilevanza della sottoposizione del magistrato a procedimento disciplinare “per comportamenti attinenti ad attività e provvedimenti (...) in precedenza adottati nell’ambito di un procedimento penale*”¹³⁴ - il che sembrerebbe indirettamente

¹³¹ Tra i commentatori dianzi richiamati, hanno assunto tale prospettiva nella valutazione della legittimità dell’avocazione di cui trattasi soprattutto V. Grevi [21/10/2007], P.A. Capotosti, [intervista a M. Martinelli, 21/10/2007] e lo stesso M. Martinelli [21/10/2007, p. 17].

¹³² Per questa opinione, v. in particolare M. Martinelli [*loc. ult. cit.*].

¹³³ Ad es., Cass., 14 novembre 1997, Strazzullo (in *Foro it.*, *Rep.* 1998, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 120; *Ced Cass.*, rv. 210839); Cass., 11 maggio 1998, Cuccurullo (in *Foro it.*, *Rep.* 1998, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 121; *Ced Cass.*, rv. 211132).

¹³⁴ Cass., sez. II, 6 aprile 1999, Cuzzocrea (in *Foro it.*, 1999, II, p. 507). La pronuncia della S.C. – che pare rappresentare il più diretto riferimento giurisprudenziale del provvedimento di avocazione emesso, nella concreta vicenda che ci occupa, dal procuratore generale di Catanzaro - riguardava il caso di un magistrato che, sottoposto a procedimento disciplinare in relazione alla decisione sull’archiviazione di un procedimento emessa in qualità di g.i.p., dopo alcuni anni era stato chiamato ad esercitare la funzione di g.u.p. nell’ambito del medesimo giudizio ed era stato ricusato dall’imputato proprio sul presupposto del suo “interesse” nel procedimento, rilevante ai sensi degli artt. 36-37 c.p.p. In quella occasione, la Cassazione aveva perentoriamente affermato, in particolare, che “il g.u.p., che già abbia emanato un provvedimento (...), in ordine al quale sia scaturito e sia pendente a carico dello stesso giudice un procedimento disciplinare, diventa – ove, per il successivo evolversi dell’iter processuale, sia nuovamente chiamato a pronunciarsi sui medesimi fatti – portatore di un «interesse alla decisione» da poter far valere nel procedimento disciplinare nel quale il nuovo provvedimento può produrre effetti ai fini della valutazione del precedente comportamento processuale” e che “in tale situazione di diretto coinvolgimento egli non è, e non può essere – come

confermare la legittimità formale del provvedimento di avocazione di cui trattasi, ed anzi la sua ipotetica ammissibilità a partire dal mero esercizio dell'azione disciplinare (cautelare) nei confronti del p.m. De Magistris -, dall'altro lato, come puntualmente rilevato da Vittorio Grevi¹³⁵, “sembra altrettanto evidente che, alla base di un provvedimento così delicato, debba esservi in concreto qualcosa di più e di anteriore; altrimenti, in teoria, sarebbe fin troppo semplice – per un ministro Guardasigilli che fosse indagato – creare le premesse per la sostituzione del magistrato del p.m., esercitando contro lo stesso un'azione disciplinare”. Nella fattispecie concreta in esame, questo “qualcosa di più” sarebbe stato validamente costituito, appunto, dalla formale sottoposizione ad indagini del Ministro Mastella, nell'ambito del procedimento “*Why Not*”, in un momento (solo casualmente?: cfr. *supra*, punto 4) successivo alla promozione dell'azione disciplinare nei confronti del magistrato procedente¹³⁶.

In secondo luogo, con specifico riferimento al presupposto di applicabilità della sostituzione del pubblico ministero assegnatario del procedimento, di cui all'art. 372 del Codice (e, di riflesso, dell'eventuale intervento sostitutivo del procuratore generale), non può essere ignorato che la disciplina codicistica in materia di *astensione dell'organo requirente*, pur abbastanza chiara nei suoi elementi sostanziali (tra cui, appunto, il più volte richiamato “interesse nel procedimento” di cui all'art. 36.1, lett. a), sembra in parte oscillare, sul piano procedurale, tra la qualificazione di tale adempimento come *facoltativo* od *obbligatorio*¹³⁷. Nel primo senso, parrebbe invero deporre il disposto letterale dell'art. 52, per cui il magistrato del p.m. “*ha la facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza*”; dall'altra parte, il combinato disposto degli artt. 36 e 372 – che, come accennato in precedenza, prevede *l'automatica avocazione delle indagini da parte della Procura generale nel caso di mancata astensione del p.m. designato, non tempestivamente sostituito dal procuratore della Repubblica* – induce piuttosto a configurare l'astensione, anche per i magistrati del pubblico ministero, alla stregua di un vero e proprio obbligo, giuridicamente sanzionabile¹³⁸. Su questa seconda posizione si attesta pure la giurisprudenza in materia disciplinare, la quale, in apparente contraddizione con l'art. 52 del Codice, ha costantemente ritenuto la mancata astensione fonte di responsabilità disciplinare per il p.m. “*tutte le volte che (...) si manifestino situazioni obiettivamente suscettibili di far ipotizzare che la sua condotta possa essere ispirata a fini diversi da quelli di istituto, e, in particolare, al conseguimento di obiettivi e al soddisfacimento di interessi personali*”¹³⁹. L'ambivalenza di fondo ricordata, in ogni caso,

deve, invece, essere – rigorosamente «neutro» (privo, cioè, di qualsivoglia interesse) rispetto alla decisione da adottare con conseguente vulnerazione del principio di garanzia dell'imparzialità e terzietà del giudice alla cui tutela e osservanza presiedono le norme sull'astensione e ricusazione del giudice”.

¹³⁵ Nell'*op. ult. cit.*: “*Decisione legittima ma l'indagine continui*”.

¹³⁶ Incisivamente, sul punto, P. A. Capotosti, secondo cui in assenza dell'iscrizione “non ci sarebbero stati gli estremi [sott., dell'avocazione], quella è stata la causa scatenante” [21/10/2007], e così - pur con le precisazioni appena evidenziate nel testo - lo stesso V. Grevi [21/10/2007].

¹³⁷ All'indomani dell'approvazione del Codice del 1988, hanno rilevato questa apparente incongruenza, nella dottrina processualpenalistica, ad es. F. Cordero [1993, p. 216], L. D'Ambrosio [1989] ed O. Dominioni [1989, pp. 301 ss.].

¹³⁸ L. D'Ambrosio [1989, pp. 322 s.]; F. Cordero [*loc. ult. cit.*], il quale, facendo riferimento proprio alle disposizioni da ultimo richiamate, ha sostenuto che i redattori del Codice abbiano commesso un “errore cosciente” nel qualificare l'astensione del p.m., all'art. 52, come facoltativa (mantenendo l'aggettivazione che, nel Codice del '30, rinveniva la propria giustificazione nell'affermazione esplicita della non *ricusabilità* del magistrato requirente).

¹³⁹ Cass., sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1088 (in *Foro it., Rep.* 2003, voce *Ordinamento giudiziario* [4630]); tra le tante conformi, Cass., sez. un., 26 febbraio 1999, n. 106; 9 aprile 1999, n. 226. Queste pronunce sono giunte alla conclusione indicata nel testo muovendo tutte dal presupposto – in ordine al quale potrebbero svolgersi interessanti considerazioni sulla concezione tuttora prevalente nella giurisprudenza della posizione processuale ed istituzionale dell'organo requirente – secondo cui il magistrato del p.m., “svolgendo nel processo penale funzioni di parte pubblica”, è tenuto ad agire “esclusivamente per il perseguimento dei fini istituzionali di giustizia ad esso assegnati dall'ordinamento”; il

rende obiettivamente non facile e certo almeno in parte espressione di una scelta discrezionale del procuratore generale l'individuazione del *momento in cui procedere, in concreto, alla diretta sostituzione del magistrato dell'ufficio di primo grado non astenutosi*.

Per le due ragioni appena esposte, in conclusione, pare azzardato, ad opinione di chi scrive, ritenere l'avocazione del procedimento "Why Not" una decisione giuridicamente non solo illegittima, ma anche del tutto inopportuna. Considerati i presupposti formalmente stabiliti dalla legge per l'adozione di tale provvedimento e la loro riferita interpretazione giurisprudenziale, essa appare piuttosto il frutto - magari non scontato, certamente difficile da accettare, eppure in concreto, lo si è visto, non agevolmente evitabile - dell'intreccio che, nella vicenda esaminata nel corso di queste note, si è di fatto determinato tra esercizio della funzione requirente e responsabilità disciplinare del magistrato in conseguenza delle successive decisioni assunte da entrambi i suoi principali protagonisti. Un "incrocio pericoloso", quindi (nella fattispecie, per l'indipendenza della Magistratura, sacrificata alle prerogative del potere politico; in futuri consimili casi, non è da escludere, proprio per queste ultime), in certa misura sempre possibile alla stregua della configurazione dei rapporti tra giurisdizione e circuito politico - rappresentativo negli ordinamenti costituzionali di tradizione liberale - tanto da rappresentarne uno dei tradizionali nodi irrisolti -, ma che nel caso dell'indagine di Catanzaro avrebbe senza dubbio potuto essere evitato (o, quantomeno, opportunamente contenuto nei suoi possibili effetti) se solo i diversi soggetti istituzionali coinvolti - pubblico ministero, Ministro della Giustizia e, nel senso poc'anzi precisato, procuratore generale - avessero esercitato in modo più accorto e prudente le loro rispettive legittime attribuzioni.

Fonti utilizzate

- **Fonti giornalistiche** (in ordine cronologico)

- A. Massari, *Abuso d'ufficio, Prodi indagato*, "La Stampa", 14/07/2007, p. 4
- F. Rizzi, *Abuso d'ufficio, Prodi indagato: sono estraneo*, "Il Messaggero", 14/07/2007, p. 5
- G. Amadori, *L'inchiesta di Catanzaro, protagonisti e misteri*, "Panorama", 26/07/2007, pp. 30 ss.
- A. Massari, *Mastella chiede di trasferire il pm che indaga su Prodi*, "La Stampa", 22/09/2007, p. 13
- L. Milella, *Mastella al Csm: "Trasferite i pm di Catanzaro"*, "Repubblica", 22/09/2007, p. 11
- C. Vulpio, *Nell'indagine intercettato anche il Guardasigilli*, "Corriere della sera", 22/09/2007, p. 17
- A. M. Greco, *Caso Calabria, sinistra in difficoltà. "Mastella intimidisce la Procura"*, "Il Giornale", 23/09/2007, p. 8
- A. Massari, *Trasferimento dei pm, sinistra contro Mastella*, "La Stampa", 23/09/2007, p. 8
- F. Viviano, *Catanzaro, cresce la protesta. Oggi sit-in per De Magistris*, "Repubblica", 24/09/2007, p. 12
- C. Vulpio, *I calabresi tornano in piazza. "E adesso trasferiteci tutti"*, "Corriere della sera", 25/09/2007, p. 22
- I. Dominijanni, *Calabria, chi vuole che la società sparisca?*, "Il Manifesto", 2/10/2007, p. 2

"ruolo di parte del p.m. nel processo penale" - ha poi espressamente affermato il giudice di legittimità nella seconda delle sentenze richiamate - non può quindi ritenersi "preclusivo della configurabilità di situazioni in cui sussista, per il magistrato che svolge le relative funzioni, un dovere, rilevante sul piano deontologico e disciplinare, di astensione a norma dell'art. 52 c.p.p."

- G. Ruotolo, *Indagine "Why Not". Lo strano intreccio tra massoneria e istituzioni*, "La Stampa", 4/10/2007, p. 8
- G. Bianconi, *Nuove accuse dal Guardasigilli a De Magistris. "Ha diffuso sospetti e discredito sui superiori"*, "Corriere della sera", 7/10/2007, p. 6
- G. Ruotolo, *"So chi è la gola profonda"*, "La Stampa", 8/10/2007, p. 5
- Id., *Il trasferimento del pm De Magistris? Csm, rinvio sulla richiesta del Ministro*, "Corriere della sera", 9/10/2007, p. 9
- G. D'Avanzo, *Il Guardasigilli sconfessato*, "Repubblica", 9/10/2007, p. 1
- A. M. Greco, *Il Csm rinvia su De Magistris. Mastella perde il primo round*, "Il Giornale", 9/10/2007, p. 7
- Associazione nazionale magistrati, *Comunicato del 17/10/2007, L'Anm sulla situazione degli uffici giudiziari di Catanzaro*, in www.associazionemagistrati.it
- D. Martirano, *Buste con proiettili a De Magistris e Forleo*, "Corriere della sera", 18/10/2007, p. 17
- Ministero della Giustizia, *Comunicato stampa del 19/10/2007*, in www.giustizia.it
- G. Paragone, *Mastella indagato?*, "Liberò", 19/10/2007, p. 1
- G. D'Avanzo, *Se i poteri si sfidano a colpi di ritorsioni*, "Repubblica", 20/10/2007, p. 1
- A. M. Greco, *Affari, politica e massoneria, indagato anche Mastella. Il Ministro: "Ora si va a votare"*, "Il Giornale", 20/10/2007, p. 8
- D. Martirano, *Il Ministro: sono una persona perbene, contro di me accuse ridicole e ignobili*, "Corriere della sera", 20/10/2007, p. 9
- F. Viviano, *Appalti, tangenti, massoneria. De Magistris indaga Mastella*, "Repubblica", 20/10/2007, p. 2
- C. Vulpio, *Catanzaro, Mastella indagato nell'inchiesta di De Magistris*, "Corriere della sera", 20/10/2007, p. 8
- A. Bolzoni- F. Viviano, *De Magistris: "Cacciano chi indaga. Siamo tornati all'epoca fascista"*, intervista a L. De Magistris, "Repubblica", 21/10/2007, p. 9
- G. Fasano, *Catanzaro, stop a De Magistris. "E' incompatibile con l'inchiesta"*, "Corriere della sera", 21/10/2007, p. 2
- V. Grevi, *Decisione legittima ma l'indagine continui*, "Corriere della sera", 21/10/2007, p. 2
- M. Martinelli, *La procura generale toglie l'inchiesta a De Magistris*, "Il Messaggero", 21/10/2007, p. 4
- Id., *Era la legge che imponeva l'avocazione dell'inchiesta di De Magistris*, "Il Messaggero", 21/10/2007, p. 17
- Id., *Capotosti: "Decisione doverosa. Si era creato un conflitto di interessi"*, intervista a P. A. Capotosti "Il Messaggero", 21/10/2007, p. 4
- A. Massari, *L'inchiesta sui politici tolta a De Magistris*, "La Stampa", 21/10/2007, pp. 6-7
- G. Ruotolo, *"Mi hanno fermato sul traguardo"*, intervista a L. De Magistris, "La Stampa", 21/10/2007, p. 7
- C. F. Grosso, *Csm, non c'è tempo da perdere*, "La Stampa", 22/10/2007, p. 1
- Presidenza della Repubblica, *Comunicato del 22/10/2007, Dichiarazione del Presidente Napolitano per le polemiche sulla Magistratura*, in www.quirinale.it/Comunicati/Comunicato.asp?id=34119
- G. Ruotolo, *Con Mastella si schiera solo il centrodestra*, "La Stampa", 22/10/2007, p. 12
- L. Milella, *Mastella: "E' come il Libano" e Di Pietro: "Governo a rischio"*, "Repubblica", 23/10/2007, p. 3
- Consiglio superiore della Magistratura, *Prima Commissione, Comunicato stampa del 24/10/2007*, in www.csm.it
- F. Grignetti- A. Massari, *De Magistris accusa Mastella. "Sapeva che indagavo su di lui"*, "La Stampa", 30/10/2007, p. 3

- A. Massari, *De Magistris: un magistrato da fermare*, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 41-60
- L. De Magistris, *La legalità democratica e i suoi nemici*, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 73-79
- B. Borromeo, *Diario di una settimana nella Calabria che lotta*, in *Micromega*, n. 6/2007, pp. 113-119
- M. Martinelli, *Respinto il ricorso di De Magistris*, "Il Messaggero", 10/11/2007, p. 15
- M. Coffaro, *De Magistris, altre accuse dal Pg. "Provocò allarme con le sue interviste"*, "Il Messaggero", 29/11/2007, p. 17
- Consiglio superiore della Magistratura, Prima Commissione, Comunicato stampa del 4/12/2007, *Procedura di incompatibilità per la dott.ssa Forleo*, in www.csm.it
- M. Feltri, *La donna incompatibile*, "La Stampa", 4/12/2007, p. 38
- ANSA.it, 10/12/2007, *Il pg: De Magistris illecito su intercettazioni a Mastella*, in www.ansa.it
- Consiglio superiore della Magistratura, Prima Commissione, Comunicato stampa del 11/12/2007, *La Prima Commissione prosegue l'istruttoria sulla pratica concernente il dott. De Magistris*, in www.csm.it
- G. Ruotolo, *Processo lampo al Csm contro il pm De Magistris*, "La Stampa", 15/12/2007, p. 13
- F. Viviano, *Azione disciplinare per il pm De Magistris*, "Repubblica", 15/12/2007, p. 10
- Il Giornale.it, 17/12/2007, *De Magistris, il Csm rinvia a gennaio la decisione sul trasferimento*, in www.ilgiornale.it
- *Il Csm rinvia a gennaio il verdetto su De Magistris*, "Il Sole 24 Ore", 18/12/2007, p. 14
- D. Stasio, *De Magistris, il processo va avanti ma i tempi si allungano*, "Il Sole 24 Ore", 12/01/2008, p. 16
- A. Massari, *"Corrotto chi indaga su De Magistris"*, "La Stampa", 13/01/2008, p. 18
- F. Viviano, *De Magistris, indagati i vertici giudiziari di Catanzaro*, "Repubblica", 13/01/2008, p. 11
- F. Grignetti - A. Massari, *"De Magistris svolgeva indagini senza informare i suoi superiori"*, "La Stampa", 15/01/2008, p. 20
- La Stampa.it, 18/01/2008 (12:00), *De Magistris, chiusa l'inchiesta: resta a Catanzaro, non sarà pm*, in www.lastampa.it
- La Stampa.it, 18/01/2008 (19:29), *De Magistris, il Csm lo condanna: via da Catanzaro e da funzioni pm*, in www.lastampa.it
- ANSA.it, 18/01/2008, *De Magistris: il Csm, via da Catanzaro e dalla Procura*, in www.ansa.it
- F. Grignetti, *Via da Catanzaro e dalle procure. I fulmini del Csm su De Magistris*, "La Stampa", 19/01/2008, p. 6

- **Fonti dottrinali** (in ordine alfabetico)

- Aa. Vv., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1971
- G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967 (rist.)
- R. Bertoni, *Avocazione*, voce in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, 1988
- F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006
- Id., *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19/06/2006, in www.forumcostituzionale.it.
- Id., *Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*, 16/11/2007, in www.forumcostituzionale.it.

- F. Bonifacio - G. Giacobbe, *Commento all'art. 107 Cost.*, in G. Branca- A. Pizzorusso (cur.), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, III, Bologna- Roma, 1986
- M. Cassano, *Il procedimento disciplinare*, in D. Carcano (cur.), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, pp. 327 ss.
- S. Cavini, *La pubblica accusa nei diversi Stati dell'Unione Europea: breve rapporto sui principi vigenti in Italia, Francia, Germania e Spagna*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, pp. 301 ss.
- M. Chiavario, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in Aa. Vv. , *Il pubblico ministero oggi*, Atti del XVIII Convegno di studio E. De Nicola (Saint Vincent, 3/6/1993), Milano, 1994, pp. 67 ss.
- Id., *Appunti sul processo penale*, Torino, 2000
- Id., *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004), in Aa. Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, pp. 11 ss.
- F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1993
- L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 372 c.p.p.*, in M. Chiavario (cur.), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, 1990, pp. 306 ss.
- F. Dal Canto, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, Relazione alle VI° Giornate Italo-Spagnole su "Il potere giudiziario" (La Coruña, 26-27/09/2007), in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- G. D'Elia, *Art. 107*, in R. Bifulco- A. Celotto- M. Olivetti (cur.), *Commentario della Costituzione*, III, Torino, 2006, pp. 2051 ss.
- M. Delmas Marty (cur.), *Procedure penali d'Europa*, ed. it. a cura di M. Chiavario, Padova, 2001
- G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Archivio Penale*, 1995, pp. 287 ss.
- O. Dominioni, *Commento all'art. 52 c.p.p.*, in Id. – E. Amodio (cur.), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, pp. 300 ss.
- Id., *Le indagini preliminari*, in Aa. Vv., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 21 ss.
- Id., *Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale* (Udine, 22-24/10/2004), in Aa. Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 87 ss.
- L. Elia, *La riforma dell'ordinamento giudiziario: brevi riflessioni di un costituzionalista*, in *Questione giustizia*, n. 2/2004, pp. 625 ss.
- Id., *Relazione al Congresso straordinario dell'Associazione Nazionale Magistrati*, Napoli, 24 settembre 2004, in www.astridonline.it
- S. Erbanì, *Gli illeciti disciplinari del magistrato*, in D. Carcano (cur.), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, cit., pp. 297 ss.
- G. Ferri, *La riforma dell'ordinamento giudiziario e la sua sospensione*, in *Studium Iuris*, n. 4/2007 (estratto)
- G. Fici, *Il trasferimento d'ufficio del magistrato*, in *Giustizia civile*, 1986, I, pp. 2513 ss.
- G. Foschini, *Un errore pendolare: l'accusatore giudice ed il giudice accusatore*, in *Foro italiano.*, 1969, V, coll. 9-14, p. 16
- A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, 1999
- G. Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1981

- S. Leone, *Gerarchia e impersonalità: simul stabunt simul cadent? Considerazioni sulla riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, 30/05/2006, in www.formucostituzionale.it.
- S. Mazzamuto, *L'incompatibilità ambientale e funzionale*, in Id. (cur.), *Il Consiglio Superiore della Magistratura, aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001, pp. 103 ss.
- V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 1987
- Id., *Riflessioni sulla sindacabilità degli atti giurisdizionali in sede disciplinare*, in *Il corriere giuridico*, n. 8/1995, pp. 949 ss.
- M. Menna, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Archivio penale*, 1992, pp. 184 ss.
- G. Merone, *Il naufragio europeo della legge sulla responsabilità dei magistrati*, in *Diritto e giustizia*, 2006, fasc. 32, pp. 8 ss.
- A. Molari, *Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004)*, in Aa. Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 249 ss.
- G. Monaco, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003
- G. Neppi Modona, *Commento agli artt. 107.4 e 112 Cost.*, in G. Branca- A. Pizzorusso (cur.), *Commentario della Costituzione, La Magistratura*, IV, Bologna- Roma, 1987, pp. 39 ss.
- M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profilo storico- costituzionale*, in G. CONSO (cur.), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, pp. 88 ss.
- G. Pecorella, *Intervento al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004)*, in Aa. Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 345 ss.
- A. Pizzorusso, *Giustizia e giudici*, in *Atti del Convegno "Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea"*, Accademia Nazionale dei Lincei, 14-15 luglio 2003, in www.movimentoperlagiustizia.it
- R. Ricciotti, *Tornare alla "gerarchia impropria"*, in *Critica penale*, 2003, pp. 67 ss.
- M. Scaparone, *Sul potere del procuratore generale di dare ordini al procuratore della Repubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, II, 458 ss.
- Id., *Pubblico ministero* (dir. Proc. Pen.), voce in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 1094 ss.
- G. Scarselli, *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, in *Foro italiano*, 2001, I, pp. 3558 ss.
- L. Scotti (cur.), *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988
- S. Sicardi, *Il conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro della Giustizia*, Torino, 1993
- Id., *Reclutamento, "carriera", imparzialità ed inamovibilità dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario*, Relazione alle VI° Giornate Italo-Spagnole su "Il potere giudiziario" (La Coruña, 26-27/09/2007), in www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesppodjudi.htm (versione provvisoria)
- G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997
- Id., *L'organizzazione giudiziaria*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana costituzionalisti su "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale" (Padova, 22-23/10/2004), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/atti_di_convegni/Convegno AIC 2004](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/atti_di_convegni/Convegno_AIC_2004)
- Id., *Relazione al Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Udine, 22-24/10/2004)*, in Aa. Vv., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 215 ss.
- C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994

- G. Volpe, *Ordinamento giudiziario*, voce in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 843 ss.
- G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977.
- V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. Conso (cur.), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, pp. 3 ss.
- Id., *Sull'assetto interno degli uffici del pubblico ministero*, in *Cassazione penale*, 1993, I, pp. 716 ss.
- Id., *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in Aa. Vv., *Il pubblico ministero oggi*, cit., pp. 99 ss.
- Id., *Il P.m. "libero" nelle indagini*, "Il Sole 24 Ore", 12/09/1995
- N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996
- Id., *La responsabilità dei giudici*, Relazione al Convegno dell'Associazione italiana costituzionalisti su "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale" (Padova, 22-23/10/2004), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/atti_di_convegni/Convegno AIC 2004](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/atti_di_convegni/Convegno_AIC_2004)
- Id., *Il pubblico ministero tra Costituzione, ordinamento giudiziario e processo: la "parte pubblica" in cerca d'identità*, Relazione alle VI° Giornate Italo-Spagnole su "Il potere giudiziario" (La Coruña, 26-27/09/2007), in www.uc3m.es/uc3m/ist/MGP/joritaesppodjudi.htm (versione provvisoria)
- Id. – F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2003
- Id.- F. Biondi, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna, 2006