

Leonardo Filippi

Il nuovo ordinamento giudiziario

Aggiornato alla l. n. 71/2022



Giappichelli

Introduzione

L'ordinamento giudiziario è il complesso normativo che disciplina l'organizzazione giudiziaria. Esso, quindi, riguarda sia l'istituzione e la composizione degli organi giurisdizionali (giudici) e giudiziari (pubblici ministeri), sia il rapporto di servizio che vincola tali organi giudicanti e requirenti allo Stato.

La materia è importante in quanto propedeutica allo studio del diritto processuale civile e penale e la sua evoluzione storica rappresenta, in maniera plastica, da una parte, i rapporti tra cittadini e magistrati e tra i poteri dello Stato, dall'altra.

Lo Statuto albertino del 1848 considerava la magistratura quale «ordine giudiziario» dello Stato dipendente dal sovrano, il quale, assommando in sé il potere esecutivo, legislativo e giudiziario, nominava i giudici con il compito di amministrare la giustizia in suo nome, in quanto «la Giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo nome dai Giudici ch'Egli istituisce» (art. 68 r.d. 4 marzo 1848). Tale rigida dipendenza gerarchica era appena attenuata da alcune garanzie concesse sia alla magistratura sia ai sudditi. I giudici, che erano «nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio» (art. 69 r.d. cit.), mentre faceva capolino, da una parte, il principio di legalità, prevedendosi che «I Magistrati, Tribunali, e Giudici attualmente esistenti sono conservati. Non si potrà derogare all'organizzazione giudiziaria se non in forza di una legge» (art. 70 r.d. cit.), dall'altra, il principio del “giudice naturale” perché «Niuno può essere distolto dai suoi Giudici naturali. – Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinarie» (art. 71 r.d. cit.). Inoltre, «le udienze dei Tribunali in materia civile, e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi» (art. 72 r.d. cit.). Infine, «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo» (art. 73 r.d. cit.).

La legge Sacconi del 19 maggio 1851 ampliò l'autonomia della magistratura, stabilendo l'immovibilità dei magistrati e l'impossibilità per il Governo di influire sul loro operato: di fronte a loro comportamenti contrari ai pro-

pri doveri, il compito di giudicarli competeva al magistrato di cassazione. La legge fu presto abrogata e il ministro Rattazzi emanò il r.d. 13 novembre 1859, legge generale di ordinamento giudiziario, che, in seguito all'unificazione d'Italia nel 1861, fu esteso a tutto il territorio italiano. Ma subito dopo Vittorio Emanuele II promulgò, con il r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626, un nuovo ordinamento giudiziario che consentiva ai laureati in giurisprudenza di accedere in magistratura con il titolo di uditore a seguito di concorso e con nomina da parte del re; il potere disciplinare era attribuito all'Assemblea generale, formata dalle sezioni delle Corti e dei Tribunali; la legge indicava tassativamente i casi di destituzione e rimozione dei giudici dalle proprie funzioni, sui quali deliberava la Corte di cassazione.

Intervennero poi la legge Orlando 1° luglio 1907, n. 511, che istituì i Consigli giudiziari e il Consiglio superiore della magistratura, che era composto da soli magistrati.

Le conquiste appena raggiunte furono però vanificate dall'avvento del fascismo, il quale adottò una serie di provvedimenti che fecero regredire le garanzie per la magistratura. Infatti, si reintrodusse la pena di morte, la l. 25 novembre 1926, n. 2008, istituì per alcuni reati il Tribunale speciale per la difesa dello Stato, composto da militari e ufficiali della milizia fascista; venne istituito il Gran Consiglio del Fascismo; la legge di pubblica sicurezza attribuiva al Questore e al Prefetto funzioni giurisdizionali. Nacque in questo periodo anche la attuale disciplina dell'ordinamento giudiziario, approvato con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (c.d. ordinamento Grandi, d'ora in poi citato semplicemente come "ord. giud."), che prevedeva la dipendenza dell'ordine giudiziario dal potere politico. Infatti, tutti i magistrati erano posti sotto la sorveglianza del ministro di grazia e giustizia, al quale erano attribuiti la nomina delle commissioni di esame per l'accesso alla magistratura e per le promozioni, le assegnazioni di sede e il passaggio di funzioni. In particolare, l'art. 6 (Provvedimenti riflettenti lo stato dei magistrati) stabiliva che «I magistrati sono nominati, promossi, tramutati e revocati dal Re Imperatore, su proposta del ministro di grazia e giustizia, osservate le forme del presente ordinamento, salvo, per la nomina degli uditori, il disposto dell'ultimo comma dell'articolo 127.— Qualsiasi altro provvedimento riflettente lo stato dei magistrati è emanato egualmente con decreto reale, su proposta del ministro di grazia e giustizia, con l'osservanza delle norme stabilite nel presente ordinamento, salvo che non sia diversamente stabilito». Il pubblico ministero era sottoposto alle direttive del Governo in quanto esercitava «sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce» (art. 69).

L'art. 118 indicava i «gradi nella magistratura». Giudici e pubblici mini-

steri erano controllati dal ministro. Infatti, l'art. 228 precisava che il ministro di grazia e giustizia «esercita l'alta sorveglianza sulle corti, sui tribunali e su tutti i giudici dello Stato», mentre l'art. 231 stabiliva che «Il ministro di grazia e giustizia esercita l'alta sorveglianza, su tutti i magistrati del pubblico ministero». I provvedimenti disciplinari erano irrogati dalla Corte disciplinare (art. 236).

Solo il decreto Togliatti (d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, Guarentigie della magistratura), dopo la caduta del fascismo, restituì alla magistratura le garanzie perdute e subito dopo, a seguito del referendum istituzionale, il 2 giugno dello stesso anno fu proclamata la Repubblica. L'anno successivo, il 22 dicembre 1947, fu approvata la Costituzione, che dedica il Titolo IV alla magistratura (artt. 101-113 Cost.) e, reputando incostituzionale il decreto Grandi del 1941, alla VII disposizione transitoria prevede che «Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente». Ma un nuovo ordinamento giudiziario non è mai stato emanato e sia le Sezioni unite¹, sia la Corte costituzionale² non riconobbero al decreto Grandi il rango di disposizione costituzionale.

Negli anni successivi furono riordinate le Corti d'assise e le Corti d'assise d'appello (l. 10 aprile 1951, n. 287), furono istituiti il Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958, n. 195) e i Consigli giudiziari (l. 12 ottobre 1966, n. 825), furono aboliti scrutini ed esami per la progressione di carriera dei magistrati (25 luglio 1966, n. 570, c.d. legge Breganze) e per la nomina a magistrato di cassazione (l. 20 dicembre 1973, n. 831, c.d. legge Breganzone). Dopo l'approvazione del nuovo codice di procedura penale, anche l'ordinamento giudiziario fu adeguato con il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449. In seguito al referendum popolare la l. 13 aprile 1988, n. 117, introdusse nuove norme sulla responsabilità civile dei magistrati. Soppresse le preture mandamentali, furono trasformate dalla l. 1° febbraio 1989, n. 30 in sezioni distaccate della pretura circondariale. La l. 21 novembre 1991, n. 374, soppresse il giudice conciliatore e istituì il giudice di pace. Negli anni caldi dell'emergenza criminale furono istituite la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo e le Direzioni distrettuali antimafia. Il d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, soppresse il pretore e il tribunale, penale e civile, divenne giudice unico di primo grado; fu introdotto pure il G.O.T. (giudice onorario di tribunale). Il d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, disciplinò

¹ Cass., Sez. un., 17 novembre 1953, n. 3542.

² Corte cost. 13 dicembre 1963, n. 156.

il procedimento davanti al giudice di pace penale. Il sistema di accesso alla magistratura fu riformato dalla l. 13 febbraio 2001, n. 48, mentre la l. 28 marzo 2002, n. 44, modificò la composizione e la procedura elettiva dei membri del C.S.M.

La legge-delega di riforma dell'ordinamento giudiziario, voluta dal ministro della giustizia Castelli (l. 25 luglio 2005, n. 150), molto criticata dalla magistratura, fu, ciononostante, attuata con i d.lgs. nn. 20, 24, 25, 26, 35, 62, 106, 109, 160 e 240, tutti del 2006.

Ma una diversa maggioranza parlamentare, subentrata nel 2006, sotto la guida del Guardasigilli Mastella, recepì le obiezioni dei magistrati, apportando, dapprima con la l. 24 ottobre 2006, n. 269, e poi con la l. 30 luglio 2007, n. 111, importanti modifiche che stravolsero l'ordinamento giudiziario appena modificato, tanto che si parlò della "controriforma Mastella".

Infine, nel 2022 è stata attuata con la l. 17 giugno 2022, n. 71, la riforma dell'ordinamento giudiziario, l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura³. Il testo è articolato in sei Capi e 43 articoli. La legge fu molto contestata dalla magistratura che, per opporvisi, scese anche in sciopero, ma il Parlamento non si fece condizionare e la approvò senza apportarvi nessuna delle modifiche richieste dai magistrati.

In particolare, il Capo I (artt. 1-6) l. 17 giugno 2022, n. 71, prevede una «delega al Governo per la riforma ordinamentale della magistratura», le procedure per il suo esercizio (entro un anno dall'entrata in vigore della legge) e definisce i principi e criteri dell'intervento riformatore. In particolare, la delega mira: alla revisione, secondo principi di trasparenza e di valorizzazione del merito, dei criteri di assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi; alla riduzione degli incarichi semidirettivi; alla riforma del procedimento di approvazione delle tabelle organizzative degli uffici giudiziari; alla revisione dei criteri di accesso alle funzioni di legittimità; alla riforma delle procedure di valutazione di professionalità dei magistrati; all'istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato, da tenere in considerazione oltre che in sede di verifica della professionalità anche in sede di attribuzione degli incarichi direttivi e semidirettivi; ad intervenire sulla disciplina dell'accesso in magistratura, dettando principi e criteri direttivi volti ad abbandonare l'attuale modello del concorso di secondo grado, così da ridurre i tempi che in-

³ La l. 17 giugno 2022, n. 71, è pubblicata nella G.U. n. 142 del 20 giugno 2022.

tercorrono tra la laurea dell'aspirante magistrato e la sua immissione in ruolo; al riordino della disciplina del "fuori ruolo" dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili.

Il Capo II (artt. 7-14) l. 17 giugno 2022, n. 71, novella direttamente alcune disposizioni dell'ordinamento giudiziario con riguardo: ai magistrati destinati all'ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione; all'organizzazione degli uffici di giurisdizione e all'incompatibilità di sede per ragioni di parentela o coniugio e di tramutamenti ad altra sede o ufficio; alle funzioni della Scuola superiore della magistratura; agli illeciti disciplinari dei magistrati, il cui elenco viene integrato con nuove condotte e in relazione ai quali sono introdotti due nuovi istituti: l'estinzione dell'illecito e la riabilitazione (art. 11); al passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa (art. 12) prevedendosi come regola generale che tale "tramutamento" possa essere effettuato soltanto una volta nel corso della carriera entro 10 anni dalla prima assegnazione delle funzioni. Trascorso tale periodo, è ancora consentito, per una sola volta, il passaggio dalle funzioni giudicanti alle funzioni requirenti, purché l'interessato non abbia mai svolto funzioni giudicanti penali; il passaggio dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti civili o del lavoro, in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, purché il magistrato non si trovi, neanche in qualità di sostituto, a svolgere funzioni giudicanti penali o miste. Specifiche previsioni riguardano inoltre l'efficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie.

Il Capo III (artt. 15-20) l. 17 giugno 2022, n. 71, interviene con disposizioni puntuali – e immediatamente precettive – sullo *status* dei magistrati, nel tentativo di ridurre il deprecabile fenomeno delle "porte girevoli" tra magistratura e politica. Si disciplina *ex novo* la eleggibilità dei magistrati, l'assunzione di incarichi politici e il loro ricollocamento al termine del mandato. In particolare, sono previste disposizioni in materia di eleggibilità dei magistrati (art. 15) e sul collocamento in aspettativa senza assegni del magistrato che assuma un incarico di governo nazionale, regionale o locale (art. 16). Si stabilisce inoltre che durante il mandato elettivo e durante lo svolgimento di incarichi di governo nazionale, regionale o locale il magistrato deve obbligatoriamente trovarsi in aspettativa, in posizione di fuori ruolo (art. 17). Una specifica disciplina concerne il ricollocamento in ruolo dei magistrati che si siano candidati alle elezioni, senza essere stati eletti (art. 18). Ulteriori previsioni riguardano il ricollocamento dei magistrati a seguito della cessazione di mandati elettivi (art. 19). L'art. 20 regola il ricollocamento a seguito dell'assunzione di incarichi apicali e di incarichi di governo non elettivi.

Il Capo IV (artt. 21-39) l. 17 giugno 2022, n. 71, contiene disposizioni immediatamente precettive sulla costituzione e sul funzionamento del C.S.M. Si tratta di un intervento organico che incide sulla composizione ed organizzazione, sulle attribuzioni e sul funzionamento del C.S.M., sul sistema elettorale per la nomina dei componenti togati nonché sul loro ricollocamento al termine del mandato.

Il Capo V (art. 40) l. 17 giugno 2022, n. 71, prevede una delega al Governo per il riassetto delle norme dell'ordinamento giudiziario militare.

Infine, il Capo VI (artt. 41-43) l. 17 giugno 2022, n. 71, contiene le disposizioni finali e finanziarie. Si prevede che la legge entri in vigore il giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, senza alcuna *vacatio legis*.

Si tratta di una legge che, essendo frutto di un compromesso tra le diverse forze politiche, non poteva riformare radicalmente l'ordinamento giudiziario. Essa, tuttavia, segna un passo in avanti nella tutela della magistratura, al fine di farle recuperare quella credibilità che negli ultimi anni è andata scemando.

Questa tumultuosa e altalenante raffica di modifiche è segno inequivocabile dell'incerto approccio che il nostro legislatore ha avuto, nel corso dei decenni, nei confronti di una materia sensibile come l'ordinamento giudiziario, la quale, dipendendo dal diverso atteggiamento politico del momento, segnala la concezione, di volta in volta, attribuita alla funzione della magistratura.

L'ultima riforma dell'ordinamento giudiziario si è resa necessaria per rimediare ad alcune inefficienze e deviazioni del sistema giudiziario. Attualmente, secondo alcuni sondaggi, i cittadini ripongono una scarsa fiducia nella magistratura: infatti, se negli anni '90 i magistrati erano considerati eroi popolari e godevano del consenso di oltre nove cittadini su dieci, secondo un sondaggio svolto nel 2021 solo una persona su tre (32%) dichiara di avere fiducia nella magistratura. Si tratta del livello più basso di sempre, legato ad una molteplicità di cause. I cronici ritardi del servizio-giustizia e l'enorme arretrato accumulato, tanto che ormai si provvede a "rottamare" i procedimenti in vista della imminente prescrizione dei reati, ingenerano l'idea che la magistratura italiana non svolga in maniera soddisfacente le sue principali funzioni, né quella giudicante, né quella requirente. Molteplici le accuse rivolte dalla società e anche dalla politica: di abusare delle misure cautelari in carcere, dell'uso delle intercettazioni, della cosiddetta obbligatorietà dell'azione penale, delle modalità con cui sono svolte le indagini preliminari, con conseguente "gogna giudiziaria", della eccessiva visibilità di alcuni magistrati, spesso quelli poi votati alla vita politica. La magistratura, dunque,

riveste oggi una posizione dominante nello spazio pubblico, anche se non ha alcuna legittimazione popolare perché non è eletta (come i rappresentanti del potere legislativo), né dipende dagli eletti (come il potere esecutivo)⁴, né, stando ai sondaggi, gode della fiducia della collettività, apparendo, anzi, come la funzione pubblica meno efficace⁵.

⁴ Secondo G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021, p. 155 ss. la magistratura è divenuta “un potere che desume da se stesso la sua legittimazione”.

⁵ S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Editori Laterza, Milano, 2022, pp. 34-35.

Capitolo I

Le garanzie per la magistratura

1. La riserva assoluta di legge a tutela della magistratura

L'art. 108, comma 1, Cost. stabilisce che «le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge». La disposizione deve essere letta in coordinamento con l'art. 25, comma 1, Cost. che impone che il giudice deve essere «precostituito per legge».

In questo modo il costituente, a tutela della magistratura, ha voluto riservare alla legge, e quindi all'espressione della volontà popolare, la disciplina sia dell'ordinamento giudiziario, sia della magistratura.

Tuttavia, sono disciplinati dallo stesso ordinamento giudiziario sia i giudici (giudice di pace, tribunale, monocratico e collegiale, corte d'appello e Corte di cassazione, mentre la corte d'assise e d'assise d'appello sono disciplinate dalla l. 10 aprile 1951, n. 287), sia i pubblici ministeri presso di essi (procuratore della Repubblica presso il tribunale, procuratore generale presso la corte d'appello e procuratore generale presso la Corte di cassazione).

Giudice e pubblico ministero hanno quindi una carriera unica: infatti non è stata mai attuata in Italia una separazione delle carriere di giudice e di pubblico ministero. Essi hanno tuttavia compiti diversi: funzione giudicante i giudici e funzione requirente i pubblici ministeri. Inoltre, il potere dei giudici è reattivo, non proattivo, nel senso che essi decidono solo su istanza di parte e non d'ufficio: *ubi non est actio, ibi non est iurisdictio* e inoltre non possono rifiutarsi di decidere (non gli è consentito il *non liquet*).

2. Le diverse “funzioni” (non “gradi”) dei magistrati

Mentre l'art. 118 dello Statuto albertino indicava i “gradi nella magistratura”, l'art. 107, comma 3, Cost., per evitare rapporti di tipo gerarchico tra magistrati, al fine di salvaguardarne l'indipendenza interna, stabilisce che «I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni», non di grado. Pertanto, oggi non esistono magistrati di “grado” diverso.

Si tratta di una forma di attuazione dell'indipendenza interna, che, attribuendo funzioni (e non gradi) diverse ai magistrati, evita che la decisione del giudice possa essere vincolata da quella di altri giudici.

L'indipendenza “interna” non è, invece, pregiudicata dall'esistenza di diversi gradi di giurisdizione, rispondenti alla necessaria logica processuale, per cui il giudice d'appello o di cassazione potrebbe annullare la decisione impugnata, né è pregiudicata dall'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi al “principio di diritto” pronunciato dalla Corte di cassazione che ha annullato la sentenza, trattandosi di funzioni distinte e non di gradi.

3. Le funzioni direttive e semidirettive

L'art. 35 d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, indica i limiti di età per il conferimento di funzioni direttive, prescrivendo che tutte le funzioni direttive possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, alla data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno quattro anni di servizio prima della data di collocamento a riposo. Le funzioni direttive apicali giudicanti e requirenti possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, alla data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno due anni di servizio prima della data di collocamento a riposo (comma 1) Ai magistrati che non assicurano il periodo di servizio di cui sopra non possono essere conferite funzioni direttive se non nell'ipotesi di conferma per un'ulteriore sola volta dell'incarico già svolto, di cui all'art. 45 (comma 2).

L'art. 45 d.lgs. n. 160/2006 disciplina la temporaneità delle funzioni direttive, prescrivendo che esse hanno natura temporanea e sono conferite per la durata di quattro anni, al termine dei quali il magistrato può essere confermato, previo concerto con il ministro della giustizia, per un'ulteriore sola volta, per un eguale periodo a seguito di valutazione, da parte del Consiglio superiore della magistratura, dell'attività svolta. In caso di valutazione nega-

tiva, il magistrato non può partecipare a concorsi per il conferimento di altri incarichi direttivi per cinque anni (comma 1).

4. Il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa

L'art. 13 d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, disciplina l'attribuzione delle funzioni e il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa, stabilendo che l'assegnazione di sede, il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti, il conferimento delle funzioni semidirettive e direttive sono disposti dal Consiglio superiore della magistratura con provvedimento motivato, previo parere del Consiglio giudiziario (comma 1).

Il C.S.M. provvede al conferimento delle funzioni direttive e semidirettive: *a)* nel caso di collocamento a riposo del titolare per raggiunto limite di età o di decorrenza del termine ottennale previsto dagli artt. 45 e 46 dello stesso decreto n. 160/2006 entro la data di vacanza del relativo ufficio; *b)* negli altri casi, entro sei mesi dalla pubblicazione della vacanza (comma 1-*bis*). In caso di inosservanza dei termini di cui al precedente comma 1-*bis*, il presidente della Commissione referente, entro il termine di trenta giorni, provvede alla formulazione della proposta (comma 1-*ter*).

Già abrogato da tempo il comma 2, è rimasto inalterato il primo periodo del comma 3, che stabilisce che il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, non è consentito all'interno dello stesso distretto, né all'interno di altri distretti della stessa regione, né con riferimento al capoluogo del distretto di corte d'appello determinato ai sensi dell'art. 11 c.p.p. in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni. Il secondo periodo è invece stato sostituito e ora prevede che il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, può essere richiesto dall'interessato, per non più di una volta nell'arco dell'intera carriera, nei primi dieci anni oppure, sempre per una sola volta, il passaggio dalle funzioni giudicanti alle funzioni requirenti, quando l'interessato non abbia mai svolto funzioni giudicanti penali, nonché il passaggio dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, ove vi siano posti vacanti in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro. In quest'ultimo caso, il magistrato non può in alcun modo essere destinato, neppure in qualità di sostituto, a funzioni giudicanti di natura penale o miste, anche in occasione di successivi trasferimenti. In ogni caso, il passaggio può essere disposto solo previa partecipazione ad un corso di qualificazione professionale e subordi-

natamente a un giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni, espresso dal C.S.M., previo parere del Consiglio giudiziario. Per tale giudizio di idoneità il consiglio giudiziario deve acquisire le osservazioni del presidente della Corte d'appello o del procuratore generale presso la medesima corte a seconda che il magistrato eserciti funzioni giudicanti o requirenti. Il presidente della corte d'appello o il procuratore generale presso la stessa corte, oltre agli elementi forniti dal capo dell'ufficio, possono acquisire anche le osservazioni del presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati e devono indicare gli elementi di fatto sulla base dei quali hanno espresso la valutazione di idoneità. Per il passaggio dalle funzioni giudicanti di legittimità alle funzioni requirenti di legittimità, e viceversa, le disposizioni del quinto e sesto periodo si applicano sostituendo al Consiglio giudiziario il Consiglio direttivo della Corte di cassazione, nonché sostituendo al presidente della corte d'appello e al procuratore generale presso la medesima, rispettivamente, il primo presidente della Corte di cassazione e il procuratore generale presso la medesima (comma 3).

Ferme restando tutte le procedure previste dal precedente comma 3, il solo divieto di passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, all'interno dello stesso distretto, all'interno di altri distretti della stessa regione e con riferimento al capoluogo del distretto di corte d'appello determinato ai sensi dell'art. 11 c.p.p. in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni, non si applica nel caso in cui il magistrato che chiede il passaggio a funzioni requirenti abbia svolto negli ultimi cinque anni funzioni esclusivamente civili o del lavoro ovvero nel caso in cui il magistrato chieda il passaggio da funzioni requirenti a funzioni giudicanti civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, ove vi siano posti vacanti, in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro. Nel primo caso il magistrato non può essere destinato, neppure in qualità di sostituto, a funzioni di natura civile o miste prima del successivo trasferimento o mutamento di funzioni. Nel secondo caso il magistrato non può essere destinato, neppure in qualità di sostituto, a funzioni di natura penale o miste prima del successivo trasferimento o mutamento di funzioni. In tutti i predetti casi il tramutamento di funzioni può realizzarsi soltanto in un diverso circondario ed in una diversa provincia rispetto a quelli di provenienza. Il tramutamento di secondo grado può avvenire soltanto in un diverso distretto rispetto a quello di provenienza. La destinazione alle funzioni giudicanti civili o del lavoro del magistrato che abbia esercitato funzioni requirenti deve essere espressamente indicata nella vacanza pubblicata dal C.S.M. e nel relativo provvedimento di trasferimento (comma 4).

Per il passaggio da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa, l'anzianità di servizio è valutata unitamente alle attitudini specifiche desunte dalle valutazioni di professionalità periodiche (comma 5).

Per il conferimento delle funzioni direttive superiori giudicanti e requirenti di legittimità e delle funzioni direttive apicali giudicanti e requirenti di legittimità, nonché per il conferimento delle funzioni direttive requirenti di legittimità non opera alcuna delle limitazioni di cui al comma 3 dello stesso art. 13. Per il conferimento delle funzioni giudicanti di legittimità, che comportino il mutamento da requirente a giudicante, fermo restando il divieto di assegnazione di funzioni giudicanti penali, non operano le limitazioni di cui al comma 3 relative alla sede di destinazione (comma 6).

Una disposizione transitoria stabilisce che i magistrati che prima della data di entrata in vigore della nuova disposizione che limita ad una sola volta il passaggio di funzioni hanno effettuato almeno un passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti, o viceversa, possono effettuare un solo ulteriore mutamento delle medesime funzioni nonché richiedere il conferimento delle funzioni requirenti di legittimità ai sensi del comma 6 del medesimo art. 13, come sostituito dal presente articolo, a condizione che non abbiano già effettuato quattro mutamenti di funzione (art. 12, comma 2, l. 17 giugno 2022, n. 71).

5. L'indipendenza “esterna” della magistratura

L'indipendenza del magistrato è garantita contro influenze sia interne che esterne alla magistratura, ma è sempre una garanzia posta a tutela della collettività e non è certo un privilegio del singolo magistrato. Si tratta della conseguenza del principio della separazione dei poteri, connotato essenziale di uno Stato di diritto; un'importante garanzia che tutela il magistrato, giudice o pubblico ministero, e che lo tiene indenne, nell'esercizio delle sue funzioni, giudicanti o requirenti, da qualsiasi pressione o influenza esterna.

La storia – e purtroppo anche la cronaca di alcune vicende giudiziarie di qualche Paese – dimostra, infatti, che spesso soprattutto il potere esecutivo ha usato o blandito o minacciato la magistratura per acquisire o conservare il proprio potere politico, inscenando processi apparentemente regolari, ma in realtà gestiti dal potere esecutivo.

L'art. 104 Cost., precisando che «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», garantisce la cosiddetta “indi-

pendenza esterna” del magistrato rispetto al potere esecutivo ed a quello legislativo¹.

Lo stesso art. 104 Cost. definisce quello giudiziario un “ordine” e non un potere, come precisò l’on. Meuccio Ruini all’Assemblea costituente, contrapponendo l’ordine giudiziario a “ogni altro potere” proprio per sottolineare il suo compito di mero esecutore della legge: ma quello che la Costituzione definisce “ordine” è diventato, di fatto, un “potere”.

Ma la separazione dei poteri è attualmente violata dall’anomala espansione dell’ordine giudiziario a discapito sia del potere esecutivo sia di quello legislativo. La Costituzione aveva posto un argine allo sconfinamento dell’ordine giudiziario nel potere legislativo, introducendo l’istituto dell’autorizzazione a procedere contro il parlamentare, ma esso fu abolito dalla legge cost. 29 ottobre 1993, n. 3. Anche le incursioni dell’ordine giudiziario nel potere esecutivo sono diventate la norma con centinaia di magistrati applicati nel ministero della giustizia e pure all’ufficio legislativo, per redigere le leggi che poi essi stessi dovranno applicare (magistrati “ministeriali”). Inoltre, è vero che esiste il divieto di iscrizione dei magistrati ai partiti politici²,

¹ In tema di indipendenza del magistrato sono sempre attuali le parole di Piero CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1935, cap. XIV: che scriveva come «Ciò che può costituire un pericolo per i magistrati non è la corruzione ... E neanche son da considerarsi minacce molto gravi per la indipendenza dei magistrati le inframmettenze politiche: sono frequenti, ma non irresistibili (...) Il vero pericolo non viene dal di fuori: è un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica. Nella mia lunga carriera non mi sono mai incontrato a faccia a faccia con giudici corruttibili, ma ho conosciuto non di rado giudici indolenti, disattenti, svogliati: pronti a fermarsi alla superficie, pur di sfuggire al duro lavoro di scavo, che deve affrontare chi vuole scoprire la verità. La pigrizia porta ad adagiarsi nell’abitudine, che vuol dire intorpidimento della curiosità critica e sclerosi della umana sensibilità: al posto della pungente pietà che obbliga lo spirito a vegliare in permanenza, subentra cogli anni la comoda indifferenza del burocrate, che gli consente di vivere dolcemente in dormiveglia». Più recentemente osserva Luigi FERRAJOLI, nei suoi *Principia iuris*, 2007, che «Ogni giudice, nella sua lunga carriera, incontra migliaia di cittadini: come imputati, come parti offese, come testimoni, come attori o convenuti. Naturalmente non ricorderà quasi nessuna di queste persone. Ma ciascuna di queste migliaia, di questi milioni di persone, indipendentemente dal fatto che abbia avuto torto o ragione, ricorderà e giudicherà il suo giudice, ne valuterà l’equilibrio o l’arroganza, il rispetto oppure il disprezzo per la persona, la capacità di ascoltare le sue ragioni oppure l’ottusità burocratica, l’imparzialità o il pregiudizio. Ricorderà, soprattutto, se quel giudice gli ha fatto paura o gli ha suscitato fiducia. Solo in questo secondo caso ne avvertirà e ne difenderà l’indipendenza come una sua garanzia, cioè come una garanzia dei suoi diritti di cittadino. Altrimenti – possiamo esserne certi – egli avvertirà quell’indipendenza come il privilegio di una casta, di un potere odioso e terribile».

² La Corte costituzionale ha confermato la legittimità dell’art. 3, comma 1, lett. h), del

ma le “porte girevoli” tra magistratura e politica hanno consentito negli ultimi anni che diversi magistrati siedano in Parlamento, amministrino uffici ministeriali e locali, presiedano enti e addirittura si siano candidati e siano diventati sindaci o consiglieri comunali nella stessa sede, dove, dopo aver amministrato giustizia, hanno amministrato anche la città.

L’indipendenza del magistrato è garantita contro influenze interne alla stessa magistratura, perché non esistono “gradi” tra i magistrati e il precedente giudiziario, per quanto autorevole, non è mai vincolante.

6. I compiti “non invasivi” del ministro della giustizia

A differenza di quanto storicamente accaduto in passato (quando la magistratura era asservita al potere esecutivo), l’indipendenza “esterna” del magistrato impedisce che il ministro della giustizia possa intromettersi nell’amministrazione della giustizia, se non per garantire l’organizzazione e il funzionamento dei servizi necessari al funzionamento della giustizia (strutture materiali, arredi, fondi per cancelleria e pubblicazioni giuridiche, fondi per stipendi di magistrati e cancellieri, bando dei concorsi in magistratura).

L’art. 110 Cost., infatti, stabilisce che «Ferre le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al ministro della giustizia l’organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia». Pertanto il ministro della giustizia deve solo provvedere a rendere materialmente efficiente il “servizio giustizia”, senza poter intromettersi nell’amministrazione della giustizia.

Il ministro della giustizia ha poteri di sorveglianza e ispezione e a tal fine dispone di un ispettorato generale, incaricato di ispezioni periodiche o straordinarie negli uffici giudiziari.

In attuazione dell’art. 110 Cost., la l. 12 agosto 1962, n. 1311, consente al ministro della giustizia di ordinare ispezioni ministeriali (ordinarie triennali, straordinarie, mirate o amministrative) in tutti gli uffici giudiziari al fine di verificare eventuali irregolarità e lacune nei servizi giudiziari o di segnalare al ministro (o al C.S.M., se questi ne ha richiesto l’intervento) eventuali illeciti disciplinari, per i quali il ministro è legittimato ad esercitare l’azione disciplinare davanti al C.S.M. Le ispezioni non possono mai interferire con

d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, che vieta ai magistrati l’iscrizione, o la partecipazione “sistemica e continuativa”, a partiti politici per tutelarne indipendenza e imparzialità. Essa ha osservato che la libertà di associazione politica, insieme a tutte le altre libertà, rappresenta un cardine essenziale del sistema democratico ma le delicate funzioni svolte dai magistrati non consentono di equipararli *in toto* agli altri cittadini (Corte cost. 4 luglio 2018, n. 170).

l'attività giudiziaria o giurisdizionale, ma limitarsi a controllare il regolare svolgimento dei servizi.

Egli può chiedere ai capi delle Corti informazioni circa il funzionamento della giustizia e inviare loro le comunicazioni che ritiene opportune (art. 14 l. n. 195/1958), così come riceve dai Consigli giudiziari la segnalazione delle disfunzioni da essi ravvisate nell'andamento degli uffici giudiziari (art. 15 d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 25). Al fine dell'eventuale esercizio dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati, esercita «l'alta sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i magistrati del pubblico ministero» (art. 13 d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511) e inoltre «per l'esercizio dell'azione disciplinare, per l'organizzazione del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, nonché per l'esercizio di ogni altra attribuzione riservatagli dalla legge, il ministro esercita la sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari» (art. 56 d.P.R. 16 settembre 1958, n. 916).

Il Guardasigilli pronuncia annualmente dinanzi ai due rami del Parlamento la relazione sull'amministrazione della giustizia.

L'art. 107 Cost. precisa che il ministro della giustizia ha la «facoltà di promuovere l'azione disciplinare». Si tratta di un potere discrezionale affidato al ministro, mentre un obbligo di esercitare l'azione disciplinare è attribuito al procuratore generale presso la Corte di cassazione.

Oltre ad avere il compito di assicurare le strutture materiali necessarie al funzionamento della giustizia, il Guardasigilli ha altresì una competenza relativa «sia all'organizzazione degli uffici nella loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, sia al funzionamento dei medesimi in relazione all'attività ed al comportamento dei magistrati che vi sono addetti» (Corte cost. 12 dicembre 1963, n. 168).

La Corte costituzionale ha affermato che, oltre al presidente del Consiglio dei ministri, il ministro della giustizia è l'unico ministro della Repubblica legittimato a sollevare conflitto di attribuzioni con gli altri poteri dello Stato, a norma dell'art. 134 Cost.³

Il ministro della giustizia interviene alle sedute del C.S.M. quando ne è richiesto dal presidente della Repubblica o ritiene opportuno fare comunicazioni o dare chiarimenti, ma non può assistere alle deliberazioni del Consiglio (art. 16 l. 24 marzo 1958, n. 195), mentre sul conferimento degli incarichi direttivi deve trovare il concerto con il C.S.M. (art 11 l. n. 195/1958). Il Guardasigilli può formulare al Consiglio richieste e osservazioni sulle assunzioni, assegnazioni e trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati, nonché osservazioni sul funzionamento della

³ Corte cost. (ord.) 2 ottobre 1979, n. 123.

giustizia, ricevendo dallo stesso Consiglio proposte sulla modifica delle circoscrizioni giudiziarie e su tutte le materie concernenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia e pareri sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e ogni altro oggetto comunque concernente tali materie (art. 10 l. n. 195/1958). Il ministro della giustizia controfirma i decreti del presidente della Repubblica che formalizzano le deliberazioni del C.S.M. e, nei casi previsti dalla legge, le formalizza con un proprio decreto (art. 17 l. n. 195/1958). La Corte costituzionale ha, in diverse occasioni, auspicato un rapporto di leale collaborazione tra C.S.M. e Guardasigilli.

Il ministro della giustizia, anche in assenza di domanda o proposta, può assumere l'iniziativa di domandare la grazia per i condannati (art. 681 c.p.p.), a prescindere dal consenso dell'interessato.

È prevista una fase istruttoria non giurisdizionale di acquisizione di elementi di giudizio strumentale alla decisione. Pertanto, se il condannato è detenuto o internato, la domanda può essere presentata al magistrato di sorveglianza, il quale acquisiti tutti gli elementi di giudizio utili e le "osservazioni" del procuratore generale presso la corte d'appello del distretto ove ha sede il giudice dell'esecuzione, la trasmette al ministro con il proprio "parere motivato". Se invece il condannato non è detenuto né internato, la domanda può essere presentata allo stesso procuratore generale, il quale, acquisite le opportune "informazioni", la trasmette con le proprie "osservazioni" al ministro per l'eventuale proposta. Si ritiene che anche il ministro della giustizia possa compiere o far compiere eventuali altri accertamenti, come pure l'interessato può produrre documentazione a sostegno dell'istanza. Il problema dei rapporti tra presidente della Repubblica e Guardasigilli controfirmante è rimasto aperto per decenni dall'entrata in vigore della Costituzione, essendo il decreto di grazia da taluni ritenuto sostanzialmente ministeriale, da altri invece di natura presidenziale e da altri ancora qualificato atto a partecipazione uguale.

Attualmente la decisione sulla grazia non è più riconducibile al potere di indirizzo politico del Governo⁴, ma piuttosto ad un arcaico residuo del pote-

⁴ A lungo si è ritenuto che, poiché a norma dell'art. 89 Cost. «nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità», ove mancasse la proposta del ministro, la sottoscrizione di un atto di grazia ad opera del Capo dello Stato sarebbe stata inefficace perché, non conseguendo ad una previa proposta del ministro, non avrebbe contenuto l'assunzione di alcuna responsabilità politica da parte di quest'ultimo. La prassi da oltre cinquant'anni era nel senso che il Guardasigilli inviava al Presidente della Repubblica solo le domande per le quali esprimeva parere favorevole, archiviando le altre. Nel 2005 il Presidente Ciampi assunse l'iniziativa di sollecitare il ministro della giustizia Castelli ad istruire la pratica del condannato Ovidio Bompressi,

re del sovrano. Al ministro della giustizia la Costituzione assegna dunque soltanto il compito dell'istruzione del provvedimento, quindi un ruolo servente rispetto al Presidente della Repubblica, al termine della quale invia al Capo dello Stato una proposta, favorevole o sfavorevole, alla concessione. La controfirma del ministro al provvedimento di clemenza è considerato un atto dovuto perché il ministro non ha alcuna responsabilità di merito.

Il ministro della giustizia decide se concedere l'autorizzazione a procedere o avanzare richiesta di procedimento per una nutrita serie di reati (previsti, ad esempio, dall'art. 313 c.p.).

7. Il giudice “soggetto soltanto alla legge”

Il principio per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) è posto non solo come baluardo rispetto al potere esecutivo e legislativo, ma anche contro il pericolo che la magistratura abusi del proprio potere ricorrendo a interpretazioni “creative” che tradiscano il significato della legge stessa e quindi invadendo il campo del legislatore (trasformandosi così in “giudice-legislatore”) ma senza alcuna legittimazione popolare.

Purtroppo, è invalsa la giurisprudenza “creativa” che si sostituisce al legislatore nel creare le norme, in spregio al principio di legalità e alla riserva di legge, addirittura nella creazione di nuove figure di reato, come accade per il concorso esterno in associazione a delinquere, tanto che si paventa che dal giudice soggetto alla legge si sia passati alla legge soggetta al giudice⁵.

8. L’“inamovibilità” del magistrato

L'art. 107 Cost. detta la fondamentale garanzia dell'inamovibilità del magistrato; così prescrive: «I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non

innovando quindi rispetto ad un'inveterata contraria prassi. Successivamente lo stesso Presidente della Repubblica sollevò conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, che la Corte costituzionale ha risolto stabilendo che non spetta al ministro della giustizia di impedire la prosecuzione del procedimento volto all'adozione della determinazione del Presidente della Repubblica relativa alla concessione della grazia (Corte cost. 18 maggio 2006, n. 200).

⁵G. VERDE, *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, cit., p. 61.

in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

La garanzia dell'inamovibilità è posta a tutela dell'autonomia e dell'indipendenza del magistrato, che altrimenti potrebbe essere spostato di sede, anche promuovendolo (*promoveatur ut amoveatur*) e, per l'effetto, spogliato del processo.

9. L' incompatibilità del magistrato

L'art. 2, comma 2, d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, consente il trasferimento d'ufficio, da parte del C.S.M., del magistrato per incompatibilità ambientale.

I limiti a tale potere di trasferimento d'ufficio sono stati individuati dal Consiglio di Stato con un'importante pronuncia, che ha chiarito che il trasferimento può essere disposto dal C.S.M. solo ove si accertino situazioni oggettive di impossibilità di esercitare le funzioni giudiziarie con piena indipendenza e imparzialità, se del caso anche riconducibili a condotte del magistrato interessato, ma comunque al di fuori di ogni giudizio di riprovevolezza di esse. Si deve comunque escludere un potere generale del C.S.M. di trasferimento coattivo dei magistrati per qualsiasi condotta scorretta non rientrante nelle fattispecie di illecito disciplinare⁶.

L'art. 18 ord. giud. regola invece l'incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense e stabilisce che la ricorrenza in concreto dell'incompatibilità di sede è verificata sulla base degli indicati criteri, che, si precisa ora, sono tra loro concorrenti e devono essere valutati unitariamente.

All'art. 19 ord. giud., che disciplina l'incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede, si aggiunge che la ricorrenza dell'incompatibilità può essere esclusa in concreto quando la situazione non comporti modifiche nell'organizzazione dell'ufficio e non interferisca nei rapporti tra uffici diversi della medesima sede. L'esito del procedimento di accertamento dell'esclusione, in concreto, della ricorrenza dell'incompatibilità di cui al comma precedente è comunicato al Consiglio dell'ordine degli avvocati del circondario in cui prestano servizio gli interessati (art. 8 l. 17 giugno 2022, n. 71).

⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio-13 giugno 2011, n. 3587, Min. giustizia contro Forleo, in *Guida dir.*, 2011, n. 28, p. 84.