

Riforma costituzionale della Magistratura e Stato costituzionale democratico di diritto*

di

Vincenzo Baldini**

Sommario: 1. Premessa. Lo Stato di diritto: una categoria prismatica e dinamica. 2. L'indipendenza del giudice quale condizione indefettibile dello Stato di diritto. 3. L'autonomia e indipendenza dell'Ordine: una soluzione non costituzionalmente necessaria dello Stato di diritto. 4. Il sindacato sull'illecito disciplinare dei giudici nell'ottica della garanzia di indipendenza. 5. Modelli alternativi di amministrazione della giustizia e tutela dello stato di diritto nell'ordinamento federale tedesco. 6. L'indipendenza del P.M., una garanzia esterna ed estranea rispetto all'integrità dello Stato di diritto. 7. La riforma costituzionale della Magistratura in Italia e la sua incidenza sul funzionamento dello Stato di diritto: molte Cassandre, pochi scienziati.... 8. Conclusioni. Profili tecnico-scientifici della riforma costituzionale, comunicazione politica e decisione referendaria.

1. Premessa. Lo Stato di diritto: una categoria prismatica e dinamica.

Le diverse posizioni, in ambito scientifico e politico, rispettivamente, favorevoli o contrarie, alla legge costituzionale di riforma della Magistratura, alludono non di rado ai reali pericoli ed alle insidie che tale riforma cela per l'effettività della garanzia dello Stato di diritto. L'intento che si vuol perseguire attraverso queste brevi riflessioni è di provare a dimostrare, attraverso in particolare il ricorso all'esperienza comparata di Paesi europei, la sostanziale poca congruenza di tali "ansie costituzionali". Ciò, non al fine di paventare una specifica posizione a favore della riforma, il cui esito certamente si presta ad un ventaglio di valutazioni di opportunità sul piano politico, bensì unicamente allo scopo almeno di scongiurare timori inutili o superfetazioni scientifiche sugli effetti di largo raggio di tale riforma.

Merita rilevare, in primo luogo, come quello di Stato di diritto sia un concetto dinamico che nel tempo, soprattutto nell'evoluzione del passaggio dallo Stato liberale a quello democratico, ha subito sensibili rimodellamenti. Da un inquadramento quale genere di Stato, che di quest'ultimo qualificava, perciò, scopo e contenuto (*R. v. Mohl*: 1829) si è passati ad intendere lo Stato di diritto come una peculiare modalità organizzativa dello Stato per la realizzazione dei suoi fini (*F.J. Stahl*). Quale specifico stadio nello sviluppo della libera vita statale (*L. v. Stein*) esso ha finito per subire, poi, una specifica marcatura in senso giuridico-formale, come ordinamento del rapporto tra legge, amministrazione e individuo (*G. Anschütz*) prima di tornare a riespandersi nel senso di una caratterizzazione più ampia, di tipo formale e materiale, nel contesto del sistema dei valori/principi recati dalla Costituzione democratica. Ad ogni modo, pur nella temperie degli eventi che hanno concorso a modellarne nel tempo la portata, lo Stato di diritto resta ancorato al fine di fornire una protezione effettiva ai diritti di libertà individuale¹ e, in questa direzione, il principio della separazione dei poteri viene a proporsi come una soluzione organizzativa necessaria. Pur non rivelando in sé una naturale "tendenza democratica"² è innegabile, comunque, che la sua qualificazione nel contesto dello Stato costituzionale democratico produca l'effetto di imputare alle soluzioni organizzative di garanzia una peculiare eccedenza assiologica nella direzione di favorire la piena realizzazione della persona umana. Per altro verso, la convivenza dello Stato di diritto con il principio democratico implica che anche i poteri di

*Relazione svolta al convegno "La riforma del CSM" svoltosi presso l'Università degli Studi di Salerno il 4 dicembre 2025.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 143 ss., part. p. 148 tra gli altri, In senso critico, v. E. Denninger, K. Lüderssen, *Einleitung*, in E. Denninger, K. Lüderssen, *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, cit., dove si parla di „elementare, reciproca condizionalità“ tra principio democratico e stato di diritto (p.9). A. Voßkuhle, *Rechtsstaat und Demokratie* (2018), ora anche in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2021, p. 199.

² E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), cit., p. 148. Tra gli altri, v. anche E. Denninger, *Rechtsstaat*, in E. Denninger, K. Lüderssen, *Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1978, p. 67 ss., part. p.69 ss. (in particolare, sotto l'influenza del pensiero kantiano).

garanzia non debbano configurarsi in modo del tutto emancipato dalla sovranità popolare e, quindi, dall'imputazione di responsabilità politica in capo a chi è chiamato a svolgere compiti di governo e di rappresentanza politica secondo il principio di sovranità popolare.

2. L'indipendenza del giudice quale condizione indefettibile dello Stato di diritto.

Per tornare al tema della riforma costituzionale della Magistratura non è inutile ricordare in premessa come in una nota decisione del 2000, la Corte costituzionale ebbe a precisare che la "Costituzione ... pur considerando la Magistratura come un unico "ordine" soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti (corsivo mio: n.d.r.)"³. Tanto è valso a ribadire (e lo vale tuttora) che l'assetto organizzativo della Magistratura, quale definito nella Carta fondamentale del '48, non configura quella della carriera unica di giudici e PP.MM. come una soluzione "costituzionalmente vincolata", necessaria a garantire l'effettività dello Stato costituzionale democratico di diritto.

Eccezion fatta, ovviamente, per il principio di indipendenza del giudice, presidio autentico e indefettibile dello Stato di diritto, tanto la disciplina generale del PM quanto quella riguardante l'autonomia dell'intero Ordine dei magistrati (come dimostra l'esperienza comparata: v. infra) può aprirsi, dunque, a ripensamenti e revisioni organizzative, seppure senza mai giungere ad alterare l'effettiva operatività delle istituzioni di garanzia preposte alla tutela di diritti e libertà individuali.

In quest'ordine di idee, come sopra anticipato, tra i principi inviolabili della Carta costituzionale è senz'altro quello riguardante l'indipendenza di chi è chiamato a svolgere il "*compito di giudicare*", dato che l'attributo dell'indipendenza, come rilevato anche dalla Corte di Giustizia UE, è "*intrinsecamente connesso*" a tale

³ Corte cost., sent. 37/2000 (giudice relatore V. Onida).

compito. Per quest'ultima, secondo la scia già tracciata dell'indirizzo di giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'indipendenza configura un risvolto organizzativo essenziale del diritto individuale ad una tutela giurisdizionale effettiva, che include anche il diritto ad un equo processo (sent. del 23.12.2023)⁴ ⁵. Scopo della garanzia di indipendenza/imparzialità, ex art. 6 par. 1 Convenzione EDU, è di preservare, dunque, il singolo giudice da qualsiasi influenza impropria esterna, ad opera del potere esecutivo come anche del potere legislativo, ed interna ad opera di componenti dello stesso potere giudiziario. L'esigenza di evitare ogni dubbio circa l'impermeabilità di tale organo nei confronti di elementi esterni e la sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti in giudizio, come anche l'osservanza dei principi della preminenza del diritto e della separazione dei poteri esige un giudice libero anche da direttive e pressioni di colleghi e capi degli Uffici giudiziari.

In questa prospettiva, una rilevanza del tutto primaria assumono le norme che disciplinano rispettivamente, la composizione e la nomina dei giudici, dirette ad eludere, al riguardo, ogni esercizio libero di potere discrezionale da parte del Governo; sia, ancora, quelle regolatrici della durata delle funzioni del giudice, le cause di astensione, ricusazione e revoca dei componenti l'organo giurisdizionale. In fine, rientra nella sfera delle regole funzionali alla tutela dell'indipendenza anche le previsioni sulla retribuzione dei giudici. Peculiare riguardo, poi, nel contesto delle soluzioni poste a garanzia della sua indipendenza personale, assume la prerogativa di inamovibilità (art. 107 c.1 Cost.)⁶, per la quale eventuali trasferimenti o rimozioni per ragioni disciplinari devono essere determinati dall'organo di autogoverno o, in mancanza, attraverso procedure di contestazione e di decisione, da cui resta essenzialmente estraneo il potere politico (Germania).

⁴ Corte di Giustizia UE, sent. 23.12.2023 causa LG c/ Kraiowa Rada Sądownictwa.

⁵ Corte di Giustizia UE, sent. 11.7.24 causa Hann-Invest e altri; sent. 4.9.25 R c/AW. Tale diritto è dalla stessa Corte UE espressamente definito anche un principio generale del diritto dell'Unione, ora sancito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti UE (CGUE, sent. 5/6/23 Commissione c/Polonia).

⁶ Corte EDU, sent. Baka c/ Ungheria del 23.6.2016

Da quanto enunciato dalla citata giurisprudenza europea appare più evidente che il sistema di disciplina dell'indipendenza del giudice non necessariamente attiene anche a chi, pur nel corpo della Magistratura, sia chiamato a svolgere compiti diversi da quelli di giudizio in particolare, risulti competente all'esercizio dell'azione penale; l'attribuzione dell'indipendenza si prefigura, nei confronti di questi ultimi, come una opzione eventuale tuttavia logicamente svincolata da una relazione causale con la tutela dello Stato di diritto.

3. L'autonomia e indipendenza dell'Ordine: una soluzione non costituzionalmente necessaria dello Stato di diritto.

Il principio di indipendenza, pur investendo direttamente e necessariamente il giudice, in alcune soluzioni concrete giunge fino a riguardare l'intero ordine della Magistratura (Italia, Francia). La previsione dell'autonomia e indipendenza dell'Ordine può senz'altro porsi in correlazione con il fine di rafforzare la distinzione/separazione tra Governo e sistema giudiziario nell'ottica di conferire uno spessore più intenso alla connotazione dello Stato democratico di diritto.

Nondimeno, come evidenziano alcuni riferimenti comparatistici (v. *infra*), essa non si configura come una soluzione costituzionalmente necessaria allo scopo sopra indicato, poiché non vale nello specifico ad assicurare l'effettività della garanzia di indipendenza del giudice. Siffatta soluzione, ad es., non è presente nell'assetto ordinamentale tedesco, dove priorità assoluta è stata accordata, di contro, all'obiettivo di scongiurare una politicizzazione interna dell'Ordine che un modello organizzativo basato sull'autogoverno dei giudici avrebbe potuto più facilmente incrementare. D'altro verso, si è inteso garantire l'integrità del principio di responsabilità politica degli organi democratici di governo anche in relazione al funzionamento del sistema della giustizia con la costituzione di una peculiare amministrazione della giustizia (*Justizverwaltung*) al cui vertice è posto il Ministro competente. Difettando in tale ordinamento un principio di auto-amministrazione della giustizia, gestione del personale e disponibilità delle risorse finanziarie restano radicate nella responsabilità del Ministro. Del resto, la garanzia di

indipendenza dei giudici non giunge ad estendersi ai Tribunali come istituzione, i quali, in quanto parte dell'amministrazione della Giustizia, restano sotto la vigilanza -democraticamente necessaria- dello stesso Ministro. La scelta di non prevedere l'esistenza di un organo di autonomia e indipendenza dell'intero Ordine giudiziario, peraltro, non si mostra una peculiarità del sistema tedesco all'interno del panorama europeo: sulla stessa linea sono anche altri Paesi dell'UE, come il Portogallo e l'Austria.

Ad ogni modo, se l'opzione per la garanzia di autogoverno dei giudici si radica primariamente sulla tutela dello Stato di diritto, risultando tra l'altro del tutto funzionale all'effettività dell'indipendenza del singolo giudice, soluzioni alternative non debbono per ciò stesso intendersi come aliene o, addirittura, contrastanti con la tutela di tale effettività. Del resto, il transito dallo Stato liberale a quello costituzionale democratico ha implicato, tra l'altro, la generale imputazione al popolo e, per esso, alle istituzioni rappresentative (Governo, Parlamento), della responsabilità nelle scelte attinenti al funzionamento di ogni potere pubblico. Nel nuovo ordine, il complesso dei principi e diritti fondamentali vale anche a delineare un modello di sviluppo sociale -democratico, pluralista, solidarista, etc.- che il legislatore è chiamato a rendere effettivo attraverso scelte discrezionali intese, in ultima analisi, a favorire il pieno sviluppo della persona e la tutela della sua dignità, umana e sociale ⁷.

Si determina, corrispettivamente, una evoluzione della connotazione garantista dello Stato di diritto che nella legge rinviene la forma prima di garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali e, in conformità al principio di sovranità popolare, rimette all'autodeterminazione del popolo anche l'assetto e il funzionamento complessivo degli organi di garanzia, istituzionalmente preposti all'osservanza della legge ed al controllo del potere a tutela dei diritti dei singoli

⁷ Al riguardo, cfr. Anche J. Habermas, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie* (1994), ora anche in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1996, p. 293 ss., part. p. 298 ss.

(individui e cittadini)⁸. Nella specifica connotazione di Stato sociale, la garanzia della previsione in Costituzione di vere e proprie pretese giuridiche soggettive finiscono per essere, così, incluse nei caratteri dello Stato costituzionale democratico di diritto, sollecitando l'impegno del legislatore a dare attuazione a tali prescrizioni di diritti⁹.

In quest'ordine di idee, l'opzione mirata a rafforzare i vincoli di responsabilità democratica a scapito dell'auto-governo nell'amministrazione della giustizia non può essere intesa dunque come assolutamente incongrua o inopportuna sempre che -si è detto- ciò non comporti pregiudizi reali dell'indipendenza del giudice.

4. Il sindacato sull'illecito disciplinare dei giudici nell'ottica della garanzia di indipendenza.

Un rilievo non secondario, nella prospettiva qui seguita, assume poi il regime disciplinare dei giudici, in grado potenzialmente di operare quale strumento di pressione indiretta sull'attività di questi ultimi. Ancora di recente, la Corte di Giustizia UE ha ribadito la necessità che tale regime presenti quelle garanzie dirette a evitare ogni rischio di un suo reale utilizzo come "sistema di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie"¹⁰. Rilevato il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva secondo i parametri specifici della normativa comunitaria (art. 19, par. 1, comma 2 TUE, art. 6 TUE) la Corte UE ha ribadito l'irretrattabilità dei requisiti di indipendenza e imparzialità del giudice nel contesto del sistema della garanzie dello Stato di diritto funzionali all'esercizio del diritto individuale ad un ricorso effettivo (nei settori disciplinati dal diritto comunitario), in grado di lasciar sviluppare la fiducia nella giustizia in una società democratica¹¹.

Vero è che, come ribadito dallo stesso giudice, le scelte riguardanti la ripartizione e/o riorganizzazione delle competenze giurisdizionali rientrano senz'altro nella

⁸ A. Voßkuhle, *Rechtsstaat und Demokratie* (2018), ora anche in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2021, p. 199.

⁹ E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), cit., p. 162.

¹⁰ Corte di Giustizia UE, sentt. 1.8.25, Cause riunite C 422-23, 455-23, 486-23 e 493-23; sent. 05.6.2023, Commissione c/Polonia cit..

¹¹ Corte di Giustizia UE, sentt. 05.6.2023 cit.; 21/12/2023; 4/9/2025...

sfera di esercizio della sovranità del singolo Stato-membro, pertanto, nella esclusiva libertà di decisione di quest'ultimo (ex art. 4, par. 2, TUE)¹². Ciò, tuttavia, "solo a condizione che, in particolare, siffatta ripartizione e riorganizzazione non pregiudichi il rispetto del valore dello Stato di diritto, previsto dall'art. 2 TUE, e i requisiti derivanti, a tal riguardo, dall'art. 19, par.1, 2.c., TUE, tra cui quelli relativi all'indipendenza, all'imparzialità e alla precostituzione per legge degli organi giurisdizionali chiamati ad interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione"¹³.

Tale indirizzo giurisprudenziale, se per un verso conferma, in principio, la libertà dello Stato di organizzare il complesso delle competenze giurisdizionali, per altro verso lascia intendere come il valore dello Stato di diritto, assunto a parametro di principio dell'ordinamento sovranazionale, favorisca un secondo livello di controllo sulle scelte organizzative dello Stato, in particolare di quelle riguardanti l'indipendenza del giudice che di tale parametro è presidio indefettibile.

Sulla base di quanto si è venuto fin qui dicendo, possono allora delinearsi alcuni essenziali profili dell'indipendenza del giudice, sul piano soggettivo-personale come su quello oggettivo. Su quest'ultimo piano, essa attiene essenzialmente ad una libertà del giudice da direttive o altre forme di ingerenza di poteri esterni o interni nell'interpretazione e applicazione del diritto in relazione al singolo processo¹⁴ mentre, sotto il profilo soggettivo-personale, la garanzia di indipendenza comporta quella di una sufficiente sicurezza economica e di altre tutele contro il rischio di potenziali interferenze nell'esercizio delle sue funzioni nella forma di minacce di licenziamento, trasferimento o sollevamento dall'incarico. In quest'ultimo contesto può inquadrarsi anche il meccanismo del concorso come forma per l'accesso ai ruoli organici dell'Ordine giudiziario (art. 106, c.1., Cost.), trattandosi di una selezione di tipo esclusivamente tecnico che vale a scongiurare ogni rischio di interferenze e condizionamenti politici.

¹² Corte di Giustizia UE, sentt. 21/12/2016, Ramondis..

¹³ Corte di Giustizia UE, sentt. 05.6.2023 Commissione c/Polonia cit..

¹⁴ Tra gli altri, v. R. Stürner, *Rechtspflege durch unabhängige Organe und Institutionen – ein Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit ?*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 2017, p. 905 ss., part. p. 906.

In quegli ordinamenti statali in cui insieme all'indipendenza del giudice è la previsione di un organo di autogoverno della Magistratura (CSM), distinto e separato dal potere legislativo come da quello esecutivo¹⁵, a tale organo che spetta la competenza in materia di reclutamento dei giudici. Con specifico riguardo all'ordinamento francese, poi, dove pure il CSM (unico per l'intero corpo magistratuale) è diviso in due sezioni, una per la funzione giudicante e l'altra per la requirente, la selezione e formazione dei nuovi Magistrati resta in ogni caso unitaria e l'opzione funzionale è solo successiva a quest'ultima¹⁶.

5. Modelli alternativi di amministrazione della giustizia e tutela dello stato di diritto nell'ordinamento federale tedesco.

Una certa specificità nel panorama europeo è da riconoscersi all'assetto della giustizia nell'ordinamento federale tedesco, nel quale, si è detto (v. *supra*), difetta una garanzia costituzionale di autogoverno dei giudici. Nell'ottica della accentuazione del carattere democratico dello Stato di diritto sancito dalla Legge fondamentale è prevalsa, infatti, l'esigenza di far valere una responsabilità politica anche in merito all'andamento dell'attività giudiziaria.

Trattandosi di assetto federale, la nomina dei giudici statali è rimessa, nei vari *Länder*, al competente Ministro, previa selezione svolta da una Commissione formata prevalentemente da parlamentari del *Land* (art. 98, Abs.4, GG). La responsabilità di tale selezione e nomina resta così imputata all'Esecutivo, pertanto, l'attività della Commissione si prefigura come del tutto endoprocedimentale ed inautonoma rispetto all'atto finale del Ministro.

Del pari, la nomina dei giudici federali (*Bundesrichter*) rientra nella competenza del Ministro federale all'esito di una selezione compiuta attraverso una commissione (*Richterwahlausschuss*) di natura non (solo) tecnica ma integrata in modo paritetico da esponenti dell'Amministrazione della Giustizia e da parlamentari del *Bundestag*. Anche qui, il carattere endoprocedimentale ed inautonomo della decisione di tale

¹⁵ A. Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Tübingen, 2006, p. 150 ss..

¹⁶ A. Baraggia, *Il pubblico ministero francese in cerca di identità tra riforme costituzionali e moniti sovranazionali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, p. 4.

collegio, nel percorso che conduce in fine alla nomina ministeriale rende quest'ultimo insuscettibile di controllo giurisdizionale. Una tale franchigia, tuttavia, non può attentare alla integrità della garanzia dello Stato di diritto poiché quest'ultima si appunta sull'atto formale di nomina, emesso dal Ministro. In quest'ultimo si condensa anche la imputazione di responsabilità politica connessa alla richiamata istanza di legittimazione democratica (art. 20, Abs. 2, Satz 1 GG), che investe anche il potere giudiziario.

Una tale soluzione, come ebbe ad evidenziare il *Bundesverfassungsgericht*, lungi dall'apparire in contrasto con i caratteri dello Stato di diritto è posta al riparo da ogni dubbio d'incostituzionalità in quanto "strumento di garanzia della legittimazione democratica" (1998). È stato osservato come tale procedura di scelta e nomina dei giudici non si renda di per sé pregiudizievole ai fini della garanzia dello Stato di diritto poiché non basta, da sola, ad esporre il giudice al rischio di pressioni esterne che possano minarne la neutralità e terzietà, pregiudicandone l'indipendenza e l'imparzialità¹⁷.

Anche oltre le accentuazioni in senso lato culturali che stanno alla base della scelta di favore per un tale modello e ne orientano il funzionamento in modo coerente con la connotazione precipuamente garantista della funzione giurisdizionale, va rilevato che un significativo argine costituzionale contro il suddetto rischio è rappresentato dall'esigenza che la nomina dei giudici sia determinata in conformità al principio ex art. 33 Abs. 2 GG, vale a dire attraverso la selezione dei migliori. Risolto attuativo di tale principio, per i giudici di prima nomina, è il ricorso alla selezione effettuata di regola sulla base dell'esame di Stato, invece, per promozioni e sviluppi di carriera di giudici già incardinati nel ruolo attraverso la scelta ispirata a criteri di idoneità, capacità etc., previamente fissati, criteri ai quali lo stesso *Richterwahlausschuss* è obbligato a conformarsi.

Nell'ordinamento tedesco della giustizia, in definitiva, l'influenza dei poteri democraticamente responsabili non rappresenta un elemento dirompente dello

¹⁷ R. Stürner, *Rechtspflege durch unabhängige Organe und Institutionen – ein Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit?* cit., p. 906.

Stato di diritto ma è percepita come una necessità democratica in base alla Legge fondamentale che non pregiudica l'effettività dello Stato di diritto. Tale modello, opposto a quello di autogoverno dei giudici, rappresenta una soluzione idonea a scongiurare l'auto-integrazione del sistema giudiziario¹⁸ vista come causa principale di una estrema politicizzazione interna all'Ordine stesso¹⁹, oltre che generatrice di squilibri e di elusione di responsabilità politica.

6. L'indipendenza del P.M., una garanzia esterna ed estranea rispetto all'integrità dello Stato di diritto.

Sotto il fuoco dell'attenzione viene, ora, nello specifico la possibile connessione tra ufficio del P.M. -chiamato, in generale, a esercitare l'azione penale al fine di rilevare eventuali responsabilità in merito a specifici accadimenti e/o condotte illecite- e Stato di diritto.

Come innanzi detto, l'indipendenza di tale Ufficio dal potere politico non si rappresenta come una condizione necessaria nel contesto dello Stato costituzionale democratico di diritto, basti pensare, esemplificativamente, alle discussioni che accompagnarono in Assemblea costituente il dibattito su tale figura di organo giudiziario.

Negli ordinamenti statali (Italia, Francia) nei quali il P.M. figura quale appartenente all'Ordine della Magistratura, la sua posizione non può essere senz'altro intesa, sul piano delle garanzie, come del tutto simmetrica a quella del giudice, tanto più in quanto, nell'ottica del processo penale, il primo assume il ruolo di parte. Di conseguenza, a quest'ultimo non può essere riconosciuta l'indipendenza nelle forme che la Costituzione (art. 101 c. 2, ss. Cost.) sancisce per il giudice.

Laddove prevista, l'indipendenza del P.M. tende a sottrarre l'esercizio dell'azione penale all'influenza condizionante del potere Esecutivo pur senza rivestire una necessaria attinenza con la garanzia dello Stato di diritto. Del resto, non è casuale

¹⁸ K. F. Gärditz, *Rechtsschutz und Rechtsprechung*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K.F. Gärditz, *Handbuch des Verfassungsrechts – Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, 2021, p. 847 ss., part. p. 873 ss.

¹⁹ K. F. Gärditz, *Rechtsschutz und Rechtsprechung*, cit., p. 849 ss.

che in diversi ordinamenti di Paesi dell'Unione europea difetti il riconoscimento di indipendenza a favore del P.M. e quest'ultimo risulti un funzionario integrato in un assetto organizzativo di tipo gerarchico con a capo il Ministro. È il caso, tra l'altro, della Costituzione tedesca che non definisce alcuna particolare regola organizzativa riguardante l'ufficio del P.M. (*Staatsanwaltschaft*), quantunque quest'ultimo sul piano costituzionale come su quello legislativo sia in realtà percepito quale organo di giustizia (artt. 95, 96 GG)²⁰.

Privo di una garanzia di indipendenza, integrato organicamente nel ruolo dei funzionari/dirigenti pubblici, la posizione del P.M. -a livello statale come a livello federale- è organizzato secondo rapporti di gerarchia interna all'Ufficio, sottoposto al potere di direttiva del Ministro competente. Collocato nel quadro dell'ordinaria attività di *Beamten* ad esso si applica perciò la disciplina normativa delle tutele personali dei funzionari pubblici ed opera (come ogni funzionario pubblico) secondo diritto, alieno da interessi di parte. Un tale assetto, come appare evidente, muove dalla premessa implicita di una costituzionale irrilevanza della funzione inquirente ai fini della garanzia dello Stato di diritto, anche sotto il profilo della realizzazione dei valori fondamentali che connotano l'identità costituzionale dello Stato tedesco.

Uno "status ibrido"²¹ tra la figura del Magistrato (a pieno titolo) e quella del funzionario pubblico, in posizione di dipendenza gerarchica dall'Esecutivo assume invece il P.M. nell'ordinamento francese. Siffatta ambiguità istituzionale è accentuata dalla previsione, all'interno dell'Organo di autogoverno della Magistratura, di due distinte sezioni, una per i giudici e l'altra per i PP.MM., come dal fatto che le modalità di reclutamento e formazione dei Magistrati, giudici e

²⁰ K. F. Gärditz, *Rechtsschutz und Rechtsprechung*, cit., p. 884 ss.

²¹ Così testualmente, richiamando una citazione di Julie Alix, A. Chaumet, *Lo status del pubblico ministero francese e i suoi rapporti con il potere esecutivo*, p. 1., in *Questione Giustizia* n.2/2021, dove si specifica che il pubblico ministero "gode di una sorta di autogoverno, ma non è indipendente." ... "Ha un piede nel sistema giudiziario, ed uno nel potere esecutivo". Nello stesso senso, v. anche A. Baraggia, *Il pubblico ministero francese in cerca di identità tra riforme costituzionali e moniti sovranazionali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, p. 2, secondo cui in particolare il P.M. francese (*parquet*) si colloca in una "posizione intermedia", essendo considerato un appartenente all'ordine della Magistratura ma in una posizione di dipendenza gerarchica con l'Esecutivo.

PP.MM., restano unitarie, con la conseguenza che la separazione avviene in una fase successiva, di opzione per i ruoli, rispettivamente, giudicante e requirente.

Tali soluzioni lasciano propendere per un inquadramento preferenziale del P.M. nella sfera del potere giudiziario, tuttavia, altri profili ne accentuano le differenze rispetto ai Magistrati-giudici e inclinano piuttosto per un inquadramento del P.M. quale funzionario alle dipendenze dell'Esecutivo. In primo luogo, solo i Magistrati della funzione giudicante sono nominati dal CSM e godono in via esclusiva delle prerogative di indipendenza ed inamovibilità; per i PP.MM. la nomina spetta al Ministro di Giustizia, previo parere del CSM²². Questi ultimi, a differenza dei primi, sono privi della garanzia di inamovibilità ed in posizione di subordinazione gerarchica rispetto ai funzionari che occupano i gradi più elevati dell'Ufficio (Procuratore Generale).

In fine, la carenza di garanzie di indipendenza ha indotto anche la Corte di Strasburgo a sottolineare l'impossibilità di far rientrare il P.M. all'interno della categoria dei giudici²³.

7. La riforma costituzionale della Magistratura in Italia e la sua incidenza sul funzionamento dello Stato di diritto: molte Cassandre, pochi scienziati...

I richiami sintetici all'esperienza comparata sopra esposti, insieme con alcuni passaggi essenziali della giurisprudenza di Corti europee, valgono ancora una volta a ribadire l'indefettibile connessione funzionale tra garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice e Stato costituzionale di diritto quale complesso di garanzie formali e procedurali²⁴. Di converso esterna a tale condizione di essenzialità si mostra tanto la previsione dell'autonomia e indipendenza dell'Ordine quanto quella relativa all'Ufficio del P.M.

²² ...anche se, nell'esperienza, il Ministro non si discosta dal parere emesso al riguardo dal CSM.

²³ Cfr. Corte EDU, sent. Medvedyev (2008), sent. Moulin v/ France (2010) e sent. Vassis (2013). Va precisato ad ogni modo che tale orientamento non ha trovato piena corrispondenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la quale ebbe a riconoscere (sent. dicembre 2019) la competenza del P.M. a porre alla stessa Corte una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

²⁴ E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), cit., p. 166.

Sulla base di tali utili riferimenti, la riforma costituzionale che attende alla separazione delle carriere dei Magistrati non causa inammissibili alterazioni degli equilibri interni allo Stato costituzionale di diritto. Essa, infatti, senza pregiudicare l'indipendenza del giudice (art. 101 Cost.) rafforza con la garanzia di livello costituzionale la posizione di indipendenza dell'Ufficio del P.M., risolvendo così un'antica questione rimasta insoluta in Assemblea Costituente.

Impregiudicato resta il principio dell'unità della Magistratura come ordine autonomo (art. 104 Cost.), integrato ora dalla previsione dell'esistenza all'interno di due Consigli superiori, uno per la funzione giudicante e l'altro per la funzione requirente. Resta integra, ancora, la regola del concorso come forma di selezione di tutti i Magistrati (art. 106 c.1 Cost.) come, del resto, la garanzia di inamovibilità a tutela del magistrato giudicante (art. 107 Cost.). L'espressa menzione dei Magistrati requirenti nel corpo della previsione costituzionale produce l'effetto -si è detto- di rafforzare al massimo livello la garanzia in favore di questi ultimi (art. 104).

Tra le novità di maggiore rilievo della riforma è, innanzitutto, la separazione delle carriere che il giudice costituzionale *in primis* (v. *supra*) ha configurato come possibile e non, per ciò stesso, disarmonica rispetto al complessivo disegno costituzionale. La creazione dei due corpi istituzionali del CSM avviene sulla falsariga di quanto sancito dall'ordinamento francese in seguito alla novella costituzionale del 1993 (modifica art. 65 Cost.)²⁵. Ribadita l'intestazione al Capo dello Stato della presidenza di entrambi i corpi del CSM, fatta eccezione per i componenti di diritto²⁶, una novità di peculiare rilievo sta nella modifica del criterio generale di selezione degli altri componenti, che diventa ora quello del sorteggio in sostituzione dell'attuale, basato sulla elezione²⁷.

²⁵ Invero, la successiva *loi Perben II* (01.2.2004) come è noto ha rafforzato la dipendenza gerarchica del P.M. dal Governo attraverso la persona del Ministro di Giustizia in quanto ha espressamente sottoposto la funzione inquirente al controllo di quest'ultimo. Tale legge, peraltro, ha superato il vaglio di costituzionalità del *Conseil constitutionnel* (sent. n. 492/2004) anche con riguardo al principio della separazione dei poteri.

²⁶ Primo Presidente della Cassazione e Procuratore Generale della stessa Corte.

²⁷ Per un terzo, essi sono estratti a sorte da un elenco di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati con almeno quindici anni di esercizio che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione; per due terzi sono

Possono di certo sussistere ragioni che lascino propendere, rispettivamente, a favore o contro tale innovazione. Ciò che tuttavia rimane di difficile comprensione è una critica al sistema del sorteggio fondata sui rischi per la integrità dello Stato di diritto. E' senz'altro lecito ipotizzare che siffatta soluzione possa apparire meno congrua al fine dello sviluppo di un confronto in seno all'organo di auto-governo.

In proposito, nondimeno, non è peregrino considerare che tra i presupposti di fatto che inducono a tale soluzione è il discutibile rendimento offerto dal modello elettivo sul funzionamento del CSM, che ha trovato espressione in considerazioni di appartenenti all'organo di autogoverno relative all'esperienza svolta come componente di quel consesso²⁸. L'effettiva condizione di politicizzazione di quest'ultimo è in realtà poco contestabile e ancor meno giustificabile all'interno di un organo di alta amministrazione, preposto al governo dei Magistrati. D'altro verso, va segnalato come il sorteggio non rappresenti, nella legislazione vigente in tema di formazione del CSM, una novità assoluta ma una soluzione già impiegata, seppure in via sussidiaria e solo per la formazione/completamento delle liste dei candidati all'elezione nell'organo di autogoverno²⁹.

Un'altra novità di rilievo della riforma costituzionale è l'istituzione di un'Alta Corte disciplinare³⁰ quale giudice speciale degli illeciti disciplinari dei magistrati. La novella dell'art. 105 Cost. tende dunque a sottrarre al CSM la competenza alla decisione su tali illeciti per affidarla direttamente ad un giudice, la cui

sorteggiati tra i magistrati giudicanti e i magistrati requirenti, "nel numero e secondo le procedure previsti dalla legge" (art. 3 legge cost. di riforma).

²⁸ Si veda per tutti, *Il sistema. Potere, politica, affari. Storia segreta della Magistratura italiana*, Milano, 2020.

²⁹ L'art. 33, della l.n. 71 del 2022 (Delega al governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e l'elezione del CSM) infatti, prevede che qualora le candidature ammesse nelle liste concorrenti siano in numero inferiore a sei oppure non sia rispettato il rapporto tra generi (ex art. 23 c. 4 della stessa legge) l'ufficio elettorale centrale procede "in seduta pubblica, all'estrazione a sorte delle candidature mancanti tra tutti i magistrati eleggibili ai sensi dell'art. 24, commi 2 e 2-bis, nel singolo collegio...". Tale estrazione "avviene da elenchi separati per genere, in modo tale che sia raggiunto il numero minimo di sei candidature e sia rispettato l'indicato rapporto tra i generi".

³⁰ Il testo della legge costituzionale di riforma (art. 4), infatti, parla espressamente di "giurisdizione".

composizione, mista³¹ ma a prevalenza togata, avviene seguendo parimenti la regola del sorteggio³².

La previsione di un tale organo non necessariamente comporta la sottrazione all'organo di autogoverno di ogni competenza sulla condotta dei singoli Magistrati³³, in ogni caso tale novella non sembra porsi in contrasto con la garanzia dello Stato di diritto ma, anzi, finirebbe per rappresentarne un potenziamento. Un aspetto problematico, tuttavia, costituisce l'attribuzione alla stessa Alta Corte, seppure in composizione diversa, della competenza a giudicare sull'impugnazione della propria sentenza emessa in prima istanza. Tale previsione, infatti, lascia residuare dubbi di congruità connessi attinenti al fondamentale diritto di difesa, derivanti dalla poca perspicuità (per non dire, dalla fumosità) della espressa garanzia per cui l'Alta Corte dovrebbe pronunciarsi, in tal caso, "senza la partecipazione dei componenti che hanno concorso a pronunciare la decisione impugnata".

L'ulteriore obiezione secondo cui l'introduzione di questo giudice speciale possa collidere con il principio di unità della giurisdizione e con il divieto di istituzione di giudici speciali (art.102, cc. 1e 2, Cost.) sembra invece trascurare la natura costituzionale della previsione che istituisce l'Alta Corte di disciplina, alla quale può riconoscersi efficacia di norma derogatoria del principio ex art. 102, c. 2, Cost..

³¹ Dei quindici giudici che formano l'Alta Corte, infatti, tre sono nominati dal Capo dello Stato tra Professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno vent'anni di esercizio; altri tre sono estratti a sorte da un elenco di soggetti in possesso degli stessi requisiti richiesti per la nomina presidenziale che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento della Corte, compila mediante elezione.

³² Dei quindici giudici che formano l'Alta Corte, infatti, tre sono nominati dal Capo dello Stato tra Professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno vent'anni di esercizio; altri tre sono estratti a sorte da un elenco di soggetti in possesso degli stessi requisiti richiesti per la nomina presidenziale che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento della Corte, compila mediante elezione.

³³ Se la novella costituzionale depriva il CSM di un potere di giudizio sugli illeciti disciplinari rimettendolo all'Alta Corte quale giudice speciale, ciò non appare ostativo alla legge, chiamata a stabilire "le forme del procedimento disciplinare", di prevedere in capo all'organo di autogoverno una prima valutazione, di natura deliberativa, sulla condotta del magistrato per escludere situazioni che all'evidenza non manifestano dubbi di illecito disciplinare. In altre parole, il CSM potrebbe operare da filtro per la determinazione delle fattispecie di illecito disciplinare.

8. Conclusioni. Profili tecnico-scientifici della riforma costituzionale, comunicazione politica e decisione referendaria.

L'effettività dello Stato di diritto si basa su equilibri, organizzativi e procedurali, comunque dinamici, sottoposti a un rimodellamento in uno con l'evolversi dei contesti sociali e politici, soprattutto in ragione del mutevole rapporto che si determina tra sistema politico e istituzioni. Nel contesto di ordinamenti di democrazia rappresentativa basati essenzialmente sulla forza pervasiva di partiti politici, come è anche quello italiano, la tenuta concreta dello Stato di diritto, oltre che da una specifica etica di tutela dei diritti, viene a dipendere in particolare dalla intensità delle (molteplici) interferenze e correlazioni che inevitabilmente si creano tra sistema politico e istituzioni (anche) di garanzia³⁴. A tanto deve aggiungersi la peculiare accentuazione di densità politica delle decisioni della Corte costituzionale quale giudice dei "valori" costituzionali, che reca con sé il rischio di un declivio verso uno "stato di giurisdizione del giudice costituzionale"³⁵.

Da un siffatto, visibile intreccio di relazioni tra politica e istituzioni non resta indenne la Magistratura, al cui interno si proiettano nella realtà posizioni e orientamenti del sistema politico, con il rischio, nient'affatto remoto o astratto, di indurre un senso di generale sfiducia sociale nell'effettiva autonomia del CSM, tra cui ispirazione la legge costituzionale di riforma che cerca di offrire risposte e rimedi con nuove soluzioni organizzative senza ovviamente porre in pregiudizio l'indipendenza del giudice.

³⁴ In quest'ordine di idee vanno riguardate alcune situazioni (rielezione del Capo dello Stato, successivi impegni politico-istituzionali di ex giudici costituzionali etc.) che finiscono di fatto per favorire una effettiva ancor più stretta coesione tra sistema politico e personalità che ricoprono o hanno ricoperto ruoli in istituzioni di garanzia (es: Corte costituzionale, Presidenza della Repubblica).

³⁵ Di una possibile tale deriva avverte E.-W. Böckenförde, in D. Gosewinkel, E.v. Böckenförde, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin, 2011, p. 437, opportunamente precisando che il Tribunale costituzionale tedesco (ma lo stesso può dirsi anche per la Corte costituzionale italiana), non è assimilabile alla Suprema Corte degli Stati Uniti. Sul versante italiano, oltre la vasta gamma di sentenze interpretative, si vedano, ad es., le sentt. nn. 31/25 e 6/24, in cui la Corte ratifica il definitivo abbandono del criterio delle rime obbligate per l'emissione di sentenze ad effetto additivo

In questo lavoro si è cercato di evidenziare come tale riforma -a prescindere da ogni apprezzamento di merito- non rechi alcun, nemmeno potenziale, pregiudizio alla tenuta dello Stato di diritto. Quanto detto, peraltro, non equivale a sminuire l'importanza che nella comunicazione pubblica riveste il confronto pluralistico su tale legge costituzionale che, anzi, ha l'effetto benefico di favorire una progressiva crescita del livello di generale attenzione sulla riforma della Magistratura. Ciò è un bene, soprattutto allorquando le modifiche costituzionali investono le istituzioni di garanzia.

Del resto, l'esperienza comparata (Ungheria, Polonia) evidenzia come, a volte, anche innovazioni recate da leggi ordinarie legislative all'ordinamento giurisdizionale, oltre che all'assetto di giustizia costituzionale, possano rivelare i tratti di autoritarismo politico, contro cui lo Stato democratico di diritto fa da argine. L'avvio, contro tali Paesi, della procedura di infrazione del diritto comunitario dei Trattati comunitari³⁶ è il segno tangibile del pregiudizio che le riforme ivi approvate recano all'effettività della tutela dello Stato di diritto.

³⁶ In Polonia, verso la fine del 2015, una serie di riforme della Giustizia apparivano chiaramente dirette ad indebolire l'indipendenza dei giudici e a rafforzare sulla Magistratura il controllo dell'Esecutivo. In tale direzione andavano, ad es., l'indebolimento del Tribunale costituzionale attraverso due novelle legislative e una serie di ulteriori misure. Successivamente, furono varati pacchetti di riforme, con la messa in pensione anticipata di numerosi giudici della Corte di Cassazione, l'istituzione di camere speciali e l'attribuzione al Ministro di Giustizia del diritto di prorogare, secondo il suo libero giudizio, il periodo di servizio di giudici che hanno raggiunto l'età pensionabile. Sempre a suo libero giudizio, lo stesso Ministro può anche licenziare e/o nominare i Presidenti degli organi giudiziari. Contro tali innovazioni che ponevano in chiaro pregiudizio il principio di indipendenza del giudice e, con esso, il funzionamento dello Stato di diritto la Commissione europea fu attivata la procedura di infrazione del Trattato UE (art. 7 TUE) contro la Polonia.

In Ungheria il processo riformatore riguardante il sistema della Giustizia ha comportato soluzioni non dissimili, a partire dall'abbassamento dell'età dei giudici, P.M. e notai da 70 anni a 62 anni (soluzione sanzionata dalla Corte di Giustizia UE in quanto recante un'ingiustificata discriminazione in base all'età). Inoltre è stato innalzato il numero dei componenti il Tribunale costituzionale (da 11 a 15) e, dopo che quest'ultimo fu occupato da giudici vicini al Governo, è stato previsto il prolungamento del periodo dell'Ufficio da tre a 12 anni). Sono state poi introdotte numerose modifiche riguardanti il diritto processuale costituzionale, insieme ad una sensibile limitazione delle attribuzioni di controllo rimesse allo stesso Tribunale costituzionale. In particolare, esso non poteva richiamare nelle sue sentenze decisioni adottate prima dell'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale (01.01.2012). Anche contro l'Ungheria la Commissione europea ha avviato la procedura di infrazione del Trattato ex art. 7 TUE.

Con riguardo all'ordinamento nazionale, tuttavia, meno interessante e poco veritiera si dimostra la comunicazione pubblica allorquando, in senso critico verso la riforma, sottolinea in modo deciso la potenziale vulnerazione dello Stato di diritto. Proprio il riferimento comparativo e la pluralità dei modelli organizzativi per la garanzia di indipendenza del giudice sembra allontanare il rischio di pregiudizio alla tenuta dello Stato di diritto. Una riforma costituzionale, certo, può risultare più o meno apprezzabile nelle soluzioni che reca adombrando i termini di una scelta alternativa possibile tra ciò che era e ciò che potrà essere. Essa, pertanto, si apre senz'altro a valutazioni di (in)opportunità politica. L'apprezzamento politico, ad ogni modo, non deve ricercare sempre e comunque un'eccedenza di autorevolezza attraverso il supporto dell'argomentazione scientifica, almeno laddove quest'ultima non trovi specifiche ragioni tecniche (di ordine costituzionale) per supportare la prima.

Analisi scientifica e critica politica si collocano su piani differenti e vanno opportunamente distinte, quantunque riportate nel contesto pluralistico della comunicazione pubblica. L'esito referendario, qualunque sia, dovrà intendersi, alla fine, come la risposta ultima dei cittadini elettori ai diversi indirizzi di tale comunicazione.