

Publicato su www.archiviopenale.it, 2021, 3.

L'anomala struttura della Corte Costituzionale italiana: giudici e assistenti di studio: proposte di riforma*.

Giuseppe Di Federico

Sommario: 1. *I giudici costituzionali*; -2. *I magistrati ordinari assistenti di studio dei giudici costituzionali: un evidente caso di conflitto di interessi*; 2. *I magistrati ordinari assistenti di studio dei giudici costituzionali: un evidente caso di conflitto di interessi*; 2.1. *–La eliminazione dei poteri del Ministro della giustizia sullo status dei magistrati* -2.2.- *La protezione degli interessi economici dei magistrati*; 2.3. *L'orientamento della Corte costituzionale ad accogliere le eccezioni di costituzionalità formulate dai magistrati ed intese a conservare o ampliare i loro poteri giudiziari*; 3. *Considerazioni conclusive*; 4.-*Le auspicabili riforme*

1 *I giudici costituzionali*. Le corti costituzionali esercitano uno dei poteri di maggior rilievo politico in democrazia, e cioè quello di dichiarare incostituzionali le leggi approvate dalle assemblee legislative, cioè dalla maggioranza dei rappresentanti della sovranità popolare. Nello svolgere la loro attività le corti costituzionali giudicano utilizzando principi costituzionali spesso formulati in termini tali da consentire interpretazioni discrezionali. La nostra Corte Costituzionale non è seconda a nessuna nell'esercizio dei suoi rilevanti poteri: non solo ha dichiarato incostituzionali, come è suo compito, norme approvate dal nostro Parlamento ma ha anche, in alternativa, ricorrentemente stabilito quale dovesse essere la loro interpretazione da parte di tutti i poteri dello Stato. A volte ha anche incluso nel nostro sistema giuridico norme che il Parlamento non aveva mai votato¹. Alcune delle sue decisioni hanno persino determinato ingenti spese aggiuntive per l'erario dello Stato².

Proprio per il grande rilievo politico delle loro decisioni, negli altri paesi a consolidata tradizione democratica la maggioranza o la totalità dei giudici costituzionali viene eletta dagli organi rappresentativi della sovranità popolare o comunque sottoposta al controllo di quegli organi³ (Germania, Spagna, Portogallo, Francia, Austria, Stati Uniti, ecc.). In Italia, invece, solo un terzo dei giudici costituzionali (5 su 15) vengono eletti nell'ambito del processo democratico, cioè dal Parlamento. Gli altri due terzi vengono scelti in totale autonomia da organi non eletti dal popolo senza che al Parlamento venga attribuito alcun potere di verifica delle scelte effettuate, né per quanto concerne le loro qualificazioni, né per quanto concerne il pluralismo dei loro orientamenti.

* Questo scritto farà parte di un volume sulla riforma della giustizia dedicato a Marco Pannella.

¹ Si tratta delle così dette "sentenze additive", come ad esempio le sentenze n. 117/1979, e n. 149/1995. Un esempio particolare di questo tipo di sentenza, la n.86/1982, di cui di cui dirò più innanzi.

² Ad esempio la sentenza n. 284/1994 che determinò un fortissimo aumento della spesa pensionistica.

³ Vedi tabella in appendice

Certamente questo non avviene per i cinque giudici eletti in piena autonomia dalle supreme magistrature ordinaria, amministrativa e contabile, cioè con modalità del tutto svincolate dal processo democratico, e scelti da organismi reclutati burocraticamente, di regola cioè per mezzo di esami. Non dovrebbe quindi sorprendere che questa forma di nomina non sia presente in nessuno degli altri paesi a consolidata democrazia.

Non meno peculiare rispetto agli altri paesi è la nomina dei 5 giudici effettuata in piena autonomia da parte del Presidente della Repubblica. E' un sistema di nomina che può provocare, e ha in effetti generato, soprattutto a partire dall'avvento della c.d. seconda Repubblica, vistosi squilibri nella composizione della Corte. Basti ricordare che tutti e 9 i giudici nominati dai presidenti Scalfaro e Ciampi sono stati scelti tra persone che chiaramente appartengono all'area politica del centro-sinistra. Quattro su nove (Contri, Flick, Gallo, Cassese) erano stati anche ministri nei governi presieduti da Ciampi e Prodi. Che questi squilibri abbiano generato giudizi favorevoli all'area politica di provenienza dei giudici così nominati non è dato sapere con certezza anche perché a differenza di altre corti costituzionali in Italia le sentenze della Corte appaiono all'esterno come se fossero tutte deliberate all'unanimità, cioè con il consenso di tutti i giudici. In altri Paesi democratici, come Germania, Spagna, Stati Uniti, Australia, e nella stessa Corte Europea sui Diritti dell'Uomo, è in vigore l'istituto della "opinione dissenziente" che dà trasparenza ai lavori delle Corti e consente ai cittadini di conoscere anche le motivazioni dei giudici che dissentono dalla decisione della maggioranza dei colleghi. In nessun altro paese a democrazia consolidata è, comunque, consentito che un singolo soggetto -per autorevole che sia- possa compiere una scelta tanto importante in piena discrezionalità e senza alcun controllo. Non nei paesi dell'Europa continentale quali Germania, Spagna e Portogallo, Francia, Austria⁴. Non negli Stati Uniti ove i candidati scelti dal Presidente degli Stati Uniti devono essere confermati da un voto favorevole del Senato secondo procedure che si sono venute facendo sempre più stringenti.

E a riguardo delle modalità di nomina dei giudici costituzionali mi sembra utile ricordare che l'Unione europea ha sollevato dubbi sull'osservanza delle regole dello stato di diritto da parte della Polonia a causa delle modalità con cui il Senato di quel paese aveva nominato alcuni giudici costituzionali, modalità che potevano influenzare i giudizi della Corte a favore di una parte politica. Un professore di diritto dell'Unione europea dopo aver analizzato il caso polacco e le preoccupazioni espresse in sede UE, ricorda le modalità di nomina assolutamente discrezionali di 5 giudici costituzionali da parte del nostro Presidente nonché le nomine effettuate dai presidenti Scalfaro e Ciampi, e si domanda se il caso italiano sia veramente meno pericoloso per il rispetto della "rule of law" di quello polacco, o se invece non presenti rischi maggiori⁵. Sono considerazioni condivisibili che è certamente utile tener presenti in una prospettiva riformatrice come quella che ispira questo scritto.

⁴ Vedi la tabella illustrativa in appendice.

⁵ V. Giacomo DI FEDERICO, *Defending the rule of law in the European Union: taking stock of the Polish, situation*, in *Eurojus. It*, 2016.

2. *I magistrati ordinari assistenti di studio dei giudici costituzionali: un evidente caso di conflitto di interessi.* Un altro aspetto peculiare, e a mio avviso preoccupante, che caratterizza la struttura della nostra Corte costituzionale è costruito dalla numerosa presenza di magistrati ordinari nell'organigramma della Corte stessa e dal ruolo che essi svolgono. Infatti, oltre ai 5 giudici eletti dai colleghi magistrati, vi sono anche circa 30 magistrati ordinari, scelti *intuitu personae* dai singoli giudici costituzionali, che svolgono a tempo pieno la rilevante funzione di "assistenti di studio" di tutti e quindici i giudici costituzionali. Una funzione che consente loro non solo di tenere aggiornati gli organi della magistratura organizzata sull'andamento dei lavori della Corte per le questioni di interesse della categoria⁶, ma anche, cosa ben più importante, di effettuare le ricerche necessarie relative ai singoli casi e, su quella base, formulare proposte di soluzione.

In altre parole, cioè, vi sono dai 30 a 35 magistrati, di cui 5 con funzioni di giudice, che giudicano o concorrono a giudicare tutte le eccezioni di costituzionalità sollevate dai loro stessi colleghi che operano negli uffici giudiziari. Solo chi è ammalato di inguaribile formalismo può pensare che ciò non abbia influenza quando le questioni da decidere toccano gli orientamenti condivisi e solidali che uniscono tutti i magistrati, particolarmente coesi quando si tratta dei loro interessi corporativi o dei loro poteri. Non può quindi, a mio avviso, sorprendere più di tanto che nei giudizi di costituzionalità della Corte promossi dai magistrati che operano negli uffici giudiziari, gli interessi corporativi dei magistrati stessi siano stati sempre protetti e che i loro poteri giudiziari siano stati conservati o ampliati dalla Corte. Per sostanziare queste affermazioni è opportuno ricordare le principali sentenze della Corte costituzionale che riguardano: la eliminazione dei poteri del Ministro della giustizia sullo status dei magistrati ed il corrispondente ampliamento dei poteri del CSM; gli interessi economici dei magistrati; i loro poteri nell'esercizio delle funzioni giudiziarie ed i poteri del CSM.

2.1. *La eliminazione dei poteri del Ministro della giustizia sullo status dei magistrati.* Sono due le sentenze della Corte da ricordare a riguardo:

a) Il primo comma dell'art. 11 della legge istitutiva del CSM (l. 24/3/1958, n. 195) stabiliva che in materia di "assunzioni in Magistratura, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti e promozioni e su ogni altro provvedimento sullo *status* dei magistrati" il Consiglio potesse deliberare solo a seguito di specifica richiesta del Ministro della giustizia e quindi non di sua iniziativa. Era un potere di grande rilievo – ancor oggi esercitato dal Ministro della giustizia francese – perché se da un canto consentiva al CSM di bocciare le proposte del Ministro dall'altro non gli consentiva di sostituirle con altre di suo gradimento. A seguito di una eccezione di incostituzionalità sollevata a riguardo dal pretore di Bologna, la Corte costituzionale, con sentenza del 23 dicembre 1963, n. 168, ha dichiarato incostituzionale il disposto del primo comma dell'articolo 11 della legge istitutiva del Consiglio e da allora il CSM ha pieni ed esclusivi poteri di iniziativa e decisione in tutte le materie che riguardano lo *status* dei magistrati. Una soluzione che certamente veniva incontro ai desiderata dalla

⁶ A riguardo vedi *infra* la nota 15.

magistratura organizzata. Al Ministro è rimasto solo la il potere di far pervenire o di comunicare di persona al Plenum le sue osservazioni sulle delibere che il CSM si appresta ad assumere, un potere che, di fatto, non esercita quasi mai.

b) Per quanto riguarda la seconda sentenza sui poteri del CSM ricordo che l'art. 11, comma 3, della legge istitutiva del CSM prevede che sul conferimento degli uffici direttivi "... il Consiglio delibera su proposta, formulata di concerto col ministro della giustizia". A seguito del rifiuto di un Ministro della giustizia Martelli di concedere il concerto per l'incarico direttivo ad un magistrato scelto dalla commissione incarichi direttivi del CSM che lui riteneva non qualificato, il CSM ha sollevato conflitto di attribuzione e la Corte costituzionale, con la sentenza n. 379 del 1992, ha stabilito che la interpretazione costituzionalmente corretta dell'art. 11, comma 3, non impone che CSM e Ministro debbano comunque ricercare e raggiungere un accordo su un nominativo condiviso. Che quindi la commissione per gli incarichi direttivi del CSM è certamente tenuta a ricercare un accordo col Ministro su nominativi condivisi, ma che nel caso tale accordo non si realizzi il CSM può comunque effettuare le sue scelte in piena autonomia. Va aggiunto che in materia di nomine ad incarichi direttivi, il "concerto" tra quinta commissione referente del CSM e Ministro della giustizia ha ormai assunto caratteristiche più rituali che sostantive, cosa che mi risulta non solo dall'analisi dei verbali del CSM ma anche dall'esperienza personale per aver svolto anche il ruolo di presidente della commissione incarichi direttivi del CSM.

Con queste due sentenze la Corte Costituzionale ha in buona sostanza azzerato i poteri del Ministro della giustizia in materia di governo del personale togato⁷. Per decisione della Corte cioè sono stati radicalmente modificati i poteri sia del Ministro che del CSM, di fatto venendo incontro alle ben evidenti e dichiarate aspettative della magistratura.

2.2. *La protezione degli interessi economici dei magistrati.* Quanto alla protezione degli interessi economici dei magistrati da parte della Corte Costituzionale. mi basti ricordare due sentenze della Corte Costituzionale.

Inizio da quella più rilevante e cioè la sentenza n. 86/1982 con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale che il CSM potesse effettuare, come sino ad allora avvenuto, promozioni a magistrato di cassazione senza che vi fosse una reale valutazione della professionalità e la possibilità di assegnare le funzioni giudiziarie corrispondenti alla nuova qualifica. Di sua iniziativa aggiunse però che pur in assenza delle promozioni sarebbe stato legittimo attribuire comunque lo stipendio di magistrato di cassazione e di magistrato di cassazione con funzioni direttive superiori anche a prescindere dall'attribuzione delle corrispondenti funzioni giudiziarie. La Corte, cioè, stabilì che si potevano comunque effettuare valutazioni dalle quali far discendere gli stessi benefici economici che sarebbero derivati proprio da quelle promozioni che era illegittimo attribuire. E' questo un aspetto della decisione che sarebbe riduttivo definire una "interpretazione ardita" della Costituzione, ma che risulta invece del tutto

⁷ Un potere di non grande rilievo rimasto nelle mani del ministro è quello previsto dall'articolo 10, commi 3 e 4, che gli consentono di decidere che un magistrato trasferito ad altra sede assuma il nuovo incarico con anticipo o con ritardo con la finalità di garantire la funzionalità dell'ufficio di destinazione o di quello di provenienza. E' un potere che comunque il Ministro di fatto esercita sempre di comune accordo con il CSM.

comprensibile allorché si consideri che la Corte abbia con essa voluto far salva l'ormai diffusa e da molti anni consolidata aspettativa dei magistrati di ottenere i benefici economici della carriera senza che alla attribuzione delle promozioni corrispondesse una reale valutazione delle loro effettive capacità professionali. Questa sentenza ha quindi consentito al CSM, sia pur dopo un prolungato contrasto col Presidente della Repubblica Sandro Pertini, di continuare a far pervenire, tutti i magistrati fino al massimo dello stipendio, della pensione e della liquidazione sulla base del mero trascorrere dell'anzianità di servizio e senza che nessuna legge lo prevedesse⁸.

Per quanto riguarda la seconda sentenza di rilevanza economica ricordo che a seguito delle eccezioni di incostituzionalità sollevate da 15 uffici giudiziari su iniziativa di 1284 magistrati la Corte costituzionale (sentenza n. 223/2012) ha dichiarato illegittima, perché lesiva dell'indipendenza della magistratura, l'applicazione ai magistrati delle limitazioni agli incrementi salariali previste per gli impiegati dello Stato da una legge che aveva la finalità di attenuare gli effetti della grave crisi economica in cui versava il nostro Paese⁹. Una decisione assunta nonostante nella nostra Costituzione, a differenza di quella degli Stati Uniti, non esista nessuna norma che stabilisca esplicitamente una relazione tra trattamento economico dei giudici e la loro indipendenza. Ed a riguardo mi sembra opportuno aggiungere alcune indicazioni che riguardano altri Stati a consolidata democrazia in cui il trattamento economico dei giudici è stato diminuito o non adeguato al costo della vita, proprio a causa di una crisi economica. Mi limito a ricordare cinque casi.

a) Il primo, alquanto recente, riguarda il Portogallo ove con legge n. 75/2014 era stato ridotto, per la durata di due anni, lo stipendio ai dipendenti del pubblico impiego, e tra essi anche ai magistrati, a causa della crisi economica in cui versava il Paese.

⁸ L'assenza di una norma che consentisse di attribuire gli stipendi dei livelli superiori della carriera senza effettuare le corrispondenti promozioni a magistrato di cassazione pose il CSM di fronte alla "necessità" di trovare una formula che permettesse di esprimere sui magistrati che maturavano l'anzianità di servizio richieste valutazioni positive che fossero solo una premessa ad un'ulteriore valutazione per un'eventuale futura promozione, e ciò al solo fine di consentire che a seguito della prima valutazione i magistrati potessero conseguire lo stipendio proprio di quei due livelli della carriera cui al momento non potevano essere promossi. Sulla formula da usare si sviluppò un complesso e prolungato contrasto tra il CSM ed il Presidente Pertini (per la fase conclusiva si vedano i verbali del CSM del 17 e 18 novembre 1983, sessioni pomeridiane). Il principale motivo del contrasto era che Pertini voleva che il CSM si assumesse formalmente la responsabilità di attribuire gli stipendi più elevati mentre il CSM voleva evitare che ciò apparisse nelle sue delibere. A riguardo la volontà di Pertini prevalse. La formula infine concordata fu la seguente e rivela tutta la difficoltà di deliberare senza riferimento a specifiche norme: "il dottor a decorrere da è dichiarato idoneo ad essere ulteriormente valutato ai fini della nomina a magistrato di cassazione [oppure "ai fini della nomina a magistrato di cassazione con funzioni direttive superiori"],.... al medesimo viene attribuito il trattamento economico previsto per i magistrati di cassazione [oppure "per i magistrati di cassazione con funzioni direttive superiori]". Questa formula è stata successivamente utilizzata dal CSM per oltre 20 anni in migliaia di delibere, fino all'entrata in vigore, nel 2007, delle nuove norme sulle valutazioni di professionalità previste dal d.lgs. n. 160/2006. A riguardo vedi G. Di Federico, *Da Saragat a Napolitano, il difficile rapporto tra Presidente della Repubblica e Consiglio Superiore della Magistratura*, Mimesis, 2016, pp.24-34.

⁹ L'art 9 DL 78/2010 prevedeva un prelievo per il triennio del 5% e del 10% sulla parte della retribuzione eccedente, rispettivamente, 90 e 150mila euro lordi annui. La sentenza C.C. 223/2012 dichiara questa norma incostituzionale. I 1284 magistrati che avevano fatto ricorso erano quasi tutti magistrati ordinari, solo tre erano magistrati amministrativi e uno contabile.

Alcuni magistrati portoghesi, come i loro colleghi italiani, ritennero che tale misura fosse illegittima perché lesiva dell'indipendenza della magistratura. La questione fu portata in giudizio di fronte al Supremo Tribunal Administrativo portoghese, che in assenza di norme nazionali a riguardo, decise di rivolgere una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte dell'UE per sapere se quella riduzione dello stipendio fosse lesiva dell'indipendenza della magistratura secondo la normativa dell'UE. La Corte Europea, con sentenza del 27 febbraio 2018, decise affermando che l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE deve essere interpretato nel senso che il principio dell'indipendenza dei giudici non osta all'applicazione ai giudici di misure generali di riduzione salariale connesse ad esigenze di eliminazione di un disavanzo eccessivo di bilancio.

b) Il secondo caso riguarda l'Irlanda ove l'originario articolo 35.5 della Costituzione proibiva la riduzione dei salari dei giudici proprio a protezione della loro indipendenza. A causa della crisi economica del 2008, ed a seguito di un referendum tenuto a riguardo, quell'articolo della Costituzione fu emendato nel senso di consentire la riduzione dei salari dei giudici allorquando tale riduzione è nell'interesse pubblico. Di conseguenza anche i salari dei giudici irlandesi, al pari di quelli di tutti gli altri cittadini retribuiti con fondi pubblici, furono di fatto ridotti con una legge del 2011¹⁰.

c) il terzo caso si è verificato nel corso degli anni 1990 e riguarda il Canada ove, a causa della crisi economica, alcune province avevano ridotto i salari dei giudici. Alcuni di essi fecero ricorso asserendo che quella riduzione non era compatibile con lo *status* di indipendenza dei giudici. La Corte Suprema del Canada non accolse il ricorso fissando tuttavia alcune regole che i governi provinciali dovevano rispettare prima di assumere quella decisione: in particolare dovevano richiedere un parere ad una commissione indipendente, parere che poteva comunque essere disatteso con una adeguata motivazione¹¹.

c) Il quarto caso riguarda anch'esso il Canada e si riferisce al rifiuto di alcune province di accogliere le indicazioni relative agli adeguamenti salariali dei giudici al costo della vita proposte dalle commissioni a ciò preposte¹². Anche in questo caso la Corte Suprema respinse il ricorso affermando, tra l'altro, che "nel giudiziario così come tra i cittadini vi è un'ampia condivisione dell'idea che il controllo delle finanze pubbliche spetti ai rappresentanti eletti dal popolo e non ai giudici"¹³.

d) Il quinto esempio riguarda la drastica riduzione del trattamento pensionistico dei giudici federali statunitensi decisa nel 1932 a causa della crisi economica, nonostante la Costituzione degli Stati Uniti preveda espressamente che i salari dei giudici non possano essere diminuiti. Il caso che allora fece più discutere fu quello del

¹⁰ Il "Financial Emergency Measures in the Public Interest Act del 2011".

¹¹ Vedi Jan Binnie, *Judicial Independence in Canada*, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/CAN_Binnie_E.pdf, p. 23. Si tratta di un rapporto scritto da un giudice della Corte suprema del Canada a nome della Corte stessa.

¹² Queste commissioni per gli adeguamenti salariali dei giudici al costo della vita sono stati creati in Canada con una riforma costituzionale del 1997. Per una sommaria illustrazione della natura e dei compiti di queste commissioni vedi G. Di Federico, *Organico, reclutamento, valutazione della professionalità*, in G. di Federico (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova 2012, p. 258, nota 75.

¹³ Vedi Jann Binnie, *Judicial Independence in Canada*, *op. cit.*, pp. 24-25.

giudice della Corte Suprema Holmes che si vide ridurre la pensione annuale da 20.000 a 10.000 dollari.

2.3. *L'orientamento della Corte costituzionale ad accogliere le eccezioni di costituzionalità formulate dai magistrati ed intese a conservare o ampliare i loro poteri giudiziari.* A riguardo mi limito a ricordarne sei sentenze:

a) le tre sentenze pronunziate nel 1992 (nn. 24, 254 e 255) con cui la Corte costituzionale, accogliendo le eccezioni di costituzionalità avanzate dai magistrati di vari uffici giudiziari, venne incontro alle aspettative della magistratura, ed in particolare di quella inquirente, che avversava aspramente il principio di separazione tra fase delle indagini e fase del giudizio fissato dal nuovo codice di procedura penale del 1988. Con quelle sentenze, ed in particolare con la n. 255/1992 la Corte dichiarò incostituzionali, soprattutto in nome del principio della “non dispersione delle prove”, quelle norme del nuovo codice che prevedevano un divieto assoluto di utilizzare come prove gli atti raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini, e facendo con ciò stesso riemergere tendenze probatorie di tipo inquisitorio. Ricordo che quelle sentenze furono aspramente criticate dalla maggior parte della dottrina, e che in un convegno furono definite, dal Prof. Giuseppe De Luca, con espressione immaginifica ma certamente calzante, come “incursioni vandaliche della Corte costituzionale sul tessuto del nuovo codice di procedura penale”.

b) la sentenza n. 361 del 1998 con cui la Corte costituzionale, accogliendo le eccezioni di incostituzionalità promosse in sede giudiziaria dai magistrati, dichiarò incostituzionali le previsioni di legge con cui il Parlamento, dopo le tre sentenze dianzi indicate, aveva voluto recuperare in parte lo spirito originario del codice del 1988 potenziando il ruolo della difesa nella fase delle indagini preliminari (legge n. 532/1995) e recuperando il diritto dell'accusato al confronto dibattimentale con i testimoni a carico (legge n. 267/1997).

c) la sentenza n. 26 del 2007 con cui la Corte costituzionale, accogliendo le eccezioni di costituzionalità sollevate su iniziativa della Procura della Repubblica di Roma e di quella di Milano, dichiarò incostituzionale la legge n. 20 del 2006 perché in contrasto con il principio del giusto processo nella parte in cui vietava ai PM di appellare le sentenze di proscioglimento. E interessante a riguardo ricordare che quel divieto è invece adottato ed è operativo in vari stati di tradizione giuridica anglosassone, ed in particolare negli Stati Uniti, proprio a garanzia del giusto processo¹⁴.

¹⁴ Negli Stati Uniti quel divieto è previsto dalla Costituzione nel V° emendamento. E' una previsione che tiene conto del fatto che il pubblico ministero ha più poteri e più risorse del cittadino e che quindi, per ciò stesso, non esista nella realtà una eguaglianza tra le parti e sia quindi necessario proteggere il cittadino giudicato innocente da ulteriori iniziative persecutorie del PM nei suoi confronti. La nostra Corte Costituzionale non ha tenuto conto della circostanza che di fatto non ci sia neppure da noi una eguaglianza tra le parti proprio a causa dei maggiori poteri e maggiori risorse del nostro PM e ha deciso che la legge 20/2006 pregiudicava la eguaglianza tra le parti sulla base della sola considerazione formale che il cittadino potesse fare ricorso in appello in caso di condanna ed il PM no in caso di assoluzione,

d) da ultima la sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 2018 con cui vengono accolte le eccezioni di costituzionalità sollevate da un procuratore della Repubblica e viene dichiarato incostituzionale l'art. 18, comma 5, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177, in base al quale «i responsabili di ciascun presidio di polizia» avrebbero dovuto trasmettere anche «alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria...», e ciò ai fini di un più efficace coordinamento informativo ed operativo. Con questa sentenza la Corte ha sancito che la piena ed esclusiva dipendenza delle forze di polizia giudiziaria dal pubblico ministero nella fase delle indagini non consente quelle informative. Senza eccezioni, “foss'anche -lo dice testualmente la Corte- per legittime esigenze informative ed organizzative”. Con questa sentenza la Corte ha ulteriormente evidenziato come, a differenza degli altri paesi a consolidata democrazia, il nostro PM nella fase delle indagini sia di fatto un poliziotto assolutamente indipendente che può iniziare e condurre indagini su ciascuno di noi senza condizionamenti e senza portarne responsabilità alcuna.

3. *Considerazioni conclusive.* Mi si potrebbe dire che quanto sin qui detto non prova per certo che la presenza di 5 magistrati nel collegio giudicante e di circa 30 magistrati ordinari che assistono tutti i giudici nel loro lavoro abbiano avuto una qualche influenza sulle decisioni giudiziarie che ho dianzi indicato. Che questo è ancor più vero per quanto riguarda gli assistenti di studio perché non partecipano alla fase finale del processo decisorio, cioè quello della delibera in camera di consiglio. Se anche si volesse di conseguenza affermare, con un eccesso di rigore puramente formale che, per quella ragione, il lavoro svolto dagli assistenti di studio è irrilevante rispetto alle decisioni della Corte non si può certamente negare che esista quantomeno l'esistenza di un potenziale conflitto di interessi quando la Corte decide su questioni di costituzionalità che riguardano gli interessi dei magistrati cioè interessi che sono comuni sia ai magistrati che negli uffici giudiziari sollevano le eccezioni di costituzionalità sia ai loro colleghi che sono assistenti di studio dei giudici costituzionali.

Sono almeno 30 anni, dal 1986, che segnalo l'opportunità di risolvere questo particolare conflitto di interessi, almeno per quanto riguarda i magistrati assistenti di studio. Lo faccio soprattutto da quando mi apparve inconfutabile che si erano verificati contatti informali tra gli assistenti di studio dei giudici costituzionali e esponenti dell'ANM nel corso del giudizio di costituzionalità sull'ammissibilità del referendum sulla legge elettorale del CSM¹⁵.

¹⁵ Il 2 dicembre 1986 organizzai presso l'AREL, l'Agenzia di ricerca e legislazione fondata dal Prof. Andreatta, un seminario in cui si discusse di una proposta di riforma della legge elettorale del CSM. Al seminario invitai, diversi deputati e senatori delle commissioni giustizia, tra cui anche il Professor Giuliano Vassalli, allora Presidente della commissione giustizia del Senato. Nella mia relazione introduttiva segnalai che nel dibattito allora in corso sul referendum della legge elettorale del CSM, l'ANM aveva inizialmente avversato con particolare vemenza questo referendum ma che successivamente, a partire dal luglio di quell'anno l'aveva trascurato e si era invece concentrata sulla proposta di referendum riguardante la responsabilità civile dei magistrati. Dissi anche che mi era stato detto da vari magistrati che questo cambiamento era dovuto al fatto che l'ANM aveva ricevuto assicurazioni da alcuni assistenti di studio di giudici costituzionali che il referendum sulla legge elettorale sarebbe stato bocciato dalla Corte. Cosa che di

Da allora in varie sedi ho sollevato il problema della massiccia presenza di magistrati ordinari nella Corte costituzionale come assistenti di studio di tutti i giudici costituzionali. L'ho fatto costantemente nei quattro anni in cui sono stato componente del CSM motivando il mio voto contrario all'invio di magistrati alla Corte come assistenti di studio. L'ho fatto nel corso dei lavori della Commissione Ministeriale sulla riforma dell'Ordinamento nominata dal Ministro della giustizia Martelli nel 1991, l'ho fatto più di recente nel corso dei lavori della Commissione per le riforme Costituzionali istituita dal Governo Letta, e da ultimo l'ho fatto nel libro di ricerca sul processo penale e le riforme ordinamentali patrocinato alcuni anni addietro dall'Unione delle Camere penali¹⁶. I risultati del mio ostinato impegno sono finora stati nulli e la risonanza delle mie preoccupazioni quasi eguale a zero. Questo forse anche perché è diffusa la convinzione che la funzione legislativa in materia di giustizia, ed in particolare in materia di ordinamento giudiziario non è più di fatto nella libera disponibilità del legislatore ma subisce l'influenza determinante della magistratura che considera quelle materie come fossero un suo riservato dominio. E' una convinzione empiricamente fondata¹⁷. Come abbiamo visto anche la Corte Costituzionale ha certamente contribuito a creare questa convinzione.

4. *Le auspicabili riforme.*

Per rimediare alle anomalie della nostra Corte costituzionale fin qui descritte sono necessarie modifiche sia della Costituzione che della legislazione ordinaria.

4.1- Riforme con legge ordinaria. Ne indichiamo due che ci appaiono come le più importanti.

La Prima. Per evitare l'evidente conflitto di interessi dovuto alla massiccia presenza di magistrati ordinari come assistenti di studio dei giudici costituzionali è sufficiente prevedere, con legge ordinaria, che gli assistenti di studio non possano essere scelti tra i magistrati. Tale divieto, oltre a sanare un evidente conflitto di interessi servirebbe a responsabilizzare anche coloro cui si propone di essere nominato o eletto giudice costituzionale. Attualmente anche i soggetti che, pur avendo le qualificazioni formali, di fatto non possiedono appieno le competenze e le esperienze professionali necessarie possono scegliere di assumere, comunque, quell'incarico selezionando, come assistenti di studio, magistrati ordinari professionalmente capaci e ideologicamente affini¹⁸.

fatto avvenne due mesi dopo, nel febbraio 1997 (sentenza n. 29/1987). Questo mio intervento è stato pubblicato su *Informazioni AREL*, gennaio 1987, pagg. 59-62.

¹⁶ G. Di Federico, "La riforma della giustizia: un percorso ad ostacoli" in G. Di Federico e M. Sapignoli, *I diritti della difesa nel processo penale e la riforma della giustizia*, Cedam, Padova 2014, pp. 147-196

¹⁷ *Ibidem*, pp. 159-174.

¹⁸ Nel corso degli oltre 40 anni di ricerca sul campo in materia di giustizia ho spesso raccolto indicazioni riguardanti giudici costituzionali che nello svolgimento del loro lavoro dovevano fare, per così dire, "eccessivo affidamento" sulla collaborazione dei 3 magistrati ordinari loro assistenti di studio. Tali segnalazioni mi sono state, per così dire, confermate da un episodio avvenuto al termine del mio mandato come consigliere del CSM, e a seguito della notizia apparsa sui giornali di una mia possibile nomina a giudice costituzionale (la nomina di componenti o ex componenti del CSM a giudice costituzionale è avvenuta più volte). Alcune persone che mi avevano sempre dimostrato stima vennero a trovarmi nel mio studio al CSM per felicitarsi della possibile nomina. Dissi loro che nell'improbabile evenienza che mi fosse stata offerta una candidatura a quella carica avrei comunque dovuto rifiutare perché il mio bagaglio professionale non comprendeva le competenze necessarie. Uno dei componenti di quel gruppo, che era stato a lungo

Poiché il problema di limitare le attività extragiudiziarie dei magistrati esiste anche con riferimento ad una molteplicità di altre attività, la modifica legislativa che abbiamo appena indicato dovrà essere inquadrata in una iniziativa riformatrice più ampia che riguardante tutte le attività extragiudiziarie dei magistrati che sono presenti in tutti i gangli decisionali dello Stato.

La seconda riforma da introdurre con legge ordinaria riguarda l'introduzione dell'istituto della "opinione dissenziente" con il quale si consente ai giudici che nei singoli giudizi rimangono in minoranza di motivare il loro dissenso e di fornire circostanziate e diverse interpretazioni delle norme costituzionali. E' un istituto previsto sia nelle corti costituzionali dei paesi di tradizione giuridica anglosassone (come Stati Uniti e Australia), sia in paesi europei (come Germania e Spagna), sia anche nella Corte europea dei diritti dell'uomo. L'uso delle opinioni dissenzienti rende palese a tutti, dall'interno stesso della corte, la plausibilità di interpretazioni diverse e alternative delle norme costituzionali e rende evidenti gli eventuali eccessi di discrezionalità presenti nelle decisioni prese a maggioranza. Consente inoltre di conoscere e verificare qualità e valori dei singoli giudici, rimediando almeno in parte all'assenza di trasparenza nelle modalità di nomina¹⁹. La prospettiva stessa di vedere efficacemente e ufficialmente criticate le proprie scelte interpretative da altri giudici della stessa corte, induce tutti ad un autocontrollo nell'uso della discrezionalità interpretativa di cui dispongono, autocontrollo che assume particolare importanza per le corti costituzionali a causa degli eccezionali poteri di cui dispongono²⁰.

Va subito aggiunto che il voto dissenziente non è vietato dalla nostra Costituzione. Potrebbe essere introdotto anche da noi anche per iniziativa dei giudici della nostra Corte Costituzionale. In effetti tempo addietro i giudici della nostra Corte

assistente di studio di un giudice costituzionale, volle spiegarmi che per sua esperienza vari giudici costituzionali erano stati nominati con una esperienza professionale inadeguata e certamente inferiore alla mia e che avevano risolto il problema scegliendo con cura i magistrati assistenti di studio. La cosa, ovviamente, non mi sorprese.

¹⁹ Nel corso degli anni sono certamente stati nominati giudici costituzionali che per le cose scritte, e/o le esperienze maturate e/o i riconoscimenti ricevuti erano con tutta evidenza più che qualificati a esercitare quella funzione. Tuttavia nel corso dei colloqui avuti con giudici costituzionali e con magistrati assistenti di studio ho più volte sentito esprimere giudizi di inadeguatezza su vari giudici. Dicerie irrilevanti? Forse, ma voglio ricordare uno di quei colloqui perché fu quello che mi segnalò per primo il problema della qualità delle nomine. Nel 1972 il Parlamento doveva eleggere un giudice costituzionale in quota al Partito Socialista, che per l'occasione indicò Lelio Basso. Questi non raggiunse mai, nelle varie votazioni che seguirono, il quorum di voti necessari all'elezione. Contro la sua elezione scesero in campo dirigenti democristiani di grande calibro (se ben ricordo lo stesso Andreotti). Non me ne sapevo fare una ragione. Quando le votazioni erano ancora in corso chiesi lumi ad un giudice costituzionale con cui avevo collaborato quando era Vice Presidente del CSM e che anni addietro era stato eletto dal Parlamento su indicazione della D.C. Considerò con molta indulgenza la mia ingenuità. Nella sostanza mi disse che per quanto lui fosse "solo un avvocato di provincia", era tuttavia uno dei quattro o cinque giudici che "contava", anche a causa delle non eccelse capacità professionali e di carattere di vari colleghi. L'opposizione all'elezione di Lelio Basso -mi spiegò- non aveva niente a che fare con il fatto che egli professava idee di sinistra molto marcate. Dipendeva invece dal fatto che, essendo egli dotato di preparazione e carattere considerevoli, arrivando in Corte avrebbe "contato non per uno ma bensì per quattro". Bonariamente concluse dicendomi "i socialisti indichino pure un candidato ancora più a sinistra di Basso ma lo scelgano in modo tale che nell'ambito di questa Corte conti solo per uno".

²⁰ Vale a riguardo ricordare il monito che il giudice Stone, uno dei più noti Presidenti della Corte Suprema degli Stati Uniti, rivolgeva ai suoi colleghi quando ricordava loro che "a differenza delle altre branche del governo, tutte soggette al controllo di legittimità da parte dei giudici l'unico controllo sul nostro esercizio del potere è costituito dal nostro *self restraint*", cioè dal nostro autocontrollo.

costituzionale considerarono la opportunità dell'adozione di questa riforma ma decisero che fosse più opportuno mantenere la finzione della unanimità di tutti i giudici ed evitare che emergessero le responsabilità, seppur solo formali, dei singoli giudici nel decidere.

4.2 - Riforme costituzionali. In ragione del grande rilievo politico delle decisioni della Corte, ed in primo luogo quello di dichiarare incostituzionali norme approvate dai rappresentanti della volontà popolare, cioè dal Parlamento, è necessaria una riforma costituzionale che abbia come obiettivo quello di far sì che le nomine avvengano nell'ambito del processo democratico, cioè esclusivamente o quasi esclusivamente da organi eletti con suffragio universale, così come avviene in altri paesi di *civil law* e *common law* a consolidata tradizione democratica. A fini illustrativi, nella tabella allegata in appendice vengono indicati i sistemi di nomina dei giudici costituzionali in paesi europei di tradizione giuridica e democratica simile alla nostra, e cioè Austria, Francia, Germania, Portogallo e Spagna. Il sistema che più direttamente soddisfa l'esigenza che le nomine avvengano ad opera di organi eletti a suffragio universale è quello della Repubblica federale tedesca in cui i 16 giudici costituzionali vengono eletti in pari numero dai due rami del Parlamento con la maggioranza dei due terzi.

In nessuno di quei paesi, e più in generale in nessun paese democratico, una parte dei giudici viene scelta, come in Italia, da organismi reclutati con modalità burocratiche e cioè privi di qualsiasi legittimazione democratica. In Italia ciò avviene per ben un terzo dei giudici costituzionali (5 su 15) eletti da magistrati di carriera. In nessuno di quei paesi europei, e più in generale in nessun altro paese a consolidata democrazia, un singolo soggetto può scegliere in tutta autonomia e senza controlli, i giudici costituzionali. In Italia il Presidente della Repubblica ne sceglie in quel modo 5 su 15 e genera, come abbiamo dianzi visto, evidenti squilibri nella composizione della Corte.

Come può vedersi, l'unica, limitata eccezione alla nomina da parte di organismi eletti a suffragio universale riguarda Spagna e Portogallo. Va tuttavia sottolineato che per quanto riguarda la Spagna la nomina di 2 giudici su 12 scelti dal Consiglio generale del potere giudiziario, è effettuata da un organo i cui componenti, a differenza del nostro CSM, sono tutti eletti dal Parlamento. Per quanto riguarda il Portogallo i 3 giudici su 13 scelti per cooptazione dalla stessa Corte costituzionale, vengono comunque scelti dagli altri 10 giudici che sono stati scelti dal Parlamento.

Come può vedersi dalla tabella qui allegata anche in altri paesi europei si attribuisce al capo dello stato un ruolo nella nomina dei giudici costituzionali, un ruolo che tuttavia non è privo di vincoli come in Italia. In Francia il Presidente della Repubblica ne nomina 3 su 9 e, nonostante sia eletto lui stesso a suffragio universale, per poter effettuare quelle nomine deve ottenere il previo assenso di apposite commissioni parlamentari. Nel caso di Austria e Spagna il ruolo del capo dello Stato per queste nomine è più formale che sostanziale anche se per quanto riguarda l'Austria, il presidente viene eletto esso stesso a suffragio universale.

Per quanto concerne la scelta dei giudici costituzionali la mia preferenza va al modello tedesco che assegna la scelta interamente agli organi parlamentari eletti dai

cittadini. Di conseguenza occorrerebbe aumentare a 16 il numero dei giudici e prevedere che essi vengano eletti con maggioranza qualificata per metà dal Senato e per metà dalla Camera dei deputati. In Germania la Corte opera con due sezioni giudicanti di 8 giudici ciascuna e riserva al plenum solo un numero limitato di cause. La eventuale adozione anche di questo assetto giudicante a due sezioni renderebbe certamente più tempestivo il lavoro della Corte.

Se si dovesse ritenere che l'assetto della Corte adottato in Germania non sia il più adatto per l'Italia, sarebbero tuttavia adeguate a sanare l'anomala struttura della nostra Corte Costituzionale anche soluzioni simili a quelle adottate in Austria, Francia, Portogallo e Spagna.

CORTI COSTITUZIONALI DI ITALIA, AUSTRIA, FRANCIA, GERMANIA, PORTOGALLO E SPAGNA

	ITALIA (assetto attuale)	FRANCIA (nuovo assetto)	AUSTRIA	GERMANIA	PORTOGALLO	SPAGNA
numero giudici	15	9	14	16	13	12
durata anni	9	9	-	12	9	9
limiti di età	nessuno	nessuno	70 anni	-	nessuno	nessuno
modalità di reclutamento	<p>5 nominati dal Presidente della Repubblica</p> <p>5 eletti dalle Corti superiori</p> <p>5 eletti dai due rami del Parlamento con maggioranza dei 2/3</p>	<p>3 nominati dal Presidente della Repubblica previo parere favorevole commissioni parlamentari</p> <p>3 nominati dal Presidente del Senato previo parere favorevole commissione senatoriale</p> <p>3 nominati del presidente dell'Assemblea nazionale previo parere favorevole commissione dell'Assemblea</p>	<p>8 nominati dal Presidente della Repubblica* su proposta del Governo federale</p> <p>6 nominati dal Presidente della Repubblica su proposta dei due rami del Parlamento**</p>	<p>8 eletti dal Senato federale (Bundesrat)</p> <p>8 eletti dalla camera bassa (Bundestag)</p> <p>tutti con maggioranza dei 2/3</p>	<p>10 nominati dal Parlamento a maggioranza dei 2/3</p> <p>3 cooptati dalla Corte stessa</p>	<p>Nominati dal Re:</p> <p>2 su proposta del Governo</p> <p>2 su proposta del Consiglio generale del potere giudiziario***</p> <p>4 su proposta del Congresso con maggioranza dei 3/5</p> <p>4 su proposta del Senato con maggioranza dei 3/5</p>
requisiti professionali	Giudici delle Corti superiori, avvocati con 20 anni di attività, professori ordinari di materie giuridiche	Nessuno	Professori universitari di diritto, giudici, funzionari amministrativi (tutti con 10 anni di anzianità nella professione e laurea in diritto o scienze politiche)	Avvocati, professori universitari giudici e funzionari amministrativi	Giuristi e giudici	Giudici, avvocati, professori universitari, funzionari con 15 anni di servizio e di competenza giudiziaria accertata

* In Austria il Presidente della Repubblica è scelto con elezione diretta a suffragio universale

** 3 su proposta del Consiglio Nazionale; 3 su proposta del Consiglio Federale

*** Il Consiglio generale del potere giudiziario è l'organo di autogoverno dei giudici spagnoli ed è interamente eletto dal Parlamento

Appendice