

Indipendenza e autonomia della magistratura senza un organo di autogoverno: il modello tedesco

di Elisa Bertolini

Abstract: Independence and autonomy of the judiciary without a self-governing body: the German model - The German judiciary does not embrace the French-Italian model of governance, which is centred on a self-governing body. However, this lack of a self-governing body is not detrimental to the independence of the German judiciary. Indeed, the German judiciary is characterised by a differentiated system of institutions of self-government. The article focuses on the core traits of the German model, outlining the peculiar interaction between the institutions of the self-government and the mechanisms that secure German judges a significant influence on their careers and on court administration. As a conclusion, the article discusses the viability of the establishment of a self-governing body of the judiciary, which seems to be in contrast with the German understanding of both the principles of democratic legitimacy and of separation of powers.

Keywords: German judiciary; independence; self-governing bodies; democratic accountability; separation of powers.

4993

1. Introduzione

Il tema della indipendenza e dell'autonomia della magistratura nell'ordinamento tedesco si rivela alquanto stimolante per il giuscomparatista, in ragione del fatto che il modello tedesco, distinguendosi in maniera significativa da quello italo-francese che molta fortuna ha avuto sul continente e non solo¹, offre una *governance* della magistratura senza un vero e proprio organo di autogoverno, ma che, fondandosi su di un complesso sistema di responsabilità e diritti partecipativi, si è comunque rivelata garantista ed efficiente nel suo funzionamento.

Prima di analizzare più nel dettaglio il modello tedesco si rendono necessarie alcune premesse sulla struttura del presente contributo, sul suo approccio metodologico e sugli obiettivi che esso si propone.

¹ Per una puntuale analisi comparata si v. M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in *questa Rivista*, 2/2009, 948-978 e, più recentemente, *L'ordinamento giudiziario nella prospettiva comparata*, in G. Ferri, A. Teoldi (cur.), *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Napoli, 2016, 95-128. Per una comparazione anche su base empirica, si v. N. Garoupa, T. Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, in 57 *Am. J. Comp. L.* 1, 103-134 (2009).

In primo luogo deve ricordarsi come il sistema giudiziario tedesco sia unitario - seppure ripartito in una pluralità di giurisdizioni (ordinaria, amministrativa, tributaria, del lavoro e sociale, *ex art. 95 GG*), pur nel divieto di istituire tribunali speciali - e federale (*art. 92 GG*) - seppure integrato. La natura federale dello Stato tedesco rileva in materia di ordinamento giudiziario, essendo essa rubricata nella competenza concorrente, *ex art. 74, c. 1, n. 1) e n. 27) GG*. Nonostante la compartecipazione dei due livelli territoriali di governo alla materia, non si ritiene utile offrire una disamina completa della legislazione del *Bund* e dei sedici *Länder*. Al contrario, è sicuramente più proficuo analizzare la cornice federale e richiamare, laddove necessario, la legislazione statale.

Secondariamente, imprescindibile è una riflessione sul concetto di indipendenza e, più precisamente, sull'estensione che esso assume, secondo la dottrina tedesca². Essa si articola in tre dimensioni: sostanziale; personale e strutturale. La prima si richiama alla soggezione alla sola legge nella determinazione di un caso; la seconda alla capacità individuale di essere libera da qualunque interferenza esterna; la terza all'impossibilità, per i giudici, di essere al contempo membri del potere giudiziario e del legislativo ovvero esecutivo.

Per quel che concerne poi la struttura del contributo, una volta brevemente richiamato il quadro normativo di riferimento, si entrerà nel dettaglio degli elementi costitutivi e distintivi del modello tedesco che possono essere individuati in una pluralità di organi partecipativi e in una precisa disciplina della responsabilità disciplinare dei magistrati che consentono alla magistratura tedesca di non essere oggetto di indebite interferenze ovvero pressioni da parte degli altri poteri dello Stato e di esercitare una significativa influenza sull'amministrazione della giustizia e sulla carriera dei propri membri.

Infine, per quel che concerne gli obiettivi del contributo, essi sono duplici. Innanzitutto, esso si propone di dimostrare come l'assenza di un organo di autogoverno non comporti automaticamente una compressione né dell'indipendenza né dell'autonomia della magistratura e non escluda dunque una partecipazione dei magistrati stessi alla *governance* della magistratura. Secondariamente, esso intende dimostrare come l'architettura costituzionale disegnata dalla GG sarebbe difficilmente compatibile con l'istituzione di un organo di autogoverno. L'indipendenza della magistratura che la GG disegna non deve infatti intendersi come assoluta; al contrario, si fonda sulla interpretazione che la Carta dà del principio di separazione dei poteri, sulla base del quale il potere giudiziario non è strutturalmente isolato dagli altri poteri, ma, al contrario, è democraticamente responsabile per il tramite della procedura di selezione dei giudici e, più in generale, della *governance* della magistratura. Il nodo centrale del modello tedesco diventa quindi come conciliare la responsabilità democratica con l'indipendenza ed è proprio in quest'ottica che sono da leggersi i diversi gradi di responsabilità e di diritti partecipativi che l'ordinamento tedesco disegna.

² A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, in Id. (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Berlin, 2012, 447-519, in particolare 449-450.

2. Le fonti dell'ordinamento giudiziario

La GG del 1949, che dedica alla giurisdizione gli art. 92-104, marca una significativa rottura rispetto all'assetto statuale del Terzo Reich e la previsione di un giudiziario indipendente ha rappresentato uno dei punti fondamentali nella ricostruzione dello Stato di diritto.

Secondo l'art. 92 GG, il potere giurisdizionale è affidato ai giudici. Essendo la Germania un ordinamento federale, assume particolare rilievo la ripartizione delle competenze e, per quel che maggiormente interessa in questa sede, l'organizzazione della magistratura. Se infatti è il livello federale che prevalentemente si occupa di definire gli elementi procedurali e organizzativi - oltre alla definizione della struttura del potere giudiziario e dei principi generali sullo *status* dei magistrati -, ampia rimane comunque la competenza dei *Länder*. Le corti apicali sono federali (*ex* art. 95 e 96 GG), e pertanto di competenza del livello federale, mentre tutte le altre corti di grado inferiore (primo e secondo) rientrano invece nella competenza del livello statale (non a caso la GG è completamente silente su di esse).

In questo nuovo quadro costituzionale di una *governance* della magistratura che abbracci i principi dello Stato di diritto non stupisce che le prime garanzie in materia di indipendenza e autonomia della magistratura siano rintracciabili proprio nel testo costituzionale. La GG sancisce infatti l'indipendenza dei giudici e la loro soggezione alla sola legge (art. 97, c. 1). Il c. 2 la rafforza ulteriormente, vietando che i giudici di carriera siano esonerati, senza il loro accordo, prima della scadenza del loro periodo di servizio ovvero sospesi, trasferiti o collocati a riposo se non in forza di una decisione giudiziaria e per i motivi e con le forme stabiliti dalla legge. E ancora, deve richiamarsi, *ex* art. 101, c. 1 GG, il principio del giudice naturale (*Recht auf gesetzlichen Richter*).

Sulla base di queste considerazioni si rivela di particolare importanza la disciplina di nomine, promozioni dei giudici e controllo del loro operato, attribuite ad autorità politiche, da un lato e d'irrogazione delle sanzioni disciplinari, di spettanza, per i casi più lievi, ai capi degli uffici giudiziari e negli altri casi ai tribunali disciplinari dei magistrati, dall'altro. La particolare attenzione che la GG dimostra su quest'ultimo punto è ulteriormente evidenziata dall'art. 98 GG, secondo il quale al giudice devono essere fornite garanzie maggiori rispetto a quelle che l'ordinamento prevede per i funzionari pubblici (andando così a distinguere le due categorie), implementate poi nella *Deutsches Richtergesetz-DRiG* (legge federale sull'ordinamento giudiziario) del 1961³. Ciononostante, come proprio la procedura di nomina dimostra, i giudici rimangono inseriti nel sistema della responsabilità parlamentare e ministeriale, nel doppio livello federale e statale.

A livello invece di fonte primaria risultano rilevanti ai fini della presente analisi la già citata DRiG, che dà appunto attuazione della riserva alla legge

³ Il testo, in lingua inglese, è disponibile in http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/ (visitato il 10-8-2020).

federale sullo *status* giuridico dei magistrati federali *ex art.* 98, c. 1 GG (mentre, *ex c.* 3, la riserva è attuata a livello statale dalle leggi dei singoli *Länder*); la *Gerichtsverfassungsgesetz-GVG* (legge sull'organizzazione dei tribunali) nella sua versione del 1975⁴; la *Bundesdisziplinargesetz-BDG* (legge federale sui procedimenti disciplinari nei confronti dei pubblici funzionari) del 2001⁵; infine, seppur di ambito di applicazione più generale (i funzionari federali), si segnala la *Bundesbeamtengesetz-BBG* (legge federale sui funzionari pubblici) del 1953⁶, la *Bundespersonalvertretungsgesetz-BPersVG* (legge sulla rappresentanza del personale federale) del 1974⁷ e la *Bundesbesoldungsgesetz-BBesG* (legge federale sulla remunerazione dei funzionari pubblici) del 1975⁸.

3. Gli organi di autogoverno

Una volta tratteggiato il quadro normativo di riferimento, è opportuno delineare ora i tratti distintivi del modello tedesco di indipendenza e autonomia della magistratura, che è privo di un organo di autogoverno. Tuttavia l'assenza di un organo di autogoverno non deve essere interpretata come una totale assenza di organi interni alla magistratura. A riprova di ciò, infatti, il modello tedesco annovera al suo interno una serie di organi che consentono ai magistrati un significativo controllo sul funzionamento del sistema giudiziario⁹. Essi sono i *Präsidien*, i *Richterräte*, i *Präsidialräte* e i *Richterdienstgerichten*.

I *Präsidien* traducono in pratica il principio del giudice naturale *ex art.* 101, c. 1 GG. Spetta infatti ai *Präsidien* l'allocazione e la ripartizione dei casi, in maniera equa, a ciascun magistrato, all'inizio di ogni anno, determinando dunque in anticipo il magistrato responsabile per ciascun caso. Più precisamente, ciascun *Präsidium* elabora un modello sulla base del quale procede poi alla ripartizione del lavoro e all'assegnazione dei casi; nel caso in cui detto schema non venga seguito, la decisione del *Präsidium* può essere appellata. A garanzia dell'indipendenza di cui ciascun *Präsidium* gode, ne è costituito uno presso ciascun tribunale; inoltre, tutti i magistrati del tribunale godono sia dell'elettorato passivo che di quello attivo. L'unico membro di diritto dell'organo è il presidente del tribunale. Ne risulta pertanto che l'organo è composto nella sua interezza da magistrati. La disciplina di dettaglio sulla composizione, la selezione, le funzioni e le modalità di distribuzione del lavoro dei *Präsidien* è agli

⁴ Il testo, in lingua inglese, è disponibile in http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/ (visitato il 10-8-2020).

⁵ Dal 2002, la BDG sostituisce il *Bundesdisziplinarordnung-BDO* del 1950. Il testo della legge, in lingua tedesca, è disponibile in <https://www.gesetze-im-internet.de/bdg/index.html> (visitato il 10-8-2020).

⁶ Il testo, in lingua tedesca, è disponibile in https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/ (visitato il 10-8-2020).

⁷ Il testo, in lingua tedesca, è disponibile in <https://www.gesetze-im-internet.de/bpersvg/BJNR006930974.html> (visitato il 10-8-2020).

⁸ Per il livello federale si rimanda alla BBesG del 1975.

⁹ F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, in *German Law Journal*, vol. 19, n. 7, 2018, 1931-1950, 1932.

sez. 21a-21j GVG. Da ultimo, pare opportuno precisare che il margine di intervento organizzativo in capo ai *Präsidien* non è tale da includere anche il *budget*, la cui determinazione e controllo rimane invece nelle mani dei ministri competenti, a livello federale¹⁰ e statale¹¹. Ciononostante, il sistema remunerativo fondato su una remunerazione standardizzata corrispondente a ciascun livello di promozione (e che prevede comunque un limite al numero di questi livelli¹²) osta a che l'esecutivo possa porre in essere indebite influenze o pressioni sui magistrati.

Se i *Präsidien* consentono dunque ai giudici di godere di indipendenza nella fase organizzativa, dal punto di vista partecipativo o, più correttamente, della c.d. *mitbestimmung*, i magistrati godono di una certa indipendenza, e influenza, nella propria vita professionale e nell'esercizio delle proprie funzioni tramite due consigli: i *Richterräte* e i *Präsidialräte*. I primi hanno una competenza più generale per tutto ciò che riguarda la vita professionale dei magistrati, mentre i secondi si occupano esclusivamente di assunzioni, avanzamenti di carriera¹³, trasferimenti (di sede ovvero di ramo giudiziario), esprimendosi mediante pareri scritti e motivati (sec. 75, c. 1 DRiG). Entrambi i consigli operano sia a livello federale (la loro disciplina è alle sez. 49-60 DRiG) che a livello statale. Ne consegue dunque che spetta a ogni *Bundesland* la disciplina di dettaglio e pertanto è possibile individuare solo una uniformità di massima tra i sedici *Länder*. Per quanto concerne i *Richterräte* questa uniformità è garantita dal fatto che i *Länder* nella loro legislazione debbano conformarsi alle sez. 72 e 73 DRiG, mentre per i *Präsidialräte* dal fatto che i *Länder* nella loro legislazione debbano conformarsi alle sez. 74 e 75 DRiG.

In particolare per quel che concerne i *Richterräte* (uno per ciascun *Land*), l'estensione della partecipazione varia sensibilmente da un *Bundesland* all'altro, e la ragione è da ricercarsi nella differente tradizione partecipativa di ciascuno, significativamente più sviluppata nei *Länder* a tradizione social-democratica, meno invece in quelli a tradizione cristiano-democratica¹⁴. È poi opportuno operare una distinzione tra le questioni in cui i magistrati sono semplicemente coinvolti rispetto a quelle in cui è richiesta una loro reale partecipazione (sul punto si richiama la sez. 52 DRiG che richiama a sua volta la BPersVG). La differenza tra queste due categorie risiede nel grado di partecipazione dei magistrati, i quali nel primo caso possono semplicemente esprimere la propria opinione, mentre nel secondo dispongono di un vero e proprio potere di veto su una questione riguardante l'amministrazione del tribunale. Nuovamente deve sottolinearsi come l'ampiezza del potere di veto e le materie da esso coperte

¹⁰ Per il livello federale si rimanda alla *Bundesbesoldungsgesetz-BBesG* (legge federale sulla remunerazione dei funzionari pubblici) del 1975. Il testo, in lingua tedesca, è disponibile in <https://www.gesetze-im-internet.de/bbesg/BJNR011740975.html> (visitato il 10-8-2020).

¹¹ Si segnala che solo alcuni *Länder* hanno introdotto un sistema premiale sulla base della *performance* del magistrato.

¹² In questo senso, BVerfGE 55, 372, 389.

¹³ Sulle promozioni si v. in dettaglio A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 473-478.

¹⁴ F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, cit., 1933.

dipendano dalla legislazione di ciascun *Land*. A livello federale, il *Richterrat* è l'organo che si pronuncia su questioni generali e sindacali ed è composto, *ex sez.* 50 DRiG, da cinque giudici eletti dal *Bundesgerichtshof*-BGH (Corte suprema federale), cinque dal *Bundespategericht* (Tribunale federale dei brevetti e marchi), tre dal *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo federale), tre dal *Bundesfinanzhof* (Corte tributaria federale), tre dal *Bundesarbeitsgericht* (Tribunale federale del lavoro) e tre dal *Bundessozialgericht* (Tribunale federale sociale), tutti eletti per un mandato quadriennale. A livello di *Land*, invece, *ex sez.* 72 DRiG, i suoi membri sono eletti, con voto diretto e segreto, dai magistrati del *Land* nel loro seno.

I *Präsidialräte* sono composti dal presidente del tribunale, che lo presiede, e da giudici (in un numero compreso tra quattro e dodici, dipende dal *Land*), di cui almeno la metà deve essere eletta nel suo seno (*sez.* 74, c. 2 DRiG). Tali consigli sono istituiti a livello statale, presso ciascun tribunale, (*sez.* 74, c. 1 DRiG) e federale, in quest'ultimo caso uno per ciascun tribunale supremo. Per quel che concerne il livello del *Bund*, esso è composto dal presidente del tribunale, dal vicepresidente, da un membro eletto nell'ambito dell'Ufficio di presidenza e da altri due membri (*sez.* 54 e 74 DRiG), per un mandato quadriennale. Per quel che concerne invece il livello statale, si segnala che l'influenza che questi consigli possono realmente esercitare sulla procedura di promozione di un giudice varia sensibilmente da *Land* a *Land*, con una influenza più significativa nel Baden-Württemberg¹⁵.

Maggior rilievo in termini di autogoverno dell'ordinamento giudiziario assume senza dubbio il *Richterdienstgericht* (Tribunale federale per gli affari disciplinari istituito presso il *Bundesgerichtshof* e disciplinato alle *sez.* 61-68 DRiG) e i suoi omologhi statali (la cui disciplina è alle *sez.* 77-84 DRiG), i veri guardiani dell'indipendenza della magistratura (*sez.* 26, c. 3 DRiG). A livello federale, esso è presieduto dal presidente del BGH, da due membri permanenti (selezionati, all'interno nei propri membri per un mandato di cinque anni, dal *Präsidium* del BGH) e da due non permanenti, che devono essere magistrati di professione appartenenti allo stesso ordine di giurisdizione del magistrato sottoposto a procedimento ovvero del magistrato che vi si è rivolto lamentando una violazione della propria indipendenza. Essi sono infatti competenti per gli affari interni della magistratura, per le procedure disciplinari nei confronti dei magistrati federali/statali e per l'esame dei ricorsi relativi al ruolo, alle nomine, ai trasferimenti, ai congedi/pensionamenti per incapacità di servizio, alla destituzione dei giudici (*sez.* 62 DRiG). Tribunali omologhi sono istituiti presso i *Länder*, le cui decisioni sono impugnabili dinnanzi a un senato speciale istituito presso la più alta corte statale e al *Richterdienstgericht* federale (*sez.* 62, c. 2 e *sez.* 79, c. 1 DRiG) e la cui composizione, *mutatis mutandis*, è analoga a quella dell'omologo federale. In sostanza, accanto alla materia disciplinare i *Richterdienstgerichte* sono competenti a decidere, sia a livello federale che statale, in merito a qualunque provvedimento che possa ledere l'indipendenza del giudice

¹⁵ F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, cit., 1934.

sia nei confronti di atti di controllo gerarchico che di qualunque altra situazione che ne possa appunto minare l'indipendenza.

4. Il regime delle responsabilità disciplinare

Di particolare rilievo è la responsabilità disciplinare, regolata, sia per i magistrati che per i pubblici ministeri, dalla DRiG, la quale rinvia, alla sez. 63, c. 1, alla disciplina procedurale prevista dalla BDG (e questo per quanto, come richiamato *supra*, i magistrati non siano equiparabili *in toto* ai funzionari pubblici). Analoghe disposizioni sono poi previste a livello di ciascun *Bundesland* per i magistrati statali. La funzione di vigilanza (*Dienstaufsicht*) risponde a un sistema di autodisciplina in base al quale la responsabilità disciplinare rientra nella competenza di ciascun tribunale (l'iniziativa è attribuita al superiore gerarchico), escludendo, fatto salvo per i reati più gravi (iniziativa ministeriale), l'intervento del potere esecutivo. Più precisamente, al superiore gerarchico (il presidente del tribunale) spetta la valutazione sul rendimento e sulla capacità professionale del magistrato (sulla cui base sono poi valutate le eventuali promozioni) e una più generale sorveglianza sull'attività svolta in conformità agli obblighi di servizio. La sez. 26, c. 1 DRiG precisa comunque come detta *Dienstaufsicht* non debba in alcun modo essere pregiudizievole all'indipendenza del magistrato. La medesima sezione, al c. 2, prevede come l'attività di sorveglianza includa anche la possibilità di censurare modalità irregolari di esercizio della propria funzione così come di esortarne l'esercizio in maniera più consona e puntuale. Nel quadro dell'attività di sorveglianza, le sanzioni disciplinari più lievi sono comminate secondo una procedura interna, mentre i casi più gravi rientrano nella competenza del *Richterdienstgericht* federale. Nel caso in cui un magistrato consideri che un provvedimento disciplinare di cui è stato oggetto sia pregiudizievole della sua indipendenza, è ammesso il ricorso al tribunale (sez. 26, c. 3 DRiG). Essendo i magistrati dei funzionari pubblici, essi sono sottoposti ai medesimi doveri generali, *ex* BBG (*allgemeine Pflichten*), cui se ne aggiungono però alcuni particolari (*besondere Pflichten*) propri della categoria e pertanto strettamente connessi alla funzione. Specifica infatti la sez. 38, c. 1 DRiG come il magistrato, in sede di giuramento, pubblicamente si impegni a esercitare le proprie funzioni conformemente alla GG e alla legge, secondo scienza e coscienza, senza riguardo alla classe sociale della persona, col solo obiettivo di servire verità e giustizia (*Richtereid*). Per quanto concerne invece i doveri generali che spettano ai funzionari pubblici sono da applicarsi le disposizioni della BBG. La sez. 60 BBG, dedicata ai doveri fondamentali (*Grundpflichten*) sottolinea come, essendo i dipendenti pubblici i servitori dell'intero popolo e non di un partito, sia richiesta loro moderazione e riservatezza nello svolgimento della attività politica. La sez. 39 DRiG va peraltro a completare questa disposizione della BBG, precisando come il magistrato, anche al di fuori dello svolgimento della propria funzione e anche in relazione alla propria attività politica, debba sempre agire con moderazione, al fine di evitare l'insorgere di dubbi circa la propria indipendenza.

Se ne deduce, pertanto, che la responsabilità disciplinare può essere integrata da comportamenti non consoni rispetto ai doveri non strettamente legati all'esercizio della funzione, ma anche, più semplicemente, alla sfera privata. Proprio alla luce della necessità di non minare l'indipendenza, la sez. 40 DRiG regola il cumulo di funzioni. Viene infatti specificato come il magistrato possa assumere incarichi arbitrali ovvero fornire la propria opinione di esperto in un procedimento arbitrale solo qualora le parti del contratto arbitrale lo incarichino congiuntamente ovvero qualora egli sia nominato da un soggetto imparziale, in quanto non parte coinvolta nel procedimento. Non diversamente la sez. 41 DRiG che vieta espressamente l'attività remunerata di perito o consulente legale al di fuori dell'attività di servizio a meno, fatto salvo il caso in cui il magistrato svolga già anche l'attività di docente di diritto o di scienze politiche; anche in questa ipotesi viene comunque esercitato un controllo che si sostanzia nell'obbligo di autorizzazione da parte dell'autorità gerarchicamente superiore incaricata dell'amministrazione del tribunale. Tornando ai doveri generali, accanto al summenzionato dovere di imparzialità e di agire per il bene del popolo tedesco (sez. 60 BBG), pare opportuno menzionare il dovere di dedicarsi alla propria professione con il massimo impegno personale e di mantenere un comportamento professionale (sez. 61 BBG) e il dovere di consigliare, supportare ed obbedire ai propri superiori così come di rispettare la gerarchia (sez. 62 BBG). È anche fatto divieto al magistrato, anche dopo la conclusione del proprio rapporto lavorativo, di accettare doni ovvero compensi da connettersi al proprio ufficio (sez. 71 BBG).

Qualora il magistrato violi uno dei doveri generali, sia con un'azione che con un'omissione, anche al di fuori dello svolgimento delle proprie funzioni, viene integrata la fattispecie dell'illecito disciplinare (*Dienstvergehen*). Deve però precisarsi che l'azione ovvero l'omissione commessa al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni sono sanzionabili solo nella misura in cui sia atta a compromettere la fiducia nella e la reputazione della struttura cui il magistrato appartiene (sez. 77, c. 1 BBG). Non rileva dunque, ai fini della legge, che la violazione dei doveri sia stata premeditata ovvero da imputarsi a negligenza (sez. 75, c. 1 BBG). Per quanto concerne il procedimento disciplinare (*Disziplinarverfahren*), esso è disciplinato ex BDG e le disposizioni più rilevanti sono quelle in merito all'avvio (sez. 17 e 18 BDG), alla partecipazione del magistrato (sez. 20 BDG) e infine ai principali momenti della procedura stessa (sez. 21, 33 e 34 BDG). Secondo quanto previsto alla sez. 17, c. 1 BDG, il superiore gerarchico, qualora sia in possesso di elementi che integrino una possibile violazione dei doveri d'ufficio, è tenuto ad avviare il procedimento. L'avvio del procedimento può essere anche in capo al magistrato stesso, ex sez. 18, c. 1 BDG, qualora egli miri a dissipare un sospetto di condotta illecita che gravi nei suoi confronti. Il magistrato deve ricevere immediata notifica dell'avvio del procedimento ed egli potrà quindi decidere di depositare dichiarazioni in forma scritta od orale ovvero di non intervenire ovvero di farsi rappresentare da un procuratore legale o da un delegato (sez. 20, c. 1 BDG). Una volta avviato il procedimento disciplinare, il superiore gerarchico deve procedere ad accertare le

circostanze al fine di valutare l'entità della violazione dei doveri d'ufficio e la tipologia del procedimento disciplinare da adottarsi (sez. 21 BDG). Qualora l'infrazione risulti di lieve entità, il superiore gerarchico adotta un provvedimento disciplinare (*Disziplinarverfügung*, ex sez. 33 BDG) al termine di un procedimento non formale (*behördliches Verfahren*), provvedimento contro cui il magistrato che ne è oggetto può ricorrere dinnanzi al *Richterdienstgericht*. Qualora invece l'infrazione sia di grave entità, il superiore gerarchico si rivolge al *Richterdienstgericht*, presentando formale denuncia (*Disziplinarklage*, ex sez. 34 BDG), e avviando così di un procedimento giudiziale (*gerichtliches Verfahren*) che sarà deciso dal *Richterdienstgericht* stesso. Infine, per quel che concerne le sanzioni che possono essere comminate ai magistrati, esso sono, ex sez. 63 e 64 DRiG, la sospensione temporanea dal servizio (*vorläufige Dienstenthebung*), la decurtazione dello stipendio (*Einbehaltung von Bezügen*) e l'ammonimento o richiamo (*Verweis*).

Da ultimo, per quanto la disposizione non abbia alcuna reale rilevanza, ma debba essere invece letta retrospettivamente all'esperienza del giudiziario del Terzo Reich, si deve richiamare l'art. 98, c. 2 GG, secondo il quale un giudice federale che abbia violato, sia nell'esercizio delle proprie funzioni che al di fuori dello stesso, i principi sanciti nella GG ovvero quelli dell'ordinamento costituzionale di un *Land*, può essere posto in stato d'accusa. Più precisamente, su richiesta del *Bundestag* e a maggioranza dei 2/3, il BVerfG può ordinare che il giudice sia trasferito ad altro ufficio ovvero sia collocato a riposo ovvero, in caso di violazione premeditata, destituito¹⁶.

5. Formazione e procedimento di selezione

Un altro tassello di fondamentale importanza data la ricaduta sull'indipendenza dei giudici è la procedura di nomina, a livello federale e statale¹⁷. Questo soprattutto poiché, stante quelle disposizioni costituzionali e legislative - DRiG in particolare - volte a garantire l'indipendenza del giudice, questi rimane comunque inserito nel sistema della responsabilità parlamentare e ministeriale, e proprio in virtù della procedura di selezione. L'interazione delle fonti porta dunque a escludere la sussistenza di una responsabilità politica dei magistrati.

Per quel che concerne il *Bund*, l'art. 95, c. 2 GG dispone che in merito alla nomina dei giudici dei tribunali federali supremi decide il ministro federale competente per la materia corrispondente (in via tendenziale il Ministro della giustizia ovvero del lavoro) di concerto con una commissione per l'elezione dei giudici (*Richterwahlausschuss*), composta dai sedici ministri dei *Länder* competenti per la stessa materia e da un ugual numero (pertanto sedici) di membri eletti dal *Bundestag*. Alla commissione è richiesto di pronunciarsi sulle proposte formulate

¹⁶ Disposizione analoga può rintracciarsi anche nelle Costituzioni dei *Bundesländer*.

¹⁷ Si v. D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (cur.), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 251-266. Per quanto non recente, si v. anche D.S. Clark, *The Selection and Accountability of Judges in West Germany: Implementation of a Rechtsstaat*, in 61 *Southern California Law Review* 6, 1988, 1795-1848.

dal ministro. Nessun requisito particolare, quale avrebbe potuto essere la competenza in materia, è richiesto per i membri eletti dalla Camera bassa, per quanto comunque la prassi si sia orientata verso la selezione di parlamentari e mai di giudici, in controtendenza rispetto a quanto avviene invece a livello statale, in cui analoghe *Richterwahlausschüsse* sono istituite *ex art.* 98, c. 4 GG, dove la preferenza va proprio ai giudici. È opportuno sottolineare come la disposizione costituzionale da applicarsi ai *Länder* lasci loro la facoltà di optare o meno per l'istituzione delle *Richterwahlausschüsse*, scelta per cui hanno optato nove *Länder* su sedici¹⁸. Come poc'anzi rilevato, solitamente le *Richterwahlausschüsse* statali sono composte da giudici, preventivamente designati dai colleghi e poi formalmente eletti dai rispettivi Parlamenti statali. Negli altri *Länder* il reclutamento è invece demandato al presidente dell'*Oberlandesgericht*.

Una fase propedeutica a quella della nomina, che riveste anch'essa una importanza significativa, in quanto ha un impatto anche sull'inquadramento del giudice e il suo rapporto con lo Stato, è quella della formazione e dell'ingresso in magistratura¹⁹. Il procedimento può essere brevemente riassunto in tre fasi: un primo esame di Stato, organizzato a livello statale e da sostenersi nel periodo immediatamente successivo alla laurea, il cui superamento porta alla qualifica di *referendar*; un successivo tirocinio biennale; infine un secondo esame di Stato per accedere a una delle professioni legali e la cui graduatoria è la base per la nomina a magistrato da parte del potere esecutivo. Deve sottolinearsi come in Germania viga il modello della separazione delle carriere. In questo quadro di separazione, il pubblico ministero, di nomina ministeriale (a livello sia di *Bund* che di *Land*), è inquadrato come dipendente pubblico gerarchicamente subordinato proprio al ministero²⁰, e pertanto risulta escluso dalla protezione costituzionale dell'indipendenza della magistratura (si rimanda alla disciplina *ex sez.* 141-125 GVG). Tuttavia, detto modello gerarchico non va a minare l'indipendenza interna dei pubblici ministeri in ragione sia dell'assenza di una previsione in virtù della quale il pubblico ministero federale possa impartire direttive agli omologhi statali²¹, sia di un significativo *self-restraint* delle autorità politiche, la quali dunque ne rispettano l'autonomia nella fase di indagine e, laddove necessario, ricorrono a direttive di tipo tecnico, non pregiudicando così il principio di legalità²².

¹⁸ Amburgo, Assia, Baden-Württemberg, Berlino, Brandeburgo, Brema, Renania-Palatinato, Schleswig-Holstein e Turingia.

¹⁹ Si v. M. Volpi, *L'ordinamento giudiziario in prospettiva comparata*, cit., 118 e A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 464-471.

²⁰ BVerfGE 32, 199 (specialmente p. 216-217) e BVerfGE 103, 142 (specialmente 151-154).

²¹ Questo anche al netto dell'art. 96, c. 5 GG che, nella materie lì espressamente elencate, prevede la soggezione del pubblico ministero statale a quello federale.

²² Più nel dettaglio, si v. M. Volpi, *L'ordinamento giudiziario in prospettiva comparata*, cit., 104.

6. Conclusioni

Sin dagli anni cinquanta è piuttosto vivo il dibattito in Germania sull'autogoverno della magistratura e, più in generale, sulla sua indipendenza e autonomia e dunque, per esteso, sulla opportunità di introdurre un organo di autogoverno²³. Indubbiamente, l'alta qualità della performance del giudiziario tedesco, così come la fiducia che l'opinione pubblica nutre nei suoi confronti, sembra non rendere necessaria alcuna riforma²⁴. Ciononostante, è opportuno svolgere alcune riflessioni conclusive in merito a due punti principali: l'idoneità del modello qui sinteticamente delineato a garantire l'indipendenza e l'autonomia della magistratura e la reale possibilità di una riforma del modello di governo della magistratura e dunque sulla sua eventuale compatibilità con il quadro dei principi fondamentali dell'ordinamento posti dalla GG.

Una parte consistente della dottrina tedesca sottolinea come minacce all'indipendenza e autonomia del potere giudiziario non provengano dagli altri poteri dello Stato né, più in generale, dalla politica²⁵. Al contrario, viene osservato come la minaccia sia endogena, e non esogena, e si sostanzia nella procedura di avanzamento di carriera, la cui gestione è nelle mani dei magistrati stessi per cui l'esistenza di un organo di autogoverno non porterebbe necessariamente alcun valore aggiunto. È inoltre importante rilevare come le funzioni di controllo e supervisione esercitate dal legislativo e soprattutto dall'esecutivo siano condotte in maniera piuttosto discreta - come dimostrato dal limitatissimo ricorso a procedure sanzionatorie, se non in casi straordinari - e il loro esercizio si sia progressivamente adattato alle nuove esigenze di indipendenza del giudiziario²⁶. Sicuramente il grande impegno dimostrato da tutti i poteri dello Stato nella difesa dello Stato di diritto si è rivelata una delle garanzie maggiormente rilevanti nei confronti dell'indipendenza del potere giudiziario.

Relativamente al secondo punto, quello cioè della fattibilità di una riforma del modello, due sembrano essere gli ostacoli sotto il profilo giuridico a una possibile riforma a favore del modello italo-francese di autogoverno della magistratura: il principio democratico *ex art. 20, c. 2 GG*, secondo cui tutto il potere dello Stato emana dal popolo e deve quindi essere responsabile dinnanzi ad esso, e quello della separazione dei poteri *ex art. 1, c. 3 e art. 20, c. 2 e 3 GG*. Per quel che concerne il modello di legittimazione democratica accolto dall'ordinamento tedesco esso si sostanzia in una legittimazione tripartita: la

²³ Si rimanda nuovamente a F. Wittreck, *German Judicial Self-Government-Institutions and Constraints*, cit., 1944-1947.

²⁴ C. Frank, *Judicial Self-governance: A Role Model for Germany*, in P.-A. Albrecht, J. Thomas (eds.), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe! International Recommendations for an Independent Judicial Power*, Berlin-Cambridge, 2009, 97-102.

²⁵ A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 473. L. Jünemann, *Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung – Ein Beitrag aus deutscher Sicht*, in T. Stadelmann, S. Gass, R. McCombe (Hrsg.), *Richterliche Unabhängigkeit und Leistungsbeurteilung*, Zürich-St. Gallen, 2015, 55-68.

²⁶ A. Seibert-Fohr, *Judicial Independence in Germany*, cit., 516.

legittimazione funzionale di un potere è garantita dalla menzione nella Carta fondamentale (cosa che avviene per il giudiziario all'art. 92, 93 e 95, c. 1 GG); quella personale risiede in una procedura di selezione riconducibile, in ultima istanza, al Parlamento; e infine quella materiale, la soggezione cioè di ogni giudice alla legge (art. 91 GG). Per quel che qui interessa, è certamente la legittimazione personale che osta all'istituzione di un organo di autogoverno, in quanto esso verrebbe a porre in essere una procedura di selezione da cui il *Bundestag* sarebbe completamente escluso. Il principio democratico così interpretato chiama direttamente in questione il principio della separazione dei poteri. Ora, l'ordinamento tedesco accoglie la c.d. *Gewaltenverschränkung*, un sistema cioè di controlli e bilanciamenti reciproci. Come dunque il BVerfG controlla la legittimità delle leggi approvate dal *Bundestag*, quest'ultimo si occupa della selezione dei suoi membri e della produzione del quadro normativo di riferimento. Parimenti, la selezione dei giudici da parte dell'esecutivo controbilancia la *judicial review* che questi ultimi esercitano nei confronti dell'esecutivo. Deve inoltre rilevarsi come né le decisioni relative allo *status* dei magistrati né quelle relative al *budget* del giudiziario sono percepite come rientranti propriamente nella funzione giurisdizionale e, conseguentemente, non sono assegnate in via esclusiva al potere giudiziario ma, in larga misura, a quello esecutivo. Continuando con questa linea di ragionamento, le questioni di natura prettamente amministrativa non esigono l'indipendenza del giudiziario; tutt'al più, come rilevato *supra* specialmente nella procedura di nomina, al giudiziario spetta una funzione di natura consultiva. Ne consegue che un giudiziario indipendente, *rectius*, svincolato dal principio della responsabilità democratica, è difficilmente ipotizzabile in questo quadro.

Per concludere, per quanto, nonostante la *Ewigheitsklausel ex art. 79, c. 3 GG*, il BVerfG non abbia escluso a priori la possibilità di emendare il modello di legittimazione democratica²⁷, questa ipotesi rimane, almeno per il momento, alquanto improbabile.

Elisa Bertolini

Dipartimento di Studi giuridici "A. Straffa"
Università Commerciale Luigi Bocconi – Milano
elisa.bertolini@unibocconi.it

²⁷ Esemplificativamente, si v. BVerfGE 93, 37 e BVerfGE 107, 59.