

Centro di ricerca coordinato

Studi sulla Giustizia

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano



L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA OGGI

a cura di

NICOLÒ ZANON E FRANCESCA BIONDI



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

REGOLAMENTO DEL CENTRO DI RICERCA COORDINATO STUDI SULLA GIUSTIZIA

Art. 2 - Finalità e scopi

Il Centro ha lo scopo di promuovere studi e ricerche sulla giustizia (costituzionale, civile, ecclesiastica, penale, amministrativa, internazionale), nelle sue varie dimensioni e proiezioni relative all'ordinamento, alle regole processuali, al funzionamento: sia in prospettiva storica, economica, filosofica e sociologica, sia nell'analisi critica della normativa della dottrina e della giurisprudenza nazionale e internazionale in Italia, nell'Unione Europea e nei singoli Paesi interni ed esterni all'Unione, sia infine nell'elaborazione di proposte di riforma.

In copertina:

Incisione, raffigurante il Palazzo dei Giureconsulti a Milano, tratta da
*Constitutiones domini mediolanensis decretis et senatusconsultis
nunc primum illustratae curante comite Gabriele Verro mediolanensi patricio...*, Mediolani 1747

IN QUESTA COLLANA:

1. BRUNO NASCIMBENE (a cura di) – *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano 2003.
2. VALERIO ONIDA (a cura di) – *Viva vox constitutionis*, Milano 2003.
3. MARCO ANTONIOLI – *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004.
4. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) – *Viva vox constitutionis*, Milano 2004.
5. LUCA BERTONAZZI – *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano 2005.
6. PAOLO BERTOLI – *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano 2005.
7. FRANCESCA BIONDI – *La responsabilità del magistrato*, Milano 2006.
8. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) – *Viva vox constitutionis*, Milano 2005.
9. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) – *Viva vox constitutionis*, Milano 2006.
10. FRANCESCO GOISIS – *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano 2007.
11. MARIO PISANI – *Grazia e giustizia*, Milano 2007.
12. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) – *Viva vox constitutionis*, Milano 2007.
13. CECILIA SANNA – *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano 2008.
14. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) – *Viva vox constitutionis*, Milano 2008.
15. TITINA MARIA PEZZANI – *Il regime convenzionale delle prove*, Milano 2009.
16. ELENA ZANETTI – *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano 2009.
17. CHIARA SPACCAPELO – *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano 2009.
18. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) – *Viva vox constitutionis*, Milano 2009.

19. NICOLÒ ZANON - GIGLIOLA DI RENZO VILLATA - FRANCESCA BIONDI (a cura di) – *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini, Milano 2012.
20. CHIARA RAGNI – *I tribunali penali internazionalizzati*. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile, Milano 2012.
21. LUCIO IMBERTI – *Il socio lavoratore di cooperativa*. Disciplina giuridica ed evidenze empiriche, Milano 2012.
22. GIUSEPPE LUDOVICO – *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano 2012.
23. MARCO ETTORE GRASSO – *Lineamenti di etica e diritto della sostenibilità*, Milano 2015.
24. ZENO CRESPI REGHIZZI – *L'intervento «come non parte» nel processo davanti alla Corte internazionale di giustizia*, Milano 2017.
25. IRENE PELLIZZONE (a cura di) – *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*. Problematiche attuali, Milano 2017.
26. LUIGI CREMA – *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Milano 2017.
27. MARILISA D'AMICO - STEFANIA LEONE (a cura di) – *La donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano 2017.
28. CHIARA AMALFITANO - MASSIMO CONDINANZI (a cura di) – *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano 2018.
29. STEFANO MARIA CORSO – *Lavoro e processo penale*. La tutela del lavoro nel e dal processo, Milano 2018.
30. LEONARDO BORLINI – *Il consiglio di sicurezza e gli individui*, Milano 2018.
31. NICOLÒ ZANON - GIADA RAGONE (edited by) – *The dissenting opinion*. Selected essays, Milano 2019.
32. MARINA BENEDETTI - ANGELA SANTANGELO CORDANI - ALESSANDRA BASSANI (a cura di) – *Tra storia e diritto. Giustizia laica e giustizia ecclesiastica dal medioevo all'età moderna*, Milano 2019.
33. ANGELO CASTAGNOLA - LUIGI FUMAGALLI - ROBERTO SACCHI - LAURA SALVANESCHI - MARCO SICA (a cura di) – *Arbitrato e impresa*, Milano 2019.
34. LORENZO GAGLIARDI E DAVID KREMER (a cura di) – *Cittadinanza e nazione nella storia europea*. Atti del convegno - Università degli Studi di Milano, 28-29 maggio 2018 – *Citoyenneté et nation dans l'histoire européenne*. Actes du colloque - Université de Milan, 28-29 mai 2019, Milano 2020.

35. CHIARA RAGNI – *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano 2020.
36. STEFANO SILINGARDI – *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano 2020.
37. ANGELA SANTANGELO CORDANI - GIOVANNI ZICCARDI (a cura di) – *Tra odio e (dis)amore. Violenza di genere e violenza sui minori dalla prospettiva storica all'era digitale*, Milano 2020.
38. NICOLÒ ZANON - FRANCESCA BIONDI (a cura di) – *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano 2020.

Centro di ricerca coordinato

Studi sulla Giustizia

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano

38

L'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA OGGI

a cura di

NICOLÒ ZANON E FRANCESCA BIONDI



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ISBN 9788828825807

Il presente volume è stato realizzato con il contributo
del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2020
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

INDICE

Nicolò Zanon, Francesca Biondi <i>Introduzione</i>	1
Michele Vietti <i>Consiglio superiore della magistratura e conferimento degli incarichi direttivi</i> .	7
Rosanna De Nictolis <i>Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del C.S.M.</i>	19
Bruno Tonoletti <i>Indipendenza della magistratura e sindacato del giudice amministrativo sul conferimento degli incarichi direttivi da parte del C.S.M.</i>	67
Ernesto Lupo <i>La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice</i>	97
Aniello Nappi <i>L'interpretazione tra nomofilachia e indipendenza</i>	133
Oreste Dominioni <i>L'ufficio del pubblico ministero. Obbligatorietà dell'azione penale e efficienza giudiziaria</i>	143
Piero Gaeta <i>L'organizzazione degli uffici di procura: note sull'evoluzione dell'indipendenza 'interna' del pubblico ministero</i>	165
Luciano Ciafardini <i>Organizzazione degli uffici giudicanti e indipendenza funzionale del giudice</i> . .	207
Giorgio Lattanzi <i>Conclusioni</i>	229

GLI AUTORI

LUCIANO CIAFARDINI

Magistrato ordinario, assistente di studio presso la Corte costituzionale

ROSANNA DE NICTOLIS

Consigliere di Stato e Presidente del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

ORESTE DOMINIONI

Già Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano

PIERO GAETA

Avvocato generale della Corte di cassazione

GIORGIO LATTANZI

Presidente emerito della Corte costituzionale

ERNESTO LUPO

Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione

ANIELLO NAPPI

Già consigliere della Corte di cassazione e componente del Consiglio Superiore della Magistratura

BRUNO TONOLETTI

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Pavia

MICHELE VIETTI

Avvocato e già Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura

I CURATORI

NICOLÒ ZANON

Giudice della Corte costituzionale e Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano

FRANCESCA BIONDI

Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano

INTRODUZIONE

Nicolò Zanon, Francesca Biondi

Questo volume raccoglie gli atti del seminario svoltosi il 9 novembre 2019 presso l'Università degli Studi di Milano nell'ambito delle iniziative scientifiche del Centro di ricerca coordinata *Studi sulla Giustizia*. Già nel 2011 il Centro di ricerca aveva organizzato una iniziativa dedicata a temi di ordinamento giudiziario e questa Collana ne aveva ospitato i risultati. Quella che oggi presentiamo costituisce dunque, idealmente, la seconda tappa di un percorso scientifico iniziato ormai diversi anni fa.

Anche allora, l'idea di mettere intorno ad un tavolo studiosi, magistrati e componenti del Consiglio Superiore della Magistratura era nata all'esito del lavoro di aggiornamento de *Il sistema costituzionale della magistratura*, ora giunto alla quinta edizione. In effetti, quando si rivede un testo che affronta un tema nella sua interezza, non ci si può non avvedere di quali siano i profili che, in quel determinato momento, meritano maggiore approfondimento e attenzione.

Nel 2011, a cinque anni dalla riforma originata dall'approvazione della legge delega n. 150 del 2015, era parso utile verificare se le novità introdotte avessero finalmente contribuito — come era nelle intenzioni del legislatore — a rendere il sistema giudiziario più efficiente, più “al servizio dei cittadini”.

Lo scorso anno, invece, si è avuta l'impressione che quella riforma, come attuata e applicata nel tempo, avesse in realtà — di contro alle intenzioni — contribuito ad esasperare alcuni problemi, già ampiamente noti, del sistema di governo autonomo della magistratura: primo fra tutti, il ruolo distorto delle associa-

zioni di magistrati (delle “correnti”!) che, attraverso l’elezione dei componenti togati, sono rappresentate nel *plenum* del C.S.M. Gli eventi, ben noti, degli ultimi tempi hanno purtroppo confermato l’impressione, anche al di là delle peggiori previsioni: aggiungendo semmai al quadro dei problemi indotti dalle norme, un desolante spaccato sociologico, fatto di gravi carenze deontologiche e inadeguatezze culturali.

In ogni caso, per restare al terreno che qui interessa, gli studiosi dell’ordinamento giudiziario hanno ben compreso che, negli ultimi anni, le contrapposizioni interne al Consiglio superiore sono state favorite (appunto, ben al di là delle intenzioni) da una disciplina che — superando il criterio dell’anzianità — ha ampliato la discrezionalità del C.S.M. nella gestione della carriera dei magistrati e, in particolare, nel conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi. La temporaneità di tali incarichi, cui non fa seguito un periodo “di raffreddamento”, spinge poi, spesso, colui che cessa da un incarico a ricercarne subito un altro, innescando una “logica competitiva” di ampia portata, nel cui ambito si distinguono particolarmente i magistrati *requirenti*.

Come sappiamo, la Costituzione non esclude l’esistenza di una “carriera” dei magistrati, purché essa non comporti l’instaurazione di vincoli gerarchici (art. 107, terzo comma, Cost.).

Quel che non dovrebbe accadere, da un lato, è il crearsi di un gruppo di magistrati in perenne corsa per incarichi sempre diversi e sempre più prestigiosi e, dall’altro, il consolidarsi, a questo scopo, di prassi non commendevoli che tale gruppo coinvolgano insieme ai gruppi associativi di riferimento e, in ultimo, al C.S.M.

In definitiva — ed è questo l’aspetto che qui soprattutto interessa — è necessario evitare che l’indipendenza interna dei magistrati sia messa a rischio dall’uso che lo stesso C.S.M. può fare dei propri poteri di governo di questa malintesa carriera.

Così, la prima “sfida” che abbiamo ritenuto di rivolgere ai relatori è stata quella di chiedere loro una riflessione sul modo in cui il C.S.M. ha fatto uso della maggiore discrezionalità nella gestione della carriera, come regolata dalla l. n. 150 del 2005 e dal d.lgs. n. 160 del 2006, e, in particolare, nel conferimento degli incarichi (si legga la relazione di Michele Vietti).

Inoltre, abbiamo giudicato utile approfondire il rapporto tra l'autonomia del C.S.M. e il sindacato giudiziario sui provvedimenti consiliari. Infatti, anche se il C.S.M., esercitando il suo potere "normativo", ha cercato di fissare criteri oggettivi di valutazione, l'impiego di questa maggiore discrezionalità ha incentivato il fenomeno delle impugnazioni delle delibere di nomina di fronte al giudice amministrativo, che non di rado accoglie i ricorsi dei candidati non vincitori, obbligando il C.S.M. a effettuare una nuova valutazione. In casi estremi, come noto, il giudice amministrativo giunge addirittura a sostituirsi al Consiglio. Tutto questo ci ha indotto a sollecitare una riflessione sull'intensità del sindacato giudiziario. Infatti, se da un lato va garantito ai singoli magistrati il diritto di agire in giudizio, dall'altro vi è il rischio che l'autonomia decisionale del Consiglio risulti compressa (in tema, cfr. i saggi di Rosanna De Nictolis e Bruno Tonoletti).

In questo procedimento, che inizia nelle commissioni e termina nel *plenum*, ma — come detto — spesso è messo in discussione di fronte al giudice amministrativo, l'organo che rimane, ingiustificatamente, del tutto nell'ombra è il Ministro della Giustizia. A differenza di quanto avvenuto in passato (ne sono testimonianza gli interventi della Corte costituzionale: sentenze n. 379 del 1992 e n. 380 del 2003), negli ultimi anni il Ministro, che pure, e del tutto legittimamente, avrebbe in materia interessi istituzionali e costituzionali da curare, non risulta né essere significativamente intervenuto nelle decisioni consiliari, né essersi contrapposto ad esse. Ciò è indizio e sintomo di diversi fenomeni patologici: il ritrarsi della politica, financo dalle scelte che pure la Costituzione stessa le attribuisce; l'autoreferenzialità disordinata dell'ordine giudiziario, abbandonata a sé stessa; infine, la circostanza che il modo in cui la "carriera" del magistrato viene oggi a dipanarsi — nella realtà delle cose derivante dalla particolare applicazione delle regole vigenti — mette in evidenza rischi di lesione dell'indipendenza "interna", non già di quella "esterna".

La seconda parte del volume è, invece, dedicata all'indipendenza "funzionale", intesa come garanzia che il magistrato, nell'esercizio in concreto della funzione giudiziaria, non subisca interferenze di alcun genere, diverse dal vincolo alla legge cui è soggetto.

Da questo punto di vista, negli ultimi anni, gli istituti volti ad assicurare che la potestà decisionale non sia condizionata da interferenze, dirette o indirette, da poteri “esterni” all’ordine giudiziario hanno dato buona prova di sé.

Sia qui sufficiente menzionare, per quanto riguarda l’indipendenza degli uffici di procura, la sentenza della Corte costituzionale n. 229 del 2018, con cui è stato risolto il conflitto di attribuzione tra poteri promosso da un Procuratore della Repubblica nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione ad una disposizione di rango primario che imponeva ai vertici delle Forze di polizia di adottare « apposite istruzioni », affinché i « responsabili di ciascun presidio di polizia interessato » trasmettessero alla « propria scala gerarchica le notizie relative all’inoltro delle informative di reato all’autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale ».

Quanto alla funzione giudicante, merita invece di essere ricordata la più recente giurisprudenza in tema di leggi retroattive e di interpretazione autentica, in cui la Corte accerta la lesione della funzione giudiziaria da parte del legislatore (si vedano, in particolare, le sentenze n. 12 del 2018 e n. 174 del 2019), oltre alle ormai numerose decisioni con cui vengono eliminati automatismi legislativi che impediscono al giudice di calibrare la propria decisione sulle peculiarità del caso concreto.

Ciò che — a nostro avviso — merita ora maggiore approfondimento sono invece, lo si ribadisce ancora una volta, le questioni che attengono all’indipendenza “interna” del magistrato.

Per quanto riguarda, in particolare, la funzione giudicante, due sono i temi qui affrontati.

In primo luogo, è noto che ciascun giudice è titolare, al pari di tutti i suoi colleghi, della funzione giurisdizionale; anche la decisione della Corte di cassazione è vincolante solo per il giudice cui la causa sia rinviata, restando gli altri liberi di discostarsene. La crescente complessità del sistema delle fonti rende però sempre più importante la funzione nomofilattica del giudice di legittimità, sia per favorire una uniforme applicazione del diritto, necessaria ad assicurare l’eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, sia per garantire al massimo grado il valore della certezza del diritto. Il

legislatore, negli anni scorsi, ha innovato alcune disposizioni contenute nei codici di procedura civile e penale al fine di rendere più difficile al giudice del merito discostarsi dalla giurisprudenza di legittimità. La domanda è sorta allora spontanea: è riuscito il legislatore a favorire la certezza del diritto senza contrapporsi al principio, primario, di indipendenza funzionale del giudice? A questa domanda rispondono i saggi di Ernesto Lupo e Aniello Nappi.

In secondo luogo, in considerazione dell'accresciuto ruolo della dirigenza giudiziaria, abbiamo posto il quesito se il modo di organizzare gli uffici giudicanti sia in grado di "condizionare" l'esercizio della funzione giurisdizionale (al tema, è dedicato lo scritto di Luciano Ciafardini).

Per quanto concerne, infine, la funzione requirente, abbiamo ritenuto importante riprendere un tema divenuto ormai "classico" — quello dell'organizzazione degli uffici di procura — che da sempre vede contrapposto il principio dell'indipendenza "interna" del singolo magistrato alla necessità di prevedere modelli organizzativi idonei a rendere efficiente e coordinata l'azione degli uffici di procura. La più volte citata l. n. 150 del 2005 e il relativo d.lgs. n. 106 del 2006 hanno inciso profondamente sull'assetto di tali uffici, innescando, nel contempo, plurimi interventi "normativi" del C.S.M.: è stato raggiunto, o meno, un soddisfacente equilibrio? A questo interrogativo forniscono interessanti risposte, ciascuno dal proprio punto di vista, Piero Gaeta e Oreste Dionioni.

In definitiva, il presente volume raccoglie saggi che, a nostro avviso, contribuiscono a valutare se il principio di indipendenza dei magistrati sia attualmente saldo, pur al cospetto di norme e prassi nuove, volte a rispondere ad esigenze di sicuro rilievo costituzionale, quali la certezza del diritto, l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, l'efficienza del sistema giudiziario.

Si delineano all'orizzonte, ne siamo consapevoli, nuovi interventi riformatori, che incidono in vario modo sulla legge elettorale del C.S.M., sulla sua stessa composizione, sui suoi equilibri interni e sulle sue funzioni, in particolare sulle regole da seguire per la designazione dei magistrati agli uffici direttivi e semi-direttivi, come del resto aveva preconizzato il Presidente Giorgio Lattanzi, che

vogliamo particolarmente ringraziare per aver presieduto il Convegno e averne autorevolmente concluso i lavori.

Del resto, alla fine, sullo sfondo di tutte le questioni affrontate in questo volume, si staglia il problema principale: giuridico, certo, ma anche sociologico e culturale, e anche di costume e di deontologia istituzionale. Cioè, come *di fatto* si formi la volontà del Consiglio superiore, attraverso l'influenza determinante delle correnti associative dei magistrati. Come Lattanzi osserva, si tratta proprio del tema che ha interessato e ancora interessa le cronache più recenti e che sta appunto al centro delle possibili, future, riforme legislative.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA E CONFERIMENTO DEGLI INCARICHI DIRETTIVI

Michele Vietti

Magistrati si nasce o si diventa? Se vi sia una propensione naturale, una sorte di attitudine innata, o per lo meno sviluppata nei primi anni della propria formazione, a una professione che più di altre richiede (o richiederebbe) specifiche caratteristiche personali e finanche caratteriali, può essere l'argomento per un interessante dibattito tra psicologi o pedagogisti sull'orientamento motivazionale degli individui, ma è scarsamente rilevante ai fini del tema che mi è stato affidato. Per circoscrivere il campo d'indagine dunque, diciamo subito che magistrati non si nasce ma si diventa. Il che, per la verità, complica parecchio le cose. Ci pone, infatti, di fronte alla necessità di selezionare, formare, organizzare e valutare nel modo migliore delle persone destinate ad un lavoro estremamente importante, complesso e delicato: quello di decidere, in misura più o meno ampia, della vita e degli affari di altre persone.

Se la "creazione" dell'individuo adatto al ruolo rappresenta un compito strategico per qualsiasi contesto organizzativo — si pensi alla crescente importanza che viene data al capitale umano nelle realtà aziendali più all'avanguardia — non è difficile immaginare quanto lo possa essere per la magistratura, sia per i ruoli giudicanti che per quelli requirenti. L'apparato giudiziario altro non è, in fondo, che una grande organizzazione finalizzata all'erogazione di un servizio (la giustizia) a un utente (il cittadino). E come tutte le organizzazioni è fatta di persone, le cui attitudini, competenze e comportamenti hanno un peso determinante sull'efficienza e l'efficacia dell'organizzazione stessa e quindi sulla qualità dei risultati

prodotti. Quindi, non potendo contare, come in altri contesti, soltanto sulla provvidenziale emersione dei talenti naturali, cioè su una selezione attitudinale spontanea (ma le doti personali non sono affatto irrilevanti nella carriera giudiziaria), occorre porre la massima attenzione alle regole e ai processi che sovrintendono alle diverse fasi della vita professionale di un magistrato, ovvero a come viene selezionato e formato, sulla base di quali criteri viene valutato il suo operato, anche in vista di un possibile incarico direttivo all'interno dell'organizzazione. Tali regole e processi attualmente mostrano diversi limiti e incongruenze che non giovano né all'efficienza dell'ordinamento né all'immagine della magistratura. In un paese con un'accentuata (e spesso giustificata) tendenza a suddividere i protagonisti della vita istituzionale in "caste", evidenziandone i privilegi più che le responsabilità, si avverte la necessità di rafforzare la legittimazione degli appartenenti a tali consessi pubblici. Se la classe politica può cercare la sua legittimazione nei meccanismi del consenso elettorale — sebbene non sempre la trovi agli occhi dell'opinione pubblica, e non per nulla discute oggi di legge elettorale — per la magistratura, che non è eletta, è essenziale la valorizzazione del merito e della competenza, principale viatico per la sua peculiare investitura. Si potrebbe dire, anzi, che tra le due categorie esiste un processo di legittimazione inverso: da una parte, la politica "di professione", in tempi di sbandierata antipolitica, è nel pieno della sua crisi e, nella percezione diffusa dell'elettore, l'eletto è automaticamente proiettato in un mondo di prerogative e benefici ingiustificati: di casta, appunto. Dall'altra parte, invece, è proprio la professionalità, oltre all'equilibrio personale, a salvare da questo stigma il magistrato.

Nel pieno rispetto del principio che vuole il magistrato soggetto soltanto alla legge e distinto dagli altri magistrati soltanto per le funzioni, anche l'ordinamento giudiziario, come ogni organizzazione complessa, ha bisogno dei suoi "capi". Da questi ruoli, e dall'adeguatezza delle persone che li ricoprono, dipende in buona parte il funzionamento degli uffici e quindi l'efficienza e l'efficacia del servizio che erogano. Dal presidente della Corte di cassazione e dal procuratore generale presso la stessa Corte, passando per i presidenti di Corte d'appello e i relativi procuratori generali, fino ai

presidenti di Tribunale e ai procuratori della Repubblica presenti in ogni circoscrizione, non è improprio dire che gli incarichi direttivi in magistratura sono paragonabili — fatte salve le peculiarità della funzione e del contesto istituzionale — a quelli manageriali nelle organizzazioni aziendali. Queste figure infatti devono possedere, oltre ai requisiti fondamentali del magistrato, anche capacità organizzative, di programmazione, di supervisione e interazione con gli altri magistrati dell'ufficio e di valutazione degli stessi. Un compito impegnativo, la cui attribuzione non può più avvenire per automatismi — come si è capito da tempo — ma deve essere quanto più possibile frutto di una valutazione articolata e specifica. A vantaggio di tutto il sistema, cioè, è sempre più importante scegliere la persona giusta per il posto giusto.

Il ruolo direttivo è un cardine dell'organizzazione, di qualsiasi organizzazione. E ogni organizzazione presuppone un organizzatore. Più questi sarà all'altezza del suo compito, più l'intero sistema ne beneficerà. L'ordinamento giudiziario non sfugge a questa regola. Eppure è ancora diffusa la mentalità secondo cui per il corretto funzionamento della macchina della giustizia bastano dei buoni giuristi, non servono anche dei buoni manager; è sufficiente un'adeguata preparazione tecnico-professionale, non c'è bisogno di competenze organizzative e di *soft skills*. È una concezione confutata dai fatti. Basta rispondere a questa semplice domanda: perché, a parità di scopertura di organico, alcuni uffici funzionano meglio di altri? Dipende solo dalla bravura dei magistrati che li compongono — che dovrebbero quindi avere distribuzioni del tutto impari e statisticamente improbabili — o anche, e soprattutto, dalle capacità organizzative di chi li dirige? La risposta è ovvia. Ma c'è di più. Questa mentalità indebolisce, culturalmente e politicamente, l'autonomia della magistratura perché apre le porte all'idea che la macchina, per funzionare bene, debba essere etero-organizzata, cioè ci debba essere un soggetto esterno (il ministero o chi per esso) al quale demandare il suo funzionamento (e attribuire le colpe del malfunzionamento). I magistrati si occupino di far rispettare le leggi, decidere con quali metodi, mezzi e tempi è compito di altri o, in altra ipotesi, di nessuno (immaginando in questo caso una sorta di autoregolamentazione spontanea o di

anarchia produttiva, fate voi). È una deresponsabilizzazione anacronistica.

Quella che ora pare una convinzione condivisa a (quasi) tutti i livelli (cioè la scelta del capo per meriti) è, in verità, un'acquisizione relativamente recente per l'ordinamento giudiziario. L'assetto tradizionale della magistratura, sia prima che dopo la riforma Grandi del 1941 e fino a tempi decisamente più recenti, prevedeva un meccanismo di progressione nella carriera legato esclusivamente all'anzianità anagrafica e di servizio; un automatismo in fondo coerente con una visione piramidale dell'ordinamento che, nella sostanza, non fu scalfita nemmeno dal dettato costituzionale. Se il sistema si è fondato per decenni su un principio verticistico e — mi si consenta il termine — “gerontocratico”, va da sé che l'acquisizione di incarichi direttivi fosse vista come una sorta di “canonicato” che spettava di diritto col passare degli anni, con l'unico sostegno teorico, postulato e non verificato caso per caso, che la saggezza sia direttamente proporzionale all'età. Nemmeno l'introduzione del principio di valutazione dei magistrati è valso a superare definitivamente il principio dell’“anzianità senza demerito” salvo in rari casi di particolare gravità.

Come prevedibile, questo tipo di avanzamento non ha prodotto risultati positivi perché ha sostanzialmente deresponsabilizzato il magistrato nel corso della carriera e non lo ha incentivato a dare il migliore risultato possibile in veste di responsabile di un ufficio. Seppure tardivamente, il legislatore ha cercato di ovviare al problema. Un primo intervento sui criteri di progressione è stato compiuto dalla riforma del 2006 che ha introdotto due importanti principi correttivi: un limite di durata massima di otto anni per gli incarichi direttivi, che quindi perdono la natura di investitura vitalizia passando a quella di mandato a termine (con il limite della dispersione dell'esperienza acquisita), e soprattutto una valutazione intermedia, dopo quattro anni, da parte del Consiglio superiore della magistratura, al cui esito è condizionato il proseguimento dell'incarico.

Ma la potenziale efficacia responsabilizzante di questa innovazione è stata vanificata dai fatti, ossia dalla difficoltà di svolgere la valutazione nei tempi previsti, al termine del primo quadrien-

nio. I ritardi nella valutazione ne hanno indebolito l'effetto deterrente, lasciando il dirigente in una sorta di sospensione del giudizio sul suo operato che spesso raggiunge quasi la durata complessiva degli otto anni e si conclude quando ormai la decisione, sia essa positiva o meno, è comunque inutile.

La necessità di rendere effettiva la valutazione intermedia sullo svolgimento dell'incarico direttivo ha spinto la Commissione ministeriale che ho avuto l'onore di presiedere tra il 2016 e il 2017, a riformulare il testo degli articoli 45 e 46 del d.lgs. n. 160/2006 che prevedono appunto la temporaneità, rispettivamente, delle funzioni direttive e semidirettive. Fermo restando l'impianto attuale dei quattro anni più quattro con valutazione intermedia, si propone di introdurre un dispositivo "di emergenza" che scatti anche in anticipo rispetto alla prima scadenza «qualora l'ufficio di appartenenza evidenzi gravi disfunzioni organizzative addebitabili al dirigente». In questo caso il C.S.M. può anticipare la procedura di conferma, comunicandolo all'interessato e concludendola in un arco di tempo ristretto (tre mesi) per evitare che lo stato di incertezza pregiudichi il funzionamento dell'ufficio giudiziario al quale il magistrato è preposto. Un giudizio negativo conduce all'immediata decadenza dall'incarico.

Va evidenziata la portata innovativa di questa norma, qualora venisse introdotta nell'ordinamento. Essa sancisce il principio generale secondo cui l'incarico direttivo non è un'investitura che, una volta ricevuta, attribuisce ai magistrati uno status perenne e inviolabile. Dirigere un ufficio giudiziario è un compito di alta responsabilità ed è un atto di servizio nei confronti del sistema giudiziario, per il suo migliore funzionamento; non una garanzia incondizionata per chi ricopre quel ruolo. Sono le prerogative del magistrato a essere funzionali all'attività che deve svolgere, non viceversa. Quella che in molti altri contesti è un'osservazione quasi ovvia si scontra qui con una mentalità ancora diffusa e persistente del direttivo come diritto del magistrato e non come ruolo servente, che non giova a una giustizia effettiva, intesa appunto come servizio al cittadino.

L'avvio della procedura anticipata non esclude, inoltre, la valutazione al termine del quadriennio e anche in questo caso viene

prevista, a differenza di quanto accade ora, l'esclusione immediata in caso di esito negativo. Nell'ipotesi di conclusione naturale dell'incarico, invece, viene aggiunta una disposizione-ponte per evitare la dannosa situazione di un direttivo vacante: «alla scadenza del termine (8 anni) il magistrato che ha esercitato funzioni direttive (semidirettive)... mantiene comunque l'incarico sino alla presa di possesso del nuovo titolare...».

Ciò eviterebbe di far pagare agli uffici giudiziari, e in ultima istanza ai cittadini utenti, le disfunzioni derivanti dai ritardi con cui il C.S.M. provvede alle nomine.

Introdotta il principio secondo cui il dirigente deve essere sottoposto a una valutazione che possa “promuoverlo o bocciarlo”, resta da capire in base a quali criteri egli debba essere valutato. La definizione dei criteri con cui selezionare le persone per un ruolo direttivo è una questione delicata e complessa in qualsiasi contesto organizzativo. Per la magistratura c'è una complicazione in più: la valutazione del lavoro — rappresentato in gran parte dai provvedimenti emessi — si scontra con un limite intrinseco alla natura del ruolo, ovvero la sua indipendenza e l'insindacabilità delle pronunce in base al principio del libero convincimento.

Perciò, quella della definizione dei criteri di scelta dei direttivi è sempre stata una preoccupazione che ha tormentato il C.S.M. Il quale, infatti, ha prodotto a diverse ondate una notevole quantità di provvedimenti in materia, tra cui il cosiddetto «Testo unico degli incarichi direttivi», una circolare-monstre del 2010, successivamente modificata con la circolare del 28 luglio 2015, composta da ben 95 articoli, e ancora una volta modificata con la circolare del 26 aprile 2018, che individua una rosa di criteri minuziosi riguardanti le attitudini e il merito del candidato all'incarico direttivo (e tuttavia si riserva una “uscita di sicurezza” data dal cosiddetto «spiccato rilievo», un criterio *passepourtout* che prevale sugli altri quando occorre risolvere impasse nelle decisioni — dando anche adito a perplessità e polemiche sul suo possibile utilizzo disinvolto e strumentale).

Non condivido e non ho mai condiviso questa “ossessione” per la definizione dei criteri. La convinzione di poter codificare analiticamente tutti i requisiti necessari per ricoprire funzioni di-

rettive, in una sorta di *vis* classificatoria degna degli scolastici medioevali, non solo si rivela illusoria ma finisce per produrre effetti opposti a quelli desiderati. Infatti, l'ipertrofica produzione di fattispecie nel vano tentativo di ricomprendere tutta la casistica reale — produzione che, nelle intenzioni del Consiglio, avrebbe dovuto rappresentare il *corpus juris* della materia, in mancanza di una legislazione di fonte primaria (e incidentalmente avrebbe ribadito la prerogativa esclusiva dello stesso Consiglio a trattarne) — ha avuto come conseguenza un proliferare di ricorsi amministrativi contro le nomine. È evidente che più criteri si inseriscono, più nascono antinomie tra gli stessi, antinomie che offrono ottimi appigli a chi voglia contestare la correttezza di una decisione, dimostrando ancora una volta che il cavillo è il principale nemico del diritto. Nel tentativo di “oggettivare” i motivi di una scelta che ha sempre un margine di discrezionalità si indeboliscono le sue stesse fondamenta, con un duplice effetto negativo: si rendono più vulnerabili le decisioni oppure — che è anche peggio — non si attribuiscono i ruoli direttivi alle persone più adatte. A chiunque debba scegliere una persona per una posizione di vertice, in qualsiasi organizzazione, appare evidente infatti che non è possibile prescindere dalle sue caratteristiche personali oltre che professionali e da contingenze legate al contesto che mai potranno rientrare in una tassonomia oggettiva. Pensare di selezionare questi ruoli applicando una sorta di algoritmo i cui elementi sono tratti da un elenco tassativo di requisiti è ingenuo e rischia di produrre fallimenti. Quella dei dirigenti è per definizione una scelta *ad personam* e le norme non possono che riconoscere questa discrezionalità e circoscriverla con dei criteri-quadro.

Si fonda su questa convinzione la proposta in merito che è scaturita dai lavori della Commissione ministeriale da me presieduta. Innanzitutto si è voluto intervenire con una soluzione che avesse dignità di norma primaria: una proposta di legge ordinaria che fissa i principi generali per i conferimenti degli uffici direttivi (e semidirettivi), naturalmente senza togliere al C.S.M. la competenza sulle singole nomine ma risparmiandogli l'affanno di colmare un vuoto legislativo con una iperproduzione di norme secondarie e con torsioni interpretative che finiscono per aggirarle.

La norma proposta definisce una nuova impostazione delle scelte che prevede la «comparazione tra le figure professionali dei candidati svolta in forma unitaria e sintetica, con indicazione specifica delle sole ragioni di preferenza per il candidato prescelto». La chiave di volta di questa nuova formulazione, che farebbe piazza pulita di una miriade di argomentazioni controverse e rischiose, sta nell'espressione «unitaria e sintetica»: il Consiglio non sarà più tenuto a motivare la sua decisione passando in rassegna analiticamente le caratteristiche e i requisiti di ciascun candidato, ma dovrà semplicemente esporre in sintesi le ragioni della sua scelta. Attualmente succede che nelle motivazioni della decisione di nomina, con l'intento di rafforzare la decisione stessa, vengano presi in esame dettagliatamente i profili di tutti i candidati, di ciascuno dei quali vengono evidenziati i requisiti che li rendono idonei, appunto, alla candidatura. Ma poiché la decisione finale ricade solo su uno di loro, questa carrellata di meriti e attitudini generalizzati finisce solo per offrire il destro alle contestazioni degli esclusi. Provvedimenti di nomina di 40-50 pagine — cioè tutt'altro che sintetici — sono inevitabilmente (e involontariamente) disseminati di trappole argomentative in cui il provvedimento stesso può cadere.

Il messaggio insito in questa proposta di riforma è molto chiaro e per certi versi “radicale”. Si ribadisce in sostanza che l'atto di nomina del dirigente di un ufficio è un atto politico — di politica giudiziaria — e, come tale, necessariamente discrezionale. Non è un concorso, nonostante la dicitura «procedura concorsuale» contenuta nell'art. 12 del d.lgs. n. 160/2006, che però parla anche di «valutazione» e «giudizio complessivo globale», lasciando intendere che non siamo certamente in presenza di una mera “discrezionalità tecnica” ma di un vero e proprio potere di scelta del candidato più idoneo a ricoprire quel ruolo direttivo. Mi spingo oltre. In quanto atto politico non dovrebbe addirittura essere soggetto al sindacato del giudice amministrativo alla stregua di un qualunque atto di un burocrate o di un ente locale. Al più la contestazione dovrebbe essere portata direttamente al Consiglio di Stato, magari in assemblea plenaria, e non essere lasciata al T.A.R. In attesa di questa audace soluzione, la formulazione legislativa

proposta vincolerebbe almeno il T.A.R. a esaminare i ricorsi alla luce di criteri molto più stringenti, togliendo forza all'acribia e talvolta alla capziosità di certe argomentazioni a loro sostegno che però trovano terreno fertile nella congerie di previsioni consiliari.

In altri termini, e allargando il campo di osservazione, la nomina di un presidente di Tribunale o di Corte d'appello non è un semplice atto burocratico ma è un'esplicitazione concreta del governo autonomo della magistratura, prerogativa attribuita dalla Costituzione in base al principio della separazione dei poteri.

La norma proposta dalla Commissione non si limita, tuttavia, a regolamentare la nomina ma aggiunge quali sono i criteri — generali e astratti — che devono guidare il Consiglio superiore. Lo fa con l'art. 2 della proposta di legge che in poche righe riassume e supera le centinaia di pagine spese finora nel tentativo di elencare tutti i requisiti specifici del perfetto dirigente.

Premettendo la necessità di due requisiti di base per tutti i magistrati, cioè l'indipendenza e l'imparzialità, si prevede che i criteri di selezione debbano prendere in esame due aspetti del soggetto: le attitudini e il merito. Tra le prime si evidenziano: le «esperienze di gestione, diretta o in collaborazione, degli uffici, anche senza esercizio di funzioni direttive e semidirettive»: il primo elemento da valutare è chiaramente l'esperienza organizzativa già svolta all'interno di un ufficio giudiziario. Esperienza — si badi — che può essere stata comunque acquisita in modo da non dare l'idea che possa ricoprire quel ruolo solo chi l'ha già svolto: una sorta di rendita di posizione che si auto-perpetua. Questa norma vuole invece aprire le porte agli «esordienti» introducendo elementi di cambiamento negli uffici.

Vi sono poi le «esperienze organizzative» di altro genere: coerentemente con l'idea che contino anche le capacità extra-professionali, assumono rilievo le esperienze sviluppate in ambiti non giudiziari (fuori ruolo).

Rilevano infine i «tempi di definizione degli affari»: il principio è semplice, non si può mettere a organizzare il lavoro altrui chi non sa organizzare il proprio. Il tasso di smaltimento delle pendenze è un criterio oggettivo e misurabile che può dire molto dell'attitudine direttiva di un magistrato.

Nella categoria «merito» rientrano i criteri adottati nelle valutazioni di professionalità, ovvero laboriosità, diligenza, impegno e preparazione giuridica: in quanto parametri per giudicare l'attività di un magistrato, va da sé che diventino presupposti necessari per svolgere le funzioni direttive. Si aggiunge un requisito specifico per il ruolo da ricoprire: la «pluralità delle esperienze, tra cui rilevano anche quelle di servizio prestato presso organi costituzionali o di rilievo costituzionale». Si valorizza ancora una volta il dinamismo del magistrato, la sua propensione al cambiamento e la capacità di acquisire competenze in ambiti diversi. Senza dubbio qualità importanti per un capo.

Nel volume di Nicolò Zanon si lamenta che il procedimento di nomina dei direttivi è oggi «estremamente lungo», creando la «prolungata scoperta di alcuni incarichi con inevitabili ricadute negative sull'efficienza degli uffici giudiziari».

Una delle cause, se non la causa, è la pretesa di trattare contemporaneamente più direttivi, le cui scoperture si sono verificate in tempi molto diversi.

I gruppi organizzati al Consiglio tendono ad accorpare gli uffici da ricoprire in «pacchetti» che consentano una trattativa «sinallagmatica» per la loro copertura. Ciò induce due effetti negativi. Allunga in modo imprevedibile i tempi per sostituire gli apicali di uffici magari strategici fino a quando non si rende vacante un ufficio analogo che consenta di soddisfare le aspettative di un gruppo concorrente, o magari due o tre altri posti proporzionalmente meno importanti, cui possano aspirare le componenti numericamente meno rappresentative.

In secondo luogo ciò favorisce l'assegnazione «per appartenenza», facendo passare in secondo piano meriti o demeriti del singolo aspirante.

Un accorgimento apparentemente banale potrebbe ovviare a questi inconvenienti. Si tratta di cambiare l'approccio metodologico alle nomine, ma con un sicuro effetto sostanziale: introdurre il rispetto inderogabile dei tempi di scoperta dell'ufficio per la nomina del successore, mettendo all'ordine del giorno della Commissione Direttivi la trattazione progressiva dei posti a cominciare da quelli più risalenti, senza consentire scavalchi o accorpamenti dilatatori.

In questo modo, oltre ad un prevedibile accorciamento dei tempi per le nomine, si otterrebbe l'effetto di far passare in primo piano qualità ed attitudini dei concorrenti rispetto alla loro vicinanza all'una piuttosto che all'altra componente della magistratura.

Premesso che non ho nulla contro le cosiddette "correnti" della magistratura — vengo da un partito che ha vissuto con le correnti una vivace dialettica interna che ha stimolato il confronto culturale, il pluralismo delle posizioni, l'enucleazione delle proposte, la ricerca e lo studio di ricette politiche nuove e complementari — non posso dimenticare come anche nei partiti la degenerazione delle correnti da luogo di elaborazione culturale e di aggregazione per affinità di visione e sensibilità, a centri di potere per l'occupazione dei posti, ha portato con sé la delegittimazione della politica e la mancata selezione della classe dirigente.

È il rischio che corre anche la Magistratura, a cui i recenti fatti di cronaca dovrebbero insegnare a recuperare la passione e la dignità del dividersi sulle scelte di politica giudiziaria intesa nel senso di visioni del ruolo della giustizia e delle sue concrete declinazioni, in luogo di unirsi nelle congiure di palazzo per espugnare fortini la cui funzione direttiva viene intesa come potere anziché servizio.

Non intendo accondiscendere alla retorica del servire le istituzioni anziché servirsene, ma certo è il recupero di una prospettiva alta del "fare carriera" e della maggiore responsabilità che il maggior potere porta con sé la condizione imprescindibile per evitare che singoli episodi di malcostume travolgano l'intera funzione giudiziaria agli occhi dell'opinione pubblica.

L'audizione dei candidati, un loro esame anche stringente da parte della Commissione sui rispettivi progetti organizzativi dell'Ufficio che ambiscono a dirigere, una valutazione critica delle precedenti esperienze giudiziarie, un'analisi accurata delle competenze professionali intese come preparazione giuridica solida ed aggiornata nonché capacità organizzativa e gestionale in qualche modo documentata, devono assolutamente sostituire il richiamo tralaticio a pareri la cui struttura, non solo per la forma, richiama più l'800 che il secondo millennio.

Autorelazioni che sono poemi epici di autocompiacimento, pareri che grazie alla tecnica del copia e incolla sublimano l'ipocrisia del *nihil nisi bonum* in questo caso applicata al vivente; impermeabilità castale rispetto a valutazioni esterne, anche di altri operatori del diritto, quasi che negli ambienti giudiziari non sia notorio chi è un buon magistrato e chi non lo è: sono residuati di un'altra epoca, in cui i direttivi erano *sine cura* che premiavano il fine carriera anziché palestre in cui allenare chi deve ancora dimostrare cosa sa fare.

Questi sono i pregiudizi da battere grazie ad un cambio di mentalità che privilegia la corralità dell'azione magistratuale rispetto agli "a solo", il concetto di organizzazione rispetto alle visioni atomistiche, il principio di efficienza del servizio rispetto alle garanzie corporative, la ragionevole durata come un imperativo categorico rispetto a cui vanno sacrificati anche tabù consolidati.

Questa è la sfida che hanno di fronte la Politica (con la P maiuscola) e la Magistratura (altrettanto con la M maiuscola): dal suo esito dipendono non le fortune o le sfortune di due corporazioni ma quelle del Paese.

IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO SUI PROVVEDIMENTI DEL C.S.M.

Rosanna De Nictolis

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. — 2. Due premesse costituzionali. — 3. Il dato di partenza: la “discrezionalità” o cosiddetta discrezionalità del C.S.M. — 4. Discrezionalità, merito, discrezionalità tecnica, valutazioni e accertamenti tecnici. — 5. Le norme primarie e il t.u. sulla dirigenza giudiziaria. — 6. Il sindacato del giudice amministrativo: le affermazioni di principio e le declinazioni concrete. — 7. Casistica giudiziaria. — 8. Profili di rito. — 9. Ottemperanza dei giudicati che annullano delibere del C.S.M. — 9.1. Sentenze autoesecutive e effetti conformativi. — 9.2. Violazione ed elusione del giudicato, vizi relativi al giudicato e vizi nuovi. — 9.3. Vincolo conformativo del giudicato di annullamento per difetto di motivazione. — 9.4. Le sopravvenienze e segnatamente il pensionamento del contendente. — 9.5. L’ottemperanza speciale per il C.S.M.

1. *Introduzione al tema.*

Il tema del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del C.S.M. riguarda essenzialmente i provvedimenti di conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi(1).

(1) AA.Vv., *Il governo autonomo della magistratura a sessant’anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958 n. 195)*, in *Foro it.*, 2019, V, 1 di G. CAMPANELLI, *Il Csm e il conferimento degli incarichi direttivi* e di A. TRAVI, *Nozione di legittimità e sindacato sui provvedimenti del Csm*, nonché di A. PROTO PISANI, *L’includibile «problema» del conferimento degli incarichi semidirettivi e direttivi della magistratura: la necessità di un serio dibattito*, in *Foro it.*, 2019, V, 301; L. GENINATTI SATÈ, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm: una questione politico-costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2017, fasc. 4, 49 ss., nonché *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Torino, 2012; F. SORRENTINO, *Discrezionalità del Consiglio superiore*

Il dibattito si incentra sul modo in cui si combinano e si conciliano in concreto i principi costituzionali di indipendenza della magistratura e soggezione del giudice solo alla legge, di autogoverno della magistratura, e il principio di legalità dell'azione amministrativa, attesi, da una parte, i parametri normativi fissati dal d.lgs. n. 160/2006 per la valutazione di professionalità dei magistrati e per il conferimento delle funzioni, e dall'altra parte la "discrezionalità" del C.S.M. nel conferimento di tali incarichi.

2. *Due premesse costituzionali.*

Due premesse di ordine costituzionale si impongono.

La prima è che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi ai magistrati sia materia coperta da riserva di legge in ossequio all'art. 108 Cost., in quanto occorre garantire la indipendenza della magistratura: «per il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari, vige il principio della riserva di legge, di cui all'art. 108, primo comma, della Costituzione, dovendo anche in tale materia essere garantita l'indipendenza dell'ordine giudiziario: è pertanto la legge che deve fissare i criteri generali di valutazione e selezione

e sindacato del giudice amministrativo, in N. ZANON-G. DI RENZO VILLATA-F. BIONDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, Milano, 2012, 65 ss.; ID., *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, e G. SANTALUCIA, *Consiglio superiore della magistratura e giustizia amministrativa*, entrambi, in G. CAMPANELLI, *Controllare i giudici? (Cosa, Chi, Come, Perché)*, Torino, 2009, 187 ss. e 199 ss.; G. SALMÈ, *Il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi*, in G. GRASSO (a cura di), *Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2016, V, 211; G. GRASSO, *Il nuovo testo unico sulla dirigenza giudiziaria alla prova dei fatti: il Csm riforma il Csm*, *ibid.*, III, 306; D. PIANA, *Note sul testo unico sulla dirigenza*, in *Questione giustizia*, 2015; R. SANLORENZO, *Le nomine dei dirigenti: banco di prova per la difesa dell'autogoverno*, in *Questione giustizia*, 2017, fasc. 4, 66 ss.; A. TRAVI, *Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi*, in *Foro it.*, 2014, III, 757, e G. GRASSO, *Il sindacato di legittimità delle delibere del Csm in tema di conferimento degli incarichi dirigenziali: eccesso di potere giurisdizionale e limiti esterni della giurisdizione*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni civili*, Roma, 2016, 390, in www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rassegna_Civile_2015.pdf.

degli aspiranti agli incarichi direttivi e le conseguenti modalità della nomina» (Cons. St., sez. IV, 14 luglio 2008 n. 3513).

Ciò nondimeno, dal principio di riserva di legge non discende che i necessari criteri generali di valutazione e selezione degli aspiranti debbano essere così analiticamente e dettagliatamente fissati dal legislatore da rendere meccanicistica e meramente esecutiva la concreta attività di selezione del personale di magistratura da proporre agli uffici direttivi (Corte cost., 8 febbraio 1991 n. 72).

Il principio della riserva di legge deve, quindi, ritenersi rispettato quando il legislatore abbia fissato alcuni criteri generali e precisi per orientare la discrezionalità dell'organo deputato alla selezione e valutazione dei candidati, né con esso è stato ritenuto contrastare il rispetto dovuto alle delibere e alle circolari del C.S.M., di cui è stato ritenuto costituzionalmente legittimo l'intervento integrativo (ed anche suppletivo) nell'indicazione dei principii specifici per la scelta dei magistrati ritenuti idonei (Cons. St. n. 3513/2008 cit.). Come meglio si vedrà in prosieguo, tuttavia, il principio di legalità vieta che il C.S.M. possa derogare o innovare i criteri di legge.

La seconda premessa di ordine costituzionale è che non è in discussione l'*an* del sindacato del giudice amministrativo sulle delibere del C.S.M., il dibattito riguarda invece il *quomodo* del medesimo.

È infatti un dato acquisito che le delibere del C.S.M. non si sottraggono alla giustiziabilità e, per quel che qui rileva, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, nonché a quello di "merito" in sede di giudizio di ottemperanza.

Con l'art. 17 della l. n. 195/1958, l'ordinamento ha espressamente previsto la sussistenza della giurisdizione amministrativa in sede di impugnazione degli atti del C.S.M. (salva la giurisdizione della sua sezione per gli illeciti disciplinari, le cui sentenze sono impugnabili innanzi alle sezioni unite della Corte di cassazione).

In tal modo, il legislatore — nel dare attuazione all'art. 24 Cost. (per il quale «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi») — ha espressamente consentito anche agli appartenenti alla magistratura la tutela dei propri interessi legittimi, sussistenti in correlazione ai poteri spettanti al C.S.M. (Corte cost., 14 maggio 1968 n. 44, § 4).

La Corte costituzionale, nel primo fondamentale arresto in ordine alla sottoposizione delle deliberazioni del C.S.M. al sindacato giurisdizionale amministrativo (14 maggio 1968 n. 44, Pres. Sandulli, est. Mortati), dando atto della peculiare posizione costituzionale dell'organo («...che, mentre realizza una particolare forma di autonomia, per il fatto di essere espresso in prevalenza dallo stesso corpo giudiziario, è poi presieduto dal Capo dello Stato, in considerazione della qualità che questi riveste di potere “neutro” e di garante della Costituzione, ed è altresì fornito di una serie di guarentigie corrispondenti al rango spettantegli, nella misura necessaria a preservarlo da influenze che, incidendo direttamente sulla propria autonomia, potrebbero indirettamente ripercuotersi sull'altra affidata alla sua tutela»), ha ritenuto come «...la sottoposizione delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura ad un controllo di stretta legittimità da parte di un organo appartenente al potere giurisdizionale non sia, di per sé, tale da condurre necessariamente a vanificare o comunque ad attenuare l'efficacia della funzione garantista cui esse adempiono», chiarendo che la prospettata alternativa della sottoposizione degli atti al sindacato giurisdizionale ordinario «...in deroga ai principi, che concentrano nel giudice amministrativo, nella materia del pubblico impiego, quale è quella de qua, ogni specie di tutela sia dei diritti che degli interessi, oltre a suscitare il problema discendente dalle restrizioni di tutela che, almeno secondo la legislazione vigente, ineriscono ai poteri ad essa consentiti, fa sorgere gravi perplessità, data la confluenza che verrebbe a verificarsi negli appartenenti allo stesso “ordine”, di destinatari dei provvedimenti del Consiglio superiore della magistratura e di giudici della regolarità del medesimi».

Tali rilievi — ribaditi nel senso che «l'impugnabilità, anche per un organo di garanzia qual è, secondo la *communis opinio*, il Consiglio superiore della magistratura, deriva dalla “grande regola” accolta dall'art. 24 della Costituzione, che dà tutela generalizzata ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi» (Corte cost., 22 aprile 1992 n. 189, che ha riconosciuto la legittimità costituzionale della competenza funzionale del T.A.R. Lazio in ordine ai provvedimenti emanati dal C.S.M.) —, hanno costituito la premessa dell'affermazione della piena esperibilità anche del giudizio di ottemperanza

delle sentenze di annullamento delle deliberazioni consiliari: la Corte, pronunciandosi sul conflitto di attribuzioni proposto dall'organo di autogoverno, ha con incisività affermato che «l'allegata non sottoponibilità degli atti del C.S.M. alla giurisdizione estesa al merito che il giudice amministrativo esercita in sede di ottemperanza non ha, di per sé, alcun esplicito fondamento costituzionale; né la titolarità delle specifiche competenze attribuite dall'art. 105 della Costituzione può comportare, quale conseguenza automatica, franchigie dell'attività di detto organo dal sindacato giurisdizionale, in quanto funzioni svolgentesi su piani diversi», evidenziando che «il principio di legalità dell'azione amministrativa (artt. 97, 98 e 28 Cost.), unitamente al principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24, 101, 103 e 113 Cost.), se da una lato affermano l'indipendenza dell'amministrazione, dall'altro comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'amministrazione medesima a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli organi giurisdizionali», e chiarendo altresì che «la Costituzione accoglie il principio in base al quale il potere dell'amministrazione merita tutela solo sul presupposto della legittimità del suo esercizio, demandando agli organi di giustizia il potere di sindacato-pieno, ai sensi dell'art. 113, secondo comma, della Costituzione sull'esistenza di tale presupposto» (Corte cost., 15 settembre 1995 n. 435).

3. *Il dato di partenza: la "discrezionalità" o cosiddetta discrezionalità del C.S.M.*

Fatte tali premesse, è sicuramente un dato di partenza rilevante che sia il t.u. del C.S.M. sulla dirigenza giudiziaria (approvato nel 2015 con delibera 28 luglio 2015, oggetto di successive modificazioni, da ultimo aprile 2018), sia le massime delle decisioni del giudice amministrativo, enfatizzano in modo ridondante e ripetitivo la "discrezionalità" dell'organo di autogoverno.

Tuttavia sembra che tale categoria dell'azione amministrativa non sia del tutto appropriata con riferimento all'attività del C.S.M. di scelta dei capi degli uffici giudiziari, e che il sindacato

del giudice amministrativo sulle nomine, non sia, al di là delle formule tralatticce, un sindacato sulla discrezionalità.

Tanto emerge dall'analisi di tre elementi:

- 1) la nozione di discrezionalità amministrativa e delle altre categorie giuridiche affini e vicine, ossia il merito amministrativo, la discrezionalità tecnica, le valutazioni e gli accertamenti tecnici;
- 2) le norme primarie relative al conferimento di funzioni ai magistrati e il t.u. del C.S.M. sulla dirigenza giudiziaria;
- 3) la casistica giudiziaria sui contenziosi relativi agli incarichi direttivi e semidirettivi.

4. *Discrezionalità, merito, discrezionalità tecnica, valutazioni e accertamenti tecnici.*

Sub 1) Le categorie giuridiche in questione sono almeno in teoria sufficientemente chiare, e per esporle in modo sintetico si può fare rinvio a un manuale di diritto amministrativo di tipo universitario (Clarich).

La discrezionalità amministrativa è il margine di scelta che la norma rimette all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare nel caso concreto l'interesse pubblico (Giannini 1978, ripreso da Clarich 2019). La scelta avviene attraverso una valutazione comparativa (la c.d. ponderazione) degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie e acquisiti nel corso della istruttoria procedimentale: oltre all'interesse pubblico primario, vengono in rilievo gli interessi pubblici secondari rilevanti. Esempio classico: localizzazione di autostrada, interesse pubblico primario è la viabilità, secondari tutela paesaggio e ambiente, privati dei proprietari espropriandi. La scelta massimizza l'interesse primario con minor sacrificio possibile per interessi secondari e interesse privato.

Una riflessione interessante è quella relativa alla discrezionalità in astratto e alla vincolatezza in concreto (Clarich): quando, a seguito della istruttoria, residua una unica scelta possibile, si assiste ad una progressiva riduzione della discrezionalità o suo totale dissolvimento.

Nessun dubbio, poi, che sull'ampiezza della discrezionalità incida in senso riduttivo l'autovincolo che la P.A. si imponga.

In ordine al dibattito se la discrezionalità sia solo attività intellettuale e di giudizio, o un *quid pluris*, attività volitiva e creativa, sembra corretto accedere a tale seconda opzione.

Definita la discrezionalità, il c.d. merito amministrativo diviene un ambito residuale oltre gli spazi coperti dalla legalità; una attività libera non sindacabile, che rileva in termini di opportunità/inopportunità.

Le valutazioni tecniche postulano l'utilizzo di nozioni tecniche e scientifiche con margini di opinabilità. Es. giudizio medico di idoneità di candidati, la valutazione offerte negli appalti.

Mentre la discrezionalità amministrativa è valutazione e comparazione di interessi, la valutazione tecnica è accertamento e qualificazione dei fatti alla luce di criteri tecnico scientifici.

È improprio parlare di discrezionalità tecnica, anche se la categoria è ancora utilizzata: piuttosto si deve distinguere tra accertamento tecnico (che porta a un risultato scientificamente certo) e valutazione tecnica, che ricorre nei casi in cui la tecnica lascia un margine finale di opinabilità e dunque di scelta tra più soluzioni tecniche tutte altrettanto plausibili; sicché sulla valutazione tecnica si innesta la scelta più propriamente discrezionale dell'azione amministrativa; in tal caso, se la soluzione tecnica è corretta e attendibile ancorché opinabile, si scende nel campo della condivisibilità o meno, che esula dal sindacato del giudice.

Nella prassi giudiziaria, attraverso la categoria del vizio di eccesso di potere dell'atto amministrativo, il giudice verifica la completezza della istruttoria e della motivazione, la logicità, ragionevolezza, proporzionalità, imparzialità della azione amministrativa.

È raro che la scelta amministrativa sia libera e disancorata da istruttoria e valutazioni tecniche; lo spazio residuo della opportunità è spesso estremamente ridotto.

E il giudice amministrativo è giudice del fatto al pari del giudice civile e penale, verifica la completezza della istruttoria, anche con l'apporto di CTU, e dunque penetra nel procedimento e negli accertamenti tecnici.

Più completa è da un lato l'istruttoria compiuta dalla pubblica amministrazione, e dall'altro quella compiuta dal giudice, più appare evidente che la discrezionalità astratta si dissolve in concreto e che di solito in fatto una sola scelta è quella logica ragionevole e possibile nelle condizioni date.

Lo si coglie con particolare evidenza in un ambito che in astratto sembra il regno della discrezionalità amministrativa, quello della valutazione delle offerte tecniche negli appalti; attraverso i parametri prefissati e la verifica in concreto della corretta applicazione, non di rado si individua la migliore offerta senza alcun margine di dubbio o "opinabilità" e dunque senza margine di discrezionalità amministrativa.

Una recente decisione del Consiglio di Stato ha stigmatizzato come «sentenza con formula pigra» una decisione di T.A.R. redatta in stile classico ma stereotipo, rifiutando di esaminare uno per uno i motivi di ricorso contro la valutazione e scelta di una offerta tecnica in un appalto, trincerandosi dietro le massime tralucie della discrezionalità della pubblica amministrazione esplicitata con una motivazione sufficiente e ragionevole. Il giudice di appello ha rifiutato tale approccio ritenendo tale motivazione, per quanto elegante, solo apparente, e ha esaminato uno per uno i motivi di ricorso scendendo nel campo delle valutazioni tecniche (Cons. St., sez. III, 2 settembre 2019 n. 6058, cui *adde* Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2019 n. 6753).

In sintesi, continuare ad affermare che il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità è limitato, circoscritto, o addirittura recessivo, non corrisponde alla realtà della prassi giudiziaria, in cui attraverso l'accesso al fatto e l'ausilio di tecnici che consentono di verificare la istruttoria tecnica svolta dall'Amministrazione, è possibile cogliere in concreto eventuali errori, omissioni, difetti di istruttoria, è possibile percepire che a seguito di una istruttoria completa una sola è la scelta possibile, e dunque la astratta discrezionalità si dissolve perché alla prova dei fatti non ci sono più alternative tra cui scegliere. Spesso dunque la possibilità di scelta non esiste in concreto, e ove l'Amministrazione scelga sulla base di una errata istruttoria, fa una scelta sbagliata che non sfugge al sindacato del giudice amministrativo.

5. *Le norme primarie e il t.u. sulla dirigenza giudiziaria.*

Sub 2) Le norme primarie prevedono una valutazione periodica (quadriennale) di professionalità (art. 11 d.lgs. n. 160/2006) ancorata a parametri di capacità, laboriosità, diligenza, impegno, 4 parametri di cui ciascuno è puntualmente declinato e riempito di contenuto concreto dalla legge. Il C.S.M. valuta la professionalità esprimendo un «giudizio» (art. 11, comma 15, d.lgs. n. 160/2006: «La valutazione di professionalità consiste in un giudizio espresso, ai sensi dell'articolo 10 della legge 24 marzo 1958 n. 195, dal Consiglio superiore della magistratura con provvedimento motivato e trasmesso al Ministro della giustizia che adotta il relativo decreto»).

Il conferimento delle funzioni, segnatamente, per quel che qui interessa maggiormente, quelle semidirettive e direttive, avviene «a domanda degli interessati, mediante una procedura concorsuale per soli titoli alla quale possono partecipare, salvo quanto previsto dal comma 11, tutti i magistrati che abbiano conseguito almeno la valutazione di professionalità richiesta» (art. 12 d.lgs. cit.). La legge indica i criteri di attitudine e merito rilevanti (art. 12, commi 10, 11, 12).

Le norme primarie rilevanti non utilizzano l'espressione scelta discrezionale, ma parlano di una procedura concorsuale, e utilizzano sempre l'espressione «valutazione» che è cosa diversa dalla discrezionalità, implicando un accertamento di natura tecnica, e richiedono un «provvedimento motivato» del C.S.M. (art. 13).

Viceversa, il t.u. del C.S.M. sulla dirigenza giudiziaria pone l'enfasi sulla discrezionalità del C.S.M., in molti passaggi della relazione illustrativa, ma non invece nell'articolato.

Il testo unico sulla dirigenza giudiziaria approvato dal C.S.M. (nel 2015 delibera 28 luglio 2015 e s.m. da ultimo aprile 2018) costituisce il compendio delle regole che il Consiglio superiore della magistratura si è dato, nella cornice disegnata dal d.lgs. n. 160/2006, in vista del conferimento degli incarichi direttivi semidirettivi e della procedura di conferma quadriennale.

Dopo avere enunciato in esordio, programmaticamente, che i parametri per il conferimento di tali incarichi devono essere valu-

tati in modo integrato ed averli individuati in attitudini e merito, la circolare si occupa diffusamente delle attitudini, individuando gli indicatori generali e quelli specifici, riferibili a ciascuna tipologia di ufficio.

Definito il valore, residuale, della anzianità nel ruolo, il C.S.M. affronta il tema della valutazione comparativa e dei criteri di valutazione propri, anche in questo caso, di ogni tipo di ufficio e del rilievo da assegnare al positivo esercizio delle funzioni giudiziarie.

«L'intento è far sì che la meritocrazia non rimanga un'affermazione di principio, ma rappresenti realmente il valore fondante di ogni scelta selettiva. Nel perseguimento di tale obiettivo, peraltro, si è prestata la massima attenzione alla necessità di preservare l'autonomia valutativa del C.S.M., evitando di introdurre nelle procedure selettive criteri tali da minare la discrezionalità propria di un Organo di rilevanza costituzionale».

«In altri termini, nel ridisegnare la disciplina del conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi si è cercato un giusto punto di equilibrio tra il principio di legalità e l'irrinunciabile esigenza di tutelare il potere di autodeterminazione consiliare, che deve sempre orientarsi alla scelta del migliore dirigente da proporre al posto da coprire, nel rispetto del superiore interesse pubblico. Ciò anche al fine di arrestare recenti tentativi di degradazione della discrezionalità consiliare a mera discrezionalità tecnica».

«Rispetto a tali indicatori, fondamentale rilevanza assume la previsione di cui all'art. 7 (Funzioni direttive e semidirettive in atto o pregresse) con la quale viene introdotto il principio per cui ciò che rileva non è il formale possesso della carica direttiva o semidirettiva quanto, piuttosto, i risultati conseguiti. In altri termini, la valutazione di questo indicatore generale viene condotta secondo il criterio di effettività dei risultati conseguiti nello svolgimento dell'incarico direttivo o semidirettivo, in atto o pregresso. Tale previsione rafforza il merito delle determinazioni consiliari, impedendo che nella valutazione si possa attribuire (o in caso di contenzioso il Giudice Amministrativo possa attribuire) un'automatica preferenza e prevalenza a un candidato per il solo fatto d'aver già svolto funzioni direttive o semidirettive. In sostanza si

consolida il principio secondo cui la pregressa esperienza direttiva o semidirettiva rileva solo nella misura in cui il C.S.M., nell'ambito della propria discrezionalità, ritenga di dover valutare positivamente quell'esperienza alla luce dei risultati conseguiti».

«Quanto agli indicatori specifici, il fine della relativa previsione è di individuare esperienze giudiziarie che siano espressione di una particolare idoneità a ricoprire l'incarico messo a concorso. La selezione e l'identificazione di queste esperienze qualificanti è stata possibile grazie alla distinzione tra le diverse tipologie di incarico e alla valorizzazione di conoscenze e competenze indicative di una maggiore adeguatezza del candidato rispetto allo specifico incarico da assegnare. L'innovazione mira, da un lato, a valorizzare la discrezionalità del Consiglio Superiore nell'adozione di scelte che siano opportunamente calibrate in ragione delle "necessità degli uffici" e, dall'altro, a individuare in modo oggettivo elementi di affinità gestionali delle realtà giudiziarie in ossequio al principio di legalità».

«Per quel che concerne le funzioni direttive e semidirettive in atto o pregresse si richiama quanto già precedentemente enucleato. Sul punto va richiamata l'importanza del principio di effettività introdotto dal nuovo T.U., nel senso che ai fini della valutazione di questo indicatore non rileva il mero dato formale dell'incarico, ma deve aversi riguardo ai risultati conseguiti nel relativo espletamento, il cui apprezzamento è demandato al giudizio discrezionale del C.S.M. La valorizzazione di quel principio determina significativi effetti virtuosi in termini di rafforzamento del merito delle determinazioni consiliari, contenendo il sindacato di legittimità fondato su automatici criteri preferenziali, certamente lesivi dell'autonomia consiliare».

Se la discrezionalità amministrativa, correttamente definita, è la ponderazione dell'interesse pubblico primario con gli interessi pubblici secondari e con gli interessi privati, sembra evidente che nella nomina ad incarichi direttivi e semidirettivi si è fuori da tale categoria, infatti non c'è ponderazione di interessi pubblici essendo un unico interesse pubblico indicato sia dalle norme primarie che dal tu sulla dirigenza giudiziaria, ed è la scelta del migliore dirigente in relazione a ciascun ufficio giudiziario.

Si tratta invece di una procedura concorsuale con una pluralità di candidati, in cui occorre individuare il migliore con una attività valutativa e di giudizio (la natura di «concorso per titoli» con un bando pubblico, anche se diversamente denominato «avviso» o «interpello» è espressamente affermata da Cons. St., sez. IV, 11 settembre 2009 n. 5479).

Si è già osservato che la discrezionalità non è mera attività di valutazione e giudizio, ma è un *quid pluris* che sembra esulare dalla scelta che il C.S.M. è chiamato a compiere.

Si impongono due ulteriori considerazioni.

La prima, è che se un momento discrezionale c'è, attiene alla scelta, a monte, dei criteri di valutazione, scelta fatta in parte dalla legge, in quanto il d.lgs. n. 160/2006 indica già quali sono i criteri da utilizzare per scegliere i capi degli uffici giudiziari, in parte declinata in concreto dal t.u. sulla dirigenza giudiziaria, laddove individua gli indicatori generali e specifici di merito e attitudine, e fissa il peso degli indicatori specifici rispetto a quelli generali per ciascuna tipologia di ufficio direttivo.

In tal senso è emblematica la giurisprudenza delle sezioni unite, che nel definire il confine del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del C.S.M. in materia di incarichi direttivi, sembra muoversi sul crinale del distinguo tra sindacato sui criteri e sindacato sul modo in cui i criteri sono applicati in concreto: «per non eccedere dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il C.S.M. ha conferito un incarico direttivo, deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma può annullare tale deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il C.S.M. ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati» (Cass., sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622; Id., 5 ottobre 2015 n. 19787).

Peraltro persino la discrezionalità nella fissazione dei criteri non va del tutto esente dal sindacato giudiziario, in quanto il po-

tere del C.S.M. di fissare i criteri di valutazione deve essere esercitato nel rispetto del principio di legalità e pertanto dei criteri già prestabiliti dalla legge, che possono essere solo specificati, ma non derogati o innovati. Il giudice amministrativo ha infatti talora annullato persino i criteri fissati dal t.u. sulla dirigenza giudiziaria (e segnatamente quello dell'art. 21, lett. b) relativo all'indicatore specifico della partecipazione alle sezioni unite per gli uffici direttivi giudicanti di legittimità, ritenuto *contra legem* e discriminatorio dei magistrati che in cassazione hanno svolto funzioni requirenti, v. Cons. St., sez. IV, 6 settembre 2017 n. 4220, ritenuta rispettosa dei limiti della giurisdizione amministrativa da Cass., sez. un., 11 luglio 2018 n. 18240).

Nell'evenienza in cui venga annullato un criterio contenuto nel t.u. dirigenza, l'annullamento deve ritenersi disposto con effetto *erga omnes* e non circoscritto al singolo giudizio (tuttavia il t.u. sulla dirigenza giudiziaria nella versione disponibile non è adeguato a tale statuizione, riportando ancora tale criterio, che invece come detto deve ritenersi annullato con effetto *erga omnes*).

La seconda considerazione è che sia la legge che il t.u. sulla dirigenza giudiziaria indicano i criteri di valutazione di attitudine e merito in forma «discorsivo-narrativa» e non «numerica». Sicché la valutazione che viene compiuta caso per caso non è traducibile in un «voto numerico», ma si esplica mediante un giudizio complessivo e globale in cui il C.S.M. ha sicuramente un maggiore spazio di valutazione rispetto a quello che avrebbe se ad ogni parametro e sottoparametro di valutazione corrispondesse un punteggio numerico predeterminato.

Su tale aspetto viene posta molta enfasi sia nell'articolato del t.u. sulla dirigenza giudiziaria, sia e ancor più nella relazione illustrativa i cui passaggi principali sono stati sopra riportati.

Infatti, nell'articolato, sia quanto agli indicatori generali (artt. 6-13) sia quanto agli indicatori specifici (artt. 14-23) non sono previsti punteggi per ciascun singolo indicatore, e dunque la comparazione e il peso degli stessi è affidato al giudizio concreto di volta in volta.

Quanto alla «valutazione comparativa» dei candidati, si afferma che, pur dovendo essere analitica, è comunque un giudizio

globale e qualitativo e non il frutto di una mera sommatoria aritmetica di indicatori.

(art. 26: «In ordine alle attitudini, si procede alla valutazione analitica dei profili dei candidati mediante specifica disamina degli indicatori previsti nella Parte II, Capo I, attuativi ed esplicativi delle disposizioni di cui all'art. 12, commi 10, 11 e 12 d.lgs. n. 160/2006. 2. Il giudizio attitudinale è formulato in maniera complessiva e unitaria, frutto della valutazione integrata e non meramente cumulativa degli indicatori»).

Unico criterio in un certo senso “numerico” e non discorsivo sono il maggior peso dato agli indicatori specifici rispetto a quelli generali (artt. 26-33), e taluni criteri preferenziali che peraltro non sono vincolanti in assoluto (artt. 34 e 35).

La mancata previsione, nella legge e nel t.u., sulla dirigenza, di punteggi numerici, è probabilmente l'elemento che fa affermare, nella relazione illustrativa, che non vi può essere «degradazione della discrezionalità consiliare a mera discrezionalità tecnica», e un sindacato di legittimità «fondato su automatici criteri preferenziali, certamente lesivi dell'autonomia consiliare».

Ma a ben vedere la circostanza che ci siano indicatori specifici e che si affermi il principio di effettività ancorato ai risultati effettivi conseguiti durante l'incarico, piuttosto che alla sola titolarità formale dell'incarico, non significa cambiare la natura dell'attività svolta dal C.S.M., che resta attività valutativa e di giudizio, ancorata a criteri predeterminati ed elementi fattuali da valutare caso per caso, ma non assurge ad attività insindacabile di ponderazione.

Al contrario, la previsione di indicatori specifici predeterminati, riduce il margine di apprezzamento del C.S.M., che sarebbe bene maggiore se attitudine e merito venissero valutati solo con indicatori generali: infatti in tal caso la platea dei concorrenti sarebbe ben più ampia, laddove gli indicatori specifici servono proprio a ridurre la platea dei concorrenti mediante criteri predeterminati e non individuati caso per caso.

Parimenti, il principio di effettività e la necessità che siano valutati dal C.S.M. i risultati dell'attività direttiva e semidirettiva già espletata, se esclude ogni automatismo della scelta e dunque la possibilità di un sindacato giudiziario formalistico, non esclude però

anche il sindacato del giudice amministrativo sulla correttezza della valutazione svolta da C.S.M. Il giudice amministrativo potrà verificare se il giudizio del C.S.M. sui risultati conseguiti è basato su una corretta istruttoria. Valutare i risultati conseguiti resta attività di giudizio e non attività discrezionale in senso proprio. E valga la considerazione che in altro ambito, quello del pubblico impiego privatizzato, la valutazione della performance e in sostanza dei risultati conseguiti, è affidata a organismi indipendenti di valutazione (O.I.V.), che la compiono sulla base di parametri e criteri che consentono una misurazione obiettiva.

In definitiva, quando si tratta di conferimento di incarichi, o si segue un criterio fiduciario (sia pure basato su una base di requisiti necessari) o si segue un criterio meritocratico. Solo nel primo caso può parlarsi di discrezionalità in senso proprio (tra più candidati aventi tutti i requisiti base, viene scelto quello che piace di più secondo un criterio fiduciario).

Se si afferma invece il principio meritocratico, ed è quello che fa qui la legge e che ribadisce in modo espresso il t.u. del C.S.M. («L'intento è far sì che la meritocrazia non rimanga un'affermazione di principio, ma rappresenti realmente il valore fondante di ogni scelta selettiva»), allora la scelta del migliore avviene mediante un concorso comparativo, con criteri di valutazione predeterminati, e finalizzati a pervenire alla scelta del migliore con scarsi margini di opinabilità; quei pochi che residuassero, vengono sciolti con una attività di giudizio comparativo che nulla ha a che vedere con nozioni quali scelta politica, scelta fiduciaria, scelta di opportunità o di merito amministrativo. In altri termini, meritocrazia e merito amministrativo hanno in comune solo una radice linguistica, ma per il resto sono nozioni del tutto opposte e inconciliabili.

6. *Il sindacato del giudice amministrativo: le affermazioni di principio e le declinazioni concrete.*

Sub 3) Le massime tralaticie fanno riferimento ai concetti di discrezionalità e merito amministrativo, e all'asserito rispetto della sfera riservata al C.S.M., considerando il merito delle valutazioni un confine invalicabile per il giudice; ciò non di meno il sindacato

del giudice amministrativo resta particolarmente ampio e non diverso da quello compiuto ogni qualvolta sia in gioco una attività valutativa di giudizio.

Si afferma che l'organo di autogoverno gode di una discrezionalità che è sindacabile, in sede di legittimità solo se «inficiata per irragionevolezza, omissione o travisamento dei fatti, arbitrarietà o difetto di motivazione» (2).

«Resta, invece, preclusa al sindacato giurisdizionale la valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto dell'organo di governo autonomo, o una decisione che esprima una volontà del giudicante che si sostituisca a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito».

«In ogni caso, il detto sindacato — ferma la sfera riservata del merito delle valutazioni e delle scelte espresse dall'organo di governo autonomo — deve nondimeno assicurare la puntuale ed effettiva verifica del corretto e completo apprezzamento dei presupposti giuridico-fattuali costituenti il quadro conoscitivo considerato ai fini della valutazione, la coerenza tra gli elementi valutati e le conclusioni cui è pervenuta la deliberazione, la logicità della valutazione, l'effettività della comparazione tra i candidati, la sufficienza della motivazione» (Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 2016 n. 607).

Anche la delibera sulla nomina alla più alta carica magistratuale (primo presidente della Corte di cassazione) costituisce pur sempre espressione di un'attività formalmente e sostanzialmente

(2) Cons. St., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5835; sez. V, 4 gennaio 2019, n. 97; sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5696; sez. V, 18 giugno 2018, n. 3716; sez. V, 5 marzo 2018, n. 1345; sez. V, 23 gennaio 2018, n. 432; sez. V, 17 gennaio 2018, n. 271; sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5828; sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4786; sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 5122; sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5513; sez. IV, 6 giugno 2014, n. 2880; sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 471; sez. IV, 27 agosto 2012, n. 4618; sez. IV, 12 gennaio 2012, n. 120; sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3664; sez. IV, 12 maggio 2011, n. 2859; sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8299; sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2098; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6901; sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1841; sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 221; sez. IV, 11 settembre 2009, n. 5479; sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6707; sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4839; sez. IV, 14 luglio 2008, n. 3513; sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3369; sez. IV, 22 dicembre 2007, n. 6616; sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3893; v. anche Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5933.

amministrativa (e non un atto di carattere politico o paragiurisdizionale) (Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007 n. 3893).

Per le procedure concorsuali diverse da quelle del C.S.M. si parla con maggiore correttezza di discrezionalità tecnica: i «giudizi espressi dalle commissioni di concorso nelle procedure di valutazione, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, possono essere oggetto di sindacato di legittimità del giudice amministrativo nei limiti del travisamento dei presupposti di fatto, dell'illogicità e della manifesta irragionevolezza o della non corrispondenza delle valutazioni con le risultanze di fatto» (Cons. St., sez. IV, 31 agosto 2018 n. 5129, Id., sez. VI, 19 gennaio 2018 n. 352); analogamente quanto al giudizio di valutazione delle offerte tecniche negli appalti (Cons. St., sez. III, 2 settembre 2019 n. 6058).

In alcuni casi anche per gli incarichi direttivi conferiti dal C.S.M. la giurisprudenza parla di discrezionalità tecnica (Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2010 n. 1841; Id., sez. IV, 11 settembre 2009 n. 5479 qualifica la procedura come concorso per titoli con una attività valutativa a carattere “tecnico-discrezionale”).

Al di là delle diverse categorie utilizzate “discrezionalità” o “discrezionalità tecnica”, l’ambito di penetrazione del sindacato giudiziale è ricostruito in modo identico: esame della corretta acquisizione e valutazione dei fatti, sindacato su vizi di istruttoria e motivazione, illogicità, irragionevolezza, travisamento, incoerenza).

Perciò appaiono più corrette le seguenti massime:

1) la tutela avverso le delibere del C.S.M. è indefettibile, rientra nell’ambito dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale (insuscettibili di soppressione con eventuali riforme costituzionali: cfr. Corte cost., 29 dicembre 1988 n. 1146) e consente la proponibilità di ogni censura di legittimità da parte del magistrato, ivi compreso ogni profilo di eccesso di potere (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2008 n. 771);

2) la legge assegna al C.S.M. un margine di apprezzamento particolarmente ampio e il sindacato del giudice amministrativo deve restare parametrico della valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla pubblica amministrazione, senza evidenziare una diretta «non condivisibilità» della valutazione stessa (Cons. St.,

sez. V, 4 gennaio 2019 n. 97; Id., sez. V, 23 gennaio 2018 n. 432; Id., sez. V, 17 gennaio 2018 n. 271; Cass., sez. un., 5 ottobre 2015 n. 19787).

Più che di discrezionalità è corretto parlare di attività di giudizio con margine di apprezzamento, e limite della verifica giudiziale della valutazione compiuta dal soggetto preposto al giudizio (qui C.S.M.), che si arresta alla soglia della opinabilità, e non può spingersi a dire se condivisibile o non condivisibile. Il sindacato giudiziale si arresta quando non ci sono vizi della valutazione (omessa o insufficiente valutazione, illogicità della stessa), ma c'è un margine di opinabilità, e dunque è questione di condivisibile/non condivisibile.

Né sembra corretto ritenere che mentre nelle procedure concorsuali ordinarie c'è discrezionalità tecnica, in quelle del C.S.M. c'è discrezionalità amministrativa giustificata dalla posizione costituzionale del C.S.M.; una tesi che prova troppo, perché si può al contrario osservare che la indipendenza dei giudici e la soggezione solo alla legge impone il rispetto del principio di legalità anche quanto ai criteri di valutazione dei magistrati per gli incarichi direttivi; e la legge in concreto impone criteri di valutazione più stringenti di quelli che la legge impone per altre procedure concorsuali, restringendo, piuttosto che ampliando, l'ambito valutativo lasciato al C.S.M.

Ma la questione non è nemmeno di ordine quantitativo, ma qualitativo: la scelta di candidati in una procedura concorsuale retta dal principio di legalità e dal criterio meritocratico, con criteri in buona parte predeterminati dalla legge, è attività di giudizio sorretta da regole tecniche (che tali sono i criteri misuratori di attitudine e merito) e non attività discrezionale.

Le massime tralaticie sopra riportate sono poste a cappello introduttivo di tutte le decisioni sia quelle che respingono i ricorsi sia quelle che li accolgono e annullano le delibere del C.S.M.

Tanto a conferma che il giudizio è in concreto un giudizio sui fatti e sulle valutazioni, in cui viene ripercorso l'iter logico istruttorio compiuto dal C.S.M. senza alcun limite per il giudice di pieno accesso agli atti e fatti, e viene verificato se esso presenti lacune, difetti, incongruenze.

7. *Casistica giudiziaria.*

La giurisprudenza ha fornito alcune indicazioni sul modo di esercizio del sindacato del giudice amministrativo e sui vizi del provvedimento del C.S.M.

a) *Sindacato sui criteri fissati dal t.u. dirigenza giudiziaria del C.S.M.*: si è già osservato che il potere “paranormativo” del C.S.M. deve rispettare il principio di legalità, potendo specificare i criteri di legge, ma non derogarli o innovarli, entro questi limiti il giudice amministrativo può, senza esulare dai limiti della sua giurisdizione, annullare criteri fissati dal C.S.M. *contra legem* (Cons. St. n. 4220/2017 confermata da Cass., sez. un., n. 18240/2018).

b) *Indicatori specifici*: hanno speciale rilevanza ma non sono requisiti imprescindibili; «le esperienze integranti indicatori specifici non devono necessariamente sussistere nel profilo del magistrato proposto, perché ad esse non si è attribuito carattere di imprescindibilità, ma solo di speciale rilievo nel giudizio comparativo tra i diversi aspiranti. A fronte, dunque, della circostanza che un candidato possa vantare indicatori specifici, lo “speciale rilievo” che essi rivestono implica solo che la valutazione del C.S.M. non possa mai prescindere, nel senso che la decisione di preferire, nella valutazione complessiva, un candidato che ne sia privo (o sia in possesso di indicatori specifici meno significativi) richiede un particolare sforzo motivazionale, volto ad evidenziare, attraverso un puntuale esame del profilo curriculare, la maggiore “attitudine generale” o il particolare “merito” del candidato prescelto» (Cons. St., sez. V, 16 ottobre 2017 n. 4786).

c) *Il progresso svolgimento di incarico direttivo o semidirettivo non è necessariamente criterio di preferenza*. Casistica più specifica: il giudice amministrativo riconosce la correttezza del criterio di effettività, ossia non rileva la sola titolarità formale di progressi incarichi direttivi o semidirettivi. Il solo dato formale dell’aver ricoperto funzioni direttive o semidirettive non assurge di per sé a criterio preferenziale poiché, in caso contrario, resterebbe precluso

l'accesso a incarichi direttivi anche a magistrati che non abbiano mai prima svolto quelle funzioni e non sarebbe possibile valorizzare le capacità di organizzazione del lavoro e di direzione desumibili dalle funzioni esercitate (Cons. St., sez. V, 23 agosto 2019 n. 5835; Id., sez. V, 14 settembre 2017 n. 4345; Id., sez. IV, 11 febbraio 2016 n. 607; Id., sez. IV, 24 maggio 2010 n. 3266: «il mancato svolgimento di funzioni direttive non rappresenta un aspetto dirimente, di fronte al quale possano configurarsi posizioni di primazia degli aspiranti che, al contrario, abbiano ricoperto incarichi di natura dirigenziale (o anche semidirigenziale), in quanto una conclusione di questo tipo imporrebbe che l'accesso a un ufficio direttivo, nelle procedure ove sia presente almeno un titolare di incarico di analoga natura, sia riservato solamente al candidato che già tale posizione riveste, quasi si trattasse di una sorta di mobilità orizzontale»).

d) Tuttavia valutazione e peso degli indicatori specifici: necessità di motivazione rafforzata del giudizio comparativo se si preferisce un candidato che non ha indicatori specifici o li ha di minor peso: «l'espressa attribuzione — a priori — di uno “speciale rilievo” a determinati indici, (...), se certo non costituiva da sé sola (...) un requisito di legittimazione per l'accesso alle funzioni direttive di un ufficio giudicante di secondo grado, né avrebbe potuto determinare “l'automatica e incondizionata prevalenza del magistrato che li possiede rispetto a quello che non li possiede”, vincolava però l'organo di governo autonomo a prenderli espressamente in considerazione ed a puntualmente motivare sulle ragioni che, eventualmente, l'avessero indotto a ritenerli non rilevanti o comunque recessivi ai fini del giudizio di comparazione, tanto più ove si consideri che gli stessi non risultavano posseduti dai candidati portati alla valutazione del *Plenum*, ai fini dell'attribuzione dell'incarico di Presidente (...).

La previsione secondo cui gli indicatori specifici hanno “speciale rilievo” va dunque interpretata — come del resto evidenzia anche la relazione illustrativa del Testo unico — nel senso che gli “elementi e le circostanze sottese agli indicatori specifici, proprio per la loro più marcata attinenza al profilo professionale richiesto

per il posto da ricoprire, abbiano un adeguato spazio valutativo e una rafforzata funzione selettiva».

«Ne deriva che, laddove un candidato possa vantare indicatori specifici, lo “speciale rilievo” che essi rivestono implica che la valutazione del C.S.M. non possa mai prescindere, nel senso che la decisione di preferire, nella valutazione complessiva, un candidato che ne sia privo (o sia in possesso di indicatori specifici meno significativi) richiede un particolare sforzo motivazionale, volto ad evidenziare, attraverso un puntuale esame del profilo curriculare, la maggiore “attitudine generale” o il particolare “merito” del candidato prescelto, tanto perché “ i c.d. indicatori specifici sono criteri “settoriali”, in quanto rilevano ai fini della valutazione specifica dell’attitudine direttiva, ma non esauriscono l’intera figura professionale del magistrato, che deve essere, invece, ricostruita nella sua complessità, tenendo conto degli indicatori generali e del “merito”» (Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2019 n. 97, *Vetrone c. C.S.M.*, annulla provvedimento del C.S.M.; Id., sez. V, 16 ottobre 2017 n. 4786).

*e) In caso di concorso per ufficio direttivo, la preferenza del candidato che non ha progressi incarichi direttivi rispetto al candidato che vanta un progresso incarico direttivo necessita di articolata motivazione per dimostrare la ritenuta non rilevanza dell’indicatore specifico, fermo il principio che il progresso esercizio di funzioni direttive non dà automaticamente la prevalenza (Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018 n. 271, *Giovagnoli c. C.S.M. e Musti*, annulla provvedimento del C.S.M.: «l’avvenuto esercizio, nella pienezza della qualifica, delle funzioni direttive, stante l’oggettiva maggior ampiezza, rilevanza e responsabilità rispetto a quelle semidirettive, non può ragionevolmente risultare tout court ininfluyente e privo di specifico apprezzamento. L’opposto assunto (...) porterebbe del resto alla paradossale conclusione che per assumere prevalenti attitudini sarebbe sufficiente anche la mera attività di “di coordinamento di posizioni tabellari o gruppi di lavoro”, in posizione nemmeno semidirettiva: che per la stessa previsione sarebbe senz’altro assimilata all’avvenuto svolgimento di funzioni direttive perché contestualizzata nel medesimo ricordato indicatore. La conse-*

guenza sarebbe paradossale perché, nella scelta per destinare a un ufficio direttivo, quanto ad attitudini banalizzerebbe il rilievo dell'avvenuto svolgimento di analoghe funzioni direttive, assimilato al coordinamento di posizioni tabellari o gruppi di lavoro, obliando quanto attiene alla specificità di un'omologa (rispetto alla funzione messa a concorso) responsabilità dirigenziale, configurata per la sua specifica funzione dalla legge. Non solo: se, analogamente alla delibera impugnata, portata a divenire dominante su ogni altra valutazione, porterebbe in pratica alla vanificazione del pregresso svolgimento sia di funzioni direttive che di funzioni semi-direttive. (...) Sussiste pertanto, insieme al difetto di motivazione, la lamentata violazione dell'art. 12, commi 10 e 11, d.lgs. n. 160/2006: a tenore dei due detti commi, infatti, "le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo" debbono essere valutate "specificamente": ma questa specificità è stata invece senz'altro sostituita dall'assimilazione. Sempre alla luce di questa specificità, considerata ancora sub specie di difetto di motivazione, escluso l'automatismo dell'assimilazione delle qualifiche o posizioni, nella comparazione di candidati che hanno svolto funzioni di livello differente, uno direttive e l'altro semidirettive, anche alla luce del solo predetto indicatore, il C.S.M. non può esimersi dall'esternare puntualmente, pur nella valutazione globale, le consistenti ragioni, basate sui fatti che hanno caratterizzato l'attività degli interessati, che portano ad accordare prevalenza a chi può vantare solo funzioni di livello inferiore e a pretermettere la diversa e superiore, e di consolidato periodo, esperienza altrui in qualifica superiore. (...)»).

f) Gli indicatori specifici indicati dalla legge non possono essere sminuiti valorizzando come profili di demerito elementi che rientrano come profilo di merito nell'indicatore specifico legale: in particolare l'art. 13 d.lgs. n. 159/2011 fissa per gli incarichi direttivi e semidirettivi nella DNA: a) abbiano svolto, anche non continuativamente, funzioni di pubblico ministero per almeno dieci anni (c.d. requisiti di legittimazione); b) vantino specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti in materia di criminalità organizzata e terroristica (c.d. criteri di valu-

tazione, da riguardarsi quali prioritari ai fini del conferimento della carica). Sicché costituisce elemento di valutazione *ex lege* anche la pregressa appartenenza alla DNA, che pertanto non può essere in sede di valutazione del C.S.M. sminuita perché la candidata non avrebbe svolto diretta attività di indagine (che esula dai compiti della DNA) (Cons. St., sez. V, 5 marzo 2018 n. 1345, *De Simone c. C.S.M.*, annulla conferimento incarico semidirettivo di Procuratore aggiunto della DNA).

g) *Non può utilizzarsi come criterio di preferenza il c.d. radicamento territoriale (ritenuto criterio atipico spurio e incongruo), la conoscenza dell'ufficio ad quem per esservi il concorrente già incaricato o avervi già prestato servizio, trattandosi di un criterio non previsto né dalla legge né dal t.u. sugli incarichi direttivi, e inoltre di criterio discriminatorio che contrasta con il principio costituzionale di eguaglianza e quello secondo cui i giudici si distinguono solo per diversità di funzioni* (Cons. St., sez. V, n. 4042/2018, «la conoscenza dell'ufficio *ad quem* e del suo territorio, ivi prestando (...) già servizio (...) è (...) un profilo che non può — anche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza e della sua declinazione all'art. 51 Cost., come del principio dell'art. 107, terzo comma, Cost. per cui i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni — assumere rilievo alcuno in uno scrutinio comparativo che è per sua natura su base nazionale e dunque non può che prescindere dal radicamento personale sul singolo territorio. Diversamente, sotto la veste della rinnovanda motivazione si introdurrebbe un criterio selettivo nuovo e atipico, spurio e incongruo rispetto all'impersonalità e uniformità degli uffici giudiziari; e si determinerebbe nei fatti un'asimmetria fatalmente incolmabile tra i candidati»; 20 ottobre 2018, n. 6137, *Laganà c. C.S.M.*, incarico di presidente di tribunale di Venezia: non può essere «attribuito rilievo preponderante, ai fini della dimostrazione delle capacità di gestione ed organizzative relative all'ufficio direttivo da attribuire, a un criterio non stabilito dalla legge, né dalle previsioni di matrice consiliare, consistente nel “radicamento territoriale” del magistrato: cioè nell'aver prestato il proprio servizio «interamente nel territorio veneto», in uffici «di dimensioni consistenti e da

oramai diversi anni proprie nel peculiare ufficio di grandi dimensioni a concorso »).

h) È apprezzabile il vizio di contraddittorietà laddove il C.S.M. valuti il medesimo candidato in modo difforme in due ravvicinate procedure concorsuali senza dare conto delle ragioni sopravvenute che giustificano il revirement (Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2018 n. 5696, Nitti c. C.S.M. e Di Maio, incarico direttivo di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trani, annulla delibera del C.S.M.: «(...) dove cioè l'amministrazione manifesti di discostarsi da conclusioni precedentemente rassegnate dall'organo competente a formulare le proposte di assegnazione dell'incarico: in un caso siffatto, invero, occorre anche dar manifesto e adeguato conto delle specifiche ragioni sopravvenute alla luce delle quali si è ritenuto di mutare orientamento, rispetto a una precedente valutazione regolarmente espressa dall'organo a ciò competente. Appare coerente e conforme a ragione — e dunque essenziale per il valido manifestarsi dell'azione amministrativa — che l'amministrazione, nel riprendere in esame una medesima posizione, giustifichi il disparere rispetto alla precedente valutazione: il che può avvenire manifestando la giustificazione offerta da oggettivi e specifici fatti sopravvenuti, per a loro importanza idonei a fondare un tale revirement»; Cons. St., sez. V, 18 giugno 2018 n. 3716, C.S.M. c. Raineri, incarico semidirettivo di presidente di sezione di corte di appello di Milano, resta annullato il provvedimento del C.S.M.: «Per quanto il nuovo procedimento di conferimento dell'incarico (di cui qui si verte) è distinto rispetto a quello nel cui ambito venne espresso il parere 1° giugno 2016, sta di fatto che si tratta dei medesimi soggetti e del medesimo oggetto. A fronte di che, un'elementare esigenza di coerenza e linearità complessiva dell'azione amministrativa impone un siffatto onere di giustificazione e motivazione. Diversamente, una valutazione che la legge vuole poggiata su parametri tecnici si presterebbe a divenire espressione di mera, oscillante a piacimento, volontà: con chiaro vulnus al generale principio di legalità che regge l'intera azione amministrativa, inclusa quella del C.S.M., e che nello Stato di diritto impone che l'amministrazione manifesti la coerenza e la

plausibilità delle proprie opzioni. Non poteva dunque il Plenum, in una tale particolare situazione, prescindere dal proprio dato della precedente valutazione, benché espressa a solo livello di Commissione: e tanto più che si trattava di una valutazione recente. Si versava davanti alle medesime circostanze di fatto (di loro immutabili perché relative alla trascorsa carriera in magistratura) su cui la V Commissione, a quadro normativo invariato, aveva espresso quel chiaro giudizio comparativo: la legittimità e correttezza del quale mai risultano essere state oggetto di contestazione alcuna»).

*i) Va motivata la mancata rilevanza data ai significativi ritardi nell'attività giurisdizionale, con la precisazione che ai fini del conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi i ritardi significativi sono rilevanti anche se non assurgono alla consistenza rilevante a fini disciplinari; «nell'omettere, ai fini per i quali stava provvedendo, verifica e valutazione di fatti sintomatici di prima importanza pur acquisiti in istruttoria (l'esistenza di ritardi di deposito, anche cospicui, nonché due procedimenti disciplinari per ritardi nell'attività giurisdizionale, sebbene conclusi con provvedimenti di assoluzione)» (Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5933, *Carpino c. C.S.M.*, annulla nomina di presidente di sezione di tribunale).*

l) Anzianità: la giurisprudenza formatasi prima del nuovo tu sulla dirigenza giudiziaria riteneva che l'anzianità fosse un requisito da valutare con specifica motivazione nel caso di conferimento di incarico a candidato "fuori fascia", nel senso che fosse necessario «il possesso, da parte del candidato "fuori fascia", di profili professionali di attitudine e di merito di pregnanza e significatività talmente evidenti e preclari, da poter agevolmente superare il confronto comparativo con gli altri candidati che lo precedono in ruolo» (Cons. St., sez. IV, 24 maggio 2010 n. 3266: «Quello del "particolare rilievo", dunque, costituisce elemento eccezionale, riferibile a magistrati che si siano particolarmente distinti anzitutto e particolarmente nell'assolvimento delle funzioni giurisdizionali e tale eccezionalità deve essere adeguatamente evidenziata nel corpo della motivazione del parere della Commissione

del C.S.M. (...) Con specifico riferimento alla c.d. “apertura della fascia” a candidati meno anziani, questa Sezione ha più volte sottolineato come — ferma restando l’ampia discrezionalità che connota le scelte del C.S.M. nella valutazione dei vari aspiranti alle funzioni ed agli uffici da conferire — essa vada adeguatamente motivata con riferimento ai presupposti cui la stessa normativa subprimaria la subordina; presupposti che possono consistere, in alternativa, o nello scardinamento del criterio preliminare e presuntivo di idoneità dei candidati della fascia, cioè nella constatata inadeguatezza dei candidati in fascia o nell’esistenza, di valenza preclara ed assorbente, di doti attitudinali e di merito di spiccato rilievo in capo al candidato meno anziano. Con la stessa giurisprudenza della Sezione si è anche precisato che le predette doti devono essere “spiccate”, tali da imporsi pressoché *ictu oculi*, cioè in misura talmente eclatante da far apparire inutile ogni ulteriore valutazione, indipendentemente, cioè, da una comparazione con gli eventuali altri candidati “fuori fascia” (...) Questa operazione, tuttavia, necessita pur sempre di un’adeguata ricognizione ed esposizione di tutti i profili professionali dei vari magistrati interessati al procedimento»).

Nel nuovo t.u. sulla dirigenza giudiziaria, l’anzianità costituisce requisito di partecipazione alla procedura concorsuale, in quanto in base alla legge occorre, per ciascuna tipologia di incarico direttivo o semidirettivo, aver conseguito una certa valutazione di professionalità, e come è noto le valutazioni di professionalità si conseguono ogni 4 anni; tuttavia, una volta che a un dato incarico concorrano più candidati tutti in possesso del requisito minimo di anzianità (*recte*: della valutazione di professionalità prescritta) non vi è alcuna regola, né nella legge, né nel t.u. della dirigenza, che imponga di preferire i candidati con la più alta valutazione di professionalità; al contrario, l’anzianità non concorre come titolo sullo stesso piano del merito e dell’attitudine, ma è criterio residuale: l’art. 24 del t.u. dispone che «1. È esclusa la rilevanza dell’anzianità quale parametro di valutazione. 2. Il periodo trascorso dal conferimento delle funzioni giudiziarie rileva solo come criterio di validazione dei requisiti delle attitudini e del merito, dei quali attesta la costanza, la persistenza e lo specifico

valore. 3. In applicazione del criterio generale di cui all'art. 192, comma 4, r.d. n. 12/1941, nel caso in cui la valutazione comparativa fra due o più aspiranti al medesimo incarico si concluda con giudizio di equivalenza dei rispettivi profili professionali è dato rilievo, in via meramente residuale, alla maggiore anzianità nel ruolo della magistratura».

Dunque l'anzianità da un lato è requisito di partecipazione e non titolo, dall'altro lato è titolo residuale a parità degli altri requisiti di anzianità e merito.

Vi è poi un limitato rilievo non già dell'anzianità in quanto tale, ma del prolungato esercizio delle funzioni giurisdizionali: secondo l'art. 35 del t.u. sulla dirigenza giudiziaria, il positivo esercizio delle funzioni giudiziarie per almeno dieci anni, anche se non continuativi, a parità di condizioni, costituisce, di regola, elemento preferenziale per il conferimento delle funzioni direttive e semidirettive.

m) Gli incarichi extragiudiziari: nel vigore della disciplina del C.S.M. anteriore al tu del 2015, la giurisprudenza amministrativa aveva dequotato la valenza degli incarichi extragiudiziari, anche se in ambito Ministero della giustizia e C.S.M., ritenendo che fossero sempre prevalenti gli incarichi giudiziari rispetto a quelli *extragiudiziari* (Cons. St., n. 3266/2010 cit.: «il legislatore ha ritenuto di non consentire di attribuire a specifica valenza o significativa importanza ad incarichi di natura esterna, che, anche per il loro carattere fiduciario e non esclusivamente meritocratico ed oggettivo, non possono considerarsi *ex se* sintomi rivelatori di particolare attitudine e capacità di gestire un importante e visibile Ufficio Giudiziario in modo efficiente, indipendente ed imparziale. In ogni caso, anche nel nuovo assetto ordinamentale introdotto dalle novelle del 2006 e del 2007 (d.lgs. n. 160 e legge n. 111) il riferimento ai meriti ed alle attitudini dimostrate ed acquisiti in campo giudiziario appare prevalente e comunque non recessivo rispetto ad altri meriti acquisiti all'esterno dell'attività giurisdizionale». Il principio di non discriminazione dei magistrati fuori ruolo, che possono comunque conseguire le valutazioni di professionalità, secondo tale giurisprudenza non si traduce in un titolo preferenziale: «da que-

sto principio di non detrimento delle funzioni extragiurisdizionali non può, tuttavia, ricavarsi neppure l'opposto criterio di preminenza o comunque significatività in ogni caso delle funzioni "esterne" espletate dal magistrato, ovvero di assoluta loro equiparazione ai magistrati collocati in fascia e che abbiano maturato titoli altrettanto significativi per qualitativamente costante e temporalmente duratura dedizione all'istituzione magistratuale»). Il nuovo t.u. sulla dirigenza giudiziaria indica in modo chiaro a quali condizioni sono valutabili gli incarichi extragiudiziari, secondo criteri di effettività, risultati e rilevanza per la funzione giurisdizionale ma da essa non può desumersi il primato degli incarichi giudiziari rispetto a quelli extragiudiziari, ferma la norma di chiusura sul positivo e prolungato esercizio delle funzioni giurisdizionali come normale criterio di preferenza (ma non inderogabile in assoluto) (art. 13 t.u.: «1. L'attitudine organizzativa e le esperienze ordinamentali maturate attraverso attività professionali fuori del ruolo organico della magistratura sono valutate in concreto apprezzando: la natura e le competenze dell'ente conferente l'incarico, con particolare riguardo al Ministero della giustizia e agli organi costituzionali; l'attinenza del contenuto dell'incarico alla funzione giudiziaria; l'idoneità dell'incarico fuori ruolo all'acquisizione di competenze utili all'amministrazione della giustizia e i risultati effettivamente conseguiti. 2. Non sono, comunque, oggetto di valutazione, ai fini della verifica dell'attitudine organizzativa né possono rilevare ai fini della maturazione di esperienze ordinamentali le altre esperienze maturate nell'ambito di incarichi elettivi di carattere politico a livello nazionale o locale, nonché quelle svolte nell'ambito del governo e, a qualsiasi titolo, negli enti territoriali (Regione, Provincia, Città Metropolitana e Comune) e presso gli organismi elettivi sovranazionali »).

n) Fatti negativi che non hanno avuto rilievo penale o disciplinare: possibilità di autonoma valutazione da parte del C.S.M. in senso difforme dalla sede penale o disciplinare, e in particolare in senso ostativo del conferimento dell'incarico (Cons. St., sez. IV, n. 1841/2010 e n. 2098/2010 cit.: «la valutazione per il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati comporti una conside-

razione complessiva, sebbene analitica nei vari profili dell'anzianità, del merito e delle attitudini, e quindi venga basata su una pluralità di elementi di fonte eterogenea, che difficilmente si prestano ad essere oggetto di un calcolo meramente aritmetico. Tale considerazione, unita alla rilevanza della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e della necessità che il sostrato fattuale venga adeguatamente provato, esclude che il Consiglio superiore della Magistratura sia vincolato dagli accertamenti operati in sede diverse, quali quella disciplinare o quella penale, se non nei limiti in cui dai detti procedimenti emergano profili idonei ad incidere la base di giudizio, escludendo l'effettiva esistenza di una circostanza. Il compito dell'organo di autogoverno è invero quello di valutare la persona del magistrato in vista dell'esplicazione delle funzioni direttive, e si avvale quindi di un *modus operandi* non omogeneo rispetto agli altri.

Sulla base di quanto appena evidenziato, la Sezione ritiene che non possa ritenersi errata la valutazione svolta dal C.S.M. sulle attitudini dell'appellato (...) in relazione all'incarico oggetto di conferimento.

(...) Come emerge dalla lettura dei documenti, la minor considerazione della posizione della parte appellata è stata fondata sull'esistenza di un rapporto privilegiato tra il procuratore (...) e l'imprenditore (...), provato dall'esistenza di intercettazioni telefoniche che hanno fatto risaltare elementi tali da indurre considerazioni non del tutto positive in rapporto al carattere di indipendenza e riserbo, connaturati all'esercizio dell'attività giudiziaria. La detta fattispecie, sebbene non assurda a profilo rilevante dal punto di vista penale o disciplinare, è comunque fatto storicamente accertato e non confutato. Si tratta quindi di un elemento che il Consiglio superiore della Magistratura ben poteva porre a fondamento della propria decisione, indipendentemente dal fatto che fosse stato valutato in quelle sedi diverse con esiti favorevoli al procuratore ...»).

o) Perdurante interesse al ricorso anche in caso di pensionamento: l'avvenuto pensionamento non elide il permanere dell'interesse, quantomeno "morale", al ricorso e non impedisce al giudice

di pronunciarsi sullo stesso in sede di cognizione di legittimità, anche se in sede di ottemperanza non è più possibile conseguire l'esecuzione in forma specifica con la nomina "ora per allora"; non rileva l'orientamento (della decisione delle Sezioni Unite n. 23302/2011, in parte peraltro successivamente rimeditato) laddove si è affermato (proprio muovendo dall'esame degli effetti dell'avvenuto pensionamento delle parti processuali private) che «non vi era quindi più spazio per un provvedimento giurisdizionale di ottemperanza, volto ad imporre il compimento di un'attività amministrativa della quale non sussistevano più gli indispensabili presupposti, potendo invece la tutela del dott. S. esplicarsi nel naturale solco di una pretesa risarcitoria».

Ciò in quanto ivi trattavasi di giudizio di ottemperanza "puro".

Per altro verso, ed a tutto concedere, permarrebbe l'interesse ad un accertamento della eventuale illegittimità del provvedimento gravato, nei termini scolpiti *ex art.* 34, comma 3, c.p.a. (Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2014 n. 4987).

Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2014 n. 3501 nel noto caso *Vittoria*, in parte qua confermata dalle sezioni unite, afferma che il collocamento in congedo non fa per ciò solo venir meno l'interesse a vedere riconosciuti i propri meriti a meno di voler sostenere che la quiescenza faccia automaticamente venire meno ogni interesse morale ai dovuti riconoscimenti alla propria carriera. «Né si vede come ciò possa vulnerare le prerogative dell'Amministrazione resistente dal momento che la delibera ora per allora non potrebbe incidere né sull'appellante né sul controinteressato ambedue da tempo a riposo.

La tesi opposta propugnata dall'Amministrazione porta alla conseguenza di ritenere recessivo il primario valore di un giusto processo cui è inscindibilmente legata la conseguente attuazione della decisione rispetto ad un supposto *vulnus* alle prerogative del C.S.M. in tema di organizzazione degli uffici giudiziari *vulnus* che tuttavia nella fattispecie non avrebbe alcuna possibilità di verificarsi.

Appare altresì ininfluyente a questi fini la considerazione che per effetto del pensionamento l'incarico non sia più conferibile e

che l'unico risultato pratico sia conseguibile sul piano economico del trattamento di quiescenza azionabile in altra sede e nei confronti di altra amministrazione.

La tesi sostenuta dalla difesa dell'amministrazione oblitera alcune considerazioni.

Innanzitutto, come già accennato, trascura il fondamentale principio processuale e, prima di esso di civiltà giuridica, secondo cui chi ha ottenuto una decisione definitiva favorevole ha il diritto di vederla messa in esecuzione con l'*actio iudicati* sia in campo civile (art. 2953 c.c.) sia in campo amministrativo (art. 112 c.p.a.).

Ovviamente l'esecuzione del giudicato specie se in forma specifica incontra — come già accennato — i noti limiti dell'impossibilità di conseguire la res specifica ad esempio perché distrutta, quello della infungibilità dell'obbligo di fare, quello del nocuo all'economia nazionale (artt. 2930-2933 c.c.).

Nessun motivo ostativo del genere ricorre con tutta evidenza nella fattispecie in esame in cui si tratta di reiterare una semplice attività amministrativa peraltro di routinario espletamento nell'ambito delle attribuzioni della P.A. convenuta.

Non si vede infine come sia possibile in altra sede conseguire il trattamento economico corrispondente all'incarico cui aspirava il ricorrente.

È infatti evidente che il trattamento economico corrispondente presuppone il previo necessario riconoscimento, ora per allora, del diritto a ricoprire il più elevato incarico.

Se si esclude nel presente giudizio la possibilità di intervento del C.S.M. non si riesce a comprendere in quale altra sede l'interessato potrebbe azionare le proprie pretese.

Trattandosi di personale in quiescenza l'unica possibile alternativa consiste nel ricorso al giudice delle pensioni ricorso che peraltro, a questi fini, non sarebbe possibile azionare.

Le Sezioni Unite della Cassazione (v. n. 18076/2009) infatti hanno sempre affermato: “È vero che, secondo la giurisprudenza di queste Sezioni unite, la Corte dei conti, in sede di giurisdizione esclusiva sui provvedimenti inerenti al diritto, alla misura ed alla decorrenza della pensione dei pubblici dipendenti (nonché degli altri assegni che ne costituiscono parte integrante), ha il potere-do-

vere di delibare gli atti amministrativi intervenuti nel pregresso rapporto d'impiego, inerenti allo status del dipendente ed al suo trattamento economico, al fine di stabilirne la rilevanza sul trattamento di quiescenza, ma non può decidere, neppure in via incidentale, sulla legittimità di detti atti, trattandosi di questione pregiudiziale che è devoluta alla giurisdizione del giudice del rapporto d'impiego, ove gli atti medesimi siano ancora impugnabili, e che resta preclusa, quando essi siano divenuti definitivi in conseguenza di mancata impugnazione (o di giudicato). E l'inosservanza da parte della Corte dei conti del suddetto divieto, in quanto attinente ai limiti esterni delle sue attribuzioni giurisdizionali, è denunciabile con ricorso alle Sezioni unite della Corte di Cassazione (sentenze n. 6084/1982, n. 7293/1983, n. 99/1999).

Se quindi il giudice delle pensioni nel caso di specie non ha la giurisdizione; se il giudice amministrativo (nella tesi del C.S.M.) neppure ha la giurisdizione; se anche il C.S.M. potesse legittimamente rifiutarsi di procedere ad una valutazione ora per allora; se ne dovrebbe concludere per l'esistenza di una inammissibile patologia dello stato di diritto poiché all'interessato verrebbe così indebitamente e contemporaneamente negata la soddisfazione economica e morale.

Per quanto finora rilevato, ritiene la Sezione che un'eventuale pronuncia limitata in questa sede all'accertamento dell'eventuale illegittimità della determinazione plenaria in contestazione, con conseguente declaratoria limitata al suo annullamento, non possa essere ritenuta di per sé preclusa dal veduto arresto della Suprema Corte».

Le sezioni unite, confermando tale decisione, hanno espresso il seguente principio di diritto: «In caso di concorso bandito dal Consiglio Superiore della magistratura per l'attribuzione di un incarico giudiziario non travalica i limiti esterni della giurisdizione il Consiglio di Stato che, nell'esercizio dell'ordinaria cognizione di legittimità in grado d'appello avverso una sentenza del T.A.R., si pronunci sull'appello, e quindi anche sulla legittimità della delibera del C.S.M., quando il magistrato ricorrente non sia più nel ruolo della magistratura per sopravvenuto collocamento in quiescenza ancorché tale ultima circostanza non consenta successiva-

mente, senza che risultino superati i limiti esterni della giurisdizione, al giudice amministrativo, adito in sede di ottemperanza, di ordinare al C.S.M. di assegnare il posto ora per allora al magistrato vittorioso nel giudizio amministrativo» (Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19787).

8. *Profili di rito.*

È prevista la competenza territoriale del T.A.R. Lazio, e il rito abbreviato dell'art. 119 c.p.a. (art. 17 l. n. 195/1958).

9. *Ottemperanza dei giudicati che annullano delibere del C.S.M.*

Cinque sono temi sono di maggiore ricorrenza in sede di contenzioso sull'esecuzione da parte del C.S.M. dei giudicati di annullamento di nomine a incarichi direttivi e semidirettivi:

a) il carattere autoesecutivo delle sentenze di annullamento e gli ulteriori effetti conformativi;

b) l'adozione di provvedimenti violativi/elusivi del giudicato ovvero di provvedimenti affetti da vizi nuovi in ambiti non toccati dal giudicato e conseguentemente la tipologia di rimedi esperibili dopo un primo giudicato e l'ambito dei poteri del giudice amministrativo;

c) la portata del "vincolo conformativo" del giudicato di annullamento per difetto di motivazione;

d) le sopravvenienze e segnatamente il pensionamento del vincitore, con conseguente impossibilità di esecuzione del giudicato in forma specifica;

e) le norme speciali del giudizio di ottemperanza nei confronti del C.S.M. introdotte dal d.l. n. 114/2014.

9.1. *Sentenze autoesecutive e effetti conformativi.*

In relazione al primo aspetto, si è affermato che nella parte di annullamento, le sentenze del giudice amministrativo sono autoesecutive, producono cioè l'effetto immediato della cessazione dell'incarico annullato, senza bisogno della mediazione di ulte-

riori atti del C.S.M. Si è così specificato che «l'effetto delle sentenze di annullamento del giudice amministrativo nella materia qui in scrutinio comportano l'eliminazione della delibera gravata dal mondo giuridico e, in parte qua, sono senz'altro autoesecutive: l'effetto giuridico si realizza immediatamente ed esclusivamente mediante l'emaneazione della statuizione di annullamento da parte del giudice, senza bisogno che l'Amministrazione compia una consequenziale attività, materiale ovvero giuridica. Il principio trova un preciso addentellato normativo negli articoli 33, c. 2 c.p.a., che scolpisce il carattere dell'esecutività delle sentenze di primo grado e 111 c.p.a., che consente allo stesso Consiglio di Stato, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, di sospendere gli effetti della sentenza impugnata. Dalla sentenza di annullamento possono certamente discendere anche obblighi ripristinatori e conformativi per l'Amministrazione, derivanti dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, ma tali effetti sono un *quid pluris* rispetto all'effetto demolitorio, per ciò stesso autoesecutivo. (...) tali effetti si aggiungano eventualmente al primario effetto demolitorio, e non comportino certo la sospensione di quest'ultimo derivante *ex lege* dalla sentenza, in attesa che la parte resistente si determini a dare osservanza agli ulteriori suoi obblighi. La delibera del C.S.M. annullata dal T.A.R. è invece fondata sul convincimento che l'effetto demolitorio che discende dalla sentenza di annullamento del giudice amministrativo non sia in grado di prodursi autonomamente, ma necessiti sempre e comunque di una consequenziale attività da parte dell'Amministrazione. In concreto, il Consiglio superiore della Magistratura utilizza un'affermazione valevole in relazione all'eventuale fase successiva dell'esecuzione del giudicato per eliminare anche gli effetti immediati della pronuncia demolitoria, che invece non necessitano di alcun adempimento amministrativo. Affermare ciò equivale a svuotare le sentenze di annullamento del giudice amministrativo del loro contenuto precettivo, e costruire un effetto demolitorio come un *quid pluris* rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, con la conseguenza che una simile statuizione, incapace di spiegare autonomamente la propria forza demolitoria, sarebbe con tutta evidenza *inutiliter data*. Se poi tale affermazione fosse

circoscritta, come pare esserlo, alle sole delibere del C.S.M. di annullamento del conferimento di uffici direttivi magistratuali, ciò significherebbe ritagliare un effetto demolitorio ad hoc solo per tali atti, sottraendoli in sostanza al sindacato del giudice amministrativo. Gli effetti conformativi e ripristinatori non sono dunque effetti indefettibili della sentenza di annullamento, che ben può esaurirsi (...) nel mero effetto demolitorio, di talché l'annullamento non potrà che essere *ex se* operante, non dovendo attendere alcuna successiva attività conformativa o ripristinatoria» (Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4293).

9.2. *Violazione ed elusione del giudicato, vizi relativi al giudicato e vizi nuovi.*

Si può dare il caso, più di scuola che frequente nella prassi, della totale inerzia del C.S.M.: di agevole soluzione con un ordine di esecuzione e assegnazione di un termine.

Vi è poi il caso di reiterazione del provvedimento con medesimo contenuto dispositivo previa nuova istruttoria e/o con più articolata e argomentata motivazione.

Se il vizio riscontrato dal giudicato di cognizione è il difetto di motivazione, il provvedimento può essere reiterato con il medesimo contenuto dispositivo, emendando il vizio di motivazione. La correzione deve però essere sostanziale e non invece affidata ad una motivazione solo apparente e formale, per quanto articolata e argomentata. Se così fosse, si incorrerebbe nel vizio di violazione o elusione del giudicato, con sanzione di nullità del nuovo provvedimento.

Occorre anche stabilire il discrimine tra nuovo provvedimento violativo/elusivo del giudicato e nuovo provvedimento (post giudicato) affetto da vizi autonomi, distinzione che rileva per i rimedi esperibili e i poteri del giudice adito (nel primo caso ricorso per ottemperanza, con sindacato del giudice amministrativo esteso al merito e potere sostitutivo, nel secondo caso ricorso di legittimità e sindacato del giudice amministrativo di sola legittimità).

Il discrimine discende dall'effetto conformativo del giudicato: se l'attività dell'amministrazione si pone in collegamento funzionale con l'esecuzione del giudicato, viene in questione una violazione o elusione del giudicato, altrimenti un vizio proprio del provvedimento.

Il discrimine, chiaro in astratto, può essere in concreto di difficile enucleazione; e inoltre si danno casi di duplicità di vizi del nuovo provvedimento: in parte per violazione/elusione del giudicato, in parte vizi nuovi e autonomi.

Alla luce di un più generale orientamento della Plenaria (Cons. St., ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2), non può essere impedito all'interessato, nei casi dubbi, di esperire entrambe le azioni, separatamente o congiuntamente, spettando poi al giudice la corretta qualificazione, verificando se ricorre una sola tipologia di vizi o entrambe le tipologie e provvedendo se del caso alla conversione del rito. Ha infatti ritenuto in generale la plenaria che «l'instaurazione di due distinti giudizi — che è conseguenza di una incertezza derivante dallo stesso ordinamento processuale — non elimina la sostanziale unicità di una domanda che presuppone implicitamente la richiesta al giudice, insieme all'esame della natura della patologia dell'atto, la corretta qualificazione della tipologia dell'azione»; con l'ulteriore corollario per cui il detto esame non potrebbe utilmente avvenire «se non attraverso un esame congiunto e comparativo delle due domande, ancorché le stesse introducano — per effetto del sistema processuale vigente — due giudizi tipologicamente distinti, l'uno di cognizione l'altro di ottemperanza» (3).

(3) Più in dettaglio, secondo la plenaria n. 2/2013, il c.p.a. mostra un *favor* per la concentrazione nell'alveo del giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato e che siano afferenti alla sua esecuzione: senonché — in armonia con i pregressi approdi giurisprudenziali — è stato ritenuto che tale *favor* non potesse spingersi al punto «di poter affermare che qualsiasi provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, e che non sia satisfattivo della pretesa del ricorrente vittorioso, debba essere portato davanti al solo giudice dell'ottemperanza» (con ciò ribadendosi la validità dell'insegnamento per cui ove il nuovo atto successivo al giudicato non sia elusivo o in violazione del giudicato, ma autonomamente lesivo, poiché va a coprire spazi lasciati vuoti

Le Sezioni Unite hanno, proprio in materia di ottemperanza di giudicati su delibere del C.S.M. relative ad incarichi direttivi, ammesso il doppio binario ferma la diversa natura dei poteri del giudice amministrativo nei due tipi di azione: «Non sussiste eccesso di potere giurisdizionale ove — in caso di duplice impugnativa dello stesso atto amministrativo sia con ricorso per ottemperanza sia con ordinario ricorso in sede di legittimità — il Consiglio di Stato, dopo essersi pronunciato, rigettandolo, sul ricorso per ottemperanza, si pronunci nuovamente in sede di appello avverso la sentenza di primo grado del T.A.R. che abbia deciso il ricorso ordinario» (Cass., sez. un., 5 ottobre 2015 n. 19787).

In sintesi, se ci sono entrambe le tipologie di vizi e vengono esperite due azioni, il giudice amministrativo correttamente si pronuncia su entrambe senza che la pronuncia su una “consumi” il

dal giudicato, l'azione corretta è quella del ricorso ordinario di cognizione — cfr., in questo senso, anche la prima giurisprudenza formatasi dopo l'entrata in vigore del c.p.a.: Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2010 n. 8053). Si è quindi innanzitutto stabilito che, per consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere conseguente ad un giudicato, le doglianze relative vengano dedotte (soltanto, ed una sola volta) davanti al giudice dell'ottemperanza, in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza (ma anche in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto — quale è la nullità — *ex art. 21-septies* della legge generale sul procedimento amministrativo). Il giudice adito (che deve essere quindi quello dell'ottemperanza) è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorii. Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, — dichiarandone così la nullità — a tale dichiarazione non potrà che seguire la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda (quella, cioè volta a sollecitare un giudizio di “semplice” illegittimità dell'atto gravato). Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione *ex art. 32, c. 2, c.p.a.* Giova ribadire che l'Adunanza Plenaria ha anche opportunamente precisato che condizione indispensabile perché possa aver luogo la conversione riposa nella necessità che l'azione sia proposta non già entro il termine proprio dell'*actio iudicati* (dieci anni, *ex art. 114, comma 1, cui rinvia l'art. 31, comma 4, c.p.a.*), ma entro il termine di decadenza previsto dall'*art. 41 c.p.a.*

potere-dovere di pronunciarsi sull'altra, e senza dunque che si incorra in *bis in idem*.

Resta fermo che in sede di giudizio di cognizione il giudice amministrativo non può sostituirsi all'Amministrazione ed esercitare i poteri di merito che gli spettano nel giudizio di ottemperanza, e ove lo faccia incorre in eccesso di potere giurisdizionale sindacabile dalle sez. un.

Con riferimento alla nozione di violazione/elusione del giudicato, in una vicenda di annullamento di una nomina a procuratore della repubblica, dopo un primo annullamento giurisdizionale per omessa motivazione sulla prevalenza del candidato che non aveva funzioni direttive su quello che le aveva, sono stati ritenuti nulli per elusione del giudicato due successivi provvedimenti reiterativi del medesimo contenuto dispositivo, in quanto non era stato osservato il precetto del giudicato che imponeva la considerazione specifica delle funzioni direttive svolte, e conseguentemente specifici argomenti per ritenerle minusvalenti rispetto agli altri indicatori (Cons. St., sez. V, 2 luglio 2018 n. 4042, ordina ottemperanza di Cons. St., sez. V, n. 271/2018: «in tema di conformazione al giudicato dell'attività successiva dell'amministrazione, in caso di avvenuto annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione, residua spazio per il riesercizio dell'attività valutativa dell'amministrazione; e se si elimina il vizio motivazionale e, ciò nonostante, si adotta un atto parimenti non soddisfacente della pretesa nei sensi definiti in sentenza, potrà esservi violazione o elusione del giudicato se l'attività, asseritamente esecutiva dell'Amministrazione, risulti contrassegnata da sviamento perché diretta ad eludere prescrizioni stabilite dal giudicato; altrimenti viene in rilievo un'ipotetica nuova illegittimità, l'atto adottato in riesercizio del potere potendo essere viziato da illegittimità propria e autonoma (sindacabile in sede di legittimità: e sempre che non ricorra il caso dell'assorbimento di cui a Cons. St., ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2)».

Nel merito, tale decisione ritiene nullo il nuovo provvedimento reiterativo del precedente, ritenendo che sia stata reiterata la mancata considerazione delle pregresse funzioni direttive in capo a uno solo dei candidati: «La comparazione delle posizioni

del ricorrente e della controinteressata ora effettuata dal C.S.M. non è formalmente tale da giustificare la prevalenza della dott.ssa Musti alla luce di siffatta violazione di legge (rammenta la sentenza che a tenore dei due detti commi, “le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo” vanno valutate “specificamente”: specificità che invece era stata sostituita dall’assimilazione; e, quanto al difetto di motivazione, la sentenza aveva rilevato che alla luce di detta specificità, escluso l’automatismo dell’assimilazione di qualifiche o posizioni, nella comparazione di candidati che hanno svolto funzioni di livello differente, direttive e semidirettive, anche alla luce del solo detto indicatore il C.S.M. doveva esternare puntualmente, pur nella valutazione globale, le consistenti ragioni, basate sui fatti che avevano caratterizzato l’attività degli interessati, portanti ad accordare prevalenza a chi può vantare solo funzioni di livello inferiore e a pretermettere la diversa e superiore, e di consolidato periodo, esperienza altrui in qualifica superiore).

Il solo elemento differenziale tra i due che ora viene fatto emergere è la conoscenza dell’ufficio *ad quem* e del suo territorio, ivi prestando ella già servizio.

Ma è questo un profilo che non può — anche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza e della sua declinazione all’art. 51 Cost., come del principio dell’art. 107, terzo comma, Cost. per cui i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni — assumere rilievo alcuno in uno scrutinio comparativo che è per sua natura su base nazionale e dunque non può che prescindere dal radicamento personale sul singolo territorio. Diversamente, sotto la veste della rinnovanda motivazione si introdurrebbe un criterio selettivo nuovo e atipico, spurio e incongruo rispetto all’impersonalità e uniformità degli uffici giudiziari; e si determinerebbe nei fatti un’asimmetria fatalmente incolmabile tra i candidati.

È da sottolineare che nemmeno alla previa conoscenza, da parte del candidato, dell’ufficio singolo si riferisce il punto 4.1 del pertinente Testo unico sulla dirigenza giudiziaria del 2010 (circolare del C.S.M. 3 agosto 2010 n. P-19244), secondo cui la valutazione comparativa deve tendere “al fine di preporre all’ufficio da

ricoprire il candidato più idoneo per attitudini e merito, avuto riguardo alle esigenze funzionali da soddisfare ed eventualmente a particolari profili ambientali”: previsione che va letta oggettivamente, come preposizione ad un ufficio del soggetto più adatto in relazione alle caratteristiche specifiche del tipo generale di ufficio da ricoprire, non già del singolo, determinato ufficio.

Al contrario, invece, la nuova delibera consiliare continua — rinnovando senz'altro i vizi riscontrati in quella annullata — a manifestamente non riconoscere il dovuto rilievo alla patente diversità di funzioni, e inerenti responsabilità, già svolte dai due candidati e in particolare alle funzioni direttive svolte dal solo dott. Giovagnoli. Anche a, ipoteticamente, guardare soltanto alla prospettiva della capacità organizzativa, come emerge dalla sentenza, è manifestamente irragionevole negare che maggiore sia l'impegno profuso dal titolare di funzioni direttive. Valgono per il resto le considerazioni svolte dall'ottemperanda sentenza. Né può essere razionalmente pretermesso il significativo rilievo della circostanza che lo stesso C.S.M., ai sensi dell'art. 45 d.lgs. n. 160/2006, aveva a suo tempo motivatamente confermato come idoneo, dopo il primo quadriennio, il dott. Giovagnoli nell'ufficio direttivo: giudizio di manifesto rilievo consiliare ed evidentemente qui non oblietabile riguardo a quanto aveva accertato».

9.3. *Vincolo conformativo del giudicato di annullamento per difetto di motivazione.*

Si è affermato che il giudicato di annullamento per difetto di motivazione enuncia specifici difetti della motivazione e conforma l'attività esecutiva nel senso che è doveroso emendare gli specifici vizi riscontrati, ma non adottare una motivazione del tutto nuova e avulsa dalla precedente valutazione.

Si è così osservato che da un giudicato di annullamento per difetto di motivazione «deriva l'obbligo per l'amministrazione di rinnovare il potere esercitato in modo illegittimo, ora deprivato delle ragioni invalidanti, e cioè attraverso una motivazione che risulti adeguata e sufficiente rispetto ai presupposti sostanziali che erano stati presi in valutazione. Nel rinnovare il giudizio, l'Ammi-

nistrazione deve sottrarsi al sospetto di elusione mediante la ricerca di un'addizione motivazionale sostitutiva, da applicare a una decisione sostanziale che resta in realtà già preacquisita: addizione semplicemente surrogatoria di quella precedente dichiarata illegittima e dunque venuta meno. Con ciò obliterando che — specie dopo l'innovazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, che ha elevato il vizio di motivazione a violazione di legge, vale a dire a difetto di un elemento strutturale del provvedimento — la motivazione compone una caratteristica fondativa e intrinseca dell'atto, perché esterna il plausibile ragionamento che ha mosso e condotto l'amministrazione alla scelta: e con cui l'amministrazione esprime, a giustificazione e trasparenza del proprio operato, la scelta fatta che incide sui destinatari della sua azione. Questo significa che non è legittimo, nel caso di intervenuto annullamento giurisdizionale per un vizio di motivazione, semplicemente sostituire una motivazione con un'altra del tutto nuova che, in surroga dell'illegittima, automaticamente conduca al medesimo risultato pratico, quasi si tratti di elementi estrinseci e aggiuntivi all'atto, fungibili o intercambiabili. Al contrario, occorre ripercorrere l'intero ragionamento alla base delle valutazioni già fatte, espungendone quanto accertato illegittimo e valutando quanto residua di ciò che era stato acquisito: che è ciò di cui l'amministrazione era adeguatamente a conoscenza e responsabilmente stimava rilevante al momento delle sue determinazioni. Vero è che l'annullamento giurisdizionale cassa l'atto illegittimo: ma ciò avviene per specifiche e circoscritte ragioni di accertata illegittimità, che verrebbero vanificate se all'amministrazione fosse dato — come fosse stata introdotta una tabula rasa — di dismettere la considerazione della rilevanza da essa già responsabilmente data agli altri, non illegittimi, elementi che aveva assunto da ponderare ai fini decisori, per sostituirli con altri e nuovi elementi, dando luogo ad una banalizzazione, potenzialmente *ad infinitum*, del vizio di motivazione definitivamente accertato in giustizia» (Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2019 n. 108).

9.4. *Le sopravvenienze e segnatamente il pensionamento del contendente.*

Quanto alle sopravvenienze, e segnatamente al pensionamento del magistrato ricorrente, occorre prendere le mosse dalla decisione delle sez. un., 9 novembre 2011 n. 23302 (seguita da Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 736), che ritenne che in sede di ottemperanza a un giudicato di annullamento di incarico direttivo, il giudice amministrativo non potesse ordinare al C.S.M. di provvedere alla nomina “ora per allora” essendovi la impossibilità fattuale che il nominato prendesse servizio. In quel caso le sezioni unite ritennero esservi una particolare ipotesi di travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione allorché il giudice amministrativo conformi l’agire della pubblica amministrazione in un contenuto “impossibile” essendo la vicenda ormai “chiusa” con il definitivo accertamento dell’illegittimità del provvedimento annullato in sede di cognizione e non sussistendo più le condizioni perché la pubblica amministrazione possa provvedere ancora sicché la tutela dell’interesse legittimo violato, non più realizzabile nella forma (specifica) dell’ottemperanza, è indirizzata verso quella compensativa e risarcitoria.

Tale orientamento ha avuto un successivo parziale ridimensionamento mediante alcune precisazioni:

a) se non vi è già il pensionamento ma semplicemente il ricorrente vittorioso sia “prossimo alla pensione” perdura l’interesse alla nomina “ora per allora” e non vi è una oggettiva impossibilità di una pronuncia che ordini al C.S.M. di provvedere alla nomina ora per allora (Cass., sez. un., 2 febbraio 2015, n. 1823);

b) in sede di cognizione il giudice amministrativo può pronunciarsi anche se è sopravvenuto il pensionamento del ricorrente; invero, ferma la impossibilità di conseguire la nomina dopo il pensionamento, residuano sia un interesse morale che un interesse risarcitorio, che giustificano una pronuncia di cognizione; e in tal caso in sede di cognizione il giudice amministrativo “non conforma” la successiva attività del C.S.M. imponendo un esito vincolato di nomina ora per allora (v. sez. un., n. 19787/2015, cit.); le sez. un. nel 2015, pur ribadendo e facendo proprio il principio espresso nel 2011, ne delimitano l’ambito al solo giudizio di ot-

temperanza: «il principio affermato da Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302, e qui ribadito, non riguarda l'ordinario giudizio di legittimità, ma solo quello di ottemperanza e limitatamente all'ottemperanza consistente nell'assegnazione dell'incarico giudiziario ora per allora ad un magistrato in concorso che sia ormai in quiescenza. Si ha invece che la circostanza del sopravvenuto collocamento in quiescenza dei magistrati in competizione nella procedura concorsuale non esime il giudice amministrativo, investito della legittimità della delibera del C.S.M. impugnata da uno dei magistrati concorrenti, dal pronunciarsi nel merito delle censure (per violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza) anche se tale circostanza sopravvenuta non consentirà, in caso di accoglimento dell'impugnativa, un'ottemperanza in forma specifica con l'assegnazione, ora per allora, dell'incarico giudiziario».

In sintesi il discrimine è dato dalla sede in cui il giudice amministrativo si pronuncia: in sede di cognizione non viene meno l'interesse alla decisione per effetto del pensionamento, dato che l'esecuzione resta possibile per equivalente; nella sede dell'ottemperanza, invece, non potrà essere chiesta l'esecuzione in forma specifica in caso di vicenda "chiusa" per effetto del decorso del tempo che determini una impossibilità fattuale di conseguire la nomina per effetto del pensionamento.

9.5. *L'ottemperanza speciale per il C.S.M.*

Quanto, infine, alle norme speciali del giudizio di ottemperanza nei confronti del C.S.M., l'art. 17, l. n. 195/1958, come novellato dal d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014, ha previsto una limitazione dell'ottemperanza con riferimento ai provvedimenti concernenti il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi ai magistrati ordinari. Per essi, oltre a prevedersi che si segue il rito dell'art. 119 c.p.a., si stabilisce che il giudice amministrativo, nel caso di azione di ottemperanza, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lett. a) e c) dell'art. 114, comma 4, c.p.a.

Le nuove previsioni mirano da un lato ad accelerare la definizione di contenziosi di particolare urgenza (atteso che scoperture e contenziosi su incarichi direttivi degli uffici giudiziari possono essere nocivi per il buon andamento degli uffici medesimi), e dall'altro lato a limitare i poteri del giudice dell'ottemperanza, con il divieto di sostituzione diretta del giudice al C.S.M. inottemperante e con una forte limitazione dei mezzi di esecuzione in caso di sentenze non passate in giudicato.

In termini generali, è l'art. 17, l. n. 195/1958, come novellato, a stabilire che in caso di accoglimento dell'azione di ottemperanza, il giudice amministrativo ordina l'ottemperanza e assegna al C.S.M. un termine per provvedere.

Ciò posto, la dichiarata inapplicabilità dell'art. 114, comma 4, lett. a), c.p.a., implica che il giudice amministrativo, nell'ordinare l'ottemperanza, non possa esercitare il potere direttamente sostitutivo con la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emaneazione dello stesso in luogo dell'amministrazione. Si tratta di un classico caso di "norma provvedimento" varata con singolare tempismo a distanza di pochi mesi da pronunce del T.A.R. Lazio - Roma che in sede di ottemperanza hanno adottato in via diretta il provvedimento di nomina a incarico semidirettivo (T.A.R. Lazio - Roma, I, 13 maggio 2014 n. 4960, peraltro dapprima sospesa cautelatamente in appello e poi annullata con rinvio, da Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2015 n. 438).

La dichiarata inapplicabilità dell'art. 114, comma 4, lett. c) specifico per le sentenze non passate in giudicato implica che il giudice non possa determinare le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvedere di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano.

Questo non significa che è esclusa *tout court* la ottemperanza delle sentenze del g.a., non passate in giudicato, in tema di incarichi direttivi e semidirettivi dei giudici ordinari. Infatti, non è stato toccato l'art. 112, comma 1, lett. b), c.p.a., che afferma in termini generali che le sentenze non passate in giudicato, rese dal giudice amministrativo, sono suscettibili di ottemperanza (a differenza delle sentenze non passate in giudicato rese da altri giudici). Dall'altro lato, poi, è lo stesso art. 17, l. n. 195/1958, come novellato,

che afferma in termini generali che in caso di azione di ottemperanza il giudice ordina l'ottemperanza e assegna al C.S.M. un termine per provvedere, senza distinguere tra sentenze passate in giudicato e non.

La opposta interpretazione, che volesse escludere *tout court* l'ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato, in siffatta materia, sarebbe di sicura incostituzionalità, e tra due interpretazioni entrambe ugualmente possibili, una conforme a Costituzione e una difforme, va sicuramente privilegiata la prima.

La prevista limitazione dei poteri del giudice dell'ottemperanza nei confronti del C.S.M. è di dubbia costituzionalità sotto il profilo della parità di trattamento e del buon andamento dell'amministrazione (artt. 3 e 97 Cost.), atteso che si è costruito un regime speciale per una unica tipologia di atti (gli incarichi direttivi e semidirettivi dei giudici ordinari) senza alcuna giustificazione specifica, a fronte di incarichi direttivi di pari o superiore importanza (si pensi alle nomine ai vertici militari o ai vertici di giurisdizioni speciali) che non fruiscono del medesimo regime speciale.

Si rammenta che la Corte costituzionale, adita su ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal C.S.M. nei confronti del Consiglio di Stato a seguito di una decisione pronunciata in sede di giudizio di ottemperanza con la quale veniva intimato al primo di provvedere a conferire un incarico direttivo al ricorrente, nominando, in caso di inutile decorso del termine assegnato un commissario *ad acta*, ha disatteso la tesi secondo cui le deliberazioni del C.S.M., in virtù delle competenze costituzionalmente garantite dall'art. 105 Cost., sarebbero sottoponibili soltanto alla generale giurisdizione di legittimità e sottratte alla fase esecutiva del giudizio di ottemperanza. La Corte ha anche ritenuto che gli organi di rilevanza costituzionale, al pari di ogni altro soggetto di diritto, sono tenuti al rispetto della legge e che i principi di legalità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale «comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'amministrazione medesima a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli

organi giurisdizionali» (Corte cost., 15 settembre 1995, n. 435; Id., 8 settembre 1995, n. 419).

Pertanto correttamente tali previsioni sono state interpretate in senso restrittivo, tassativo e costituzionalmente orientato.

In particolare, quanto alla non applicabilità della lett. *a*) dell'art. 114, comma 4, c.p.a., si è affermato che ferma la impossibilità di sostituzione diretta del giudice amministrativo. al C.S.M., non è esclusa la possibilità di continuare a nominare un commissario *ad acta*, ipotesi contemplata dalla lett. *d*) del c. 4 dell'art. 114 c.p.a., di cui l'art. 17 l. n. 195/1958 non esclude espressamente l'applicazione (Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2018, n. 6038; Id., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1551); si è affermato che il diritto “singolare” introdotto dalla novella del 2014 per siffatti provvedimenti amministrativi, in funzione restrittiva dei poteri del giudice dell'ottemperanza, va letto — alla luce dell'interpretazione costituzionalmente conforme all'art. 111 Cost., e comunque del cogente principio convenzionale europeo (Cedu) del diritto al giudice e al giusto processo, che include il diritto fondamentale all'esecuzione delle decisioni di giustizia passate in giudicato (a muovere da Cedu, *Hornsby vs. Grecia*, 19 marzo 1997) perché il primato della legge sia realizzato nella misura comunque necessaria ad assicurare il fine di legge. Tale scopo è solo di prevenire che il giudice amministrativo si attribuisca spettanze dell'organo di governo autonomo della magistratura, al punto da svolgere egli stesso il giudizio comparativo di idoneità a ricoprire uffici direttivi.

Si è del pari ritenuto che resta salvo il potere del giudice dell'ottemperanza di considerare «inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione» e di «provvede(re) di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano», come parimenti previsto dalla lett. *c*) dell'art. 114, comma 4, c.p.a., sui cui in parte qua non si registra alcun intervento da parte del d.l. n. 90/2014. Ciò si evince anche dal fatto che la “non applicabilità” disposta da questa novella non riguarda la corrispondente ipotesi della lett. *b*) del medesimo art. 114, comma 4, concernente il potere del giudice dell'ottemperanza di dichiarare nulli gli atti adottati in violazione o elusione del giudicato (Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018 n. 955).

Deve del pari ritenersi intatto il potere del medesimo giudice dell'ottemperanza di nominare un commissario ad acta e di applicare la penalità di mora, rispettivamente ai sensi delle lett. *d*) ed *e*) dell'art. 114, comma 4, c.p.a. (Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 955).

Si è inoltre affermato che le modifiche introdotte dal d.l. n. 90/2014 non hanno inciso sul medesimo art. 114, comma 7, c.p.a., secondo cui il giudice dell'ottemperanza, adito dal commissario *ad acta* con istanza di chiarimenti *ex art.* 112, comma 5, «fornisce» le delucidazioni domandate dal proprio ausiliario «in ordine alle modalità di ottemperanza» (Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 955).

Infine, si è ritenuto che si esula da tali limitazioni all'ottemperanza quanto alle statuizioni di annullamento che sono in sé “autoesecutive” e impongono l'immediata cessazione dell'incarico annullato, senza la mediazione di ulteriori atti del C.S.M. che rilevano solo per la successiva attività conformativa (Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4293).

INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA
E SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO
SUL CONFERIMENTO DEGLI INCARICHI DIRETTIVI
DA PARTE DEL C.S.M.

Bruno Tonoletti

SOMMARIO: 1. Il significato e le implicazioni della soggezione degli atti del C.S.M. al sindacato di legittimità del giudice amministrativo. — 2. L'interpretazione della funzione svolta dal C.S.M. nel conferimento degli incarichi direttivi tra merito e idoneità. — 3. La discrezionalità nella scelta del candidato più idoneo e i limiti del sindacato del giudice amministrativo. — 4. Il contributo del sindacato del giudice amministrativo alla definizione delle modalità e dei limiti delle valutazioni riservate al C.S.M. — 5. Elasticità della valutazione, bilanciamento tra esigenze contrapposte e non arbitrarietà delle scelte. — 6. Il C.S.M. e il sindacato del giudice amministrativo: una dialettica costruttiva.

1. *Il significato e le implicazioni della soggezione degli atti del C.S.M. al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.*

Un elemento importante del quadro entro cui si definiscono giuridicamente i contenuti dell'indipendenza istituzionale interna della magistratura è rappresentato dalla sottoposizione degli atti del C.S.M. al sindacato del giudice amministrativo (1).

(1) Ci si riferisce in questo scritto particolarmente agli atti che determinano la carriera dei magistrati, la cui attribuzione alla competenza del C.S.M. «serve a proteggere l'ordinamento interno della magistratura da interventi che, incidendo direttamente sull'applicazione delle regole relative alla carriera e allo *status* dei magistrati, finiscano per mettere indirettamente in pericolo l'indipendenza e l'autonomia della loro attività». Cfr. N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino, Zanichelli, V ed. 2019, 101.

Sotto il profilo formale, gli atti del C.S.M. impugnabili davanti al giudice amministrativo rientrano nella categoria dei provvedimenti amministrativi e il controllo che su di essi viene operato è il tipico sindacato generale di legittimità, a tutela degli interessi legittimi che si pretendono lesi dallo scorretto esercizio del potere amministrativo (2). Sotto il profilo sostanziale, tuttavia, il C.S.M. non risulta del tutto assimilabile a un organo amministrativo, né il significato dei suoi atti può essere ridotto all'esercizio di una qualsiasi funzione amministrativa di carattere organizzativo, in quanto si tratta di un organo di diretta rilevanza costituzionale, nelle cui determinazioni si esprime l'indipendenza istituzionale della magistratura (3).

Nella prassi del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del C.S.M. queste due dimensioni si incontrano: il C.S.M. viene in rilievo allo stesso tempo come organo amministrativo, che esercita un potere autoritativo, e come organo di autogoverno della magistratura, che ne esprime l'indipendenza istituzionale.

Così, da un lato, il C.S.M. viene assoggettato ai limiti e ai vincoli che gravano sul potere amministrativo in generale, a protezione degli interessi individuali contro l'eventualità del suo uso arbitrario (4). Dal momento che questi limiti e vincoli sono il pro-

(2) Per un'efficace ricostruzione critica dei ricorrenti dibattiti sulla sindacabilità degli atti del C.S.M., della relativa evoluzione normativa, a partire dall'art. 17, comma 2, della legge n. 195/1958, e del ruolo svolto dalla Corte costituzionale, fin dalla fondamentale sentenza 14 maggio 1968, n. 44, che ha ritenuto incontestabile il carattere amministrativo delle funzioni esercitate dal C.S.M., cfr. A. TRAVI, *Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi*, in *Foro it.*, 2014, III, 757.

(3) È comune nella giurisprudenza amministrativa l'affermazione secondo cui il limite esterno della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo «risulta accentuato dalla particolare posizione costituzionale riconosciuta all'organo di autogoverno della magistratura» (tra le tante, Cons. St., sez. IV, 4 novembre 2011, n. 5853). Già Corte cost. n. 44/1968 rilevava che il C.S.M. «pure espletando funzioni solamente di indole amministrativa, non è parte della pubblica amministrazione».

(4) «Le valutazioni dell'Organo di autogoverno non si sottraggono al sindacato giurisdizionale di legittimità, atteso che la singolare posizione costituzionale del CSM non permette di escludere la sua azione dall'ordinario regime di controllo valevole per tutta l'attività amministrativa» (tra le tante, Cons. St., sez.

dotto caratteristico del sindacato di legittimità, più precisamente del sindacato di eccesso di potere, qualsiasi esercizio di autorità che sia sottoposto al sindacato del giudice amministrativo risulta per ciò stesso immerso in un flusso di conformazione a canoni di non arbitrarietà, che si realizza caso per caso e costantemente si rinnova. Anche gli atti di autogoverno adottati dal C.S.M., dunque, sono in tal senso plasmati dall'esercizio del sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

D'altro lato, quest'opera di conformazione, seppure indirizzata da principi generali non scritti quali il dovere di motivazione, la logicità, la ragionevolezza e la proporzionalità, non si realizza mai al di là o a prescindere dal significato e dalla disciplina specifici della funzione soggetta al sindacato. Se, dunque, nell'operato del C.S.M. si esprime l'indipendenza istituzionale della magistratura, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sarà volto fondamentalmente a verificare che nei singoli atti del C.S.M. quella indipendenza sia effettivamente garantita nel perseguimento del fine specifico cui ciascun tipo di atto risulta preordinato.

In questo senso, complesso e articolato, si può dire che i contenuti e le modalità di esercizio dell'indipendenza istituzionale della magistratura sono definiti non soltanto dalla legge, ma anche dall'operare del sindacato di legittimità del giudice amministrativo. E si può anche dire che nella giurisprudenza del giudice amministrativo sugli atti del C.S.M. si riflette e trova espressione il significato costituzionale dell'indipendenza della magistratura, non solo perché, a causa della diretta rilevanza costituzione dell'organo e delle sue funzioni, la Costituzione inevitabilmente condiziona in maniera immediata e diretta il sindacato che il giudice amministrativo svolge su quegli atti, ma anche perché, siccome il sindacato del giudice amministrativo non ha carattere oggettivo, bensì è finalizzato alla tutela dell'interesse individuale del singolo magistrato che si ritenga leso da un atto del C.S.M., nel giudizio

IV, 11 novembre 2014, n. 5513; Id., 28 novembre 2010, n. 8299; Id., 14 luglio 2008, n. 3513; Id., 7 novembre 2002, n. 6115; Id., 13 dicembre 1999, n. 1872).

amministrativo ha modo anche di emergere la proiezione individuale, nella persona del singolo magistrato, dell'indipendenza della magistratura come istituzione (5).

2. *L'interpretazione della funzione svolta dal C.S.M. nel conferimento degli incarichi direttivi tra merito e idoneità.*

Il punto di partenza del sindacato di legittimità è la definizione dei contenuti del potere amministrativo, che il giudice opera, attraverso una tecnica consolidata di interpretazione della norma attributiva del potere, tenendo conto della natura tipicamente finalistica delle disposizioni normative creatrici di funzioni amministrative (i poteri amministrativi sono sempre previsti dalla legge in vista della cura concreta di specifici interessi pubblici), del contesto sistematico entro cui la norma attributiva del potere si trova inserita (l'insieme organizzato delle disposizioni che definiscono quello specifico settore di azione amministrativa), dei precedenti esistenti in argomento (difficilmente il giudice amministrativo si pronuncia senza aver verificato l'interpretazione giurisprudenziale dello specifico potere oggetto di cognizione) e dei particolari interrogativi sollevati dal caso sottoposto al suo esame (il concreto esercizio di potere amministrativo la cui correttezza è stata messa in discussione dai motivi di ricorso).

Partendo dai contenuti del potere (finalità, presupposti, tipo di valutazioni affidate all'amministrazione), il giudice amministrativo ricostruisce le modalità del corretto svolgimento della funzione (dovere di motivazione, fatti da prendere in considerazione, interessi da ponderare), che gli servono da parametro per far

(5) Come è stato osservato, «non di rado il C.S.M. avverte la sindacabilità delle proprie delibere come una sorta di *deminutio* della propria posizione costituzionale», ma «va in contrario sottolineato che, se si negasse l'ammissibilità di un sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M., si dovrebbe constatare la presenza di una grave lacuna nell'ordinamento, di una lesione alla grande regola prevista dall'art. 24 Cost. ... per tutti gli appartenenti alla magistratura, che rimarrebbero indifesi di fronte a possibili violazioni di legge da parte del C.S.M.». Cfr. N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale cit.*, 78.

emergere gli eventuali elementi di arbitrarietà della determinazione finale assunta dall'amministrazione (6).

Pertanto, attraverso la stratificazione delle decisioni, la giurisprudenza analizza il potere dalle tante diverse angolature fornite dai casi concreti, ne ricostruisce il senso complessivo, stabilisce le sue specifiche modalità di esercizio e individua i vincoli cui risulta assoggettato a garanzia degli interessi dei singoli. In tal modo, l'esperienza giurisprudenziale approfondisce il significato di ogni singola funzione amministrativa e ne completa la spesso incompleta e vaga disciplina normativa.

È a questo livello che va ricercato il contributo dato dalla giurisprudenza amministrativa, attraverso il sindacato sugli atti del C.S.M., alla costruzione del significato giuridico dell'indipendenza istituzionale della magistratura.

Nel vastissimo contenzioso in materia, l'ambito più significativo è rappresentato dalle controversie relative al conferimento di incarichi direttivi degli uffici giudiziari. La direzione degli uffici è evidentemente lo snodo decisivo dell'indipendenza della magistratura, quello in cui l'attività organizzativa può condizionare l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, quindi quello in cui l'indipendenza istituzionale, ponendosi come pre-condizione dell'indipendenza funzionale, deve essere protetta con rigore e intensità maggiori (7).

La normativa sugli incarichi direttivi e semi-direttivi è contenuta all'interno della disciplina generale sul conferimento delle funzioni ai magistrati di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 160/2006 (8).

(6) Quanto ora sintetizzato richiederebbe un'esposizione che travalica i limiti del presente scritto, per la quale si rinvia all'ampia e approfondita trattazione contenuta nel Capitolo II (*Il contenuto delle scelte provvedimenti tra diritto sostanziale e processo*) e nel Capitolo V (*L'invalidità del provvedimento amministrativo*) di R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giapichelli, II ed., 2017.

(7) G. VERDE, *Il giudice fra specializzazione e "diritto tabellare"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 133 ss. e, se si vuole, B. TONOLETTI, *Il giudice naturale e l'organizzazione della giustizia amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 375 ss.

(8) Come per ogni altro aspetto relativo alla carriera dei magistrati, anche in tema di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi «vige il principio della riserva di legge, di cui all'art. 108, comma 1, della Costituzione, dovendo anche in tale materia essere garantita l'indipendenza dell'ordine giudiziario» (Cons.

L'interpretazione del potere amministrativo che tale disposizione conferisce al C.S.M. non risulta affatto semplice e scontata. Nell'art. 12 sono, infatti, contenute due indicazioni difficili da armonizzare. Da una parte, il comma 1 stabilisce in via generale che il conferimento di tutte le funzioni (giudicanti, requirenti, semi-direttive e direttive) «avviene a domanda degli interessati, mediante una procedura concorsuale», ma, dall'altra, i commi 10 e 11 prevedono che per il conferimento delle funzioni semi-direttive e direttive siano valutati «gli elementi desunti dalle valutazioni di cui all'art. 11», «le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo nazionale, con particolare riguardo ai risultati conseguiti», «i corsi di formazione in materia organizzativa e gestionale», «nonché ogni altro elemento, acquisito anche al di fuori del servizio in magistratura, che evidenzia l'attitudine direttiva» (così come analiticamente definita dal successivo comma 12).

La circolare del C.S.M. n. P-14858-2015 («Testo unico sulla dirigenza giudiziaria») (9) interpreta la disposizione nel senso che «ai fini del conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi si fa riferimento ai parametri delle attitudini e del merito che, in una valutazione integrata, confluiscono in un giudizio complessivo e unitario» (art. 2). Per *merito* si intende «il profilo professionale»

St., sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6035). Pertanto, «la legge deve stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti a tali funzioni direttive, ma non occorre che i detti criteri siano analitici e dettagliati, sì da rendere esecutive e vincolate le scelte delle persone alle quali vanno attribuite le funzioni direttive, essendo ragionevole che sia lasciato al consiglio superiore della magistratura un margine di valutazione e di apprezzamento discrezionale, assoluta e comparativa, dei requisiti dei vari candidati» (Corte cost., 8 febbraio 1991, n. 72).

(9) Nel senso che non contrasta con la riserva di legge di cui all'art. 108, primo comma, Cost. «l'intervento integrativo (e anche suppletivo) nell'indicazione dei principi specifici per la scelta dei magistrati ritenuti idonei» operato dal C.S.M. tramite propri circolari (Cons. St., sez. IV, n. 6035/2012 cit.; Id., 15 maggio 2000, n. 2715). Tuttavia, con le circolari «non possono essere introdotti, in modo selettivo, elementi di valutazione che risultano non coerenti e non conformi a quelli che le norme di legge di ordinamento giudiziario hanno previsto e tanto meno elementi che abbiano comunque l'effetto di irrazionalmente superare e deprivare di effetti pratici questi ultimi o di ridisegnare al di là della legge il rapporto tra le carriere dei magistrati ordinari» (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4220).

emergente dalle valutazioni di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 160/2006 in termini di «capacità, laboriosità, diligenza e impegno» (art. 4), cioè il primo elemento rilevante per il conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi indicato dall'art. 12, commi 10 e 11, mentre tutti gli altri elementi di valutazione previsti dalla medesima disposizione legislativa sono raggruppati dalla circolare sotto la voce *attitudini* e distinti in «indicatori generali» (artt. 6-13) e «indicatori specifici» (artt. 14-23).

Pertanto, mentre la progressione dei magistrati nelle funzioni giudicanti e requirenti è retta unicamente dal criterio meritocratico (10), il criterio che presiede all'affidamento di funzioni direttive e semi-direttive è assai più complesso, dovendo il C.S.M. selezionare il magistrato più adatto a ricoprire lo specifico ruolo per cui la procedura concorsuale è stata indetta. Anche i profili attinenti al merito non rilevano in quanto tali, ma solo come parte di un giudizio complessivo che ha in realtà per oggetto *l'idoneità* a ricoprire il ruolo, come la stessa circolare del 2015 puntualmente riconosce, stabilendo che «la valutazione comparativa degli aspiranti è effettuata al fine di preporre all'ufficio da ricoprire il candidato più idoneo per attitudini e merito, avuto riguardo alle esigenze funzionali da soddisfare ed, ove esistenti, a particolari profili ambientali» (art. 25).

In una procedura concorsuale, i candidati sono ordinati in una graduatoria di merito a seconda dei punteggi ottenuti per i titoli presentati e, quando previste, per le prove effettuate. La commissione di concorso esercita una discrezionalità meramente tecnica, perché deve limitarsi a valutare il merito comparativo dei candidati, esprimendo le proprie valutazioni secondo una griglia di punteggi predeterminati per ciascuno degli elementi da valutare. Ma quando si tratta di attribuire un incarico dirigenziale nella pubblica amministrazione, la legge non ricorre allo strumento del

(10) «Il criterio dell'anzianità, che di fatto in precedenza guidava le progressioni in carriera, è stato ritenuto inidoneo a valorizzare le capacità dei singoli magistrati e ad indurli ad una maggiore efficienza, e ad esso si è sostituito (o meglio: si è aggiunto) il criterio del merito, da valutarsi attraverso il sistema concorsuale». Cfr. N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale* cit., 154.

concorso, bensì a quello della valutazione idoneativa, che affida all'organo di governo una discrezionalità non meramente tecnica nella scelta del soggetto ritenuto più adatto a svolgere l'incarico tra quelli riconosciuti idonei in base a parametri predefiniti (11).

Per quanto l'individuazione del magistrato cui affidare un incarico direttivo o semi-direttivo abbia carattere concorsuale e non possa assimilarsi alla scelta di carattere fiduciario che caratterizza il conferimento degli incarichi dirigenziali nella pubblica amministrazione, la valutazione del C.S.M., così come definita dalla legge, comporta un innegabile margine di prudenzialità, relativo all'individuazione di quella combinazione di «attitudini e merito» che rende idoneo un solo candidato fra tutti i partecipanti, «avuto riguardo alle esigenze funzionali da soddisfare» (12).

Non necessariamente, infatti, il migliore nella comparazione dei titoli si identifica con il più adatto a ricoprire l'incarico (13).

(11) Si veda, per tutte, Cass., s.u., 18 gennaio 2019, n. 1413, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 489, con nota di M. RAMAJOLI, *Sulle nomine dei direttori dei musei decide il giudice ordinario*.

(12) Nella relazione introduttiva alla circolare P-14858-2015, pur sottolineando lo sforzo di introdurre «criteri oggettivi per la valutazione dell'idoneità direttiva», affinché «la meritocrazia non rimanga un'affermazione di principio, ma rappresenti realmente il valore fondante di ogni scelta selettiva», si specifica comunque che «nel ridisegnare la disciplina del conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi si è cercato un giusto punto di equilibrio tra il principio di legalità e l'irrinunciabile esigenza di tutelare il potere di autodeterminazione consiliare, che deve sempre orientarsi alla scelta del migliore dirigente da proporre al posto da coprire, nel rispetto del superiore interesse pubblico. Ciò anche al fine di arrestare recenti tentativi di degradazione della discrezionalità consiliare a mera discrezionalità tecnica» (paragrafo 2).

(13) Si tenga, tuttavia, presente l'opposta opinione espressa da A. TRAVI, *Nozione di legittimità e sindacato sui provvedimenti del Csm*, in *Foro it.*, 2019, V, 93 ss., secondo cui «la selezione del candidato prescelto non può essere assimilata alla designazione sulla base di un rapporto fiduciario, dato che l'unico rapporto fiduciario instaurabile nell'ordinamento pubblicistico è quello di ordine politico, e perciò non deve trovare margini per magistrati ordinari... La selezione deve intervenire in applicazione di criteri vincolanti (rispetto ai quali non vi siano margini di opinabilità — si pensi al computo dell'anzianità di servizio) e di apprezzamenti pienamente esaustivi (e cioè tali da dimostrare l'effettiva — e non semplicemente dichiarata — maggiore meritevolezza del candidato prescelto, rispetto a tutti gli altri concorrenti). La selezione non può essere ricostruita in termini di verifica di una idoneità (la verifica di una idoneità è sufficiente per il conferimento di incari-

Le circolari del C.S.M. hanno cercato di ridurre al massimo la prudenzialità di questa valutazione, individuando degli indicatori specifici per ciascuna tipologia di ufficio cui si deve attribuire «speciale rilievo», rispetto ai quali gli «indicatori generali» fungerebbero soltanto da elementi «ulteriori» (art. 26). Tuttavia, come previsto dalla stessa disposizione ora citata, «il giudizio attitudinale è formulato in maniera complessiva e unitaria, frutto della valutazione integrata e non meramente cumulativa degli indicatori». Inoltre, come già visto, ai sensi dell'art. 2 della circolare i parametri relativi alle attitudini «confluiscono» con quelli relativi al merito «in una valutazione integrata», che dà luogo a «un giudizio complessivo e unitario».

Nell'interpretazione operata dal giudice amministrativo della funzione esercitata dal C.S.M. in materia di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi appaiono centrali, da un lato, la finalità di individuare il candidato idoneo al posto da ricoprire e, dall'altro, il carattere unitario e complessivo del giudizio.

Un esempio paradigmatico può essere tratto da una pronuncia relativa al conferimento della funzione di avvocato generale presso la Corte d'appello di Roma (14).

Il ricorrente lamentava che il controinteressato fosse prevalso pur non avendo alcuna esperienza direttiva o semi-direttiva, senza che fosse stato dato adeguato rilievo alle funzioni da lui svolte di presidente di tribunale e di presidente di sezione di tribunale. La sentenza ha, tuttavia, rilevato che «il carattere globale e onnicomprensivo della valutazione implica anche che non può assurgere *ex se* a vizio di legittimità il fatto che il magistrato ritenuto prevalente fosse invece subvalente in relazione a un singolo titolo o parametro, ben potendo questo essere bilanciato da altri elementi preferenziali». Pertanto, la mancanza di esperienze direttive o semi-direttive in capo al candidato prescelto «non è di per sé sola indicativa di una valutazione di prevalenza incongrua o erronea,

chi sulla base di una fiducia politica, ma questa situazione, come si è visto, non si adatta agli incarichi giudiziari) e va ricostruita in termini di concorrenza rispetto al merito».

(14) Cons. St., sez. IV, n. 5853/2011 cit.

non potendo il giudizio consiliare sugli aspiranti ridursi alla risultante di una mera sommatoria di titoli ed esperienze pregresse ... La valutazione comparativa dei meriti e delle attitudini dei magistrati aspiranti va condotta non in astratto, ma avuto riguardo alle esigenze e alle caratteristiche dello specifico ufficio direttivo o semidirettivo da ricoprire, in modo da rendere il giudizio flessibile e *mirato*».

Correttamente, quindi, il C.S.M. aveva ritenuto non decisive le funzioni direttive e semi-direttive svolte dal ricorrente in uffici di minori dimensioni, unitamente al fatto che egli aveva svolto nella sua carriera una preminente attività giudicante e solo di recente si era dedicato alla funzione requirente, mentre il controinteressato aveva svolto la propria attività «praticamente sempre in grandi realtà giudiziarie (Milano e Roma), maturando in tal modo un'esperienza che — a prescindere dal dato formale del mancato esercizio di funzioni direttive — ben può essere valutata come pari a quella, pur rilevante, che l'odierno appellante può vantare presso uffici di minori dimensioni», e possedeva un percorso professionale maggiormente rispondente ai criteri di «un giusto equilibrio tra la completezza delle esperienze pregresse e la necessaria specializzazione delle funzioni», avendo inizialmente alternato funzioni giudicanti e funzioni requirenti, ma essendosi poi prevalentemente concentrato sulle seconde.

Il testo unico del 2015 non ha modificato l'impostazione della giurisprudenza amministrativa, la quale ritiene che la preminenza degli indicatori specifici, sancita dalla circolare, non impedisca che essi risultino recessivi nella valutazione comparativa dei candidati, in quanto tali indicatori «rilevano ai fini della valutazione specifica dell'attitudine direttiva, ma non esauriscono l'intera figura professionale del magistrato, che deve essere, invece, ricostruita nella sua complessità, tenendo conto degli indicatori generali e del merito» (15).

(15) Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2019, n. 97, in un caso nel quale il ricorrente lamentava di essere stato pretermesso nel conferimento dell'incarico di Presidente della Corte d'appello di Lecce, pur possedendo l'indicatore specifico dell'esperienza nella direzione di uffici di primo grado (nel caso di specie il ricorso è stato accolto per difetto di motivazione, perché «a fronte dell'esperienza del controinteressato nelle funzioni di secondo grado non è stata valutata quella dell'o-

3. *La discrezionalità nella scelta del candidato più idoneo e i limiti del sindacato del giudice amministrativo.*

La giurisprudenza ritiene che il C.S.M. «quando conferisce incarichi semidirettivi e direttivi, esercita un potere discrezionale che incide su interessi di rango elevato e che involge valutazioni particolarmente complesse, che attengono alla professionalità, competenza e attitudine dei magistrati, ... che attuano le competenze costituzionali dell'organo di autogoverno e che concorrono alla garanzia dell'indipendenza ed autonomia della magistratura», espressione di «una discrezionalità che presuppone giudizi connotati da alto grado di soggettività» (16).

Si tratta di «un potere discrezionale che non può logicamente esaurirsi nel mero riscontro da parte dei singoli candidati dei requi-

dierno appellante di direzione di uffici di primo grado»). Nello stesso senso, in precedenza, Cons. St., sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4786, la quale, in un caso relativo alla nomina a presidente della Corte d'appello di Brescia, ha respinto la tesi secondo cui il possesso di indicatori specifici comporti «l'automatica e incondizionata prevalenza del magistrato che li possiede rispetto a quello che non li possiede». Lo speciale rilievo degli indicatori specifici implica solo che «la valutazione del C.S.M. non possa mai prescindere, nel senso che la decisione di preferire, nella valutazione complessiva, un candidato che ne sia privo (o sia in possesso di indicatori specifici meno significativi) richiede un particolare sforzo motivazionale, volto ad evidenziare, attraverso un puntuale esame del profilo curriculare, la maggiore 'attitudine generale' o il particolare 'merito' del candidato prescelto» (nel caso di specie il ricorso è stato respinto, perché il C.S.M. aveva motivato in modo «ragionevole e attendibile» il proprio giudizio, specificamente valutando la mancanza di indicatori specifici in capo al prescelto, ma «valorizzando l'indiscutibile eccellenza del profilo professionale dallo stesso posseduto»).

(16) Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2005, n. 5047. Normalmente, la giurisprudenza si esprime in termini di «ampia valutazione discrezionale» (ad es., Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 5122; Id., 1 novembre 2014, n. 5513; 28 febbraio 2012, n. 1113), ma per le maggiori cariche direttive è giunta ad affermare che la valutazione del C.S.M. sia «espressione di alta amministrazione di rilievo costituzionale (art. 105 Cost.) e quindi particolarmente ampia» (Cass., s.u., 5 ottobre 2015, n. 19787, che ha annullato, per sconfinamento nel merito delle valutazioni riservate al C.S.M., una sentenza del Consiglio di Stato relativa alla nomina del Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione), pur specificando che «ciò non può implicare la sottrazione di tale atto al sindacato giurisdizionale di legittimità» (Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893, relativa alla nomina del Primo Presidente della Corte di Cassazione).

siti prescritti dalla legge, ma che importa articolate, delicate e talvolta addirittura sfumate valutazioni sulla stessa personalità dei candidati, sulle loro capacità organizzative, sul loro prestigio» (17).

La riconduzione di queste valutazioni all'ambito della discrezionalità non solo tecnica, ma anche amministrativa si pone nel solco tradizionale della giurisprudenza amministrativa, che ritiene impossibile ridurre alcune valutazioni di fatto affidate dalla legge alla pubblica amministrazione a semplici giudizi qualificatori, ravvisando in esse anche delle decisioni da prendere alla luce dell'interesse pubblico, cioè in base a valutazioni di opportunità propriamente discrezionali (18).

Questa impostazione è criticata in dottrina, che ravvisa nella confusione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa un veicolo di arretramento del sindacato giurisdizionale e tale critica è stata proposta anche rispetto alle decisioni del C.S.M. qui in esame (19).

(17) Cons. St., sez. IV, n. 3893/2007 cit.

(18) Per fare solo due esempi, tra i tanti possibili, la giurisprudenza ritiene che «l'ampia discrezionalità di apprezzamento del Prefetto in tema di tentativo di infiltrazione mafiosa comporta che la valutazione prefettizia sia sindacabile in sede giurisdizionale in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti; invece al sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dell'informativa antimafia rimane estraneo l'accertamento dei fatti, anche di rilievo penale, posti a base del provvedimento; tale valutazione costituisce espressione di ampia discrezionalità che può essere assoggettata al sindacato del giudice amministrativo sotto il solo profilo della sua logicità in relazione alla rilevanza dei fatti accertati» (Cons. St., sez. III, 3 luglio 2019, n. 4570); allo stesso modo, si afferma che «nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta — finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte — ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione e insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara» (Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

(19) In questo senso, Cass., s.u., n. 19787/2015 è stata annotata criticamente da A. TRAVI in *Foro it.*, 2015, I, 3458, il quale osserva che «non ogni apprezzamento rimesso ad un organo amministrativo si risolve in una discrezionalità

Tuttavia, la giurisprudenza in esame si fonda sulla legge, la quale riconduce la scelta del magistrato cui affidare un incarico direttivo a una valutazione di idoneità, che come tale non si esaurisce in un giudizio di meritevolezza: «la norma, infatti, siccome finalizzata alla scelta del magistrato più idoneo in relazione alle peculiarità funzionali ed eventualmente ambientali del posto da ricoprire, impone al Consiglio Superiore di individuare un delicato e discrezionale punto di bilanciamento tra i diversi parametri (appunto attitudini, merito e anzianità) legalmente valorizzabili» (20).

D'altra parte, questa interpretazione del potere del C.S.M. non sembra comportare un indebito arretramento del sindacato di legittimità.

Le stesse Sezioni unite hanno sottolineato che anche «quando si tratti — come nella specie — di un atto a contenuto fortemente valutativo, cui certamente inerisce un ampio grado di discrezionalità anche tecnica», comunque «il giudice amministrativo non può esimersi dal prendere in considerazione la congruità e la logicità del modo in cui la medesima amministrazione ha motivato l'adozione di quell'atto; ... e, se pure è vero che, in siffatte situazioni, esiste il rischio che detto giudice travalichi quei limiti e sostituisca indebitamente la propria valutazione a quella dell'amministrazione, per riscontrare un tale eccesso non basta certo soltanto il fatto che il giudice si sia soffermato a soppesare gli argomenti sui quali la motivazione dell'atto impugnato si articolava»; affinché ci sia invasione nel merito riservato al C.S.M., occorrerebbe invece che il giudice ammi-

amministrativa. La discrezionalità amministrativa identifica essenzialmente una libertà di scelta orientata all'interesse pubblico; la valutazione di merito di magistrati, ai fini del conferimento di un incarico, è invece altra cosa e attiene all'identificazione del candidato che presenti le caratteristiche più appropriate per l'incarico in questione»; una valutazione che «attiene essenzialmente alla meritevolezza del candidato ... non è una valutazione libera, ma ha connotati latamente tecnici», mentre «la confusione, in cui cade la Cassazione, con il merito amministrativo comporta un netto arretramento delle garanzie».

(20) Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 212; nel senso che la discrezionalità del C.S.M. sia riferita al «giudizio di bilanciamento dei differenti criteri di valutazione», anche Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6135; 18 giugno 2018, n. 3736; Id., 5 marzo 2018, n. 1345; Id., sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 5122; Id., 24 maggio 2013, n. 2824.

nistrativo travalicasse «la linea di discriminare — talora sottile, ma mai inesistente — tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute» (21).

Successivamente alla sentenza del 2015, il Consiglio di Stato ha riaffermato con decisione che il sindacato sulle scelte del C.S.M. si deve estendere «al riscontro dell'esattezza dei presupposti di fatto, del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni, e in definitiva dell'esistenza, congruenza e ragionevolezza della motivazione, senza trasmodare in un diretto apprezzamento che si estrinsechi in una valutazione specifica di merito», perché «diversamente opinando, si giungerebbe ad affermare la sostanziale insindacabilità dei provvedimenti di nomina ad incarico direttivi o semidirettivi operati dal Consiglio Superiore della Magistratura, vanificando in pratica la tutela giurisdizionale» (22).

4. *Il contributo del sindacato del giudice amministrativo alla definizione delle modalità e dei limiti delle valutazioni riservate al C.S.M.*

Più che alle definizioni, conviene però guardare al contenuto del sindacato, perché è da esso che emerge lo specifico contributo della giurisprudenza amministrativa alla definizione dei limiti del potere di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi spettante al Consiglio Superiore.

(21) Cass., sez. un., 8 marzo 2012, n. 3622, cui si è richiamata adesivamente anche Cass., sez. un., n. 19787/2015 cit., osservando che nel caso sottoposto al suo esame il Consiglio di Stato aveva «rifatto direttamente la valutazione comparativa con un giudizio tipicamente di merito», in quanto «la comparazione tra un'esperienza professionale tutta nella magistratura ordinaria ed un'esperienza professionale complessiva risultante da quella nella magistratura ordinaria sommata a quella nell'avvocatura dello Stato ... costituisce una tipica valutazione di merito, calibrata anche sulle caratteristiche ed esigenze del posto a concorso».

(22) Cons. St., sez. V, 21 novembre 2016, n. 4876; la posizione è stata ribadita, più di recente, da Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2019, n. 7468.

Si pensi a un caso delicato come quello della nomina del Procuratore della Repubblica di Perugia (23). Il C.S.M. aveva valorizzato l'esercizio da parte di uno dei candidati «di funzioni requirenti nella medesima zona geografica, di particolare rilevanza, avendo la competenza *ex art.* 11 c.p.c. sugli uffici giudiziari romani», anche in considerazione del fatto che la Procura aveva in quel periodo «vissuto conflitti interni ai magistrati dell'ufficio». Tuttavia, tali funzioni erano state esercitate per breve tempo e in un periodo risalente, laddove la carriera del candidato pretermesso era contrassegnata dal prevalente esercizio di funzioni requirenti, anche di carattere direttivo. Il Consiglio di Stato ha sottolineato che nella fattispecie risultava «priva di seria consistenza la pretesa approfondita conoscenza delle dinamiche geo-giudiziarie del territorio perugino dovuta all'aver esercitato funzioni requirenti proprio nell'ufficio della cui dirigenza si tratta, attesa la risalenza di tale esperienza lavorativa, che confligge, di per sé, con un adeguato e aggiornato apprezzamento delle dinamiche della sede giudiziaria in questione». Per contro, non risultava in alcun modo valorizzata, nella valutazione comparativa, l'esperienza del ricorrente nelle funzioni direttive requirenti per un periodo significativo; né risultava «da elementi concreti» che l'esperienza del controinteressato in incarichi extragiudiziari avesse «valenza superiore» a quella maturata dal ricorrente «nel lungo corso di direzione di uffici direttivi requirenti, con problematiche organizzative analoghe a quelle del posto da ricoprire»; né infine poteva attribuirsi un peso decisivo alle funzioni di legittimità svolte dal controinteressato, posto che nella circolare n. 13000 del 1999, allora in vigore, lo svolgimento di funzioni direttive specifiche costituiva titolo preferenziale equipollente allo svolgimento delle funzioni di legittimità.

La sentenza non nega che le attitudini e il merito possano superare la specifica esperienza nel ruolo da ricoprire, ma sottolinea che «ancorché la scelta del magistrato da proporre a uffici diret-

(23) La nomina, risalente al 2008, è stata annullata da Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 797.

tivi costituisca valutazione discrezionale, essa tuttavia deve essere ancorata a parametri oggettivi e verificabili».

Analogamente, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il conferimento dell'incarico di Presidente del Tribunale di Matera, basato sulla ritenuta prevalenza della «spiccata attitudine organizzativa» del prescelto rispetto alle effettive «esperienze organizzative» del candidato pretermesso (24).

Dopo aver premesso che «il pregresso svolgimento di analoghe funzioni da parte di un candidato non ha valenza dirimente e non rende obbligatoriamente recessive le posizioni dei magistrati che non abbiano già attinto livelli apicali», la sentenza ha rilevato che nella specie «il Consiglio Superiore si è espresso a maggioranza in favore dell'odierno appellante non tanto per la rilevanza dell'ottimo e variegato profilo curricolare di questo magistrato, quanto piuttosto per le attitudini organizzative dimostrate dall'interessato prima per otto mesi negli anni settanta quale reggente temporaneo della Procura di Lanusei, poi in tempi recenti quale componente del Consiglio giudiziario di Bari e infine nell'ambito del concorso mediante la presentazione di un progetto organizzativo del Tribunale da assegnare». Ma questo giudizio «presenta profili di illogicità nella misura in cui — scostandosi immotivatamente dai parametri valutativi sopra ricostruiti — non tiene in alcun conto il tratto saliente dell'esperienza professionale dell'odierno appellato», il quale «ha esercitato per oltre sette anni le funzioni semidirettive di Presidente della III Sezione del Tribunale di Bari e per otto mesi quelle di reggente dello stesso Tribunale». Pertanto, «l'Organo di autogoverno non ha tenuto in adeguato rilievo prognostico quegli elementi valutativi che invece la normativa di riferimento considera in realtà essenziali per la ricostruzione delle capacità organizzative degli aspiranti».

Per contro, attribuendo rilievo decisivo al progetto di ristrutturazione dell'ufficio da conferire, presentato dal prescelto in sede di concorso, il C.S.M. non ha rispettato il carattere meramente «sussidiario, utilizzabile in via integrativa» di un tale criterio di valutazione, considerato che «un giudizio di prevalenza in punto

(24) Cons. St., sez. IV, n. 212/2010 cit.

di attitudini organizzative non può certo dislocarsi in prospettive del tutto teoriche, svincolate da ogni aggancio con il concreto percorso professionale dei candidati».

Per la sentenza, infatti, «il riconoscimento della maggiore attitudine di un candidato a esercitare degnamente le funzioni da conferire deve primariamente ancorarsi ad elementi oggettivi e controllabili», perché altrimenti «ne verrebbe snaturata l'impostazione di fondo del concorso per il conferimento di incarichi direttivi, concorso nel quale la valutazione prognostica deve pur sempre trovare riscontro nel complessivo bagaglio professionale acquisito dagli aspiranti nel corso della loro carriera».

In un caso relativo alla nomina di un Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo aggiunto, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima la prevalenza attribuita a un candidato che vantava un'esperienza recente in tema di antiterrorismo e un'esperienza risalente in tema di antimafia, mentre l'esperienza della ricorrente era stata giudicata inferiore, per essersi la stessa allontanata di recente dalle indagini operative, avendo assunto il ruolo di sostituto procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo (25).

Prendendo le mosse dall'art. 103, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011, a norma del quale i magistrati della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo sono «scelti tra coloro che hanno svolto, anche non continuativamente, funzioni di pubblico ministero per almeno dieci anni e che abbiano specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti in materia di criminalità organizzata e terroristica», e considerando che, in base all'art. 12, del d.lgs. n. 160/2006 e alla circolare del 2015, «merito e attitudini [devono] essere valutati con specifico riferimento alla funzione che i candidati andranno a svolgere», la sentenza ha giudicato «incoerente dal punto di vista logico e irrazionale» ritenere, come aveva fatto il C.S.M., che l'allontanamento dalla diretta conduzione delle indagini, in ragione del ruolo di sostituto procuratore presso la Direzione nazionale, «fosse da considerare in termini sostanzialmente sottrattivi».

(25) Cons. St., sez. V, n. 1345/2018 cit.

Infatti, è tipico della Direzione nazionale che i suoi magistrati svolgono una «funzione istituzionale di impulso o coordinamento ... di indagini, e non autonome indagini», con la conseguenza che attribuire valore negativo a questa circostanza comporterebbe che «in sede di valutazione comparativa risulterebbero penalizzati proprio i magistrati già appartenenti all'organico della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, e cioè gli aspiranti che vantano, in applicazione dei criteri selettivi prescritti dalla *lex specialis* della procedura, l'esperienza più qualificata alla stregua degli indicatori specifici. Il che sarebbe un risultato paradossale e contrastante le ragioni di esistenza dell'ufficio».

Pur essendo corretto, come sostenuto dalla sentenza di primo grado nel respingere il ricorso, che «l'attribuzione degli incarichi all'interno della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo non può essere costruita come una *'specifica ed autonoma ragione di prevalenza'* (ciò che finirebbe, in effetti, per prefigurare un'implausibile sorta di necessaria progressione interna nella relativa carriera)», tuttavia, per il Consiglio di Stato, le considerazioni di cui sopra non possono essere superate semplicemente «argomentando dalla discrezionalità valutativa in ordine alla ponderazione dei requisiti e delle attitudini e dalla natura globale e complessiva del giudizio». Discrezionalità e globalità, infatti, «non esimono, per il principio di legalità, dal rispetto del canone di intrinseca coerenza e razionalità decisionale oltre che dalla necessità di sufficienza e congruità della motivazione delle assunte determinazioni».

Negli esempi esaminati, la discrezionalità non viene sottratta al C.S.M., ma viene dal giudice amministrativo ancorata a parametri di non arbitrarietà. Come si afferma in una decisione già richiamata, la motivazione del provvedimento d'incarico «deve dar conto delle ragioni, ove sussistenti, che concretano nei fatti l'accertamento di miglior capacità professionale tra i concorrenti e che perciò razionalmente conducono, nel caso in questione, a preferire uno di essi rispetto agli altri» (26).

(26) Cons. St., sez. V, n. 97/2019 cit.

5. *Elasticità delle valutazioni, bilanciamento tra esigenze contrapposte e non arbitrarietà delle scelte.*

Una delle note distintive del potere valutativo del C.S.M. in materia di incarichi, così come viene interpretato dalla giurisprudenza amministrativa, è l'elasticità. Né la legge né le circolari integrative costringono il C.S.M. a rispettare una rigida predeterminazione di criteri valutativi. Anche il maggior valore attribuito normativamente a determinati indicatori può essere sempre superato con un'adeguata motivazione e in presenza di circostanze oggettive, che dimostrino la maggiore idoneità di un diverso profilo professionale.

Questa immagine di un potere valutativo elastico, adattabile alle specificità della situazione concreta, nella ricerca della soluzione più adatta a soddisfare le esigenze di buon andamento dell'ufficio da affidare, rappresenta forse il contributo più caratteristico della giurisprudenza amministrativa alla definizione della funzione del C.S.M. in materia di incarichi. La capacità di adattare la decisione alla particolarità della situazione concreta è la cifra distintiva della discrezionalità, quale proiezione dell'idea di azione amministrativa come cura concreta di interessi pubblici.

La giurisprudenza amministrativa, leggendo il potere valutativo del C.S.M. con le proprie lenti tradizionali, lo libera dalle rigidità che potrebbero emergere dal dato normativo e lo rende capace non solo di adattarsi alle esigenze dello specifico ufficio da ricoprire di volta in volta, ma anche di ricercare un equilibrio tra esigenze antinomiche, quali sempre sono quelle che definiscono un interesse pubblico complesso.

Rimanendo al tema dominante nell'esemplificazione fatta in precedenza, la giurisprudenza amministrativa avverte che il sistema richiede al C.S.M. un difficile equilibrio tra l'esigenza di preporre agli uffici dei soggetti che siano dotati di capacità organizzative e l'esigenza di lasciare aperta la carriera direttiva anche ai magistrati che siano privi di pregresse esperienze direttive. Questa tensione non può essere sciolta in astratto, ma deve essere lasciata al prudente apprezzamento del C.S.M., e ciò non solo per-

ché il soggetto più idoneo può essere individuato solo in concreto, ma anche perché spetta al C.S.M. sia garantire il buon andamento della giustizia, sia governare le carriere dei magistrati senza compartimentazioni, in modo da assicurare il principio che essi si distinguono solo per le funzioni esercitate. Ma, d'altra parte, se la giurisprudenza amministrativa riconosce nel C.S.M. il potere di sviluppare proprie politiche di conferimento degli incarichi (di qui l'insistenza sulla «discrezionalità del C.S.M., espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura» (27)), ne avverte anche il pericolo di arbitrarietà e predispone una sorta di rete di contenimento, imponendo un'effettiva comparazione tra le caratteristiche di ciascun candidato, graduando l'onere motivazionale in funzione della maggiore o minore distanza della valutazione dall'ordine dei criteri normativamente stabilito, imponendo che le scelte siano sempre basate su fatti oggettivi e siano il frutto di valutazioni logiche e coerenti.

Un esempio interessante di quest'opera del giudice amministrativo riguarda il problema del valore da attribuire alla localizzazione territoriale dell'esperienza dei candidati a un determinato ufficio.

Una decisione recente ha avuto ad oggetto il ruolo di Presidente del Tribunale di Venezia, che era stato affidato in ragione delle «esigenze concrete del posto a concorso», scegliendo un candidato il cui profilo professionale era «maturato interamente nel territorio veneto» e da diversi anni svolgeva il ruolo di presidente di sezione nel medesimo Tribunale, e scartando l'altro candidato che era stato presidente di sezione del Tribunale di Reggio Calabria e al momento del concorso presiedeva il Tribunale di Pisa.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima la scelta, in quanto basata su di un criterio «che non può — anche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza e della sua declinazione all'art. 51 Cost., come del principio dell'art. 107, terzo comma, Cost. per cui i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni — assumere rilievo alcuno in uno scrutinio comparativo che è per

(27) Cons. St., sez. V, n. 4876/2016 cit.

sua natura su base nazionale e dunque non può che prescindere dal radicamento personale sul singolo territorio» (28).

Secondo la sentenza «il carattere dell'impersonalità degli uffici pubblici, che è espressione del principio di eguaglianza nel *ius ad officium*» imporrebbe un'interpretazione restrittiva dell'art. 25 della circolare del 2015 (presente anche nelle precedenti circolari), nella parte in cui l'idoneità dei candidati si misura non solo sulle «esigenze funzionali da soddisfare», ma anche su «particolari profili ambientali». Tale espressione non sarebbe suscettibile di «applicazione indiscriminata», ma sarebbe da riferire unicamente «a fenomeni di caratterizzazione territoriale per presenze di criminalità organizzata».

Nonostante il rilievo attribuito al principio di uguaglianza nell'accesso alle funzioni direttive e l'apparente rigidità della posizione assunta, il Consiglio di Stato non chiude completamente la porta rispetto a interpretazioni che assicurino maggiore elasticità di giudizio al C.S.M. in relazione alla peculiarità delle situazioni concrete. La sentenza, infatti, non esclude che, oltre a quelli caratterizzati dalla presenza della criminalità organizzata, vi siano altri «contesti in cui eccezionalmente può — seppure con le dovute cautele — apparire non irragionevole individuare nella conoscenza territoriale del singolo magistrato una ragione di particolare rilievo riguardo a un'attitudine maturata nello specifico settore». Con l'avvertenza, però, che «la valorizzazione di un siffatto profilo per l'attribuzione di un incarico direttivo presuppone che il C.S.M. ne individui gli elementi concreti nell'ambito del giudizio comparativo».

E alla fine la scelta è stata annullata per difetto di motivazione, perché «con riguardo all'ufficio *ad quem*, nulla ne risulta dalla delibera impugnata nel presente giudizio, al di là del generico riferimento alle *specifiche problematiche dell'ufficio a concorso*».

Vi sono casi nei quali, invece, l'esigenza di specifica conoscenza delle problematiche dell'ufficio da ricoprire risulta adeguatamente motivata.

(28) Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6137, che riprende letteralmente Id., 2 luglio 2018, n. 4042.

Con riguardo alla nomina a Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, il Consiglio di Stato ha ritenuto giustificata la scelta del magistrato con « maggiore conoscenza ed esperienza in relazione al fenomeno di criminalità organizzata operante nel territorio campano in generale, ed in particolare, in quello operante nel circondario del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, nonché una maggiore esperienza in una pluralità di Direzioni distrettuali antimafia ed una comprovata capacità di coordinare sempre in questo settore la propria attività con quella di altri Uffici » (29).

In un altro caso, per la nomina a Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del Minorenni di Napoli era stato scelto un magistrato privo di precedenti esperienze direttive specifiche, rispetto a un altro candidato che invece le possedeva, ma in un ufficio di dimensioni molto ridotte rispetto a quello partenopeo, di cui invece il prescelto « ben conosce la complessa e difficile realtà della geografia criminale minorile, che presenta aspetti non comuni di collegamento con la criminalità organizzata locale ».

Come osservato dal Consiglio di Stato, il giudice di primo grado aveva ritenuto illegittima tale motivazione, « in quanto avrebbe potuto indurre a ritenere che uffici giudiziari di particolare rilevanza, segnatamente ove posti in realtà particolarmente complesse in ragione delle problematiche ivi esistenti, non potessero essere affidati se non a magistrati che avessero dimostrato una consistente, quanto prolungata, consuetudine operativa nell'ambito geografico di pertinenza (venendo, per l'effetto, ad introdursi un elemento chiaramente 'distorsivo' rispetto ai parametri di riferimento che lo stesso C.S.M. aveva posto ai fini del conferimento delle funzioni direttive, dando rilevanza ad un criterio puramente 'localistico', suscettibile di risolversi in un privilegio — immotivatamente — accordato ai candidati della sede interessata dall'attribuzione di funzioni) ».

Il Consiglio di Stato (30) non ha respinto la prospettazione del giudice di primo grado circa l'illegittimità di una scelta basata pre-

(29) Cons. St., sez. V, n. 4876/2016 cit.

(30) Cons. St., sez. IV, n. 6035/2012 cit.

valentemente sul criterio localistico, rilevando invece che la prevalenza di un candidato sull'altro era stata il frutto di una più ampia valutazione complessiva del merito e delle attitudini dei due candidati, nell'ambito della quale aveva avuto legittimamente un peso anche il «livello di competenza e di conoscenza nell'esercizio delle funzioni di giudice minorile svolte in un ufficio di più ampia dimensione (e coincidente con quello da assegnare, circostanza quest'ultima certamente non decisiva, ma che comunque non può essere considerata come del tutto ininfluyente, alla luce della gioco-forza maggiore conoscenza delle specifiche problematiche dell'Ufficio in capo all'appellante)».

La sentenza ha, quindi, ritenuto soddisfatto nel caso di specie il principio per il quale «la prevalenza del candidato non in possesso del citato 'requisito differenziale' della pregressa titolarità di incarichi direttivi e semidirettivi può conseguire legittimamente soltanto a seguito di una valutazione motiva di natura rafforzata».

6. *Il C.S.M. e il sindacato del giudice amministrativo: una dialettica costruttiva.*

Per quanto limitata rispetto al volume considerevole della casistica in materia, l'analisi finora condotta consente di formulare alcune considerazioni sul ruolo del sindacato del giudice amministrativo rispetto all'esercizio del potere di autogoverno della magistratura affidato al Consiglio Superiore.

In primo luogo, appare riduttivo rappresentare il sindacato del giudice amministrativo esclusivamente nei termini di una verifica di legittimità sul singolo provvedimento impugnato. Come accade rispetto a qualsiasi potere amministrativo, il valore ordinamentale della giurisprudenza di legittimità non si esaurisce nella tutela puntualmente assicurata all'interesse leso dal provvedimento, ma si esplica anche nella costruzione del significato e dei limiti della funzione di cui quel provvedimento è espressione, in un contesto che lascia amplissimo spazio all'elaborazione giurisprudenziale, a causa della strutturale incompletezza e imprecisione delle norme attributive del potere.

Come si è visto, l'art. 12 del d.lgs. n. 160/2006 rispecchia perfettamente la tradizionale reticenza delle norme a definire in termini completi e precisi i presupposti e le modalità di esercizio delle valutazioni affidate all'amministrazione, senza che le puntualizzazioni contenute nelle circolari del C.S.M. riescano a superare compiutamente l'indeterminatezza che avvolge il potere valutativo dell'organo.

Rispetto a questo tema, la giurisprudenza amministrativa ha espresso alcune indicazioni essenziali, che contribuiscono a definire in maniera pregnante l'ambiente giuridico nel quale il C.S.M. formula le proprie valutazioni: la necessità di un'effettiva comparazione dei candidati, ricavata dalla definizione legislativa della procedura come concorsuale, con la precisazione però che il confronto non deve essere analitico, bensì relativo al profilo professionale complessivo dei candidati, in ragione del fine perseguito dalla norma, che è quello di individuare il candidato idoneo a ricoprire l'ufficio; la pregnanza e non aggirabilità degli elementi di valutazione indicati dalla norma, così come integrata dalle circolari, ma con possibilità di invertire la gerarchia normativa dei criteri, a fronte di specifiche ragioni rigorosamente fondate su elementi oggettivi; la necessità di parametrare la valutazione alle esigenze dell'ufficio da ricoprire, attraverso un bilanciamento del valore da assegnare in concreto ai diversi criteri di giudizio, sotto il vincolo della logicità e ragionevolezza.

Queste indicazioni non hanno carattere meramente formale. Il giudice amministrativo prende posizione rispetto a concrete situazioni, definisce in maniera puntuale la regola di giudizio che appare corretta nella situazione data, e conferma o corregge giudizi specifici che riguardano particolari combinazioni di criteri valutativi, producendo decisioni suscettibili di assumere valore paradigmatico e di fornire così all'operato del C.S.M. indicazioni contentutisticamente assai più pregnanti di quelle ricavabili normativa.

Per questa ragione, la giurisprudenza in materia meriterebbe di essere attentamente studiata e valorizzata, caso per caso e senza limitarsi alle massime, al fine di estrarne quel *corpus* di indicazioni preziose sull'esercizio del potere del C.S.M. che in essa vive, ma in uno stato ancora disperso e frammentario.

In secondo luogo, la giurisprudenza amministrativa svolge un ruolo decisivo nella legittimazione del C.S.M. come organo depositario dell'autonomia della magistratura. La giurisprudenza amministrativa non solo collega direttamente, come si è visto, la discrezionalità del C.S.M. all'art. 105 della Costituzione, ma soprattutto, tracciando e presidiando il confine esterno travalicato il quale l'esercizio del potere diventa arbitrario, essa contribuisce ad assicurare che l'autogoverno rimanga tale, senza trasformarsi in un costituzionalmente inammissibile «governo» della magistratura.

Sotto questo profilo, meriterebbe di essere valorizzata, invece che stigmatizzata, la dialettica tra C.S.M. e giudice amministrativo.

A tal fine, appare utile la visione istituzionalistica del diritto come organizzazione, per la quale occorre spostare l'attenzione dalle disposizioni normative agli organi che hanno il potere di applicarle⁽³¹⁾. Da questo punto di vista, l'assoggettamento degli atti del C.S.M. al sindacato di legittimità del giudice amministrativo genera quella che si potrebbe chiamare una «configurazione istituzionale» che impedisce al C.S.M. di avvitarci nell'autoreferenzialità. La verifica esterna di legittimità genera una riflessione costante — nel senso di riflesso reciproco tra le determinazioni del C.S.M. e le determinazioni del giudice amministrativo — su quali siano i principi che devono presiedere alla carriera dei magistrati.

Di fronte alle contraddizioni, la tentazione è sempre quella di cercare di superarle, ma nella vita del diritto ci sono contraddizioni produttive, che meritano di essere mantenute e assunte in tutta la loro carica trasformativa. Le contraddizioni che si verificano quando il C.S.M. e il giudice amministrativo si scontrano sull'interpretazione della legge che regola l'esercizio dei poteri del primo appartengono a questa categoria, perché spingono più a

(31) Il riferimento è a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, 14 ss., il quale osservava che il diritto «è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato ..., i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità o di forza, che producono, applicano garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse».

fondo la riflessione sui fondamenti costituzionali della magistratura.

Due casi, tra i tanti che si potrebbero richiamare, possono esemplificare quanto ora affermato.

Il primo riguarda il conferimento non di un incarico direttivo, ma di una funzione requirente⁽³²⁾. Ai fini del conferimento di alcuni incarichi di sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione, il C.S.M. aveva attribuito valore preminente all'esperienza maturata quale componente del C.S.M., argomentando in base alla « necessità che i singoli componenti del C.S.M., i quali per ragioni istituzionali non sono in grado di svolgere la funzione magistratuale, non siano per questo penalizzati dalla loro permanenza presso l'organo di autogoverno ». Il Consiglio di Stato non ha negato la possibilità di un'equiparazione degli incarichi fuori ruolo con le funzioni istituzionali, ma ha ribadito la « necessità che la valutazione dei requisiti per le funzioni di legittimità consenta la selezione dei candidati maggiormente idonei al delicato incarico ».

Sulla base di questo criterio, la sentenza ha ritenuto illegittima la valutazione effettuata dal C.S.M., rilevando come le ragioni di preferenza apparissero « ingiustificatamente fondate sullo svolgimento di quelle funzioni e sulle competenze ivi acquisite, tanto da evidenziare come il pur meritorio ruolo ricoperto nell'organo di autogoverno si sia in concreto trasformato in un episodio curriculare non assimilato allo svolgimento dell'ordinaria attività giurisdizionale, ma considerato come elemento di superiore pregnanza, superiore tanto da giustificare in tal modo la preferenza per i magistrati in questione ». Infatti, « come emerge dalla piana lettura dei giudizi finali, gli elementi derivanti dalla funzione di componente del C.S.M. non sono stati affatto trattati in un'ottica di parificazione con quelli dati dallo svolgimento delle ordinarie funzioni giurisdizionali, ma sono stati apprezzati nella loro singolarità o addirittura nella loro unicità, costruendo in fatto un insieme di dati aggiuntivi estranei al complesso di esperienze conseguibili dagli altri magistrati ».

(32) Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1012.

In tal modo, secondo il Consiglio di Stato, la delibera impugnata ha «snaturato il senso» della indicazione recata dalla circolare sull'assegnazione delle funzioni (n. 12046 dell'8 giugno 2009, par. VIII, punto 4 *ter*, secondo il quale «le funzioni di componente del C.S.M. sono valutate anche per le attribuzioni dei punteggi delle attitudini generiche e specifiche previsti in relazione all'esercizio di funzioni giudicanti, requirenti e semidirettive»), «portando ad una sostanziale sopravvalutazione dell'incarico elettivo fuori ruolo».

La decisione assume rilievo non tanto perché colpisce una manifestazione di autoreferenzialità dell'organo di autogoverno, ma perché la diversa interpretazione data dal Consiglio di Stato riflette direttamente il valore del principio costituzionale per cui i magistrati si distinguono soltanto per la diversità di funzioni, ai fini dell'interpretazione delle disposizioni che regolano la carriera dei magistrati.

La *ratio decidendi* della sentenza in esame risiede, infatti, chiaramente nell'esigenza di assicurare l'uguaglianza dei magistrati nell'accesso alle funzioni, che sarebbe invece vulnerata se si attribuisse *ex se* una preferenza all'incarico *elettivo*. Come ha osservato conclusivamente il Consiglio di Stato, «in concreto, non si tratta qui di una mera maggiore enfasi nell'indicazione dei profili attitudinali e di merito di un candidato piuttosto che di un altro, atteso che questo rientra effettivamente in una fisiologica modalità esplicitativa, ma dell'attribuzione di un giudizio di preferenza, dove invece avrebbe dovuto trovare spazio una valutazione di equivalenza».

Il secondo caso riguarda la legittimità di una disposizione del testo unico sulla dirigenza giudiziaria del 2015, nella parte in cui includeva la partecipazione al collegio delle Sezioni unite tra gli indicatori attitudinali specifici per l'assunzione dell'ufficio di presidente di sezione della Cassazione.

Il Consiglio di Stato (33) ha ritenuto che tale indicatore non violasse l'art. 12, comma 11, del d.lgs. n. 160/2006, nella parte in

(33) Cons. St., sez. V, n. 4220/2017. La pronuncia è stata ritenuta non in-

cui dà rilievo specifico alle esperienze direttive o alle attitudini direttive, perché «l'esperienza della funzione nomofilattica rinforzata fatta mediante la partecipazione alle Sezioni Unite è caratteristica del tutto appropriata per l'incarico direttivo in questione, in ragione del suo primario significato per la coerenza dell'ordinamento, l'unificazione e la stabilità della giurisprudenza, l'interesse generale alla sicurezza giuridica e alla certezza del diritto». Tuttavia, la disposizione è stata ritenuta irragionevolmente discriminatoria, perché «è intesa come preclusiva della considerazione di quella partecipazione processuale dei magistrati della Procura generale», laddove «la Procura generale, in persona dei suoi magistrati, partecipa alla funzione nomofilattica perché partecipa al processo di legittimità per un interesse non simmetrico a quello della parte privata che ricorre (*de iure litigatoris*) ma, sempre, nell'interesse della sola legge (*de iure constitutionis*)», con un ruolo «di promozione e di cooperazione attiva e motivata, intrinseca alla formazione concreta delle nomofilachia» (34).

Come nel caso precedente, il contrasto interpretativo tra C.S.M. e Consiglio di Stato (il primo, infatti, riteneva che fosse ragionevole limitare all'esercizio della funzione giudicante presso del Sezioni unite il valore di indicatore attitudinale per la copertura di una funzione direttiva giudicante quale la presidenza di sezione della Cassazione) si riflette direttamente sul modo di intendere i principi che devono presiedere all'avanzamento in carriera dei magistrati.

Il Consiglio di Stato, infatti, rileva nella disposizione in esame un travisamento sottile, ma determinante per l'effettività dell'art. 107, comma 3, Cost., del principio per il quale gli incarichi diret-

vasiva del merito delle valutazioni riservate al C.S.M. da Cass., s.u., 11 luglio 2018, n. 18240.

(34) La sentenza aggiunge che la disposizione avrebbe anche l'effetto «di ingenerare una surrettizia compartimentazione, per non dire in pratica una definitiva separazione (vista l'avanzata posizione di cui si discute, ordinamentale e di progressione individuale) delle carriere, non contemplata dalla legge, sola fonte abilitata», ma si tratta di profilo non rilevante per il discorso che si sta conducendo nel testo.

tivi sono attribuiti unicamente in ragione della professionalità dei magistrati.

Come sottolinea la sentenza, «il rilievo che l'indicatore di attitudini dà alla partecipazione alla sede eminente della nomofilachia impone di considerare questa funzione nella complessità della formazione che caratterizza quella stessa sede come sede di un giudizio: si tratta qui di considerare non i suoi effetti di coerenza e di certezza sulla giurisprudenza, *ma la sua elaborazione quale momento di proiezione della professionalità individuale del magistrato*». Per essere coerente con i principi costituzionali, il sistema di attribuzione degli incarichi deve essere congegnato in modo da riflettere sempre e soltanto la professionalità dei singoli magistrati. Di conseguenza, se la funzione svolta esprime una medesima attitudine professionale, il sistema deve attribuirle il medesimo indicatore attitudinale: «ai fini del conferimento dell'incarico di presidente di sezione della Corte di Cassazione l'indicata qualità di componente delle Sezioni Unite discrimina in modo indebito rispetto ai magistrati con funzioni giudicanti quelli addetti alla Procura generale presso la Suprema Corte che abbiano partecipato alle udienze delle medesime Sezioni Unite e che in ragione di ciò si siano pertanto trovati ad affrontare le stesse questioni di massima devolute alla cognizione e alla funzione nomofilattica che compete alla Corte di Cassazione».

I problemi che affliggono la prassi attuale del conferimento degli incarichi direttivi nella magistratura non possono certo essere risolti attraverso il sindacato del giudice amministrativo sugli atti del C.S.M., ma la risposta non dovrebbe neppure essere ricercata in un'eliminazione dello spazio di valutazione dell'organo, attraverso la fissazione di criteri sempre più rigidi e automatici (35).

(35) Come è stato osservato, «può suscitare dubbi una disciplina legislativa che, proprio nelle specifiche attribuzioni elencate dall'art. 105 Cost., azzeri irragionevolmente lo spazio di valutazione del C.S.M., determinando l'insorgere di situazioni concrete che, al contrario, dimostrino come l'esercizio di una tale discrezionalità sia non solo opportuna, ma necessaria. In tali ipotesi, di una tale disciplina si potrebbe argomentare l'illegittimità costituzionale, per violazione congiunta degli artt. 3 e 105 Cost.» (N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale* cit., 57).

Si dovrebbe piuttosto riflettere sull'opportunità di precisare maggiormente le indicazioni generali attualmente fornite dall'art. 12 del d.lgs. n. 160/2006, e in questa direzione la giurisprudenza amministrativa, qui esaminata solo per sommi capi, fornirebbe sicuramente utili spunti di riflessione. Il recente disegno di legge di riforma dell'ordinamento giudiziario si propone di ridurre la discrezionalità del C.S.M. nell'attribuzione degli incarichi direttivi, ancorandola «a dati oggettivi e coerenti». Tuttavia, la delega proposta ricalca il modello già codificato nelle circolari del C.S.M. (in particolare nel Testo unico del 2015 esaminato *supra* al par. 2) che si basa sulla distinzione tra indicatori «generali» e «specifici». Sarebbe quindi auspicabile che, in caso di approvazione della riforma, il legislatore delegato operasse sulla base di una piena e approfondita conoscenza del contenzioso esaminato nel presente lavoro, dalla quale soltanto potrebbe emergere la consapevolezza di quali siano le indicazioni normative di cui c'è realmente bisogno per indirizzare il potere valutativo del C.S.M. nella scelta dei candidati più idonei effettivamente a ricoprirne l'incarico direttivo di volta in volta da assegnare.

LA FUNZIONE NOMOFILATTICA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE
E L'INDIPENDENZA FUNZIONALE DEL GIUDICE

Ernesto Lupo

SOMMARIO: 1. Premessa. — *Parte Prima. La funzione nomofilattica della Cassazione.* — 2. La nomofilachia secondo Calamandrei. — 3. L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941. — 4. L'art. 111 della Costituzione. — 5. L'ingresso della nomofilachia nella legislazione. — 6. La rimessione obbligatoria alle sezioni unite della Cassazione ed altri interventi legislativi di valorizzazione della nomofilachia. — 7. Attualità e necessità della funzione nomofilattica. — *Parte Seconda. L'indipendenza funzionale del giudice.* — 8. L'indipendenza funzionale dell'organo giudiziario e quella (limitata) del singolo magistrato. — 9. Il vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto fissato dalla Cassazione. — 10. La posizione del giudice rispetto al precedente giudiziario. — *Parte Terza. Rimessione obbligatoria alle sezioni unite e indipendenza del giudice.* — 11. La legittimità costituzionale delle norme sulla rimessione obbligatoria alle sezioni unite. — 12. Le incoerenze della attuale composizione delle Sezioni Unite. — 13. Necessità delle Sezioni Unite miste. — 14. Apporto della dottrina alle decisioni nomofilattiche delle Sezioni Unite. — 15. Uno sguardo agli ordinamenti degli altri Stati europei. — 16. Conclusione: Corte di cassazione non più suprema, ma indispensabile per l'unità del diritto.

1. *Premessa.*

Il titolo della presente relazione pone in rapporto istituti di diritto processuale, e cioè le funzioni svolte dalla Corte di cassazione che sono desumibili, in modo analitico, dai codici di rito (penale e civile)(1), con istituti di ordinamento giudiziario, ove è posta e regolata l'indipendenza del giudice.

(1) Va, peraltro, tenuto presente che le normative processuali sul ricorso

Il collegamento tra i due istituti è tema reso attuale, e con aspetti nuovi, da recenti modifiche legislative separatamente apportate ai due codici processuali, relative all'attività della Corte di cassazione e, in particolare, ai rapporti tra le sezioni semplici e le sezioni unite della stessa Corte, con limitazione dei poteri delle prime e quindi dei collegi con cui esse decidono (2). Queste limitazioni hanno posto il problema della incidenza delle nuove disposizioni sulla indipendenza funzionale dei detti collegi e dei giudici che di essi fanno parte, essendosi messa in dubbio la loro compatibilità con tale garanzia costituzionale.

L'esame del quesito qui indicato esige, in via preliminare, un approfondimento separato dei due istituti. Il problema, pertanto, verrà affrontato nella parte III di questa relazione, dopo che nelle parti I e II di essa si saranno analizzati separatamente i due istituti indicati nel titolo.

Parte Prima. *La funzione nomofilattica della Cassazione*

2. *La nomofilachia secondo Calamandrei.*

Il termine nomofilachia (recepito, recentemente, dal legislatore (3) in forma aggettivale) ha una origine dottrinale. Esso è

per cassazione “si compenetrano e si fondono” con l'ordinamento del particolare giudice destinatario del ricorso (Corte di cassazione): così S. SATTÀ, *Cassazione*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 458, P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, in *Nuovo digesto it.*, II, Torino, 1937, 981 s.; ripubblicata in *ID.*, *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1979, 10) parla di « binomio Corte di cassazione-ricorso in cassazione ».

(2) Ci si riferisce alla modifica dell'art. 374 c.p.c., apportata dall'art. 8 d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, ed alla analoga modifica apportata all'art. 618 c.p.p. dall'art. 1, comma 66, l. 23 giugno 2017 n. 105. In ambedue gli articoli citati si è introdotto un nuovo comma, secondo cui, se la sezione semplice « ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime... la decisione del ricorso ». Le parole qui virgolettate sono uguali nelle due disposizioni. L'unica differenza sostanziale consiste nel fatto che, nel rito civile, è imposta l'adozione, nel caso di rimessione, di una « ordinanza motivata », mentre, per il rito penale, la previsione è limitata alla « ordinanza », la quale, però, per disposizione generale, deve ugualmente essere motivata, « a pena di nullità » (art. 125, comma 3, c.p.p.).

(3) La legge 14 maggio 2005 n. 80 ha delegato il Governo a « disciplinare il

stato ampiamente utilizzato dal Calamandrei nella sua approfondita ricerca dedicata alla Cassazione civile (4), che ha costituito un punto di riferimento essenziale di ogni studio successivo dedicato alla Corte non solo nel settore civile, ma anche in quello penale (5). Per nomofilachia il Calamandrei intende «lo scopo di mantenere nell'attività dei magistrati giudicanti la osservanza della legge» (6), che è una funzione esclusiva della Corte di cassazione, la quale, in seguito, è qualificata «organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo (nomofilachia)» (7). La definizione è coerente con l'origine del termine che deriva da *nomofilace*, magistrato di varie città dell'antica Grecia che custodiva in un archivio il testo ufficiale delle leggi e assicurava la stabilità della legislazione (8).

Non coincide con lo scopo di nomofilachia, secondo Calamandrei, quello di uniformare la giurisprudenza ed assicurare l'unità del diritto obiettivo (9). Il primo obiettivo (nomofilachia) è ri-

processo di cassazione *in funzione nomofilattica*», con riferimento al ricorso civile (art. 1, comma 3). Nell'esercizio di detta delega è stato emanato il già citato d.lgs. n. 40/2006, recante «modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione *in funzione nomofilattica* e di arbitrato» (corsivi qui aggiunti).

(4) *Cassazione civile*, Milano, 1920, in due volumi aventi per oggetto, il primo, *Storia e legislazioni*, e il secondo, *Disegno generale dell'istituto*. I due volumi sono stati ripubblicati in Id., *Opere giuridiche*, cit., VI e VII, 1976. A quest'ultima edizione si riferiscono le citazioni che successivamente si faranno all'opera.

(5) Gli studi sulla Cassazione riguardano, di regola, solo il processo civile o quello penale. Per una considerazione unitaria del giudizio di legittimità della Cassazione, e quindi della funzione nomofilattica esercitata, in ambedue i tipi di processi, da questo giudice, v. la ricerca originale di A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, 2 ed., Torino, 2011.

(6) Così viene definita dal Calamandrei la funzione di nomofilachia, la prima volta in cui egli, nel primo dei due volumi citati, usa questo termine, restandolo, a sua volta, dal Momsen (*Cassazione civile*, VI, 65).

(7) Si è virgolettato il titolo del capitolo II del volume II (*Cassazione civile*, VII, 33).

(8) Così il *Vocabolario della lingua italiana Treccani*, Roma, 1989, ad vocem. Il termine *nomofilace* è composto da νομος (legge, regola) e φυλαξ (custode).

(9) Il successivo capitolo III del volume II è, infatti, intitolato: «La Corte di cassazione come organo regolatore della interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo (unificazione della giurisprudenza)» (*Cassazione civile*, VII, 57).

volto al passato e si persegue annullando le pronunzie che sono errate in diritto. Il secondo obiettivo è rivolto al futuro e consiste nel rendere uniformi le successive interpretazioni giudiziarie, per realizzare l'uguaglianza e la certezza del diritto. I due scopi, però, non si contrappongono. Si tratta, anzi, di due aspetti dello stesso scopo (il primo negativo ed il secondo positivo) che si combinano ed unificano (10).

Questa ampia visione che Calamandrei aveva della funzione principale della Cassazione non si ritrova nella normativa dell'epoca, la quale si limitava ad attribuire alla Istituzione (divisa, fino al 1923, in cinque Corti regionali nel settore civile) la funzione di «mantenere la esatta osservanza delle leggi» (11) da parte dei giudici dello Stato. La trascritta formulazione letterale della legge considerava, quindi, soltanto la funzione negativa esercitata dalla Corte mediante l'annullamento delle sentenze di merito giudicate *contra ius*.

3. *L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941.*

È con l'ordinamento giudiziario del 1941 che la più ampia visione di Calamandrei viene recepita dalla legislazione. L'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, ancora oggi vigente, nell'elencare le attribuzioni della Cassazione, aggiunge alla precedente «esatta osservanza», quella di «assicura(re) ... l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo» (12). La concezione dello studioso diviene, così, esplicita disposizione di legge attraverso

(10) Il capitolo IV del volume II è intitolato: «La combinazione dello scopo di nomofilachia con lo scopo di unificazione giurisprudenziale» (*Cassazione civile*, VII, 91).

(11) Legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626), art. 122. La disposizione è stata, poi, ripetuta dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 2786, art. 61.

(12) L'aggiunta del 1941 dà ragione anche del mutamento, rispetto all'uguale testo del 1865 e del 1923, del verbo da «mantenere» ad «assicurare»: il primo verbo, esprimendo la conservazione di qualcosa che già esiste e va «mantenuto», è rivolto al passato, il secondo verbo esprime una attività rivolta essenzialmente ad un futuro da «assicurare», e cioè da garantire.

una modifica che, nella relazione al testo legislativo, è qualificata come completamento della formula tradizionale (13).

Coerente con la funzione della Cassazione ora espressamente sancita dall'ordinamento giudiziario è la posizione assunta dal pressoché contemporaneo codice di procedura civile in ordine alle censure deducibili nel ricorso per cassazione (art. 360 c.p.c.). Il difetto di motivazione sull'accertamento di fatto viene ridotto sensibilmente rispetto alla prassi invalsa nell'applicazione del previgente codice (14). Va, però, segnalato che, dopo breve tempo, l'ambito del vizio di motivazione fu ampliato con la l. 14 luglio 1950, n. 581, art. 42, che innovò completamente l'art. 360, n. 5, c.p.c. Ma, di recente, il legislatore è tornato alla previsione originaria del codice, anche se con una variante di dubbio significato (15).

(13) *Relazione ministeriale* al r.d. n. 12 del 30 gennaio 1941, § 10. Ivi si aggiunge: «La menzione dell'unità del diritto oggettivo nazionale, che la nuova formula sostiene, pone in rilievo in modo particolare l'importanza delle decisioni della Corte suprema, le quali non hanno naturalmente valore normativo poiché, come ogni pronuncia giurisdizionale, non possono che affermare la volontà della legge nel caso concreto; tuttavia è certo che la giurisprudenza della Corte stessa serve di guida costante alle Magistrature inferiori, ed ha quindi un valore esecutivo che, se non è quello della interpretazione autentica, molto a questo si avvicina».

(14) Chiara è la *Relazione ministeriale* al c.p.c., del 28 ottobre 1940, § 30, parte finale: «Durante i lavori preparatori si era manifestata un'autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di 'difetto di motivazione', al quale la pratica giudiziaria aveva dato, com'è noto, una estensione così esorbitante e così lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo ristretto e precisato nella nuova formula, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento delle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso (art. 360, n. 5)».

(15) L'attuale disposto dell'art. 360 n. 5, introdotto dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito dalla l. 7 agosto 2012 n. 134), è il seguente: «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». L'unica variante rispetto al testo originario del codice consiste nella sostituzione delle parole «omesso esame *circa un* fatto decisivo» a quelle iniziali «*di un* fatto decisivo». Sulla interpretazione della disposizione vigente v. Sez. un. 7 aprile 2014, n. 8053 e 22 settembre 2014, n. 19881; quest'ultima ha giudicato irrilevante la variazione (§ 4.1 della motivazione). In dottrina,

4. *L'art. 111 della Costituzione.*

La Costituzione ha ribadito e rafforzato la funzione della Cassazione di giudice preposto al controllo di legalità, prevedendo nell'art. 111, penultimo comma, che «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge». Nel progetto di Costituzione presentato all'Assemblea costituente dalla Commissione dei 75 si prevedeva (art. 102) che «è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le norme di legge», onde ogni scelta sul tipo di controllo della Corte era rinviata al futuro legislatore (16). Il diverso testo approvato dall'Assemblea conferma la configurazione tradizionale della Cassazione come giudice di legittimità, perché limita la deducibilità in cassazione al solo vizio di «violazione di legge», con esclusione quindi dell'esame del merito (caratteristica della c.d. terza istanza). Il legislatore ordinario può aggiungere a questa altre funzioni, ma non può sopprimere quella di interpretare la legge per accertare se essa sia stata o meno violata da parte della pronuncia impugnata con il ricorso (17). Non entrò nella Costituzione l'art. 12 del progetto proposto dal Costituente Calamandrei, che ripeteva sostanzialmente il disposto dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941 (18), ma è sancito il collegamento necessario tra il ricorso per cassazione e la violazione di

sulla disposizione vigente, C. DI IASI, *Il sindacato sulla motivazione dei provvedimenti giudiziari*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, 3^a ed., 2020, 371, Bari.

(16) Il progetto di Costituzione approvato dalla Commissione dei 75, come il progetto presentato da Calamandrei sul “potere giudiziario” (richiamato subito dopo nel testo), possono leggersi in F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, rispettivamente 310 e 263.

(17) La Corte cost. ha esplicitamente affermato che «le leggi ordinarie non possono disporre delle funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di cassazione» (sentenza 10 maggio 1982, n. 86, § 6).

(18) Nell'art. 12 del Progetto Calamandrei si prevedeva che la Cassazione è «istituita per mantenere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici». Per l'esame dei lavori preparatori della Costituente si consenta il richiamo al precedente mio scritto su *La Corte di cassazione nella Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 4444.

legge, secondo la visione che della Cassazione il detto studioso ha sempre sostenuto, sin dalla sua ricerca giovanile (19).

5. *L'ingresso della nomofilachia nella legislazione.*

Se nella Costituzione è entrata la concezione di Calamandrei sulla funzione principale della Cassazione come giudice di legittimità, nella legislazione del secolo in corso ha fatto ingresso, come si è detto (20), il vocabolo nomofilachia, ampiamente utilizzato dallo stesso Autore. Questa parola è stata recepita nel significato che essa aveva ormai assunto nel linguaggio comune, di uniforme interpretazione della legge, diverso quindi da quello di custodia della legge rispetto alle violazioni commesse dalle pronunzie giudiziarie di merito. La prossimità tra quelli che Calamandrei considera due aspetti di un unico scopo rende ragione della modifica di significato (con lo spostamento da un aspetto all'altro) che, prima nella prassi e poi da parte del legislatore, ha subito il termine nomofilachia, ormai inteso univocamente come la funzione attribuita alla Cassazione di interpretare la legge in modo da costituire un utile orientamento per le decisioni future degli altri giudici e per l'intera collettività.

6. *La rimessione obbligatoria alle sezioni unite della Cassazione ed altri interventi legislativi di valorizzazione della nomofilachia.*

L'aumento progressivo e sensibile del numero dei ricorsi per cassazione penali e civili presentati annualmente (21) ha reso sem-

(19) Secondo A. PIZZORUSSO, *Corte di cassazione*, in *Enc. giur.*, IX, 1988 (ripubblicato in PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, vol. II, Napoli, 2019), § 1.1, la Costituzione ha recepito «il sistema della Cassazione quale è stato delineato attraverso una tradizione di studi che ha il suo massimo prodotto nella famosa opera di Piero Calamandrei».

(20) V. *retro*, § 2 e nota 3.

(21) Per avere una idea del numero dei ricorsi proposti all'epoca di emanazione della Costituzione, si tenga presente che, nel 1948, furono proposti n. 3.741 ricorsi civili (il cui numero annuale si è sempre mantenuto inferiore a quello di 5000 sino al 1972) e n. 11.886 ricorsi penali (ma essi aumentarono rapidamente

pre più difficile l'esercizio della funzione di nomofilachia, perché il maggior numero di ricorsi da decidere ha richiesto, nel tempo, l'aumento del numero dei magistrati della Corte e dei collegi decidenti, con la conseguente difficoltà, innanzitutto, di conoscere le sentenze quotidianamente emanate dalla Istituzione e, altresì, di uniformarsi alle stesse. Sono così aumentati i contrasti interpretativi all'interno della stessa Cassazione e si è resa sempre più necessaria l'attività dell'organo della Corte incaricato di pronunciarsi nell'ipotesi di contrasti tra orientamenti interpretativi interni alla stessa Corte, e cioè delle sezioni unite.

La maggiore frequenza delle pronunzie delle sezioni unite ha reso attuale il problema degli effetti delle interpretazioni da esse adottate sulle successive decisioni delle sezioni semplici. Il problema fu posto nel corso dei lavori preparatori del codice di procedura penale del 1988, il cui progetto definitivo (art. 610-*bis*) disponeva che «le sezioni semplici uniformano le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto». Questa disposizione incontrò, però, le perplessità della Commissione parlamentare (con funzione consultiva), onde non entrò nel testo del codice, che si limitò a prevedere il comma 1 (tuttora vigente) dell'art. 618, sulla rimessione *facoltativa* alle sezioni unite della questione di diritto che «ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale». Nulla si dispose sulla efficacia, all'interno della Cassazione, delle pronunzie delle sezioni unite.

Ciò che non riuscì nella elaborazione del codice di rito penale del 1988 si è raggiunto, circa venti anni dopo, nel codice di rito civile. La rimessione alle sezioni unite da parte della sezione semplice che non condivide il principio di diritto affermato dalle prime, prevista come facoltativa dal testo originario dell'art. 618 c.p.p., è divenuta obbligatoria nel giudizio civile di cassazione, come è disposto dal nuovo terzo comma dell'art. 374 c.p.c., inse-

sino a 20-30 mila in ogni anno). Nel 2019 sono stati proposti n. 38.725 ricorsi civili e n. 50.801 ricorsi penali (*Relazione* del Presidente Mammone sulla amministrazione della giustizia nel 2019, *Tabelle di dati statistici* allegati).

rito dal citato d.lgs. n. 40 del 2006 (22) che recepì uno specifico criterio della legge delega.

Da ultimo, come si è detto, la l. n. 103 del 2017 ha dettato uguale disposizione normativa per il giudizio penale di cassazione, mediante la previsione del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p.

La maggiore efficacia interna attribuita ai principi di diritto affermati dalle sezioni unite è soltanto una delle modalità con cui il legislatore repubblicano ha rafforzato la funzione di nomofilachia della Cassazione. Alcune linee di intervento sono state comuni ad ambedue i tipi di giudizio di cassazione, come la maggiore ampiezza dei casi in cui la pronunzia della Corte deve enunciare il principio di diritto (23). Altre innovazioni legislative hanno riguardato il solo processo civile. Qui il ricorso nell'interesse della legge del Procuratore generale presso la Cassazione, già consentito dal codice di rito, è stato ampliato ai casi di provvedimenti non impugnabili, fermo restando l'inefficacia della decisione nei confronti delle parti del giudizio di merito (24). Si è, altresì, introdotta una nuova causa di inammissibilità del ricorso, consistente nel proporre una questione di diritto già risolta dalla giurisprudenza della Cassazione, senza che il ricorrente offra elementi per contestare il precedente orientamento (in guisa da "mutarlo") o comun-

(22) V. *retro*, nota 2. L'art. 374, comma 3, c.p.c. non impiega il termine "deve" rimettere alle sezioni unite, ma l'uso del modo indicativo ("rimette") è sufficiente per indicare la doverosità della condotta, secondo i criteri usuali di tecnica legislativa.

(23) Per il giudizio penale, art. 173 disp. att. c.p.p., approvate con d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 e, recentemente, art. 618, comma 1-*ter* (introdotto dalla l. n. 103/2017). Per il giudizio civile, nuovo testo dell'art. 363 e dell'art. 384 c.p.c., a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 40/2006. Come è evidente, sono particolarmente rilevanti, per la valorizzazione della funzione di nomofilachia, le disposizioni che consentono l'enunciazione del principio di diritto anche quando il ricorso è dichiarato inammissibile, perché, in tal caso, la pronunzia della Cassazione è irrilevante rispetto alla decisione del caso e interessa soltanto le successive pronunzie della Corte e dei giudici di merito.

(24) Nuovo testo già citato dell'art. 363 c.p.c. Su questa innovazione v. Corte cost., 25 giugno 2015, n. 119. Sul nuovo testo dell'art. 363 e sulla nuova *ratio* dell'istituto del ricorso civile nell'interesse della legge v. G. AMOROSO e M.R. MORELLI, *La "funzione monofilattica" e la "forza" del precedente*, in *La Cassazione civile. Lezioni*, cit., 483.

que elementi nuovi (che la Corte potrebbe prendere in esame, anche solo per “confermare” il suo precedente) (25).

Ma, soprattutto, il legislatore recente ha, per lo più, operato restringendo il motivo di ricorso con cui è possibile censurare l'accertamento di fatto compiuto dal giudice del merito, seguendo quella correlazione, già emersa con il codice di rito civile del 1942, tra il maggior rilievo attribuito alla funzione di nomofilachia esercitata dalla Corte e la riduzione del controllo sulla motivazione in fatto dei provvedimenti impugnati (26).

7. *Attualità e necessità della funzione nomofilattica.*

La pluralità di interventi legislativi per rendere effettiva la funzione nomofilattica della Cassazione, e soprattutto l'uniforme indirizzo politico di accentuare il rilievo delle sezioni unite della Corte come sede privilegiata per l'esercizio di detta funzione, esprimono l'attualità e la necessità di questa funzione.

A) Molti i fattori che la rendono *attuale*. Ci si limita qui ad indicarne, in modo molto sintetico, tre:

a) la qualità delle leggi: complesse, tecnicamente insoddisfacenti, rapidamente mutevoli (27). Ciò crea enormi incertezze applicative, che normalmente permangono anche dopo le prime pro-

(25) Art. 360-*bis* c.p.c., introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 47. Nel processo penale non vi è disposizione di analogo contenuto, ma di essa non vi è bisogno poiché, più in generale, l'art. 606, comma 3, c.p.p. dispone l'inammissibilità del ricorso quando i motivi proposti sono “manifestamente infondati”. E tale è il motivo che si discosta dalla precedente giurisprudenza della Cassazione senza prospettare elementi di critica meritevoli di valutazione e di decisione.

(26) V. *retro*, § 3. L'orientamento è stato uniformemente seguito dal legislatore del processo civile, che ha ristretto il disposto dell'art. 360 n. 5 c.p.c. approvato nel 1950, prima con il d.lgs. n. 40/2006 e poi con il d.l. n. 83/2012 (riportato *retro*, nella nota 15). Ondeggiante è stato invece il legislatore del processo penale, perché la formulazione restrittiva del testo originario dell'art. 606, lett. e), c.p.p. è stata poi ampliata dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46.

(27) Per limitarsi ad una sola recente citazione in una bibliografia sterminata, significativo è il titolo della monografia di B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011.

nunzie giudiziarie e trovano punti di riferimento abbastanza stabili soltanto con le prime pronunzie della Cassazione;

b) le teorie moderne sulla interpretazione normativa, che distinguono correttamente tra enunciato testuale e norme che l'interprete può derivarne. La pluralità delle norme desumibili da un determinato testo aumenta gli spazi entro cui l'interprete può legittimamente muoversi, onde sono soltanto le scelte giurisprudenziali quelle in concreto atte a dare un significato univoco ad un dato enunciato normativo. Il maggiore rilievo della giurisprudenza è efficacemente rappresentato dalla espressione "diritto vivente", che si è aggiunta a quella tradizionale di "diritto vigente". La prima è stata elaborata dalla Corte costituzionale per indicare come la disposizione legislativa "vive" nella interpretazione comune (che è, di regola, quella giurisprudenziale), presa a base del confronto con il parametro costituzionale;

c) l'accresciuta complessità delle fonti del diritto. Alle sentenze della Corte costituzionale che incidono sulla legislazione, direttamente o anche indirettamente (attraverso le pronunzie che ne danno una interpretazione), si sono nel tempo aggiunte le sentenze delle Corti europee (di Lussemburgo e di Strasburgo), che applicano fonti sovraordinate alle fonti nazionali (anche se in modo e con effetti tra loro diversi). Ancora prima, vi è la possibilità (se non il dovere) di dare una interpretazione delle norme interne che sia conforme a dette fonti (Costituzione e disposizioni dell'Unione europea e della Cedu). Insorgono, così, problemi giuridici particolarmente complessi, che hanno bisogno di relazioni "dialoganti" tra organi giudiziari di vertice e richiedono comunque soluzioni non facili e certe. Si è soliti parlare, a proposito delle relative problematiche, della esigenza di una nomofilachia "europea", in tal modo andando al di là della previsione del citato art. 65 ord. giud., che si limita a considerare l'unità del diritto oggettivo "nazionale".

Si tratta di fattori che accentuano la complessità dell'ordinamento e creano l'assoluto bisogno di certezza delle regole vigenti e di prevedibilità dell'esito delle decisioni giudiziarie. Ed a soddisfare questo bisogno, oggi particolarmente attuale, è destinata la funzione di nomofilachia tradizionalmente attribuita alla Cassa-

zione. In tal senso si è anche recentemente pronunciata la Corte costituzionale, secondo cui la funzione nomofilattica della Cassazione è «espressione di una giurisdizione che è (anche) di diritto oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto» (28).

B) Questa funzione è resa, altresì, *necessaria* dal rispetto del principio del processo equo posto dall'art. 6 della Cedu e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e, per quanto attiene alla giustizia penale, anche dal rispetto del principio della legalità della pena (art. 7 Cedu e art. 49 Carta UE). Secondo l'orientamento più volte affermato dalla Corte di Strasburgo, i contrasti giurisprudenziali sulla interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, se sono connaturali nell'ambito dei giudici di merito, non sono consentiti in un processo equo quando si verificano all'interno di una giurisdizione suprema che ha la funzione di risolverli, onde occorre che siano previsti meccanismi idonei ad evitarli (29). Inoltre, come si desume dal famoso caso *Contrada* (30), sempre secondo la Corte di Strasburgo, non è conforme alla legalità della pena una condanna per una figura criminosa sulla cui sussistenza vi sia contrasto nell'ambito della Corte di cassazione e finché la stessa figura non sia riconosciuta esistente dalle sezioni unite della stessa Corte (31).

C) La funzione di nomofilachia, peraltro, incontra anche forti obiezioni. Le si contrappone l'impossibilità di distinguere il giudizio di diritto dal giudizio di fatto e, conseguentemente, la legitti-

(28) Corte cost., 25 giugno 2015, n. 119, § 2.4 della motivazione in diritto.

(29) In tal senso v., tra le altre pronunzie (citate nella motivazione della stessa sentenza), Corte eur. dir. uomo, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, ricorso n. 30123/10, ove può leggersi anche la misura processuale recentemente prevista nell'ordinamento portoghese.

(30) Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ricorso n. 66655/13, con riferimento alla figura del concorso esterno in associazione mafiosa.

(31) Approfondimenti sul requisito della stabilità della giurisprudenza, che è necessario per la certezza della base legale della pena, richiesta dalla Corte Edu, sono compiuti da R. APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola e T. Bene, Milano, 2017, § 2.2.

mità dal merito. La si accusa di impedire l'evoluzione dell'ordinamento perché induce ad un recepimento acritico dei precedenti. Si afferma l'impossibilità di una sua realizzazione effettiva, dimostrata dai numerosissimi contrasti interni alla Cassazione. Queste obiezioni sono state da me già prese in esame in altro scritto al quale non posso che rinviare (32). Qui mi limito ad osservare che:

— la dipendenza del significato della disposizione normativa anche dalle caratteristiche della fattispecie concreta su cui si svolge il giudizio non comporta l'impossibilità di isolare, in tale giudizio, la *quaestio iuris* in astratto, quale si pone sulla base del fatto come è stato accertato dal giudice del merito (che è quello più idoneo a siffatto compito). In tal senso è illuminante l'attuale esperienza delle sezioni unite che decidono, per lo più, sulla base di un quesito di diritto, elaborato in astratto e ritenuto rilevante per la decisione del singolo ricorso e quindi del caso concreto. Le moderne teorie interpretative che evidenziano l'esistenza del c.d. circolo ermeneutico tra fatto e diritto assumono rilievo al fine di segnalare la necessità di mantenere il collegamento tra principio di diritto seguito nella soluzione della *quaestio iuris* ed il fatto in relazione al quale quel principio è stato affermato. Da qui la necessità che la c.d. massima della sentenza della Cassazione non prescinda, in linea tendenziale, dalla fattispecie concreta che l'ha determinata;

— in ordine al pericolo che la funzione nomofilattica blocchi l'evoluzione dell'ordinamento (pericolo oggi diminuito per il già considerato mutare rapido della legislazione), esso va escluso se la detta funzione viene intesa in senso non rigido. Si è condivisibilmente affermato che la nomofilachia «ha un valore essenzialmente metodologico», essendo «un intreccio di regole di condotta consistenti nel non modificare, fin quando ciò sia ragionevole, una giurisprudenza, perché la certezza del diritto è un valore positivo, fonte di uguaglianza almeno formale e di razionalità nel vivere dei consociati, ma anche, e simultaneamente, nel darsi carico di nuove possibilità di lettura, quando esse siano maturate e ragionevol-

(32) *Cassazione penale*, in *Enc. dir. Annali*, X, 2017, 171, sez. IV, § 7-8. Le considerazioni ivi espresse, relative al *ruolo della Cassazione penale*, possono essere riferite, in ampia parte, anche alla Cassazione civile.

mente premano» (33). L'essenziale è che il mutamento dell'orientamento del giudice di legittimità non sia estemporaneo ed occasionale, ma meditato e stabile;

— indubbiamente la Corte di cassazione non è in grado di realizzare appieno la funzione nomofilattica perché il numero enorme di ricorsi che la “assediano” (34) comporta un numero di magistrati così elevato da rendere impossibile il conseguimento di detto obiettivo a livello ottimale. La struttura attuale della Corte rende, cioè, molto difficile l'esercizio della funzione ad essa affidata dall'ordinamento. Questa constatazione non deve, però, fare ignorare i risultati limitati (ma non inesistenti) raggiunti in ordine alla uniformità giurisprudenziale e, soprattutto, non deve determinare la rinuncia ad apportare miglioramenti nell'attività della Cassazione, sul piano della efficienza (qui non considerata) come della realizzazione della funzione nomofilattica. Sotto quest'ultimo aspetto, importante è l'indirizzo di accrescere il ruolo delle sezioni unite, affidando soprattutto a questo organo della Corte il compito di assicurare l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo (35).

(33) G. BORRÉ, *La Corte di cassazione oggi*, in *Diritto giurisprudenziale* a cura di M. Bessone, Torino, 1996, 161. In senso conforme G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 febbraio 2017. Lo stesso P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, VII, cit., 74, ha sottolineato che «ogniquale volta» egli ha «accenn(ato) alla uniformità della giurisprudenza» si è sempre riferito «alla uniformità nello spazio, non a quella nel tempo: alla uniformità *contemporanea*, cioè, che non esclude una disformità *successiva*».

(34) Per tale espressione v. ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014. L'espressione è stata riferita alla Cassazione penale, ma si è visto (*retro*, nota 21) che il numero dei ricorsi civili è cresciuto tanto da non essere molto lontano da quelli in materia penale.

(35) Ha osservato, condivisibilmente, G. FIDELBO, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Questione giustizia*, 2018, fasc. 4, 138: «il numero abnorme dei ricorsi e, di conseguenza, delle sentenze prodotte, ha avuto l'effetto di ridimensionare il ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, ruolo che riesce ad assolvere solo quando decide a sezioni unite, mentre le sezioni semplici finiscono per svolgere prevalentemente funzioni di giudice dello *ius litigatoris*, pronunciando un numero sterminato di decisioni, con il rischio conseguente ed effettivo di un aumento esponenziale dei contrasti giurisprudenziali, determinato dalla oggettiva difficoltà di conoscere la 'propria' giurisprudenza».

Parte Seconda. *L'indipendenza funzionale del giudice*

8. *L'indipendenza funzionale dell'organo giudiziario e quella (limitata) del singolo magistrato.*

L'indipendenza del giudice è garantita, oltre che da diverse disposizioni della nostra Costituzione, dalla Cedu (art. 6, comma 1) e dalla Carta dei diritti fondamentali della UE (art. 47, comma 2). L'aspetto qui considerato della indipendenza è quello funzionale, attinente cioè all'esercizio delle funzioni del giudice. Rimane estraneo l'aspetto istituzionale della indipendenza del giudice, che concerne il suo *status*.

L'indipendenza funzionale del giudice trova il proprio fondamento principale nell'art. 101, secondo comma, Cost., il quale dispone che l'unica soggezione del giudice è nei confronti della legge, non potendo la sua funzione decisoria nel singolo processo essere soggetta ad altri fattori o soggetti, esterni o interni all'organizzazione giudiziaria.

La correlazione, posta dal titolo della presente relazione, della indipendenza funzionale del giudice con la funzione nomofilattica della Cassazione limita il discorso qui rilevante alla indipendenza funzionale interna all'esercizio della funzione giurisdizionale, onde si prescinde dalla indipendenza funzionale esterna, che ha riguardo alla incidenza che sull'esercizio delle funzioni giurisdizionali può provenire da autorità o elementi esterni all'apparato giudiziario (36).

La funzione nomofilattica della Cassazione attiene, soltanto, alla trattazione e decisione delle cause. Viene quindi in considerazione l'indipendenza del giudice solo nell'esercizio delle funzioni esercitate dagli organi giudiziari giudicanti (37), e cioè da quelle

(36) Per i quattro aspetti della indipendenza del giudice, espressi dalla coppia indipendenza esterna ed interna, ciascuna di esse a sua volta potendo riguardare l'altra coppia del profilo istituzionale o funzionale della indipendenza, si recepisce l'orientamento espresso da N. ZANON e F. BRONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5^a ed., Bologna, 2019, 102.

(37) Non si considera, quindi, l'indipendenza funzionale degli organi di amministrazione della giurisdizione.

articolazioni interne degli uffici giudiziari che hanno il compito di trattare e decidere i processi ad essi assegnati (38). L'indipendenza funzionale concerne, allora, l'organo giudicante, prima e più che il singolo giudice, salvo che negli organi monocratici, in cui l'organo giudicante si identifica con la persona fisica del giudice.

Negli organi giudicanti collegiali, al giudice che ne fa parte non è riconosciuta una piena indipendenza, perché non è prevista la possibilità che egli possa redigere una *dissenting opinion*. Ma egli ha comunque la possibilità di lasciare traccia (riservata) del suo dissenso (motivato) su una o più questioni decise dal collegio (art. 125, comma 5, c.p.p.; art. 131, comma 3, c.p.c.). Inoltre, ha il diritto di rifiutare di stendere la motivazione della decisione della causa in cui sia stato relatore, quando egli non l'abbia condivisa. In tal senso è la previsione espressa dall'art. 118, ultimo comma, disp. att. c.p.c., secondo cui il presidente sceglie l'estensore della motivazione (quando non è redatta dal relatore) «tra i componenti del collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione». Generico è invece il disposto dell'art. 154, disp. att. c.p.p., il quale prevede soltanto che «il presidente provvede personalmente alla redazione della motivazione o designa un estensore tra i componenti del collegio» (39). Ma la prassi nei processi penali è conforme alla regola dettata per il processo civile.

9. *Il vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto fissato dalla Cassazione.*

Il rapporto diretto tra la legge e l'organo giudicante non esclude che vincoli per quest'ultimo possano derivare dalle pro-

(38) Sugli organi giudiziari, e in particolare sugli organi giudicanti, v. A. PIZZORUSSO, *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 83; *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, 119 (ripubblicato in A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, cit., vol. I, 127).

(39) Uguale regola è prevista per la motivazione della sentenza della Corte di cassazione dal codice (art. 617, comma 1, c.p.p.), e non dalle norme di attuazione (come nelle due ipotesi indicate nel testo).

nunzie di altri giudici che siano emanate nel corso dello stesso processo. Tipico è il vincolo che ha il giudice di rinvio di uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Corte di legittimità nella sentenza di annullamento (o, nel rito civile, di cassazione) con rinvio. Le disposizioni vigenti dei due codici processuali recano, al riguardo, una formulazione che rende più largo l'ambito di questo vincolo. Nel penale l'art. 627, comma 3, c.p.p. prevede che il giudice di rinvio deve uniformarsi alla sentenza di annullamento «per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa», abbia o meno la decisione formato oggetto di un principio di diritto. Ancora più ampio è, nel civile, l'art. 384, comma 2, c.p.c., secondo cui «il giudice di rinvio deve uniformarsi al principio di diritto *e comunque a quanto statuito dalla Corte*» (40).

Si è posto il problema della compatibilità con l'art. 101, secondo comma, Cost. del vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto enunciato dalla Cassazione. La Corte costituzionale, con giurisprudenza più volte ribadita (41), ha escluso che l'indipendenza funzionale del giudice sia lesa da tale vincolo, che si colloca nell'ambito del giudizio di impugnazione e dello sviluppo del processo verso un esito finale, per esigenze di definitività e di certezza, che sono valori costituzionalmente protetti.

La citata sentenza n. 50 del 1970 ha anche precisato che il vincolo del giudice di rinvio non viola l'art. 107, terzo comma, Cost., secondo cui i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni (e non più di grado, come nell'ordinamento giudiziario precedente alla Costituzione). La Corte ha osservato che questa disposizione costituzionale concerne lo stato giuridico dei magistrati; essa non ha perciò alcun nesso con il giudizio e con l'indipendenza funzionale del giudicante.

(40) La parte della disposizione scritta in corsivo è stata aggiunta dal citato d.lgs. n. 40/2006.

(41) A partire dalla sentenza 2 aprile 1970 n. 50, che prende in esame diversi profili inerenti tutti all'art. 101, comma secondo, Cost. Per la conferma motivata di siffatto orientamento v., tra le altre, ord. 17 novembre 2000, n. 501.

10. *La posizione del giudice rispetto al precedente giudiziario.*

Se è indubbio che l'indipendenza funzionale dell'organo giudiziario consente vincoli che ad esso derivino dallo sviluppo del processo e, più in generale, da una normativa processuale non contrastante con la Costituzione, più discusso è il quesito inerente agli effetti di precedenti decisioni, e, più precisamente, delle interpretazioni ed applicazioni del diritto effettuate da altri giudici nazionali, dello stesso o di altro ufficio.

La risposta più usuale è che i precedenti giudiziari hanno una efficacia soltanto persuasiva, nel senso di prospettare elementi utili per la decisione del nuovo caso, liberamente valutabili dall'organo competente a giudicarlo.

Occorre, però, distinguere tra i precedenti dello stesso ufficio e quelli di altri uffici. Le difformità di orientamenti interpretativi all'interno dello stesso ufficio nella decisione di casi che presentano le medesime caratteristiche, se sono consentite dall'indipendenza funzionale di ogni organo giudicante, costituiscono, in linea di principio, palesi e gravi disuguaglianze di trattamento, in violazione del principio fondamentale della uguaglianza formale posto dall'art. 3 Cost. Da qui deriva il dovere professionale del dirigente dell'ufficio (o della sezione interessata) di porre in essere tentativi per realizzare l'uniformità interpretativa nell'ambito della unità organizzativa da lui diretta, attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento giudiziario (per esempio, l'art. 47-*quater* r.d. n. 12/1941). Per i precedenti di altri uffici, la loro persuasività dipende dagli argomenti su cui ogni interpretazione si fonda.

Una considerazione particolare va, invece, dedicata agli orientamenti della Cassazione, in relazione alla funzione nomofilattica da essa esercitata.

Se è vero che anche questi orientamenti, in essi compresi i principi di diritto affermati dalle sezioni unite, non hanno efficacia cogente, e quindi possono essere disattesi da qualunque giudice della Repubblica, ciò è consentito «con l'onere di adeguata motivazione» (42). Di recente le sezioni unite, in tema di responsabilità

(42) Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, § 9 della motivazione in diritto.

civile dello Stato per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, hanno affermato che «l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti (*scil.*: della Cassazione) non può essere gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile», aggiungendo, però, che ciò può avvenire anche senza una esplicita motivazione. Ma ciò «avviene più facilmente se (*scil.*: la scelta) sia esplicitata a mezzo della motivazione»(43).

Sembra, quindi, doversi affermare l'esistenza di un dovere giuridico di diligenza del giudice di merito attinente alla conoscenza della giurisprudenza della Cassazione (sempre che essa abbia un orientamento ben definito e non oscillante) ed alla indicazione delle ragioni per le quali egli ritenga di dissentire dalla stessa. Se tale dovere giuridico si ravvisa sussistente, conseguente è l'affermazione che la sua violazione può costituire una premessa per la configurazione di una responsabilità civile e/o disciplinare del giudice di merito che lo abbia a violare(44).

In particolare, per la responsabilità disciplinare può venire in rilievo l'ipotesi dell'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, secondo cui costituiscono illecito disciplinare funzionale «i comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1» (tra i quali è compreso quello di diligenza) «arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti». In relazione alle caratteristiche del caso concreto, può venire in rilievo anche l'ipotesi di illecito indicata nella successiva lett. *g* dell'art. 2 («grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile»).

La responsabilità civile — alla quale si riferisce la citata sentenza delle sezioni unite civili n. 11747/2019 — è dello Stato, ma, attraverso l'azione di rivalsa prevista dall'art. 6 della l. n. 117/1988 (come sostituito dalla l. n. 18/2015), il risarcimento è a carico

(43) Sez. un. civ., 3 maggio 2019, n. 11747, § 13-14 della motivazione.

(44) In tal senso M. VOGLIOTTI, *Indipendenza e del giudice rispetto del precedente*, nella *Relazione* tenuta al Convegno dell'Università di Torino, svoltosi il 13 settembre 2019 sul tema *Processo e garanzie della persona. Convegno in onore di Mario Chiavario* (relazione in corso di pubblicazione, § 10).

del giudice, se la «violazione manifesta della legge» è stata determinata da «negligenza inescusabile».

Parte Terza. *Rimessione obbligatoria
alle sezioni unite e indipendenza del giudice*

11. *La legittimità costituzionale delle norme sulla rimessione obbligatoria alle sezioni unite.*

La valorizzazione della nomofilachia della Cassazione perseguita dal legislatore nei lustri recenti e, in particolare, il maggior rilievo attribuito alle decisioni delle sezioni unite della Corte, presuppongono necessariamente che l'uniformità della giurisprudenza sia assicurata (o almeno migliorata), innanzitutto, all'interno della stessa Cassazione. A tal fine il legislatore ha introdotto in ambedue i codici di rito, sia pure in tempi diversi (anche se ravvicinati), il nuovo strumento dell'obbligo imposto al collegio giudicante della sezione semplice (che non condivide il principio di diritto affermato in precedenza dalle sezioni unite) di rimettere la decisione del ricorso alle sezioni unite, astenendosi quindi dal deciderlo direttamente (45).

Questo strumento pone alcuni interrogativi. Rispetta esso l'art. 101, secondo comma, Cost., e cioè la soggezione del giudice soltanto alla legge, che è il fondamento della sua indipendenza

(45) Si ricorda che la rimessione obbligatoria alle sezioni unite è stata introdotta nel 2006 per il giudizio civile e nel 2017 per il giudizio penale (v. *retro*, nota 2). Una disamina dei problemi interpretativi posti dalle modifiche in tal senso apportate all'art. 374 c.p.c. ed all'art. 618 c.p.p., nonché delle esperienze di loro applicazione, è stata recentemente compiuta da due valorosi magistrati della Cassazione, che, anche per gli uffici occupati, hanno seguito gli effetti delle dette innovazioni: A. GIUSTI, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*, e G. FIDELBO, *Il precedente*, cit., ambedue in *Questione giustizia*, cit., rispettivamente, 126 e 137.

Ovviamente il dovere della rimessione non sussiste quando il collegio decidente della sezione semplice dubiti che il principio di diritto si ponga in contrasto con la Costituzione ovvero con il diritto dell'Unione europea, promuovendo i relativi giudizi incidentali.

funzionale? E ancora: è rispettoso della distinzione dei magistrati solo per diversità di funzioni (art. 107, comma terzo, Cost.), tenuto conto che sia le sezioni semplici che le sezioni unite sono composte da magistrati (consiglieri e presidenti di sezione) che esercitano le identiche funzioni di legittimità? Si è così tornati al problema indicato nella premessa della presente relazione e che può ora essere affrontato.

Ritengo che la rimessione obbligatoria alle sezioni unite non incida sulla libertà di opinione del collegio decidente della sezione semplice della Corte, che resta assolutamente libero di dissentire dal principio di diritto in precedenza affermato dalle sezioni unite e di esporre gli argomenti a sostegno di questo dissenso, e quindi di propria critica del precedente. Al collegio decidente le citate disposizioni codicistiche impongono soltanto un obbligo *procedimentale* (interno allo stesso ufficio giudiziario): la sua opinione dissenziente non può formare oggetto di una decisione incidente sui diritti delle parti del processo, ma deve essere prospettata all'organo interno della Cassazione che ha affermato il principio criticato e che può pervenire ad una tesi diversa da quella seguita dalla precedente pronunzia. Questa regola procedimentale evita che la stessa questione giuridica risolta dalle sezioni unite abbia una soluzione diversa in un altro giudizio della stessa Corte, salvo che si ritenga di mutare il precedente, ma in modo che il mutamento resti fermo anche nelle successive decisioni della Cassazione (46).

Si è condivisibilmente affermato, con riguardo «all'assetto interno dei singoli uffici giudiziari», che «il valore dell'indipendenza (*scil.*: del giudice) deve fare i conti con altri valori», come «quello dell'eguaglianza (che impone la ricerca di strutture idonee a perseguire eguale trattamento degli individui di fronte alla legge ed alla sua applicazione)» (47). Questa affermazione vale ancor di più per

(46) La rimessione obbligatoria comporta che solo le sezioni unite possano modificare il principio di diritto precedentemente da esse affermato.

(47) M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. II - Le garanzie fondamentali*, 3 ed., Milano, 1984, 47. Nello stesso senso G. AMOROSO e M.R. MORELLI, *La "funzione monofilattica" e la "forza" del precedente*, cit., 469: il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge va bilanciato «con un'altra esigenza, che parimenti

l'assetto interno della Cassazione, che deve essere tale da facilitare la realizzazione della funzione nomofilattica, la quale, come si è detto, è anche essa un valore costituzionale. E l'indipendenza funzionale del singolo collegio giudicante non può non essere temperata con la necessità che la Corte di legittimità si esprima con voce univoca e stabile. Sarebbe assurdo un ordinamento che imponga al giudice di merito di conoscere i principi di diritto affermati dalla Cassazione e di adeguarvisi, a meno che esprima ragioni per dissentire, e non imponga al giudice che esprime la giurisprudenza della Cassazione di rispettare la procedura organizzativa da esso predisposta per l'enunciazione stabile di quei principi.

Si pone il problema se vi sia una sanzione per il caso di inosservanza dell'obbligo di rimessione, pur sussistendone tutti i presupposti. Si è osservato che «l'obbligatorietà della rimessione non è assistita da alcuna sanzione in caso di sua inosservanza» (48). L'affermazione va condivisa per quanto attiene alla inesistenza di alcuna sanzione processuale che possa colpire la decisione della sezione semplice che si sia discostata dal principio di diritto delle sezioni unite (consapevolmente o meno). Ma a diversa conclusione sembra che si debba pervenire in ordine alla responsabilità civile e/o disciplinare dei componenti del collegio decidente (che non abbiano espresso il dissenso nei modi previsti dagli artt. 125 c.p.p. e 131 c.p.c.). Se il principio di diritto della Cassazione, come si è visto (*retro*, § 10), pone a carico del giudice di merito doveri funzionali la cui violazione può costituire il presupposto per una sua responsabilità personale, a maggior ragione questa conclusione può affermarsi per i doveri che sono posti a carico dei magistrati della Corte di legittimità, in relazione ai principi di diritto affermati dalle sezioni unite della stessa Corte.

Le considerazioni qui espresse sono rafforzate dai vincoli che nell'ordinamento nazionale derivano dalla Cedu (art. 117, primo comma, Cost.). Si è già visto (*retro*, § 7) che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i contrasti giurisprudenziali al-

ha rilievo costituzionale: quella della certezza del diritto, quale proiezione del principio di uguaglianza che vuole che tutti i cittadini siano uguali davanti alla legge».

(48) G. FIDELBO, *op. cit.*, 140.

l'interno della Corte di legittimità sono idonei a concretizzare violazioni della regola del processo equo (art. 6 Cedu) e, nella materia penale, anche della legalità della pena (art. 7 Cedu). Conseguenze che la decisione dissenziente dal principio di diritto delle sezioni unite, eventualmente emanata da una sezione semplice, non costituisce soltanto inosservanza delle norme dei nostri codici sopra richiamate, ma può essere fonte di responsabilità dello Stato per violazione della Cedu, che la parte interessata può fare valere davanti alla apposita Corte europea (49).

Ulteriore rafforzamento della tesi qui espressa deriva dalla considerazione del diritto dell'Unione europea, limitatamente alle cause che rientrano nel suo ambito di applicazione (art. 51 Carta dei diritti fondamentali dell'UE). L'equità del processo e la legalità della pena sono affermate non solo dalla Cedu, ma anche dalla citata Carta dell'Unione (rispettivamente, artt. 47 e 49). Secondo l'art. 52, comma 3, della stessa Carta, se i diritti da essa previsti corrispondono a quelli della Cedu, «il significato e la portata degli stessi sono eguali» nei due ordinamenti. Conseguenze che l'ipotizzata inosservanza, da parte della sezione semplice della Cassazione, dell'obbligo di rimessione alle sezioni unite è idonea a concretizzare anche violazione del diritto dell'Unione, la quale, se ritenuta manifesta, è fonte anche di responsabilità civile del magistrato (art. 2, comma 3-*bis*, l. 13 aprile 1988, n. 117, come modificato dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18) (50).

Anche per quanto attiene, infine, al dubbio di compatibilità della rimessione obbligatoria alle sezioni unite con il disposto del-

(49) Si prescinde dall'esame su come debba intendersi il «principio di diritto enunciato dalle sezioni unite». Sul punto v. gli scritti citati di A. GIUSTI e G. FIDELBO, in *Questione giustizia*, rispettivamente, § 3 e § 3.2.

(50) La sentenza delle Sez. un. civ. n. 11474/2019, citata *retro* nella nota n. 43, si riferisce proprio ad una azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, danni lamentati dalla parte attrice in relazione ad una sentenza della Cassazione (della Prima sezione civile) che, in tema di interessi, non aveva seguito il pressoché uniforme orientamento giurisprudenziale, senza fornire alcuna motivazione del diverso orientamento seguito. L'azione di responsabilità dello Stato è stata rigettata, ma in applicazione del testo originario della l. n. 117/1988, anteriore quindi alle modifiche ad esso apportate nel 2015.

l'art. 107, comma terzo, Cost., vale la considerazione della natura procedimentale di tale regola, la quale non crea una diversità tra magistrati che esercitano le stesse funzioni di legittimità, una volta che non sia esclusa, per nessuno di loro, la possibilità di fare parte delle sezioni unite, secondo le apposite regole tabellari che regolano la formazione di siffatta struttura interna alla Corte. Ogni tipo di organizzazione della Corte, con la conseguente distribuzione dei magistrati tra le varie unità interne, è idonea a porre limitazioni al tipo di decisioni che ciascun magistrato può emanare. Si pensi alla settima sezione della Cassazione penale, legittimata ad emanare, in linea di principio, soltanto ordinanze di inammissibilità dei ricorsi (art. 610, comma 1, e art. 169-*bis* disp. att., c.p.p.) ovvero alla sesta sezione della Cassazione civile, legittimata ad emanare le sole pronunzie previste dall'art. 380-*bis*, primo comma, c.p.c.

12. *Le incoerenze della attuale composizione delle Sezioni Unite.*

L'indirizzo legislativo diretto a valorizzare il ruolo delle sezioni unite della Cassazione, rendendole i principali soggetti della funzione nomofilattica, implica una attenzione specifica alla composizione ed alle procedure seguite (anche secondo la prassi) nelle decisioni di questi particolari organi giudicanti.

La procedura che si è instaurata nelle sezioni unite, sia penali che civili, è idonea a pervenire a decisioni meditate. Essa ha caratteristiche che non si ritrovano, normalmente, nelle procedure interne seguite per le decisioni delle sezioni semplici. Ogni decisione delle sezioni unite su contrasti giurisprudenziali o su questioni di massima è preceduta dalle seguenti attività: *a*) la predisposizione, da parte dell'ufficio del Massimario, di una relazione informativa degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla questione rimessa alle sezioni unite; *b*) la distribuzione del c.d. fascicoletto (contenente gli atti processuali del giudizio di cassazione) a tutti i componenti del collegio decidente (51); *c*) la riunione del collegio

(51) Secondo la prassi normalmente seguita, invece, nelle sezioni semplici

decidente in un giorno precedente quello fissato per l'udienza per un primo esame, del tutto informale, dei ricorsi da decidere, in modo da consentire un confronto di idee tra i magistrati giudicanti, idoneo, oltre che a renderli tutti (non solo il presidente ed il relatore) maggiormente recettivi rispetto alla discussione che avverrà nella successiva udienza, soprattutto a fare emergere se vi è qualche lacuna nella ricerca del Massimario, che possa essere colmata attraverso un espresso incarico all'ufficio o anche con la ricerca personale; *d*) un apporto della Procura generale sempre attento, che può essere frutto anche di precedenti dibattiti avvenuti all'interno dell'intero ufficio. Inoltre, la decisione collegiale è, di regola, maggiormente partecipata, sia per l'illustrata attività preparatoria, sia per la presenza nel collegio di magistrati che, non essendo relatori di alcun ricorso, possono dedicare maggiore tempo alla questione la cui decisione avrà una funzione nomofilattica (52), nonché per l'apporto del magistrato coordinatore delle sezioni unite, che, per il suo incarico (53), ha una conoscenza più approfondita dei precedenti dello stesso organo.

Non altrettanto positivo è il giudizio che va espresso sulla composizione delle sezioni unite. Per la qualità ed uniformità degli orientamenti interpretativi di un collegio — soprattutto in un periodo che, come si è visto (54), è caratterizzato da una elevata instabilità ed incertezza normativa — sono essenziali, da un lato, la

della Cassazione, il c.d. fascioletto viene distribuito soltanto al presidente del collegio ed al relatore sul ricorso, e non anche agli altri componenti del collegio (che hanno già l'onere di essere relatori su altri ricorsi).

(52) Il numero di componenti del collegio che non sono relatori di alcun ricorso è maggiore nelle sezioni unite penali, che, in ogni udienza, decidono un numero di ricorsi di gran lunga minore di quello che deve essere deciso dalle sezioni unite civili, alle quali le leggi attribuiscono anche una particolare competenza propria (come, tra le altre competenze interne, quella sui ricorsi avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti e sui ricorsi in tema di responsabilità disciplinare di magistrati ed avvocati).

(53) L'incarico di magistrato coordinatore delle sezioni unite è previsto e disciplinato dalle tabelle di organizzazione della Cassazione, che prevedono la sua presenza in tutti i relativi collegi. Le tabelle vigenti, relative al triennio 2017-2019 (consultabili sul sito della Corte), sono state approvate con delibera del C.S.M. del 10 aprile 2019. Per le funzioni del magistrato coordinatore v. § 20 e 27.

(54) V. *retro*, § 7, lett. A.

scelta oculata ed attenta dei componenti del collegio e, dall'altro, il mutamento limitato della composizione del collegio nelle diverse udienze (55).

Per quanto riguarda la scelta, il recente testo unico sulla dirigenza giudiziaria, approvato con delibera del C.S.M. del 28 luglio 2015, ha inserito la partecipazione alle sezioni unite tra gli «specifici indicatori di attitudine direttiva per il conferimento degli incarichi direttivi giudicanti di legittimità» (art. 21, lett. *b*), cioè per il passaggio da consigliere a presidente di sezione della Cassazione (56). La partecipazione alle sezioni unite è, quindi, un elemento per la “carriera” del magistrato. Ciò induce tutti i consiglieri della Corte ad aspirare a fare parte delle sezioni unite, senza distinzione tra il magistrato che ha attitudini per l'attività organizzativa (che il testo unico privilegia nei criteri di scelta degli uffici direttivi: v., infatti, anche l'art. 6) ed il magistrato che ha una vocazione più spiccata per lo studio delle questioni giuridiche, qualità essenziale per essere componente delle sezioni unite. La generalizzazione delle richieste è destinata a complicare la scelta, per la quale è dettato, sia pure in via subordinata, il criterio della «anzianità di servizio nell'ufficio» (57), che può fondare l'aspettativa di tutti ad essere, prima o poi, destinatari della scelta.

Per quanto attiene alla composizione stabile dei collegi giudicanti, assumono rilievo sia la durata della destinazione dei magi-

(55) Non può ipotizzarsi il mantenimento dello stesso collegio sia per ragioni di carico di lavoro, soprattutto delle sezioni unite civili, sia per la necessità di non limitare eccessivamente la partecipazione dei magistrati agli orientamenti delle sezioni unite.

(56) L'art. 21, lett. *b*), citato nel testo è stato annullato per violazione di legge dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 6 settembre 2017 n. 4220, relativamente, però, alla sola esclusione dall'indicatore in esso previsto dei magistrati di cassazione che hanno svolto funzioni requirenti. La pronunzia di annullamento del giudice amministrativo è stata ritenuta insindacabile da Cass., sez. un., 11 luglio 2018 n. 28240. L'annullamento dell'art. 21, lett. *b*), del testo unico sulla dirigenza giudiziaria può essere interpretato come riferito soltanto al profilo considerato dal Consiglio di Stato, onde la disposizione sembra essere ancora vigente, come si desume anche dal fatto che non risulta avere subito alcuna modifica dal Consiglio superiore della magistratura.

(57) § 19.6 delle citate tabelle vigenti.

strati alle sezioni unite, sia le variazioni dei collegi delle singole udienze. Ambedue gli argomenti hanno una disciplina tabellare. La durata è stata, dalle tabelle ora vigenti, ridotta da otto a sei anni (58), periodo senz'altro troppo breve, se si tiene presente che nel periodo iniziale il magistrato è destinato a fare esperienza del nuovo lavoro, onde si rischia di perdere troppo presto magistrati che sono di valore particolarmente elevato e che hanno acquisito ormai una piena esperienza della attività delle sezioni unite. La variazione dei collegi nelle diverse udienze, che dovrebbe essere il più possibile limitata, è al contrario perseguita (59), onde l'unico elemento di stabilità dei collegi è dato dalla costante presenza (salvo malattie ed altri possibili impedimenti) del magistrato coordinatore.

La normativa interna sulla destinazione dei magistrati alle sezioni unite e sulla composizione dei relativi collegi giudicanti appare, in sintesi, incoerente rispetto all'esercizio ottimale della funzione nomofilattica che queste articolazioni interne della Cassazione sono chiamate, in via principale, ad adempiere, tenuto conto della difficoltà del suo esercizio da parte delle sezioni semplici, costituita dall'elevatissimo numero di ricorsi da decidere. Si ha l'impressione che, nella elaborazione di questa normativa interna, sull'intento di facilitare la realizzazione della funzione nomofilattica della Cassazione (almeno a livello del suo organo di vertice interpretativo) prevalga la preoccupazione di consentire la partecipazione del maggior numero possibile di magistrati della Corte alle decisioni delle sezioni unite, secondo una linea di politica che subordina alle aspirazioni categoriali il perseguimento di una funzione istituzionale di interesse generale imposta dalla Costituzione e dalle norme sovranazionali.

(58) § 18 delle tabelle vigenti.

(59) Secondo le regole tabellari, «i presidenti di sezione o i consiglieri che abbiano preso parte quali componenti a una udienza delle sezioni unite civili di regola non possono partecipare alle udienze immediatamente successive, dovendo essere assicurata alternanza e la paritaria partecipazione alle udienze di tutti i componenti della medesima sezione» (§ 21.8 per le sezioni unite civili). Uguale regola è dettata per le sezioni unite penali (§ 28.10).

È indubbio che vada perseguito il trattamento paritario di tutti i magistrati aventi titolo per accedere alla Corte di cassazione e, successivamente, alle sue sezioni unite. Ma questo obiettivo, innanzitutto, non deve impedire una selezione effettiva secondo il merito, che, per le sezioni unite, è chiaramente identificato nella vocazione per lo studio e l'approfondimento delle questioni giuridiche, nonché nella capacità — che non è di tutti i magistrati, pur meritevoli di svolgere il lavoro giudiziario — di redigere motivazioni che, per la loro organicità, completezza, persuasività, siano convincenti e quindi meritevoli di essere seguite dalla giurisprudenza di merito.

Secondariamente, e soprattutto, la variazione continua della composizione dei collegi giudicanti costituisce un obiettivo ostacolo alla uniformità delle decisioni, considerate anche nelle *rationes decidendi* e negli argomenti che le sorreggono. Se il legislatore recente ha accresciuto il ruolo della giurisprudenza delle sezioni unite, per pervenire così a quella nomofilachia che le sezioni semplici non riescono più ad assicurare, un aumento del tasso di variazione della composizione delle stesse sezioni unite costituisce un orientamento di amministrazione della giurisdizione che appare porsi in contrasto con l'obiettivo perseguito dal legislatore.

13. *Necessità delle Sezioni Unite miste.*

L'esperienza concreta ha posto di fronte a contrasti tra sezioni civili e sezioni penali della Cassazione su questioni che si sono presentate in ambedue i settori della giustizia ordinaria.

Tipiche sono, in tal senso, le questioni che possono derivare dall'applicazione delle leggi di depenalizzazione. Esse dispongono la trasformazione di reati in illeciti amministrativi punitivi, spesso senza nulla prevedere sulla loro applicabilità ai fatti criminosi anteriormente commessi. Si è allora posto il dubbio della loro retroattività, e cioè della applicazione ai fatti anteriori delle nuove disposizioni, rimaste immutate nel precetto ma sanzionate in via amministrativa (e non più penale). La giurisprudenza penale, anche a sezioni unite, ha ritenuto che, nel silenzio della specifica legge di depenalizzazione, fosse applicabile il principio di irretroattività

della nuova legge, con la conseguente inapplicabilità della sanzione amministrativa (punitiva) introdotta dalla detta legge (oltre che della sanzione penale, ormai inapplicabile ad un fatto non costituente più reato) (60). Diverso avviso è stato espresso dalla Cassazione civile che, anche nel silenzio della singola legge, ha ritenuto applicabile la disposizione retroattiva prevista dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, ritenuta operante anche per le leggi successive di depenalizzazione (61), non ostante il loro silenzio al riguardo.

Più in generale, le leggi di depenalizzazione possono trovare applicazione, per diversi aspetti, sia davanti al giudice penale, competente a giudicare se una determinata fattispecie di reato sia stata o meno depenalizzata, sia davanti al giudice civile, competente a giudicare sulla opposizione alla sanzione amministrativa che sia stata eventualmente inflitta dalla amministrazione che abbia ritenuto depenalizzata quella determinata fattispecie. Ed il quesito, relativo alla interpretazione dell'ambito di applicazione di una determinata legge di depenalizzazione, può presentarsi davanti sia alla Cassazione civile che a quella penale.

Altre ipotesi di contrasto tra i due settori della Cassazione si sono verificate, come quella relativa alla competenza (del giudice penale o civile) a giudicare delle opposizioni avverso le liquidazioni di compensi a custodi ed ausiliari del giudice (62).

Tali contrasti hanno dimostrato la necessità di un'articolazione delle sezioni unite che sia mista, nel senso di essere composta da magistrati sia del settore penale che di quello civile. Questa articolazione non può essere realizzata in via amministrativa (attraverso una previsione tabellare) perché trova ostacolo in una precisa disposizione dell'ordinamento giudiziario del 1941, l'art. 67, secondo comma, secondo cui «il collegio a sezioni unite in materia civile è composto da magistrati appartenenti alle sezioni

(60) Sez. un. pen., 29 marzo 2012, n. 25457.

(61) V., tra le altre, sez. I, 19 aprile 1995, 4409; sez. lav., 9 gennaio 1996, 92.

(62) Sez. un. civ. 3 settembre 2009, n. 19161, che ha affermato la competenza del giudice civile anche quando la liquidazione del compenso sia stata effettuata nell'ambito di un procedimento penale.

civili; in materia penale è composto da magistrati appartenenti alle sezioni penali ».

Alle sezioni unite miste potrebbe essere attribuita anche la competenza a giudicare i ricorsi in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati. Tale competenza è oggi delle sezioni unite civili, le quali, di fronte a illeciti disciplinari commessi nell'esercizio di funzioni da magistrati del settore penale, possono trovarsi di fronte alla necessità di interpretare la normativa processuale penale, che rientra nella competenza propria della Cassazione penale, con possibili difficoltà derivanti dal difetto di specializzazione del collegio giudicante e problemi di realizzazione della uniformità giurisprudenziale della Cassazione.

14. *Apporto della dottrina alle decisioni nomofilattiche delle Sezioni Unite.*

La valorizzazione della funzione nomofilattica delle sezioni unite pone il problema della partecipazione della dottrina (e, più in generale, degli avvocati) alla elaborazione delle decisioni che sono espressione di questa funzione, essendo emanate su questioni di massima o sulle quali si è avuto un contrasto interno alla Cassazione. Queste decisioni riguardano non tanto il caso rimesso alle sezioni unite, ma soprattutto il futuro dell'ordinamento. È chiaro, quindi, che non è sufficiente la partecipazione alla loro emanazione dei difensori delle parti del singolo caso. È necessario che alla discussione preventiva sulla questione possa partecipare l'intera categoria degli studiosi e dei difensori.

Non può, certo, ampliarsi la categoria di coloro che, in quanto difensori delle parti del singolo caso, sono legittimati a partecipare alla udienza davanti alla Cassazione ed alla discussione del ricorso che vi si svolge. Può, però, generalizzarsi ed istituzionalizzarsi una iniziativa (63) che, qualche volta, è stata assunta dalla struttura preposta alla formazione decentrata dei ma-

(63) Si fa riferimento ai c.d. *dialogoi*, organizzati su problemi sottoposti alle sezioni unite civili.

gistrati della Corte. È noto che, negli anni recenti, su qualche questione importante rimessa alle sezioni unite è stato indetto dalla Cassazione un convegno nel quale, anteriormente alla udienza, si è svolta una ampia e libera discussione sull'argomento, aperta alla partecipazione di tutti. Lo svolgimento di detta discussione si è rivelata, non raramente, utile per la successiva decisione collegiale.

Questa possibilità di partecipazione della dottrina e del foro potrebbe essere prevista come regola generale attraverso le apposite tabelle della Cassazione, nella parte relativa alle sezioni unite, affidandone l'organizzazione al Consiglio direttivo della Cassazione, di cui è membro di diritto il Presidente del Consiglio nazionale forense. La notorietà della ordinanza di rimessione alle sezioni unite renderebbe possibile un concreto e fattivo apporto dei partecipanti alla discussione. Alla discussione dovrebbero, ovviamente, restare estranei i componenti delle sezioni unite. Potrebbe, al contrario, essere utile la partecipazione al dibattito (da consentire pure attraverso la presentazione di contributi scritti) anche dei magistrati della Corte che non fanno parte delle sezioni unite, così compensandosi anche il numero non elevato di componenti delle stesse sezioni che, d'altro canto, si è auspicato come elemento facilitatore dello svolgimento effettivo della funzione nomofilattica, richiesta dalla Costituzione e dagli ordinamenti sovranazionali.

15. *Uno sguardo agli ordinamenti degli altri Stati europei.*

I problemi qui trattati — inerenti agli effetti delle pronunzie della Cassazione sia sulla giurisprudenza dei giudici di merito in processi diversi dal caso deciso dalla Corte, sia sulle successive pronunzie della stessa Cassazione — si pongono non soltanto nell'ordinamento italiano. Eppure è molto raro che li si affronti con la conoscenza delle soluzioni che essi ricevono in ordinamenti stranieri a noi vicini. Ciò va detto anche per quegli orientamenti della dottrina processualista che, in parte non esigua, hanno criticato le recenti innovazioni legislative (64).

(64) Per le citazioni della dottrina si rinvia agli scritti citati di A. GIUSTI e

Non è questa la sede per una trattazione di diritto comparato. Ci si limita a segnalare la lacuna negli studi sulla tematica ed a indicare che utili informazioni relative a venticinque Stati europei sono disponibili attraverso le risposte ad un *Questionario sul precedente giudiziario*, predisposto dalla Cassazione italiana attraverso la Rete dei Presidenti delle Corti supreme dell'Unione europea (65).

16. *Conclusion: Corte di cassazione non più suprema, ma indispensabile per l'unità del diritto.*

Sono molte ed evidenti le modifiche che, relativamente alla posizione ed alle funzioni della Corte di cassazione, sono intervenute successivamente alla Costituzione repubblicana.

Alla Corte costituzionale (le cui pronunzie incidono comunque sulla interpretazione della legislazione ordinaria, pure se la tesi del "diritto vivente" ha limitato tale incidenza) si sono aggiunte le due Corti europee. La Corte di Strasburgo può essere adita dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 Cedu) e quindi dopo l'eventuale pronunzia della Cassazione, la quale viene presa

di G. FIDELBO, in *Questione giustizia*, cit. (rispettivamente, per la dottrina processuale civile e per quella processuale penale). Per questa ultima *adde* gli scritti, tutti critici nei confronti della recente modifica sull'art. 618 c.p.p., di C. IASEVOLI, O. MAZZA, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, A. DE CARO, in *Archivio penale*, 2018, suppl. al n. 1, *La Giustizia penale riformata* (rispettivamente, 718, 723, 733, 745, 749). Gli orientamenti critici, soprattutto nel settore penale, tendono a dare un non adeguato peso al valore costituzionale e sovranazionale della nomofilachia, su cui ci si è soffermati *retro*, § 7. Rileva, condivisibilmente, R. APRATI, *op. cit.*, § 2.4, che la riforma dell'art. 618 c.p.p. "previene il rischio di future condanne da parte della Cedu proprio per violazione del canone della prevedibilità".

(65) *Report* redatto da A. CORBO e G. GRASSO (due magistrati della Cassazione) in occasione di un incontro organizzato l'8 novembre 2018 dalla Struttura della formazione decentrata della Corte di cassazione (nel sito ufficiale della Cassazione, rubrica *Comunicazioni e seminari*). L'incontro ed il questionario sono relativi al solo processo penale, ma alcune risposte si ampliano anche alla considerazione delle pronunzie civili della Corte suprema. Per un confronto dettagliato con la Corte federale tedesca *v.*, di recente, R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione 'politica' delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, 2596.

in esame dalla Corte europea, sia pure ai soli fini di accertare se, nella intera vicenda ad essa denunciata dal ricorrente, si sia o meno verificata una violazione dei diritti dell'uomo (66). La Corte di Lussemburgo, dal canto suo, ha affermato la responsabilità civile della Repubblica italiana proprio per l'emanazione di una sentenza della Cassazione (67) e, nella disciplina vigente del risarcimento dei danni cagionati dall'attività giudiziaria, è prevista l'ipotesi della «mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del TFUE», ipotesi che, tra i giudici ordinari, è configurabile soltanto da parte della Cassazione (68). A seguito di queste modifiche può ritenersi che non sia più appropriata alla Cassazione la qualifica di Corte *suprema* ad essa attribuita dall'ordinamento giudiziario del 1941. Questa qualifica non si ritrova nella Costituzione (v., infatti, l'art. 104, comma terzo: «primo presidente e procuratore generale della Corte di cassazione») e neanche nel testo vigente dell'art. 1 dello stesso ordinamento giudiziario, che elenca i giudici nelle materie civile e penale (69).

Ma a questa *deminutio* della posizione della Cassazione nell'ordinamento (nazionale e sovranazionale) fa da riscontro una sua maggiore importanza per l'indispensabilità della funzione nomofilattica, determinata dall'aumento di complessità dello stesso

(66) È significativo che, a proposito del ricorso alla Corte di Strasburgo dopo una decisione della Cassazione, si sia parlato, da un autorevole magistrato e valoroso studioso, di *Quarto grado di giurisdizione* (F. M., IACOVIELLO, in *Cass. pen.*, 2011, 794). L'espressione sembra, però, non tenere conto della diversità di oggetto del giudizio davanti alla Corte europea. Tale diversità non esclude, peraltro, che vi può essere una sentenza della Corte europea la quale, nello stesso caso, ritenga che la precedente pronuncia della Cassazione abbia determinato una violazione della Cedu. V., di recente, Corte Edu, 5 settembre 2019, *Rizzotto c. Italia*, in ordine ai rimedi esperibili contro i provvedimenti di restrizione della libertà personale.

(67) Corte di giustizia CE, 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo c. Italia*. Sulla vicenda e sul suo seguito v. N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 352-356.

(68) Art. 2, comma 3-*bis*, l. n. 117/1988, a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 18/2015.

(69) L'espressione "Corte *suprema* di cassazione" è, però, rimasta nella intitolazione del capo V del r.d. n. 12/1941 ed in ciascuno degli artt. 65-67.

ordinamento, che richiede punti certi e fermi, sia pure per tempi ed in ambiti limitati.

Un esempio recente consente di percepire chiaramente questa accresciuta necessità della nomofilachia e la rilevanza della funzione nomofilattica della Cassazione.

La sentenza della Corte cost. n. 24 del 2 febbraio 2019 ha giudicato sul rispetto del principio di determinatezza (70) della normativa che individua i soggetti destinatari delle misure di prevenzione previste dal relativo codice (d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, art. 1), anche sulla base di una sentenza della Corte di Strasburgo (23 febbraio 2017, *de Tommaso c. Italia*). Nell'applicare tale principio alla normativa menzionata, la Consulta ha rilevato che sulla interpretazione della lettera *a*) del citato art. 1 (soggetti «abitualmente dediti a traffici delittuosi») non vi era un orientamento uniforme della Cassazione. Questa situazione, interna alla giurisprudenza della Corte di legittimità, ha indotto il giudice costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità della norma relativa ai soggetti previsti nella lettera *a*) dell'art. 1 come destinatari della misura di prevenzione della sorveglianza speciale, per assenza del requisito della determinatezza. A soluzione opposta la Corte costituzionale è, invece, pervenuta in relazione ai soggetti indicati, con formulazione di analogo tenore, nella successiva lettera *b*) dello stesso art. 1 (soggetti «che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»), perché al detto enunciato legislativo la Cassazione aveva dato una interpretazione uniforme che la Corte ha ritenuto rispettosa del principio di determinatezza della legge.

Va rilevato che la Corte costituzionale si è astenuta dal dare essa stessa una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme della disposizione dichiarata incostituzionale (attraverso una sentenza interpretativa di rigetto), come, in ipotesi

(70) Va tenuto presente che la Corte costituzionale, uniformandosi all'orientamento della Corte europea, ha ritenuto il principio di determinatezza applicabile non solo alle norme penali, ma anche a tutte le norme che «limitano un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto».

analoghe, aveva fatto in passato, con riferimento anche a norme di natura penale (71).

L'esistenza o meno di un orientamento uniforme della Cassazione sulla interpretazione della norma ordinaria ha costituito, pertanto, il fattore decisivo e discriminante per espungere la stessa norma dall'ordinamento o per mantenervela in quanto conforme alla Costituzione ed alla Cedu.

Chiara e terribile è la responsabilità, innanzitutto morale, che, in tal modo, viene posta a carico dei magistrati della Corte di cassazione. Dalla loro capacità o meno di realizzare una interpretazione uniforme della legislazione incidente sui diritti protetti dalle relative Carte deriva la costituzionalità o l'annullamento di una determinata disposizione legislativa. La consapevolezza di questa responsabilità dovrebbe essere idonea a superare, in tutti i magistrati della Corte, ogni individualismo interpretativo (pure quando sia sorretto da buoni argomenti) e ad acquisire un senso della Istituzione e della sua essenziale funzione nomofilattica, in modo da assicurare una ordinata evoluzione del diritto vivente, evitandosi invece decisioni imprevedibilmente difformi dai precedenti (c.d. sentenze-pirata) e comportanti disuguali trattamenti di utenti del servizio giustizia (72).

(71) Ciò è avvenuto, per esempio, per le disposizioni che prevedono il reato di disastro innominato (Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327) ed il reato di atti persecutori (Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172).

(72) Tre esempi recenti di dialoghi fruttuosi tra sezioni unite e sezioni semplici della Cassazione civile, frutto proprio della applicazione della rimessione obbligatoria prevista dall'art. 374 c.p.c., sono indicati da A. GIUSTI, *op. cit.*, in *Questione giustizia*, 134.

L'INTERPRETAZIONE TRA NOMOFILACHIA E INDIPENDENZA

Aniello Nappi

Il tema di questa sessione ci sollecita a verificare un'ipotesi: a verificare l'ipotesi che ci possa essere una contraddizione o quanto meno un rapporto dialettico tra la nomofilachia e l'indipendenza funzionale del giudice.

Ci si domanda quale indipendenza del giudice possa esserci di fronte alla nomofilachia; e quale nomofilachia possa esserci nei confronti di un giudice indipendente.

Tuttavia, se consideriamo l'evoluzione storica dell'idea di nomofilachia, la prospettiva muta significativamente.

In realtà la nomofilachia nasce come strumento di sanzione contro la ribellione del giudice alla legge (1), in un contesto culturale nel quale si bandisce l'interpretazione, vietata dalla rivoluzione francese (2). In un contesto del genere intendere la nomofilachia come orientamento della giurisprudenza sarebbe stata una contraddizione in termini. Lo sguardo non si volgeva affatto al futuro, cui si guarda oggi quando si parla di nomofilachia. In quel contesto la nomofilachia ha solo lo scopo di sanzionare il giudice che oltrepassa i limiti della legge, perché tutto ciò che c'è da dire è detto già nella legge; e il giudice non deve dire nient'altro che quello che c'è scritto nella legge.

(1) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, *Storia e legislazioni*, Bocca, Milano, 1920, 27 e s.

(2) S. SATTA, *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, 1962, 797 e s.

Questa idea di nomofilachia si avvia a un superamento quando si comincia a riconoscere il ruolo dell'interpretazione, perché si afferma allora l'idea della nomofilachia come orientamento della giurisprudenza, di una giurisprudenza che è il risultato dell'interpretazione della legge da parte del giudice. Infatti l'interpretazione della legge, oltre che dei fatti, è la principale manifestazione dell'indipendenza del giudice.

Allora non mi pare che si possa oggi parlare di tendenziale incompatibilità, ma si debba piuttosto parlare di implicazione tra nomofilachia e indipendenza, perché nessuno ha mai pensato che le corti supreme abbiano il monopolio dell'interpretazione.

Orientare la giurisprudenza significa dunque proporre interpretazioni attendibili, riconoscibili come tali da qualunque giudice legittimato a interpretare. Sicché nel momento in cui si affida alla Corte di cassazione il compito di orientare la giurisprudenza, si riconosce un ruolo anche all'interpretazione dei giudici del merito. Ne è dimostrazione il fatto che in Francia l'adunanza plenaria della Corte di Cassazione, che è equivalente alle nostre sezioni unite, può intervenire per risolvere i contrasti anche tra la giurisprudenza della stessa Corte di cassazione e la giurisprudenza dei giudici del merito (3).

Ne risulta un'idea di giurisprudenza come discorso pubblico fondato sul confronto degli argomenti e aperto all'apporto anche della dottrina, perché ciò che conta sono appunto gli argomenti proposti da ciascun interprete; e anche la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione si fonda sugli argomenti che può esibire.

Si tratta allora di un confronto libero da condizionamenti esterni o gerarchici, diversamente da quanto avveniva un tempo, quando la nostra Corte di cassazione esercitava un controllo sulle carriere dei magistrati, determinandone una dipendenza istituzionale, destinata a favorire conformismo di atteggiamenti piuttosto che uniformità della giurisprudenza.

(3) A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite Civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 16 e s.

L'uniformità della giurisprudenza si ottiene con la condivisione degli argomenti proponibili a sostegno di un orientamento interpretativo. E questo, come vedremo, è nella natura stessa della giurisdizione.

A questa costruzione della giurisprudenza come discorso pubblico, fondato sul confronto degli argomenti, si potrebbe obiettare che è incompatibile con i sistemi di *common law*, nei quali i precedenti sono vincolanti. Ma come hanno dimostrato gli studi di Gino Gorla e Michele Taruffo, anche questo è un mito da ridimensionare (4). Innanzitutto perché il precedente di *common law* è cosa ben diversa dalla nostra giurisprudenza per principi di diritto. Quel precedente si riferisce a un caso concreto e il giudice inglese, nel momento in cui deve riconoscere l'identità o quanto meno l'analogia tra i due casi posti a confronto, ha molte possibilità di distinguerli, assegnando rilevanza a determinati aspetti del suo caso che lo legittimano a non uniformarsi al caso già deciso. Come chiarisce Taruffo, è il secondo giudice che crea il precedente, non il primo, quello che pronuncia la sentenza che si candida a fare da modello.

Del resto negli Stati Uniti è riconosciuta la discrezionalità del giudice nel rapportarsi ai precedenti, cui si uniforma solo quando non è in grado di esibire ragioni per discostarsene.

Sicché, quand'anche volessimo per assurdo assimilare il ruolo del precedente vincolante al ruolo della legge, questo non risolverebbe il problema dell'interpretazione; non risolverebbe quella che Habermas chiama tensione tra la positività del diritto e l'indisponibilità dei valori: una tensione che è il fondamento del ruolo del giudice.

L'idea dell'uniformità della giurisprudenza come condivisione di argomenti è dunque un'idea che vale per i paesi di *common law* come per i paesi di *civil law*.

Sono pertanto convinto che non ci sia contraddizione ma piuttosto un rapporto di implicazione tra nomofilachia e indipen-

(4) G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, 489 e s.; M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 709 e s.

denza del giudice. Non ci può essere nomofilachia come orientamento della giurisprudenza se non c'è indipendenza del giudice, con il riconoscimento del suo ruolo di interprete.

La contraddizione tra nomofilachia e indipendenza c'è quando la nomofilachia opera come sanzione alla ribellione del giudice alla legge, in un contesto nel quale la legge dice tutto e il giudice non deve fare altro che ripeterlo.

Per concludere chiarirò quali sono le ragioni per cui a mio parere è nella natura stessa della giurisdizione che si manifesta questo rapporto di implicazione tra indipendenza e nomofilachia. Ma prima vorrei delimitare il campo della problematica del rapporto tra nomofilachia e indipendenza.

Innanzitutto, come ha chiarito la Corte costituzionale (5), non si pone un problema di nomofilachia né tanto meno di indipendenza nel caso della cassazione o dell'annullamento con rinvio con enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 384 c.p.c. o dell'art. 627 c.p.p., perché in questo caso si determina una preclusione a esaminare la questione decisa dalla Corte. Il giudice non è più legittimato a individuare il criterio di giudizio, in quanto quel criterio è già individuato, è già fissato per via processuale. Infatti, se il giudice del rinvio non si attiene al principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, la sua sentenza non è censurabile per violazione della norma diritto sostanziale interpretata dalla Cassazione, ma è censurabile per violazione appunto degli artt. 384 c.p.c. e 627 c.p.p. Non si pone quindi né un problema di nomofilachia, perché qui il vincolo non deriva da un precedente ma da una decisione assunta all'interno del medesimo processo; né si pone un problema di indipendenza del giudice, perché il giudice del rinvio è libero di decidere nell'ambito di quanto effettivamente devolutogli.

Un caso particolare è poi quello che ha affrontato il presidente Lupo, quello che Taruffo chiama l'autoprecedente.

In realtà qualsiasi giudice, nel momento in cui decide una controversia secondo un certo criterio di giudizio, assume l'impegno

(5) Corte cost., 2 aprile 1970 n. 50.

anche morale ad adoperare il medesimo criterio in ogni caso analogo. E una Corte suprema che decidesse in modo difforme casi analoghi perderebbe di autorevolezza e di credibilità.

Tuttavia qui si tratta non di esercizio della nomofilachia ma di una condizione della nomofilachia, perché se una Corte suprema non è in grado di esprimersi con un indirizzo unitario e coerente, ovviamente non è in grado di esercitare la nomofilachia. Ma le corti supreme non esercitano la nomofilachia nei confronti di se stesse, perché le direttive interpretative in funzione nomofilattica sono quelle indirizzate ai giudici del merito.

La corte suprema deve esprimersi come ogni giudice in modo coerente innanzitutto per rispetto del principio di eguaglianza, ma questo non è esercizio della nomofilachia, anche se ne è condizione imprescindibile.

C'è quindi un'esigenza di credibilità delle corti supreme che induce a diffidare di cambiamenti inopinati di giurisprudenza.

Tuttavia fin dal 1966 la Corte Suprema inglese comunicò che non si sarebbe ritenuta necessariamente vincolata al rispetto dei suoi precedenti, benché operasse in un sistema a precedente vincolante. E negli Stati Uniti una delle ragioni che può giustificare la rimessione di un caso alla Corte Suprema è appunto l'esigenza di *overruling*, di un mutamento di giurisprudenza.

Una certa elasticità è dunque riconosciuta, per l'esigenza di adeguare la giurisprudenza ai mutamenti sociali e delle situazioni. Ma ovviamente rimane ferma l'esigenza che una Corte suprema, onerata di un ruolo di orientamento della giurisprudenza, abbia una prevedibile coerenza.

A questo scopo sono destinate le norme di cui ha parlato il presidente Lupo, che impongono alle sezioni semplici di investire le Sezioni unite quando dissentano dalla loro giurisprudenza.

Sono norme destinate a prevenire i contrasti, ma non hanno nulla a che vedere né con l'esercizio della nomofilachia, che non si esercita nei confronti della stessa corte, né con l'indipendenza del giudice, perché si tratta di norme sulla individuazione del collegio legittimato a pronunciarsi nell'ambito della stessa corte. Nessun giudice viene costretto a esprimere un'opinione diversa da quella che nutre. La sezione dissenziente argomenta la sua interpreta-

zione diversa da quella delle Sezioni unite, ma non si pronuncia sul merito della controversia perché c'è una norma procedimentale di individuazione del diverso collegio legittimato a pronunciarsi. La garanzia dell'indipendenza esclude che la sezione semplice possa essere vincolata al precedente delle Sezioni unite, ma non esclude che l'assegnazione degli affari possa essere regolata in modo da permettere alla Corte di cassazione, quale ufficio giudiziario unitario, di esprimere una giurisprudenza coerente.

D'altra parte una norma del tutto analoga vige in Germania (6).

Anche in Germania le Sezioni semplici sono tenute a rimettere al grande Senato, equivalente alle nostre sezioni unite, le questioni sulle quali c'è un dissenso tra la sezione semplice e lo stesso grande senato; anzi la rimessione è doverosa anche quando una sezione semplice intende dissentire da altra sezione semplice intenzionata a non mutare orientamento. Ma pare che le rimessioni al grande Senato delle questioni controverse tra le sezioni semplici siano rarissime, perché quasi sempre si raggiunge un accordo sull'interpretazione da ritenere corretta (7). Cosa che io vedo utopistica nella nostra Corte di cassazione.

In Francia non c'è in questi casi l'obbligo di rimessione alle sezioni unite, la rimessione è solo facoltativa com'era un tempo da noi, ma è ammessa in termini molto più ampi, perché tutto è destinato a prevenire i contrasti per tutelare quell'esigenza di autorevolezza e di credibilità della Corte suprema che è alla base dell'esercizio della nomofilachia.

Così delimitato il campo, è ora possibile concludere, chiarendo perché, a mio avviso, l'esercizio della nomofilachia non pone in discussione l'indipendenza dei giudici destinatari delle direttive interpretative della Corte di cassazione, ma piuttosto la presuppone. Ritengo infatti che sia nella natura stessa della giurisdizione l'esigenza di tener conto di tutti i punti di vista rilevanti.

(6) A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite Civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 16 e s.; R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, 2596 e s.

(7) R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, cit., 2596 e s.

Oggi abbiamo superato quel contesto culturale per cui tutto ciò che c'è da dire è già scritto nella legge. Tuttavia nella concezione della giurisdizione dei sistemi liberali, sia di *common law* sia di *civil law*, permane l'idea della funzione ricognitiva della giurisdizione. Il giudice riconosce, trova (*to find* dicono gli inglesi), il diritto, non lo crea. E ciò che distingue la giurisdizione dalle altre funzioni pubbliche è il tipo di argomento che deve essere esibito a giustificazione delle decisioni: il giudice assume che la sua decisione corrisponde, se non a una norma positiva già scritta, a un sistema di valori universalmente condiviso. Come chiarisce Luhmann, la giurisdizione risponde a programmi normativi condizionali, che esigono l'accertamento di condizioni predeterminate per giustificarne le decisioni; non può rispondere, come l'amministrazione, a programmi normativi di scopo, che esigono la scelta dei mezzi più idonei al raggiungimento dei fini prefissati.

Insomma può essere ribadita la costruzione dell'attività giurisdizionale come applicazione di una regola preconstituita o, comunque, desumibile da un sistema di norme e di valori preconstituito, perché il concetto di valore viene così assunto in un senso in qualche misura formale, come ciò che è indiscusso o, comunque, può essere considerato universalmente condiviso nel contesto sociale in cui il giudice opera. E se il giudice nel momento in cui decide deve assumere che ci sia un consenso universale sui valori che egli pone a fondamento della propria attività di ricostruzione di una norma, quando la norma non è immediatamente reperibile nell'ordinamento, non può questo giudice non prendere atto di ciò che hanno detto gli altri giudici, non può in particolare prescindere dalla conoscenza di un precedente della Corte suprema.

In questa prospettiva si rivela il ruolo determinante delle corti supreme.

La funzione nomofilattica è una funzione che ha una dimensione soprattutto pragmatica, perché attiene all'interazione tra i diversi organi giudiziari, piuttosto che al metodo dell'interpretazione. Sicché quest'esigenza pone problemi di coordinamento e di organizzazione del sistema giudiziario e processuale.

Nel nostro sistema svolge un ruolo determinante l'ufficio del massimario, che sintetizza e diffonde la giurisprudenza della Corte

di cassazione, rendendo plausibile ed effettivo il dovere professionale per tutti i giudici di conoscere almeno la giurisprudenza di legittimità. Ed è affidata alla persuasività degli argomenti l'effettività della nomofilachia, senza attribuire un improbabile monopolio dell'interpretazione alla Corte Suprema.

Il ruolo di guida dell'interpretazione, dunque, si gioca soprattutto sulla capacità della Corte Suprema di esprimersi in orientamenti unitari e riconoscibili, che possono ottenersi solo se gli interventi della corte siano ridotti nel numero.

Questa scommessa da noi dovrebbe essere affidata soprattutto alla limitazione del giudizio di Cassazione alla sola legittimità.

Tuttavia lo schema concettuale del sindacato di legittimità, per quanto solido e coerente, è troppo sofisticato perché vi si possa ragionevolmente fondare l'aspettativa che la Corte di cassazione sia effettivamente ricondotta al suo ruolo di orientamento della giurisprudenza. Sarebbe necessario portare alle sue plausibili conseguenze una svolta pragmatica che il legislatore ha già da tempo pur timidamente avviato, imponendo la specializzazione degli avvocati, come avviene in Francia e in Germania, in modo che l'avvocato abilitato al patrocinio dinanzi alla Corte di cassazione non possa esercitare dinanzi alle corti di merito.

Non può funzionare come corte suprema una Corte di cassazione composta di circa quattrocento magistrati, cui possano ricorrere circa 55 mila avvocati.

In Francia gli avvocati civilisti abilitati al patrocinio dinanzi la Corte di cassazione sono un centinaio, in Germania una quarantina. Sono dunque gli avvocati a esercitare il ruolo di selezionatori dei ricorsi effettivamente meritevoli di essere trattati dalla Corte Suprema.

Senza un'analogha scelta, potremo continuare a invocare il giudizio di legittimità, che viene invocato e tradito quotidianamente davanti alla Corte, ma non riusciremo mai ad avere un numero di sentenze così ridotto da poter fungere da guida della giurisprudenza.

Questa scelta si potrebbe estendere anche al settore penale, eventualmente con alcune deroghe, in modo che per i reati più gravi il principio della specializzazione dell'avvocato non si applichi, ma rimanga limitato ai reati minori.

Si abbatterebbe così il carico maggiore della Corte di cassazione, limitandovi l'accesso per le bagatelle.

Noi viviamo un momento estremamente grave, perché abbiamo perduto, non solo in Italia, capacità progettuale da parte delle classi dirigenti. Sono convinto che potremo superare questa crisi solo se saremo in grado di fare scelte radicali, vale a dire chiare e univoche e riconoscibili.

Una scelta radicale, chiara e univoca, dovrebbe essere quella che pone le condizioni ineludibili perché la Corte di Cassazione possa onorare il suo compito di orientamento della giurisprudenza.

L'UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO.
OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE
E EFFICIENZA GIUDIZIARIA

Oreste Dominioni

SOMMARIO: 1. La diversa natura delle funzioni del giudice e del pubblico ministero. — 2. La necessità di un potere direttivo dell'ufficio del pubblico ministero. — 3. L'indipendenza funzionale interna: assoluta per il giudice, relativa per i magistrati del pubblico ministero. — 4. L'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero nell'udienza. — 5. L'obbligatorietà dell'azione penale dal codice Rocco alla Costituzione. — 6. La relatività della protezione costituzionale dell'interesse di persecuzione penale in un quadro plurale di interessi tutelati. — 7. Il bilanciamento fra l'interesse di persecuzione penale e altri interessi costituzionali nel processo minorile e del giudice di pace. Cenno alla discrezionalità come *species* della situazione generale di dovere. — 8. L'efficienza giudiziaria quale interesse costituzionale. — 9. La generalizzazione dell'«irrilevanza sociale del fatto». La proposta Tenaglia. — 10. «La particolare tenuità del fatto» nell'art. 131-*bis* c.p. — 11. L'«irrilevanza sociale del fatto» come causa di improcedibilità dell'azione penale. — 12. I criteri di priorità ultralegali. — 13. Le risoluzioni del Consiglio superiore della magistratura. — 14. Critiche ai criteri di priorità. Loro infondatezza. — 15. Il problema della legittimazione a stabilire i criteri di priorità.

1. *La diversa natura delle funzioni del giudice e del pubblico ministero.*

La trattazione del tema dell'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero deve muovere da una premessa d'ordine generale.

La diversità fra pubblico ministero e giudice risiede non solo nelle rispettive funzioni processuali (d'accusa e di decisione), ma anche nella conformazione materiale e tecnico-giuridica delle atti-

vità con cui esse sono espletate. Tanto da richiederne differenti discipline istituzionali e organizzative.

Il procedimento con cui il giudice esercita la propria funzione è per intero regolato dalla legge (con varianti anch'esse previste) con riguardo sia alla elaborazione delle premesse storiche e giuridiche della decisione e sia alla deliberazione della stessa.

Il pubblico ministero espleta la propria funzione con attività che nelle loro forme sono disciplinate dalla legge unicamente per aspetti essenziali. Solo alcuni atti d'indagine sono tipizzati, altri sono nominati ma atipici, altri ancora sono innominati. Inoltre la sequenza degli atti delle indagini preliminari è regolata nei suoi momenti tipici; per il resto segue un andamento di opportunità pratiche che l'inquirente coglie nel concreto svolgersi delle ricerche per la verifica del fondamento della notizia di reato ai fini dell'esercizio dell'azione penale e per la provvista delle risorse probatorie necessarie ad accreditare l'accusa davanti al giudice. Persino l'organo d'indagine non è nella sua struttura prefissato in termini tassativi dalla legge: a indagini di ordinaria complessità è adibito un magistrato; per quelle di particolare complessità possono essere incaricati due o più magistrati (ciò perpetuandosi nelle ulteriori fasi processuali, udienza preliminare e giudizio). Stabilisce infatti l'art. 70, comma 3, ord. giud. che il titolare dell'ufficio può designare a svolgere la funzione di accusa in un dato procedimento «più magistrati in considerazione del numero degli imputati o della complessità delle indagini o del dibattimento». Tanto è cogente questa peculiarità pratica del pubblico ministero che, già nella vigenza del codice Rocco, l'istituto del giudice istruttore, portatore di una funzione di indagine, ha conosciuto l'esperienza del *pool* di magistrati adibiti a istruzioni formali di notevole complessità, grazie a una possibile variazione di composizione singolare o plurale dell'organo oggi impensabile per il giudice.

2. *La necessità di un potere direttivo dell'ufficio del pubblico ministero.*

La specificità funzionale del pubblico ministero esige un'organizzazione delle sue attività. Ciò implica non una "gerarchia" nel-

l'accezione propria del diritto amministrativo, ma certamente poteri del titolare dell'ufficio che consentano di imprimere alle attività dei magistrati che vi sono addetti coerenza, compiutezza del vaglio dell'insieme dei casi da trattare e di ogni singolo, coordinazione, impiego ragionevolmente programmato delle risorse disponibili. Poteri tra l'altro diversamente modulati nelle distinte fasi del procedimento (*infra*, par. 4).

Da ciò trae origine il problema dell'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero.

3. *L'indipendenza funzionale interna: assoluta per il giudice, relativa per i magistrati del pubblico ministero.*

La corretta lettura delle disposizioni costituzionali evidenzia la differente indipendenza funzionale interna del giudice e del pubblico ministero.

L'art. 101, secondo comma, Cost. enuncia: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge». Vi si rilevano due dati normativi:

a) il riferimento esclusivo alla legge, che è fonte di indipendenza funzionale assoluta sia interna che esterna. È quindi inibita una qualsiasi dipendenza funzionale del giudice anche da provvedimenti di organi giudiziari (ad esempio, presidente del tribunale o della corte d'appello, presidente del collegio giudicante e altro) aventi per oggetto l'esercizio delle funzioni;

b) l'impiego plurale del vocabolo «giudici» significa che la disposizione è riferita sia al «giudice-organo» (giudice monocratico, giudice collegiale) e sia al «giudice-persona». Pertanto l'indipendenza funzionale interna e esterna del giudice (sia organo che persona) è assoluta.

L'art. 112 Cost. attribuisce il potere-dovere di azione penale al «pubblico ministero». Qui è individuato l'organo e ciò, essendo improponibile, e già non accolta in Assemblea costituente, una concezione personalistica del pubblico ministero, comporta l'attribuzione di quella situazione giuridica soggettiva di potere-dovere al titolare dell'ufficio. In termini conseguenti, riguardo alle «Attribuzioni del procuratore della Repubblica», l'art. 1, d.lgs. n. 106/2006 (come modificato dall'art. 1, comma 2, l. 24 ottobre 2006,

n. 269) dispone: «Il procuratore della Repubblica, quale preposto all'ufficio del pubblico ministero, è titolare esclusivo dell'azione penale e la esercita nei modi e nei termini fissati dalla legge» e l'art. 2 (sostituito dall'art. 1, comma 2, l. 24 ottobre 2006, n. 268) precisa: «Il procuratore della Repubblica quale titolare esclusivo dell'azione penale, la esercita personalmente o mediante assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio» (formulazione necessariamente recepita dal C.S.M., Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura, delibera 16 novembre 2017 e succ. mod. al 18 giugno 2018, su cui *infra*, par. 13).

È anche da precisare, perché si evitino equivoci, il contenuto normativo dell'art. 107, quarto comma, Cost.: «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme di ordinamento giudiziario». Una disposizione dedicata all'indipendenza funzionale esterna del pubblico ministero, con la quale si rinviò per la disciplina della materia all'ordinamento giudiziario dopo che nelle discussioni del Costituente si appurò che non vi era la possibilità di raggiungere un accordo a causa delle persistenti divergenze delle posizioni manifestate, che erano essenzialmente: qualificare il pubblico ministero come «organo del potere esecutivo» (Giovanni Leone) o strutturare il suo intero apparato in forma unitaria e gerarchica con al vertice il «Procuratore generale commissario della giustizia» scelto fra i procuratori generali e nominato dal Presidente della Repubblica su designazione della Camera, legittimato a partecipare al Consiglio dei ministri con voto consultivo e responsabilizzato avanti il Parlamento (Piero Calamandrei).

Ci si è soffermati su questo passaggio per rilevare che la disposizione costituzionale fondante l'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero è unicamente l'art. 112 Cost. e che essa regola tale materia in termini differenti dall'art. 101, secondo comma, Cost. per i giudici. Per questi la norma statuisce in modo assoluto: il giudice-organo e il giudice-persona esercitano la loro funzione al riparo insuperabile da prescrizioni che non siano quelle della legge; per i magistrati del pubblico ministero l'indipendenza funzionale interna è oggetto di limiti che sono conseguenza dell'organizzazione dell'ufficio. Nessuna identità normativa, dun-

que, tra quanto disposto dagli artt. 101, secondo comma, e 112 Cost. rispettivamente per i giudici e per il pubblico ministero.

4. *L'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero nell'udienza.*

Quanto sia peculiare la correlazione tra l'indipendenza funzionale interna dei magistrati del pubblico ministero e la natura della loro attività risulta anche da ciò: la disciplina normativa della prima muta con il mutare della seconda nelle diverse fasi procedurali. L'art. 53, comma 1, c.p.p. stabilisce: «nell'udienza, il magistrato del pubblico ministero esercita le sue funzioni con piena autonomia» (cfr. anche art. 70, comma 4, ord. giud. sost. dall'art. 20, comma 4, d.p.r. 22 settembre 1988 n. 449). Matrice di questa disposizione è l'art. 2, n. 68 della legge di delega 16 febbraio 1987, n. 81.

La norma ora stabilita nell'art. 53, comma 1, c.p.p. era stata oggetto di critica nel suo enunciato nella legge di delega. La si stigmatizzò come una troppo parziale realizzazione della personalizzazione del pubblico ministero, frutto di un compromesso tra fautori e avversari di tale principio. Critica non pertinente perché frutto di un equivoco circa la *ratio* della disposizione.

Invero si ha a che fare con una regola di salvaguardia dell'obiettività dell'accusa. Nel dibattimento, e in generale nell'udienza, solo il magistrato che vi partecipa adempiendo alla funzione requirente è in grado di apprezzare le risultanze probatorie che il processo produce nell'oralità e immediatezza tipiche di questa fase nonché le argomentazioni probatorie e giuridiche che vi si svolgono, tanto che qualsiasi direttiva eteronoma, che venisse cioè dall'esterno di quel *milieu* dialettico, non ne potrebbe tener conto in modo adeguato e mancherebbe quindi di obiettività. È in gioco, in altri termini, l'epistemologia fatta propria dal codice del 1988. I risultati di prova, quali migliori premesse storiche della decisione, sono elaborati nel dibattimento tramite il metodo dialettico che vi si esercita con l'oralità, sia per la formazione delle proposizioni probatorie (il contraddittorio per la prova) sia per le loro valutazioni ad opera delle parti (il contraddittorio sulla

prova), e nell'immediatezza della loro percezione conoscitiva da parte del giudice che li deve utilizzare per la decisione. Uguali considerazioni valgono per le argomentazioni giuridiche sugli enunciati d'accusa.

Che questo sia il costrutto normativo dell'art. 53 c.p.p. ben si comprende anche considerando la sua ascendenza francese: il brocardo di stampo napoleonico (nell'autentica originalità del processo di tipo misto edito dal Code d'instruction criminelle del 1808) «la plume est serve, la parole est libre». L'art. 33 cod. proc. pén. francese del 1957 ribadisce che il pubblico ministero «est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données dans les conditions prévues aux articles 36, 37 et 44. Il développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice».

Dunque una disposizione, quella statuita nell'art. 53, comma 1, c.p.p., che, prescrivendo per le attività svolte in udienza l'indipendenza funzionale interna del magistrato requirente delegatovi, dà la dimostrazione di come questa specie di indipendenza si modelli sulle specificità delle funzioni espletate da questo organo e muta con il loro mutare nelle fasi procedurali. Direttive del titolare dell'ufficio sono necessarie nelle indagini preliminari quanto sono improprie, e perciò inibite, nell'udienza. Un fenomeno “materiale” e giuridico del tutto estraneo al giudice.

5. *L'obbligatorietà dell'azione penale dal codice Rocco alla Costituzione.*

Un tema di primario rilievo — tangente con l'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero, ma di tale portata da intrecciarsi anche con quella esterna — che da tempo occupa i dibattiti sulla giustizia penale e oggi, a causa di disfunzioni ipertrofiche dell'esperienza giudiziaria, ormai ineludibile è il rapporto tra obbligatorietà dell'azione penale e efficienza giudiziaria.

Il punto di partenza dell'analisi della questione è la messa a punto del mutamento della portata normativa dell'obbligatorietà dell'azione penale nel passaggio dal codice Rocco alla Costituzione.

Nella codificazione del 1930 l'interesse di persecuzione penale, a cui presiede l'obbligatorietà dell'azione penale, era tutelato come assoluto. Ciò derivava dall'idea che la legge penale, massima espressione della potestà sovrana dello Stato sull'individuo, presidiasse valori irrinunciabili perché sovrastanti su ogni altro di natura sociale o individuale, in funzione della difesa del potere politico costituito nello Stato. Il dovere di azione penale rappresentava l'inesorabile "cinghia di trasmissione" nella società di tutto il potenziale punitivo enucleato nella legge penale. Salvo, naturalmente, le eccezioni previste nel sistema legislativo, quali le cause di non punibilità e le condizioni di procedibilità.

Nella Costituzione l'interesse di persecuzione penale è tutelato con l'obbligatorietà dell'azione penale stabilita nell'art. 112 non più come valore assoluto preminente su ogni altro, bensì in un quadro sistematico plurale di interessi a copertura costituzionale e perciò relativizzato nel rapporto con questi. Tanto da non potersi più asserire che la regola dell'«obbligatorietà» istituisca una automaticità necessaria tra notizia di reato, pur assistita da un certo titolo logico di fondatezza (fissato nella vigente disciplina dall'art. 125 disp. att. c.p.p.), e azione penale.

6. *La relatività della protezione costituzionale dell'interesse di persecuzione penale in un quadro plurale di interessi tutelati.*

Ciò che si deve registrare, nell'impianto costituzionale, è dunque la relatività della tutela apprestata dall'art. 112 Cost. all'interesse di persecuzione penale nel rapporto con altri interessi di pari copertura costituzionale, così che in date situazioni concrete può ingenerarsi un conflitto tra la tutela di quel primo interesse e la tutela di alcuno di questi altri.

In un tale quadro di tutele costituzionali compito doveroso della legge ordinaria è che, nell'attuare la legge superiore, si prevedano criteri e meccanismi procedurali di risoluzione di situazioni di conflitto mediante la sperimentata tecnica del bilanciamento tra interessi di pari copertura costituzionale per i quali la tutela di uno di essi comporta il sacrificio di un altro, in modo da poter individuare quale sia il preminente, che quindi va tutelato lasciando

senza presidio, a tali condizioni in termini costituzionalmente legittimi, l'altro.

L'art. 112 Cost. afferma, con l'obbligatorietà dell'azione penale, la legalità come regola del suo esercizio e di ciò la legge ordinaria deve tenere conto nel disciplinare le situazioni di conflitto con altri interessi di rango costituzionale, affinché la loro risoluzione non sia ricondotta a scelte di opportunità.

Che la legalità come qualifica dell'azione penale sia l'oggetto di statuizione dell'art. 112 Cost. è quanto si ricava dai lavori preparatori della Costituzione. Le discussioni del Costituente sul tema presero avvio dall'art. 8 del progetto Calamandrei di questo tenore: «Pubblicità e legalità dell'azione penale. - L'azione penale è pubblica, e il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere e ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza». Si trattava infatti di farsi carico di prassi di uso della funzione di persecuzione penale su due versanti, l'arbitrio nei confronti della singola persona e la disegualianza fra le persone sia quanto a iniziativa che a inerzia.

7. *Il bilanciamento fra l'interesse di persecuzione penale e altri interessi costituzionali nel processo minorile e del giudice di pace. Cenno alla discrezionalità come species della situazione generale di dovere.*

La legge ordinaria ha predisposto i congegni normativi di bilanciamento per alcune particolari fattispecie di conflitto affidando i relativi giudizi al pubblico ministero e al giudice.

E il caso dell'art. 27 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 (sostituito dall'art. 1 l. 5 febbraio 1992, n. 123) che, nei processi a carico di minorenni, prevede che si pronunci sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando, risultando la sua tenuità e l'occasionalità del comportamento, il procedimento pregiudicherebbe le esigenze educative del minore.

Ed è il caso dell'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sul procedimento dal giudice di pace che prevede che si pronunci decreto di archiviazione o sentenza quando, risultando la particolare tenuità del fatto per l'esiguità del danno o del pericolo provocato, la sua

occasionalità e il grado di colpevolezza, l'esercizio dell'azione penale non sarebbe giustificato a fronte del pregiudizio che esso recherebbe alle esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute dell'indagato o dell'imputato.

Ovviando alla farraginosità testuale delle due disposizioni (la seconda più della prima), il loro costrutto precettivo è così enunciabile: esso impiega la situazione giuridica soggettiva della "discrezionalità" quale *species* del *genus* "dovere". La peculiarità della discrezionalità risiede nella struttura della sua fattispecie costitutiva. Mentre la fattispecie costitutiva del dovere *tout-court* si compone di estremi previsti in modo compiuto dalla legge, quella della discrezionalità annovera un duplice ordine di estremi: alcuni sono previsti esaustivamente dalla legge, altri consistono in un determinato esito di valutazioni che la legge assegna al soggetto cui è attribuito il dovere e che vanno da questi compiute in base ai criteri stabiliti dalla legge stessa. Insomma la "discrezionalità" è anch'essa una situazione di "dovere", pur originando da una fattispecie che reca in sé quelle specifiche connotazioni. Le quali la distinguono anche da situazioni di mera "opportunità" (o "facoltà"), normativamente amorfe: per le quali un soggetto può tenere un comportamento piuttosto che un altro in modo indifferente per le regole giuridiche.

8. *L'efficienza giudiziaria quale interesse costituzionale.*

In questi medesimi termini va posta la questione dell'interesse di "efficienza giudiziaria", anch'esso a copertura costituzionale giusto gli artt. 97, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.

La prima disposizione, nella parte che qui più rileva, stabilisce che nell'organizzare i pubblici uffici la legge ne deve assicurare il « buon andamento ». La sua interpretazione restrittiva, e cioè che essa attiene pure agli uffici giudiziari, ma limitatamente al loro ordinamento e funzionamento per gli aspetti amministrativi e non all'esercizio della funzione giurisdizionale (in questo senso Corte cost., ord. n. 201/2001), va corretta disambiguando il riferimento a una imprecisata « funzione giurisdizionale » (locuzione che pare assunta in un significato concettualmente improprio) mediante

una correlazione sistematica con la seconda disposizione: la quale, stabilendo che sia assicurata la ragionevole durata del processo, presuppone come adempimento costituzionalmente dovuto che la legge ordinaria disciplini l'organizzazione degli uffici giudiziari e quindi, oltre alle loro strutture materiali e operative, i poteri di cui constano, anche secondo criteri informati all'efficienza giudiziaria. In ciò risiede il «buon andamento» dell'amministrazione della giustizia. In altri termini, l'attuazione di una regola fondamentale del «giusto processo», qual è la sua ragionevole durata, richiede anzitutto uffici congegnati in modo idoneo a tale fine; e ciò in modo conseguente a una visione ermeneutica sistematica che determini compiutamente i contenuti normativi delle due disposizioni, l'una servente all'altra. Uffici concepiti con poteri che non garantiscono o addirittura compromettono l'efficienza giudiziaria non adempiono ai due precetti costituzionali.

L'obbligatorietà dell'azione penale che, nel tutelare l'interesse di persecuzione penale, sia praticata in termini indiscriminati senza tener conto dell'interesse di efficienza giudiziaria immette nei meccanismi procedurali un carico di lavoro non sostenibile provocando la loro inefficienza. Questo esito è correntemente individuato come conseguenza di una politica negativa della giustizia a cui non si destinano le risorse necessarie. Ciò ha in parte un sicuro fondamento, ma non si può trascurare che il governo della società deve, nel suo compito complessivo, fare fronte alle molteplici esigenze della collettività e distribuire le proprie potenzialità con scelte necessitate di contemperamento. Lo scarto fra esigenze dell'amministrazione della giustizia e risorse disponibili è un fenomeno che ricorre negli ordinamenti giudiziari moderni di ogni tempo e luogo e la legge se ne deve far carico mettendo sotto controllo la quantità del lavoro giudiziario, in modo da impegnare le strutture procedurali con i limiti necessari a non comprometterne l'efficienza.

È in tali realtà che germinano i conflitti tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria. Un fenomeno non sporadico, ma, come si è osservato, oggi di così vasta manifestazione al punto da profilarsi come stigma strutturale dell'amministrazione della giustizia penale. Nei tentativi di porvi riparo la politica

mette in campo soluzioni che per un verso sono inadatte a produrre risultati significativi e per un altro verso manomettono la fisionomia propria degli istituti processuali penali giungendo persino a corroderne le matrici razionali e insieme costituzionali. Misure il cui esito non è di avviare a soluzione il problema, ma di aggravarlo.

La controtendenza a questa ideologia è segnata anzitutto dai precetti costituzionali che infirmano assunti tralatici quanto obsoleti.

Le norme costituzionali che danno pari copertura agli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria prescrivono alla legge ordinaria il dovere di stabilire meccanismi procedurali di risoluzione di conflitti pratici tra i due interessi mediante criteri di bilanciamento determinati, e cioè idonei ad escludere le prassi dell'opportunità.

9. *La generalizzazione dell'« irrilevanza sociale del fatto ». La proposta Tenaglia.*

Il filo del discorso va ripreso dall'esame della Proposta di legge 22 gennaio 2009 di « Modifiche al codice di procedura penale per la definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto » (Atti parlamentari, Camera dei Deputati, n. 2094, XVI Legislatura d'iniziativa dell'on. Tenaglia e altri). Tale proposta prevedeva l'introduzione di un comma 1-bis dell'art. 125 disp. att. c.p.p. così congegnato: « Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione anche quando, per le modalità della condotta e per le conseguenze dannose o pericolose della stessa, il fatto è di particolare tenuità ».

Si trattava della generalizzazione della clausola di « irrilevanza sociale del fatto ». Una proposta di grande significato, singolarmente non considerata quanto meritasse dalla politica e dalla dottrina.

Nella relazione accompagnatoria si spiegava che la proposta era concepita « nella prospettiva di un'incentivazione dell'effetto deflattivo del carico di lavoro penale, ispirato alla superfluità del

processo in un più ampio scenario che valorizzi il principio di mittezza della pena» (p. 2).

L'obiettivo era ben designato, ma non adeguate erano le modalità tecniche predisposte per conseguirlo, riguardo sia alla correttezza costituzionale e sia alla loro pratica efficacia nel contesto dei congegni procedurali.

Una prima criticità. La «particolare tenuità del fatto» era prevista come limite (da assegnare poi a una categoria giuridica) all'attuazione del potere punitivo prescindendo da un bilanciamento tra l'interesse tutelato da quel limite e altri interessi pure di rilievo costituzionale. Una volta individuato un bene come oggetto di tutela penale, è da dubitare che questa, doverosa a norma dell'art. 112 Cost., sia legittimamente non attivata per la sola considerazione che a quel bene è stata recata una lesione particolarmente tenue.

In tale ricorrenza resta ancora da stabilire se sussista un interesse a copertura costituzionale che confligga con quello di persecuzione penale e ne risulti preminente a seguito di un'operazione di bilanciamento. La «particolare tenuità del fatto» non legittima di per sé sola un limite alla tutela del bene.

Questo problema, va osservato sin d'ora perché ha una gittata generale, non viene meno quando quel limite di tutela sia da classificare secondo una categoria di diritto sostanziale (ad esempio, causa di non punibilità). Essendo in gioco beni di rango costituzionale, sarebbe argomento sofisticato quello che facesse leva sull'appartenenza della «particolare tenuità del fatto» alla fattispecie legale di reato, che condiziona, come norma di diritto penale sostanziale, il dovere di promuovere l'azione penale.

Una seconda criticità. La proposta Tenaglia muoveva da questa prospettazione: «è necessario allora strutturare l'istituto concentrandolo sull'accertamento di una responsabilità dell'autore di fatto. Alla definizione con archiviazione per particolare tenuità del fatto dovrebbe giungersi sulla base di un'argomentazione così articolata: “per questo fatto, che si ipotizza sia stato commesso dal soggetto individuato, il processo è una risposta eccessiva e quindi inadeguata”» (cfr. Relazione, p. 2).

Si prospettava dunque la « particolare tenuità del fatto » (meglio, « l'irrilevanza sociale del fatto ») come elemento che fa mancare il perfezionarsi della fattispecie legale di reato. Il suo accertamento, peraltro, non presupponeva quello dell'esistenza del fatto e della responsabilità dell'indagato o imputato. Che erano da assumere come premessa ipotetica, propiziando una pronuncia di questo tenore logico: « quand'anche il fatto si sia realizzato e l'indagato o imputato ne sia responsabile, non ne ricorrerebbe la punibilità ».

Questa è una costruzione tecnico-concettuale che attiene al "merito" del processo, la cognizione del quale è disciplinata da regole che, pur nella previsione di pronunce "in ipotesi", lasciano aperti sviluppi procedurali anche complessi, non consoni a obiettivi di efficienza giudiziaria.

10. *La « particolare tenuità del fatto » nell'art. 131-bis c.p.*

Del tutto distonica rispetto ai problemi di salvaguardia dell'efficienza giudiziaria è la previsione dell'art. 131-bis c.p.

Questa disposizione (rubricata « Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto ») contempla una causa di non punibilità in senso stretto.

Prescindendo dalle sue numerose criticità segnalate in giurisprudenza e dottrina, rileva considerare in questa sede il suo fondamento e le conseguenze della sua appartenenza al mondo dei fenomeni di diritto penale sostanziale.

Ispirata al *minima non curat praetor* e al limite di impiego del diritto penale quale *extrema ratio* nel sistema giuridico generale delle tutele di beni sociali e individuali, essa realizza un succedaneo della depenalizzazione *ex lege* rimettendo tale compito al giudice a cui sono attribuiti i necessari poteri discrezionali.

Ma, va considerato, l'accertamento degli estremi della fattispecie sostanziale segue un ordine logico-normativo prestabilito. Nel quale l'accertamento positivo del primo dà adito all'accertamento del secondo e così di seguito; mentre il suo accertamento negativo inibisce la cognizione del secondo e dei successivi. Quest'ordine emerge dalle statuizioni degli artt. 530, comma 1, e 129, comma 1,

c.p.p., pur se la collocazione, in quest'ultima disposizione, dell'accertamento della mancanza di una condizione di procedibilità all'ultimo posto di quell'ordine è impropria, essendo esso prioritario a tutti gli altri e di effetto preclusivo, come bene risulta dall'art. 529, comma 1, c.p.p.

Questa puntualizzazione di sistema della verifica probatoria e della decisione (l'ordine delle questioni che la sua deliberazione deve seguire detta anche quello dell'istruzione probatoria) evidenzia che l'accertamento e la declaratoria decisionale della non punibilità del fatto a causa della sua particolare tenuità *ex art. 131-bis c.p.* richiedono un'attività processuale che può essere anche molto complessa (la lettera dell'art. 129, comma 2, c.p.p. esclude — nonostante il tenore della rubrica, tecnicamente erronea — la particolare tenuità del fatto dall'applicabilità della regola dall'immediata declaratoria), tanto da far gravare sullo svolgimento del processo complicazioni anche notevoli. Basta consultare un repertorio di giurisprudenza per coglierne le dimensioni e la casistica sviluppatasi, probabilmente, oltre ogni previsione.

Insomma una disposizione, quella dell'art. 131-*bis* c.p., che produce un maggior peso del carico di lavoro giudiziario, in contrasto con gli effetti deflattivi indirettamente perseguiti con la riduzione dell'area dei fatti di rilevanza penale e comunque già di per sé estranea alle technicalità funzionali all'efficienza giudiziaria.

11. *L'« irrilevanza sociale del fatto » come causa di improcedibilità dell'azione penale.*

Il problema va affrontato ponendosi in modo inequivoco l'obiettivo di tutelare l'interesse costituzionale di efficienza giudiziaria nelle situazioni concrete in cui esso entri in conflitto con l'interesse di persecuzione penale a causa delle limitate risorse disponibili. Ciò richiede che si configuri la « particolare tenuità del fatto » come causa di improcedibilità dell'azione penale allorché risulti indice di un interesse di efficienza giudiziaria preminente rispetto a quello di persecuzione penale a seguito di una valutazione di bilanciamento affidata al pubblico ministero (e al giudice quale organo di controllo e di decisione) sullo schema della discrezionalità

come situazione *species* del dovere (*supra*, par. 7), per la quale la legge deve stabilire criteri determinati in modo da mantenerne l'esercizio nell'area della legalità.

Bilanciamento che si risolve a favore del primo quando i giudizi di cui in sequenza si compone hanno questi esiti: il fatto di reato oggetto dell'addebito si appalesa di particolare tenuità per le modalità della condotta, la non abitualità della stessa, l'esiguità della lesione al bene protetto o delle conseguenze dannose o pericolose; la sua persecuzione e la ricostruzione probatoria richiederebbero risorse sproporzionate rispetto a quelle disponibili per l'amministrazione della giustizia penale, tanto da renderne ingiustificato l'impiego al confronto con bisogni più rilevanti che ne rimarrebbero scoperti; pertanto l'interesse di persecuzione penale risulta di entità inferiore all'interesse di efficienza giudiziaria, a cui, quanto a tutela, deve cedere il passo.

Tale approdo del bilanciamento bene è espresso nella formula «irrelevanza sociale del fatto».

Si tratta quindi di aggiungere al catalogo codicistico delle condizioni di procedibilità questa ulteriore ipotesi. Solo con un tale congegno, preclusivo della cognizione dei *merita causae*, si otterrebbe una contrazione reale dell'impiego di risorse giudiziarie.

12. *I criteri di priorità ultralegali.*

La pari copertura costituzionale degli interessi di persecuzione penale (art. 112 Cost.) e di efficienza giudiziaria (artt. 97, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.) legittima un ulteriore strumento di tutela del secondo, quando risulti preminente sul primo. Sono i cosiddetti criteri di priorità ultralegali per l'esercizio dell'azione penale, da stabilire nel rispetto di quelli legali di cui all'art. 132-*bis* norme att. c.p.p. (*ex art. 2-bis* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con l. 24 luglio 2008, n. 125), concernenti la formazione dei ruoli di udienza e la trattazione dei processi.

La questione si pone in questi termini di politica della giustizia penale: a fronte di «risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili» in misura non sufficiente a adempiere alla funzione di persecuzione penale con riguardo all'intero quantitativo di notizie

di reato (cfr. C.S.M., Circolare sulla organizzazione degli uffici di procura, delib. 16 novembre 2017 e succ. mod. al 18 giugno 2018, art. 3, comma 2), occorre, per usare al meglio quelle risorse, predisporre criteri di selezione del carico di lavoro, come è nella prassi ormai generalizzata delle procure della Repubblica.

Il tema è molto sensibile nello spettro costituzionale, posto che l'art. 112 Cost. è fonte dei precetti della legalità dell'azione penale, dell'uguaglianza nel suo esercizio e dell'indipendenza funzionale interna e esterna del pubblico ministero; per altro verso anche l'efficienza giudiziaria, quale presupposto della ragionevole durata del processo (*supra*, par. 8), è interesse tutelato dalla Costituzione.

13. *Le risoluzioni del Consiglio superiore della Magistratura.*

Non a caso la materia ricorre insistentemente nei provvedimenti del C.S.M., che ha fatto registrare, nel loro succedersi, una sua sensibile maturazione.

Si considerino anzitutto le delibere 15 maggio 2007 e 21 luglio 2009.

Nella prima l'organo di governo della magistratura tiene a sottolineare che la propria linea di pronunce, «lungi dall'escludere in radice la definizione secondo giustizia di ogni procedimento o processo alla luce del principio di obbligatorietà dell'azione penale, dà corpo e sostanza ai richiesti criteri di priorità che necessariamente tengono conto delle scarse risorse disponibili».

Sul medesimo registro è la seconda delibera, che, nell'assegnare ai procuratori della Repubblica l'obiettivo, tra gli altri, di realizzare, con l'organizzazione degli uffici, «la ragionevole durata del processo e il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale nel rispetto delle norme del giusto processo», specifica che a tal fine «i dirigenti degli uffici requirenti compiono un'attenta, costante e particolareggiata analisi dei flussi e delle pendenze dei procedimenti e, nel rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, sentiti i Presidenti dei tribunali per i profili organizzativi attinenti alla fase processuale, elaborano possibili criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti».

Queste formulazioni si espongono a una obiezione di fondo. Il subordinare l'enucleazione e l'operatività dei criteri di priorità all'attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale che si enuncia in un significato ancora ridondante della concezione dal codice Rocco introduce nei discorsi del C.S.M. una contraddizione insanabile, salvo degradare quel riferimento a mera clausola di stile. Infatti i criteri di priorità hanno una funzione selettiva del carico di lavoro giudiziario (cioè dell'insieme delle notizie di reato) per renderlo compatibile con le risorse disponibili e nell'ottica dell'efficienza giudiziaria.

E dunque non sarebbe corretto postulare che dei criteri di priorità si possa fruire solo in una previsione limitata dalla prospettabile eventualità che "notizie di reato residue" non siano oggetto di alcuna attività di persecuzione (o di verifica di fondatezza) a causa della impossibilità di fruire di ulteriori risorse giudiziarie.

Nella risoluzione 9 luglio 2014 (dedicata ai «Criteri di priorità nella trattazione degli affari penali») si formula anzitutto una enunciazione di premessa: «Il rispetto dei principi della obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e di soggezione di ogni magistrato esclusivamente alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), secondo i canoni del buon andamento e della imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), impone di evitare sia l'affidamento delle scelte di trattazione alla valutazione, caso per caso, del magistrato operante, sia il fatalistico abbandono al criterio della pura casualità». Il richiamo all'art. 97, secondo comma, Cost.), è appena da notare, viene fatto senza alcun riferimento alla ragionevole durata del processo (art. 101, secondo comma, Cost.) che implica l'efficienza giudiziaria, e — riprendendo nel par. 1 la risalente risoluzione 9 novembre 2006 — solo in funzione di generiche «scelte organizzative» idonee a «razionalizzare la trattazione degli affari e l'impiego, a tal fine, delle (scarse) risorse disponibili».

Insomma, un disimpegno da una elaborazione sistematica delle norme costituzionali e degli interessi che vi sono tutelati.

A compensare questa improbabilità della funzione dei criteri di priorità sembra dedicato, nel par. 2, l'asserto per cui «non è revocabile in dubbio l'urgenza di fornire una risposta trasparente a

uno “stato di necessità”, per regolare situazioni che, siccome caratterizzate *per tabulas* da una oggettiva impossibilità di tempestiva trattazione di tutti i procedimenti penali pendenti, richiedono l'adozione di moduli organizzativi adeguati, al fine di evitare o la mera casualità nella trattazione degli affari (e quindi il rifiuto di ogni razionalizzazione del lavoro) oppure l'adozione di criteri di fatto disomogenei all'interno dello stesso ufficio, non verificabili e perciò più esposti ad abusi e strumentalizzazioni». E cioè: la legittimazione dei criteri di priorità a essere lo strumento di una incisiva selezione del carico di lavoro giudiziario risiederebbe in una situazione di fatto “necessitante” la deroga a un precetto costituzionale. Ma, se la questione di ponesse in questi termini, i criteri di priorità sarebbero *contra legem*.

Invero una tale impostazione riceve, assieme a una sua esplicitazione, uno spunto di aggancio, pur non compiutamente sviluppato, alla normativa costituzionale nella delibera 11 maggio 2016 («Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti»): posti «i canoni di buona amministrazione dell'art. 97 Cost.», il principio di obbligatorietà dell'azione penale va «declinato come *obbligatorietà sostenibile* [il corsivo è nostro] in presenza di risorse inadeguate e domanda di giustizia ipertrofica». Tanto da farne derivare l'affermazione che «la indiscriminata e soprattutto indistinta richiesta di fissazione di udienza per tutte le tipologie di reati *ex art. 550 c.p.p.*, nella consapevolezza delle difficoltà del tribunale e di una sostanziale impossibilità di tempestiva definizione nel termine prescrizione, pur non potendo ritenersi illegittima [ma nel prosieguo definita «fortemente inopportuna»: n.d.r.], manifesterebbe una significativa criticità organizzativa dell'Ufficio requirente sia in termini diretti di mancata selezione della prioritaria azione di contrasto alla criminalità, sia di vanificazione dello stesso esercizio dell'azione penale, operato senza la doverosa valutazione delle concrete conseguenze processuali, cui dovrebbe sempre tendere il responsabile esercizio del potere requirente».

Con la «Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura» (delibera 16 novembre 2017 e succ. mod. al 18 giugno 2018) si è definito in modo più conclusivo il tema.

Nell'art. 2 (rubricato «Titolarità e organizzazione dell'ufficio requirente») si premette che «Il Procuratore della Repubblica, titolare esclusivo dell'azione penale, che esercita personalmente o mediante assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio, organizza l'Ufficio al fine di conseguire gli obiettivi della ragionevole durata del processo, anche nella fase investigativa, e del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale, nel rispetto delle norme sul giusto processo e sull'indipendenza dei magistrati dell'ufficio, ed ispirandosi a principi di partecipazione e leale collaborazione» (comma 1).

Una prima notazione. In questa direttiva si esplicita che l'organizzazione dell'ufficio comporta anche la disciplina dei poteri che i magistrati vi esercitano, con gli obiettivi di realizzare la «ragionevole durata del processo» e il «corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale». Ciò emerge anche dalle specificazioni del comma 2: si deve «assicurare l'efficacia e l'efficienza dell'attività dell'ufficio» impartendo, da parte del suo titolare, «criteri generali» cui i magistrati dello stesso devono attenersi «nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie». Queste indicazioni (come le successive) sembrano bene riflettere il rapporto fra gli artt. 97, secondo comma, Cost. e 111, secondo comma, Cost. secondo quanto in precedenza si è detto (par. 8), e cioè la loro combinata valenza di tutela costituzionale dell'interesse di efficienza giudiziaria: questa è presupposto necessario della ragionevole durata del processo e a sua volta richiede il «buon andamento» degli uffici, da conseguire anche con la più utile disciplina pratica dell'impiego dei poteri dei singoli magistrati che vi sono addetti.

Inoltre la ragionevole durata del processo, e quindi l'efficienza giudiziaria, è obiettivo enunciato non più come subordinato all'obbligatorietà dell'azione penale (è quanto si leggeva ad esempio nella citata delibera 15 maggio 2007), ma come concorrente con quello «del corretto, puntuale uniforme esercizio dell'azione penale». In tal senso si esprime anche il successivo art. 3 (rubricato «Ragionevole durata del processo e azione penale obbligatoria»). Nel comma 1 si specifica che la ragionevole durata del processo

va assicurata con «un'attenta e particolareggiata analisi dei flussi e delle pendenze dei procedimenti», fattori estranei all'obbligo di azione penale e, invece, funzionali al primo obiettivo da perseguire tramite «criteri di priorità» che, a fronte «della specifica realtà criminale e territoriale, nonché delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili», nel regolare la «trattazione dei procedimenti» (comma 2), non possono non essere anche di selezione del carico di lavoro da immettere nei meccanismi procedurali.

In tale contesto il riferimento, nel comma 2, al «rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale» si qualifica come richiamo alla regola della legalità dell'azione penale, nella genuinità precettiva dell'art. 112 Cost. (cfr. *supra* par. 6), che va rispettata anche nel disciplinare i conflitti tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria (e quindi di durata ragionevole del processo) con «criteri di priorità» che per l'appunto, come enuncia nel prosieguo lo stesso comma 2, devono essere elaborati in termini che assicurino l'«efficace e uniforme esercizio dell'azione penale». Non è casuale che qui, in diretta relazione con i criteri di priorità, non si replichi la formula dell'art. 2, comma 1 («corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale»): ad essere omesso sostanzialmente è il «puntuale», evocativo di un esercizio automatico della funzione di persecuzione per ogni notizia di reato).

Non adempirebbero al requisito di legalità criteri di priorità concepiti secondo scelte di opportunità, che abbandonerebbero l'interesse di persecuzione penale a una tutela aleatoria, soggettivata o diseguale rispetto all'articolarsi della realtà sociale.

14. Critiche ai criteri di priorità. Loro infondatezza.

I criteri di priorità ultralegali sono oggetto di due fondamentali critiche.

La prima: essi determinano la non punibilità di fatti previsti dalla legge come reato. Tale critica prende di mira una conseguenza reale dei criteri di priorità. Pur prescindendo da casi in cui siano concepiti in chiave di «accantonamento» (cfr. la Circolare Maddalena 10 gennaio 2007, in *Quest. giust.*, 2007, 621, che ri-

guardava i cosiddetti «procedimenti inutili», ritenuti tali perché, avendo per oggetto reati suscettibili di indulto *ex l. n. 241/2006*, in caso di condanna la pena inflitta non sarebbe stata eseguita), i criteri di priorità, come si è già rilevato, hanno una incidenza necessariamente selettiva. Data la limitatezza delle risorse, privilegiano i reati di maggiore rilievo illecito nella realtà sociale, riservando ai residui una persecuzione eventuale nella pur fondata previsione di un esito di loro impunità per più ragioni: ne mancherebbero le risorse, il trascorrere del tempo logorerebbe i mezzi di prova, farebbe maturare cause estintive del reato, in particolare la prescrizione, o comunque eroderebbe l'interesse alla tutela dei beni presidiati dalle norme incriminatrici.

Senonché la loro mancata previsione non cambierebbe la situazione concreta, anzi l'aggraverebbe: il fenomeno dell'impunità si trasferirebbe su reati lesivi di beni di maggiore importanza sociale o individuale; si lascerebbe — meglio, si manterrebbe — terreno fertile all'«insabbiamento» di casi anche gravi, all'insegna di scelte le più opache di opportunità. Contro tutto ciò i criteri di priorità svolgono la funzione di razionalizzare, e cioè razionare, l'uso delle risorse giudiziarie in campo aperto: così da neutralizzare le acque torbide di ambiguità più o meno colluse tra dinamiche politiche e istituzionali e, a livelli di *routine*, il disimpegno da un esercizio della funzione inquirente e requirente di efficacia giuridico-sociale.

La seconda critica: i criteri di priorità contrastano con l'art. 112 Cost. Ma sul tema si è già detto. Si tratta di una critica che muove da una concezione dell'obbligatorietà dell'azione penale ancora tributaria del codice Rocco, superata dalla Costituzione. Nella quale — per riprendere in sintesi i termini dei suoi assetti precettivi — l'interesse di persecuzione penale, di cui è presidio l'art. 112 Cost., è tutelato in un quadro plurale di interessi, tra cui quello di efficienza giudiziaria (artt. 97, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost.). Per l'evenienza di situazioni di conflitto nella loro tutela concreta la legge ordinaria deve prevedere congegni per la loro risoluzione. I criteri di priorità hanno la funzione, in adempimento dei precetti costituzionali, di risolvere, con l'imprinting della legalità, conflitti tra gli interessi di persecuzione penale e di efficienza giudiziaria.

15. *Il problema della legittimazione a stabilire i criteri di priorità.*

Il reale punto critico dei criteri di priorità ultralegali è un altro. La loro elaborazione, nella prassi e nelle risoluzioni del C.S.M., è assegnata ai procuratori della Repubblica, un organo privo di legittimazione per esercitare tale funzione, date le conseguenze che ne derivano (*supra*, par. 14). È a ciò che si deve porre rimedio.

Va escluso un riferimento al potere esecutivo, in particolare al ministro della giustizia, a cui non si può attribuire il potere-dovere di adempiere alle prescrizioni costituzionali che richiedano un'attuazione con legge ordinaria quale fonte del valore della legalità, tale funzione spettando al parlamento.

Riguardo al quale si apre un ulteriore problema: il parlamento non ha l'attitudine esaustiva a stabilire criteri di priorità con la concretezza necessaria a fronteggiare (per riprendere le parole dell'art. 3, comma 2, della citata delibera 16 novembre 2017-18 giugno 2018 del C.S.M.) la «specifica realtà criminale e territoriale».

È dunque da postulare un procedimento di più fasi che conferisca ai criteri di priorità i due requisiti: il fondamento di legalità e la concretezza.

Un'ipotesi può essere così articolata: il parlamento delibera linee guida sulla cui base i procuratori generali presso le corti d'appello definiscono criteri di priorità determinati, dei quali il C.S.M. prende atto per osservazioni. Il riferimento ai procuratori generali presso le Corti d'appello, anziché ai procuratori presso i Tribunali, sembra più idoneo a garantire l'uniformità dell'esercizio dell'azione penale in un'area maggiormente ampia, quale la distrettuale rispetto alla circondariale.

L'ORGANIZZAZIONE DEGLI UFFICI DI PROCURA:
NOTE SULL'EVOLUZIONE DELL'INDIPENDENZA
'INTERNA' DEL PUBBLICO MINISTERO

Piero Gaeta

SOMMARIO: 1. Licitazione. — 2. Ambiguità costituzionale. — 3. Fotogrammi di evoluzione ordinamentale. — 4. La riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006... — 5. ... e la "resistenza" paranormativa del C.S.M. — 6. "Everybody's fine"? Verso una gerarchia funzionale. — 7. Postilla.

1. *Licitazione.*

La riflessione che proverò a svolgere si può interamente compendiare in alcuni interrogativi: a distanza, ormai, di poco meno di tre lustri dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006, qual è la "condizione di effettività" dell'indipendenza del singolo magistrato inquirente all'interno degli uffici di procura? Esiste un problema creato dalla gerarchia per l'indipendenza del pubblico ministero?

Si tratta, all'evidenza, di una riflessione sulla traccia di metodo di una *Wirfungsgeschichte*, di una "storia degli effetti": autorizzata, per un verso, da un lasso temporale significativo ed abbastanza ampio per ritenere che l'interazione tra modello normativo (quello del 2006) e prassi si sia sufficientemente stabilizzata e, per altro verso, dalla previsione che l'attività paranormativa del C.S.M. sull'organizzazione degli uffici di procura si sia ormai completamente espressa. Detto più semplicemente, è ragionevole ipotizzare che, dopo la «Circolare sull'organizzazione degli Uffici di Procura» approvata, dopo due anni di lavoro, dal-

l'organo di autogoverno il 16 novembre 2017, non interverranno in questo ambito — nel breve/medio periodo — ulteriori e rilevanti modifiche normative o paranormative. In breve, il sistema si è stabilizzato ed è in uno “stato di quiete”: e si presta, dunque, ad analisi.

Sacrifico allora la *suspence* e rispondo subito agli interrogativi, tentando successivamente di argomentare.

In un'estrema sintesi enunciativa, ritengo che la garanzia di indipendenza interna del pubblico ministero (con i suoi riverberi su quella funzionale) rappresenti ancora oggi un sistema perennemente in bilico: sospeso tra le esigenze di uniformità dell'esercizio dell'azione fortemente perseguite dal legislatore (da *tutti* i legislatori storici, senza apprezzabili differenze di colore politico) e le ragioni di autonomia del singolo sostituto, contrapposte essenzialmente dal C.S.M. che, con la sua attività paranormativa, ha rappresentato, sul punto, un'importante stanza di compensazione. Ne è scaturita una serie di prassi — faticose, mai compiutamente tranquille, sempre precarie e, pur tuttavia, resistenti nel tempo — che hanno probabilmente fermato la preminenza di una *deriva* gerarchica — di una gerarchia *d'antan*, per intendersi — strutturandola piuttosto in un modello diverso, che può denominarsi di *gerarchia funzionale*. Nondimeno, a mio avviso, tale equilibrio si regge su di un elemento nascosto e sfuggente alle analisi di taglio esclusivamente normativo-ordinamentale: vale a dire che, presso la stessa magistratura inquirente, è progressivamente subentrata una sorta di accettazione/assuefazione culturale al principio di una gerarchia interna “temperata”. In breve, il modello normativo di gerarchizzazione, pur se manipolato nella sua attuazione dalle circolari del Consiglio, sembra essersi diffuso ed affermato soprattutto “culturalmente”, specie presso le più giovani generazioni della magistratura inquirente. Con il doppio effetto paradossoso per cui quest'ultima non “rivendica” più un modello alternativo di ‘potere diffuso’ e non crea, generalmente, condizioni di conflitto interne agli uffici per affermare/rivendicare *interamente* la propria indipendenza interna: si ferma cioè *prima* del contrasto con il vertice dell'ufficio.

Si è insomma affermata l'idea della verticalizzazione attraverso una *moral suasion*, quale accettazione dell'idea che il modello "normale" di organizzazione inquirente sia appunto *inevitabilmente* quello ispirato ad una gerarchia interna, riconoscendosi quasi sempre nella complessiva azione dell'ufficio nel suo complesso. Detto in maniera cruda (e, forse, fastidiosa): il modello gerarchico avuto in mente dal legislatore del 2006 ha perso negli intendimenti coltivati in origine, ma forse ha vinto come prospettiva culturale affermatasi, anche ben oltre di quanto faccia intendere il risultato normativo, con il concorso di una serie di fattori storici.

Ovviamente, in tali sintetiche e sommarie asserzioni si celano innumerevoli punti problematici, tutt'altro che di dettaglio, ciascuno dei quali meriterebbe approfondita riflessione, se solo fosse possibile. Ad esempio, occorrerebbe chiedersi se la "resistenza paranormativa" del C.S.M. — a mio avviso oltremodo opportuna *politicamente* — sia stata anche, se guardata nel prisma neutrale della gerarchia delle fonti, legittima interamente; ancora: se questa sottile *moral suasion* sulla opportunità/necessità della gerarchia inquirente abbia, in qualche modo, depotenziato il "tono costituzionale" del problema dell'indipendenza interna; soprattutto: quanto resta ancora, nel sommerso nell'organizzazione gerarchica degli uffici di procura (e nella sua "accettazione culturale" da parte dei più), dell'eventuale "compressione" del dissenso; infine, quanto sia stata effettivamente rispettata la congruità dei fini prefissi: vale a dire, uniformità dell'azione (contro derive solipsistiche nella sua gestione), conservando però il suo dinamismo quale precipitato primo della sua obbligatorietà.

Tutto ciò dimostra come il tema dell'indipendenza interna o funzionale — benché quasi sempre negletto o comunque recessivo, nella riflessione dottrinale, rispetto a quello assai più allarmante ed allarmato dell'indipendenza esterna ed istituzionale — coinvolga a tutto tondo l'intero "problema" del pubblico ministero: ne implichi, cioè, lo scandaglio dell'*habeas corpus* costituzionale; della delineazione dei margini e della 'storia' ordinamentale di questa figura; della sua collocazione processuale e, non da ultimo, della sua omogeneità culturale alla giurisdizione.

2. *Ambiguità costituzionale.*

Detto così, l'originaria intenzione di tracciare una (semplice?) "storia degli effetti" della riforma del 2006 si trasforma in una assai più impegnativa prospettiva di ricostruzione storico-normativa, ovviamente impossibile in questa sede.

Nondimeno, prima di argomentare sull'oggi e sulla tesi sopra enunciata, questo sfondo va richiamato sia pure per punti essenziali: in caso contrario, come è stato scritto, «l'indipendenza interna del p.m. rischia di scolorire fino a rendersi inafferrabile» (1).

Il primo scandaglio può esprimersi in questa domanda: quale "tono" costituzionale ha l'indipendenza interna del pubblico ministero? Detto altrimenti: quali limiti incontra, rispetto al modello costituzionale del pubblico ministero, un'organizzazione gerarchica del suo ufficio o, per meglio dire ancora, fino a quale punto di "incomprimibilità" delle prerogative del singolo magistrato inquirente essa può spingersi senza divenire disarmonica rispetto alla Carta?

Ancora una volta, per rispondere, sono costretto ad assemblare affermazioni, senza possibilità di articolate dimostrazioni.

Dico subito che, su questo problema, scontiamo innanzitutto il dato dell'ambiguità di fondo della disciplina costituzionale del p.m., da sempre evidenziata, pur con diversità di toni, dalla quasi totalità degli autori che si sono avvicinati al tema (2): sicché, davvero «risulta del tutto fuori luogo la pretesa, spesso coltivata, di estrarre dalla Costituzione un costrutto normativo completo da

(1) È un passaggio del notevole contributo di M. BIGNAMI, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, riv. trim. *on line*, 2018, I, 2.

(2) Si è sottolineata, pressoché unanimemente, la formulazione «non esplicita» del testo costituzionale che «ha inevitabilmente risentito del travaglio che ne ha accompagnato la genesi» (F. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Studi di diritto costituzionale*, Napoli, Morano, 17), nonché gli «elementi di contraddittorietà...insiti nello stesso testo della Costituzione», oltre che l'«ambiguità e contraddittorietà delle disposizioni che attualmente disciplinano l'istituto» in ambito ordinamentale (A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura dello stesso, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 30).

assegnare al pubblico ministero»(3). Non abbiamo insomma, in Costituzione, uno statuto *certo* sul pubblico ministero.

Tuttavia — per quanto ambigua sia la Carta sul punto — appare difficilmente contestabile l'idea sistemica secondo cui «non sembra possibile ritenere che, *per Costituzione*, al p.m. debbano essere inevitabilmente assicurate *tutte* le medesime garanzie attribuite dalle restanti disposizioni del titolo IV a tutti i “magistrati”»: rispetto alle norme costituzionali generali sui magistrati, le norme sul p.m. si pongono infatti in rapporto di specialità, o di eccezione a regola, sicché l'estensione al p.m. delle garanzie in parola è condizionata alle scelte del legislatore ordinario»(4). Garanzie, dunque, per il p.m. previste *dalla* Costituzione, ma non *in* Costituzione, perché affidate (art. 107, quarto comma), anche per il *quantum*, al legislatore, con una riserva di «ordinamento giudiziario».

La Costituzione, in breve, ci dice *solo* che le garanzie debbono esserci; che devono essere recate dalle «norme sull'ordinamento giudiziario» e che dunque il p.m. non potrà essere trattato dal legislatore ordinario — libero di stabilire il ‘tipo’ della garanzia di indipendenza — come un “corpo separato” rispetto all'ordinamento dei magistrati.

Alla luce anche della giurisprudenza costituzionale, pare insomma innegabile il rilievo che, tanto l'art. 25, primo comma,

(3) O. DOMINIONI, *Per un collegamento fra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero ed accusa penale*, cit., 67.

(4) Così N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Milano, 1996, 4. Innumerevoli le citazioni possibili. Il peso ed il fascino degli argomenti dell'opposta sponda ermeneutica (inamovibilità anche del p.m.; distinzione tra i magistrati solo per funzione *ex* art. 107, terzo comma, Cost.; gli altri argomenti di sistema ricavati dalla medesima disposizione costituzionale; la disponibilità della p.g. (art. 109 Cost.); la garanzia di indipendenza del p.m. nelle giurisdizioni speciali *ex* art. 108, secondo comma, Cost., ramo di tutela superflua senza quella del tronco principale, ecc.), di assoluto pregio, chiamano tuttavia ad una confutazione ed un dibattito incompatibili con le finalità di questo intervento. Per questa prospettiva, per tutti, v. la chiara esposizione di C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, a cura di A. Pace, S. Bartole e R. Romboli, Napoli, 2010, 179 ss. Per una meritoria sintesi del profilo storico-costituzionale, con dovizia di richiami bibliografici, fra i molti, cfr., C. MORSELLI, *Pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 476 ss.

quanto l'art. 101, secondo comma, della Costituzione marcano una differenza "di garanzia" tra giudice ed accusatore difficile da forzare (5), così sottolineando come le strade per pervenire a delineare i tratti costituzionali dell'indipendenza dell'organo dell'accusa non sono esenti certamente da asperità. Queste raggiungono la punta più acuta in quell'ultimo comma dell'art. 107 Cost., che segna ulteriormente il distacco, con una soluzione innegabilmente ambigua, dell'organo dell'accusa rispetto al giudice.

La «riserva di ordinamento giudiziario» sancita in Costituzione dall'art. 107, quarto comma, è infatti, nella sua nuda essenzialità letterale, in sé neutra, demandando all'interprete l'individuazione dei limiti entro cui essa può essere "spesa" dal legisla-

(5) Distinzione, d'altra parte, che anche autori non certo sospettabili di indulgenza verso visioni retrive della magistratura o simpatie per assetti assai gerarchizzati del p.m. non mancano di rinvenire nella diversa connotazione funzionale tra la figura del giudice e quella del p.m., decisamente incidente quanto al profilo dell'indipendenza interna. Il riferimento è a M. BIGNAMI, *L'indipendenza interna*, cit., 2, secondo il quale l'indipendenza interna del giudice origina dall'assenza di mediazione del suo «contatto con la legge»: la sua «sfera riservata di potestà interpretativa» implica — essendo questo il *proprium* della funzione dello *ius dicere* — che ad essa non possa sovrapporsi gerarchicamente alcun «comando interpretativo» (tale non essendo il principio di diritto espresso dalla Corte di legittimità — salva l'ipotesi del giudizio di rinvio — né delle Corti sovranazionali). In breve: la funzione interpretativa del giudice, quanto all'indipendenza interna, lo garantisce in duplice senso: per l'assenza di una gerarchia ordinamentale nell'esercizio della funzione giudicante; per la libertà assoluta (discrezionalità) «nell'interpretazione dei testi normativi, secondo un processo cognitivo che implica sì il confronto con l'esegesi correntemente praticata», ma senza «vincolo inderogabile». Tutto ciò non pare immediatamente estensibile alla figura del pubblico ministero (se si eccettua forse — aggiungiamo noi — quello che opera in sede di legittimità). Il p.m. è più «organo dell'azione, che dell'interpretazione»: svolge, cioè, la sua eminente funzione attraverso una serie di *attività* più che altro incidenti sulla realtà fenomenica (acquisizione della notizia di reato; predisposizione ed acquisizione dei mezzi di prova; direzione organizzata della polizia giudiziaria; esercizio dell'azione; impugnazione dei provvedimenti del giudice) che, sebbene perennemente intrecciate con l'ermeneutica normativa, la sopravanzano, ponendola quasi in secondo piano rispetto alla modificazione della realtà che ne costituisce l'effetto precipuo. Un atto di indagine vale non tanto per l'ermeneutica normativa del potere di cui costituisce espressione (cioè per la «quiete e silente interpretazione» del testo normativo che l'autorizza), quanto per la fenomenologia probatoria che innesta. I virgolettati riportano affermazioni tratte dal citato lavoro di Marco Bignami.

tore ordinario. Personalmente, aderisco (pur senza poterne spiegare le ragioni) a quel metodo di lettura della norma costituzionale che ne valorizza il contenuto secondo il paradigma logico “regola-eccezione”.

Attraverso l'ultimo comma dell'art. 107, la Costituzione « stabilisce che al p.m. devono essere per legge assicurate garanzie, ma non dice quali » (6): esse dovranno essere innestate con il *mezzo* della legge sull'ordinamento giudiziario, ma in cosa debbano risolversi tali guarentigie e, soprattutto, se il loro grado debba essere assimilato o meno a quelle del giudice non è affatto esplicitato dal testo normativo. Sotto tale profilo, la legge sull'ordinamento giudiziario sarebbe « legge costituzionalmente obbligatoria », ma non « legge a contenuto costituzionalmente vincolato » (7). Dunque: le garanzie riservate « per ordinamento giudiziario » al pubblico ministero potranno sì attingere la pienezza di quelle riconosciute, per Costituzione, al giudice: ma senza che a tanto, *per Costituzione*, il legislatore ordinario sia obbligato.

Cio, icasticamente, significa che « l'estensione delle garanzie in parola è condizionata dalle scelte del legislatore ordinario » e, dunque, a quest'ultimo « la sorte del p.m. è rinviata » (8). Tale conclusione se, per un verso, vale a stigmatizzare una « disarmonia » profonda tra questa disposizione e le altre che, in Costituzione, assimilano a vari fini il pubblico ministero al giudice (9), per altro verso focalizza appieno il problema del vincolo costituzionale che essa pone. Che è quello — una volta realizzata tale “decostituzionalizzazione” della materia delle garanzie del p.m. (10) — non già dell'eventuale munificenza del legislatore ordinario in ordine alle garanzie da assegnare al p.m., quanto, all'inverso, del “livello minimo essenziale” di esse, dell'eventuale soglia incompressibile di indipendenza che, per legge di ordinamento giu-

(6) N. ZANON, *Pubblico ministero*, cit. 3.

(7) Cfr. N. ZANON, *Pubblico ministero*, cit. 3, nt. 3 ed *ivi* ulteriori richiami.

(8) Così ancora, con cristallina chiarezza, N. ZANON, *op. cit.*, 4.

(9) Il rilievo è di A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e P.M.*, cit., 32.

(10) A. PIZZORUSSO, *Problemi*, cit., 89, nt. 2.

diziario, il legislatore ordinario è *tenuto* comunque ad attribuire (11).

La riserva di ordinamento giudiziario “tiene assieme” le figure di giudice e pubblico ministero: quest’ultimo «deve comunque restare all’interno dell’ordinamento giudiziario, non potendo la legge ordinaria estrometterlo, riducendolo al rango di funzionario amministrativo» (12). Ciò significa che una struttura di gerarchia “esterna” dell’ufficio del p.m. — immaginato, cioè, dipendente, secondo una linea gerarchica diretta, dal Ministro della Giustizia — troverebbe ostacolo costituzionale insuperabile, a tacer del molto altro, nella stessa previsione costituzionale invocata.

Peraltro, per ricostruire la complessa trama dei possibili esiti normativi conseguenti alla previsione costituzionale in esame, dovrebbero essere innanzitutto chiari i diversi profili della indipendenza: a pena, in caso contrario, di un fraintendimento complessivo del discorso.

Riprendendo importanti contributi sistematici sul tema (13), secondo questa prospettiva occorrerebbe distinguere tra tre diversi

(11) A parere di N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2006, 128, la riserva di legge contenuta nell’art. 107, quarto comma, Cost. (al pari di quella di cui all’art. 108, secondo comma) non avrebbe solo «il tradizionale significato di innalzare, dal regolamento alla legge ordinaria, il grado di normazione relativa alle garanzie da assicurare al p.m.»: infatti, esistendo già una generale riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, di portata più ampia, nell’art. 108 Cost., «la sua ripetizione nelle disposizioni in questione ha (anche) il diverso significato di abbassare, dal livello costituzionale al livello di legge ordinaria, il grado di disciplina delle garanzie da attribuire ai magistrati del p.m.» Dunque — e riprendendo, sul punto la tesi di Pizzorusso — gli AA. sostengono che tanto l’art. 107, quarto comma, quanto l’art. 108, secondo comma, hanno tale specifica finalità: sono, cioè, «costruiti come norme dirette a decostituzionalizzare la materia, per impedire che essa resti definitivamente regolata dalle norme costituzionali generali relative ai magistrati». Sul punto, già N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 5.

(12) Con grande chiarezza, in tal senso, N. ZANON, *loc. ult. cit.*

(13) Il riferimento è a S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Cedam, Padova, 1964, 180 ss. Sulla funzione strumentale dell’autonomia dell’ordine giudiziario — realizzata, secondo la Costituzione e nei limiti da essa tracciati, attraverso un «sistema di autodisciplina interna della magistratura, tale da consentire l’indipendenza delle sue articolazioni funzionali» — e sulla molteplicità di significati dell’indipendenza, si veda anche, tra i molti, P. BONIFACIO-G.

profili dell'indipendenza: un'indipendenza funzionale, che garantisce il magistrato nello svolgimento della funzione attribuitagli; un'indipendenza organizzativa, «che ha lo stesso scopo per quanto attiene alla struttura ed alla organizzazione degli uffici»; infine, un'indipendenza personale o di *status*, che attiene allo statuto riguardante la sua carriera (dunque: nomina, assegnazione di sede e di funzione, promozioni, trasferimenti, provvedimenti disciplinari, cessazione, ecc.) (14). L'elaborazione dottrinale concorda poi — ed è una delle poche unanimità che si riscontrano sul tema (15) — sulla circostanza che, quanto all'indipendenza di *status*, la posizione del pubblico ministero e quella del giudice risultano perfettamente coincidenti per la generale e non frazionabile garanzia dettata dagli artt. 104 e 105 della Costituzione e nessuna differenziazione tra magistrati requirenti e magistrati giudicanti è autorizzata dal testo costituzionale e giustificabile con il meccanismo dell'art. 107, quarto comma, Cost. (16).

Quanto all'indipendenza funzionale, le opinioni divergono.

Secondo una prima, preferibile prospettiva, indipendenza funzionale e principio di obbligatorietà dell'azione penale risultano

GIACOBBE, sub art. 104 Cost., in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *La Magistratura*, tomo II, Bologna-Roma, 1986, spec. 26 ss.

(14) Solo all'apparenza diversa è la tassonomia dell'indipendenza disegnata da O. DOMINIONI, *op. cit.*, 6. Secondo questo A., due sarebbero le "coppie di distinzione": la prima, tra indipendenza esterna — intesa quale prerogativa dell'intero ordine giudiziario rispetto a poteri e soggetti estranei ad esso — ed indipendenza interna, intesa quale prerogativa individuale, del singolo magistrato; la seconda, tra indipendenza di *status* — che inerisce allo statuto del magistrato, dunque "le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni ed i provvedimenti disciplinari" (ex art. 105 Cost.), sottratto alla competenza di altri poteri dello Stato — ed indipendenza funzionale, intesa quale esclusione di soggezione da ogni altro soggetto esterno nell'esercizio dei poteri cui il singolo magistrato è titolare. Le due coppie di distinzione — secondo l'A. — «sono poi destinate ad intrecciarsi fra di loro, così che l'indipendenza di status e quella funzionale saranno esterne, interne o di entrambi i tipi a seconda che siano affermate solo nei confronti di soggetti estranei all'ordine giudiziario oppure no».

(15) V., ad esempio, le posizioni di O. Dominioni e di N. Zanon che, sul punto, risultano assolutamente coincidenti, salvo divaricarsi, come si dirà, sui residui due profili dell'indipendenza.

(16) Sul punto, ampiamente G. MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003, 304.

essere profili inevitabilmente complementari: «il significato fondamentale dell'art. 112 Cost. è proprio quello di impedire ogni possibile limitazione della sfera di indipendenza funzionale attribuita ai magistrati del p.m» (17). Se si intende, invero, il principio di obbligatorietà come riferito non soltanto al concreto esercizio dell'azione, ma a tutta l'articolata fase di indagine che lo precede e lo genera, la conseguenza è, logicamente, pressoché obbligata: si deve cioè ritenere che ogni magistrato del pubblico ministero sia soggetto soltanto alla legge, esattamente come lo è il giudice nell'esercizio della sua attività, così necessitando delle identiche garanzie di funzione (18). La garanzia di legalità sostanziale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. necessita, per la sua concretizzazione, della «legalità del procedere» e quest'ultima è realizzata, in forza del principio di eguaglianza dei cittadini, attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale, unico strumento che assicura l'indipendenza dell'organo chiamato ad esercitarla e che, per l'effetto, lo rende soggetto solo alla legge, al pari del giudice (19). In sintesi, principio di indipendenza del pubblico ministero e principio di obbligatorietà dell'azione penale sarebbero uniti da una «inscindibile correlazione», nel senso che l'applicazione rigorosa del secondo costituirebbe una *ratio compensandi* del primo, bilanciando l'assenza di controlli extra-processuali in ordine all'esercizio dell'azione penale e, dunque, l'assenza di responsabilità in capo all'organo inquirente (20).

Nondimeno, nella riflessione dottrinale, paiono tutt'altro che univoche le conseguenze di tale impostazione. Essa, in una sua applicazione estesa, è utilizzata a legittimare il principio della personalizzazione e della diffusività dell'attività dell'inquirente, cosicché

(17) Esempio la chiarezza di N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 6.

(18) Così M. BELLONE, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, cit., 206. Con la significativa eccezione di O. DOMINIONI, *op. cit.*

(19) Secondo l'impostazione ed i sintagmi affermati dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 88/1991.

(20) Così acutamente G. DE LUCA, *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, 217.

il principio di obbligatorietà dell'azione, convertendosi in quello più ampio della legalità dell'azione, risulterebbe antidoto non soltanto ad ogni intervento "esterno" da parte di altri poteri dello Stato, ma anche di uffici diversi del pubblico ministero ancorché "sovraordinati (rendendo, ad esempio, di dubbia compatibilità costituzionale istituti quale il potere di avocazione del Procuratore Generale), e persino rimedio, nei rapporti interni al singolo ufficio, ad ogni ingerenza "gerarchica" del vertice dell'ufficio medesimo. Ma questo ponte — lunghissimo — tra legalità dell'indagine (attraverso l'obbligatorietà dell'azione) e postulata *necessità* del potere diffuso del p.m. a me pare vacillante.

Residua il terzo profilo, quello dell'indipendenza organizzativa: nel senso che tale ambito resta l'unico — una volta operata la scansione della generale nozione di indipendenza — a poter ospitare il disposto (derogatorio) dell'art. 107, quarto comma, Cost. ed idoneo ad attribuire significato e senso alla norma costituzionale.

Ciò significa — traducendo nell'esperienza la teoria — che, quanto all'organizzazione interna degli uffici del pubblico ministero, il legislatore ordinario sarebbe legittimato dal disposto costituzionale in questione ad agire «con relativa libertà», in ragione della diversa ed affievolita incidenza delle norme costituzionali sulla conformazione interna di tali uffici rispetto a quelli degli organi giudicanti(21). Come dire che, intesa in senso *funzionale e personale* — e cioè nei sensi maggiormente pregnanti della garanzia costituzionale — l'indipendenza del pubblico ministero può dirsi omologata a quella del giudice ed esclude, ovviamente, modelli di organizzazione degli uffici inquirenti soggetti a forme di controllo/condizionamento esterna, ma che il dettato costituzionale non palesa medesima univocità con riferimento all'organizzazione "interna" dell'ufficio del p.m. (22): e dunque, sotto tale pro-

(21) N. ZANON, *loc. ult. cit.*

(22) A riconoscerlo è, ad esempio, G. NEPPI MODONA, *Art. 112 e 107, 4° c.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 1987, 76 ss., che attribuisce questa irrisolta indicazione costituzionale alla scarsa consapevolezza del problema in seno all'Assemblea Costituente, essendo

filo, non potrebbe affermarsi l'incompatibilità costituzionale di modelli di organizzazione gerarchica degli uffici inquirenti. Impregiudicati, naturalmente, i limiti di essa.

3. *Fotogrammi di evoluzione ordinamentale.*

È nota poi l'evoluzione ad "andamento carsico" dell'ordinamento giudiziario sulla collocazione del pubblico ministero e sulla configurazione, quindi, della sua indipendenza interna all'ufficio.

Conviene — come già sopra annunciato — fissare e mettere in fila qualche fotogramma di un *movie* assai complesso ed articolato, la cui visione completa è qui impossibile. Sono solo icone, che valgono a far riflettere sull'archeologia del ruolo, quindi del sapere su di esso.

I primi fotogrammi, quelli più sbiaditi, ci riportano davvero alle origini, all'indomani dell'unificazione geografica ed istituzionale del Paese.

Il pubblico ministero aveva allora una carriera nettamente distinta da quella del giudice: egli era infatti, nell'ambito di un sistema fortemente gerarchico, «il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, posto sotto la direzione del ministro della giustizia» (art. 129 r.d. 6 dicembre 1865 n. 2626, ordinamento giudiziario Rattazzi). Era dunque l'organo tramite cui il governo controllava da vicino l'amministrazione della giustizia e, soprattutto, i giudici. Riconoscimento, questo, già notevole: nel precedente Statuto Albertino, infatti, nessuna norma si occupava direttamente del p.m., considerato — nota Giancarlo Scarpari — «un membro del potere esecutivo, tanto che l'ordinamento giudiziario del 1851 si limitava appena a menzionarlo — e solo perché titolare dell'azione disciplinare nei confronti degli altri giudici — ma non ne disciplinava affatto la carriera ed i poteri» (23).

«il dibattito monopolizzato dal vivace scontro sul problema dell'indipendenza esterna».

(23) G. SCARPARI, *Quando il P.M. dipendeva dall'esecutivo*, in *Il Ponte*, 2008, 11, 46 ss.

Tale disegno istituzionale (prima ancora che strettamente processual-criminale) era di diretta filiazione e di pura omologazione all'esperienza francese (24), dove tanto il Consolato, quanto l'Impero avevano modellato una giurisdizione che — direttamente dipendente dal ministro della giustizia — trovava nell'organo di accusa un'autentica *longa manus* per la vigilanza *in loco* sui singoli giudici e sugli affari della giurisdizione.

Insomma, il pubblico ministero nasce per un'unica funzione: quella disciplinare. È poco più di un ispettore governativo dei giudici, ne spia il lavoro, perché non ci si fida di essi: e, per altro verso, si giustifica se si tratta di compiere atti che il giudice non può compiere (25).

Il tutto in armonia coerente, d'altra parte, con il ruolo “minimalista” che l'organo ricopre nel processo penale, anche qui in costante ossequio all'impostazione del *Code d'instruction criminelle* francese del 1808: vale a dire, un potere di iniziativa investigativa legato esclusivamente al reato commesso in flagranza, unica ipotesi che legittimava il p.m. a compiere tutti gli atti di indagine necessari per l'accertamento di esso (assunzione delle persone informate; interrogatorio, ecc.) e per l'impulso ulteriore, con presentazione immediata dell'arrestato dinnanzi al tribunale per il giudizio “direttissimo” «qualora siavi udienza» (o trattenendolo in custodia e citandolo, al massimo, per il giorno successivo, in caso contrario: art. 46, commi 1 e 2, c.p.p. del 1865). La gestione processuale delle altre ipotesi di notizie di reato — quelle, cioè, non originate da un arresto flagrante — confermava, ancora, il ruolo di funzionario, di puro burocrate con funzioni ispettive e di impulso, dell'organo d'accusa: egli era tenuto ad investire immediatamente il giudice istruttore della *notitia criminis* per l'istruttoria, così com-

(24) Per la ricostruzione delle cui origini, nel periodo a cavallo della Rivoluzione francese, rimangono di pregio insuperato le pagine di Massimo NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale* in (a cura di G. Conso), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, 89.

(25) F. CIPRIANI, *L'agonia del pubblico ministero nel processo civile*, in *Foro it.*, 1993, c. 15.

pletandosi il suo *munus* (26). Dunque: esigenze di controllo sulla giurisdizione o di pura dinamica processuale.

La vera mutazione avviene, in Italia, verso la fine del secolo XIX e, precisamente, nel decennio degli anni ottanta-novanta. E ciò sia perché all'inquirente — puro prodotto “politico” ed in continua osmosi con i vertici del potere esecutivo — iniziano ad affiancarsi i magistrati “tecnici”, i vincitori, cioè, dei primi concorsi pubblici in magistratura dell'Italia unita; sia perché, allorquando, con l'art. 18 della legge 8 giugno 1890, n. 6878, il guardasigilli Zanardelli, unifica le carriere della magistratura giudicante e del pubblico ministero (27), questa linearità del sistema — reativo culturalmente quanto si vuole, ma pur sempre coerente — si inquina, pur permanendo un'unitaria architettura ideologica. In forza di quest'ultima, l'origine dell'organo — e cioè la dipendenza dal potere esecutivo — continua a pesare: lungi dal divenire carattere genetico (definitivamente) recessivo, si trasforma in una costante tentazione, nei periodi bui, di un suo integrale ripristino, cioè, in un senso contrario all'evoluzione unificante con il “mondo dei giudici”.

Questo “effetto di trascinamento” spiega, storicamente, la ragione di alcune attribuzioni funzionali al p.m. davvero singolari, se non del tutto eccentriche. Ad esempio, quella che prevedeva, con la legge di pubblica sicurezza del 1926, che un Procuratore del Re sedesse nella Commissione provinciale che applicava la misura di sicurezza del confino (con potere di arresto immediato del prevenuto) assieme al prefetto, al questore, al comandante provinciale dell'Arma dei Carabinieri e ad un Ufficiale superiore della Milizia Volontaria: in una commistione di poteri di matrice non solo governativa, ma anche puramente politica. O quella che consentiva

(26) Per questi profili, tra i molti, cfr. F. RUGGIERI, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t.1, Milano, 2008, 1000 ed *ivi* ulteriori importanti citazioni.

(27) La norma recitava: «*Le carriere della magistratura e del pubblico ministero continuando a rimanere distinte quanto alle funzioni, sono eguali e promiscue quanto agli aumenti di stipendio e alle promozioni. I magistrati che vi appartengono sono compresi in una graduatoria unica per ciascuno dei gradi e delle categorie che corrispondono nelle due carriere*».

al pubblico ministero di procedere all'autoarchiviazione (art. 74 del c.p.p. del 1930): non soggetto, cioè, ad alcun controllo da parte del giudice allorquando decidesse di non esercitare l'azione penale, a differenza di quanto accadeva nel precedente c.p.p. del 1913 (art. 179, comma 2). O, infine (ma gli esempi potrebbero a lungo continuare), il consentire all'organo dell'accusa — su indicazione in tal senso di Calamandrei (28) — di parlare per ultimo anche nei giudizi di merito ed anche, in Cassazione, di assistere alla deliberazione della sentenza civile (art. 380, comma 1, c.p.c.) (29).

Conosciamo bene cosa avviene dopo: con la crisi del regime fascista, la sua caduta e l'avvento della Carta costituzionale. Mi limito a ricordarlo con passaggi rapidissimi. L'ordinamento giudiziario del 1941 (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) attenua, perlomeno lessicalmente, la dipendenza del p.m. dal potere esecutivo, stabilendo (art. 69) che egli «esercita, *sotto la direzione* del Ministro di Grazia e Giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce» (30); il d.lg.lt. 14 settembre 1944, n. 288 modifica l'art. 74 del codice di rito penale del 1930 ed attribuisce al giudice istruttore il sindacato sulla richiesta del pubblico ministero; la legge sulle Guarentigie (r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511) modifica, a distanza di soli cinque anni, l'art. 69 dell'ordinamento giudiziario, sostituendo alla "direzione" del Ministro della giustizia sull'attività svolta dal p.m. la *semplice* "vigilanza" del Guardasigilli. Può affermarsi, senza grandi timori di smentita, che l'art. 112 della Costituzione probabilmente esiste, nella sua attuale formulazione, in ragione di tali riforme che ne hanno tracciato la strada (31) e che esigevano raf-

(28) F. CIPRIANI, *loc. ult. cit.*

(29) Trasferendosi nel codice del rito civile una previsione già contenuta nell'art. 193 dell'Ordinamento giudiziario all'epoca vigente. La Corte costituzionale, con sentenza n. 2/1974, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 380 del codice di procedura civile nella parte in cui consentiva l'assistenza del procuratore generale della Corte di cassazione alla deliberazione in camera di consiglio delle decisioni sui ricorsi in cui lo stesso procuratore generale era attivamente o passivamente legittimato come parte.

(30) Sul punto, ma anche sugli altri profili evidenziati, è fondamentale la riflessione di M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, Bologna, 1965, 2 v.

(31) Non a caso la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 84/1979, afferma, con storica perentorietà ed a chiare lettere: «L'obbligatorietà dell'eserci-

forzamento ed asseverazione democratica mediante un « ancoraggio » nella Carta fondamentale.

Nondimeno — e proprio per l'andamento carsico cui si accennava — l'evoluzione verso un modello organizzativo che garantisca l'indipendenza interna del p.m. è fatta di arresti e strappi, *nonostante* la Carta fondamentale. O, forse, proprio per l'ambiguità di essa sul punto, secondo quanto detto.

È un arresto, infatti, la sopravvivenza, in ordinamento giudiziario, di una norma quale l'art. 70, comma 3, il cui disposto — fino alla riforma ordinamentale del 1988 (d.P.R. n. 449/1988, art. 20) — sanciva (per ben quarant'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione) che il Procuratore della Repubblica esercitasse l'azione (in generale, agisse) « personalmente o per mezzo dei *dipendenti (sic!)* magistrati » e, soprattutto, che la Corte costituzionale non ne ravvisasse alcuna disarmonia con la Carta fondamentale (sentenza n. 53/1976) (32).

È invece uno strappo, fino allo smantellamento del precedente assetto gerarchico, l'esito della riforma dell'ordinamento giudiziario del 1988 (a mezzo del già citato d.P.R. n. 449/1988). La svolta, infatti, verso un'organizzazione degli uffici del pubblico ministero nel senso della “direzione funzionale” è netta e percepibile: ed in

zio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero, già reintrodotta nell'ordinamento con il d.l.l. 14 novembre 1944 n. 288 (art. 6)».

(32) È la nota pronuncia (rel. Capalozza) nella quale la Corte pone una duplice affermazione di principio, assai rilevante per l'oggetto di cui si discute, vale a dire: *a*) se è pur vero che la stessa Corte (sentenza n. 190/1970), aveva definito la posizione del pubblico ministero come quella di un magistrato appartenente all'ordine giudiziario, che, fornito di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, “non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge, perseguendo fini di giustizia”; «è altrettanto vero che le garanzie di indipendenza del pubblico ministero sancite, a livello costituzionale, dall'art. 107, vengono rimesse, per la determinazione del loro contenuto, alla legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario», le cui disposizioni «non possono essere ritenute illegittime se per alcuni momenti processuali, in cui è più pronunciato il carattere impersonale della funzione, attecchiano a criteri gerarchici l'attività dell'organo»; *b*) «a differenza delle garanzie di indipendenza previste dall'art. 101 Cost. a presidio del singolo giudice, quelle che riguardano il pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli componenti di esso».

tal senso gli indici sono numerosi. Innanzitutto, la riscrittura dell'art. 70, comma 3, che, nella nuova versione, elimina i precedenti tratti di verticalizzazione del potere. Anche se la norma sembra attingere a profili di attribuzione esclusiva all'organo di vertice («...i titolari degli uffici del pubblico ministero dirigono l'ufficio cui sono preposti, ne organizzano l'attività ... ed esercitano personalmente le funzioni attribuite al pubblico ministero dal codice di procedura penale e dalle altre leggi...»), essa rivela presto la sua piena incompatibilità con il modello gerarchico: «...quando non designino altri magistrati addetti all'ufficio».

La designazione, antitetica alla delega, è concetto che presuppone ambiti di autonomia incompatibili con la mera distribuzione dell'altrui potere (33), peraltro puntualmente e prontamente ribaditi dal legislatore: «Nel corso delle udienze penali, il magistrato designato svolge le funzioni del pubblico ministero con piena autonomia e può essere sostituito solo nei casi previsti dal codice di procedura penale», secondo la formula — comune anche in senso letterale — del comma 4 dell'art. 70; dell'art. 53 c.p.p. e della originaria direttiva 68 della legge delega (34).

L'ultimo fotogramma di questa rapida carrellata che precede la c.d. riforma Castelli riguarda «uno snodo saliente di tale percorso... verso la destrutturazione della gerarchia negli uffici del pubblico ministero» (35): l'estensione del sistema tabellare dell'or-

(33) Non si dubita che, a differenza della delega che presuppone la conservazione del potere in capo all'autorità delegante, la designazione «sembra attribuire al designato un potere proprio e una determinata sfera di competenza (intesa in senso ampio), nell'ambito della distribuzione del lavoro interna all'ufficio», N. ZANON, *Pubblico ministero*, cit., 31-32. In argomento, anche V. ZAGREBELSKY, *Sull'assetto interno degli uffici del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1993, I, 455 e, soprattutto, la circolare del Consiglio Superiore della Magistratura del 25 marzo 1993.

(34) Che sia stata netta la scelta verso la direzione funzionale del legislatore del 1988 non pare revocabile in dubbio, proprio in forza della modifica stessa della delega sul punto: l'originaria direttiva n. 61 della delega del 1974 limitava, infatti, lo svolgimento di funzioni 'con piena autonomia' da parte del pubblico ministero al solo dibattimento, laddove il riferimento ad 'ogni udienza' contenuto nella direttiva n. 68 della delega definitiva è assolutamente sintomatico.

(35) Per dirla con le perspicue parole di C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure*, cit., 192.

ganizzazione degli uffici giudiziari anche a quelli di procura (art. 7-ter, comma 3, O.G., introdotto a mezzo dell'art. 6, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 51/1998). La norma — dalla vita assai breve, perché cancellata otto anni dopo dalla riforma Castelli — è una pietra miliare e, assieme, il canto del cigno del modello della “direzione funzionale”: dopo di essa, sarà il diluvio della gerarchia.

L'importanza è duplice. Sotto un profilo pratico ed operativo, l'organizzazione tabellare del lavoro dell'ufficio di procura significa(va) la predeterminazione di un progetto organizzativo che, *per legge* (cioè per fonte primaria), richiede l'approvazione assembleare da parte di tutti i componenti dell'ufficio, l'espressione di parere favorevole da parte del Consiglio giudiziario e, infine (e soprattutto), l'approvazione da parte dell'organo di autogoverno per la sua efficacia. In breve, forme spiccate di controllo, ad ogni livello e con penetranti poteri di veto, della volontà del dirigente: con ogni intuibile conseguenza. Ma, più in generale, sotto un profilo *politico*, il metodo tabellare unificava l'organizzazione dei giudici con quella dei pubblici ministeri: predicava, cioè, l'unità della giurisdizione persino oltre il dettato costituzionale, smussando ogni differenza tra le due funzioni e davvero fornendo una blindatura all'unicità delle carriere. Insomma, un approdo di enorme, storica importanza (36). È questo il momento della massima espansione del principio “personalistico” (o “diffusivo” o di “stabilizzazione”, a secondo della nomenclatura utilizzata dai vati autori) della funzione. Alla piena autonomia del singolo sostituto in udienza — in forza del combinato disposto dell'art. 73, comma 4, O.G. e dell'art. 53 c.p.p., che ribadisce l'antico *habeas corpus* dell'accusatore coniato proprio nell'oscura gerarchia del *parquet* francese: “*si la plume est serve, la parole est libre*” (37) — fa da ar-

(36) Per un approfondito quadro del rapporto tra organizzazione delle procure e procedura tabellare nella situazione normativa vigente prima della ‘riforma Castelli’, si rimanda al lavoro di C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure*, cit., 196-199.

(37) Sul noto adagio, tra i molti, v. gli ampi richiami di N. ZANON, *Pubblico ministero*, cit., 37, nt. 62 e di M. SCAPARONE, *Sul potere del procuratore generale di dare ordini al procuratore della Repubblica*, in *Giur. It.*, 1979, II, 457 ss.

monico *pendant* il sistema tabellare introdotto dall'art. 7-ter, comma 3, O.G., che 'copre' l'area dell'indagine e delle attività in essa svolte (38).

4. *La riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006...*

Non è un caso, infatti, che proprio la norma appena citata è tra le prime teste (norme) che rotolano allorquando il legislatore, nel 2006 — in un clima politico completamente diverso e con maggioranze politiche completamente mutate — pone mano alla definitiva (?) riforma dell'ordinamento giudiziario.

La riforma nasce, in realtà, nel 2003 attraverso il c.d. maxiemendamento governativo al d.d.l. n. 1296/S, nella proposta di riformulazione dell'art. 5 (Riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero) ed attua una completa metabasi dell'assetto sopra evidenziato.

Il maxiemendamento diviene *tout court* legge delega (n. 150/2005) ed il decreto legislativo n. 106/2006 recepisce, in senso letterale, semantiche già di tale dettaglio da potersi tradurre immediatamente in articolato legislativo. Insomma, un intervento netto, dalla forte impronta ideologica, chiuso ai compromessi ed alle possibili mediazioni: e soprattutto totalmente sbilanciato verso la gerarchizzazione più spinta. La legge delega (39) realizzava infatti

(38) Ovviamente, i limiti del presente intervento non consentono di esporre il dettaglio di tale evoluzione storica, ad esempio ponendo in evidenza i riverberi ordinamentali scaturenti dalla riforma del processo penale del 1988. Due notazioni essenziali valgono comunque a far comprendere tali ricadute: la prima, riguarda l'autonomia piena del pubblico ministero d'udienza, scaturente dal punto di delega per la riforma del codice di procedura penale previsto dall'art. 2, n. 68 della l. n. 81/1987, da cui ebbe origine l'art. 53 c.p.p.; la seconda (art. 3, d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, *Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*) recante l'affermazione del principio della c.d. continuità della designazione («I titolari degli uffici del pubblico ministero curano che, ove possibile, alla trattazione del procedimento provvedano, per tutte le fasi del relativo grado, il magistrato o i magistrati originariamente designati») e che poneva argini ulteriori (di principio, appunto) alla revocabilità della designazione. La norma in questione sarà abrogata appunto dalla riforma ordinamentale del 2006 (art. 7, comma 1, lett. b) del d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106).

(39) ... che nella sua versione originaria, poi smussata grazie anche all'inter-

l'ideal-tipo della gerarchia: titolarità esclusiva concentrata presso l'organo di vertice; personale responsabilità del relativo esercizio; vincolo generale predeterminato nell'osservanza dei fini generali. Questa architettura — disegnata, come detto, fin nel dettaglio — fu recepita *à la lettre* dal legislatore delegato.

Il testo del decreto legislativo n. 106 del 2006 fu a sua volta oggetto — com'è noto — di una modifica successiva ad opera della legge n. 269 del 2006: quest'ultima sarebbe dovuta essere la “controriforma” dell'organizzazione gerarchica fortemente voluta e realizzata dal Guardasigilli Castelli ad opera del suo successore, on. Mastella, ed espressione della diversa maggioranza politica subentrata alla precedente. In realtà, la legge n. 269 si limita a pochi e, tutto sommato, marginali ritocchi del testo normativo, confermando così un sospetto già serpeggiante: che, cioè, l'intero *côté* politico, trasversalmente e senza distinzioni di coloritura, ‘tifasse’ (e continui a farlo) per una magistratura inquirente fortemente gerarchizzata, non incline cioè ad iniziative individuali poco controllabili. Come dire: se «si può scoprire il proprio mistero a prezzo della propria innocenza», come ha scritto qualcuno, il mistero della classe politica sulla magistratura inquirente è stato presto ed interamente scoperto nel 2006.

Il prodotto normativo finale (vale a dire, quello risultante dal testo del d.lgs. n. 106/2006 e delle modifiche della legge n. 269 del medesimo anno) non richiede eccessivo sforzo ermeneutico per comprenderne i caratteri, tutti assai netti.

vento di rinvio del Presidente della Repubblica, prevedeva peraltro pericolosi slittamenti verso forme di condizionamento esterno dell'indipendenza dell'organo di accusa, quali: l'esposizione alle Camere da parte del Ministro della Giustizia, entro venti giorni dall'inizio dell'anno, della comunicazione sull'andamento della giustizia dell'anno precedente e «sulle linee di politica giudiziaria per l'anno in corso», nonché l'istituzione «presso ogni direzione regionale o interregionale dell'organizzazione giudiziaria dell'ufficio per il monitoraggio dell'esito dei procedimenti ...al fine di verificare l'eventuale sussistenza di rilevanti livelli di infondatezza giudizialmente accertata della pretesa punitiva manifestata con l'esercizio dell'azione penale o con mezzi di impugnazione ovvero di annullamento di sentenze per carenze o distorsioni della motivazione, ovvero di altre situazioni inequivocabilmente rivelatrici di carenze professionali».

Il Procuratore della Repubblica è «il titolare esclusivo dell'azione penale» (art. 1, comma 1) e ne «assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio» (art. 2, comma 1), in origine persino «sotto la sua personale responsabilità»: fardello, quest'ultimo, poi caduto da una delle modifiche del correttivo Mastella. La “responsabilità personale” per i modi di esercizio dell'azione evocava infatti scenari assai ‘americani’ (quasi cinematografici...), quelli del *prosecutor*, di contesti giudiziari a discrezionalità di azione e — secondo l'acuta lettura di qualcuno — costituiva la testa d'ariete per «l'ulteriore passaggio evolutivo costituito dalla previsione di forme di responsabilità politica» (40).

La titolarità esclusiva e personale dell'azione in capo al vertice trova forma di concreto esercizio attraverso l'assegnazione (che sostituisce — nella seconda, importante modifica innestata dalla l. n. 269/2006 — l'originaria *delega* al sostituto: e non è solo un belletto terminologico) ed espressione nei poteri organizzatori del medesimo vertice, i quali — stando alla lettera della legge e non considerando gli argini paranormativi che avrebbe poi innestato il Consiglio Superiore — sono davvero sconfinati: o perlomeno provocano questa univoca impressione. Egli infatti designa, tra i Procuratori aggiunti, il Vicario (art. 1, comma 3); delega ad uno o più procuratori aggiunti ovvero anche ad uno o più magistrati addetti all'ufficio la cura di specifici settori di affari (art. 1, comma 4); determina i criteri di organizzazione dell'ufficio, i criteri di assegnazione dei procedimenti ai procuratori aggiunti e ai magistrati del suo ufficio — individuando eventualmente settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell'ufficio —, le tipologie di reati per i quali i meccanismi di assegnazione del procedimento siano di natura automatica (art. 1, comma 6); assegna, oltre che i procedimenti, il compimento di singoli atti processuali (art. 2, comma 1) e, con l'atto di assegnazione per la trattazione di un procedimento, può stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività (art. 2,

(40) C. SALAZAR, *loc. ult. cit.*, 203.

comma 2); esercita il potere di assenso per iscritto (art. 3) sul fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio sulle richieste di misure cautelari personali (salvo che per la convalida dell'arresto in flagranza o del fermo *ex art.* 390 c.p.p.) e reali (salvo che abbia disposto, per queste ultime, la non necessità); determina i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l'ufficio può disporre (art. 4); mantiene personalmente i rapporti con gli organi di informazione (art. 5).

Si tratta di poteri a tutto tondo, completi, che risultano penetranti sia (come è normale) per la gestione organizzativa dell'ufficio — *i.e.* per «l'amministrazione della giurisdizione», secondo la nota formula di Pizzorusso — che per le attività tecniche svolte dai magistrati. In breve, è proprio il possibile controllo pieno su modalità ed esiti dell'indagine che lascia apprezzare il profilo fortemente verticale dell'organizzazione. Va infatti considerato che, a chiudere il cerchio, sono due abrogazioni di norme, fondamentali nel precedente assetto.

La prima è quella dell'art. 7-ter, comma 3, dell'O.G. (ad opera dell'art. 7 del d.lgs. n. 106/2006) e, dunque, dell'applicazione del “metodo tabellare” agli uffici di procura, con la conseguente sottrazione del progetto organizzativo ai poteri di controllo e di fattivo intervento sia dei Consigli giudiziari che del Consiglio Superiore. Quest'ultimo è il destinatario di una mera informazione dei criteri di organizzazione predisposti dal Procuratore e delle eventuali modifiche sopravvenute (41), senza l'apparente previsione di alcuna interlocuzione o potere di intervento che in qualche modo possa subordinare l'efficacia del progetto ai rilievi dell'organo di autogoverno. Una pubblicità-notizia, insomma.

La seconda abrogazione è quella dell'art. 3 del d.lgs. n. 271/1989 (disposizioni di attuazione del c.p.p.) che, come detto, dispo-

(41) Art. 1, comma 7: «I provvedimenti con cui il procuratore della Repubblica adotta o modifica i criteri di cui al comma 6 devono essere trasmessi al Consiglio superiore della magistratura».

neva la tendenziale concentrazione degli atti di un procedimento in capo allo stesso magistrato: disposizione che consentiva di affermare la parziale autonomia del sostituto nella fase delle indagini e rispondeva all'esigenza organizzativa e investigativa di concentrazione.

Parimente, anche dopo la modifica sul punto della legge n. 269, la disciplina dell'eventuale conflitto insorto tra magistrato inquirente e vertice dell'ufficio lascia intravedere — al netto, lo si ripete, dai successivi aggiustamenti innestati dalle circolari consiliari — uno sbilanciamento di poteri in capo a tale ultima figura di vertice. Infatti, il novellato art. 2, comma 2, del citato d.lgs. stabilisce che «... se il magistrato non si attiene ai principi e criteri definiti in via generale o con l'assegnazione, ovvero insorge tra il magistrato ed il procuratore della Repubblica un contrasto circa le modalità di esercizio, il procuratore della Repubblica può, con provvedimento motivato, revocare l'assegnazione; entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, il magistrato può presentare osservazioni scritte al procuratore della Repubblica». Soluzione, questa, all'evidenza 'leggera' quanto a tutela: e, nondimeno, assai più lieve di quella originaria, la quale prevedeva invece che il provvedimento del Procuratore e le osservazioni del Sostituto fossero inviate dal primo al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione e comunque inserite nei rispettivi fascicoli personali. Inutile sottolineare valenza e finalità di tale estremo lembo procedurale: l'invio degli "atti del contrasto" al titolare dell'azione disciplinare inevitabilmente preludeva ad un intervento 'forte' nei confronti del magistrato riottoso e poco osservante e comunque rivestiva valenza intimidatoria in un solo senso, non risultando ipotizzabile l'inizio di un accertamento predisciplinare a carico di chi aveva, motivatamente, revocato una delega.

Soprattutto, quell'originario meccanismo poneva completamente fuori (persino quanto ad informazione) l'organo consiliare e riduceva la soluzione del contrasto a fatto 'interno' ai vertici inquirenti(42): esattamente all'inverso di quanto accadeva nel si-

(42) Laddove proprio la circostanza che, dopo l'intervento novellatore della l. n. 269, è prevista la facoltà del sostituto di presentare osservazioni, senza alcuna indicazione sull'ulteriore iter, «porta ragionevolmente a concludere che, qualora il

stema preriformato, laddove, a fronte della revoca della designazione, il magistrato ben poteva adire il C.S.M. e richiederne un intervento (43).

Ora, se con un esperimento mentale provassimo ad immaginare questo pannello di poteri sopra descritti astraendolo dal successivo *cheek and balance* dell'autogoverno; se, cioè, prendessimo *alla lettera* il fascio di prerogative contemplate dal d.lgs. n. 106/2006 (cui non corrisponde *per legge* alcuna responsabilità, ma neppure alcun bilanciamento, alcun 'controllo' (44) preventivo e successivo, alcun rimedio in caso di abuso), potremmo concludere che, probabilmente, nessun funzionario di qualsivoglia settore della funzione pubblica abbia mai concentrato, in Italia, una somma di poteri talmente intensi e diretti nell'esercizio del suo *munus*.

A tale rilievo si potrà probabilmente obiettare che il sistema gerarchico è stato tracciato a tinte così marcate (fosche?) *proprio* nella previsione di un immaginato e previsto "riequilibrio" della figura ordinamentale del Procuratore della Repubblica, se incastonato poi nella disciplina paranormativa di dettaglio. Insomma, una gerarchia esasperata per ottenerne un "netto" dalla sua concreta e storica at-

Procuratore non riveda la propria posizione, il magistrato potrà rivolgersi al C.S.M. a tutela della sua sfera di autonomia professionale ed operativa, come già statuito dalla Corte costituzionale (sent. n. 143/1973) e dalle plurime delibere consiliari nella vigenza l'ordinamento Grandi del 1941» (così la risoluzione C.S.M. 12 luglio 2007).

(43) Risoluzione del C.S.M. del 25 marzo 1993. Non senza dimenticare che la medesima risoluzione ritagliava e tipizzava in qualche modo le circostanze idonee a giustificare la revoca, ammessa solo in presenza di richieste del sostituto «oggettivamente insostenibili sul piano tecnico, esulanti dal campo dell'opinabilità e manifestamente ingiustificabili».

(44) Tale non potendosi considerare, in termini immediati e diretti, l'attività "di vigilanza" del Procuratore generale presso la Corte di appello, secondo l'art. 6 del medesimo decreto legislativo, il quale dispone: «Art. 6. Attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello 1. Il procuratore generale presso la corte di appello, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale (l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato) ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale».

tuazione. Ma tale osservazione (forse politicamente verosimile) appare nondimeno fragile ove si consideri: che il sistema di gerarchia delle fonti contempla comunque la preminenza della legge, destinata a prevalere sulla sua eterointegrazione di fonte secondaria (circolare); che un costrutto normativo di tal genere ha grande difficoltà — per gli àmbiti in cui è destinato ad operare — ad essere soggetto ad uno scrutinio di costituzionalità; e che, infine, le ‘maggioranze’ politiche consiliari, anche considerando la preminenza numerica dei togati rispetto alla rappresentanza politica, sono mutevoli e volatili e non necessariamente (di *default*, insomma) ideologicamente contrarie ad un modello di gerarchia così spinto.

In breve — e per dirla più semplicemente — la riforma del 2006 ha spinto la politica davvero fino alla soglia di ciò che poteva osare.

5. ... e la “resistenza” paranormativa del C.S.M.

Nondimeno, fin dal primo giorno di vigenza della riforma ordinamentale del 2006 si assiste ad un fenomeno di assai rara evenienza istituzionale: quello che vede un organo di rilievo costituzionale il quale, attraverso atti di normazione secondaria (precisamente due risoluzioni, del 12 luglio 2007 e del 21 luglio 2009, ed una circolare del 17 novembre 2017), conforma un testo legislativo, vale a dire un atto di normazione primaria, verso esegesi, finalità ed effetti completamente estranei alla sua lettera e soprattutto al suo ‘spirito’ (inteso proprio quale *Rechtgeist*).

Si è sottolineato da parte di numerosi autori come, in tale irripetibile vicenda, il Consiglio Superiore abbia in realtà promosso e pienamente realizzato un’interpretazione “costituzionalmente orientata” del d.lgs. n. 106/2006: ma tale corretto rilievo non sposta evidentemente i termini del problema, posto che «non spetta al C.S.M. l’interpretazione costituzionalmente conforme dei testi legislativi con valore *erga omnes*» (45).

(45) Così C. SALAZAR, *op. cit.*, 206.

L'organo di autogoverno ha in realtà giustificato tale prerogativa attraverso un'argomentazione giocata sul proprio ruolo di "vertice organizzativo" dell'ordine giudiziario, deputato pertanto ad esercitare i poteri di indirizzo (nel caso di specie, nei confronti dei titolari degli uffici di Procura in relazione alla formazione del progetto organizzativo) allorquando — ed è questo lo snodo fondamentale — «sono in gioco attribuzioni che concorrono ad assicurare il rispetto delle garanzie costituzionali». In breve, poiché la nuova normativa ordinamentale interseca, nella sua concreta applicazione, la piena attuazione dei valori costituzionali espressi dagli artt. 105 e 112 della Costituzione, ne consegue una competenza all'intervento da parte dell'organo di autogoverno, proprio per i riverberi e le sicure ricadute che originano dall'interpretazione della nuova normativa. Come dire che il C.S.M. si pone quale custode garante dei valori costituzionali per ciò che attiene all'organizzazione dell'ordine giudiziario, in forza proprio di un potere direttivo relativo all'amministrazione della giurisdizione che si riconosce.

Ovviamente non vi è la possibilità qui per esaminare questa premessa di "verifica dei poteri" in capo all'organo consiliare. Preme maggiormente analizzare come questo manifesto di metodo sia stato realizzato. Come, cioè, il testo di riforma dell'ordinamento giudiziario sia stato 'scavato' dall'interno dalle risoluzioni e dalla circolare citati e come pertanto gran parte di quei poteri gerarchici — che, di primo acchito, dalla lettura del d.lgs. di riforma parevano illimitati — siano stati, in realtà, ricondotti a ragionevolezza funzionale: con un contrafforte di cospicuo spessore all'indipendenza interna del singolo sostituto. Se non temessi di esagerare, direi — con un'iperbole — che il d.lgs. n. 106/2006 è stato ridotto ad una cornice al cui interno è stata sostituita l'immagine iniziale: l'impianto complessivo rimane indubbiamente a forte impronta verticale, ma si tratta di una gerarchia che — sotto il profilo dei presupposti degli interventi, dell'esercizio concreto dei poteri da parte del dirigente, dei rimedi possibili, delle soluzioni alle patologie estreme — ha cambiato *facies* ed oggi nuoce in maniera assai relativa all'indipendenza del singolo magistrato inquirente (46). Su quest'ultima,

(46) S. PANIZZA, *L'organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, in N.

piuttosto oggi incide molto di più la *moral suasion* della gerarchia, la *veicolazione* culturale del modello trasmesso, affermato ed assimilato: ma di questo dirò in conclusione.

Che tuttavia il livello della partita giocata sia di importanza apicale, lo si trae da quanto afferma lo stesso organo di autogoverno (punto 3.1. della Circolare del 12 luglio 2007), senza infingimenti: «permane inalterato il potere del Consiglio Superiore della Magistratura di garantire lo *status* del magistrato, fissato dei principi costituzionali, anche attraverso indicazioni di carattere generale». Come dire: i modelli organizzativi dell'ufficio del p.m. rischiano di riverberarsi sullo *status* e l'indipendenza organizzativa non è affatto neutra, né a tenuta stagna rispetto a quella funzionale e di *status*.

I passaggi di questa ulteriore metabasi sono assai numerosi, toccano diversi punti e devono pertanto essere qui necessariamente sintetizzati.

Quanto ai progetti organizzativi predisposti dal Dirigente, le risoluzioni del luglio 2007 e 2009 curano un duplice obiettivo: per un verso, “depotenziare” il solipsismo del dirigente che, nelle intenzioni del legislatore, impronta la redazione dei progetti organizzativi; per altro verso, rendere in qualche modo efficace l'interlocuzione del Consiglio stesso, perché — come è intuitivo — il limite delle risoluzioni (come di ogni fonte secondaria di mera integrazione o esplicazione di quella primaria) è quella della sua efficacia: nessuna ‘linea guida’ è precettiva e cogente.

Il primo obiettivo è realizzato attraverso il richiamo (e, verrebbe da dire, la diretta applicazione) di un precetto costituzionale: l'art. 107 Cost. — fissando il principio della diffusione del potere fra tutti i magistrati, inclusi quelli degli uffici requirenti — esige che «l'adozione dei progetti di organizzazione, basata su

ZANON, G. di RENZO VILLATA, F. BINDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Atto del Convegno di Milano del 21 giugno 2011*, Milano, 2012, 71 ss., afferma che la circolare del 21 luglio 2009 è un «testo di straordinario rilievo nonostante l'insistito tentativo del Consiglio di configurarlo come “atto di mero orientamento” utile ad offrire (semplici) “linee guida” ai dirigenti degli uffici del pubblico ministero» (p. 93).

una corretta analisi dei flussi, non può che avvenire all'esito di momenti di partecipazione dei sostituti (assemblea dell'ufficio). Progetti discussi, partecipati e condivisi consentono, infatti, di perseguire un'azione trasparente ed efficiente (...)» (ris. 12 luglio 2007, § 3.2.a)

Il secondo obiettivo è perseguito seguendo una via indiretta: il progetto organizzativo è da comunicare sì, come previsto dalla riforma ordinamentale, per via verticale ed ascendente (al Procuratore generale della Corte d'appello e da questi, *ex art. 6*, al P.G. presso la Corte di cassazione), ma anche, in via orizzontale, ai Consigli Giudiziari, che li potranno valutare — nell'ambito del più ampio esame delle tabelle degli uffici giudicanti, assieme ad esse e in relazione ai profili su di esse incidenti — «atteso lo stretto rapporto di interdipendenza tra tali uffici, al fine di garantire una funzionalità complessiva del servizio nel settore penale» (ris. 12 luglio 2007, § 3.2.d). D'altra parte — e ciò è decisivo — ancorché precluso per il progetto organizzativo «un giudizio di tipo approvativo alla stessa stregua del sistema tabellare proprio dei soli uffici giudicanti», il Consiglio (ris. 21 luglio 2009) ritiene «pur sempre consentito un vaglio terminale»: una formula di mera “presa d'atto” con eventuali osservazioni, pur se non vincolante per il dirigente, «al fine di dare un senso effettuale all'obbligo di mera “trasmissione” al C.S.M. dei progetti organizzativi degli uffici requirenti, sancito all'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 106/2006». Ove si verifichi, poi, che il programma organizzativo non sia rispondente alle norme dell'ordinamento giudiziario nonché alle indicazioni consiliari relative alla loro applicazione, il C.S.M. «formula i suoi rilievi e li trasmette sia al Procuratore, per opportuna conoscenza anche ai fini dei possibili interventi di sua competenza, sia al Procuratore generale della Corte di cassazione e al Procuratore generale presso la Corte d'appello, cui competono i poteri di vigilanza *ex art. 6* del più volte citato d.lgs. n. 106». Non senza dimenticare il dettaglio (dove, come sempre, si cela il diavolo...) che «i criteri adottati dai Procuratori nella organizzazione degli uffici (...) assumono rilevanza ai fini delle valutazioni di professionalità e di idoneità del dirigente (anche attraverso l'inserimento nel fascicolo personale) e, nei casi più gravi,

sul versante dell'incompatibilità funzionale» e che, in tale prospettiva «saranno anche utile elemento di valutazione per il “rinnovo” dell’incarico».

Questo completo mutamento di prospettiva riguarda anche la revoca dell’assegnazione.

Le direttive consiliari sul punto ribaltano la prospettiva legislativa originaria, realizzando il bilanciamento di un potere che — a differenza della secca previsione normativa — viene posto in relazione a valori contrapposti, quali l’autonomia professionale ed operativa del sostituto, a loro volta derivanti dal precetto costituzionale di obbligatorietà. Si stabilisce infatti che, il sostituto assegnatario o coassegnatario del procedimento, in caso di dissenso col Procuratore in ordine alle modalità di trattazione o all’esercizio dell’azione penale e qualora questi non abbia esercitato il potere di revoca, possa avanzare richiesta motivata di esonero dalla trattazione dell’affare. Ancora: la motivazione del provvedimento di revoca, che non deve essere meramente apparente, assume particolare valore quale strumento davvero esplicativo dei fatti posti a base del contrasto insorto, stabilendosi che il Consiglio potrà, se richiesto dal sostituto, intervenire per verificarne l’esistenza, la ragionevolezza e la congruità, «quale passaggio funzionale imprescindibile delle determinazioni adottate».

Oltre a partorire controlli, si immaginano rimedi: nei casi in cui la revoca risulterà ingiustificata, sarà l’organo di autogoverno ad intervenire con la segnalazione ai titolari dell’azione disciplinare, con l’inserimento della valutazione negativa nel fascicolo personale ai fini del giudizio di professionalità o con iniziative *ex art. 2* legge delle guarentigie.

Risolti i punti nodali del progetto organizzativo (innesto di una condivisione iniziale da parte dei magistrati dell’ufficio e “controllo” successivo del Consiglio) e della revoca dell’assegnazione (47), l’organo di autogoverno si prepara al grande salto si-

(47) Ovviamente gli interventi consiliari con le due risoluzioni citate sono assai più ampi ed articolati e si completano con ulteriori profili, il cui dettaglio è impossibile argomentare in questa sede. Ad esempio, è di rilievo la precisazione che riguarda l’esclusione di un potere di assegnazione e di autoassegnazione svin-

stematico, che avviene con l'adozione, nel novembre 2017, della «Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura», secondo una linea di continuità con le risoluzioni appena esaminate ed alle quali espressamente dichiara di ispirarsi.

Si tratta, effettivamente, di «un nuovo, organico e sistematico intervento nella materia dell'organizzazione degli uffici requiranti» (48), partorito dopo oltre due anni di lavoro e dopo il capillare monitoraggio dei progetti organizzativi di tutti gli uffici italiani, con 'scrematura' delle prassi più diffuse. Soprattutto, si tratta di un articolato (ben 25 articoli) di estremo dettaglio: quasi un testo di legge, determinato dalla «necessità di una maggiore chiarezza nella determinazione delle regole di funzionamento in grado di prevenire delicate questioni interne agli uffici (e di assicurare) la certezza e prevedibilità (...), l'omogeneità dei modelli gestionali e la definizione di uno statuto minimo di organizzazione degli uffici di procura» (così la *Relazione introduttiva*, § 1).

L'ispirazione è data dagli obiettivi che — in continuità con le precedenti risoluzioni — risultano attuativi di precisi precetti costituzionali: vale a dire, un'organizzazione «che consenta di tutelare (...) l'esercizio imparziale dell'azione penale, la speditezza del procedimento e del processo, l'esplicazione piena dei diritti di difesa dell'indagato e di effettività dell'azione penale, nonché la pari dignità dei magistrati che concorrono all'esercizio della giurisdizione nel suo complesso» (*ivi*, § 1.1.). In proposito, il contributo dei singoli

colato da congrua motivazione, perché ciò si porrebbe in contrasto con gli articoli 97 e 101, secondo comma, della Costituzione: in conseguenza, il dirigente non ha il potere di scegliere tra l'auto assegnazione o l'assegnazione al sostituto, se non previa adozione di un provvedimento motivato, «da collocare nel momento in cui procedimento ha origine». Inoltre, l'assegnazione al compimento di singoli atti, proprio in quanto non può incidere negativamente sulla sfera di autonomia professionale riconosciuta al singolo magistrato inquirente e non può comprometterne la dignità delle funzioni esercitate, non può che riguardare un procedimento trattato personalmente dal procuratore: non è possibile cioè, se non nel caso di assoluto impedimento del magistrato titolare, assegnare ad altro magistrato dell'ufficio il compimento di singoli atti di un procedimento trattato da altro assegnatario.

(48) Come, con un pizzico di orgoglio, è detto nella presentazione da parte dei relatori (664/VV/2011).

magistrati all'elaborazione del progetto organizzativo diviene — con una rotazione integrale rispetto a finalità e spirito della originaria *littera legis* — obbligo individuale: infatti, se è indiscutibile che il Procuratore della Repubblica, titolare esclusivo dell'azione penale, «organizza l'Ufficio», tale attività è svolta non solo «nel rispetto delle norme (...) sull'indipendenza dei magistrati ed ispirandosi a principi di partecipazione e leale collaborazione», ma con la piena partecipazione di costoro. Essi infatti (art. 2, comma 3) «partecipano alle riunioni, alle assemblee generali e di sezione, e forniscono i contributi in tema di organizzazione *quale adempimento di un preciso obbligo funzionale e secondo i canoni di leale collaborazione*» (corsivo mio). La valenza di tale principio è di tale evidenza da non esigere ulteriori commenti. Tralascio poi l'esame dei criteri di priorità (di cui tratta la relazione del Prof. Dominioni), per porre piuttosto in evidenza come l'articolato della circolare diviene 'prescrittivo' su punti nodali concernenti il «corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale e giusto processo», come recita l'epigrafe dell'art. 4. In esso diviene 'sistema' (articolato in regole precettive) il principio della distribuzione degli affari tra i magistrati dell'ufficio «in modo equo e funzionale» (con la costituzione necessaria in dipartimenti, sezioni o gruppi di lavoro modulati alla stregua degli obiettivi individuati e dell'analisi della realtà criminale); l'affidamento di ciascun gruppo ad un Aggiunto o ad un magistrato coordinatore; il promovimento di riunioni periodiche per lo «scambio di informazioni sull'andamento dell'ufficio» (con un preciso onere di partecipazione dei magistrati dell'ufficio quale «adempimento dei doveri funzionali»); l'assegnazione dei magistrati ai vari gruppi «previo interpello e valorizzazione delle specifiche attitudini dei sostituti (...)»; la partecipazione alle udienze. Il progetto organizzativo — vigente per un triennio, in stretto collegamento con le tabelle dei giudici ed adottato previa assemblea generale dei magistrati dell'ufficio *obbligatoria* — è ben più di un generico programma per il suo redattore: è il suo vincolo per i criteri generali di assegnazione e coassegnazione; per i criteri cui i magistrati dell'ufficio dovranno attenersi (con i limiti, quindi, per gli eventuali contrasti futuri); per le ipotesi di revoca dell'assegnazione; per l'allocatione delle risorse umane e materiali.

In breve: più è dettagliato (come espressamente previsto nella circolare) e si oggettivizza in disposizioni specifiche e meno consente, nel futuro, una discrezionalità nell'*agere* del dirigente. Esso si incrocia poi con i poteri del Consiglio (art. 8): se, ovviamente, è confermata l'assenza normativa di una procedura di approvazione, nondimeno il 'reticolo' di interlocuzioni ne garantisce il controllo. Diviene stabile ed oggetto di espressa prescrizione 'normativa' che la competente commissione referente del C.S.M. lo esamini, espleti l'istruttoria, richieda eventuali chiarimenti al Procuratore, gli invii «eventuali osservazioni e specifici rilievi» e che tali provvedimenti siano «inseriti nel fascicolo personale del dirigente anche ai fini delle valutazioni di professionalità e della conferma», oltre che al P.G. presso la Corte di cassazione e della Corte d'appello.

Dunque, il controllo indiretto del C.S.M. sul progetto organizzativo realizza ben più di un formale potere di approvazione, che la legge formalmente continua a negare. Anche perché è espressamente sancito (art. 9 della *Circolare*) il vincolo dei provvedimenti attuativi, essendo il Procuratore tenuto al rispetto, oltre che della normativa primaria e secondaria, «dei criteri e delle disposizioni fissate nel progetto organizzativo».

La *Circolare* attinge poi a tutti gli àmbiti critici propri di una direzione gerarchica, sempre con l'idea di una conformazione di essa ad esiti — se così si può dire — di segno contrario: verso approdi, cioè, di direzione funzionale. Così è, ad esempio, per l'assegnazione al magistrato, che «spiega i suoi effetti per tutto il periodo delle indagini preliminari e fino alla definizione del procedimento» (art. 10: comprese ovviamente la determinazione dei suoi esiti finali); per l'assegnazione di singoli atti del procedimento, che «è di regola disposta solo nei procedimenti personalmente trattati dal Procuratore della Repubblica» (art. 11); per la designazione per l'udienza, rispetto alla quale è richiesta la garanzia di tendenziale continuità di trattazione tra la fase delle indagini preliminari e le fasi successive e per la quale si ribadisce l'assoluta eccezionalità della sostituzione e sempre con provvedimento motivato.

Questa intensa procedimentalizzazione dell'*agere* del Procuratore riguarda anche — e non potrebbe essere diversamente — il si-

stema dei controlli che il vertice della Procura esercita sugli atti dei suoi sostituti. Nel progetto organizzativo può esservi sì la generale previsione di un *visto* relativo a determinati atti o categorie di atti reputati di particolare rilievo, ma tale strumento — secondo il disposto dell'art. 14 della *Circolare* — ha mera funzione di conoscenza ed informazione e non di approvazione preventiva dell'atto, con significative conseguenze sul piano degli effetti in caso di mancata apposizione, per perdurante ed insanabile contrasto insorto. Esperita l'interlocuzione con il sostituto, il dirigente potrà sì esercitare il motivato potere di revoca dell'assegnazione (con la possibile investitura, tuttavia, dell'organo di autogoverno adito dal sostituto), ma, qualora non intervenga la revoca, l'atto avrà tuttavia piena efficacia, ben potendo il magistrato assegnatario procedere oltre, anche in caso di dissenso del suo dirigente.

Lo snodo fondamentale della revoca è poi ripreso sulla falsariga delle precedenti risoluzioni del 2007 e del 2009 e strutturato in forma sistematica (artt. 15 e 16). È confermata la necessità di una più stretta tipizzazione dei presupposti di essa fin dal progetto organizzativo ed è ribadita l'ottica di *extrema ratio* di tale patologia, attraverso «la massima interlocuzione possibile con il magistrato assegnatario», ed sperando «ogni idonea azione volta ad individuare soluzioni condivise». Di più e di diverso rispetto al passato è il fatto che, oggi, le osservazioni scritte del magistrato destinatario della revoca sono inviate obbligatoriamente e tempestivamente (entro cinque giorni) dallo stesso dirigente al Consiglio (salvo improbabili ipotesi di segretezza dell'indagine), il quale — nel caso di ritenuta insussistenza dei presupposti o di violazione delle regole procedurali o di incongruità della motivazione — invia «le relative osservazioni e gli specifici rilievi» al Procuratore interessato (oltre che ai vertici inquirenti della Corte di cassazione e della Corte di appello).

6. “Everybody’s fine”? *Verso una gerarchia funzionale.*

All'esito di questa complessa analisi dell'evoluzione ordinamentale, verrebbe quasi da dire, evocando un capolavoro cinematografico: “stanno tutti bene”.

Alla domanda, infatti, se — stando al quadro normativo primario e secondario — esista oggi in Italia un *problema* di indipendenza interna del pubblico ministero, difficilmente potrebbe fornirsi una risposta positiva.

L'indipendenza interna è scalfita, e talvolta scheggiata, se si ha riguardo alla sola e pura disciplina ordinamentale, cioè al prodotto normativo rappresentato dal d.lgs. n. 106/2006. Ma la radicale trasformazione di essa — attraverso gli innesti, i reticoli, le esplicazioni, le eterointegrazioni, le mute abrogazioni — derivante dalla normativa secondaria del Consiglio ha mutato completamente il volto dell'originaria gerarchia: del suo carattere quasi militare ("un uomo solo al comando" e, per di più, privo di sostanziale responsabilità), da *ancien régime*, insomma, è rimasto davvero poco. O comunque nulla che possa davvero prospettarsi come una minaccia reale all'indipendenza interna. Della gerarchia postulata da quel testo normativo sono venuti meno molti genotipi: l'originario solipsismo decisorio, innanzitutto (nessun progetto organizzativo oggi potrà *davvero* ignorare ed evitare il confronto con l'assemblea che ne precede l'adozione); poi, l'assoluta separatezza con l'organizzazione tabellare dei giudici; l'assenza originaria di controlli che non fossero la blanda vigilanza degli stessi vertici requirenti; la mancanza di collegamento con scopi e valori costituzionali, ignorati — anche semanticamente — dalla legge di ordinamento; l'inesistenza di protocolli procedurali di gestione dell'ufficio; la separatezza assoluta con l'organo di autogoverno ed il difetto di ogni interlocuzione con esso; la carenza di ogni trasparente rimedio per le ipotesi di contrasto irrisolto tra dirigente e singolo sostituto. Tutto ciò caratterizzava (e, formalmente, continua a marcare) la legge di ordinamento giudiziario sul pubblico ministero: ma ciò che mancava è stato providamente inserito dalla normazione secondaria e ciò che risultava eccessivo ed irricevibile è stato potato in maniera silente.

Un diafano esempio di cosa davvero può fare l'autogoverno nobile.

Sotto altro versante, la normazione secondaria ha anche opportunamente agganciato all'esercizio dei poteri del dirigente il "principio-responsabilità" (per dirla con Jonas), sia pure in via in-

diretta e sul piano della (futura) carriera giudiziale (valutazione di professionalità ai fini della conferma nell'incarico dirigenziale e delle future prospettive di dirigenza): ma tali erano i limiti istituzionali di manovra del C.S.M. Nondimeno, rispetto ad una normativa che aveva concepito, in capo al dirigente, poteri tanto estesi quanto completamente esonerati da qualsivoglia onere di rendiconto, il risultato raggiunto appare apprezzabile.

In breve, la gerarchia iniziale ha cambiato pelle attraverso la radicalità, e quasi l'egemonia, della normazione secondaria: ha cessato di essere gerarchia ciecamente tesa solo all'uniformità (o, peggio, fine a sé stessa) ed è divenuta *gerarchia funzionale*: direzione (ancora verticale, ma) finalizzata ad intenti condivisi dal singolo ufficio e ispirati da un preciso quadro di valori di riferimento, dunque funzionalmente orientata: soprattutto, con intenti ed esecuzione di essi perfettamente controllabili, attraverso precisi passaggi procedimentali.

Può essere contento di ciò innanzitutto l'organo di autogoverno, che ne è stato l'artefice, con grande acume istituzionale, speso nell'arco di un decennio.

Possono essere contenti i magistrati inquirenti, che ne sono i diretti beneficiari e la cui indipendenza interna trova importanti reticoli di sicura garanzia, pur in un modello gerarchico. Ritorno a breve sul punto: ma fin d'ora si può dire che, nella situazione data (storica, normativa, ecc.), l'assetto attuale e finale del sistema pone quasi sempre il singolo sostituto in una condizione di sicura prevedibilità della linea di sviluppo del proprio potere di azione e dei connessi poteri investigativi. Certo, il sistema attuale ha sostituito lo spontaneismo collaborativo di un tempo con protocolli organizzativi rigidi; iniziative individuali di ricerca della *notitia criminis* con sequenze procedurali standardizzate: ed è indubbio che l'assetto che ne è scaturito, specie per i piccoli e medi uffici, non escluda affatto il possibile contrasto con il vertice ed appronti rimedi solo indiretti, preventivi e "compensativi". Ma la tenuta complessiva di un sistema non si giudica dall'insorgenza di possibili, sporadiche patologie: dagli "accidenti di fatto", come li chiamerebbe una sentenza della Corte costituzionale. I problemi, probabilmente, sono altri.

Può, infine, essere contento persino il legislatore storico: e qui il discorso è più delicato.

Se guardata nel suo risultato immediato, l'operazione "politica" della riforma ordinamentale del 2006 è fallita. La gerarchia realizzata è assai diversa da quella immaginata (e voluta) dal legislatore storico e l'idea di fondo — quella di 'verticalizzare' al massimo grado gli uffici inquirenti, al contempo isolandoli completamente (per scopi ulteriori?) sia dalla gestione dell'autogoverno, sia dalla sponda dei giudici — è sostanzialmente naufragata.

Ma tale conclusione, a sua volta, è vera solo in parte e richiede importanti precisazioni. In realtà, la riforma Castelli rappresenta un punto di non ritorno per molti profili. Innanzitutto, essa ha dimostrato che un ordinamento gerarchico è *per Costituzione* tollerabile. So bene che tale affermazione si presta ad un'obiezione di *fallacia naturalistica*. Dalla constatazione che un fatto è (nella specie: un ordinamento gerarchico) non può derivarsi che quel fatto *debba essere* (nella specie: per Costituzione). Ma è proprio questo il punto. Una gerarchia *ben temperata* non è parsa — *di principio* — intollerabile *per Costituzione*, incompatibile con lo statuto costituzionale (ammesso che se ne possa compiutamente ricavare uno) del pubblico ministero. In breve, il *modello* gerarchico affidato ad una legge di ordinamento giudiziario è stato sperimentato. E poco importa che esso, nella sua versione originaria, andasse in più punti in vistosa frizione con i precetti della Carta: non abbiamo il riscontro storico (cosa sarebbe accaduto senza l'intervento manipolatore del C.S.M.?). Ciò che conta è piuttosto il risultato finale: una gerarchia interna del pubblico ministero (più o meno temperata; più o meno bilanciata, ecc.) è possibile *per Costituzione*. Il potere diffuso non è una soluzione costituzionalmente obbligata: preferibile, ma non obbligata.

Ma sotto altro profilo, sul medio/lungo periodo, il legislatore storico ha tutt'altro che fallito. Infatti, il modello gerarchico sembra essere andato in armonia (storica e sistematica) con il progressivo sfilacciamento del principio di obbligatorietà dell'azione. Si tratta di fenomeni che camminano necessariamente assieme, in parallelo. Più lasco diviene il principio di obbligatorietà dell'azione, più esso si trasforma da *regola* in *principio* (per adottare una ter-

minologia alla Dworkin), e più sembra doversi sposare con un modello gerarchico, funzionalmente orientato, dell'ufficio del pubblico ministero. L'obbligatorietà "pura" dell'azione — quella scelta da priorità, quindi da scelte, quindi da organizzazione di tali scelte, quindi dall'inevitabile sovraordinazione che indirizzi tale organizzazione — postula l'agire diffuso del pubblico ministero; viceversa, un'obbligatorietà che ammetta, quantomeno nella selezione della *direzione* dell'obbligo, scelte, postula modelli tendenzialmente gerarchici. Il legislatore storico ha probabilmente compreso ed interpretato l'azione al tempo della crisi (dell'obbligatorietà) ed ha concepito un modello consono, coerente con questa crisi. Detto altrimenti, se l'obbligatorietà da regola (costituzionale) dell'agire del p.m. diviene (solo) principio (seppur costituzionale), allora esso — come ogni principio costituzionale — è bilanciabile: necessariamente cedevole e necessariamente armonizzabile. Ed uno dei modi del suo bilanciamento è quello di uno stretto coordinamento funzionale dei fini selezionati cui l'azione è diretta (cosa altro sono i criteri di priorità?), che non tollera, evidentemente, l'azione irrelata e "spontanea" del singolo inquirente.

È già avvenuto tutto questo in Italia? L'obbligatorietà dell'azione è già parificabile alla prestazione di un diritto sociale, ad un principio di "livello essenziale di assistenza", incomprimibile al di sotto di una certa soglia, ma certamente non erogabile illimitatamente ed a prescindere dalle risorse disponibili? Non ho risposta. Certo: istintivamente inorridisco a questi pensieri (vale a dire: a pensare l'azione penale come ottimizzazione di un servizio sociale) e tremo al pensiero della corrosione di una regola costituzionale (rispetto alla quale opera solo un meccanismo di pura sussunzione) in un principio (rispetto al quale opera invece un possibile bilanciamento). Ma la realtà che osservo mi fa anche intravedere che l'obbligatorietà dell'azione non è più, nei fatti, una monade intoccabile: e di questo ha 'approfittato' (lo dico senza stigmatizzare, ma solo per descrivere) il legislatore storico.

La domanda finale, sul punto, pare essere questa: è davvero possibile il modello del potere diffuso dell'azione penale (quindi della *mera* direzione funzionale nelle procure, del modello del *primus inter pares*) in presenza della logica dei criteri di priorità? È

davvero possibile una totale indipendenza all'interno di un ufficio in cui si *devono* operare scelte su cosa perseguire prima (o su cosa abbandonare per strada) o su cosa costituisce emergenza criminale per quella determinata area geografica (mi viene in mente, in questo momento, l'emergenza criminale relativa all'immigrazione clandestina)? Affido alla riflessione individuale questi interrogativi.

Terzo ed ultimo punto riguardante il legislatore storico: per me ultimo solo per ordine di enunciazione, ma in realtà primo per importanza.

Quanto il modello gerarchico si è (felicitemente) sposato con una diversa cultura della più recente magistratura inquirente e l'ha, a sua volta, penetrata e plasmata ulteriormente?

Discorso anche questo delicatissimo e soggetto a molti, possibili equivoci.

Negli ultimi anni, al conflitto — manifesto ed eclatante — tra sostituto e dirigente non si quasi mai arrivati: pochi casi davvero, anche se qualcuno famoso alle cronache. Sono portato a pensare che il fenomeno si sia manifestato in forma così minimale e statisticamente irrilevante non soltanto per l'equilibrio del sistema ed i contrappesi immessi, ma anche per una certa *assuefazione* all'idea di gerarchia interna da parte degli stessi protagonisti principali, i magistrati inquirenti. È come se il modello normativo avesse fatto pedagogia culturale, fosse serpeggiato e poi penetrato nell'*idem de sentire* dei magistrati inquirenti delle generazioni più recenti: appunto, di coloro che hanno iniziato questa funzione *già* respirando l'aria *normale* dell'assetto verticistico. Ho cioè il forte sospetto che al conflitto non si arrivi, perché ci si ferma sulla soglia; che cioè, ad esempio, nonostante le chiare parole della *Circolare* del Consiglio, il *visto* del Procuratore sia vissuto, nel concreto, non come l'informazione su di un atto di indagine già deciso, ma come un'autorizzazione a compierlo. Nel sommerso — mi chiedo — a quante intercettazioni ciascun sostituto ha rinunciato nella manifestata prospettiva dell'assenza di un visto? E quante iscrizioni a mod. 45 non sono decollate a mod. 21 per lo stesso motivo? E quante richieste di proroghe delle indagini non sono state avanzate? Certo, è solo un sospetto: che ovviamente assume una coloritura diversa in relazione all'autorevolezza e bravura di un diri-

gente. Questo è un punto nodale. Una cosa è la *moral suasion* di un Procuratore di collaudata capacità, di incontestato valore e di sicura competenza, e rispetto al quale è normale che l'interlocuzione sia, oltre che spontanea (al di là cioè di ogni prescrizione del progetto organizzativo), anche foriera di soluzioni autenticamente condivise; altro è che l'arretramento del singolo sostituto avvenga per rassegnata, preventiva adesione all'*idea* del suo potere gerarchico. Ora, indubbiamente, presso la nostra magistratura inquirente c'è stata e c'è una fenomenologia della prima specie; ma sospetto che la seconda stia progressivamente prendendo il sopravvento, per vari fattori: non ultimo (ma il discorso è oltremodo incerto e complesso) per una diversa coscienza del ruolo del pubblico ministero, i cui tratti 'burocratici' risultano più accentuati rispetto al passato; per una diversa incidenza dell'ordine numerico degli affari trattati; per una differente consapevolezza culturale del modello di magistratura. Come dire: l'inoculo dell'*idea* della *necessaria* gerarchia dell'ufficio p.m. (anche spinta) ha trovato un *humus* conciliante e, quindi, agevole diffusione. Sotto questo aspetto, il legislatore del 2006 potrebbe sorridere perlomeno per la lungimiranza.

In questa situazione — che è innanzitutto una temperie culturale diversa — ancora una volta, a mio avviso, è chiamato a dire una parola decisiva l'organo di autogoverno, proprio nobilitando al massimo una funzione all'apparenza di mera amministrazione tecnica, vale a dire la nomina dei direttivi degli uffici di Procura: nella consapevolezza di cosa significhi e di quanto sia incidente per l'intero assetto di sistema *ciascuna* nomina, anche quella della più sperduta Procura della Repubblica italiana.

Deve essere una parola univoca, nel metodo e nel merito. Non far sì, insomma, che si avveri il Salmo: «una parola ha detto (...) due ne abbiamo udite».

7. *Postilla.*

Dopo la stesura di queste riflessioni — e nelle more della loro pubblicazione, quando il presente lavoro era già in bozze — è stato presentato, nel mese di agosto 2020, dal Ministro della Giu-

stizia il “*Disegno di legge recante delega al governo per la riforma complessiva dell’ordinamento giudiziario e della disciplina su eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati nonché disposizioni sulla costituzione e funzionamento del consiglio superiore della magistratura*”.

Esso pare tratteggiare, a mio avviso, una riforma che, tra le molteplici novità, mira ad incidere proprio sulla possibile deriva gerarchica degli uffici di Procura (cuore delle considerazioni sopra svolte), che ha visto nel Procuratore della Repubblica una sorta di *manager*, tendente solo a conseguire risultati indicati (con le delineate modalità di raggiungimento) in un progetto organizzativo da inviare al Consiglio Superiore della Magistratura, il quale ha scarse o addirittura nulle possibilità di intervento.

Orbene — e nei limiti solo di un cenno, essendo impossibile altra riflessione in questa sede — il legislatore, all’art. 2, comma tre, alle lettere *b)*, *c)* e *d)* del citato *Disegno di legge* sembra voglia ulteriormente frenare tale possibile deriva gerarchica, richiedendo al Procuratore della Repubblica non soltanto l’obbligo di adozione dei programmi di gestione e di organizzazione dell’ufficio del pubblico ministero, ma anche l’adesione ai principi e criteri direttivi generali da seguire, previamente stabiliti dal Consiglio superiore della magistratura. Ulteriore prescrizione (e elemento di controllo del lavoro svolto) la si può individuare nell’adozione periodica, non inferiore a quattro anni, del progetto organizzativo (salvo che il capo dell’ufficio ritenga di confermare, con provvedimento motivato, il progetto organizzativo previgente), con un nuovo e necessario intervento valutativo dell’organo di autogoverno.

Tale previsione comporta anche che, per la formazione e l’approvazione del progetto organizzativo e delle sue modifiche, si applichi la procedura prevista dall’articolo *7-bis* del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come previsto per l’organo giudicante. Conseguentemente, anche il Procuratore della Repubblica dovrà rivalutare il proprio progetto a seguito delle eventuali osservazioni del C.S.M., pena la possibile non immediata esecutorietà.

Tale proposta di riforma induce all’idea che il legislatore abbia voluto sposare e confermare le posizioni intraprese, con le sue circolari, dal C.S.M. ed ampiamente analizzate nel corpo del testo:

vi è, insomma, una tensione a bilanciare e temperare quella che, nello scritto che precede, ho definito «una sorta di accettazione/assuefazione culturale al principio di una gerarchia interna temperata». Si ha la sensazione, insomma, che il legislatore intenda rafforzare il controllo dell'Organo di autogoverno rispetto a poteri ed azioni organizzative del Procuratore della Repubblica, al fine di evitare la formazione di figure dirigenziali "incontrollate", sì da rendere maggiormente trasparenti i criteri organizzativi stessi: soprattutto, abbandonando quella che è stata, negli ultimi lustri, la logica della mera "presa d'atto" degli organi decentrati e centrali di autogoverno. Ovviamente, riflessioni più strutturate circa le ragioni di tale diversa prospettiva normativa meritano tempo e, soprattutto, esigono la verifica dell'*an* e del *quomodo* dell'attuazione di tali propositi legislativi.

ORGANIZZAZIONE DEGLI UFFICI GIUDICANTI E INDIPENDENZA FUNZIONALE DEL GIUDICE

Luciano Ciafardini

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. — 2. Le fonti del potere organizzativo. — 3. Dirigenti e diretti. — 4. Il benessere organizzativo e gli strumenti di reazione del magistrato (mal)diretto. — 5. La partecipazione “allargata”. — 6. I riflessi dell’organizzazione sull’indipendenza istituzionale. — 7. La magistratura onoraria. — 8. Conclusioni. — 9. Postilla.

1. *Delimitazione del tema.*

L’oggetto della relazione che mi è stata affidata pone il problema dell’incidenza dell’organizzazione degli uffici sull’indipendenza della magistratura giudicante, specificamente sotto il profilo funzionale.

Si tratta di un problema che si pone con un tasso di drammaticità notevolmente inferiore per la magistratura giudicante rispetto alle criticità che sono state messe in evidenza, quanto alla magistratura inquirente, da chi mi ha preceduto.

Ma è un profilo che non può essere sottovalutato, proprio alla luce del dettato costituzionale che, in particolare con riferimento ai giudici, soggetti solo alla legge, non tollera costruzioni piramidali.

Nell’esercizio concreto della giurisdizione, infatti, non possono configurarsi “vertici” di natura funzionale e questo, negli uffici giudicanti, è un profilo culturalmente consolidato, proprio per la differente garanzia costituzionale che lo presidia.

In questo mio breve intervento potrò solo sfiorare problemi di dimensioni così ampie, che pongono il seguente quesito: fino a

dove può spingersi il dirigente nell'organizzare l'ufficio senza rischio di minare l'indipendenza funzionale (oltre che istituzionale) del singolo giudice?

2. *Le fonti del potere organizzativo.*

Occorre fare un minimo accenno alle fonti del potere organizzativo.

La disciplina normativa primaria dell'organizzazione del lavoro negli uffici giudicanti è alquanto scarna, mentre assai più complessa, e a tratti capillare, è la produzione di matrice consiliare.

L'organizzazione degli uffici giudicanti ha dato luogo, infatti, ad una trama fittissima di regole dettate dal Consiglio Superiore della Magistratura. A tal proposito si parla, convenzionalmente, di “diritto tabellare”, che, in sintesi, disciplina l'organigramma degli uffici, la loro ripartizione in sezioni, l'assegnazione alle stesse dei singoli magistrati e i criteri di assegnazione degli affari giudiziari.

Questo insieme di regole è compendiato nella circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti, che viene aggiornata — ma sarebbe meglio dire riscritta — ogni tre anni (1).

Come si legge in tutte le relazioni illustrative delle varie versioni della circolare succedutesi negli ultimi 15/20 anni, le tabelle assicurano «l'effettiva precostituzione del giudice naturale, come stabilito dall'art. 25 Costituzione, nonché l'attuazione dei valori di indipendenza interna, di inamovibilità ed imparzialità del giudice».

Si muove, come è evidente, dal presupposto della riferibilità della garanzia di cui all'art. 25 Cost. anche al giudice-persona fisica; tesi, del resto, largamente maggioritaria in dottrina e avallata

(1) Attualmente è in vigore la circolare approvata con delibera di plenum in data 25 gennaio 2017 — Prot. n. 1318 del 26 gennaio 2017 — per il triennio 2017-2019.

(ormai) dalla stessa giurisprudenza costituzionale (pronunce n. 272 e n. 419 del 1998)(2).

In particolare, secondo la Corte costituzionale, la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., opera, sotto questo specifico profilo, come un vincolo al potere discrezionale di soggetti ai quali *la legge stessa* attribuisce il compito di distribuire il lavoro tra i giudici di un determinato ufficio giudiziario (sentenza n. 272 del 1998).

Questi soggetti sono: *a)* il C.S.M., il quale — nel ruolo di “vertice organizzativo della magistratura” — esercita il potere di dettare le regole generali; *b)* i dirigenti degli uffici giudiziari, incaricati di dare applicazione a tali regole.

Appare chiaro, allora, che il cosiddetto diritto tabellare costituisce un vincolo alla discrezionalità dei dirigenti degli uffici.

Il sistema tabellare è di creazione “pretoria”: fu il C.S.M., con le sue circolari (la prima delle quali, la n. 7671, risale addirittura al 14 maggio 1968), a creare l'embrione di quello che si sarebbe poi sviluppato copiosamente, una volta recepito dal legislatore con gli artt. 7-bis e 7-ter del r.d. n. 12/1941, introdotti con il d.p.r. n. 449/1988 e a più riprese modificati.

Il sistema tabellare nasce per bilanciare il principio del giudice naturale con quello di prontezza ed efficienza della risposta giudiziaria (Corte cost. n. 272/1998), la cui responsabilità è in capo al dirigente dell'ufficio.

Un equilibrio che si gioca tutto — come si vedrà — sul filo dell'indipendenza interna.

3. *Dirigenti e diretti.*

Gli uffici giudiziari sono diretti da un magistrato che, in questa veste e in virtù dell'incarico direttivo assegnatogli dal C.S.M., organizza il lavoro degli altri magistrati dell'ufficio.

(2) Per una compiuta disamina, N. ZANON e F. BRONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, 230 ss. Si veda anche A. PROTO PISANI, *Ancora su giudice naturale e sistema tabellare*, in *Foro it.*, 2014, V, 24 ss.

La Corte costituzionale ha già ritenuto l'assegnazione di tali incarichi compatibile con l'art. 107, comma 3, Cost. (secondo cui i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni) poiché l'esercizio di tale potere non implica l'esistenza, fra magistrato dirigente e magistrati "diretti", di un rapporto di subordinazione e di dipendenza gerarchica (sentenza n. 80/1970).

La domanda però è la seguente: pur in assenza di rapporto di subordinazione o dipendenza gerarchica all'interno dell'ufficio giudicante, esiste comunque il rischio che l'esercizio dei poteri organizzativi, che costituisce il cuore dell'attività dirigenziale, possa influenzare negativamente l'esercizio delle funzioni?

Le teorie dell'organizzazione di realtà indubbiamente complesse come gli uffici giudiziari postulano — nel rispetto della garanzia costituzionale di soggezione del giudice solo alla legge — che il magistrato deve rimanere assolutamente libero quando decide la causa; non altrettanto è a dirsi quando è tenuto ad adeguarsi alle modalità organizzative del servizio stabilite dal dirigente dell'ufficio.

La questione non è di poco momento.

Lo stesso Primo Presidente della Corte di cassazione — dr. Ernesto Lupo — in una sua relazione tenuta in occasione dell'inaugurazione di un anno giudiziario (nel 2012), sottolineò che vi sono dei profili dell'attività giurisdizionale che — usò queste parole — «non appartengono all'autonomia e all'indipendenza del singolo giudice, ma rientrano nella competenza dell'organizzazione complessiva dell'ufficio giudiziario e nella responsabilità di chi lo dirige», riferendosi, in quell'occasione, alla regolazione dei tempi della risposta giudiziaria.

Affermazione difficilmente contestabile (3).

Ma fino a dove può spingersi il dirigente — senza intaccare l'indipendenza funzionale del giudice — nello stabilire (faccio esempi tratti dall'analisi di provvedimenti organizzativi): il divieto

(3) Anche il C.S.M. — sin da una risposta a quesito del 17 novembre del 2010 — ha affermato che le competenze del giudice nella gestione dell'attività di udienza va collocata "sistematicamente nella cornice organizzativa nella quale si trova ad operare".

di udienze straordinarie; i tempi massimi di rinvio tra l'una e l'altra udienza in relazione alle tipologie di richieste operate dalle parti; la quantità massima di fascicoli da fissare in ogni singola udienza; il frazionamento orario delle udienze, in relazione all'attività da svolgere; le materie da privilegiare nella trattazione; i criteri di selezione temporale e di gestione dei procedimenti arretrati?

Nessuno ovviamente può ipotizzare una sorta di gerarchia dei principi, per cui l'indipendenza e l'autonomia del singolo magistrato sarebbero sempre prevalenti rispetto all'efficienza del servizio giustizia, che pure pone in campo un altro principio costituzionale, che è quello di buona amministrazione presidiato dall'art. 97 Cost.

Però, ci si *deve* chiedere, qual è il punto di sintesi?

Esso è individuato, normalmente, nella gestione "condivisa" dell'ufficio, che sfocia, altrettanto generalmente, nella redazione delle tabelle degli uffici giudicanti.

La tabella, infatti, è frutto di un procedimento amministrativo — peraltro da molti giudicato pletorico e macchinoso — che vede il coinvolgimento di vari soggetti e, in primo luogo, dei magistrati dell'ufficio, inclusi quelli onorari.

Non illustro il procedimento, per ragioni di brevità.

Mi limito a segnalare che le tabelle vengono approvate con decreto del Ministro della giustizia, in conformità alle deliberazioni del C.S.M., sulla base delle proposte dei presidenti delle corti d'appello dei vari distretti, redatte a seguito delle c.d. "segnalazioni" dei dirigenti degli uffici e con il parere espresso dal Consiglio giudiziario.

Momento centrale, tuttavia, sono le riunioni preliminari tra i magistrati dell'ufficio (art. 16 della circolare) e le osservazioni successive di questi ultimi alla proposta tabellare (art. 19 della circolare).

Tutto risolto allora? Non pare proprio così.

Il punto di sintesi fondato sulla condivisione entra in crisi quando nell'organizzazione giudiziaria *irrompe* la necessità di una gestione "manageriale".

I magistrati sono storicamente avvezzi alle forme di controllo giudiziale sull'esito dell'esercizio della funzione nel singolo caso concreto, attraverso i mezzi d'impugnazione.

Solo di recente hanno iniziato ad accettare (dapprima con riluttanza), forme di valutazione su dati aggregati che descrivono il funzionamento di un intero ufficio giudiziario o di un singolo ruolo affidato a un giudice(4).

In ciò si coglie la tensione tra l'esigenza di garantire l'indipendenza del giudice e la necessità di assicurare un funzionamento efficiente della giustizia.

Sta di fatto che la prospettiva "manageriale" è stata abbracciata dal legislatore con l'art. 37 del d.l. n. 98/2011.

Questa disposizione ha previsto che i dirigenti degli uffici redigano annualmente un programma per la gestione dei procedimenti civili pendenti, assegnando al C.S.M. il compito di individuare i *carichi esigibili di lavoro*, dei quali il dirigente deve tenere conto per la redazione dei programmi di gestione.

La prima circolare fu approvata dal C.S.M. il 2 maggio 2012, all'esito di un lungo confronto dai toni aspri, all'interno dello stesso organo di governo autonomo, sulla determinazione dei carichi esigibili: si contrapposero diverse visioni dello strumento legislativo(5), che hanno portato ad accesi dibattiti sull'individuazione della fascia elastica di produttività sostenibile (il c.d. *range* di produttività).

Non è questa la sede per approfondire i termini della discussione(6).

Mi interessa, piuttosto, sottolineare il passaggio, imposto dalla previsione di legge, da un'organizzazione statica del lavoro giudi-

(4) Per una ricostruzione dell'evoluzione "culturale" appena indicata, M. SAPIGNOLI, *Qualità della giustizia e indipendenza della magistratura nell'opinione dei magistrati italiani*, Cedam, 2009, *passim*.

(5) Basti pensare alla diffusa confusione tra i concetti di *carichi esigibili* e *standard di rendimento*: questi ultimi sono funzionali solo all'individuazione del parametro della laboriosità, ai fini delle valutazioni di professionalità, e concernono l'analisi del lavoro di tutti i magistrati italiani impegnati in un determinato settore di attività. I primi sono quelli utili ad individuare l'effettiva capacità produttiva di un ufficio giudiziario e dei magistrati che lo compongono in un dato momento storico.

(6) Per una ricostruzione "dal di dentro" del serrato dibattito è possibile consultare il tagliente volume di A. NAPPI, *Quattro anni a Palazzo dei Marescialli*, Aracne, 2014, 110 ss.

ziario, ad un'organizzazione dinamica, volta al recupero di efficienza dell'intero sistema giudiziario (7).

È evidente che questa ottica *gestionale* incide sulla produttività del singolo magistrato e, per questa via, può condizionare il modo stesso di esercitare la giurisdizione.

4. *Il benessere organizzativo e gli strumenti di reazione del magistrato (mal)diretto.*

Un tentativo di far “accettare” ai magistrati la necessità di un controllo di tipo gestionale è passato — a me pare — attraverso la contropartita della garanzia del cosiddetto benessere organizzativo.

Nella circolare sulle tabelle degli uffici giudicanti approvata per il triennio 2017-2019, è stato introdotto un titolo dedicato al “benessere organizzativo”, innestando nell'organizzazione degli uffici giudiziari principi già da tempo elaborati nelle pubbliche amministrazioni (8).

L'idea di fondo è che per raggiungere l'obiettivo del miglioramento dell'efficienza del servizio della giustizia non è sufficiente puntare solo sulla produttività e sul perfezionamento dei modelli organizzativi, ma è necessario costruire negli uffici giudiziari ambienti e relazioni di lavoro che favoriscano il miglioramento della qualità della vita degli operatori della giustizia e delle loro prestazioni.

L'art. 271 della circolare tabelle afferma icasticamente che «[l]’organizzazione dell’ufficio deve garantire il benessere fisico, psicologico e sociale dei magistrati».

La responsabilità dell'attuazione di misure a tali scopi finalizzate è fatta gravare su coloro che ricoprono le posizioni di responsabilità organizzativa.

(7) È recente (delibera del 16 ottobre 2019) l'approvazione di un'autonoma circolare che, *praeter legem*, rende obbligatoria la redazione dei programmi di gestione anche dei procedimenti penali, a partire dal 2021.

(8) Risale al 24 marzo 2004 un'apposita direttiva del ministro della funzione pubblica sulle misure finalizzate al miglioramento del benessere organizzativo nelle pubbliche amministrazioni.

Più in particolare, l'art. 274 prevede che «è compito del dirigente dell'ufficio attivarsi, oltre che per raggiungere obiettivi di efficacia e di produttività, anche per mantenere il benessere fisico e psicologico dei magistrati, attraverso la costruzione di ambienti e relazioni di lavoro che contribuiscano al miglioramento della qualità della loro vita professionale».

Al clima relazionale è invece rivolto l'art. 276, che demanda al dirigente il compito di mantenere un clima relazionale sereno, attraverso la valorizzazione delle competenze, la partecipazione ai progetti di innovazione e l'equa distribuzione dei carichi di lavoro.

Ciò che più interessa, ai nostri fini, è evidenziare che la condivisione delle scelte organizzative è ormai considerata — per usare una metafora penalistica — “elemento costitutivo” del benessere organizzativo, tanto che l'art. 275 della circolare tabelle è dedicato proprio alla partecipazione, affermando il diritto (che poi è anche un dovere) dei magistrati di essere coinvolti nelle scelte organizzative dell'ufficio che incidono sulla loro attività lavorativa.

A completamento del quadro, l'ordinamento mette a disposizione del magistrato strumenti di “reazione” a fronte della violazione del diritto tabellare, potenzialmente incidente sulla sua indipendenza funzionale.

La questione può essere esaminata sotto due diverse angolazioni (9).

Da un lato, infatti, vi può essere la situazione in cui il dirigente dell'ufficio formuli proposte tabellari lesive delle norme, primarie (poche) o secondarie (moltissime).

Dall'altro lato — ed è l'ipotesi più spinosa — vi può essere la patologica situazione di tabelle ritualmente proposte e approvate, ma applicate non correttamente o addirittura del tutto ignorate (10).

(9) Per una esaustiva panoramica, A. IACOBONI, *Sistema tabellare e conseguenze delle sue violazioni*, in *Foro it.*, 2009, V, 135 ss.

(10) Si tratta di una duplicità di profili messa in rilievo dalla stessa Corte costituzionale in una recente decisione — sentenza n. 257/2017 — in cui ha distinto il profilo della «previa predisposizione da parte degli organi di autogoverno delle magistrature di criteri obiettivi per l'assegnazione degli affari e per l'esplici-

In disparte la responsabilità disciplinare (11) (che ricorre tanto nel primo quanto nel secondo caso ed è contemplata dalla stessa legge (12)), quali sono i mezzi di tutela *immediata* a garanzia dell'indipendenza interna e funzionale del giudice?

Il primo rimedio — quello, diciamo così, *naturale* — è la presentazione di osservazioni al Consiglio giudiziario, prima, ed al C.S.M., poi, nell'ambito del procedimento amministrativo “partecipato” di cui si è detto.

Residua, eventualmente, la possibilità di impugnare innanzi al T.A.R. Lazio il decreto ministeriale che recepisce la delibera finale del C.S.M., ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge n. 195/1958, istitutiva del C.S.M. (13).

Ma, a volte, il provvedimento organizzativo non assume la canonica forma tabellare e, in questo modo, esce dal “circuito di controllo” del governo autonomo.

In questo caso, in linea teorica, il giudice ha la possibilità di impugnare il provvedimento illegittimo direttamente innanzi al giudice amministrativo (14).

Sono casi rari.

tazione dei poteri organizzativi dei capi degli uffici giudiziari» da quello, definito «critico», che riguarda l'applicazione concreta dei criteri da parte dei dirigenti di detti uffici.

Alla duplicità di tali profili — dice la Corte — corrisponde anche una diversità dei rimedi per i soggetti pregiudicati da un uso «distorto o deviante» dei criteri di assegnazione, siano essi le parti del processo o gli stessi magistrati destinatari dei provvedimenti organizzativi.

(11) A cui si affianca il trasferimento di ufficio *ex art. 2* della legge sulle guarentigie (r.d.lgs. n. 511/1946), la valutazione di conferma e quella di professionalità (quest'ultima evenienza non rara anche per i dirigenti degli uffici, visto il generale abbassamento della loro età media).

(12) Art. 7-*bis* r.d. n. 12/1941 e art. 2, comma 1, lettera *n*), del d.lgs. n. 109/2006.

(13) La dizione della norma, che fa generico riferimento a tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati, è sufficientemente ampia da comprendere anche i provvedimenti di approvazione delle tabelle.

(14) Nella decisione da ultimo citata, la Corte costituzionale ha affermato che «nei confronti di modalità di assegnazione dei giudizi lesive della sfera soggettiva dell'assegnatario non può essere esclusa la garanzia della tutela dinnanzi al giudice assicurata dal fondamentale principio degli artt. 24 e 113 Cost.».

Il più delle volte, il magistrato ricorre al rimedio “interno” previsto dall’art. 43 della circolare tabelle, che contempla un “eccezionale” potere di annullamento in capo al C.S.M.

5. *La partecipazione “allargata”.*

La ricerca di quel necessario equilibrio tra autonomia della giurisdizione e strumenti organizzativi, volto a prevenire momenti traumatici di rottura, sta percorrendo oggi nuove strade.

Si tenta, infatti, di espandere il principio di condivisione delle scelte organizzative, anche al di fuori del singolo ufficio giudiziario.

Mi riferisco al sistema dei cosiddetti “protocolli” che, fioriti inizialmente nel settore civile, si sono diffusi anche in quello penale.

Tali documenti, spesso negoziati e sottoscritti direttamente da dirigenti degli uffici giudiziari, si propongono di suggerire le migliori soluzioni a legislazione invariata per risolvere le questioni legate ai tempi e all’organizzazione del lavoro giudiziario.

Bene, verrebbe da dire.

Ma che incidenza hanno i cosiddetti “protocolli” sul principio di indipendenza funzionale del giudice?

Essi hanno un fondamento, potremmo dire, “pattizio”: si tratta di una sorta di *soft law*, che nasce dal basso.

Da ciò deriva l’ovvia conseguenza che i protocolli non hanno, né possono avere, forza cogente sul singolo magistrato.

Eppure, i protocolli si riflettono inevitabilmente anche su coloro che a tale patto non hanno volontariamente aderito.

In primo luogo, possono, a volte, creare momenti di frizione con l’indipendenza istituzionale, entrando sempre più spesso nei rapporti redatti dai dirigenti degli uffici in occasione delle valutazioni di professionalità.

Sebbene priva di valore normativo, infatti, la regola “non giuridica” può costituire un fatto rilevante all’interno di una fattispecie legale (qui costituita dalla valutazione di professionalità)(15).

(15) In questi termini, D. TURRONI, *La riforma del giudizio civile in Cassa-*

I protocolli possono, poi, e molto più spesso, incidere sull'indipendenza funzionale del giudice.

La influenzano certamente quando diventano vincolanti perché tradotti in criteri tabellari, pur essendo questa una conseguenza fisiologica del legittimo esercizio del potere direttivo/organizzativo (16).

Ma la influenzano anche quando tale veste organizzativa non assumono.

Il che accade frequentemente quando tali documenti sono destinati a regolare l'attività sinergica di due diversi uffici, ad esempio Tribunale e Procura "dirimpettaia", quest'ultima non soggetta alla disciplina tabellare (17).

In tutta Italia si sono moltiplicati, ad esempio, protocolli per l'individuazione di priorità nella trattazione degli affari penali, ulteriori rispetto a quelle legali fissate dall'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p., con la "benedizione" dello stesso C.S.M. (18).

Nel silenzio della legge, ad esempio, la prescrizione è stata elevata a criterio di selezione dei processi da trattare.

Faccio un esempio recente: la conferenza distrettuale tra i dirigenti degli uffici giudiziari di Brescia ha elaborato, in data 2 ottobre 2019, delle «Linee guida in materia di priorità nella trattazione dei procedimenti penali».

Questo protocollo indica le modalità di formazione dei ruoli di udienza e prevede che i processi che — secondo una "ragione-

zione - i protocolli d'intesa e la loro rilevanza giuridica: tra regola e fatto, in *Giur. it.*, 2018, 772 ss.

(16) È questa, peraltro, la strada indicata dallo stesso C.S.M., a partire da una delibera del 2 maggio 2012, proprio in risposta ad un quesito sulla vincolatività dei protocolli d'udienza.

(17) Per effetto dell'abrogazione del comma 3 dell'art. 7-*ter* del r.d. n. 12/1941, operata dal d.lgs. n. 106/2006, gli uffici di procura sono usciti dall'orbita del diritto tabellare, salvo aspetti marginali concernenti la gestione dei momenti di difficoltà organizzativa, da risolvere ricorrendo agli istituti delle supplenze, delle applicazioni e delle tabelle infradistrettuali.

(18) Basti ricordare la delibera del 9 luglio 2014, recante «Criteri di priorità nella trattazione degli affari penali», e la delibera dell'11 maggio 2016, contenente «Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi degli affari - rapporti tra uffici requirenti e uffici giudicanti».

vole previsione” — si prescrivono entro 24 mesi, siano collocati nella fascia di processi non prioritari.

Ci si chiede: il singolo giudice può decidere diversamente e, dunque, ritenere che un processo che si prescrive entro 24 mesi debba essere ugualmente trattato, perché, ad esempio, confida nella sua capacità di smaltimento dell'arretrato, in tesi superiore alla media dell'ufficio, presa in considerazione dal protocollo?

Ovviamente, si dirà, la risposta è positiva.

Vi sono però casi di protocolli che addirittura producono l'effetto di *sottrarre* al giudice *anche* questa discrezionalità.

In alcune sedi, il compito di individuazione della “ghigliottina temporale” non è affidato al solo giudice in sede di formazione dei ruoli di udienza, ma è anticipato al momento della citazione dei testi da parte dell'ufficio di procura: è quest'ultimo ufficio che (si badi, in una fase successiva all'esercizio dell'azione penale), verificata la ricomprensione del processo nel *range* temporale “convenzionale”, è “autorizzato” dal protocollo di matrice dirigenziale a non citare i testi per quell'udienza, pur se già fissata dal giudice.

Apprezzabile l'intento: evitare un gigantesco e improduttivo spreco di risorse.

Ma, in questa sede, interessa un altro, peculiare, profilo.

Come è facilmente intuibile, qui l'esercizio di un potere dirigenziale non viene tradotto in variazioni tabellari — che, come accennato, non potrebbero riguardare l'ufficio di procura — e non assume neppure la veste di provvedimento organizzativo proprio del solo ufficio giudicante.

Eppure, di fatto, *ostacola* l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice che quelle scelte, magari, non condivide, ma che non può contestare in alcun modo.

Si giunge a imporgli, sostanzialmente, di non fare di più, anche se in ipotesi questo magistrato volesse e potesse fare di più, in base alla sua individuale capacità di lavoro e/o alla sua diversa filosofia di approccio a quest'ultimo.

Il fatto è che il problema non è più solo “locale”.

Mi riferisco al processo di elaborazione, da parte dello stesso C.S.M., in relazione a settori nevralgici dell'organizzazione degli uffici, di indicazioni operative, orientamenti, linee guida, che assu-

mono spesso la forma delle risoluzioni e che mirano a suggerire modelli di condotta nell'esercizio delle funzioni.

Questi interventi sono stati molteplici e hanno riguardato ambiti eterogenei.

Mi limito qui a ricordare, a mo' di esempio, le esecuzioni immobiliari (19), l'esame preliminare delle impugnazioni, la nomina dei consulenti e dei periti nei procedimenti di responsabilità sanitaria (20), la protezione internazionale (21), la violenza di genere (22), le *modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti* (23), etc.

Le finalità, lo ripeto, sono condivisibili.

Tuttavia, sorge il rischio (24) di perseguire tali obiettivi al prezzo di parziali sconfinamenti nella sfera propria dello *ius dicere* consistente nell'interpretazione della legge processuale rilevante sul contenuto della decisione, soprattutto quando, più che raccogliere prassi sperimentate, si propongono soluzioni innovative.

Certo, non è più il tempo — questo è ovvio — del solipsismo organizzativo dei singoli magistrati.

È una visione dell'approccio alla funzione del magistrato che, se si è sviluppata in passato nel terreno fertile costituito dai principi di autonomia e indipendenza (appunto funzionale) del giudice, ha anche prodotto risultati negativi in un'ottica puramente autoreferenziale.

Si sta, allora, affermando e si va consolidando una moderna visione delle garanzie costituzionali di autonomia e indipendenza

(19) Linee guida in materia di buone prassi nel settore delle esecuzioni immobiliari: delibera dell'11 ottobre 2017 e successive modifiche e integrazioni.

(20) Risoluzione in ordine ai criteri per la selezione dei consulenti nei procedimenti concernenti la responsabilità sanitaria: delibera del 25 ottobre 2017.

(21) Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi alla protezione internazionale: delibera del 15 marzo 2017.

(22) Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica: delibera del 9 maggio 2018.

(23) Linee guida in materia di esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti: delibera del 5 luglio 2017 e successive modifiche e integrazioni.

(24) Così, ancora, D. TURRONI, *op. loc. cit.*

della magistratura: oltre che come prerogative e guarentigie dell'ordine giudiziario (verso l'esterno) e dei suoi componenti singolarmente considerati (verso l'interno), esse vengono ora avvertite quale contropartita di una sorta di responsabilità collettiva dell'intera categoria.

6. *I riflessi dell'organizzazione sull'indipendenza istituzionale.*

Occorre vigilare anche su un altro aspetto, che pure è centrale.

L'organizzazione degli uffici può influenzare, infatti, non solo l'indipendenza funzionale ma anche quella istituzionale del singolo magistrato.

Mi limiterò a qualche rapido spunto di riflessione.

L'organizzazione dell'ufficio dovrebbe garantire a tutti i magistrati uguali *chances* di crescita professionale.

Sappiamo — ce lo hanno spiegato i relatori nella sessione mattutina — che l'assegnazione di incarichi direttivi e semidirettivi è retta da una disciplina che, oggi, attribuisce grande rilevanza alle pregresse esperienze di direzione, di organizzazione e di *collaborazione* organizzativa.

Si contano, oggi, moltissimi incarichi di collaborazione organizzativa — espressamente previsti dalla circolare tabelle e dalle risoluzioni collegate — che possono costituire “medaglie” da appuntare al petto e mostrare in occasione dei concorsi per l'ottenimento di incarichi direttivi e/o semidirettivi. Basti ricordare, a mero titolo esemplificativo, i seguenti incarichi:

Magistrato incaricato dell'organizzazione del lavoro nei tribunali nei quali non sono istituiti posti di Presidente di sezione, ovvero nei casi in cui la sezione non è diretta da un Presidente di sezione (art. 99 della circolare);

Magistrato delegato ai compiti di coordinamento e controllo dell'ufficio per il processo (art. 10 della circolare);

Magistrato collaboratore per la predisposizione del progetto tabellare (art. 14 della circolare) o in specifiche attività presidenziali non espressamente riservate ai presidenti di sezione e che questi dimostrino di non poter espletare (art. 107 della circolare);

Vicario del dirigente, in assenza dei presidenti di sezione (art. 94 della circolare);

Magistrato collaboratore nel coordinamento dell'ufficio del giudice di pace (art. 215 della circolare);

Magistrato di riferimento per l'informatica (MAGRIF) (25).

La riforma del 2006, purtroppo, ha prodotto il risultato di disegnare percorsi verso la dirigenza in cui l'assegnazione di tali incarichi rappresenta un passaggio quasi obbligato, in funzione della costruzione dei profili idonei.

Ma si tratta, per la maggior parte, di incarichi affidati dal dirigente dell'ufficio.

La domanda è la seguente: tutti i magistrati possono davvero competere in posizione di parità all'ottenimento di questi incarichi?

In realtà, ancora una volta, molto dipende dall'organizzazione del lavoro nell'ufficio, dalla distribuzione appunto dei carichi di lavoro, dall'attenzione riposta nell'assicurare a tutti eguali *opportunità* in relazione alle condizioni diversificate di partenza (si pensi alla genitorialità, alle condizioni di disabilità o di semplice malattia, alle differenze di genere (26), etc.).

È chiaro che la "speranza" di carriera, legata all'ottenimento di uno di questi incarichi, può favorire un rapporto di subordinazione all'interno della magistratura, di per sé incompatibile con il libero esercizio della funzione giurisdizionale.

7. *La magistratura onoraria.*

Tutto quanto detto finora per i magistrati togati va moltiplicato "enne volte" se si considera la magistratura onoraria.

(25) Oggi la denominazione è quella di magistrato di riferimento per l'innovazione (circolare del 6 novembre 2019).

(26) Secondo gli ultimi dati disponibili, le donne sono il 54% dei magistrati in servizio. La percentuale non è rispecchiata nell'assegnazione degli incarichi direttivi e semidirettivi: nell'ambito della magistratura giudicante solo il 34% degli incarichi direttivi ed il 44% dei semidirettivi è attribuito a donne; nella magistratura requirente la percentuale scende rispettivamente al 22% e al 27%.

Oggi è impossibile fare a meno di questo magistrato costituzionalmente non necessario eppure storicamente investito di una grossa fetta del contenzioso, civile e penale.

Anche nei confronti della magistratura onoraria valgono — e non potrebbero non valere — le garanzie generali che caratterizzano l'esercizio di qualsiasi attività giurisdizionale e cioè l'autonomia e l'indipendenza (art. 104 Cost.), l'imparzialità (art. 111 Cost.) e la soggezione alla sola legge (art. 101 Cost.).

Non a caso anche i magistrati onorari sono stati assoggettati al governo autonomo del Consiglio superiore, per cui grande deve essere l'attenzione in ordine alla garanzia dell'indipendenza, qui essenzialmente funzionale.

Dall'analisi del d.lgs. n. 116/2017 — contenente l'attuazione della delega alla riforma della magistratura onoraria — emergono, tuttavia, forti dubbi in ordine alla garanzia dell'indipendenza dei magistrati onorari, proprio sul piano dell'organizzazione del lavoro.

Uno studioso di ordinamento giudiziario, Giuliano Scarselli, in un suo scritto (27), ha posto due domande, evidentemente retoriche nella sua impostazione.

La prima è se sia costituzionalmente legittimo che per i giudici onorari di pace (e anche per i vice procuratori onorari) non siano previsti *solo* — come per tutti — la formazione e l'aggiornamento, bensì *anche* la partecipazione a riunioni trimestrali per l'esame delle questioni giuridiche più rilevanti di cui abbiano curato la trattazione, e ciò per la discussione delle soluzioni adottate (art. 22 del d.lgs. n. 116/2017).

In questi casi, infatti, la formazione non avviene sullo studio di fattispecie astratte, bensì sull'analisi di provvedimenti che quel magistrato ha adottato, «un po' come una professoressa di liceo fa con i compiti degli studenti» (28).

(27) G. SCARSELLI, *Note critiche sullo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della magistratura onoraria*, in *Questione Giustizia*, rivista *on line*, 10 luglio 2017.

(28) Così, letteralmente, G. SCARSELLI, *op. cit.*

Ancora, c'è da chiedersi se sia costituzionalmente legittima l'organizzazione dell'ufficio del processo cui sono addetti i giudici onorari.

Il giudice onorario studia il fascicolo, fa la ricerca di giurisprudenza, predispone gli atti preparatori, pronuncia tutte le ordinanze interlocutorie, assume i mezzi di prova, e infine provvede alla decisione in tutti i casi previsti dalla legge, che sono moltissimi, e che possono attenersi anche a materie delicate.

In questo contesto, dice la legge, «[i]l giudice onorario di pace svolge le attività delegate attenendosi alle direttive concordate col giudice professionale» (art. 10 del d.lgs. n. 116 /2017).

Non è implausibile concludere che il modello organizzativo del nuovo ufficio per il processo presuppone *una sorta di subordinazione del giudice onorario rispetto al giudice professionale*.

Subordinazione che le norme costituzionali certamente non giustificano.

8. Conclusioni.

È passata molta acqua sotto i ponti dai tempi in cui il profilo organizzativo era considerato “roba da cancellieri” e va salutata con favore la presa di coscienza collettiva della magistratura in ordine alla straordinaria importanza di partecipare all'organizzazione degli uffici.

La “buona amministrazione” è un bene strumentale dal quale dipendono: a) la tutela dei diritti essenziali dei cittadini; b) la garanzia di reale indipendenza della magistratura.

Un bene prezioso, dunque, che va maneggiato con cura e attenzione da parte del dirigente che ha la principale responsabilità di provvedere.

Per questo — e chiudo un ideale cerchio rispetto alla sessione del mattino — la scelta del dirigente più capace per ogni singolo ufficio è essenziale per la compiuta realizzazione del disegno costituzionale che in questo convegno si è cercato di portare alla luce.

9. *Postilla* (29).

All'epoca del seminario di cui questo volume raccoglie gli atti nessuno avrebbe potuto immaginare ciò che si sarebbe abbattuto sul nostro Paese e, dunque, anche sul servizio giustizia, in conseguenza della terribile emergenza sanitaria cagionata dalla diffusione del virus Sars-CoV-2, responsabile della malattia respiratoria denominata COVID-19.

Si tratta di un avvenimento senza precedenti, che vede esposto, in prima linea, il sistema sanitario nazionale e, a cascata, tutti gli altri sistemi strategici del paese, incluso quello giudiziario.

Sono state adottate, fin dalle prime fasi dell'emergenza — la cui epifania è databile con la scoperta, in Italia, del primo infettato, alla metà del mese di febbraio del 2020 — misure di cosiddetto “contenimento”, con l'imposizione di divieti e restrizioni alle libertà di circolazione, di attività lavorativa, di esercizio dell'industria, del commercio, delle arti e delle professioni, allo scopo di limitare al massimo grado possibile — attraverso il cosiddetto “distanziamento sociale” — la diffusione del contagio, che avviene (e molto facilmente) per via aerea.

Il legislatore dell'emergenza — con i decreti-legge 2 marzo 2020, n. 9 (limitato alle zone identificate come focolai dell'epidemia) e 8 marzo 2020, n. 11 (esteso, invece, a tutto il territorio nazionale) — ha individuato un primo periodo, durante il quale il servizio giustizia è stato sostanzialmente sospeso, tranne eccezioni legate a procedimenti in nessun modo differibili. A tale prima fase è seguita una seconda, per la quale è stato previsto un regime sempre emergenziale, e per questo ancora in deroga a quello ordinario, tendenzialmente “dinamico”, in quanto destinato ad adattarsi all'evoluzione della situazione epidemiologica.

Tale bipartizione è stata confermata dal decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 e stabilizzata dalla relativa legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27, la quale (al netto di alcune sviste legate al-

(29) Le brevissime notazioni contenute in questo paragrafo sono state redatte agli inizi del mese di giugno del 2020.

l'omessa considerazione di ulteriori prescrizioni incidenti sulla durata temporale della prima fase contenute nel decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, *medio tempore* adottato), ha prorogato la durata della "fase 2" fino al 31 luglio 2020, in tal modo operando una saldatura con l'inizio del periodo feriale.

Ciò che interessa, in questa sede, sottolineare è che il legislatore, con l'art. 83 del d.l. n. 18/2020, poi convertito, ha assegnato ai dirigenti degli uffici un enorme potere organizzativo per la gestione di questa seconda fase.

Recita il comma 6: «(...) per il periodo compreso tra il 12 maggio e il 31 luglio 2020 i *capi* (30) degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli avvocati, adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia e delle prescrizioni adottate in materia con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone».

Tra le misure organizzative elencate al successivo comma 7 (e nei commi ancora seguenti), oltre quelle strettamente funzionali a garantire il fine di assicurare il cosiddetto "distanziamento sociale" (modalità di deposito e comunicazione di atti, limitazione degli accessi del pubblico, trattazione "da remoto" — salvo eccezioni — delle udienze, eccetera), ve ne sono alcune che hanno stretta incidenza con i temi trattati nei precedenti paragrafi.

Mi riferisco, in particolare, alla previsione (lettera *d*) che impone «l'adozione di linee guida *vincolanti* per la fissazione e la trattazione delle udienze».

(30) Non è inutile evidenziare che l'utilizzo di tale termine — per la verità non nuovo nella "grammatica" delle leggi di ordinamento giudiziario — pare di per sé evocativo di un possibile rapporto di subordinazione che, certamente, non risponde al disegno costituzionale.

Appare evidente il “salto di qualità”: una sorta di delega in bianco attribuita ai dirigenti degli uffici per l'imposizione, ai singoli giudici, di modalità “obbliganti” (non solo per la fissazione, ma anche) per la trattazione degli affari assegnati, salva l'opzione — pure rimessa alla discrezionalità del “capo” — di optare per il rinvio delle udienze ad una data successiva al 31 luglio 2020 (lettera g), con le eccezioni già indicate per la prima fase.

I rischi innanzi tratteggiati di erosione dell'ambito di indipendenza funzionale del singolo giudice, ad opera del potere organizzativo del dirigente dell'ufficio, risultano moltiplicati e, ora, legittimati dallo stesso legislatore, pur con riferimento (si spera) alla sola fase emergenziale (allo stato, tuttavia, di non prevedibile durata e soggetta alla non remota possibilità di proroga).

Non è questa l'occasione, ovviamente, per un'approfondita riflessione sulle implicazioni sistematiche di una tale scelta e sulle sue ricadute.

Tuttavia, non si può sottacere, pur in prima approssimazione, che un rapporto di tensione con l'art. 101, secondo comma, Cost., pare innegabile, vista l'ampiezza e l'indeterminatezza della formula legislativa e delle correlate facoltà attribuite ai dirigenti.

Molto dipenderà, ovviamente, dalla prudenza con la quale questi ultimi eserciteranno tale potere, al quale dovrà corrispondere una responsabilità altrettanto lata, probabilmente da condividere con tutti i magistrati dell'ufficio, secondo quel modello partecipativo che si è detto costituire una “stanza di compensazione” necessaria per garantire il rispetto del principio d'indipendenza presidiato dalla Carta.

Ciò che, peraltro, non basta a limitare l'ulteriore pericolo di introdurre, a macchia di leopardo, modelli procedurali di trattazione dei giudizi diversificati da ufficio e ufficio, a discapito della certezza del diritto.

Va quindi salutato con favore l'intervento tempestivo del Consiglio Superiore della Magistratura, il quale, con risoluzioni dettate in un breve lasso temporale (31), ha fornito alcune “indica-

(31) Nelle date 5, 11 e 26 marzo 2020.

zioni” ai dirigenti degli uffici, raccomandando loro il ricorso a procedure partecipate, idonee a coinvolgere “in funzione consultiva” i componenti dell’ufficio, l’avvocatura ed il personale amministrativo, anche mediante la stipula di appositi protocolli. Di questi ultimi ha anche offerto modelli prestabiliti, in modo da favorire una tendenziale omogeneità a livello nazionale. L’organo di governo autonomo della magistratura ha, peraltro, sentito l’esigenza di sottolineare che le suddette indicazioni operative con finalità di organizzazione delle attività giurisdizionali non possono limitare «in alcun modo l’interpretazione delle norme, rimessa ai magistrati».

Un rischio, evidentemente, reale e da scongiurare in ogni modo possibile.

CONCLUSIONI

Giorgio Lattanzi

Ora tocca a me concludere; cosa che, come potete immaginare, è tutt'altro che facile. Temo che il mio discorso, per tentare di attraversare i tanti temi che abbiamo trattato oggi, sarà un po' confuso.

Anzitutto mi sembra che possiamo trarre una prima conclusione: come risulta dal volume che ha dato occasione a questo convegno e da quello che abbiamo sentito oggi, l'ordinamento garantisce alla magistratura in modo soddisfacente l'indipendenza esterna, sia quella istituzionale, sia quella funzionale, mentre presenta aspetti problematici l'indipendenza interna, sia istituzionale, in particolare quella del pubblico ministero, sia funzionale.

Sull'indipendenza interna del pubblico ministero avevo più di qualche perplessità che Piero Gaeta è riuscito in gran parte a fugare descrivendo un'evoluzione che ha trasformato la dipendenza gerarchica disegnata del d.lgs. n. 106/2006 in un'accettabile dipendenza funzionale nell'ambito degli uffici di procura.

Quella di Piero Gaeta è stata una relazione di straordinario interesse: dopo aver tratteggiato l'evoluzione dell'ordinamento del pubblico ministero dall'unità di Italia a oggi, si è soffermato diffusamente sulla riforma operata con il d.lgs. n. 106/2006, che aveva introdotto, o meglio aveva tentato di introdurre, una rigida dipendenza gerarchica dei sostituti dal procuratore della Repubblica. Ho detto aveva tentato di introdurre, perché, come ha chiarito Piero Gaeta, i successivi interventi del Consiglio Superiore della Magistratura sono riusciti ad attenuare in gran parte gli effetti dell'innovazione legislativa e a trasformare la dipendenza gerar-

chica in una meno stringente dipendenza funzionale, in qualche modo connaturata agli uffici di procura e arbitrata dallo stesso Consiglio Superiore. Dipendenza che si svolge nell'ambito di un progetto organizzativo dell'ufficio, presentato al Consiglio Superiore, e alla quale i magistrati delle procure prestano generalmente un'adesione collaborativa.

Pure Oreste Dominioni, dopo avere messo in evidenza la differenza, anche sul piano costituzionale, tra l'indipendenza interna funzionale del giudice, che deve essere assoluta, e quella del pubblico ministero, ha ricordato che la specificità degli uffici di procura richiede l'attribuzione al capo di un potere direttivo, che però si articola diversamente nelle diverse fasi del procedimento, con il riconoscimento dell'autonomia del magistrato che rappresenta l'ufficio in udienza (art. 53 c.p.p.).

Ciò detto per quanto riguarda specificamente il pubblico ministero, non posso non rilevare che sono invece emersi aspetti problematici, sia con riferimento al principale strumento di garanzia dell'indipendenza istituzionale dei magistrati, giudici o pubblici ministeri che siano, cioè al Consiglio Superiore della Magistratura, sia con riferimento al modo di essere dell'indipendenza funzionale, nel rapporto tra il giudice e la legge, che ci interroga sul ruolo che nell'ambito di tale rapporto è chiamato a svolgere il diritto di origine giurisprudenziale.

Il tema del C.S.M. è stato affrontato nella sessione della mattina, con specifico riferimento ai criteri per il conferimento degli incarichi, e in particolare di quelli direttivi, mentre è rimasto sullo sfondo il modo in cui di fatto si forma la volontà del Consiglio, attraverso l'influenza determinante delle correnti associative. Non si è parlato quanto forse sarebbe stato opportuno delle recenti vicende giudiziarie che hanno richiamato l'attenzione del mondo politico e dell'opinione pubblica, mettendo in evidenza trattative e accordi volti a determinare le decisioni del Consiglio sulle nomine ai vertici di importanti uffici giudiziari.

L'indipendenza esige che non ci sia alcun potere interno alla stessa magistratura che possa in qualche modo condizionarla con premi o con punizioni, e questa indipendenza i magistrati sono riusciti negli anni ad ottenerla attraverso l'abolizione della carriera

e dei correlativi miglioramenti economici. Abolizione che ha dato compiuta attuazione al principio costituzionale contenuto nell'art. 107, terzo comma, della Costituzione, secondo il quale «I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni».

In passato la carriera avveniva attraverso valutazioni operate dai magistrati di grado superiore, presidenti e consiglieri della Corte di cassazione e delle Corti di appello, sicché il vertice giurisdizionale della magistratura, la Corte di cassazione, aveva le chiavi della carriera dei magistrati ed era così in grado di condizionarne le decisioni, ottenendo, tra l'altro, anche adesioni non convinte alla giurisprudenza di legittimità.

Recenti vicende hanno fatto prospettare la possibilità che a quella forma di dipendenza interna se ne sia sostituita un'altra, diversa e anch'essa interna, che passa attraverso le correnti dell'Associazione nazionale magistrati.

L'influenza che le correnti hanno assunto nell'ambito del Consiglio Superiore può consentire loro di ingerirsi nelle pratiche riguardanti i magistrati, e in particolare in quelle relative agli incarichi direttivi, le più delicate per la giurisdizione e di maggiore interesse per chi vi aspira.

È accaduto così, paradossalmente, che il Consiglio superiore, l'organo di governo autonomo della magistratura, che era stato immaginato dal Costituente per garantire l'indipendenza esterna, come anche quella interna, sia divenuto lo strumento di possibili condizionamenti, per alcuni aspetti analoghi a quelli che potevano provenire dalla gerarchia e in particolare dalla Corte di cassazione.

Dall'acquisita generale consapevolezza di questo possibile condizionamento ai sospetti sull'esercizio della giurisdizione il passo è stato breve.

So bene, sappiamo tutti bene, che si tratta di sospetti infondati, che le prassi deteriori e fortemente censurabili del correntismo non incidono sulla giurisdizione, che si svolge generalmente nella più assoluta correttezza, come di fatto non incidevano in modo significativo sulla giurisdizione i poteri sulla carriera che l'alta magistratura aveva nei confronti di quella più bassa, ma non possono essere ignorati i dubbi e i sospetti che questa situa-

zione ha ingenerato nell'opinione pubblica e che i magistrati, nella loro maggioranza, hanno avuto la colpa di tollerare.

Perché possa considerarsi violato il principio di indipendenza non occorre che il magistrato sia condizionato ma è sufficiente che possa esserlo, anche perché il solo sospetto che possa esserlo basta a far venire meno la fiducia dei cittadini.

La magistratura italiana non merita di essere considerata con sospetto, come sta avvenendo in questi giorni sulla stampa, ma è lei stessa che deve rimuoverne la causa e riconquistare sotto tutti gli aspetti la fiducia dei cittadini, e non basterà certo una modificazione della legge elettorale del Consiglio Superiore della magistratura.

Michele Vietti, nella sua relazione sugli incarichi direttivi, ha esordito dicendo: «Magistrati si diventa non si nasce», e credo si possa aggiungere che ancor meno si nasce dirigenti; così non è detto che l'essere un magistrato, anche un buon magistrato, sia sufficiente per divenire il capo di un ufficio giudiziario.

La dirigenza, come Vietti ci ha ricordato, richiede qualità particolari; di qui il problema di come selezionare i dirigenti, che non dovrebbero formare oggetto di accordi spartitori nell'ambito del Consiglio Superiore o peggio di nomine con secondi fini. Si tratta di scelte che implicano valutazioni di vario genere, perché alle qualità giuridiche e a quelle manageriali si dovrebbero aggiungere quei tratti personali che meritano stima e rispetto, sia da parte dei magistrati e del personale dell'ufficio, sia da parte dei cittadini. Scelte che vanno motivate e sono soggette al vaglio del giudice amministrativo.

Vietti ha ricordato che il Consiglio Superiore, da sempre alla ricerca dei criteri da adottare per la scelta dei dirigenti, è giunto a specificarli nel cosiddetto «Testo unico degli incarichi direttivi», una sorta di codificazione di criteri minuziosi riguardanti le attitudini e il merito del candidato, che però contiene una specie di grimaldello costituito dal criterio dello “spiccato rilievo”, il quale consente di scardinare l'insieme di tutti gli altri rendendo così possibili anche valutazioni “disinvolte”.

La pluralità di criteri e la casistica esasperata alla quale questi hanno dato luogo ha avuto, secondo Vietti, l'effetto negativo di

rendere più vulnerabili le decisioni e di ostacolare l'attribuzione delle funzioni direttive alle persone più adatte. Di qui la proposta di una norma di legge ordinaria che stabilisca i requisiti che il dirigente deve avere e preveda una «comparazione tra le figure professionali dei candidati, svolta in forma unitaria e sintetica, con indicazione specifica delle sole ragioni di preferenza per il candidato prescelto»; così il Consiglio non sarà più tenuto a passare in rassegna le caratteristiche di ciascun candidato con motivazioni che fatalmente finiscono con il prestare il fianco a censure, anche perché i singoli criteri a volte vengono valorizzati, a volte ignorati. Si è detto, ad esempio, che una cosa del genere accade per il criterio territoriale, il quale a volte viene enfatizzato per giustificare una nomina, altre volte viene ignorato.

L'uso apparentemente contraddittorio dei criteri presta facilmente il fianco alle censure del giudice amministrativo, anche quando la censura può essere ingiustificata. Quello territoriale, che è stato indicato ad esempio, infatti può effettivamente dar luogo a valutazioni diverse. Può accadere che la provenienza del magistrato dallo stesso ufficio che poi dovrebbe dirigere sia considerato un fatto positivo perché si tratta di un magistrato localmente stimato, che ben conosce i colleghi, il personale e l'ambiente locale nel quale deve operare. Ma può anche accadere il contrario se il magistrato non è particolarmente apprezzato ed è inserito nella comunità locale in modo tale che i numerosi rapporti personali e sociali da lui intrattenuti possono essere fonte di imbarazzo e far dubitare della sua imparzialità.

Una norma come quella da lui proposta, spiega Vietti, eliminerebbe tutta una serie di questioni sui criteri considerati e sulla comparazione effettuata sulla loro base dal Consiglio. Questioni che solitamente da parte dei candidati rimasti soccombenti vengono proposte al giudice amministrativo e che non di rado vengono accolte. Il Consiglio non sarebbe più tenuto a motivare la sua decisione passando in rassegna analiticamente le caratteristiche di ciascun candidato ma dovrebbe solo indicare le ragioni della sua scelta.

La norma avrebbe inoltre il significato di riconoscere alla nomina del dirigente di un ufficio giudiziario la sostanza di un atto

politico, di natura discrezionale, non assoggettato al sindacato del giudice amministrativo.

Quanto alla natura dell'atto Rosanna De Nictolis, con specifico riferimento alla normativa vigente, ha sostenuto con argomenti consistenti che «se la discrezionalità amministrativa, correttamente definita, è la ponderazione dell'interesse pubblico primario con gli interessi pubblici secondari e con gli interessi privati, sembra evidente che nella nomina ad incarichi direttivi e semidirettivi si è fuori da tale categoria, infatti non c'è ponderazione di interessi pubblici essendovi un unico interesse pubblico indicato sia dalle norme che dal testo unico sulla dirigenza giudiziaria, ed è la scelta del migliore dirigente in relazione a ciascun ufficio giudiziario».

La conclusione verosimilmente non dovrebbe cambiare, anche introducendo la norma proposta da Vietti, ma certo l'ambito del sindacato verrebbe notevolmente ridotto.

Quella di escludere espressamente per queste nomine il sindacato del giudice amministrativo, o di contenerlo, prevedendo ad esempio solo quello del Consiglio di Stato, è una proposta che ritorna tutte le volte che ci troviamo di fronte ad annullamenti sconcertanti da parte del giudice amministrativo, specie quando riguardano la nomina dei vertici della magistratura. Sconcertanti soprattutto per i magistrati, i quali ben sanno che il collega prescelto è di gran lunga superiore, per vari aspetti, a quello che con il ricorso ne ha contestato la nomina ottenendo dal giudice amministrativo un provvedimento favorevole. Oggi è stata ricordata la nomina di un presidente aggiunto assai stimato in Cassazione che ha resistito al sindacato del tribunale amministrativo ma non alla sommaria valutazione cautelare operata con un semplice provvedimento presidenziale del Consiglio di Stato.

È vero che i provvedimenti del Consiglio Superiore non di rado sono discutibili e a volte anche criticabili per l'ingerenza delle correnti, ma è anche vero che di regola quelli relativi agli organi di vertice sono il frutto di meditate ponderazioni e non possono essere annullati sulla base di ricorsi di magistrati nemmeno comparabili con quelli che sono stati nominati. Voglio dire che se si ritiene, come io ritengo, che il sindacato del giudice amministrativo

debba rimanere, occorre al tempo stesso chiarire che esso non può risolversi, come spesso sembra che avvenga, in una generalizzata valutazione di secondo grado su richiesta del candidato deluso. E credo che una situazione del genere potrebbe effettivamente essere modificata attraverso l'introduzione di una norma come quella proposta da Michele Vietti.

Aggiungo che il sindacato non può essere svolto con l'idea che i provvedimenti del Consiglio Superiore sulla dirigenza degli uffici giudiziari possano essere inquinati dall'influenza delle correnti o da interessi non confessabili. I membri del Consiglio conoscono, come si dice, uomini e cose e possono decidere anche sulla base di elementi difficili da rappresentare in una motivazione; allora ci dovrebbe essere, e credo ci possa essere, la capacità di leggere tra le righe per capire se effettivamente ci si trova in presenza di un eccesso di potere e non invece di una scelta obiettivamente giustificata, anche se sorretta da una motivazione per alcuni aspetti insoddisfacente.

E veniamo al tema che ci ha molto appassionato e che a me sembra di particolare attualità, quello di cui hanno parlato Ernesto Lupo e Nello Nappi: la funzione nomofilattica della Cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice. Tema che si intreccia con quello più generale della soggezione del giudice «soltanto alla legge» (art. 101, secondo comma, Cost.).

Quale è il significato della soggezione del giudice soltanto alla legge in un tempo in cui l'interpretazione della legge è sempre più problematica? Al massimo dell'indipendenza funzionale in una situazione come quella attuale può corrispondere il massimo del caos nell'applicazione della legge; una intollerabile difformità nei trattamenti delle persone che vengono in contatto con la giustizia e quindi sostanzialmente una violazione dell'art. 3 Cost.

Per evitare ciò, ci hanno ricordato Ernesto Lupo e Nello Nappi, c'è stato il potenziamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, attraverso alcune modifiche legislative, tra le quali considero particolarmente significativa quella operata con l'inserimento del comma 1-*bis* nell'art. 618 del codice di procedura penale, secondo cui «Se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni

unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso».

La disposizione è indicativa di un mutamento di cultura finalmente recepito dal legislatore, perché, come ha ricordato Lupo una disposizione analoga, con una formulazione ancora più decisa, era contenuta nell'art. 610-*bis* del Progetto definitivo del codice di procedura penale ma non era poi passata nel codice perché la si era ritenuta in contrasto con il principio di indipendenza e di soggezione solo alla legge.

L'art. 610-*bis* era formulato così: «Le sezioni semplici uniformano le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto; altrimenti rimettono con ordinanza il ricorso alle sezioni unite esponendo le ragioni del dissenso», ma la Commissione parlamentare incaricata di esprimere il proprio parere sul Progetto aveva mostrato la sua contrarietà rilevando che «la soluzione proposta ... viene a porre, per la prima volta nel nostro ordinamento processuale, il vincolo, sia pure tendenziale e corretto, del precedente». E di questo parere negativo il Governo aveva tenuto conto sopprimendo l'articolo.

La Commissione parlamentare aveva espresso un parere critico anche sul secondo comma dell'art. 155 del Progetto delle norme di attuazione, divenuto poi l'art. 172, che era ed è rimasto così formulato: «In nessun caso può essere restituito il ricorso che, dopo una decisione delle sezioni unite, è stato rimesso da una sezione della corte di cassazione con l'enunciazione delle ragioni che possono dar luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale».

Anche questa volta la Commissione parlamentare aveva ritenuto necessario impedire che si desse «luogo, attraverso una norma di attuazione e con un mero meccanismo procedurale, ad un'indiretta affermazione del principio dello *stare decisis*».

In questo caso però il Governo aveva ritenuto di non dovere accogliere il rilievo e aveva osservato che la disposizione non introduceva «un regime di vincolatività della pronuncia delle sezioni unite, ma solo un principio di non “regressione” alle sezioni singole di ricorsi rispetto ai quali si riproduca un potenziale contrasto che le sezioni stesse sono tenute a evidenziare».

Come ricorda Lupo, solo circa venti anni dopo il principio contenuto nell'art. 610-*bis* del Progetto definitivo del codice di procedura penale ha fatto ingresso nell'ordinamento attraverso una modificazione dell'art. 374 del codice di procedura civile, per passare poi, attraverso la legge n. 103/2017, anche nel codice di procedura penale, mediante l'inserimento del comma 1-*bis* nell'art. 618.

Mi sono dilungato nel ricordare questa vicenda perché è emblematica di quanto è difficile per la nostra cultura accettare l'idea di un vincolo per il giudice che non derivi immediatamente dalla legge, anche se non posso non rilevare che però con riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee l'orientamento è completamente diverso e si tende a ritenere che i giudici italiani, compresa la Corte costituzionale, debbano non solo, com'è naturale, dare applicazione alle disposizioni della normativa europea dalla quale siamo vincolati ma anche seguire pedissequamente la giurisprudenza delle Corti europee e in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, eventualmente dichiarando l'illegittimità costituzionale delle leggi nazionali anche quando, secondo alcuni, la giurisprudenza dalla quale dovrebbe desumersi il contrasto tra queste e i principi della Convenzione europea non ha ancora acquisito la necessaria stabilità.

Insomma, il tema che ci interroga è quello del ruolo che svolge oggi la giurisprudenza nell'ordinamento e del suo modo di operare.

Si può parlare di un diritto giurisprudenziale e quale ruolo questo, anche alla luce dell'art. 101, secondo comma, Cost., può svolgere nel nostro ordinamento?

Vladimiro Zagrebelsky, in un recente convegno, ricostruendo la formazione del principio di indipendenza del giudice, lo ha collegato all'idea del giudice bocca della legge: «la separazione dei poteri e l'indipendenza dei giudici avevano come presupposto il fatto che i giudici fossero meri applicatori della legge creata altrove». Ci sarebbe stato poi il passaggio, come ha ricordato oggi anche Nappi, al giudice interprete, ma nel presupposto che la legge da interpretare fosse univoca e che quindi l'interpretazione fosse naturalmente esatta.

Secondo Zagrebelsky era questa l'idea dalla quale è nato l'art. 65 ord. giud.: «la Corte di cassazione ... assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge»; idea che successivamente, come risulterebbe anche da alcuni brani di Calamandrei, sarebbe stata alla base dell'art. 101 Cost.

Oggi però, come ci ha spiegato Lupo, le cose stanno diversamente.

La legge assai spesso è tutt'altro che univoca e la formazione dell'ordinamento passa attraverso un'interpretazione giurisprudenziale complessa e sovente opinabile. L'atto legislativo costituisce la fonte della disposizione ma non di rado è l'applicazione giurisprudenziale che, individuandone il significato, produce la norma.

«Occorre dunque prendere atto — come ha rilevato Zagrebelsky — che la soggezione soltanto alla legge di cui all'art. 101 Cost. vive in un ordinamento giuridico radicalmente diverso da quello maturato dalla storia che l'ha preceduta e immaginato dai Costituenti. La legge è cambiata e con essa l'idea stessa di “soggezione”».

Leggi affrettate, che nella stessa materia si succedono senza dare modo all'interpretazione di stabilizzarsi. Sequenza di disposizioni che si aggiungono: *bis*, *ter*, *quater* ... Articoli composti a volte da centinaia di commi. Un codice penale o di procedura penale, parlo da ex penalista, va riacquistato più volte nell'arco di un anno.

Alla normativa nazionale si è aggiunta la normativa dell'Unione europea e della Convenzione Edu. Normativa che viene interpretata e specificata dalla giurisprudenza delle Corti europee, che si impone al giudice italiano e che, a sua volta, richiede di essere interpretata.

Sui rapporti tra la normativa europea e la giurisprudenza europea, da un lato, e la normativa nazionale e la giurisprudenza nazionale, comune e costituzionale, dall'altro, ci potremmo intrattenere a lungo.

C'è poi la questione del rapporto tra legge e Costituzione, che introduce, tra l'altro, il tema dell'interpretazione conforme e del relativo onere del giudice. Interpretazione conforme che presuppone una possibile, e forse maggiormente sostenibile, interpreta-

zione difforme, mostrando che esiste una pluralità di interpretazioni possibili, rimesse alla scelta del giudice.

È da aggiungere che l'interpretazione conforme è dovuta sia rispetto alla Costituzione, sia rispetto alle normative europee, che ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., possono, come norme interposte, determinare a loro volta situazioni di illegittimità costituzionale, sempreché, come è possibile per le norme dell'Unione europea, non si applichino direttamente, anche quando sono in contrasto con norme interne.

L'interpretazione conforme ben può essere causa di incertezze, perché può variare da giudice a giudice.

Ancor più causa di incertezze può essere l'applicazione diretta delle norme dell'Unione europea, con la contemporanea disapplicazione, o meglio non applicazione (come è stato precisato da alcune decisioni della Corte costituzionale) del diritto interno.

I principi enunciati dalla giurisprudenza delle Corti europee, e soprattutto dalla Corte di Strasburgo, possono dare luogo oltre che a un'interpretazione conforme, anche, direi, a un'interpretazione integrativa.

Gli esempi sono molti. Uno che mi viene in mente è quello relativo al principio del *ne bis in idem*, di cui la Corte costituzionale ha avuto anche di recente occasione di occuparsi.

Dalla sentenza Franzo Grande Stevens a quella A. e B. contro Norvegia, il principio affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è cambiato e, per semplificare una questione parecchio complessa, posso dire che si è passati dall'affermazione che per lo stesso fatto, che integra, sia un reato, sia un illecito amministrativo, non sono consentiti due successivi procedimenti, all'affermazione che i due successivi procedimenti sono consentiti ad alcune condizioni.

Una di queste è che la sanzione imposta all'esito del procedimento conclusosi per primo sia stata tenuta presente nell'ambito del procedimento che si è concluso per ultimo, in modo da non far gravare sull'interessato un "onere eccessivo", e che quindi occorre che l'importo complessivo delle diverse sanzioni applicate sia proporzionato.

È accaduto che la Corte di cassazione, investita di un ricorso contro una condanna per abuso di informazioni privilegiate di

una persona che per lo stesso fatto era stata già condannata dalla Consob ha ritenuto che anche la successiva condanna penale era possibile purché la sanzione complessiva non fosse sproporzionata, e che a questo scopo in applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che pure pone il divieto di *bis in idem*) il giudice penale avrebbe potuto anche disapplicare la norma penale infliggendo una pena inferiore a quella minima prevista per il reato che era stato commesso (sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869).

È da notare che in precedenza in relazione allo stesso ricorso la Corte di cassazione aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale ritenuta inammissibile.

Quello che mi preme rilevare è che combinando il principio, affermato dalla Corte di Strasburgo e anche da quella del Lussemburgo (che il *ne bis in idem* vale anche nei rapporti tra procedimento penale e procedimento per le sanzioni amministrative) e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, dotato di applicazione diretta, la Cassazione è giunta a “integrare”, se così si può dire, la norma penale nella parte relativa alla misura della sanzione considerando non più vincolante il minimo edittale.

Altri esempi che mi vengono in mente potrebbero essere quello della diversa qualificazione giuridica del fatto-reato (caso Drassich), quello del valore probatorio delle dichiarazioni rese dal teste che non può più essere sentito nel dibattimento e quello della necessaria riassunzione di una prova dichiarativa per decidere sull'appello del pubblico ministero contro una sentenza di assoluzione, sul quale è poi intervenuta anche una legge.

E generalmente accade che il giudice, dopo aver introdotto in ossequio alla giurisprudenza europea una nuova regola processuale, debba anche “inventarsi” (per usare un vocabolo caro a Paolo Grossi) la sanzione, per il caso in cui quella regola non venga osservata.

La vicenda è ancora più complessa quando è la Corte di giustizia dell'Unione europea ad intervenire dopo un rinvio pregiudiziale da parte del giudice italiano, perché la Corte dopo avere riscontrato l'inosservanza della normativa europea è solita affidare al giudice nazionale il compito di trovare il modo per farla cessare.

In molti casi non si tratta solo di disapplicare (o meglio, come ha precisato la Corte costituzionale, di non applicare) la norma interna in contrasto ma, anche qui, di “inventare” le regole necessarie per raggiungere quel risultato.

E così il giudice diventa sostanzialmente un legislatore, modificando l'assetto tradizionale dei poteri.

Il giudice italiano, io credo, non vuole essere un creatore del diritto, non fa parte della sua cultura, ma sempre più di frequente è costretto suo malgrado a diventarlo.

Questa situazione ha determinato nel nostro ordinamento una torsione nel senso del diritto giurisprudenziale che credo richieda una consapevolezza da parte del giudice, accompagnata da un suo mutamento di cultura, di abito mentale.

Non c'è più solo un rapporto tra il giudice e la legge, secondo un'impostazione tradizionale, legata anche al modo di intendere la sua indipendenza, ma c'è anche un rapporto tra il giudice e il diritto di fonte giurisprudenziale.

Se questo è il sistema occorre che muti la cultura del giudice; occorre che il giudice si abitui a ragionare utilizzando i precedenti, individuando uguaglianze, analogie e diversità, e soprattutto che si senta in qualche modo vincolato da essi, senza considerare questo vincolo un limite alla propria indipendenza.

È una cultura che spesso fa difetto anche in Cassazione, come è testimoniato dai contrasti di giurisprudenza. Intollerabili perché incompatibili con la funzione attribuita alla Corte di cassazione dall'ordinamento giudiziario e soprattutto con la funzione che questa Corte è venuta ad assumere come fonte privilegiata del diritto vivente. Intollerabili anche e soprattutto perché le diverse interpretazioni e conseguentemente applicazioni della legge danno luogo a disparità di trattamento in contrasto con la norma fondamentale dell'art. 3 Cost.

Osservare i precedenti e alla luce di questi interpretare e applicare la legge significa, come ha ricordato Nappi, non già imbalsamare la giurisprudenza, e con essa anche la legge, ma riconoscerne il valore, anche eventualmente per non farne applicazione, quando il caso oggetto del giudizio presenta diversità che giustificano una soluzione diversa, o per disattenderla, ma con un'adeguata moti-

vazione. Liberi comunque i giudici di contribuire in modo ragionato al suo cambiamento.

Capisco che ci troviamo di fronte a novità che richiedono anche un cambiamento di cultura, che ci muoviamo in un territorio ancora in parte sconosciuto, ma non ci resta che esplorarlo, per imparare a conoscerlo.

€ 25,00
024210822

ISBN 978-88-28-82580-7

