

Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato

SOMMARIO

1. NOTA INTRODUTTIVA - 2. IL MODELLO FRANCESE: ASPETTI STORICI E STRUTTURALI - 3. CENNI PER UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E FRANCIA - 4. QUALCHE CONSIDERAZIONE SUL (MENO NOTO) MODELLO TEDESCO - 5. ALCUNE CONSIDERAZIONI DI SISTEMA SUL MODELLO TEDESCO - 6. CONCLUSIONI

1

NOTA INTRODUTTIVA

La questione della separazione delle carriere oggi in Italia non può essere considerata un problema meramente tecnico, quasi si trattasse solo di efficienza o di un adeguamento al processo penale riformato¹, che ha - secondo alcuni - in parte mutato la posizione del pm da “organo di giustizia” a “parte”². Se l’analisi del tema si giova dell’apporto dei processualpenalisti, è da una prospettiva più ampia che verrà qui preso in considerazione, la prospettiva della garanzia della indipendenza della funzione giurisdizionale nel suo complesso dagli influssi del potere politico. Con ciò si entra a pieno titolo nel campo del diritto costituzionale e della forma di governo, rispetto alla quale la posizione della magistratura è di importanza cruciale. Del resto, la questione viene in questa sede affrontata a partire dalla proposta di ddl costituzionale, presentato dal Governo il 7 aprile 2011 ed ora all’esame delle Commissioni Affari costituzionali e Giustizia della Camera, riforma che mira ad introdurre elementi di separazione tra giudici e pubblico ministero in un sistema, il nostro, che vede il pubblico ministero dotato di garanzie di indipendenza praticamente coincidenti con quelle attribuite ai giudici; con tale riforma il legislatore si propone di ridefinire, in una fase assai critica dei rapporti tra magistratura e politica, la posizione del pubblico ministero ma, data l’evocata criticità, essa desta in molti il sospetto che con ciò si voglia in verità incidere in modo non irrilevante proprio su questi rapporti.

È pur vero che, anche in una situazione normale di equilibrio tra giudici e politici, quella secondo cui - per stare ad una nota analogia - i giudici sono leoni, leoni che pure stanno sotto il trono³, puntare l’attenzione riformatrice sul pubblico ministero è sempre in qualche modo rischioso, data la posizione nevralgica che esso assume non solo nel sistema della magistratura ma anche nell’insieme dei rapporti tra i diversi poteri dello Stato; come è noto⁴, infatti, l’organizzazione del pm negli stati democratici è uno dei punti più controversi degli studi sull’ordinamento giudiziario, trattandosi di una figura

1. Anche se come rilevato in dottrina, non pare esservi dubbio che la separazione delle carriere costituisca uno snodo fondamentale per permettere al processo penale di adeguarsi finalmente alla logica triadica del processo accusatorio, C. GUARNIERI, *Separazione dei poteri e separazione della carriere: un carattere fondamentale delle democrazie costituzionali*, Unione delle Camere Penali Italiane, Centro Studi Giuridici e Sociali “Aldo Marongiu”, 2007, www.camerepenali.it.

2. In merito a tale processo evolutivo, che ha interessato la figura e il ruolo del pm, si veda per tutti N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 135 ss.

3. L’efficace immagine è del filosofo inglese F. Bacon, poi ripresa dagli studi in tema di magistratura, e più di recente da L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009.

4. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 125.

di difficile collocazione e definizione; esso esercita una funzione, quella della garanzia del perseguimento dei reati, che molti ordinamenti configurano come squisitamente politica mentre altri la caratterizzano più come facente parte a tutti gli effetti della funzione giurisdizionale. Di conseguenza, nei diversi modelli organizzativi, si oscilla tra una stretta dipendenza dal potere esecutivo, politicamente responsabile, e una posizione pressoché indistinguibile sul piano delle garanzie di indipendenza da quella del giudice.

Vista in questo problematico contesto, cui si aggiunge nel nostro Paese, come già detto, l'insieme delle tensioni cui è sottoposta la forma di governo, da un lato, e i rapporti tra politici e magistrati, dall'altro, la separazione delle carriere⁵ finisce per essere un elemento che viene letto in modo diverso a seconda di come si legge e si interpreta il momento costituzional-politico attuale.

I termini del dibattito sono noti: per alcuni la separazione costituisce una misura necessaria e auspicabile per riassetare una bilancia che viene considerata essere squilibrata dalla parte del potere giudiziario; altri considerano invece tale bilancia troppo pendente a favore dell'esecutivo e temono l'inserimento in Costituzione di elementi di separazione tra i due gruppi di magistrati come fattore che rischierebbe di mettere a repentaglio l'indipendenza della magistratura nel suo complesso tramite una compromissione della posizione del pm.

Nel tentativo di neutralizzare la discussione dalle passioni politiche - ma anche dai condizionamenti che la presente situazione concreta di certe specifiche figure politiche tende ad imporre - può essere utile dare uno sguardo al panorama comparato. Trattasi, come noto, di un panorama variegato, anche solo limitando l'analisi alle scelte compiute dai paesi dell'Europa continentale ed escludendo perciò USA e GB⁶, un panorama in cui principi, valori, storia e organizzazione costituzionale - ma anche qualità del sistema politico, formazione dei giudici, valutazione della loro attività, natura e struttura del processo - si intrecciano conferendo ai diversi ordinamenti fisionomie tutte particolari e non facilmente comparabili se si considerano solo singoli aspetti senza inserirli nel relativo contesto.

E' bene fin da subito però chiarire che, mentre la discussione in atto nel nostro Paese circa la proposta di riforma costituzionale predisposta dal governo viene vista con particolare criticità e viene spesso osteggiata come tentativo di snaturare non solo la figura del pm, ma tutto l'impianto democratico del nostro Paese, in realtà non è detto che modelli diversi di organizzazione della magistratura requirente, da quelli più "separatisti" a quelli più improntati a schemi burocratici, con spiccata dipendenza del pm dall'Esecutivo, costituiscano un di meno di democrazia, a condizione che essi siano organizzati con i dovuti contrappesi.

Inserire i dettagli nel contesto che è loro proprio: solo così la comparazione può essere fruttuosa.

Si prenderanno qui in considerazione gli ordinamenti della magistratura in Francia e Germania, paesi accumulati dal modello di pubblico ministero di natura burocratica⁷ e con spiccata sottoposizione dello stesso all'esecutivo; i due casi paiono interessanti ai fini della comparazione con la riforma che si prospetta perché in un caso la carriera è, almeno formalmente, unica, e nell'altro è invece separata; nell'uno vi è un Csm distinto in due sezioni, una per ogni tipo di magistrato, nell'altro non vi è nemmeno un organo

5. Sul tema della separazione delle carriere si veda O. DOMINIONI, *Giudice e pubblico ministero. le ragioni della separazione delle carriere*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI e C. E. PALIERO, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2745. Per un affondo sulle ragioni della separazione, anche in ottica comparata, C. GUARNIERI, *Separazione dei poteri e separazione della carriera: un carattere fondamentale delle democrazie costituzionali*, Unione della Camere Penali, relazione al Convegno del 30 gennaio 2007, Milano.

6. Per una analisi del giudiziario nel Regno Unito si rimanda a M. PATRONO, *L'indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato*, in *DPCE*, 2010, IV, p. 1614.

7. La letteratura distingue i modelli di organizzazione della giustizia di tipo burocratico da quelli di stampo anglosassone. Nei primi le magistrature presentano una configurazione che rispecchia quella delle altre amministrazioni pubbliche, ed è per questo che sono definite burocratiche, G. DI FEDERICO, *La professione giudiziaria e il suo contesto burocratico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXVII, 1978, pp. 1577 ss.

di autogoverno della magistratura. Da qui si potrebbe desumere che, in un caso, minimo sia il coinvolgimento del potere politico mentre nell'altro si potrebbe ritenere che di nomine squisitamente politiche si tratti, con forte compromissione dell'indipendenza ma ciò, sia detto da subito, non corrisponde alla realtà. Dire "separazione" da sola, dunque, serve poco a valutare il sistema e i valori che esso tutela; occorre invece guardare a tutti gli aspetti dello stesso per trarne da essi le valutazioni salienti. Anticipando le conclusioni, si può dire che i due modelli inducono a ritenere che, indipendentemente dal fatto che il corpo sia unico o sia duplice, che vi sia o no un vertice organizzatorio nella forma del Consiglio di Giustizia, sono anche altri gli elementi che garantiscono una buona amministrazione della giustizia e che pertanto devono essere considerati ai fini di una complessiva valutazione delle proposte di riforma costituzionale avanzate.

2

IL MODELLO FRANCESE: ASPETTI STORICI E STRUTTURALI

La Francia può essere considerata un buon punto di partenza per la comparazione perché il suo ordinamento viene citato spesso come possibile modello di riferimento per la riforma italiana. Due ordini di considerazioni sono da premettere all'analisi delle norme in essere in Francia sul CSM, uno relativo alla storia costituzionale del Paese e un secondo di carattere sistematico, volto a evidenziare gli elementi di "unicità" della condizione del pm rispetto al giudice contrapponendoli a quelli di "separazione".

2.1

La storia costituzionale della Francia è interessante perché mette in luce come, contrariamente al nostrano immobilismo, che ha da sempre favorito "riforme" della forma di governo non codificate costituzionalmente, l'evoluzione della forma di governo francese, rilevata dalle relative diverse "costituzioni" che si sono avvicendate, ha puntualmente coinvolto anche l'organizzazione della magistratura, con ciò consentendo di adeguare di volta in volta il particolare al tutto. L'evoluzione della forma di governo in Francia, con le diverse Costituzioni e relative repubbliche che si sono succedute mostra, così, come i due temi, forma di governo e organizzazione della magistratura, si influenzino a vicenda. Nella Costituzione del 1946 era prevista l'istituzione di un CSM (artt. 83-84 titolo IX), presieduto dal Presidente della Repubblica, preposto a garantire l'indipendenza della magistratura, e di cui era Vicepresidente il Ministro della Giustizia. Si trattava di un organo a composizione mista, con una minoranza di membri togati elettivi mentre la maggioranza formata da laici eletti dal Parlamento o dal Capo dello Stato. Tale organo garantiva l'indipendenza esterna ai soli giudici mentre il pubblico ministero e i suoi magistrati restavano sottoposti in toto al potere esecutivo, in omaggio al principio della piena sovranità del parlamento e della responsabilità politica del Ministro.

Un modello analogo viene delineato dalla Costituzione del 1958, in cui si assiste ad un incremento dei poteri del Presidente della Repubblica⁸, eletto direttamente dal popolo e titolare della funzione di indirizzo politico, cui sono conferiti la presidenza e la nomina dei membri del CSM. Tuttavia, in funzione di bilanciamento del potere presidenziale, si delinea anche a uno spostamento dell'asse maggioritario verso i togati, che diventano sei su nove.

Ai nostri fini, di grande interesse è la legge di revisione costituzionale del 27 luglio 1993, conseguenza delle molte critiche che vengono avanzate alla magistratura francese (basti ricordare l'omertà che ha circondato la vicenda delle sacche di sangue infette), in cui vengono istituite *due formazioni distinte* del Consiglio: una per i magistrati giudicanti (*magistrats du siège*) e una per i magistrati del pubblico ministero (*magistrats du parquet*). La prima eredita la competenza di nomina e quella disciplinare sui giudici, la

8. L'art. 64 della Costituzione francese, definisce il ruolo del Presidente della Repubblica nei confronti del sistema giudiziario. Il Presidente è infatti il garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria, e in tale funzione è assistito dal CSM.

seconda è titolare di una funzione consultiva su nomine e illeciti disciplinari dei Pm. Per entrambe le formazioni viene prevista una maggioranza di togati (rispettivamente 5 giudici e un Pm per la prima e 5 Pm e 1 giudice per la seconda), più 4 laici, comuni ad entrambe le formazioni, nominati dal Presidente della Repubblica, dal Presidente dell'assemblea nazionale, dal Presidente del Senato e dal Consiglio di Stato che sceglie tra i suoi componenti. Notiamo che la creazione di due sezioni non ha nulla a che vedere con la separazione delle carriere; essa mira ad estendere – e ad estendere solo molto parzialmente – le garanzie dell'indipendenza esterna proprie dei giudici anche ai pubblici ministeri, secondo un procedere che è dunque diametralmente opposto rispetto a quanto si va prefigurando da noi.

Da ultimo, mediante la legge costituzionale 23 luglio 2008, n. 724⁹, anch'essa frutto di un periodo di crisi di fiducia verso la magistratura, e la successiva legge organica di attuazione del 2010¹⁰, si decide di fare dei passi nel senso non della *separazione* delle carriere, visto che rimane l'idea del corpo unico che svolge le due funzioni tipiche, ma della *separazione* tra magistratura e politica, rapporto considerato il vero aspetto problematico dell'organizzazione della giustizia francese. Vengono innanzitutto estromessi dal Consiglio sia il Presidente della Repubblica¹¹ che il Ministro della Giustizia (che conserva però il diritto di partecipare alle sedute) mentre la Presidenza della sezione per i giudici è attribuita al Primo Presidente della Corte di cassazione e quella per i pubblici ministeri al Procuratore generale di Cassazione. Permane tuttavia una significativa anomalia nella composizione del Csm, perché la maggioranza dei componenti delle sue sezioni è nelle mani dei laici (8 laici e 7 togati) in palese violazione delle indicazioni del Consiglio d'Europa espresse nella Carta europea sullo statuto dei giudici del 1998 e più di recente ribadite dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto¹², ma coerente con la storia costituzionale della magistratura francese, che teme il terzo potere almeno tanto quanto le interferenze della politica e non vuole correre il rischio che i leoni sotto il trono diventino una minaccia per il trono. L'unico elemento conforme alle indicazioni europee circa la dovuta prevalenza dei membri togati in funzione di tutela dell'indipendenza, è la composizione della sede disciplinare, sede nella quale è assicurata la parità tra le due componenti. Persistono inoltre rilevanti differenze di poteri tra le due sezioni: quella relativa alla magistratura giudicante emette un parere vincolante per la nomina dei giudici, mentre quella competente per la magistratura requirente, può dare solo un parere non vincolante per la nomina dei pm, con un solo punto di avvicinamento tra le due rispetto alla situazione precedente, cioè l'ampliamento della sfera dei poteri consultivi alla nomina del Procuratore generale, prima attribuita in via esclusiva al Consiglio dei ministri. Come si vede, la creazione di due sezioni non tocca le differenze esistenti tra giudici e pm sul piano dell'indipendenza interna degli stessi, cosa che induce a riflettere sulla incidenza/utilità della semplice creazione di due sezioni, come si prefigura da noi, creazione che non vada ad intaccare le sottostanti norme circa lo *status* dei due tipi di magistrati. In altre parole, credo sia ragionevole chiedersi se toccare sul piano costituzionale aspetti strutturali della indipendenza esterna possa *ex se* incidere sulla indipendenza interna di giudici e, soprattutto, dei pm. L'impressione è che non sia questo il punto cruciale su cui lavorare, salvo non si voglia – come parrebbe

9. Sul punto si veda G. LACOSTE, *La legge costituzionale del 27 luglio 2008 e la riforma del Consiglio superiore della magistratura in Francia*, in *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, a cura di A. CERVATI e M. VOLPI, Giappichelli, 2010, pp. 105 ss; L. MONTANARI, T. S. RENOUX, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura in Francia alla luce della riforma costituzionale del 2008*, in *DPCE*, 2010, IV, p. 1624 ss.

10. Si tratta della legge organica del 22 luglio 2010, n. 830, attuativa della riforma costituzionale del 2008.

11. Si noti che, nonostante l'estromissione del Presidente della Repubblica dalla presidenza del CSM, è rimasta una contraddizione, in quanto non è stato modificato l'art. 64 Cost. il quale, come accennato, attribuisce al Presidente della Repubblica il ruolo di garante dell'indipendenza dell'autorità giudiziaria.

12. Tale organismo, noto come commissione di Venezia è composto da professori di diritto costituzionale e internazionale, giudici di Corti supreme o di Corti costituzionali e membri di parlamenti nazionali di 57 Stati e funge da organo consultivo del Consiglio d'Europa. Nel 2010 essa ha elaborato un significativo rapporto sull'indipendenza dei giudici nel quale si afferma il principio per cui all'interno dei Consigli di Giustizia i giudici, eletti da loro pari, dovrebbero costituire la maggioranza, *Rapporto Commissione di Venezia*, 2010, III, *Aspetti specifici dell'indipendenza dei giudici*. Si veda inoltre sul punto M. VOLPI, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in *DPCE*, 2010, IV, p. 1754 ss.

– introdurre elementi che scardinino la presunta connivenza tra giudici e pm indotta dalla logica del corpo unico.

2.2

Venendo ora alla struttura del corpo unico, come già si è avuto modo di accennare, nonostante l'istituzione di due formazioni distinte del Consiglio, non vi è in Francia una netta separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri¹³. Ciò vale per le modalità di reclutamento, che sono unitarie, e per la formazione – sia iniziale sia permanente – affidate per tutti i magistrati alla Scuola nazionale di Magistratura. Comune è la progressione di carriera che avviene all'interno di un complessivo *regime d'avancement*. Per entrambi i rami della magistratura l'avanzamento avviene per anzianità e tramite l'iscrizione a una lista di avanzamento, la cui formazione spetta alla *Commission d'avancement* (unica per giudici e pm). La Commissione valuta le note attribuite ai magistrati dai loro superiori gerarchici, attraverso una procedura che permette tuttavia ai singoli magistrati di discutere la valutazione che li riguarda. L'appartenenza ad un unico corpo giudiziario rende conto anche della possibilità di passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa, a patto che ciò non avvenga nel medesimo ufficio giudiziario, passaggio quindi tutto sommato relativamente agevole.

2.3

Pur nell'asserita unicità del corpo, vi sono alcune differenze significative di *status* tra giudici e pm: in particolare, il principio della inamovibilità vale solo per i giudici e non per i pm, che possono essere trasferiti discrezionalmente dal Ministro della giustizia. Le procure, inoltre, sono fortemente gerarchizzate: l'art. 5 dell'ordinanza organica del 1958 stabilisce che i pm “sono posti sotto la direzione e il controllo dei loro capi gerarchici e sotto l'autorità del guardasigilli”. Tale sottoposizione può esprimersi anche con l'invio di istruzioni scritte ad ogni procuratore generale relative alla singola indagine, da inserire nel fascicolo processuale¹⁴ mentre al Ministro della giustizia è affidato il rilevante potere decisionale in materia di nomine e sanzioni disciplinari¹⁵.

In definitiva, il modello francese, nonostante i giudici e i pm costituiscano un corpo unico come da noi, presenta caratteristiche peculiari - ma non prive di ambiguità - che gli derivano dalla particolare forma di governo, tra cui spicca la presenza e l'influenza del Ministro, che permane nonostante la sua estromissione dal CSM, e la presenza dentro il CSM stesso di una maggioranza di nomine politiche, espressione della perdurante influenza della politica in senso lato sulla magistratura.

3

CENNI PER UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E FRANCIA

Date le caratteristiche sopra sommariamente messe in luce, come comparare i due sistemi, quello francese in vigore e quello italiano che si prospetta?

Tratto comune alle riforme inerenti il sistema giudiziario che hanno interessato e interessano molti paesi è l'esigenza di contemperare due diverse istanze: da un lato definire meccanismi che consentano la realizzazione di una effettiva indipendenza della

13. Evidenza come i poteri discrezionali di nomina di tutti i procuratori in capo all'esecutivo sia in parziale contrasto con la logica del corpo unico e, soprattutto, con la garanzia costituzionale dell'indipendenza di tutti i magistrati. L. MONTANARI, T. S. RENOUX, *Il ruolo del Consiglio Superiore della magistratura in Francia alla luce della riforma costituzionale del 2008*, cit., cui si rinvia per approfondimenti sul tema.

14. In particolare, come è noto, in Francia il pubblico ministero è sottoposto gerarchicamente, oltre che ai suoi capi gerarchici, anche al Guardasigilli, al quale spettano poteri di direzione, sorveglianza, controllo (anche disciplinare) e di nomina sui membri degli uffici subordinati e incide sulle funzioni di accusa che il pm esercita. Al Guardasigilli spetta infatti il potere di direttiva (come in Germania) tanto di carattere generale, quanto inerenti a una specifica indagine. Vi sono tuttavia alcuni limiti al potere gerarchico del Ministro della giustizia, in particolare il potere del pm di esprimere in piena libertà durante il dibattimento le osservazioni orali che ritiene opportune.

15. M. VOLPI, *La comparazione tra ordinamento giudiziario francese e italiano: analogie e differenze*, in *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, cit., p. 1 ss.

magistratura dal potere politico, e dall'altro evitare che si crei un sistema giudiziario di carattere corporativo e autoreferenziale. Lungo questo crinale, sebbene con esiti diversi, si è mossa la Francia con l'approvazione della riforma costituzionale del 2008 ed è così che dovrebbe auspicabilmente muoversi l'Italia.

Potrà il progetto di legge costituzionale che qui si esamina rispondere a tale auspicio?

La risposta discende in larga misura non solo dalla comparazione degli organi di vertice, ma anche dall'analisi di altri elementi di dettaglio di seguito considerati (criteri di selezione dei magistrati, progressione di carriera, rapporto con la politica) che caratterizzano, insieme ad alcune macrovariabili quali l'organizzazione del potere e la cultura della legalità¹⁶, i diversi sistemi intesi nel loro complesso.

3.1

Un primo livello di comparazione riguarda lo *status* dei magistrati e i loro rapporti con il Ministro della Giustizia. Come si è detto sopra, i francesi non rifuggono dal dichiarare, anche con norme costituzionali, che il Ministro ha e mantiene elementi di influenza sulla magistratura, allo scopo di riaffermare il primato della politica, espressione prima della sovranità popolare. Questo aspetto non viene toccato dalla riforma in discussione da noi la quale, pur riconducendo giudice e pm alla comune categoria di magistrati (nuovo art. 104 Cost.), si limita a sottolineare quegli elementi di distinzione tra i due gruppi, secondo alcuni già presenti nell'originario testo costituzionale, espressamente devolvendo alla legge la definizione della garanzie di indipendenza del pubblico ministero. Il che, come si sa, viene definito dai detrattori della riforma come una "decostituzionalizzazione" di tale garanzia e come possibilità della legge (i.e. della maggioranza politica che la configura e la crea) di mettere a repentaglio l'indipendenza stessa.

Garanzie di indipendenza definite dalla legge, dunque, e – apparentemente – indebolimento dell'indipendenza del pm. La connessione non è scontata, visto che almeno in teoria è la legge che offre le maggiori garanzie in un sistema democratico rispetto alle scelte dell'esecutivo nella logica della maggior parte delle riserve di legge contenute in Costituzione, permanendo poi la legge stessa sottoposta al controllo di costituzionalità ma che sconta a sua volta un visione, oggi assai diffusa, della problematicità (per alcuni esasperata fino alla inaffidabilità) della *interpositio legislatoris* nella attuazione dei valori costituzionali cui si antepone la maggiore *reliability* di una attuazione diretta della Costituzione ad opera dei giudici e, soprattutto, dei giudici costituzionali. In altre parole, la tutela dei valori costituzionali sarebbe meglio garantita da un procedimento a due passaggi, imperniati sulla Costituzione da un lato e sul giudice dall'altro; il che sarebbe preferibile rispetto al classico processo tripartito che vede i valori sanciti costituzionalmente essere attuati dal legislatore e, solo successivamente, controllati in sede giurisdizionale.

Ora, poiché la riforma sembra voler ripristinare la triade e poiché il legislatore, guardato sotto l'angolatura della maggioranza politica che lo determina e della sostanziale, innegabile devoluzione della funzione normativa all'esecutivo, cui viene ormai pacificamente riconosciuto il potere di assolvere tramite atti aventi forza di legge alle riserve di legge contenute in Costituzione le ombre sulla riforma stessa risultano quanto mai dense, forse più per queste logiche di sistema che per la *reine Rechtslehre* relativa alla struttura dello stato democratico costituzionale. Si potesse leggere il testo del disegno di legge senza vedere in filigrana le fisionomie dei proponenti, forse le criticità si smorzerebbero, e si smorzerebbero in modo sensibile. Lo stesso si può dire se l'esame viene compiuto con il supporto della comparazione che mostra inequivocabilmente come pressoché ovunque lo *status* delle due magistrature presenta delle differenziazioni, come

16. M. PATRONO, *L'indipendenza della magistratura in Europa: un quadro comparato*, cit., p. 1615.

anche il modello tedesco, su cui si ragionerà a breve, ampiamente dimostra.

3.2 Tali differenze – tornando ora al paragone tra Francia e Italia – risultano particolarmente evidenti con riferimento alla possibilità di passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa; in Francia, infatti, tale passaggio può avvenire sempre, purchè non avvenga nel medesimo ufficio giudiziario mentre in Italia la legge 30 luglio 2007 ha posto limiti assai stringenti a tale possibilità, limiti che da ultimo la riforma ha ribadito prevedendo che la separazione delle carriere, sancita costituzionalmente, venga poi - di nuovo - definita nei dettagli dalla legge (art. 104 c. 2 del ddl costituzionale). Su questo aspetto, ritenuto dai più come un corollario importante per evitare una riduzione dell'attività del pm a logiche più rispondenti alle funzioni di polizia, il principio del corpo unico dunque risulta più forte in Francia, ove pur non sembrano esserci ostacoli di principio alla sussistenza di funzioni di provenienza politica in materia di giurisdizione.

3.3 Sempre sul piano della comparazione, quanto detto sopra circa la non identificabilità del “corpo unico” con l'assenza assoluta di differenziazioni, purchè esse siano legate alla oggettiva diversità delle funzioni, trova una ulteriore ed aggiuntiva riprova nella regole in tema di inamovibilità. In Francia vale la regola secondo cui solo ai giudici spetta tale garanzia mentre i pm possono essere soggetti a trasferimenti indipendentemente dal loro consenso; alla “mobilità” volontaria tra funzioni si aggiunge dunque una possibile mobilità imposta, forse non inutile ai fini di una migliore organizzazione amministrativa (ma solo organizzativa) della funzione requirente. In Italia non vi è, allo stato, alcuna traccia in questo senso, così come mancano – nella lettera della riforma – norme che sanciscano la subordinazione dei pm al Ministero, come accade in Francia. Segnali verso una soluzione alla francese vengono tuttavia individuati da parte della dottrina nella riforma in discussione, laddove, per esempio, si ravvisa nella locuzione “ufficio del pm” introdotto dalla riforma nell'art. 112 Cost. un tentativo di subordinare il pm al Ministero della giustizia. Il tutto rimane tuttavia nell'ambito dei meri sospetti.

3.4 Comparando, conclusivamente, il CSM francese a quello prefigurato in Italia, benché non sia escluso che il riformatore italiano possa aver avuto nella coda dell'occhio l'esperienza francese delle due formazioni all'interno del medesimo Csm, tuttavia egli non ha accolto tale soluzione. Come è noto, infatti, il ddl di riforma prevede l'istituzione di due distinti CSM, uno per la magistratura giudicante e uno per quella requirente. Si tratta di due organi destinati ad esercitare le medesime competenze, rispettivamente per giudici e pm (vedi nuovo art. 105 Cost.), diversamente da quanto accade in Francia, dove le due sezioni del CSM hanno competenze diversificate: poteri più penetranti ha la sezione dei magistrati giudicanti, più attenuati quella per i pm in tema di nomine e sanzioni disciplinari. A proposito di quest'ultimo aspetto, la prima sezione è competente ad adottare provvedimenti disciplinari nei confronti dei giudici, mentre la seconda può solo fornire al Ministro pareri non vincolanti sulle sanzioni disciplinari. In sintesi il modello che il riformatore italiano ha prefigurato per il nostro sistema è informato alla logica – che da tempo e pressoché da tutti viene criticata per quanto riguarda la funzione legislativa – del *bicameralismo perfetto*, differenziato solo per quanto riguarda i destinatari delle funzioni, mentre la soluzione francese, pur mantenendo un unico Csm, realizza una maggior diversificazione delle due sezioni, non solo rispetto ai destinatari, ma rispetto alle funzioni, visto che i pm restano sotto il controllo del Ministro della Giustizia, diversamente dai giudici.

Quanto alla composizione, criticità sono espresse tanto in Francia che in Italia.

Infatti la Francia, come già accennato, ha previsto che la maggioranza dei membri del Csm sia laica (8 a 7), mentre la riforma italiana scardinerebbe l'attuale assetto che vede una maggioranza di membri togati, affermando il principio della parità tra le due componenti. Si legge nel ddl che i membri del CSM giudicante (o requirente) sono eletti per *metà da tutti i giudici* ordinari (o pm) tra gli appartenenti alla medesima categoria *previo sorteggio* degli eleggibili e per *metà dal Parlamento* in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio. E' condivisibile il rilievo per cui tanto l'introduzione del principio della parità numerica tra le due componenti, quanto la regola del sorteggio per la sola componente togata, sembrano volte ad incrementare l'incidenza della politica sull'organo nel suo complesso. Una luce, in questo scenario di ombre, sembra essere invece l'istituzione della Corte di disciplina (art. 105 *bis* Cost), competente per l'adozione dei provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati. Essa è composta da due sezioni: una per i giudici e una per i pm, formata ciascuna per metà da membri eletti dal parlamento e per l'altra metà da giudici (o da pm). Non molto diversamente avviene in Francia dove, sebbene non sia costituito un organo *ad hoc*, le funzioni in materia disciplinare sono esercitate dalle due sezioni del CSM (anche se con poteri diversi cfr. *supra*), che si riuniscono in una particolare composizione che garantisce la parità tra componente togata e laica (8 a 8). Del resto la parità nel procedimento disciplinare è di natura meramente tecnica: si vuole garantire l'imparzialità e depotenziare l'elemento corporativo in quella che è una delle funzioni più delicate del governo della magistratura. Per questo motivo pare sensata da noi la proposta di introdurre la Corte di disciplina così articolata, perché risponde ad una esigenza reale mentre la parità nella composizione del CSM sembrerebbe essere solo di natura solo simbolica delle reali intenzioni del legislatore costituente ma con incidenza pratica tutto sommato relativa.

3.5

Un ultimo rilievo merita un aspetto che, nella configurazione data dal legislatore di riforma, desta qualche perplessità: l'obbligatorietà dell'azione penale.

De iure condito la soluzione francese e quella italiana sono agli antipodi: in Francia, infatti, vige l'opportunità o facoltatività dell'azione penale, ovvero il pm può decidere se avviare o meno l'azione penale, valutandone i presupposti legali e l'opportunità di esercizio; diversamente in Italia vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. *De iure condendo* il ddl governativo in esame sembra, invece, indebolire tale istituto (e con esso le prerogative del pm) attribuendo alla legge la determinazione dei criteri per l'esercizio obbligatorio dell'azione penale¹⁷. Questo potrebbe trovare una giustificazione nel fatto, noto, per cui non è possibile perseguire tutti i reati, subendo, nella prassi il principio in esame attenuazioni tali da potersi affermare, senza esagerazioni che la discrezionalità è ormai la prassi. La previsione costituzionale intenderebbe proprio "conferire alla norma costituzionale la razionalità storico sociale e una dimensione teleologica che rendono compatibile il principio della obbligatorietà con gli obiettivi di politica criminale [...] Particolare esigenze storiche, sociali, economiche infatti possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali debba esser data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati, fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti"¹⁸. Tuttavia rimane lecito il rilievo, anche alla luce del contesto politico italiano, di chi teme che questa previsione, che pur è pacificamente accolta in altri ordinamenti, un sostanziale ridimensionamento delle prerogative del pm e della sua soggettività.

17. Mentre infatti l'attuale art. 112 Cost. recita "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale", nel disegno di riforma esso sarebbe così riformulato: "l'ufficio del pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge".

18. DOSSIER CAMERA DEI DEPUTATI, *Aspetti dell'ordinamento giudiziario, esercizio dell'azione penale e responsabilità dei magistrati in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna*, n. 22 Maggio 2011.

4 QUALCHE CONSIDERAZIONE SUL (MENO NOTO) MODELLO TEDESCO

Proprio quest'ultima considerazione relativa alla obbligatorietà dell'azione penale introduce all'esame dell'altro modello di riferimento scelto per una riflessione critica delle proposte di riforma italiane, il modello tedesco, il quale, pur collocandosi a tutti gli effetti nell'alveo dei sistemi di democrazia costituzionale, presenta caratteristiche del tutto peculiari in riferimento al rapporto tra magistratura e politica, prima fra tutti l'apertamente asserito principio della opportunità dell'azione penale, non dissimilmente da quanto accade in Francia ma in modo se possibile ancora più radicale. Questa e altre peculiarità del sistema si comprendono sia alla luce del sistema costituzionale tedesco nel suo complesso sia a fronte di meccanismi e strumenti interni all'ordine giudiziario stesso.

4.1

In prima battuta, da segnalare è lo *status* del pubblico ministero¹⁹. Trattasi di un *Beamte*, ovvero un pubblico funzionario a tutti gli effetti, per il quale sono previsti i medesimi requisiti richiesti per tutte le altre professioni legali, comprese quelle che vengono svolte nell'ambito della pubblica amministrazione, di cui fa parte anche il potere di direttiva del relativo Ministro, cui risulta gerarchicamente sottoposto. La collocazione istituzionale del pubblico ministero (*Staatsanwalt*) nell'ordinamento tedesco è stata oggetto di particolare riflessione dottrinale e giurisprudenziale. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti tendono a definire tale figura come un organo *sui generis* di amministrazione della giustizia (*Organ der Rechtspflege sui generis*), non riconducibile a quanto la Legge fondamentale (*Grundgesetz - GG*) enuncia in tema di giurisdizione e la cui attività si svolge in un ambito operativo distinto da quello della magistratura giudicante, secondo un'organizzazione gerarchico-amministrativa a struttura piramidale. E' solo un orientamento ampiamente minoritario che vede, invece, nel pubblico ministero un organo dell'ordinamento giudiziario e lo inquadra tra le norme su potere giudiziario di cui al Titolo IX della Legge fondamentale, attribuendo ad esso i requisiti e le garanzie costituzionalmente previsti riguardo agli organi giurisdizionali. Tale visione non risulta aver mai avuto alcuna influenza sulla struttura della magistratura tedesca, che applica con radicalità il principio della separazione delle carriere nell'ottica della sottoposizione piena (e non attenuata come invece accade in Francia) del pubblico ministero alle scelte politiche e amministrative del Ministro di Grazia e Giustizia.

E, pertanto, il pubblico ministero tedesco è considerato un organo autonomo rispetto alla magistratura giudicante e la sua funzione è di cercare gli elementi di prova a carico dell'indagato; non subisce solo l'influenza dell'esecutivo, da cui è controllato, ma dal punto di vista interno è subordinato al Capo della Procura che può sostituirlo in qualsiasi momento, destituendolo dal caso al quale sta lavorando. Completa il quadro l'assenza di un organo analogo al Consiglio Superiore della magistratura sia a livello federale che a livello dei singoli *Länder*, considerato in contrasto con il principio della legittimazione democratica di tutti i poteri pubblici, incluso il giudiziario. Il che serve a rimarcare – se qualche dubbio ancora sussistesse – la distanza con l'organizzazione del nostro potere giudiziario sia *de iure condito* sia *de iure condendo*.

4.2

Il quadro così sommariamente tratteggiato induce – e forse a ragione – a domandarsi il senso e l'utilità di comparare tale modello con quello italiano vigente, data la pressoché totale disparità che li caratterizza. Una prima, parziale risposta può rinvenirsi

19. Lo *status* e l'organizzazione del pubblico ministero sono disciplinati dagli articoli da 141 a 152 della legge federale sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz - GVG*) del 12 settembre 1950. Le sue funzioni, invece, sono specificate dalle norme del Codice di procedura penale (*Strafprozessordnung - StPO*).

nel fatto che, a fronte di risposte che potrebbero sembrare scontate, emergono invece elementi interessanti, a riprova della necessità di guardare ai modelli non solo sul piano della loro filosofia generale ma soprattutto su quello della loro configurazione di dettaglio. E appare così un carattere tutto particolare del sistema in esame il quale è riuscito a neutralizzare i pericoli in cui sarebbe incorsa l'indipendenza della magistratura in generale e del pubblico ministero in particolare attivando circuiti diversi ma non meno efficaci rispetto a quanto si sta facendo in altri Paesi – e soprattutto nel nostro – per riformare la magistratura. E, invero, la dipendenza del Pubblico Ministero dal Ministro della giustizia è mitigata dalla ripartizione federale delle competenze in materia giurisdizionale, che vede i *Länder* titolari di pressoché tutte le competenze in materia giudiziaria. Risulta così interessante osservare come sia i giudici sia i funzionari del pubblico ministero sono dipendenti non da un esecutivo monolitico e monocoloro ma da tanti “esecutivi”, ciascuno con una propria visione dei problemi della giustizia, cosa che garantisce un pluralismo sostanziale nelle scelte di politica criminale cui si aggiunge – semmai – la capacità di auto coordinarsi tra le diverse realtà locali in vista in una maggiore efficienza globale dell'intero sistema federale o di zone dello stesso.

4.3

Pur in misura diversa e con diversi percorsi, quindi, giudici e pubblici ministeri sono parte di un'unica struttura, preposta con tutte le sue articolazioni interne ad amministrare la giustizia, nella più pura delle tradizioni bismarkiane, ancora ricordata come origine di quella riforma radicale del processo penale che venne trasformata da inquisitorio in accusatorio. La natura sostanzialmente amministrativa dell'organizzazione della giustizia in Germania, con tutte le sue articolazioni, emerge dalle regole che presiedono a formazione, reclutamento e nomina di magistrati e di pubblici ministeri, sia quanto a *status* degli stessi, sia nel già citato potere di direttiva di cui dispongono gli esecutivi verso i pubblici ministeri.

4.3.1

Per quanto riguarda la formazione, benché lo *status* dei pubblici ministeri si differenzi da quello dei giudici, la legge federale sull'ordinamento giudiziario (*Deutsches Richtergesetz - DRiG*), dell'8 settembre 1961, delinea un unico percorso formativo, comune per tutte le professioni legali, che si articola in diverse fasi: il conseguimento della laurea in legge, il primo esame di stato, il successivo praticantato di due anni – in cui i referendari sono tenuti a formarsi sia presso l'amministrazione della giustizia, sia presso l'amministrazione sia presso gli studi legali – e, infine, il secondo esame di stato. La legge federale citata detta i principi generali e lascia ogni *Land* libero di definire il contenuto della formazione giuridica (visto che – tra l'altro – sono sempre i *Länder*, a regolamentare le Università), così che questa differisce da un *Land* all'altro. In generale si può dire che, una volta superato il secondo esame di stato, il giurista che intende svolgere l'attività di magistrato requirente o giudicante deve presentare domanda di assunzione al Ministero della Giustizia del *Land* nel quale intende esercitare. Hanno *chances* di essere reclutati solo coloro che hanno conseguito risultati eccellenti nel loro curriculum e soprattutto nel secondo esame di stato.

4.3.2

La scelta dei giuristi cui affidare l'ufficio di giudice e il procedimento di nomina sono regolati in maniera differente da *Land* a *Land*. A norma dell'art. 98, comma 4 GG, i *Länder* possono stabilire che il Ministro della giustizia del *Land* decida in merito all'assunzione dei giudici affiancato ad una commissione appositamente formata (*Richterwahlausschuß* – Commissione per la scelta dei giudici). La composizione di tale commissione differisce da *Land* a *Land* e spesso ne fanno parte parlamentari, rappresentanti dei magistrati e anche dell'ordine degli avvocati. In alcuni *Länder* il Ministro

acquisisce invece il parere non vincolante del *Presidialrät*, organo di rappresentanza dei giudici con compiti consultivi in materia di reclutamento, mentre, in altri ancora la scelta è affidata esclusivamente al potere discrezionale del Ministro della Giustizia. Per i pubblici ministeri, che non godono dello statuto ordinamentale dei giudici e sono sottoposti alle direttive del procuratore generale e del Ministro della Giustizia, la selezione è più semplice che per i magistrati giudicanti e solitamente vengono assunti con gli stessi concorsi e regole degli altri funzionari statali.

4.3.3

I neo assunti sono sottoposti ad un periodo di prova e a periodiche valutazioni, non godono della inamovibilità e possono essere assegnati a svolgere, alternativamente, sia funzioni giudicanti che requirenti. Superato il periodo di prova, e subordinatamente all'ottenimento di valutazioni positive, sono nominati giudici a vita. Le decisioni suscettibili di incidere sulla posizione del singolo magistrato – in particolare le promozioni – fanno capo al Ministero della Giustizia di ciascun *Land*, previa consultazione di Commissioni costituite interamente da magistrati, per metà eletti dai colleghi.

4.3.4

Per quanto riguarda i giudici federali, invece, essi sono scelti tra giudici che già operano a livello statale da parte di una Commissione costituita solo da rappresentanti dell'esecutivo e del legislativo con esclusione del potere giudiziario. I criteri di scelta riguardano le qualità professionali, la loro provenienza territoriale e gli orientamenti anche di tipo politico, in modo da garantire la più ampia differenziazione di posizioni.

Comune a giudici e pubblici ministeri, che pure hanno posizioni nettamente separate, oltre alla formazione, è il sistema di promozione e il trattamento economico. A questo proposito, in Germania, in vista del passaggio delle funzioni, gli stipendi dei giudici e dei procuratori sono disciplinati in maniera corrispondente²⁰. Si realizza quindi una effettiva intercambiabilità, pur in presenza di due corpi separati. In altri termini, “la separazione delle carriere non si traduce, come a prima vista sembrerebbe, nell'impedire l'osmosi anche nel corso della carriera giudiziaria”²¹, cosa che avviene di frequente, specie per le posizioni più elevate.

Ciò non osta a che in capo ai Ministri della giustizia vi siano prerogative molto incidenti sull'attività dei pm, come per esempio il potere di emanare direttive²², atti di natura tecnica e amministrativa (mentre nel nostro ordinamento la direttiva emessa dal Guardasigilli è di indirizzo politico). Un esame di alcune recenti direttive²³ emanate dai Ministri della Giustizia di alcuni *Länder* reperite in rete è sintomatico, anche solo dai titoli, della natura di tale potere, che si configura di carattere generale e tecnico. Questa prerogativa tuttavia, nei fatti, non risulta si traduca in una violazione del principio di legalità e in una indebita ingerenza del potere politico sull'esercizio della funzione requirente, visto che nessuno mette in dubbio l'efficacia pratica delle stesse. Questo perché la natura della direttive in esame è di carattere generale e di carattere rigorosamente amministrativo. Come affermato in dottrina, benché, il pubblico ministero “rimanga

20. D. SCHEFOLD, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (a cura di), *La Magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 251.

21. S. SICARDI, *Ordine Giudiziario e separazione delle carriere: pareggiamento o differenziazione delle garanzie di indipendenza?*, www.astrid-online.it, p. 5.

22. *Ibidem*, p. 2.

23. A titolo d'esempio: la direttiva “*Anordnung über Berichtspflichten in Strafsachen (BeStra) AV d. JM*” del 27 Novembre 2005, o la direttiva “*zur Anwendung des § 31 a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes Gemeinsamer Runderlass des Justizministeriums*” del 2007 sull'applicazione della legge in materia di stupefacenti, entrambe del Nord Reno Westfalia, o ancora la direttiva “*über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität*” del 2008 del Land Sassonia in materia di cooperazione tra pubblici ministeri e polizia nel perseguimento della criminalità organizzata

un'autorità gerarchica, sottoposta al Ministro competente, le direttive di questo si limiteranno di norma a questioni tecniche, forse anche a casi singoli di attenzione pubblica speciale, ma sempre nell'ambito di limiti legali e peraltro controllabili²⁴.

Non dimentichiamo infine che l'art. 98 GG prevede un procedimento nei confronti del giudice che abbia violato principi costituzionali e può comportare il trasferimento o la destituzione del giudice imputato. La messa in stato d'accusa dovrebbe essere votata da 3/5 del *Bundestag*, mentre il giudizio spetta alla Corte costituzionale (tuttavia non vi è nessun precedente relativo a tale procedimento).

5

ALCUNE CONSIDERAZIONI DI SISTEMA SUL MODELLO TEDESCO

Gli elementi sopra identificati che, nel contesto delle regole sull'organizzazione della giustizia, definiscono lo *status* del pm, presi singolarmente, potrebbero indurre a pensare che la Germania presenti l'anomalia di un potere politico (l'esecutivo in particolare) che conserva sulla magistratura poteri penetranti, che in altri paesi sono stati nel tempo erosi e attenuati. Questo è vero se si pensa al sistema di reclutamento, al potere di direttiva del guardasigilli, all'inesistenza di un CSM. Tuttavia, lo dico con cautela, parrebbe che in questo sistema l'elemento burocratico funzioni come barriera utile a creare una significativa distanza dalla politica. L'esempio sopra citato del potere di direttiva, così diverso da come sembrerebbe essere codificato in Italia, può essere una utile riprova di tale considerazione. Detto altrimenti, se è indubbiamente vero che i Ministri della giustizia ricoprono un ruolo fondamentale e potenzialmente influente sull'attività della magistratura, vi sono anche elementi interni al sistema che attutiscono tale potenziale ingerenza.

A creare una certa distanza dalla politica sembra assumere un ruolo decisivo la comune formazione per tutte le professioni legali: essa favorisce l'affermazione di valori di riferimento abbastanza omogenei e concorre a diminuire il rischio di conflitti tra le diverse professioni legali. Come rilevato in dottrina, "l'impianto monolitico dell'iter formativo offre, infatti, un retroterra di esperienze comuni ai componenti di tutte le professioni legali e pone le premesse per il consolidarsi di una cultura giuridica interna più omogenea, che costituisce attualmente il più rilevante tessuto connettivo tra i vari sottogruppi"²⁵. Tessuto connettivo tra gli operatori del diritto che "ne enfatizza il ruolo tecnico e apolitico e costituisce una risorsa non trascurabile di autonomia professionale pur all'interno di una cornice organizzativa burocratica"²⁶.

L'unicità del percorso formativo, volta a creare il ceto dei *Juristen*, contraddistinto da una sorta di etica professionale forte, unitariamente concepita e mantenuta come elemento di difesa e di conservazione della onorabilità dell'intera categoria, assume un ruolo decisivo anche per un secondo ordine di ragioni: molti dei funzionari del dicastero della giustizia sono, infatti, essi stessi giuristi che quindi si trovano a condividere con il personale togato valori professionali consolidati nel processo di formazione comune²⁷.

In sostanza, l'elemento etico e culturale sembra conferire una particolare solidità a principi condivisi da tutti i Paesi europei ma qui particolarmente sentiti. Di conseguenza, sul piano della comparazione, non si può non sottolineare il fatto che, se sono le norme a creare le organizzazioni e le strutture, sono poi il sostrato socio culturale ed etico a garantirne una corretta attuazione; in questo senso, forse, anche la nostra classe di magistrati avrebbe qualcosa da apprendere, soprattutto in alcuni dei suoi componenti.

E, pertanto, se è vero che tutti i fattori sopra considerati hanno attenuato i punti di possibile frizione e contrapposizione tra magistratura e sistema politico – come dimostrano anche le vicende giudiziarie che hanno coinvolto esponenti politici, nelle quali

24. D. SCHEFOLD, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, cit., p. 260.

25. P. PEDERZOLI, *Selezione e formazione delle professioni legali in Germania*, Padova, Cedam, 1992, p. 34 ss.

26. G. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari, Laterza, 2002, p. 98.

27. P. PEDERZOLI, *Selezione e formazione delle professioni legali in Germania*, cit., p. 35.

la magistratura ha costantemente mantenuto un atteggiamento di *self-restraint*²⁸ ma non hanno mancato di mettere in crisi anche altissimi gradi della politica nazionale²⁹ - è anche vero che lo stesso sistema costituzionale tedesco ha in sé elementi ed istituti che rendono l'intervento della magistratura nel processo politico un'ipotesi residuale. Tra questi indubbiamente spicca l'elevato grado di stabilità politica, cifra caratterizzante della forma di governo tedesca, segnata dal susseguirsi di coalizioni stabili di governo e da un cancelliere in posizione inequivocabilmente predominante nel contesto istituzionale, la già citata struttura federale, la solidità dell'impianto amministrativo e, da ultimo, una forte capacità di coordinamento e cooperazione tra i diversi livelli di governo che trova nel *Bundesrat* il momento di sintesi politica più completa. Tutto ciò a riprova dell'influenza sostanziale che il contesto costituzionale e politico in cui si articola la forma di governo esercita sui singoli elementi del sistema e, in particolare, su quelli più sensibili quale è, appunto, l'organizzazione del pubblico ministero.

6 CONCLUSIONI

Chiamati a discutere di un disegno di legge costituzionale sulla riforma della giustizia, quali le conclusioni che si possono trarre dall'analisi comparata, oltre a quelli già accennati nel corso della trattazione? Certamente gli elementi di novità introdotti dal riformatore italiano non sono elementi esotici, estranei ad altre esperienze costituzionali; essi risultano essere tuttavia assai problematici visto il tentativo che sembra emergere dall'analisi della singole norme di estrapolare singoli aspetti di dettaglio vigenti in altri ordinamenti ed innestarli in un contesto politico, culturale e giuridico diverso e dai tratti del tutto peculiari quale è quello italiano. Questo è avvenuto rispetto ad alcuni tratti del modello francese, e forse anche del modello tedesco, seppur in quest'ultimo caso in maniera più sfumata. E, invero, la presenza di due CSM nel nostro progetto riformatore riecheggia la duplice formazione del CSM francese così come la prospettata riforma del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale richiama pur lontanamente il principio dell'opportunità dell'azione stessa adottata, sebbene in forme diverse, sia in Germania che in Francia.

Ciò che a mio avviso rende critico il giudizio sul ddl in esame è l'impressione che esso non prenda posizione, volgendosi verso un preciso modello organizzatorio. Al contrario, prendendo elementi dall'una e dall'altra esperienza, senza alcuna prospettiva sistemica, crea un ibrido che non giova né alla causa dei separatisti né degli unionisti, né tanto meno aiuta a riflettere su quali siano le riforme effettivamente necessarie per realizzare una moderna amministrazione della giustizia, tra cui - sia consentito ricordare - va senz'altro annoverata la valutazione delle *performances*, vigente in Germania da decenni e da noi solo agli albori.

Il ddl costituzionale tocca la struttura di vertice ed alcuni elementi dell'organizzazione sottostante ma, nel complesso, sembra più rispondere a domande di visibilità politica che non a criteri di coerenza e di organicità, elementi che sono oggi invece quanto mai necessari non tanto e non solo alla classe politica ma a tutto il sistema paese.

28. La lettura di questo atteggiamento non è tuttavia unanimemente condivisa. Per una critica al potere di direttiva del Ministro e all'influenza che tale prerogativa esercita sui pm si veda H. PRANDL, *Magistratura e politica: il caso tedesco*, in *Governo dei giudici*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, Feltrinelli, 1996, p. 163 ss. Secondo l'autore infatti, "in tutti in tutti i casi in cui la politica viene coinvolta, i Pubblici ministeri tedeschi sembrano come paralizzati. E questo avviene per un motivo ben preciso: il sistema gerarchico della magistratura. Infatti quando si apre un'istruttoria nei confronti di un uomo politico, il competente Ministro della Giustizia del *Land* viene subito informato e segue da vicino l'iter del procedimento, impartendo proprie direttive su quanto deve essere fatto in quel dato procedimento". Di fronte alle criticità del modello tedesco si è anche vociferato in dottrina di una possibile imitazione del modello italiano ("*vom Italien lernen*"), K. PFÖRTNER, *Die deutsche Staatsanwaltschaft: Marionette der Politik? Unabhängigkeit muss sein!*, relazione all'Internationalen Symposium zur richterlichen Unabhängigkeit in Europa, Universität Frankfurt am Main, 2008.

29. Il riferimento è al caso, noto come "la tangentopoli tedesca", che ha coinvolto e travolto, nel 1999, il Cancelliere tedesco E. Kohl. Si trattava della scoperta di un sistema di finanziamenti illeciti alla Cdu, partito di cui Kohl era il segretario, provenienti in particolare da una tangente di un milione di marchi pagata dal commerciante di armi Karl Heinz Schreiber, per la vendita di 38 carri armati all'Arabia Saudita e finita nelle casse del partito, e da una tangente pagata dalla società Elf-Aquitaine, che avrebbe versato 30 milioni di marchi alla Cdu per assicurarsi la privatizzazione di alcune raffinerie nella ex Germania Est. Per una ricostruzione della vicenda, M. CACIAGLI, *La caduta di Kohl e il destino della CDU*, in *Rivista Il Mulino*, n. 1/2000, p. 160 ss.