

6 SETTEMBRE 2023

Uno, nessuno, centomila ... trasferimenti d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale. Alcune note sulla natura e sui presupposti applicativi dell'istituto previsto dall'art. 2, comma 2, R.D.lgs. 31 maggio 1946, n. 511

di Stefano Bissaro

Ricercatore in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

*Uno, nessuno, centomila ... trasferimenti d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale. Alcune note sulla natura e sui presupposti applicativi dell'istituto previsto dall'art. 2, comma 2, R.D.lgs. 31 maggio 1946, n. 511**

di Stefano Bissaro

Ricercatore in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Abstract [It]: Il trasferimento d'ufficio dei magistrati per ragioni di incompatibilità ambientale e funzionale è istituito da sempre considerato "controverso". Dopo una rapida ricognizione della genesi e dell'evoluzione normativa che ha interessato l'istituto ex art. 2, comma 2, r.d.lgs. n. 511 del 1946, il contributo intende esaminare alcune delle principali acquisizioni giurisprudenziali in materia e la più recente prassi applicativa del C.S.M., con l'obiettivo di verificare se e quanto queste ultime possano oggi agevolare una precisa ricostruzione dei presupposti e della natura del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale.

Title: *Uno, nessuno, centomila...* transfers of office due to environmental and functional incompatibility. Notes on the nature and application prerequisites of the institution provided for by Article 2, paragraph 2, Royal Decree No. 511 of 31 May 1946

Abstract [En]: The transfer of magistrates for reasons of environmental and functional incompatibility is an institute that has always been considered "controversial". After a brief analysis of the genesis and the normative evolution that has affected the institute provided by art. 2, paragraph 2, r.d.lgs. 511/1946, the Author intends to deepen some of the main jurisprudential arrests in matter and the most recent application practices of the C.S.M., with the aim of verifying whether and to what extent these can today facilitate a reconstruction of the conditions and nature of the transfer for environmental and functional incompatibility.

Parole chiave: inamovibilità; trasferimento amministrativo dei magistrati; incompatibilità; garanzie

Keywords: irremovability; administrative transfer of magistrates; incompatibility; guarantees

Sommario: **1.** Considerazioni introduttive. **2.** Il trasferimento dei magistrati per incompatibilità ambientale e funzionale: origini ed evoluzione dello strumento. **3.** (segue) le novità introdotte con la riforma del biennio 2005-2006. **4.** L'attività di paranormazione del C.S.M. **5.** Il contributo della giurisprudenza nella definizione dell'ambito di operatività dello strumento. **6.** La recente prassi applicativa del C.S.M. **7.** Riflessioni conclusive, da Pirandello ... a Pirandello!

1. Considerazioni introduttive

Nel 2009 veniva pubblicato un contributo dal titolo *Il trasferimento per incompatibilità: un istituto in cerca di autore*¹, con un implicito ma evidente richiamo alla celebre opera di Luigi Pirandello; un tale riferimento

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Ci si riferisce allo scritto di D. CARCANO, *Il trasferimento per incompatibilità: un istituto in cerca di autore*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2009, pp. 82-92.

letterario serviva, in quel contesto e a pochi anni dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del biennio 2005-2006², per sottolineare quanto fosse difficile inquadrare, da un punto di vista dogmatico, lo strumento che consente al C.S.M. di trasferire d'ufficio il magistrato per ragioni di incompatibilità ambientale e funzionale.

Le incertezze allora sottolineate non sono, oggi, del tutto superate.

Sviluppi giurisprudenziali non sempre coerenti, insieme ad applicazioni pratiche eterogenee tra loro³, hanno riportato alla luce alcuni elementi di criticità in ordine ai presupposti applicativi, alla procedura e, di riflesso, alla stessa natura dello strumento di cui all'art. 2, comma 2, R.D.lgs. 31 maggio 1946, n. 511.

Del resto, quando si ragiona del trasferimento in via amministrativa del magistrato, si è al cospetto di un istituto estremamente controverso⁴, da sempre oggetto di confronti a livello consiliare, dottrinale e giurisprudenziale, addirittura tacciato in passato di «autoritarismo e incostituzionalità» da parte di alcuni componenti del C.S.M.⁵; un istituto, peraltro, che ha visto nel corso degli anni accrescere notevolmente la propria importanza⁶, dimostrandosi assai utile per lo stesso C.S.M., che può farvi ricorso con celerità

² Sul tema si vedano i contributi raccolti in D. CARCANO (a cura di) *Il nuovo ordinamento giudiziario. Concorso, funzioni, Scuola della magistratura, ufficio del pubblico ministero, e responsabilità disciplinare (legge delega e decreti delegati)*, Giuffrè, Milano, 2006; in A. MANNA, S. LORUSSO, *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra indipendenza della magistratura e primato della politica*, Giuffrè, Milano, 2006; per un primo bilancio della riforma, sia pur provvisorio, si vedano gli scritti ospitati in N. ZANON, G. DI RENZO VILLATA, F. BIONDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2012; sul tema v., anche, le più recenti riflessioni di F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2017, spec. p. 672 ss.; sullo stesso tema, per un bilancio "più aggiornato" della riforma, si rinvia F. BIONDI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021; G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017; E. BRUTI LIBERATI, *La legge sull'ordinamento giudiziario a tredici anni dalla riforma: bilancio e prospettive*, e M. VOLPI, *La legge sull'ordinamento giudiziario a tredici anni dalla riforma: bilancio e prospettive*; entrambi pubblicati in *L'ordinamento giudiziario - Quaderni della SSM*, n. 9, 2022.

³ In particolare, M. VIETTI, *Prefazione*, in M. ARCURI, *L'inamovibilità dei magistrati. Il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale*, Egea, Milano, 2014, p. 9, osserva che, pur a fronte della riforma del biennio 2005-2006 e della conseguente precisazione dei presupposti del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale, «la prassi applicativa ha rivelato persistenti incertezze ermeneutiche nella definizione dei rispettivi piani tra procedimento amministrativo di trasferimento e giudizio disciplinare»; anche G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2009, p. 660, evidenzia che, alla luce delle prime applicazioni del ridefinito impianto normativo post riforma, «i riscontri provenienti dal Consiglio Superiore della Magistratura non paiono altrettanto univoci».

⁴ Su questa caratterizzazione dell'istituto, v., in particolare, G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, *cit.*, p. 651; per E. BRUTI LIBERATI, *Articolo 2. Perché SI nell'interesse della giustizia e quindi di tutti i magistrati*, in *Questione giustizia*, 2017, p. 1, il trasferimento d'ufficio ex art. 2 legge sulle Guarentigie è «un istituto controverso e da disciplinare con cura»; si sofferma sul predetto carattere "controverso" anche A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, in *Riv. It. Dir. Proc. Civ.*, n. 4, 2015, p. 1399; nello stesso senso v., anche, C. Di CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura, aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 165.

⁵ Come osserva A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, *cit.*, p. 1399; già S. MAZZAMUTO, *L'incompatibilità ambientale e funzionale*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura, aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, *cit.*, p. 103, ricordava come «Marco Ramat, nei primi anni '70 bolla[sse] dalle pagine di "Quale Giustizia" la procedura di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale ex art. 2 L.G. di autoritarismo e di incostituzionalità».

⁶ In questa prospettiva, G. SEVERINI, *L'articolo 2 delle guarentigie e i trasferimenti per "incompatibilità ambientale"*, in B. CARAVITA, *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Laterza, Bari, 1994, p. 90, ha fatto riferimento ad «una 'ripresa di

senza attendere l'iniziativa di altri organi⁷, come invece avviene per il procedimento disciplinare⁸. Un istituto, infine, che, secondo alcuni autori⁹, si è rivelato molto utile anche per gli stessi magistrati, almeno per quelli che, responsabili di infrazioni sul piano deontologico, hanno potuto evitare addebiti dinanzi alla più severa sezione disciplinare, sfruttando la decisione del Consiglio superiore di intervenire sugli stessi fatti in sede amministrativa, proprio per aggirare le formalità del procedimento disciplinare.

Nel contempo, non va sottaciuto che la scelta consiliare di servirsi del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale richiama spesso l'attenzione dell'opinione pubblica, in ragione della caratura dei magistrati coinvolti e della rilevanza dei fatti che ne giustificano l'utilizzo¹⁰, rendendo più concreto il rischio che il C.S.M. veda criticato il proprio operare¹¹.

vitalità' – per lo più sul piano dell'iniziativa procedimentale – dell'art. 2 della legge sulle garanzie della magistratura»; anche E. BRUTI LIBERATI, *Articolo 2. Perché SI nell'interesse della giustizia e quindi di tutti i magistrati*, cit., p. 2, evidenzia come, dopo i primi decenni di sostanziale inapplicazione, nel corso degli anni settanta e ottanta, il C.S.M. ha rivitalizzato la procedura ex articolo 2; anche S. MAZZAMUTO, *L'incompatibilità ambientale funzionale*, cit., p. 103, sottolinea la progressiva legittimazione, in uno con la ripresa di vitalità, dell'istituto nel corso degli anni ottanta; in questa prospettiva, C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 174, sottolinea come si sia assistito, nel tempo, ad una «proliferazione abnorme di pratiche, sovente prive di intrinseche qualità».

⁷ A tal riguardo, C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p.179, rileva come l'istituto del trasferimento d'ufficio ex art. 2, comma 2, sia stato utilizzato anche in «funzione oggettivamente suppletiva rispetto ad un esercizio dell'azione disciplinare a volte carente, inefficace o tardiva». Anche G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle garanzie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 107, ha sottolineato che «lo strumento amministrativo ha finito [...] per essere utilizzato in maniera oggettivamente suppletiva rispetto ad un esercizio dell'azione disciplinare rimesso alla discrezione di autorità estranee al Consiglio».

⁸ Sulle problematiche che riguardano la titolarità dell'azione disciplinare, v., da ultimo P. GAETA, *La titolarità dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati: tracce storiche e normative di un potere ruvido*, in *Sistema penale*, 17 aprile 2023. Ci si tornerà più diffusamente oltre, ma è possibile già ora rimarcare che, sulla problematica distinzione tra procedimento amministrativo e procedimento disciplinare, si è molto scritto in dottrina: sul tema v., da ultimo, F. TRONCONE, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti interni dell'istituto*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La riforma della legislazione sul Consiglio superiore della magistratura. Spunti per il quarantennale dell'Associazione*, Educatt, Milano, 2022, spec. p. 145 ss.; sugli stessi aspetti, v., anche, G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle garanzie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2017, p. 112, il quale ricorda come «lo strumento disciplinare, per la dipendenza da catalogo tipizzato di fattispecie rilevanti, non è intrinsecamente idoneo a coprire tutto il novero delle condotte in grado di frapporre ostacoli al regolare funzionamento degli uffici giudiziari». Più in generale, per un inquadramento di tipo costituzionale delle problematiche poste dalla disciplina sulla responsabilità disciplinare dei magistrati v. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006; e A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 2009.

⁹ Così, in particolare, A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1400; sul punto C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 171, inoltre, ricorda come l'apertura del procedimento ex art. 2 si sia rivelata un potente incentivo per trasferimenti a domanda ovvero per dimissioni e pensionamenti anticipati.

¹⁰ Su questo profilo, v., ancora, E. BRUTI LIBERATI, *Articolo 2. Perché SI nell'interesse della giustizia e quindi di tutti i magistrati*, cit., p. 2.

¹¹ Lo ricorda G. SEVERINI, *L'articolo 2 delle garanzie e i trasferimenti per "incompatibilità ambientale"*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 90 ss., segnalando anche il rischio che il ricorso al trasferimento d'ufficio nasconda una «inammissibile valutazione nel merito dell'esercizio della giurisdizione». Anche DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 165, sottolinea come l'istituto abbia, per lungo tempo, continuato «a suscitare perplessità sull'uso politico che può farsene».

Ciò premesso, preme ricordare che il trasferimento d'ufficio per incompatibilità costituisce una tra le più rilevanti deroghe al principio costituzionale di inamovibilità¹², scolpito nell'art. 107 Cost., in forza del quale – e giova rimarcarlo fin da subito – i magistrati «non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso»¹³. Ricorrendo ad esso, il Consiglio superiore finisce, in modo più o meno diretto, per esercitare una funzione di controllo sui magistrati e sulla loro attività¹⁴; non deve sorprendere, allora, che proprio sul procedimento che precede il trasferimento di ufficio per incompatibilità si siano tradizionalmente scaricate tensioni e istanze di segno opposto: l'effettività del governo autonomo, da una parte, e l'integrità delle prerogative di ciascun magistrato, dall'altra¹⁵.

Nel perimetro tracciato da queste considerazioni introduttive, con le riflessioni proposte nelle prossime pagine, dopo una rapida ricognizione della genesi e dell'evoluzione normativa che ha interessato l'istituto *ex art. 2*, comma 2, si intendono esaminare alcune delle principali acquisizioni giurisprudenziali in materia e la più recente prassi applicativa del C.S.M., con l'obiettivo di verificare se e quanto queste ultime possano oggi agevolare una precisa ricostruzione dei presupposti e della natura del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale.

¹² Per tutti, v. F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 107*, in F. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1986, *passim*; questo elemento è messo in luce anche in alcune delibere con cui il C.S.M. definisce le procedure *ex art. 2*, comma 2: «da regola dell'inamovibilità stabilita dall'art 107 Cost. è, quindi, servente all'esercizio dell'attività giudiziaria *sine spe nec metu* qualora il trasferimento sia funzionale alla tutela dell'esercizio libero e indipendente della giurisdizione, che potrebbe essere in qualche modo messo in pericolo dalla permanenza del magistrato in una determinata sede e funzione. In altre parole, il trasferimento per incompatibilità ambientale si pone come eccezione al principio dettato dalla Carta costituzionale dell'inamovibilità del magistrato e, pertanto, trova ragion d'essere solo allorché serva ad evitare che la funzione giurisdizionale sia esercitata in condizioni ambientali non idonee ad assicurare che il magistrato svolga le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità» – cfr. Verbale C.S.M. del 13 gennaio 2021, sed. pom, p. 6.

¹³ Ricorda F. BIONDI, *Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, p. 1, che «da formulazione della disposizione costituzionale, da una parte, risponde all'esigenza di sottrarre al Ministro della Giustizia la decisione di spostare i magistrati dalla propria sede o dalle proprie funzioni, attribuendo tale possibilità al solo Csm, dall'altra, cerca di proteggere il magistrato anche all'interno della magistratura, stabilendo che la decisione del Csm, se manca il consenso dell'interessato, debba essere adottata 'per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario'».

¹⁴ Così in particolare per G. FERRERO e F. RISSO, *Impugnabilità dei provvedimenti di trasferimento d'ufficio dei magistrati per incompatibilità ambientale e decadenza dagli uffici direttivi*, in *Foro amm.- C.d.S.*, n. 1, 2007, p. 3265 ss.; SOBRINO, *L'art. 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 654, nota 10, ricorda che, proprio sotto questo profilo, il C.S.M., con la delibera del 18 dicembre 1991, ha ritenuto di precisare che «non può essere presa in considerazione l'attività giurisdizionale del magistrato tranne che nei casi di dolo o di errore determinato da colpa grave»; per C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 172, tale controllo rappresenta il riflesso simmetrico dello *status* di indipendenza garantita e rafforzata riconosciuto dalla Costituzione ai magistrati; v., anche, E. BRUTI LIBERATI, L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio Superiore*, Feltrinelli, Milano, 1998.

¹⁵ Cfr. G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 657; e G. FIORENTINO, *L'art. 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 105; inoltre, C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 170, evidenzia come l'istituto *ex art. 2*, comma 2, abbia «rappresentato di fatto la via attraverso la quale il Consiglio superiore – in assonanza con le esigenze in vario modo emergenti nella società – ha gradualmente espresso un notevole cambiamento nella concezione dell'autogoverno».

2. Il trasferimento dei magistrati per incompatibilità ambientale e funzionale: origini ed evoluzione dello strumento

Per tornare alle origini dell'istituto che autorizza il C.S.M. a trasferire in via amministrativa il magistrato è utile richiamare, sia pur per cenni, alcune delle più significative tappe dell'evoluzione che ha conosciuto il sistema giudiziario italiano, nel passaggio dall'esperienza liberale a quella repubblicana¹⁶. Un percorso evolutivo che, in questa sede, interessa soprattutto per le ricadute che esso ha progressivamente determinato sul principio di inamovibilità, formalmente riconosciuto, come già anticipato, nel testo della Costituzione.

Agli albori della storia unitaria¹⁷, il principio in parola è stato a lungo inteso come una «prerogativa meramente burocratica del giudice funzionario»¹⁸, preordinata a garantire, più che l'indipendenza e l'autonomia del singolo magistrato, le sue «condizioni di lavoro» in un'ottica marcatamente amministrativistica¹⁹. In questo contesto, comunque, lo Statuto Albertino, all'art. 69, prevedeva che «i Giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, [fossero] inamovibili dopo tre anni di esercizio» e, con spirito analogo, anche la legge 19 maggio 1851, n. 1186, cd. *Leggi Siccardi*, nell'art. 9, proprio riferendosi ai casi in cui il magistrato si fosse posto in condizioni di incompatibilità morale al punto da non riuscire a «convenientemente amministrare giustizia nel luogo di sua residenza», stabiliva il trasferimento, a prescindere dal consenso del magistrato interessato. Qualche anno più tardi, la cd. *Legge Rattazzi*²⁰, all'art. 103, all'interno del capo dedicato segnatamente alla *Inamovibilità*, affermava che i giudici considerati *inamovibili*, ai sensi dell'art. 69 dello Statuto, non potessero essere privati del loro grado e della loro effettività, o sospesi dall'esercizio delle loro funzioni, né posti, senza il loro consentimento, in aspettativa o riposo, anche con pensione, salvo nei casi previsti dalla legge e con le forme in essa prescritte. Essi potevano, però, «per l'utilità del servizio essere traslocati da una Corte o da un Tribunale in altra

¹⁶ Sul tema, v., per tutti, A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2012; e della stessa A., *Caratteri originari della magistratura italiana*, in *Storia della magistratura - Quaderni della SSM*, n. 6, 2022, pp. 37-52.

¹⁷ In una prospettiva storica, F. TRONCONE, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti interni dell'istituto*, cit., p. 140, sottolineando l'ispirazione napoleonica dell'istituto, ricorda che «l'art. 1 del *senatus-consulte du 12 octobre 1807* subordinava la concessione della garanzia dell'inamovibilità all'esercizio della funzione giudiziaria per cinque anni» e che «l'art. 203 della legge organica dell'ordine giudiziario del 28 maggio 1817 del Regno delle due Sicilie stabilì che i giudici diventassero inamovibili dopo tre anni di lodevole servizio». Dello stesso A., v., anche, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati tra ragion di Stato e Stato di diritto*, in *Federalismi*, n. 25, 2020.

¹⁸ Così G. ROMANO, in *Giust. Civ.*, n. 2, 1992, p. 366; con accenti analoghi, v. M. ARCURI, *L'inamovibilità dei magistrati. Il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale*, cit., p. 12.

¹⁹ Per una ulteriore lettura della garanzia dell'inamovibilità, v. C. VITTA, (voce) *Inamovibilità*, in M. D'AMELIO (a cura di), *Nuovo Digesto italiano*, Utet, Torino, 1938, secondo cui essa «dal tempo della rivoluzione francese pare rispondere al principio della divisione dei poteri, non dovendo l'autorità governativa, da cui i magistrati dipendono per la nomina, intrudersi del modo con cui costoro esercitano la funzione giurisdizionale».

²⁰ Sul tema, v., in particolare, A. MENICONI, *La magistratura*, in *L'Unificazione*, Treccani, Roma, 2011.

Corte o Tribunale, con parità di grado o di stipendio», con una procedura che, secondo alcuni autori, finiva fatalmente per trasformare la garanzia dell'inamovibilità in nulla più di un «simulacro»²¹.

Soltanto con la riforma Orlando, agli inizi del secolo scorso²², essa viene valorizzata ed intesa come una vera garanzia dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, con contestuale superamento di tutti quei profili connessi all'utilità di servizio che avevano invece caratterizzato i primi decenni di storia unitaria. Anticipando la formulazione che sarebbe stata poi accolta dal legislatore nell'immediato dopoguerra, veniva in particolare stabilito, con l'art. 4 della legge 24 luglio 1908, n. 438, che i magistrati *inamovibili* che si trovavano in uno stato dei casi d'incompatibilità, nonché quelli che per qualsiasi causa, anche indipendente da loro colpa, non erano in grado di amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario, fossero «tramutati, anche senza loro consenso, ad altra sede, per decreto reale sentito il parere del Consiglio superiore della magistratura»²³.

Un passo indietro²⁴, sul versante della garanzia dell'inamovibilità del magistrato, si registra invece con il successivo R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario*, con cui viene introdotta una nuova ipotesi di trasferimento d'ufficio: questo strumento era infatti attivabile, oltre che per incompatibilità ambientale, anche per generiche «esigenze di servizio», vale a dire ogniqualevolta l'esecutivo lo ritenesse conveniente²⁵. Con la legge sulle guarentigie, del 1946, e l'entrata in vigore del testo della Costituzione il quadro muta in modo sensibile²⁶: grazie alla prima, l'istituto *de quo* subisce una ulteriore revisione, con l'eliminazione della possibilità di trasferire in via officiosa il magistrato anche per semplici «esigenze di servizio»²⁷; con la

²¹ Così C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 166.

²² Per un approfondimento su questa stagione, v. F. BIONDI, *Egemonia del diritto pubblico e formazione delle élites: la Magistratura da corpo separato a potere integrato (e ritorno?)*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico*, FrancoAngeli, Milano, 2020, p. 254 ss.

²³ Il successivo R.D. 30 dicembre 1923, n. 2786, *Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura*, all'art. 172, stabiliva quanto segue: «i magistrati inamovibili che si trovino in uno dei casi di incompatibilità previsti dagli articoli 18 e 19 nonché quelli che per qualsiasi causa, anche indipendente da loro colpa, non possano, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario, sono tramutati, anche senza loro consenso, ad altra sede, sentito il parere del Consiglio superiore della magistratura»; per F. TRONCONE, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti esterni dell'istituto*, cit., p. 141, l'inamovibilità, poi, fu data per presupposta dal R.D. 30 dicembre 1923, n. 2786.

²⁴ Per C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 165, si tratta di una «controriforma in senso autoritario».

²⁵ L'art. 220, comma 2, del R.D. citato nel testo, inoltre, stabiliva quanto segue: «[q]uando il magistrato non abbia dato il suo consenso per il trasferimento o per la destinazione ad altre funzioni, è necessario il parere di una commissione centrale, presieduta dal primo presidente della corte suprema di cassazione, e di cui fanno parte il procuratore generale del Re Imperatore presso la corte medesima, e un presidente di sezione della corte suprema di cassazione o magistrato di grado equiparato, scelto dal Ministro di grazia e giustizia».

²⁶ Sul tema, v., L. VIOLANTE, *Sull'attuale condizione storico-spirituale della magistratura italiana*, in *Storia della magistratura - Quaderni della SSM*, n. 6, 2022, pp. 215-234.

²⁷ Accanto a questa modifica – come ricorda, in particolare, M. ARCURI, *Il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale*, cit., p. 13 – il legislatore aveva anche ripristinato in capo al Consiglio superiore la competenza a rilasciare il parere preventivo, che assumeva il carattere di atto obbligatorio e, per i giudici, anche vincolante, pur rimanendo ferma la competenza del Ministro di Grazia e Giustizia ad adottare il provvedimento conclusivo.

seconda²⁸, invece, viene conferita all'inaMOVibilità una copertura oggettivamente più forte, arricchendone il contenuto di garanzia di valori strumentali al corretto esercizio della funzione indipendente ed autonoma della magistratura, intesa non più come semplice prerogativa, ma come garanzia di tutela del cittadino²⁹. In dottrina è stato osservato, a tal riguardo, che «rendendo il magistrato inamovibile, il legislatore costituente ha inteso predisporre un ulteriore strumento per l'attuazione del principio di autonomia ed indipendenza posto dall'art. 104 Cost e rafforzare il fine, attraverso quelle garanzie perseguito, di realizzare l'esercizio della giurisdizione in termini di imparzialità»³⁰.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 2, comma 2, R.D.lgs. n. 511 del 1946 si presentava dunque con il seguente *volto*: «i magistrati possono, anche senza il loro consenso, essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni [...] quando, per qualsiasi causa, anche indipendente da loro colpa, non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario»³¹. Entro queste coordinate normative, il procedimento *ex art. 2*, comma 2, è stato inteso, fin dall'inizio dell'esperienza repubblicana, come finalizzato alla salvaguardia della serena amministrazione della giustizia e al corretto funzionamento degli organi giudiziari. In modo autorevole è stato osservato che l'obiettivo del trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale è precisamente quello di «rimuovere una situazione oggettiva di malessere della giurisdizione, indipendente da una colpa accertata del magistrato coinvolto»³². Anche la Corte costituzionale, in un'importante pronuncia del 2002³³, ha ricordato che, ai fini del trasferimento officioso per ragioni di incompatibilità, «non è un illecito compiuto

²⁸ Ed è utile ricordare, che, in un contesto nel quale era preminente l'obiettivo dell'affrancamento della magistratura dall'influenza del potere politico, la scelta di devolvere al Consiglio superiore il potere di disporre il trasferimento in via amministrativa ha giocato un ruolo che la dottrina ha definito “rassicurante”; ottimismo che faceva, ad un tempo, scivolare in secondo piano i timori rispetto agli abusi che sarebbero potuti derivare dal persistente *deficit* di determinatezza della fattispecie; sempre SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 653, nota 6, segnala l'approccio meno ottimistico da parte di R. ROMBOLI, S. PANIZZA, (voce) *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino, 1995, p. 392.

²⁹ Cfr., ancora, C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 166.

³⁰ Così F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 107*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 141.

³¹ La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che l'interesse protetto dalla previsione è da ricondursi alla fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e la credibilità della stessa. Nella sentenza n. 100 del 1981, in particolare, si legge che i «magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità: nell'adempimento del loro compito. I principi anzidetti sono quindi volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunziata qualifica prestigio e che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa» – cfr. Corte cost., sentenza n. 100 del 1981, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

³² Così G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 156-157.

³³ Cfr. *infra* § 5.

dal magistrato che viene immediatamente in rilievo, ma una situazione obiettiva che si determina nell'ufficio ove egli esercita le sue funzioni»³⁴.

Ripercorrendo l'evoluzione del trasferimento d'ufficio, è utile ricordare che esso ha faticato a trovare impiego nella prassi applicativa delle prime consiliature³⁵ e che, cionondimeno, il ricordato quadro normativo ha alimentato nel corso degli anni un vivace dibattito in merito alla sua conformità con l'art. 107 Cost.³⁶: sul banco degli imputati, in particolare, l'eccessiva genericità e indeterminatezza della disciplina posta dall'art. 2, comma 2, sia per i presupposti applicativi, sia per il procedimento in sé³⁷. Non è un caso che, in un suo messaggio alle Camere del 1990, il Presidente della Repubblica Cossiga appuntasse una serie di valutazioni critiche proprio sulla indefinitezza della fattispecie normativa in commento³⁸, rilevando come la dizione contenuta nella versione dell'art. 2, comma 2, allora vigente fosse

³⁴ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 457 del 2002, con nota di F. BIONDI, *La natura giuridica del procedimento di trasferimento d'ufficio e i suoi riflessi sul diritto di difesa del magistrato*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3798 ss.

³⁵ Ricorda F. BIONDI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, cit., p. 34, che il primo provvedimento di trasferimento fu adottato nel 1972 e che dai primi anni ottanta il Consiglio ha iniziato a ricorrere con frequenza a tale istituto, soprattutto nei confronti dei dirigenti che, con i loro comportamenti, avevano creato disfunzioni, disagi o tensioni negli uffici da loro diretti. Secondo alcuni, la progressiva crescita dell'istituto, in termini di importanza, sarebbe legata alle riforme della carriera dei magistrati degli anni sessanta e settanta, che hanno determinato una notevole riduzione della mobilità del corpo giudiziario, consentendo lunghe permanenze nella stessa sede: così si è osservato che «fra gli effetti disfunzionali della lunga permanenza dei magistrati nella stessa sede vi è stato anche quello del verificarsi, con sempre maggior frequenza, di svariate situazioni – spesso delicate e difficili – di coinvolgimenti ambientali, rivalità e tensioni all'interno degli uffici giudiziari, nonché del prodursi di aggregazioni di interessi e concentrazioni di potere particolarmente lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità della funzione giudiziaria, oltre che dannose e nocive per lo stesso buon funzionamento del singolo ufficio giudicante o requirente» – cfr., ancora, A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1400.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 416, faceva valere, a tal riguardo, la ratio della riserva di legge di cui all'art. 107 Cost., individuata, da un lato, nell'esigenza di una organica codificazione delle regole disciplinari, alle quali le ipotesi ex art. 2, comma 2, potevano essere assimilate; e, dall'altro, nell'esigenza che tale codificazione fosse comunque disposta con legge e non affidata al potere di chi è chiamato a darvi applicazione nei casi concreti. In merito alla supposta incompatibilità costituzionale dello strumento è interessante ricordare anche il contenuto di un verbale di una seduta del C.S.M. del 13 aprile 1972, nel corso della quale veniva sollecitato il Plenum ad approfondire la questione del trasferimento officioso «anche in relazione ai risultati del convegno tenuto dall'Associazione nazionale magistrati in data 29 e 30 gennaio 1972 la cui mozione finale approvata testualmente reca[va] alla lettera c): “Abrogazione dell'art. 2, secondo comma, della legge sulle guarentigie” che, consentendo il trasferimento d'ufficio del magistrato per fatto incolpevole, si pone in palese contrasto con la garanzia dell'inamovibilità, posta dall'art. 107 della Costituzione, con l'evidente intendimento di tutelare attraverso un giudice veramente libero ed indipendente le libertà democratiche del cittadino, oltre che con i principi fondamentali di libertà posti dalla stessa Costituzione». Sul rapporto tra inamovibilità ed ulteriori ipotesi di trasferimento d'ufficio, v., in particolare, G. FERRI, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati fra esigenze organizzative e principio di inamovibilità*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2009, p. 74 ss.

³⁷ Anche in tempi più recenti, comunque, c'è chi – come F. BIONDI, *Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007 – si è confrontata con la compatibilità costituzionale della disciplina del trasferimento d'ufficio dei magistrati.

³⁸ Questa la posizione inequivocabilmente espressa dal Capo del Stato in occasione del Messaggio alle Camere richiamato nel testo: l'istituto ex art. 2, comma 2, non è compatibile «con la garanzia della inamovibilità accordato al magistrato dall'art. 107 della Costituzione e con la complessiva posizione di indipendenza, al magistrato garantita dall'insieme delle disposizioni costituzionali e che è condizione e presupposto dell'indipendenza del giudice, della sua effettiva, esclusiva soggezione alla legge e quindi della indipendenza dell'esercizio stesso della sua funzione giurisdizionale, essenziale allo Stato di diritto e al regime di libertà».

di una «tale genericità da dover essere considerata per lo meno insufficiente a tutelare la storica e fondamentale garanzia della indipendenza e della inamovibilità del giudice ed insieme non conforme al principio fondamentale della certezza e della conoscibilità reale del diritto, e cioè del possibile previo apprezzamento dei *canoni* cui adeguare il proprio comportamento»³⁹.

E tuttavia, come dimostra la ricognizione della giurisprudenza amministrativa, simili dubbi non hanno fatto breccia in sede pretoria: in più occasioni, sono state dichiarate manifestamente infondate questioni di legittimità prospettate in relazione all'art. 2, comma 2, con l'argomento per cui la disciplina sostanziale dell'istituto fosse sufficientemente specifica⁴⁰. Il Consiglio di Stato, in quest'ottica, ha ribadito la conformità costituzionale dell'istituto, anche evidenziando quanto il procedimento che precede il trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale fosse garantito dal punto di vista del contraddittorio e della difesa del magistrato coinvolto⁴¹.

Ciò che più conta, comunque, al netto delle possibili obiezioni sul crinale della sua conformità costituzionale⁴², è che quest'assetto normativo ha portato con sé il concreto rischio di una sovrapposizione tra il giudizio legato al trasferimento d'ufficio in via amministrativa e la valutazione, sui medesimi fatti, del procedimento disciplinare⁴³. La scelta del legislatore di autorizzare il trasferimento coattivo per «condotte anche indipendenti da colpa», infatti, «ha consentito di conferire alla stessa una vera e propria natura *paradisciplinare*, finendo [...] in molti casi per configurare nella prassi il trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale come un procedimento amministrativo di tipo affittivo e a carattere sanzionatorio»⁴⁴. Inoltre, come è stato rilevato, «tale sovrapposizione era tanto più evidente e significativa se si considera che prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 109/2006 il sistema disciplinare era connotato dalla atipicità delle fattispecie rilevanti». La giurisprudenza, da parte sua, ha cercato di porre un freno a simili prassi, «invitando a tenere ben distinti i presupposti che stanno alla base dell'istituto del trasferimento d'ufficio [...] da quelli che giustificano l'apertura di un giudizio disciplinare, anche alla luce

³⁹ Cfr. Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 26 luglio 1990, p. 9.

⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 329 del 1967; e Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 313 del 1976.

⁴¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 664 del 1970, richiamata in particolare da C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 169, nota 11.

⁴² Sul tema, v., anche, E. LAMARQUE, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati previsto dall'art. 2, comma 2, della legge sulle guarentigie (r.d.lgs. n. 511/1946)*, in *Studium Iuris*, 1997, pp. 174-178.

⁴³ Così per G. FIORENTINO, cit., p. 107; a tal riguardo, inoltre, A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1403, ricorda come fosse frequente che alcuni componenti del CSM, dopo aver manifestato pubblicamente nelle sedute plenarie il loro convincimento e il loro voto in merito alla sussistenza dei presupposti per il trasferimento amministrativo, con riguardo anche alla colpa del magistrato e all'addebitabilità dei fatti allo stesso, si trovavano poi a dover giudicare, quali componenti della sezione disciplinare, i medesimi fatti, «con evidenti rischi per l'indipendenza e l'autonomia del giudizio di quest'ultima rispetto alle decisioni amministrative del *Plenum*»; sul punto, va però ricordato, come fa l'A., che la Corte di cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione della imparzialità e terzietà del giudice disciplinare a causa della parziale coincidenza della composizione della sezione disciplinare con quella del *Plenum* del Csm: v. Cass., SS.UU., n. 5542 del 1989.

⁴⁴ Procedimento nel quale non venivano assicurate al magistrato le garanzie tipiche del procedimento giurisdizionale – cfr. A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1404.

della diversa natura dei due procedimenti»⁴⁵. La dottrina, sul punto, ha altresì rilevato che lo strumento *ex art. 2, comma 2*, in questa prima stagione è stato a lungo utilizzato in modo alternativo rispetto «a quello disciplinare, sulla base di una autonoma iniziativa (e poi indagine) del Consiglio, oppure in funzione cautelare, in attesa della sentenza della Sezione disciplinare (come avvenne, ad esempio, nei primi anni '80, nei confronti dei magistrati i cui nomi comparivano nelle liste della P2 e che vennero prima trasferiti e poi sottoposti a procedimento disciplinare)»⁴⁶.

Insomma, non è un caso che alla vigilia della riforma sia stato proposto, proprio per ovviare alla situazione di incertezza descritta e alla potenziale sovrapposizione tra le due procedure, di «ricondere la misura del trasferimento d'ufficio nell'ambito dei giudizi disciplinari, affidandone la competenza all'apposita Sezione, con le garanzie previste per i procedimenti disciplinari»⁴⁷.

3. (segue) le novità introdotte con la riforma del biennio 2005-2006

Il fondamentale tornante della riforma del biennio 2005-2006 ha interessato molti aspetti dell'ordinamento giudiziario e, per quanto più interessa, anche l'istituto del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale di cui al citato *art. 2, comma 2*⁴⁸.

Questo il contenuto della previsione per come determinata dall'intervento riformatore: «i magistrati possono, anche senza il loro consenso, essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni [...]

⁴⁵ Cfr. F. BIONDI, *Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*, cit., p. 2.

⁴⁶ Così testualmente F. BIONDI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, cit., p. 35; al riguardo, osserva G. SOBRINO, *Esercizio dell'azione penale, responsabilità disciplinare ed avocazione: un intreccio «a rischio» di imbarazzanti sospetti (alcune notazioni «di sistema» a margine di un'emblematica vicenda catanzarese)*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, p. 311, che il C.S.M. ha talora utilizzato lo strumento «approfittando della genericità dei suoi presupposti sostanziali, per “colpire” con la misura del trasferimento magistrati “scomodi” a motivo (anche) dei provvedimenti adottati nello stretto esercizio delle loro funzioni».

⁴⁷ Cfr. *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura*, presieduta dal Prof. Paladin, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1013. L'intervento riformatore del biennio 2005-2006 si è però orientato in una direzione diversa, pur se comunque perseguendo l'obiettivo di differenziare il procedimento che autorizza il C.S.M. a trasferire officiosamente il magistrato per ragioni di incompatibilità, da una parte, e il procedimento disciplinare vero e proprio, dall'altra. Ricorda, al riguardo, F. BIONDI, *A chi spetta scegliere la sede o l'ufficio in caso di trasferimento cautelare del magistrato? Il contrasto tra giudice amministrativo e cassazione giunge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2013, p. 1, che «tra gli obiettivi della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005 vi [fosse] quello di ridurre l'ambito di applicazione dell'istituto del trasferimento d'ufficio *ex art. 2 R.d.lgs. n. 511 del 1946*, impedendo alla prima commissione del Csm di svolgere una funzione 'para-disciplinare'».

⁴⁸ Per completezza, va ricordato che l'intervento ha interessato anche le fattispecie di incompatibilità di cui agli artt. 18 e 19 del R.D. n. 12 del 1941, oggetto nuovamente di una modifica a livello legislativo con la recente legge 17 giugno 2022, n. 71, *Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura. (22G00084)*; su cui, da ultimo, v. F. BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive*, in *Federalismi*, 8 marzo 2023; e M. ARCURI, *Il regime delle incompatibilità e il trasferimento d'ufficio del magistrato*, in *Il Foro Italiano*, n. 4, 2023.

quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza ed imparzialità».

Dal punto di vista testuale, la modifica è molto semplice, avendo il legislatore provveduto alla soppressione della congiunzione «anche»⁴⁹; il significato dell'intervento, però, come è facile intuire, è notevole e, potenzialmente, di primario momento in chiave applicativa. La precedente formulazione, infatti, aveva consentito al C.S.M. di prescindere, nell'applicazione pratica dello strumento, da qualsivoglia giudizio sulla colpa dell'autore del comportamento considerato e dei suoi profili soggettivi di responsabilità, favorendone così l'estensione alle ipotesi di responsabilità disciplinare o para-disciplinare, «in potenziale contrasto con le prerogative di indipendenza del magistrato e con la posizione assunta al riguardo anche dalla giurisprudenza costituzionale»⁵⁰. La correzione, in senso ablativo, della riforma aveva dunque la finalità di estromettere dal perimetro applicativo dell'art. 2, comma 2, tutte quelle ipotesi riconducibili a condotte aventi un qualche rilievo di tipo disciplinare, con un evidente e subito discusso ridimensionamento dell'istituto⁵¹.

Pur non condividendone l'impianto di fondo e, soprattutto, mettendone in discussione i riflessi applicativi⁵², lo stesso C.S.M. aveva comunque preso atto che la riforma del 2006, proprio al fine di

⁴⁹ La previsione si completava con la precisazione per cui «alla data di entrata in vigore del primo dei decreti legislativi emanati nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, comma 1°, lettera f), i procedimenti amministrativi di trasferimento di ufficio ai sensi dell'articolo 2, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, pendenti presso il Consiglio superiore della magistratura, per fatti astrattamente riconducibili alle fattispecie disciplinari previste dal presente comma siano trasmessi al Procuratore generale presso la Corte di cassazione per le sue determinazioni in ordine all'azione disciplinare».

⁵⁰ Cfr. G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 658.

⁵¹ Sul punto è stato osservato dal Consiglio superiore, all'interno di una risoluzione del 2007, che «l'esperienza del primo periodo di applicazione della nuova normativa ha dimostrato che tale ridimensionamento dei poteri di ufficio del Consiglio priva, di fatto, l'autogoverno di strumenti incisivi di intervento proprio nelle situazioni più delicate e nelle "zone grigie" (caratterizzate dalla compresenza di comportamenti di diversa rilevanza), il cui permanere mina (o rischia di minare) la credibilità della giurisdizione, e che a tale carenza non pongono sufficiente rimedio le nuove disposizioni relative alle misure cautelari adottabili in sede di procedimento disciplinare, sia per la diversità dei relativi presupposti che per la più ristretta area di applicazione di queste ultime» – cfr. Risoluzione C.S.M. del 24 gennaio 2007, *Problematiche riconducibili alla modifica dell'art. 2 L.G. ad opera dell'art. 26 del D.Lgs n. 109/2006*, p. 1. Dal punto di vista empirico-pratico, ancora, A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1410, segnala una «significativa riduzione delle procedure amministrative di trasferimento d'ufficio, dal momento che, mentre nel quadriennio fra il 2002 e il 2006 sono stati avviati 43 procedimenti, nel quadriennio fra il 2006 e il 2010 ne sono stati iniziati soltanto 30». Si esprime criticamente su queste tendenze D. CARCANO, *Il trasferimento per incompatibilità: un istituto in cerca di autore*, cit., p. 90, per il quale «la limitazione del trasferimento d'ufficio a fatti che non integrino ipotesi di illecito disciplinare – o, addirittura, a ipotesi che non siano da ascrivere neanche a "colpa" del magistrato – riduce l'intervento del Consiglio a vicende soltanto marginali tanto da neutralizzare del tutto la funzione di governo che il Costituente ha voluto attribuirgli».

⁵² In particolare, con il parere del 15 luglio 2004, espresso sul disegno di legge delega, il C.S.M. aveva evidenziato carenze nell'intervento di riforma del legislatore, sia in relazione ad aspetti teorici, sia in relazione ad aspetti più propriamente operativi. Questo il punto di vista espresso dal Consiglio superiore: «la norma non può essere condivisa perché pone a fondamento della distinzione tra la competenza amministrativa e quella giurisdizionale la nozione di "incolpevolezza" che non è idonea ad essere utilizzata in una fase pregiudiziale, di valutazione della sussistenza dei requisiti di competenza, richiedendo invece una valutazione *ex post* all'esito di approfonditi accertamenti. In presenza di tali difficoltà potrebbe sorgere un concreto pericolo che il Consiglio resti privo di strumenti efficaci per ovviare a situazioni di grave crisi della

separare in maniera più marcata le competenze giurisdizionali da quelle amministrative in tema di trasferimento d'ufficio, avesse ridotto l'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 2, e, ad un tempo, codificato e circoscritto le ipotesi di trasferimento d'ufficio in sede disciplinare⁵³. Per essere colta appieno nella sua portata innovativa, la modifica in commento va, infatti, calata nel contesto del più ampio intervento sull'ordinamento giudiziario realizzato dalla riforma, che ha inciso in maniera significativa, appunto, anche sul versante disciplinare. Il legislatore ha contestualmente introdotto l'art. 13, comma 1, del d.lgs. 109 del 2006, in forza del quale la sezione disciplinare, nell'infliggere una sanzione diversa dall'ammonimento e dalla rimozione, può facoltativamente disporre la sanzione accessoria del trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento della giustizia. Incidentalmente, giova ricordare che la stessa sanzione accessoria era sempre disposta al ricorrere delle violazioni previste dall'art. 2, comma 1, lett. a) del citato d.lgs., prima di un più recente intervento della Corte costituzionale che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte relativa all'automatica applicazione della misura⁵⁴. Il secondo comma dell'art. 13 testé richiamato, inoltre, ha stabilito che per motivi di particolare urgenza, la sezione disciplinare possa disporre, in via cautelare e provvisoria, il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato⁵⁵. Tutto ciò aveva, in piena coerenza con la già richiamata *intentio legis*, un evidente precipitato applicativo: se, in passato, gli stessi fatti avevano consentito, ricorrendone i presupposti, l'attivazione dell'uno e

credibilità della giurisdizione». Simili dubbi vennero, in qualche misura, riproposti ed approfonditi con le delibere poi ribadite nella risoluzione del 6 dicembre 2006, *Problematiche relative alla nuova formulazione dell'art. 2 Legge Guarentigie. Interpretazione del nuovo testo dell'art. 2 L.G., così come modificato dal D.L.vo n. 109/2006*, e della sopra citata risoluzione del 24 gennaio 2007, *Problematiche riconducibili alla modifica dell'art. 2 L.G. ad opera dell'art. 26 del D.Lgs n. 109/2006*.

⁵³ Cfr., in particolare, Verbale C.S.M., 30 novembre 2011, sed. ant., p. 381. Sui profili richiamati nel testo, v., ancora, G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 4.; in questa prospettiva, A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1410, ricorda però che, nell'estrema varietà delle situazioni che si possono verificare all'interno degli uffici giudiziari, non infrequentemente si intrecciano e confondono elementi riconducibili a comportamenti del magistrato – volontari o involontari e colpevoli o incolpevoli – con altrettanti elementi esterni da lui non dipendenti.

⁵⁴ A commento della quale, v., in particolare, I. F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 2015; e A. LO CALZO, *Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Consultaonline*, n. 3, 2017, p. 747 ss.

⁵⁵ Completa lo scenario la previsione di cui all'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2006 in forza della quale «quando il magistrato è sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva, o quando al medesimo possono essere ascritti fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare che, per la loro gravità, siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni, il Ministro della giustizia o il Procuratore generale presso la Corte di cassazione possono chiedere alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura la sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio, e il collocamento fuori dal ruolo organico della magistratura, anche prima dell'inizio del procedimento disciplinare. Nei casi di minore gravità il Ministro della giustizia o il Procuratore generale possono chiedere alla sezione disciplinare il trasferimento provvisorio dell'incolpato ad altro ufficio di un distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato nell'articolo 11 del codice di procedura penale».

dell'altro procedimento, dopo la riforma, almeno sulla carta, questo non sarebbe stato più possibile⁵⁶ essendo il trasferimento in sede amministrativa ora inibito in presenza di fattispecie che integrino gli estremi di un illecito disciplinare⁵⁷.

Tuttavia, con il passare degli anni, si è registrato un profondo scarto tra la chiarezza dell'obiettivo avuto di mira dal legislatore e il risultato pratico dell'intervento sull'art. 2, comma 2: come si dirà meglio oltre⁵⁸, soprattutto il C.S.M. e, dopo una prima stagione, anche il giudice amministrativo hanno proposto una interpretazione del dettato normativo capace di depotenziare la *vis* riformatrice dell'intervento del biennio 2005-2006.

All'indomani della riforma, per la verità, era stato efficacemente sostenuto che la «causa indipendente da colpa»⁵⁹ – di cui fa menzione, appunto, la nuova formulazione dell'art. 2, comma 2 – non è quella che rimanda ad un comportamento colpevole del magistrato, inteso in senso stretto e tipico, ovvero vietato dall'ordinamento giuridico; tale nozione piuttosto è volta a limitare l'accertamento solo ed esclusivamente al profilo dell'esistenza o meno di condizioni oggettive necessarie perché il giudice possa svolgere le proprie funzioni «con piena indipendenza e imparzialità», prescindendo da valutazioni relative alla sussistenza di condotte colpevoli del magistrato, essendo tale accertamento rimesso, eventualmente, ma esclusivamente, al giudice disciplinare o a quello penale. Lungo la stessa linea interpretativa, si era inizialmente collocato anche il Consiglio di Stato ricordando che il termine «colpa» nella disposizione in esame non deve essere interpretato come un richiamo all'elemento soggettivo dell'illecito – la

⁵⁶ A tal riguardo, N. ZANON, “*Sei gradi di separazione*”: ovvero come assicurare la terzietà della sezione disciplinare del consiglio superiore della magistratura, in *Rivista AIC*, n. 2, 2012, p. 9, nel richiamare la citata circolare del C.S.M. del 6 dicembre 2006, sottolinea che il presupposto del trasferimento d'ufficio *ex art. 2 l. g.* ricorre quando la situazione comportante l'impossibilità di svolgere le funzioni giudiziarie con piena indipendenza e imparzialità non risulti sussumibile in alcuna delle fattispecie disciplinari delineate dal decreto legislativo n. 109 del 2006 (oppure non sia riconducibile a comportamenti del magistrato, situazione che per definizione non pone problemi di rapporto con la procedura disciplinare).

⁵⁷ Anche il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in occasione di un suo intervento nel *Plenum*, ha ricordato che «da lettera della norma [fa] ritenere invece che i margini di intervento del Consiglio sono limitati e che l'attività avviata sulla base del detto articolo 2 deve arrestarsi non appena il fatto contestato è astrattamente inquadrabile tra quelli a rilevanza disciplinare» – cfr. *Sulla Giustizia. Interventi del Capo dello Stato e del Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura 2006-2012*, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 2012, p. 98; nello stesso senso, si è espresso anche il Ministro della Giustizia, il quale, intervenendo alla seduta plenaria del Consiglio superiore del 3 ottobre 2011, ha ricordato come «gli spazi di applicazione della disposizione si fossero sensibilmente ridotti, se non annullati, a séguito della novella del 2006, con cui il legislatore ha inteso tracciare una demarcazione netta tra i trasferimenti d'ufficio amministrativi ed i trasferimenti d'ufficio che conseguono a veri e propri procedimenti disciplinari. È evidente l'intento di rendere residuali le ipotesi di trasferimento amministrativo del magistrato, disancorandole da qualsiasi contestazione di condotte colpevoli e riconducendole esclusivamente a situazioni oggettive e incolpevoli».

⁵⁸ Cfr. *infra* § 6.

⁵⁹ In dottrina, è stato anche osservato che il «concetto di colpa [è] utilizzato non già in antitesi a quello di dolo, ma piuttosto considerato come sinonimo di 'colpevolezza', da intendere quale insieme dei requisiti necessari per l'imputazione soggettiva di un certo fatto ad un determinato agente» – cfr. M. VIETTI, *Prefazione*, in M. ARCURI, *L'inamovibilità dei magistrati. Il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale*, cit., p. 9; aggiunge però l'A. che un simile «prezzabile sforzo definitorio [...] non sembra aver sortito gli effetti sperati».

«colpevolezza» in senso lato, a sua volta suscettibile di atteggiarsi in dolo o colpa – ovvero nel senso generico di trasgressione di qualsiasi dovere etico o deontologico. E ciò in coerenza con la *ratio legis* dell'intervento riformatore, che, infatti, come detto, è stata quella di ancorare la possibilità di trasferimento coattivo a situazioni oggettive, se del caso anche riconducibili a condotte del magistrato interessato, ma comunque al di fuori di ogni giudizio di “riprovevolezza” di esse. Invero, la traiettoria impressa dal legislatore con la modifica dell'art. 2, comma 2, trovava, in qualche modo, conforto anche in quella tesi che escludeva, come possibile conseguenza della riforma, “vuoti normativi”, riferibili a tutte le condotte scorrette astrattamente ipotizzabili, non rientranti nelle analitiche previsioni degli illeciti disciplinari⁶⁰: sul punto, si era infatti ricordato come un tale asserito vuoto, se davvero esistente, potesse comunque essere colmato dal legislatore conferendo rilevanza disciplinare ad ulteriori condotte riprovevoli, senza poter «autorizzare un'interpretazione che, restituendo al C.S.M. un generale potere di trasferimento coattivo dei magistrati per qualsiasi condotta non individuata quale illecito disciplinare, [finisse] per aggirare il principio di tipicità su cui si basa il nuovo sistema»⁶¹.

Simili prese di posizione a livello interpretativo, come anticipato, si sono dovute però misurare con una prassi applicativa che ha progressivamente ridimensionato, venendo in qualche caso ad obliterare del tutto, quella separazione tra procedura *ex art. 2, comma 2*, e procedimento disciplinare che il legislatore della riforma aveva cercato di far emergere già a livello testuale⁶².

Nel dar conto di questo importante passaggio del biennio 2005-2006, va ricordato che la modifica legislativa ha interessato anche un ulteriore profilo della fattispecie di incompatibilità ambientale e funzionale di cui all'art. 2, comma 2. Dalla lettura del nuovo testo, si evince infatti che, oltre all'elemento di cui si è detto, la riforma ha riguardato anche il versante dell'interessate presidiato dallo strumento del trasferimento officioso, attraverso la sostituzione della precedente dicitura che, come visto, faceva genericamente riferimento al «prestigio dell'ordine giudiziario»⁶³. È ora indicata una situazione più specifica e circostanziata: la lesione dell'indipendenza – come capacità di svolgere le proprie funzioni con piena libertà da condizionamenti – e/o dell'imparzialità – intesa come assoluta obiettività rispetto agli affari da trattare. Non è più sufficiente, quindi, che il magistrato abbia, in modo più o meno diretto, pregiudicato il «prestigio dell'ordine giudiziario», ma è necessario che siano venute meno le condizioni

⁶⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1831 del 2014.

⁶¹ Cfr., ancora, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 1831 del 2014.

⁶² Cfr. *infra* § 6.

⁶³ Sul punto, per G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 655, la giurisprudenza amministrativa non ha frenato un utilizzo disinvolto dello strumento, avendo posto a parametro del sindacato sull'incompatibilità il concetto di «prestigio dell'ordine giudiziario», senza enuclearne un contenuto materiale più puntuale di quello presupposto dal C.S.M.; quanto all'effettivo carattere innovativo della riforma, va segnalato un significativo filone giurisprudenziale per cui «l'oggetto della tutela non è significativamente mutato dopo la suddetta modifica legislativa» – cfr., in particolare, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5783 del 2019.

che consentono allo stesso magistrato di svolgere le proprie funzioni nella sede con piena indipendenza e imparzialità, anche sotto il profilo della percezione esterna da parte dell'ambiente giudiziario e dell'intera cittadinanza⁶⁴.

Ora, per i profili che più interessano e che attengono al trasferimento per ragioni di incompatibilità, il giudizio fornito sulla riforma da parte della dottrina è stato differente: da una parte, c'è chi ha registrato positivamente l'impegno del legislatore, soprattutto sul piano teorico, nel senso di una più netta distinzione tra il procedimento *ex art. 2*, comma 2, e il procedimento disciplinare⁶⁵; dall'altra, coloro che, alla luce anche di una prassi operativa e di una giurisprudenza amministrativa non sempre coerente, hanno sottolineato una resa dell'intervento riformatore poco soddisfacente⁶⁶. La Commissione di studio Vietti del 2015⁶⁷, ad esempio, ha osservato, sulla base dell'esperienza applicativa degli anni post-riforma, come la ripartizione tra la procedura amministrativa di incompatibilità ambientale, sostanzialmente incolpevole, e il procedimento disciplinare cautelare, evidentemente colpevole, non avesse funzionato: una separazione – si precisava – che, a causa dei tempi della procedura cautelare, pienamente garantita, «ha

⁶⁴ Sottolinea questo profilo, G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 108; anche di recente, il C.S.M. evidenzia che, per giustificare il trasferimento, «si deve, dunque, essere determinata una situazione in fatto che crei negli utenti della giustizia un ragionevole sospetto di una mancanza di indipendenza e imparzialità della funzione giudiziaria svolta nella sede che si occupa» - cfr. Verbale C.S.M., del 13 gennaio 2021, sed. pom., p. 10.

⁶⁵ La riforma si è posta l'obiettivo – «pienamente condivisibile» – di affermare chiaramente la natura non disciplinare del trasferimento d'ufficio per F. BIONDI, *Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*, cit., p. 3.

⁶⁶ Ad esempio, per A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., pp. 1411-1412, la riforma non sembra aver risolto in modo chiaro il dubbio se il riferimento alla «causa indipendente da colpa» comporti la possibilità di attivare la stessa procedura, oltre che in tutte le situazioni determinata da condotte di soggetti terzi, nelle sole situazioni determinate da comportamenti involontari del magistrato oppure anche nelle situazioni determinate da sue condotte volontarie riprovevoli sotto il profilo deontologico, ancorché irrilevanti sul piano disciplinare. L'A., in proposito, ricorda i termini del confronto dottrinale che si è avuto sul punto: secondo una prima tesi, solo condotte incolpevoli; mentre tutto ciò che presenta un profilo di colpevolezza nel senso di attribuibilità psicologica, o ha rilievo nell'ambito della responsabilità disciplinare, in quanto integra gli estremi di un illecito tipizzato dal legislatore, oppure è del tutto irrilevante sul piano giuridico; questa tesi per l'A. porta a registrare una sorta di “zona franca”, che resta fuori da ogni possibile intervento, amministrativo o disciplinare, da parte del C.S.M., ogni qualvolta si verifichi un vulnus alla imparzialità e alla indipendenza della magistratura a causa di condotte poste in essere dal magistrato con ‘colpa’, da intendersi nel senso di riprovevolezza sotto il profilo deontologico, trattandosi di condotte non sufficienti ad integrare una delle fattispecie di illecito disciplinare tipizzate dal legislatore; per una seconda tesi, invece, la lettura appena proposta è da respingere perché affetta da intrinseca irragionevolezza: ammettendo l'esistenza di un vuoto, il nuovo sistema normativo si verrebbe a configurare come un sistema monco sul piano della complessiva attività di controllo dei magistrati da parte del C.S.M. e pertanto del tutto inidoneo a raggiungere lo scopo di armonizzare la disciplina del trasferimento amministrativo con quella delle nuove fattispecie disciplinari tipiche.

⁶⁷ Ci si riferisce alla *Commissione di studio incaricata di predisporre uno schema di progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, nella prospettiva dell'aggiornamento e della razionalizzazione dei profili di disciplina riferiti, in particolare: a) allo sviluppo del processo di revisione della geografia giudiziaria, attraverso una riorganizzazione della distribuzione sul territorio delle corti di appello e delle procure generali presso le corti di appello, dei tribunali ordinari e delle procure della repubblica ed una collegata promozione del valore della specializzazione nella ripartizione delle competenze; b) all'accesso alla magistratura; c) al sistema degli illeciti disciplinari e delle incompatibilità dei magistrati; d) al sistema delle valutazioni di professionalità e di conferimento degli incarichi; e) alla mobilità e ai trasferimenti di sede e di funzione dei magistrati; f) all'organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, istituita in data 12 agosto 2015.

fatto sì che in troppi casi il C.S.M. non dispone[ss]e di strumenti di intervento urgente a tutela degli uffici giudiziari e della stessa immagine e credibilità della giurisdizione».

In questa stessa prospettiva, peraltro, si è pronunciata, in tempi più recenti, anche la Commissione presieduta dal Prof. Luciani⁶⁸, la quale si è espressa nei seguenti termini: «[è] opportuno proporre una modifica dell'art. 2, comma 2, del R.D.lgs. n. 511 del 1946 al fine di precisare, con esiti maggiormente garantistici, il rapporto tra procedimento per trasferimento o per destinazione ad altre funzioni e procedimento disciplinare»⁶⁹. Secondo alcuni⁷⁰, peraltro, la contiguità tra i due procedimenti sarebbe stata accresciuta a seguito della ulteriore procedimentalizzazione deliberata con la circolare del C.S.M. del 2017, di cui si dirà a breve⁷¹, e sarebbe quindi stato necessario chiarirne i reciproci rapporti attraverso l'approvazione della proposta, formulata in seno alla citata Commissione, volta, appunto, a sopprimere, al secondo comma dell'art. 2, comma 2, le parole «per qualsiasi causa indipendente da loro colpa» e a precisare che il trasferimento per incompatibilità ambientale o funzionale non può operare quando «per lo stesso fatto sia promosso procedimento disciplinare»⁷².

4. L'attività di paranormazione del C.S.M.

La materia del trasferimento in via amministrativa per incompatibilità ambientale e funzionale non si sottrae alla diffusa considerazione per cui il Consiglio superiore, nella cornice posta dalla normativa di rango primario e in ossequio alle riserve di legge poste in Costituzione, svolge sovente un ruolo di *paranormazione* assai rilevante⁷³.

⁶⁸ Con osservazioni di E. BRUTI LIBERATI, *Riforma del Csm. Le proposte della Commissione Luciani*, in *Giustiziasieme.it*, 2021.

⁶⁹ Sul tema, A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1426, osserva che «il rimedio disciplinare non è sovrapponibile a quello amministrativo e in molti casi risulta istituzionalmente inidoneo a rimuovere con tempestività, e soprattutto per scopi di natura prettamente amministrativa, le cause di una compromessa funzionalità dell'ufficio giudiziario di appartenenza del magistrato».

⁷⁰ Così R. BALDUZZI, *Alcune domande sulla giustizia disciplinare*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati – Quaderni SSM*, n. 8, 2022, p. 114.

⁷¹ Cfr. *infra* § 4.

⁷² Tutto ciò – si diceva – avrebbe mantenuto la possibilità, per il Consiglio superiore, di «fare fronte autonomamente a situazioni di possibile turbamento della vita degli uffici giudiziari, senza d'altro canto la commistione impropria tra procedimenti di diversa natura»; osserva, però, G. TRONCONE, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti esterni dell'istituto*, cit., p. 160, che la novità suggerita nel testo «è stata invero già ampiamente fatta propria dalla prassi consiliare posta la vigente Circolare [...], adottata con delibera del 26 luglio 2017».

⁷³ Sulle implicazioni di questa attività di *paranormazione*, v., in particolare, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 49 ss.; in termini più generali, è utile ricordare che la dottrina costituzionalistica si è a lungo confrontata sulla natura delle riserve di legge poste dalla Costituzione nel suo titolo IV, dividendosi tra quanti hanno ritenuto che le stesse vincolassero tanto l'esecutivo quanto l'organo di autogoverno e coloro che, viceversa, hanno limitato simili effetti all'attività del primo: per le diverse posizioni espresse, si vedano S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Cedam, Padova, 1964; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare: alcuni aspetti generali*, cit., p. 442; e V. ONIDA, *La posizione costituzionale del C.S.M. e i rapporti con gli altri poteri dello Stato*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, cit., p. 34

Nell'ambito che qui interessa, il C.S.M. ha adottato una serie di delibere – tra cui due in particolare⁷⁴ – che hanno dato vita ad una procedura molto articolata sorvegliando con una serie di garanzie il trasferimento in via amministrativa del magistrato per incompatibilità ambientale e funzionale⁷⁵, in ossequio a quanto è oggi previsto dall'art. 42 del Regolamento interno⁷⁶.

La prima delibera che merita di essere qui richiamata risale al 1991.

Essa stabilisce in modo preciso l'articolazione del procedimento, lungo quattro fasi distinte⁷⁷: *i*) una *prima* caratterizzata dalle indagini e delle valutazioni preliminari da parte della prima commissione investita dell'esposto o del rapporto in ordine alla sussistenza delle cause di incompatibilità; *ii*) una *seconda* che principiava con la comunicazione contenente una sommaria enunciazione del fatto e l'avvertimento, rivolto al magistrato interessato, che egli ha diritto di essere sentito con l'eventuale assistenza di altro magistrato; *iii*) una *terza* fase che prendeva avvio con il deposito degli atti all'esito dell'istruttoria e con l'avviso al magistrato della facoltà di prenderne visione, ottenerne copia e presentare controdeduzioni scritte entro un termine prestabilito; *iv*) una *quarta* ed ultima fase in cui la commissione, valutate le risultanze istruttorie nel loro complesso, formulava la propria proposta – di archiviazioni o di trasferimento – al *Plenum* per l'adozione dell'atto terminativo. Si trattava di una procedura che – come ben evidenziato in dottrina – intendeva operare, mutuando un linguaggio processuapenalistico, una netta cesura tra la fase delle indagini e valutazioni preliminari, dirette ad una ricognizione dal carattere *aperto* o *esplorativo*, e la fase più propriamente investigativa, dopo la comunicazione all'interessato che è funzionalmente preordinata alla ricerca dei presupposti per l'adozione del provvedimento di trasferimento *ex art. 2*, comma 2. Come è stato osservato⁷⁸, a queste due differenti fasi corrispondevano

⁷⁴ Volendo, per un approfondimento, degli interventi di para-normazione sulla procedura *ex art. 2*, comma 2, che risalgono ai primi decenni di funzionamento del Consiglio superiore, v., DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 167.

⁷⁵ Sul punto, giova ricordare che nel già citato Messaggio alle Camere del 26 luglio 1990, il Presidente della Repubblica, dopo aver richiamato le delibere – del 5 dicembre 1972 e del 23 luglio 1980 – con cui il C.S.M. aveva precisato criteri interpretativi per fissare limiti all'esercizio del potere discrezionale del *Plenum*, ha rilevato che ciò è del tutto insufficiente, trattandosi di materia che non può essere lasciata a criteri di mera autolimitazione di una sostanziale discrezionalità; si sofferma su questo intervento del Capo dello Stato, in particolare, E. BRUTI LIBERATI, *Articolo 2. Perché SI nell'interesse della giustizia e quindi di tutti i magistrati*, cit., p. 2.

⁷⁶ A mente del quale, in particolare, «la procedura di cui all'art. 2, comma 2, del r. d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, in materia di trasferimento d'ufficio è regolata da una apposita circolare, approvata dal Consiglio su proposta della prima commissione, con la quale vengono articolate le fasi separate di esame, improntandone lo svolgimento al criterio di efficienza e al rispetto dei principi del giusto procedimento. 2. Con la medesima circolare sono indicati i termini perentori entro i quali ciascuna fase del procedimento deve trovare conclusione e gli effetti della loro scadenza, nonché il termine ultimo oltre il quale il Consiglio è comunque chiamato a deliberare sulla proposta della Commissione. 3. La procedura di trasferimento di ufficio non può comunque essere avviata o proseguita quando, a seguito di trasferimento a domanda ad altra sede o ad altro ufficio, la Commissione ha accertato che sono venute meno le ragioni di incompatibilità, nonché in ogni caso in cui la situazione di incompatibilità è stata creata allo scopo di provocare il trasferimento d'ufficio».

⁷⁷ Per C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 168, il C.S.M. «è andato via via precisando una normativa secondaria, volta a delineare una procedura sufficientemente garantita per il magistrato a essa sottoposto».

⁷⁸ In modo molto approfondito su tutti questi aspetti procedurali, v. M. ARCURI, *L'inamovibilità dei magistrati. Il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale*, cit., p. 46.

due diverse partecipazioni del magistrato: nella prima l'intervento dell'interessato era sostanzialmente connotato da un carattere partecipativo e collaborativo, funzionalmente orientato ad una migliore conoscenza dei fatti nella loro neutralità; nella seconda fase, la condotta del magistrato è di tipo difensivo. Già con questa prima deliberazione, inoltre, il C.S.M. aveva ritenuto di stabilire alcuni limiti cd. *negativi* alla procedibilità ex art. 2, comma 2, escludendo – in un'ottica evidentemente di garanzia, non solo per il magistrato interessato – che l'attività giurisdizionale del magistrato non potesse essere presa in considerazione ai fini del trasferimento, tranne che nei casi di dolo o di errore determinato da colpa grave. Con il secondo e più recente intervento⁷⁹, il C.S.M., pur rimanendo nella traccia della prima circolare degli anni novanta, si è posto alcuni obiettivi ulteriori⁸⁰: a) disciplinare le fasi del procedimento secondo un criterio di efficienza ed i principi del giusto procedimento; b) prevedere termini perentori entro cui ciascuna fase del procedimento deve trovare conclusione e gli effetti della loro scadenza.

All'interno di questa ampia cornice, la delibera consiliare del 2017 ribadisce, anzitutto, che «ai fini ed agli effetti del trasferimento d'ufficio [...] non può essere preso in considerazione il merito delle decisioni adottate dal magistrato nell'esercizio dell'attività giudiziaria». Vengono poi precisati, sempre all'art. 1, i casi in cui non può essere iniziato o proseguito il procedimento, ad esempio quando «a seguito di trasferimento a domanda ad altra sede o ad altro ufficio siano venute meno le ragioni di incompatibilità»⁸¹. L'art. 2 si occupa di disciplinare puntualmente le fasi del procedimento.

La prima fase – cd. *conoscitiva ed istruttoria* – si apre con una valutazione preliminare della Commissione in ordine agli elementi che caratterizzano la vicenda oggetto di accertamento, senza il coinvolgimento del magistrato coinvolto o la previsione di un qualche strumento di pubblicità⁸². Se queste prime verifiche restituiscono riscontri sufficienti per escludere l'archiviazione della pratica, la commissione è tenuta, senza ritardo, ad inviare all'interessato una «comunicazione di apertura del procedimento contenente la sommaria enunciazione del fatto per cui si procede, con avvertimento allo stesso che ha diritto di essere sentito con l'eventuale assistenza di difensore, di accedere al fascicolo e di presentare memorie scritte e documenti e che, in difetto di elezione di domicilio, tutti gli avvisi in ogni fase della procedura, saranno fatti presso l'Ufficio Giudiziario di appartenenza». A seguito della apertura formale del procedimento, la commissione procede con l'istruzione vera e propria della pratica, svolgendo tutti gli approfondimenti

⁷⁹ Per G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 113, le previsioni contenute nella circolare non sono esenti da critiche ed insufficienze; nello stesso senso, soprattutto per gli aspetti legati alle tempistiche del procedimento, v., anche, M. ARCURI, *La procedura per l'applicazione dell'art. 2 r.d. lgs. 31 maggio 1946 n. 511 (Legge delle Guarentigie)*, in *Magistraturaindipendente.it*, 2018, p. 9.

⁸⁰ Si sofferma su queste finalità, ancora, M. ARCURI, *La procedura per l'applicazione dell'art. 2 r.d. lgs. 31 maggio 1946 n. 511 (Legge delle Guarentigie)*, cit., p. 1.

⁸¹ In questo caso, la circolare prevede che «il provvedimento che ne prende atto, [dia] conto dell'avvenuto trasferimento e del venir meno, nella sede o nell'ufficio ove il magistrato si è trasferito, delle ragioni di incompatibilità».

⁸² Fase che può concludersi con provvedimento di archiviazione, che dà conto in maniera succinta, degli elementi di fatto emersi e delle ragioni per cui non sussistono i presupposti per l'apertura del procedimento.

necessari, come l'audizione di magistrati o di soggetti terzi e l'acquisizione di documenti, che il magistrato interessato ha facoltà di visionare e di utilizzare per presentare eventuali controdeduzioni scritte. Compiuti tali adempimenti, la commissione passa alla formulazione della proposta al *Plenum* che può essere alternativamente: a) di archiviazione, ove non si ravvisino i presupposti per il trasferimento di ufficio, con un provvedimento che dà conto in maniera succinta degli elementi di fatto emersi e delle ragioni per cui non sussistono le condizioni per il trasferimento di ufficio; b) di trasferimento di ufficio; in questo caso deve essere dato avviso all'interessato della data fissata per la seduta dell'assemblea plenaria nel corso della quale ha diritto di essere sentito con l'eventuale assistenza di un difensore subito dopo la relazione e prima della discussione.

La seconda fase – cd. *deliberativa* – prevede che il Consiglio, con decisione motivata, deliberi sull'accoglimento o meno della proposta di commissione, adottando a tal fine tutte le necessarie e conseguenti determinazioni, anche provvedendo a convocare la parte ed il difensore per la data della riunione e, ove ne facciano richiesta, procedendo alla loro audizione.

Una certa attenzione in sede di commento è stata riservata all'art. 4⁸³, segnatamente nella parte in cui, definendo i termini del procedimento, quest'ultimo precisa che la fase conoscitiva ed istruttoria deve concludersi nel termine di sei mesi decorrenti dalla data fissata dal Presidente per lo svolgimento della relazione da parte del componente assegnatario del procedimento, con eventuali richieste istruttorie⁸⁴. Si tratta, a ben vedere, di un termine “mobile”, rimesso ad una valutazione presidenziale che non è in grado di offrire garanzie sufficienti; come è stato rilevato, sarebbe stato più semplice, oltre che maggiormente rispondente ai criteri richiamati nella relazione di accompagnamento, «individuare il *dies a quo* nella data di iscrizione della pratica nel registro elettronico della commissione, oppure nella data di inserimento della pratica all'ordine del giorno della commissione o, ancora, nel giorno in cui è prevista nel programma dei lavori la trattazione della pratica»⁸⁵.

Per quanto riguarda, poi, la delicata questione dell'eventuale concorso con l'azione disciplinare o penale, la circolare stabilisce, all'art. 3, che, qualora per i medesimi fatti oggetto della comunicazione di apertura del procedimento *ex* art 2, comma 2, sia stata esercitata l'azione disciplinare o l'azione penale, la commissione, con provvedimento motivato, sospende il procedimento⁸⁶.

⁸³ Per G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 113, il senso e l'effettività dei termini perentori stabiliti perdono di giustificazione una volta che si stabilisca, come fa l'art. 4, «che essi inizino a decorrere dalla data fissata dal Presidente per lo svolgimento della relazione, suscettibile di determinazione del tutto discrezionale ed anche arbitraria in assenza di ogni vincolo di merito».

⁸⁴ Previsione che si conclude con la precisazione per cui «nel caso di motivata grave necessità tale termine può essere prorogato per non più di una volta e per un periodo di massimo mesi tre».

⁸⁵ Così, ancora, M. ARCURI, *La procedura per l'applicazione dell'art. 2 r.d. lgs. 31 maggio 1946 n. 511 (Legge delle Guarentigie)*, cit., p. 10.

⁸⁶ Cfr. art. 3 *Circolare sul procedimento di trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale di cui all'art. 2, comma 2, del r.d.lgs 31 maggio 1946, n. 511*. Secondo alcuni, peraltro, proprio questa previsione avrebbe contribuito ad alimentare i

Per le ulteriori ipotesi di sospensione – come ad esempio, il rinvio, su richiesta dell’interessato, del termine per il deposito di memorie o per qualsiasi atto istruttorio – l’art. 4, commi 5 e 6, prevede, con maggior dettaglio, che i termini vengono sospesi fino alla nuova data fissata per l’espletamento dell’incombente e che «l’inutile superamento [degli stessi] termini produce l’archiviazione del procedimento per estinzione, senza possibilità di riapertura»⁸⁷.

Nessuna indicazione, invece, si rinviene sul punto per l’ipotesi di sospensione prevista dall’art. 3, vale a dire nei casi di contestuale esercizio dell’azione disciplinare o penale. Dopo l’entrata in vigore della circolare nel 2017 e per i successivi anni, la prima commissione aveva sempre adottato, in questi casi, a fronte della definizione del parallelo procedimento, un provvedimento espresso di revoca della sospensione, a partire dal quale ricominciava a decorrere il residuo termine semestrale. Ciò in applicazione della teoria del *contrarius actus* che, nel contesto del trasferimento d’ufficio, risultava anche coerente con la natura del procedimento *ex art. 2, comma 2*, e con l’idea, ad esso sottesa, che «ove si crei una situazione di incompatibilità ambientale con conseguente rischio di lesione per l’esercizio indipendente della giurisdizione, il ripristino di tali valori prevale sul servente principio di inamovibilità»⁸⁸. In tempi recentissimi, il Consiglio si è però orientato in un senso opposto, ritenendo sufficiente, per la riattivazione del procedimento e il conseguente decorso del residuo termine, che la prima commissione abbia ricevuto notizia del passaggio in giudicato della sentenza che chiude il parallelo procedimento⁸⁹. Questa diversa interpretazione – come dimostra proprio la vicenda che ha dato luogo al dibattito in *Plenum* nella seduta del 26 aprile 2023 – porta con sé il rischio di dover, ad un certo punto, archiviare la pratica per decorrenza del termine, posto che, come è facile intuire, la semplice comunicazione dell’esito del procedimento disciplinare o penale può precedere, anche di molti giorni, il momento in cui la prima commissione è in

rischi di sovrapposizione tra l’attività della prima commissione e quella della sezione disciplinare, che il legislatore, come detto, aveva viceversa cercato di tenere ben distinte: si è osservato – in quest’ottica – che la presenza di elementi in grado di sostenere la successiva irrogazione di una sanzione disciplinare a carico del magistrato dovrebbe escludere in radice l’attivazione dello strumento *ex art. 2, comma 2*, la cui sospensione, della durata anche non marginale, non troverebbe comunque giustificazione. Sul punto, si vedano le considerazioni proposte dall’Avv. Antonio Leone, ex consigliere del C.S.M., in occasione del convegno “*Il trasferimento d’ufficio ex art. 2 della legge sulle guarentigie della magistratura: attualità e proposte di riforma*”, tenutosi in data 25 gennaio 2018, la cui registrazione video è disponibile sul sito di [Radio Radicale](#). In proposito, v., anche, M. ARCURI, *La procedura per l’applicazione dell’art. 2 r.d. lgs. 31 maggio 1946 n. 511 (Legge delle Guarentigie)*, cit., p. 8, per cui «nulla è detto in ordine ai tempi di sospensione e ad eventuali termini di decadenza o estinzione della procedura con buona pace dei criteri ai quali dovrebbe essere ispirata e dichiara di essere informata la circolare in argomento»; un tale stato di cose, per l’A., «determina pregiudizi esiziali per il magistrato che per accidente si trovi ad essere destinatario di una comunicazione di apertura del procedimento di trasferimento».

⁸⁷ Per completezza, va osservato che la previsione richiamata nel testo configura un modello alternativo per l’ipotesi in cui sopraggiungano nuovi elementi «in presenza dei quali decorrono nuovamente i termini di cui ai commi precedenti».

⁸⁸ Cfr. Verbale C.S.M., 26 aprile 2023, sed. pom., p. 34.

⁸⁹ Sul punto è stato però osservato criticamente da alcuni componenti del C.S.M. che «tale decisione incide sull’esercizio di una competenza consiliare di estremo rilievo e delicatezza e, quindi, individuando in via interpretativa il *dies a quo* [...] nel senso che il termine sospeso riprende a decorrere nel momento della comunicazione alla prima commissione della cessazione della causa di sospensione, si introduce un’ipotesi di estinzione del procedimento che non è espressamente prevista» – cfr., ulteriormente, Verbale C.S.M., 26 aprile 2023, sed. pom., p. 34.

grado nuovamente di occuparsi della pratica *ex art. 2*, comma 2⁹⁰. Al di là della specifica questione, in ogni caso, preme rimarcare che, nelle discussioni interne al C.S.M., si sta facendo sempre più strada la convinzione che i tempi siano maturi per rivedere il contenuto della circolare e per sciogliere, in particolare ma non solo, questo nodo della sorte del procedimento *ex art. 2*, comma 2, in caso di sospensione per pregiudizialità disciplinare o penale.

5. Il contributo della giurisprudenza nella definizione dell'ambito di operatività dello strumento

In occasione della già citata sentenza n. 457 del 2002, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 2 R.D.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, nella parte in cui escludeva che il magistrato sottoposto al procedimento di trasferimento d'ufficio potesse farsi assistere da un avvocato, ha svolto alcune importanti considerazioni sulla natura dello strumento oggetto delle presenti note. La Corte, in particolare, nel dichiarare infondata la questione, ha riconosciuto che «la pienezza della tutela giurisdizionale è assicurata nella fase di giudizio vera e propria che può seguire al procedimento amministrativo in virtù dell'esercizio del diritto di impugnazione». Richiamandosi ad una giurisprudenza che risale ad una pronuncia degli anni sessanta⁹¹, la Corte ha rimarcato che l'attivazione del ricorso giurisdizionale costituisce uno strumento idoneo a realizzare, per gli appartenenti alla magistratura, quella ampiezza di tutela, coesistente allo Stato di diritto, che consente di reagire alle possibili violazioni di legge da parte dello stesso Consiglio superiore della magistratura⁹². Nella sentenza, inoltre, si è giustamente ricordato che davanti al giudice amministrativo può venire in considerazione non solo la violazione di legge ma anche l'eccesso di potere, il quale, denunciato in alcuna delle sue figure sintomatiche, consente al giudice anche un penetrante sindacato sul provvedimento di trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale.

Affermazioni, tutte queste, che assumono particolare pregnanza rispetto ad una procedura in grado di incidere sulla fondamentale garanzia dell'inamovibilità, come è – all'evidenza – quella di cui all'art. 2, comma 2.

⁹⁰ Cfr., ancora, Verbale C.S.M., 26 aprile 2023, sed. pom., p. 34, laddove si evidenzia che «la mera comunicazione del provvedimento conclusivo del procedimento penale o disciplinare alla Segreteria della prima commissione [...] non implica l'immediata conoscenza dell'atto da parte dei componenti della commissione, con l'effetto [...] che si rischia di sanzionare un'inerzia non effettiva».

⁹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 44 del 1968.

⁹² Cfr. Corte cost., sentenza n. 457 del 2002, punto n. 2 del *Considerato in diritto*; per un approfondimento su questi profili, v., in particolare, R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del C.S.M.*; e B. TONOLETTI, *Indipendenza della magistratura e sindacato del giudice amministrativo sul conferimento degli incarichi direttivi da parte del C.S.M.*, entrambi pubblicati in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *L'indipendenza della magistratura oggi*, Giuffrè, Milano, 2020; da ultimo, sullo stesso tema, v. G. CAMPANELLI, *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati tra formale discrezionalità del Csm e sostanziale sindacato "sostitutivo" del giudice amministrativo*, in *Questione giustizia*, nn. 2-3, 2022.

Non sorprende, infatti, che precisamente lungo la direttrice suggerita dalla Corte costituzionale si siano mossi nel corso degli anni tutti quei magistrati, destinatari dei provvedimenti di trasferimento per incompatibilità, che hanno inteso contestare in sede giudiziaria le scelte del Consiglio superiore⁹³; ciò che ha consentito al giudice amministrativo di elaborare orientamenti interpretativi che, in particolare negli ultimi lustri, hanno assunto una consistenza, anche quantitativa, non irrilevante⁹⁴.

Una prima vicenda degna di nota ha avuto ampia risonanza a livello mediatico: il Giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi sul caso di un magistrato che, nel rilasciare una serie di interviste, aveva denunciato interferenze nell'esercizio delle sue funzioni da parte di supposti "poteri forti", manifestando inoltre critiche nei confronti dell'operato di alcuni magistrati requirenti impegnati nello svolgimento di delicate indagini di rilevanza nazionale⁹⁵. In primo grado, il T.A.R. ha accolto il ricorso del magistrato attinto dal provvedimento di trasferimento osservando che la causa per la quale il C.S.M. ha ritenuto sussistere la situazione di incompatibilità ambientale è dipendente da colpa del magistrato e il provvedimento adottato si pone, pertanto, al di fuori del parametro normativo e risulta quindi adottato in violazione del principio di legalità e di tipicità degli atti amministrativi⁹⁶. A conferma della conclusione, il Collegio faceva anche notare che l'impossibilità di perseguire in via disciplinare i fatti contestati, siccome non corrispondenti ad alcuna una delle fattispecie tipizzate dall'art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2006, non poteva condurre a ritenere che essi fossero idonei a fungere da presupposto per l'applicazione della norma di cui all'art. 2, comma 2. E si aggiungeva ancora che: se è possibile ritenere che il trasferimento d'ufficio «possa essere determinato, oltre che da situazioni che obiettivamente prescindono dalla volontà del magistrato, anche da condotte volontarie dello stesso, è però essenziale per l'integrazione della fattispecie che queste ultime non siano imputabili a titolo di colpa all'interessato»⁹⁷. In secondo grado, il Consiglio di Stato, in linea con la soluzione raggiunta dal T.A.R.⁹⁸, ha ribadito che, con la novella del 2006, il legislatore ha inteso superare la configurazione "ibrida" della procedura *ex art. 2*, tracciando una demarcazione netta

⁹³ In qualche caso, i magistrati destinatari dei provvedimenti *ex art. 2*, comma 2, non si sono attivati per contestare l'an della determinazione consiliare, ma il *quomodo* della stessa – cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 14689 del 2022.

⁹⁴ Con riferimento alla stagione che ha preceduto la riforma degli anni duemila, si può ricordare un intervento del T.A.R. Lazio con cui si era chiarito che, nell'ambito della incompatibilità di sede, occorre distinguere una incompatibilità "esterna" del magistrato con riferimento all'ambiente esteriore *tout court*, da una incompatibilità "interna" relativa a situazioni derivanti da rapporti interni, appunto, ad un determinato ufficio o organo giudiziario – cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 469 del 1992.

⁹⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 4454 del 2009.

⁹⁶ A commento della decisione, v., in particolare, F. DAL CANTO, *Il caso "Forleo" tra CSM e giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI - M. CARDUCCI - N. GRASSO - V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 289 ss.

⁹⁷ Cfr., ancora, T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 4454 del 2009.

⁹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3587 del 2011, con nota di G. MARRA, *La c.d. responsabilità paradisciplinare dei magistrati alla luce del nuovo ordinamento giudiziario*, in *Corriere giuridico*, n. 3, 2012, p. 420 ss.; sul punto, v., anche, le osservazioni non pienamente adesive di A. LOLLO, *l'indipendenza interna dei magistrati nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2012, p. 15 ss.

tra i trasferimenti che conseguono a veri e propri procedimenti disciplinari e i trasferimenti amministrativi. Inoltre, il Consiglio di Stato, confutando l'argomento di un asserito *vuoto normativo*, ha rimarcato che il ridimensionamento dei poteri del C.S.M. di trasferimento officioso dei magistrati appare coerente con «l'intento legislativo di dare piena attuazione al principio costituzionale di inamovibilità, che costituisce garanzia di indipendenza e autonomia riconosciuta a ciascun magistrato non solo rispetto a possibili ingerenze di altri poteri statuali, ma anche all'interno dello stesso ordine giudiziario, e pertanto destinata a prevalere anche sulle prerogative dello stesso organo di autogoverno»⁹⁹.

Qualche anno più tardi, in una successiva occasione¹⁰⁰, il giudice amministrativo ha ribadito che il trasferimento d'ufficio rimane circoscritto alle sole fattispecie di incompatibilità cd. *incolpevole* e che le situazioni oggettive cui è stata ancorata la possibilità di trasferimento d'ufficio del magistrato possono risultare anche riconducibili a condotte del magistrato interessato, anche se le stesse devono comunque essere valutate al di fuori di ogni giudizio di riprovevolezza delle stesse¹⁰¹.

Da queste prime pronunce si ricava l'idea – coerente con la *ratio* dell'intervento legislativo del biennio 2005-2006 – che la procedura amministrativa *ex art. 2*, comma 2, non possa essere attivata in presenza di una condotta colpevole del magistrato che, sebbene disciplinarmente irrilevante, sia essa stessa idonea a pregiudicare l'esercizio delle funzioni con piena indipendenza e imparzialità¹⁰².

⁹⁹ Cfr., ancora, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3587 del 2011, p. 11.

¹⁰⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 6972 del 2012; richiamando questa decisione, G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 110, ribadisce come «il rimedio del trasferimento d'ufficio del magistrato può conseguire anche a condotte volontarie dell'interessato».

¹⁰¹ Quindi per il TAR: «fra le cause che possono determinare l'impossibilità dei magistrati di svolgere le funzioni giudiziarie nella sede occupata con piena indipendenza e imparzialità, «non possono non farsi rientrare anche le condotte connotate da coscienza e volontà, anche perché, laddove la locuzione “qualsiasi causa” potesse essere ritenuta riferibile esclusivamente a circostanze esterne alla sfera personale del magistrato, ovvero escludere i suoi comportamenti volontari, la successiva precisazione della necessità dell'indipendenza da colpa sarebbe del tutto priva di senso». Anche più di recente, il T.A.R. Lazio ha ricordato che «nel nuovo contesto normativo si assiste a una mutata valutazione delle circostanze che possono determinare il trasferimento per incompatibilità, che ora presuppongono, sul versante oggettivo, una reale compromissione della serenità di giudizio del magistrato, tale da impedirgli di “svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità”. È stato, invece, eliminato il riferimento all'impossibilità di “amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario”, dato che appariva di connotazione puramente “esteriore”, in quanto riconducibile alla sola immagine di imparzialità e autorevolezza del magistrato. In relazione al profilo soggettivo, il trasferimento d'ufficio è stato circoscritto alle sole ipotesi di incompatibilità “incolpevole”, onde distinguere nettamente i trasferimenti che conseguono a veri e propri procedimenti disciplinari e i trasferimenti amministrativi. L'incolpevolezza deve essere intesa nel senso che la situazione che determina il trasferimento d'ufficio del magistrato può anche essere causalmente riconducibile a una sua condotta volontaria, purché essa sia valutata nella sua oggettività e al di fuori di ogni giudizio di “riprovevolezza”» – cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 14689 del 2022.

¹⁰² Cfr., ulteriormente, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3587 del 2011, che sottolinea la «non necessità di indagare se nel caso concreto la condotta ascritta al magistrato sia assistita dall'elemento soggettivo dell'illecito disciplinare, in modo da rendere la norma in esame una sorta di ‘norma di chiusura’ destinata ad essere applicata a fatti non integranti illecito disciplinare, ma pur sempre idonei a ledere l'imparzialità e l'indipendenza della funzione giudiziaria; in sostanza, la previsione si riferirebbe in via astratta a qualsiasi fatto – ivi comprese le condotte riprovevoli del magistrato – non rilevante sul piano disciplinare». Osserva ancora la giurisprudenza che «ai fini del procedimento amministrativo ciò che rileva è, per i suoi riflessi di ordine generale, la situazione oggettiva ingenerata nell'ufficio e nell'ambiente, non la condotta

Più di recente¹⁰³, il giudice amministrativo ha affrontato un interessante caso, all'esito del quale viene confermata la decisione del T.A.R. di rigetto del ricorso del magistrato colpito dal provvedimento di trasferimento *ex art. 2*, comma 2, e quindi riconosciuta la bontà dell'intervento del C.S.M. Ai presenti fini, interessa soprattutto richiamare la parte della sentenza che ospita una approfondita disamina dell'istituto *de quo*. Si dà anzitutto conto dell'ampiezza dell'originario contenuto normativo e dell'assenza di limiti espliciti all'oggetto delle valutazioni: lo strumento – si assumeva – «si sovrapponeva all'azione disciplinare, estendendosi a qualsiasi condotta individuale che si connotava per gli effetti afflittivi, pur essendo orientato alla tutela della obiettiva *credibilità* della funzione giudiziaria, che sopravanzava la dimensione soggettiva del magistrato». E la giurisprudenza amministrativa tendeva a circoscrivere, per un verso, sul piano sostanziale, l'attribuzione di rilievo solo a «fatti ben individuati nella loro concretezza e rilevanza causale, anche se non imputabili» (con esclusione dei «meri sospetti, delle illazioni e delle circostanze non provate») e, per altro verso, sul piano formale, a garantire comunque all'interessato adeguati ed effettivi strumenti di partecipazione contraddittoria¹⁰⁴.

A partire da questa decisione del 2019¹⁰⁵, il giudice amministrativo ha elaborato un orientamento che apre itinerari argomentativi diversi e che introduce taluni elementi di complessità nella ricostruzione del perimetro dell'istituto: viene, infatti, precisato che, per quanto non possano essere poste a fondamento del trasferimento d'ufficio le “medesime” ragioni legittimanti l'iniziativa disciplinare, non si può pregiudizialmente escludere la considerazione, sull'uno e sull'altro versante, del medesimo “nucleo di fatti”¹⁰⁶. Ciò che deve restare ben distinto, in altre parole, è che tali fatti siano autonomamente apprezzati

dell'individuo: e quella situazione può essere causata anche da una condotta volontaria del magistrato, pur se in sé non riprovevole» – cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 6209 del 2014.

¹⁰³ Cfr., in particolare, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5783 del 2019.

¹⁰⁴ Quanto alle modifiche del 2006, il Consiglio di Stato ha ripetutamente osservato che non è particolarmente significativo l'intervento sul “prestigio”, essendoci, per diffuso intendimento, una sostanziale continuità tra un'accezione di “prestigio” incentrata sull'obiettiva credibilità della funzione giudiziaria e sulla fiducia che è in grado di generare nella società e il riferimento all'indipendenza, cioè alla capacità di svolgere le funzioni senza condizionamenti, e all'imparzialità, cioè allo svolgimento di funzioni con obiettività rispetto agli affari da trattare. Del resto, indipendenza e imparzialità non solo connotano la considerazione di cui il singolo magistrato deve godere nel concreto esercizio delle funzioni, ma si riflettono anche, e in quella misura effettiva, nella proiezione esterna del prestigio dell'intero ordine giudiziario: sicché, se appaiono vulnerate in concreto, parimenti vulnerate ne sono credibilità e fiducia collettive nella giustizia. Più problematica, per il Consiglio di Stato – cfr., ancora, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5783 del 2019 – è l'innovativa individuazione del presupposto del trasferimento d'ufficio e dell'ambito di applicazione dello strumento.

¹⁰⁵ Cfr., negli stessi termini, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1657 del 2020.

¹⁰⁶ Sul punto, è però interessante ricordare la posizione autorevolmente espressa da N. ZANON, “*Sei gradi di separazione*”: ovvero come assicurare la terzietà della sezione disciplinare del consiglio superiore della magistratura, *cit.*, p. 8, per il quale «tra il procedimento per incompatibilità ambientale o funzionale, da una parte, e quello disciplinare, dall'altra, vi è non solo (e non tanto) una differenza di “etichetta” – l'uno di carattere amministrativo, l'altro giurisdizionale – quanto piuttosto una differenza di oggetto: trattandosi, nel procedimento disciplinare, di verificare la sussistenza di un illecito disciplinare tipico, mentre nel caso dell'art. 2 della legge delle guarentigie, di ricercare le circostanze che impediscano al magistrato, “senza colpa” (espressione che dovrebbe indicare l'assenza di una responsabilità disciplinare), di esercitare, nella sede occupata, le proprie funzioni con indipendenza e imparzialità».

nella loro obiettiva rilevanza¹⁰⁷: in quello amministrativo senza una impropria commistione o sovrapposizione con la materia disciplinare, la quale è volta a garantire non già la funzionalità e l'affidabilità oggettiva dell'ufficio rivestito, ma che la condotta individuale del magistrato non devii del minimo deontologico-professionale richiesto dalla legge alla sua figura di magistrato-funziario¹⁰⁸. In un caso, ad esempio, per il Consiglio di Stato l'assunto del magistrato ricorrente – per il quale il trasferimento sarebbe stato disposto con finalità *paradisciplinari* – è privo di fondamento in quanto la condotta dell'appellante è stata complessivamente considerata – anche con riguardo a distinte circostanze fattuali – nella sua attitudine a compromettere, indipendentemente dai profili di rimproverabilità, la percezione collettiva di serenità, imparzialità ed indipendenza nella gestione dell'ufficio, con valutazioni afferenti al profilo della situazione oggettive e dell'inopportunità della presenza dello stesso magistrato nel tribunale, stimata non compatibile con il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, e non involgente aspetti di potenziale negligenza professionale.

Per quanto concerne il tipo di valutazione che il C.S.M. è tenuto a svolgere *ex art. 2*, comma 2, va anche ricordato che, per costante giurisprudenza amministrativa, non è necessario, per il trasferimento di ufficio, che sia raggiunta la prova concreta che i fatti addebitati abbiano effettivamente determinato una lesione del prestigio dell'ordine giudiziario¹⁰⁹, essendo sufficiente che sia dimostrata la messa in pericolo di tale lesione, «dovendosi verificare esclusivamente che gli episodi contestati siano stati idonei a mettere in pericolo tale prestigio, ovvero che, secondo una valutazione probabilistica, si possa avere nell'ambiente esterno una percezione sfavorevole circa l'indipendenza e l'obiettività del magistrato nell'esercizio della

¹⁰⁷ M. SERIO, *Le incompatibilità e i poteri paradisciplinari*, in *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, cit., p. 125, ricorda che la giurisprudenza consiliare aveva già riconosciuto come gli stessi fatti, pur ontologicamente identici, potessero essere valutati da angolature diverse e diverse finalità: «nel primo caso [quello *ex art. 2*, comma 2] la rimozione di una causa menomatrice della credibilità della funzione giudiziaria in un determinato luogo, nel secondo [quello disciplinare] l'accertamento della lesione al medesimo valore, come conseguenza di un comportamento disciplinarmente rilevante del magistrato».

¹⁰⁸ Nel caso di specie, il magistrato lamentava il fatto che il trasferimento sarebbe stato disposto in suo pregiudizio sulla base degli stessi fatti che avevano condotto alla attivazione del procedimento disciplinare nei suoi confronti, «essendosene, con ciò, operata una valutazione non già obiettiva e 'asettica', ma filtrata nel prisma di un complessivo giudizio soggettivo di riprovevolezza».

¹⁰⁹ Su questa linea, giova notare che lo stesso C.S.M., anche in tempi recenti, nelle proprie determinazioni *ex art. 2*, comma 2, fa riferimento alla vecchia dicitura del «prestigio dell'ordine giudiziario», che il legislatore, come visto, aveva invece sostituito con «la piena indipendenza e imparzialità»; in quest'ottica, si osserva, in linea con la lettura offerta dal Consiglio di Stato, che «l'oggetto della tutela non è significativamente mutato dopo la suddetta modifica legislativa: [...] vi è infatti, per diffuso intendimento, una sostanziale continuità tra un'accezione di prestigio incentrata sull'obiettiva credibilità della funzione giudiziaria e sulla fiducia che è in grado di generare nella società e il riferimento all'indipendenza, cioè alla capacità di svolgere le funzioni senza condizionamenti, e all'imparzialità, cioè allo svolgimento di funzioni con obiettività rispetto agli affari da trattare. Del resto, indipendenza e imparzialità non solo debbono connotare la considerazione di cui il singolo magistrato deve godere nel concreto esercizio delle funzioni, ma si riflettono anche, e in misura effettiva, nella proiezione esterna del prestigio dell'ordine giudiziario: sicché, se appaiono vulnerate in concreto, parimenti vulnerate ne sono credibilità e fiducia collettive nella giustizia» – cfr. Verbale C.S.M. 19 ottobre 2022, sed. ant., p. 505.

funzione giudiziaria»¹¹⁰. Ancora, in tempi più recenti, il Consiglio di Stato ha ricordato che la previsione *ex art. 2, comma 2*, «prevede la trasferibilità sulla sufficiente base di una realtà situazionale oggettiva, generata da fatti solo eventualmente riconducibili a condotte del magistrato interessato, e comunque indipendentemente da un giudizio di riprovevolezza»¹¹¹. Nel salvare la decisione del C.S.M. contestata dal magistrato trasferito, il giudice ha in quest'occasione osservato che «l'organo di governo autonomo della magistratura non ha infatti espresso giudizi di disvalore in riferimento alla *mancata segnalazione*, né ha indagato se essa dovesse considerarsi obbligatoria ai sensi degli artt. 18 e 19 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 [...], limitandosi a considerarla in senso oggettivo, vale a dire come situazione in sé lesiva della credibilità della pubblica funzione»¹¹².

Ad esiti sostanzialmente corrispondenti è giunta anche la Corte di cassazione¹¹³, la quale, richiamandosi espressamente ad alcune delle citate decisioni del Consiglio di Stato¹¹⁴, ha rimarcato che, per quanto non possano essere poste a fondamento del trasferimento per incompatibilità ambientale le “medesime ragioni” legittimanti l'iniziativa disciplinare, non si può «pregiudizialmente escludere la considerazione, sull'uno e sull'altro versante, del medesimo “nucleo di fatti”»¹¹⁵. In un ulteriore caso degno di

¹¹⁰ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3712 del 2010; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 3375 del 2008; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 259 del 2008; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 4090 del 2000; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 712 del 2005; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 867 del 2005; ; negli stessi termini, più di recente, T.A.R. Lazio, sentenza n. 8832 del 2022, secondo cui occorre «verificare se i fatti accaduti, secondo *id quod plerumque accidit*, possano veicolare nell'ambiente esterno una percezione sfavorevole circa l'indipendenza e l'obiettività del magistrato nella funzione giurisdizionale. D'altra parte, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, postulare l'esigenza della prova dell'effettiva compromissione del prestigio dell'ordine giudiziario appare in irrimediabile contrasto con la configurazione legale dell'istituto del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale, che costituisce lo strumento utilizzabile anche quando il bene giuridico protetto, vale a dire il corretto funzionamento dell'ufficio e il suo prestigio, sia soltanto messo in pericolo, non essendo necessario che esso sia stato effettivamente leso».

¹¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1657 del 2020.

¹¹² Cfr., inoltre, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1657 del 2020, p. 14.

¹¹³ È utile precisare, sul punto, che la Suprema Corte si è recentemente trovata a ribadire le differenze tra i due procedimenti, quando chiamata a pronunciarsi sull'impugnazione di una decisione della sezione disciplinare del Consiglio superiore rispetto alla quale assumeva rilievo proprio la contestuale presenza, a carico della stessa ricorrente, di un provvedimento di trasferimento per ragioni di incompatibilità *ex art. 2, comma 2*; cfr., in particolare, Cass., SS.UU., sentenza n. 29833 del 2019, in cui peraltro viene evidenziato che «è acquisita in giurisprudenza l'ontologica distinzione tra la misura della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio, di cui al d.lgs. n. 109 del 2006, art. 22 e la misura amministrativa del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale, di cui al R.D.lgs. n. 511 del 1946, art. 2 la quale ultima trova causa nella perdita delle condizioni di autonomia e indipendenza del magistrato (che, di regola, si riflette negativamente sul prestigio dell'ordine giudiziario), il cui ripristino deve necessariamente avvenire con il trasferimento del magistrato divenuto incompatibile con la sede di appartenenza»; sul tema, da ultimo, F. TRONCONE, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti esterni dell'istituto*, *cit.*, p. 152.

¹¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V., sentenza n. 5783 del 2019.

¹¹⁵ In quest'occasione, la Suprema Corte è giunta ad affermare il seguente principio: «l'applicazione della misura amministrativa del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale con privazione delle funzioni monocratiche, a norma del R.D.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, art. 2 modificato dal D. Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 26 non osta alla successiva applicazione della misura della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio, a condizione che il giudice disciplinare dia conto della perdurante attualità delle esigenze cautelari giustificative della predetta misura o, in alternativa, della idoneità della misura cautelare minore del trasferimento d'ufficio, ai sensi del D. Lgs. n. 109 del

attenzione¹¹⁶, la Suprema Corte si è occupata di una specifica doglianza, motivata dal ricorrente con l'argomento per cui, subito dopo l'esercizio dell'azione disciplinare, lo stesso veniva attinto anche da un procedimento *ex art. 2, comma 2*, per i medesimi fatti. Il magistrato, in buona sostanza, denunciava una violazione del *ne bis in idem*, per esser stato sottoposto ad un duplice procedimento, per gli stessi fatti, e di aver quindi subito un "cumulo" di misure, da considerare, per il loro grado di afflittività e afflittività, sostanzialmente penali¹¹⁷. In risposta¹¹⁸, le Sezioni Unite hanno ricordato il trasferimento d'ufficio «si fonda sull'accertamento in concreto di situazioni lesive, sul piano puramente oggettivo, della indipendenza e imparzialità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, a prescindere da qualsivoglia indagine o valutazione di profili soggettivi di responsabilità, a titolo di dolo o di colpa, riferibili a condotte, anche volontarie, del magistrato», evidenziando anche che all'istituto «è del tutto estranea una finalità sanzionatoria, perché esula da esso ogni sindacato di colpevolezza o "riprovevolezza" del comportamento dell'interessato». L'ontologica diversità di presupposti e di finalità tra i due strumenti esclude in radice la possibilità di configurare un *bis in idem* – sia di diritto convenzionale, sia di diritto unionale, sia di diritto interno – tra il trasferimento d'ufficio *ex art. 2, comma 2*, e quello contemplato dal d.lgs. n. 109 del 2006, art. 13 applicabile, quale sanzione accessoria o – come nel caso di specie – misura cautelare, in relazione a procedimenti relativi ad illeciti disciplinari e quindi a questi correlato¹¹⁹.

6. La recente prassi applicativa del C.S.M.

Dopo aver richiamato i principali approdi della giurisprudenza in materia, è utile soffermarsi sulla recente prassi del Consiglio superiore, prendendo in esame alcuni dei più significativi casi di trasferimento coattivo *ex art. 2, comma 2*.

2006, art. 13 o art. 22, comma 1, tenendo conto del comportamento tenuto dal magistrato nell'esercizio delle funzioni nella nuova sede ove è stato trasferito in via amministrativa e comunque successivamente all'adozione della misura di cui al R.D. del 1946, art. 2».

¹¹⁶ Cfr. Cass., SS.UU., sentenza n. 24631 del 2020.

¹¹⁷ Sul tema, v., in particolare, M. SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Giappichelli, Torino, 2022; sia inoltre consentito il rinvio a S. BISSARO, *Corte costituzionale e "materia penale". I confini mobili delle garanzie penalistiche tra Costituzione e Carte internazionali*, FrancoAngeli, Milano, 2022, p. 218 ss., e la dottrina ivi richiamati sull'evoluzione del principio del *ne bis in idem*.

¹¹⁸ Per F. TRONCONE, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti esterni dell'istituto*, cit., p. 153, la sentenza interessa anche perché esclude che sussista «un obbligo di astensione da parte dei consiglieri che al contempo compongano la Sezione disciplinare e la prima commissione in ragione del disposto di cui all'art. 4 della legge 24 marzo 1958, facendo tuttavia salva la possibilità che l'incolpato, ove così ritenga, possa ricorrere allo strumento processuale della ricasazione, del tutto compatibile con il procedimento disciplinare».

¹¹⁹ Cfr., in proposito, anche Cass., SS.UU., sentenza n. 5542 del 1989; n. 1994 del 2003; n. 20730 del 2009; n. 29833 del 2019.

Ora, la consiliatura 2018-2022 per diverse ragioni, che in questa sede possono essere soltanto sfiorate¹²⁰, ha rappresentato un momento di grande vivacità, oltre che di inusitata tensione, tanto si è acuitizzato negli ultimi anni, a fronte di alcune note e non commendevoli vicende di cronaca¹²¹, il tradizionale – e, per certi versi, fisiologico – confronto tra politica e magistratura¹²². Non sorprende, in questo contesto, che il Presidente della Repubblica, in più occasioni, nell’auspicare interventi riformatori, abbia fatto riferimento all’esigenza di restituire appieno all’Ordine Giudiziario il prestigio e la credibilità perduti¹²³. Il Parlamento, per parte sua, è intervenuto con modifiche legislative di ampio raggio – che spaziano dalle regole per l’elezione della componente togata, al funzionamento dei Consigli giudiziari, ai mutamenti di funzione, così come alla annosa questione delle aspettative per incarichi extra-giudiziari¹²⁴ – con l’esplicito obiettivo di garantire non solo efficienza ma anche trasparenza all’intero ordinamento giudiziario¹²⁵. Ad ogni modo e per quanto più interessa, la consiliatura conclusasi nello scorso anno ha offerto, proprio nella prospettiva dello studio della prassi applicativa del trasferimento d’ufficio, molti spunti, in ragione del notevole attivismo dimostrato in materia da parte del C.S.M.¹²⁶. La ripresa di vitalità dell’istituto è strettamente connessa, come si chiarirà a breve, con l’eccezionale rilevanza del materiale probatorio raccolto dall’Autorità giudiziaria all’esito di alcune indagini¹²⁷, giunto, per le determinazioni di sua competenza, anche all’attenzione della prima commissione del Consiglio superiore¹²⁸. L’ampiezza e la

¹²⁰ Per un approfondimento sul tema v., in particolare, N. ZANON, F. BIONDI, *Chi abusa dell’autonomia rischia di perderla*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019.

¹²¹ Per richiamare un’efficace espressione di N. ZANON, *Un confronto tra modello astratto ed esperienza concreta: diario minimo di un membro laico del CSM (2010-2014)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2020, p. 446.

¹²² Stagione in cui, come noto e in una prospettiva più ampia, si sono anche registrati diversi procedimenti referendari, che riguardavano alcuni tra i più classici temi del dibattito pubblico sul sistema giustizia, tra cui, la responsabilità civile dei magistrati e la separazione delle carriere; per un inquadramento del merito dei quesiti, sia consentito il rinvio a F. BIONDI, S. BISSARO, *I referendum sulla “giustizia”: su che cosa voteremo?*, in *Studium Iuris*, n. 6, 2022.

¹²³ In tema, v., in particolare, M. D’AMICO, *Storia della magistratura italiana. Capitale sociale, principi costituzionali e recenti vicende storiche*, in *Storia della magistratura - Quaderni della SSM, cit.*, pp. 181-201; A. NAPPI, *Crisi del CSM e crisi della magistratura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2020; e T. F. GIUPPONI, *Il Consiglio superiore della magistratura e le prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021.

¹²⁴ Su cui, da ultimo, F. BIONDI, *Ordinamento giudiziario: novità, attese e prospettive, cit.*, p. vii ss.

¹²⁵ Cfr., in particolare, art. 1, legge 17 giugno 2022, n. 71, recante *Deleghe al Governo per la riforma dell’ordinamento giudiziario e per l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*.

¹²⁶ Di attivismo in tema di procedimenti di trasferimento d’ufficio ex art. 2 parla, da ultimo, G. TRONCONE, *Il trasferimento d’ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti interni dell’istituto, cit.*, p. 148.

¹²⁷ Un’eccezionalità che è dimostrata anche dalla circostanza che la Procura generale presso la Corte di cassazione ha ritenuto di dover assumere determinazioni per chiarire le modalità e i criteri con cui valutare, principalmente ai fini disciplinari, il suddetto materiale. Cfr. *Direttiva del Procuratore generale per la valutazione della sussistenza di taluni illeciti disciplinari*, del 22 giugno 2020, consultabile sul sito della [Procura Generale della Cassazione](#).

¹²⁸ In relazione alle consiliature precedenti, M. ARCURI, *L’inamovibilità dei magistrati. Il trasferimento d’ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale, cit.*, p. 63, osservava che «statisticamente il maggior numero di interventi del Consiglio si è avuto in presenza di un contesto connotato da aspra conflittualità tra magistrati appartenenti al medesimo ufficio giudiziario o ad uffici in relazione funzionale tra loro, tale da pregiudicare, o comunque porre in pericolo, il corretto ed equilibrato funzionamento dell’attività giudiziaria».

risonanza delle investigazioni condotte, soprattutto, dalla Procura presso il Tribunale di Perugia¹²⁹ hanno infatti finito per investire decine e decine di magistrati che, a vario titolo, avevano nel tempo intrattenuto rapporti con i protagonisti delle note vicende oggetto di accertamento in sede giudiziaria, con potenziale lesione, secondo la formulazione rinnovata dalla riforma del 2005-2006, dell'indipendenza e dell'imparzialità degli stessi magistrati.

In numerosi casi, peraltro, la semplice constatazione della presenza di simili relazioni ha giustificato l'apertura di una pratica ai sensi dell'art. 2, comma 2¹³⁰, con esiti poi differenti, a seconda dei singoli casi concreti e del tipo di coinvolgimento del magistrato interessato.

A fronte di un siffatto scenario, il primo dato d'interesse è di ordine generale e risiede nel fatto che il C.S.M. ha dimostrato di voler ribadire – fin dalle contestazioni iniziali rivolte ai magistrati coinvolti e in linea con la giurisprudenza prima richiamata – che nella sede amministrativa non si deve accertare l'eventuale rilievo disciplinare delle condotte attribuibili al magistrato¹³¹. In tale prospettiva, si legge frequentemente all'interno dei verbali delle sedute del Consiglio che, ai fini del trasferimento amministrativo, ciò che rileva – e che, conseguentemente, deve essere oggetto di approfondimento e di valutazione – è l'obiettivo appannamento dell'esercizio indipendente e imparziale dell'attività giurisdizionale nell'ambito dell'ufficio di appartenenza e delle funzioni ad esse connesse¹³². La garanzia di un esercizio indipendente e libero della giurisdizione sorge, pertanto, secondo quanto più volte ricordato nelle determinazioni consiliari *ex art. 2, comma 2*¹³³, ogni qualvolta la percezione da parte dell'ambiente lavorativo e/o dell'intera cittadinanza sia tale da costituire oggettivamente un pericolo per il bene giuridico di rilevanza costituzionale che l'istituto intende assicurare. Lungo questa stessa direzione, rileva sovente

¹²⁹ La quale – ed è utile ricordarlo – ha competenza per le indagini che riguardano i magistrati che operano nel distretto di Corte d'Appello di Roma, secondo la disciplina posta dall'art. 11 c.p.p.

¹³⁰ Nelle delibere del C.S.M. degli ultimi anni è frequente l'indicazione per cui «il presente procedimento scaturisce dalla trasmissione al Consiglio, da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, di alcuni documenti relativi al procedimento penale n.6652/2018 R.G.N.R. mod.21, ivi iscritto a carico del dott. Luca Palamara, già consigliere del Csm e già sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma, rimosso dall'ordine giudiziario per ragioni disciplinari. Più precisamente, la Procura di Perugia ha trasmesso al Consiglio, in data 20 aprile 2020, un *hard disk* contenente le chat intercorse tra il dott. Palamara e numerose altre persone, tramite *WhatsApp* ed altri applicativi informatici; chat estrapolate dal telefono portatile del dott. Palamara, sottoposto a sequestro».

¹³¹ Spesso, peraltro, il C.S.M. si pronuncia in questo senso, richiamando gli approdi della giurisprudenza amministrativa *in subiecta materia* – cfr., *ex multis*, Verbale C.S.M. del 26 ottobre 2022, sed. pom., p. 144, in cui, nel riportare la contestazione rivolta al magistrato coinvolto, si legge quanto segue: «esclusa in questa sede qualsiasi valutazione sull'eventuale rilevanza disciplinare di alcune condotte, ciò che rileva è unicamente il fatto oggettivo per il quale [...] utenti del servizio giustizia e non solo, possono percepire la concreta possibilità che [il magistrato] sia in qualche modo 'influenzabile', circostanza che ha diretta incidenza sui requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità nell'esercizio della giurisdizione».

¹³² In linea con quanto già evidenziava A. NICOLI, *Problematiche interpretative e prassi operative del trasferimento d'ufficio dei magistrati*, cit., p. 1422, il quale, già nel 2015, osservava che il C.S.M. aveva manifestato un orientamento «a tenere ferma la netta separazione tra le fattispecie che integrano i presupposti del trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale ed i comportamenti illeciti del magistrato sotto il profilo disciplinare, ribadendo ripetutamente, in relazione al trasferimento d'ufficio amministrativo, l'assoluta irrilevanza dell'elemento soggettivo della condotta del magistrato».

¹³³ Cfr., *ex multis*, Verbale C.S.M. del 26 ottobre 2022, sed. pom., p. 148.

il C.S.M. anche che «la valutazione della deficienza del requisito dell'indipendenza e della imparzialità va colta in via prognostica e secondo un comune apprezzamento esterno in relazione al quale il magistrato non fornisca più garanzie in termini di una resa di giustizia che possa essere ed apparire indipendente e/o imparziale»¹³⁴.

Sotto un diverso profilo, la lettura di alcune delibere adottate nell'ultima consiliatura conferma una precisa volontà dell'organo di governo autonomo di istruire in modo molto attento le pratiche di trasferimento officioso¹³⁵, ciò che rappresenta il riflesso della consapevolezza del C.S.M. della delicatezza dello strumento *ex art. 2*, comma 2¹³⁶: proprio nei casi emersi dalla pubblicazione delle conversazioni telefoniche di cui ai recenti e citati episodi, la prima commissione ha dimostrato di non accontentarsi del, pur rilevante, contenuto di tali interlocuzioni, ritenendo necessario svolgere molteplici audizioni, tra i colleghi dell'ufficio del magistrato coinvolto, ma anche tra esponenti dell'avvocatura, e procedere ad ulteriori acquisizioni documentali, così come ad approfondimenti istruttori di varia natura per verificare l'effettiva sussistenza dell'incompatibilità ambientale e funzionale¹³⁷.

Inoltre e a conferma di questa tendenza, è emerso anche che, quando non è convinto delle ragioni poste a fondamento della richiesta di archiviazione presentata a maggioranza, il *Plenum* può deliberare il ritorno della pratica in prima commissione, concedendo alla stessa un termine suppletivo per svolgere ulteriori attività istruttorie. È quanto, ad esempio, si è verificato in un caso del novembre 2022¹³⁸, giunto all'attenzione del C.S.M. a seguito di una complessa indagine condotta in un importante distretto del Sud Italia, che aveva fatto emergere una nebulosa rete di contatti, frequentazioni e rapporti fra un noto avvocato ritenuto vicino ad ambienti criminali e due magistrati della Corte d'appello. A fronte di una prima richiesta di archiviazione formulata dalla commissione, il successivo approfondimento istruttorio richiesto dal *Plenum* ha messo in evidenza una serie di circostanze idonee a determinare un appannamento

¹³⁴ Cfr. Verbale C.S.M. del 3 novembre 2021, sed. matt., p. 24.

¹³⁵ In linea con quanto indicato, soprattutto, negli artt. 1 e 2 della *Circolare sul procedimento di trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale di cui all'art. 2, comma 2, del r.d.lgs 31 maggio 1946, n. 511*.

¹³⁶ Ricorda, sul punto, C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio, cit.*, p. 178, che «l'istituto del trasferimento *ex art. 2 l.g.* è sempre stato avvertito dai magistrati e dell'opinione pubblica come un provvedimento a carattere sanzionatorio. È innegabile che esso abbia effetti afflittivi, al pari del provvedimento disciplinare. Pur essendo posto a tutela della 'credibilità' della funzione giudiziaria, di certo finisce con l'incidere oggettivamente sulla credibilità del magistrato che lo subisce»; sul punto, possono essere richiamate anche le valutazioni proposte da Maurizio Arcuri in occasione del già citato convegno *"Il trasferimento d'ufficio ex art. 2 della legge sulle garanzie della magistratura: attualità e proposte di riforma"*, tenutosi in data 25 gennaio 2018, che ha parlato, non casualmente, proprio riferendosi a questi indici di afflittività, di un istituto "esplosivo".

¹³⁷ Facendo leva su questa ricca attività istruttoria, il Consiglio ha anche deliberato di autorizzare la resistenza in giudizio davanti al giudice amministrativo per difendere le proprie determinazioni contro le censure del magistrato trasferito, volte a denunciare supposte carenze nell'attività istruttoria – cfr. Verbale C.S.M. del 19 maggio 2021, sed. pom., spec. p. 108 ss.

¹³⁸ Cfr. Verbale C.S.M. del 23 novembre 2022, sed. pom., spec. p. 2 ss.

dell'imparzialità e dell'indipendenza dei due magistrati coinvolti. Da qui, la conclusiva determinazione del *Plenum* per il trasferimento dei due magistrati, approvata con larga maggioranza.

In un altro caso, sorto a seguito delle note vicende di cronaca già richiamate, un magistrato del Tribunale di Roma veniva raggiunto da una contestazione *ex art. 2, comma 2*, per aver intrattenuto con un ex consigliere del C.S.M., all'epoca dei fatti componente della quinta commissione, una serie di conversazioni riguardanti una procedura di conferimento di un incarico semidirettivo, poi effettivamente ottenuto dallo stesso magistrato. A giustificare l'intervento del C.S.M. la circostanza che alcuni di questi scambi venivano successivamente riportati dagli organi di stampa, con dovizia di particolari¹³⁹, provocando quell'effetto "cassa di risonanza" in grado di pregiudicare l'immagine di indipendenza e imparzialità del magistrato interessato¹⁴⁰. Nella valutazione della commissione, si dava atto che, in almeno tre procedimenti civili, quest'ultimo avesse fornito al consigliere in carica – che non aveva alcun titolo per riceverle – reiterate e specifiche informazioni su cause civili pendenti in Tribunale, così conquistando – e poi contraccambiando – il favore di un soggetto che in quel medesimo arco temporale l'aveva sostenuto e votato per l'incarico ricoperto in quello stesso Tribunale. Nella vicenda in esame, in sintesi, secondo quanto indicato nel verbale consiliare, non emergeva tanto una condotta di autopromozione da parte di un magistrato interessato a conseguire un incarico semidirettivo ma, in maniera ben più significativa, una condotta volta ad assecondare le reiterate e improprie richieste di informazioni su procedimenti civili da parte di un consigliere del C.S.M., il quale aveva trovato proprio nel magistrato un canale informativo tanto laterale e improprio quanto abituale¹⁴¹. Ad avviso del Consiglio, in definitiva, tali condotte erano idonee a screditare e squalificare l'immagine di imparzialità e di indipendenza del magistrato nell'esercizio della giurisdizione, essendo dimostrato che il predetto, non alla luce del sole, ha consapevolmente e reiteratamente fornito a terze persone informazioni riservate e relative a giudizi incardinati presso la sezione della quale faceva parte o della quale aveva fatto parte fino a pochi mesi prima. «Indipendentemente da un giudizio di riprovevolezza»¹⁴², il Consiglio ha ritenuto che tali condotte, agli occhi della pubblica opinione e delle potenziali parti del giudizio, erano idonee ad incidere sulla piena capacità del magistrato di amministrare la giustizia in maniera indipendente ed imparziale nel circondario di interesse. E preme notare che, nella delibera che ha disposto il trasferimento *ex art. 2, comma 2*, il

¹³⁹ Cfr. Verbale C.S.M. del 12 ottobre 2022, sed. pom., p. 7.

¹⁴⁰ Il verbale dà conto di un importante numero di accertamenti istruttori, di accessi agli atti del fascicolo, da parte del magistrato interessato, il quale ha inoltre prodotto e depositato diverse memorie per far valere davanti alla prima commissione le proprie ragioni.

¹⁴¹ Si legge nel verbale che «proprio l'abitudine delle richieste avrebbe dovuto decisamente indurre la dott.ssa Sangiovanni a non darvi corso perché era palese che il dott. Palamara era divenuto il vettore di varieguate richieste di suoi amici o conoscenti, i quali si rivolgevano a lui nella speranza di ottenere un trattamento di favore nei procedimenti civili in cui erano parti, relativo anche soltanto ai tempi della trattazione dei procedimenti».

¹⁴² Cfr., ancora, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5783 del 2019.

C.S.M. ha cura di precisare che non risulta decisivo che i colleghi dell'ufficio non abbiano riscontrato, o comunque segnalato, una perdita di credibilità professionale del magistrato coinvolto, così come non risulta decisivo che lo stesso continui a svolgere correttamente il proprio lavoro, ivi comprese le funzioni amministrative derivanti dall'incarico semidirettivo ricoperto. Per il Consiglio, infatti, la valutazione relativa alla perdita di imparzialità e indipendenza del magistrato va compiuta in via prognostica e va legata anche alla credibilità del magistrato dinanzi alle parti e al territorio di esercizio della funzione, non soltanto al ristretto ambiente giudiziario. Per corroborare questa conclusione, la delibera in esame, richiamando alcune affermazioni della giurisprudenza amministrativa, osserva che, nel procedimento *ex art. 2*, «il C.S.M. non deve provare che i fatti addebitati abbiano in concreto determinato un *vulnus* al prestigio dell'ordine giudiziario, quanto piuttosto deve verificare se essi siano idonei a mettere in pericolo il prestigio della funzione e cioè se essi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, possano veicolare nell'ambiente esterno una percezione sfavorevole circa l'indipendenza e l'obiettività del magistrato nella funzione giurisdizionale». D'altra parte – si aggiungeva – «postulare l'esigenza della prova dell'effettiva compromissione del prestigio dell'ordine giudiziario, appare in irrimediabile contrasto con la configurazione legale dell'istituto del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale, che costituisce lo strumento utilizzabile anche quando il bene giuridico protetto, vale a dire il corretto funzionamento dell'ufficio e il suo prestigio, sia soltanto messo in pericolo, non essendo necessario che esso sia stato effettivamente leso»¹⁴³.

Dopo alcuni giorni soltanto, il C.S.M. si è trovato a giudicare una vicenda molto simile, in cui la condotta di un magistrato veniva attenzionata dalla prima commissione per i rapporti personali intrattenuti con un soggetto politico coinvolto in un procedimento penale. Ancora una volta, all'interno della contestazione rivolta al magistrato, la prima commissione ha ribadito, nel solco delle citate decisioni del Consiglio di Stato, che, nella sede amministrativa, esclusa «qualsiasi valutazione sull'eventuale rilevanza disciplinare di alcune condotte, ciò che rileva è unicamente il fatto oggettivo per il quale utenti del servizio giustizia e non solo possono percepire la concreta possibilità che [la figura del magistrato] sia in qualche modo “influenzabile”, circostanza che ha diretta incidenza sui requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità nell'esercizio della giurisdizione»¹⁴⁴. Nel merito, alla luce di una serie di intercettazioni, era emerso che il magistrato aveva tenuto comportamenti disinvolti, non consoni all'importante ruolo ricoperto, sfruttando amicizie e rapporti di lavoro per portare avanti pratiche amministrative e risolvere problemi di varia natura. Ad esempio, era risultato che, durante i mesi della pandemia, il magistrato avesse richiesto proprio al Presidente del Consiglio dell'ordine degli Avvocati della zona la possibilità di vaccinare sé stesso e la

¹⁴³ Cfr. T.A.R. Lazio, sentenza n. 8832 del 2022.

¹⁴⁴ Cfr. Verbale C.S.M. seduta del 26 ottobre 2022, sed. pom., p. 144.

moglie, con un trattamento di favore circa la tempistica. Secondo la proposta presentata in *Plenum*, in ragione di simili comportamenti, il rapporto fiduciario tra il magistrato interessato e l'ambiente sociale del distretto di riferimento risultava marcatamente compromesso, in maniera non rimediabile. E tale compromissione – si precisava nella stessa proposta – era imputabile sia a comportamenti volontari dello stesso magistrato, sia ad altre circostanze esterne, del tutto indipendenti da suoi comportamenti, complessivamente «idone[i] a determinare l'evento richiesto dalla fattispecie *ex art. 2*, ossia che il magistrato non può esercitare, con piena indipendenza ed imparzialità, le funzioni giudiziarie a lui assegnate»¹⁴⁵. A fronte di tutto ciò, il magistrato si era difeso osservando che le condotte descritte erano da ritenersi normali e fisiologiche, non tali da incrinare la propria immagine di magistrato indipendente ed imparziale; nel corso della lunga discussione avutasi in *Plenum*, inoltre, diversi consiglieri avevano rilevato come non fosse stata svolta istruttoria volta ad accertare la sussistenza di *strepitus* tra la popolazione o i colleghi o presso il foro. Così, ribaltando la proposta di delibera e rivedendo la conclusione raggiunta giusto qualche giorno prima, il *Plenum* con 11 voti contrari boccia la richiesta di trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale.

Si tratta di due casi molto significativi che, da una parte, danno la misura delle vicende che possono giustificare l'apertura di una pratica *ex art. 2*, comma 2, in linea con quanto si diceva, all'indomani della riforma, ovvero che le «situazioni di fatto che possono integrare la fattispecie normativa posta dall'art. 2, comma 2, non devono inevitabilmente concernere la condotta del magistrato nel ristretto *ambito dell'ufficio*, ma possono individuarsi anche nell'*ambiente circostante*, estraneo a quello lavorativo, nel cui contesto si esplica il *ruolo sociale* e la personalità del magistrato»¹⁴⁶; dall'altra parte, questi due precedenti, anche per la loro prossimità temporale, confermano quanto, alla luce di una indicazione legislativa che non individua presupposti tassativi, possa essere discrezionale la valutazione del C.S.M. sulla sussistenza dell'evento richiesto dall'art. 2, comma 2.

In termini più generali e guardando anche ad altre vicende portate all'attenzione della prima commissione, occorre segnalare che l'attività consiliare sulle pratiche di trasferimento coattivo rimane sempre estremamente delicata, giungendo in qualche caso a “spaccare” lo stesso Consiglio. È quanto accaduto in occasione di una pratica discussa nel maggio del 2021, che riguardava un magistrato della Procura generale presso la Corte di cassazione, indagato nell'ambito di un procedimento penale per i reati di

¹⁴⁵ Cfr. Verbale C.S.M. del 26 ottobre 2022, sed. pom., p. 157.

¹⁴⁶ Così precisamente M. ARCURI, *L'immovibilità dei magistrati. Il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale*, *cit.*, p. 64, il quale richiamava un precedente del T.A.R. Lazio di fine anni novanta per sottolineare che «l'esercizio di diritti, sebbene lecito, può alimentare un giudizio di incompatibilità, allorché le modalità e la pubblicità dell'esercizio stesso siano suscettibili di arrecare turbamento nell'opinione pubblica, facendo prevalere, in quest'ultima, come elemento di disvalore, la percezione delle passioni dell'uomo come sovrastanti la figura del giudice, sì da intaccare quell'aura di serenità che contribuisce a sorreggere l'accettazione della amministrazione della giustizia da parte dei destinatari di essa» – cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 1282 del 1997.

maltrattamenti e lesioni nei confronti della moglie¹⁴⁷. In questo caso, il C.S.M. ha approvato, con un solo voto di scarto, la proposta della commissione, volta ad archiviare la pratica, «ritenendo che la divulgazione sulla stampa dei conflitti familiari non abbia compromesso la credibilità professionale e personale del magistrato, che può quindi continuare a svolgere con indipendenza e imparzialità le funzioni nell'ufficio attualmente occupato»¹⁴⁸. Al centro della valutazione che il Consiglio è chiamato a svolgere *ex art. 2*, come già anticipato, c'è lo *strepitus fori*, inteso quale pregiudizio arrecato all'immagine e al decoro della funzione giurisdizionale esercitata dal magistrato¹⁴⁹. Ebbene, in questo particolare caso, nel corso del dibattito in *Plenum*, un consigliere ha contestato la conclusione proposta dal relatore notando che il successivo decreto di archiviazione del G.I.P. di Roma non fa[ceva] venir meno la dimostrazione dei fatti, per come naturalisticamente accaduti e refertati» e che, su queste basi, non si poteva ritenere che l'appannamento dell'immagine del magistrato fosse venuto meno «semplicemente perché opportunamente è stata decisa la sospensione del magistrato dall'esercizio delle prerogative legate alle competenze disciplinari e predisciplinari»¹⁵⁰. Al di là di questo elemento, comunque, la soluzione del C.S.M. nel caso di specie è stata criticata anche in ragione di un ulteriore elemento, ovvero sia che il magistrato in questione, in qualità di sostituto procuratore generale presso la Suprema Corte, era stato coinvolto nel procedimento volto all'accertamento della responsabilità civile dei pubblici ministeri nel caso “Manduca”¹⁵¹, un noto e cruento fatto di violenza di genere, e che proprio questa circostanza era stata ampiamente valorizzata dagli organi di stampa che avevano dato diffusione all'episodio della presunta aggressione subita dalla moglie. Sulla base della lettura offerta da un altro consigliere, in altre parole, nella specie, lo *strepitus*, non solo era oggettivo, ma, riguardando un ufficio di legittimità, era anche amplificato dalla natura stessa della posizione ricoperta dal magistrato.

¹⁴⁷ Procedimento poi definito con decreto di archiviazione dal giudice per le indagini preliminari di Roma nel febbraio 2021.

¹⁴⁸ Cfr. Verbale C.S.M. del 19 maggio 2021, sed. ant., pp. 8-12.

¹⁴⁹ Anche di recente, il T.A.R. Lazio ha ricordato che «il trasferimento d'ufficio *ex art. 2 R.D. n. 511/1946* è finalizzato a verificare se il magistrato, per ragioni oggettive anche indipendenti da colpa, possa continuare a svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità nella propria sede e si incentra sull'imprescindibile presupposto dello *strepitus loci*» – cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 2455 del 2023.

¹⁵⁰ Né si poteva pensare – secondo la posizione espressa dal consigliere dissenziente di cui si è detto nel testo – che, «nella prospettiva dell'eventuale appannamento o dell'immagine del prestigio del magistrato, [...] agli occhi della cittadinanza sia sufficiente che il magistrato sia stato sospeso dalle funzioni disciplinari, laddove la stessa sospensione evoca una possibile temporaneità degli effetti, come se questo facesse venire meno le conseguenze di uno *strepitus* con l'intensità che si è invece avuta»

¹⁵¹ Su cui, per un approfondimento, v., in particolare, G. CUSCINI, P. IELO, *La decisione del Tribunale di Messina sulla responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione. Un punto di vista di parte*, in *Questione giustizia*, 2017; e G. MASTRANGELO, *La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa attività d'indagine e morte della persona offesa*, in *Sistema penale*, 2021.

7. Riflessioni conclusive, da *Pirandello... a Pirandello!*

In apertura, si è fatto cenno alle difficoltà interpretative che la riforma del biennio 2005-2006 aveva lasciato in eredità in merito all'individuazione dei presupposti che giustificano il trasferimento in via amministrativa del magistrato¹⁵². Nel corso degli anni, come si è detto, lo stesso Consiglio superiore ha cercato di mettere ordine in materia, soprattutto con la circolare del 2017 che ha definito una procedura molto dettagliata, nell'ottica di assicurare adeguate garanzie al magistrato interessato, potenziale destinatario del provvedimento di trasferimento coattivo *ex art. 2, comma 2*. La giurisprudenza amministrativa, da parte sua, ha in più occasioni ribadito che l'attivazione dello strumento *de quo* «è finalizzata a verificare se il magistrato, per ragioni oggettive [...] possa continuare a svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità nella propria sede e si incentra sull'imprescindibile presupposto dello *strepitus loci*»¹⁵³. In tempi più recenti, però, come si è visto, il Consiglio di Stato ha proposto una soluzione interpretativa che rende più difficoltoso tracciare il confine tra il procedimento *ex art. 2, comma 2*, e quello disciplinare¹⁵⁴, posto che il medesimo nucleo di fatti, pur se disciplinarmente rilevante, può essere utilizzato per disporre il trasferimento d'ufficio per incompatibilità se valutato nella sua oggettività¹⁵⁵.

Su questo sfondo, come si è cercato di dimostrare, la prassi consiliare più recente restituisce l'immagine di un istituto molto duttile che si presta ad essere impiegato nei contesti più vari e che, probabilmente, è ancora soggetto in qualche caso al rischio di sovrapporsi al procedimento disciplinare¹⁵⁶.

Ma, soprattutto, quello che si ricava dall'esame delle delibere assunte dal Consiglio negli ultimi anni è che l'esito della procedura *ex art. 2* è determinato, nei singoli casi concreti, da valutazioni altamente discrezionali, ciò che mantiene viva l'opportunità di una più stringente definizione a livello normativo dei

¹⁵² Ciò che faceva dire a D. CARCANO, *Il trasferimento per incompatibilità: un istituto in cerca di autore*, cit., p. 82: «il rapporto tra trasferimento d'ufficio e giustizia disciplinare è questione non ancora definitivamente risolta».

¹⁵³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. I, sentenza n. 2455 del 2023.

¹⁵⁴ Cfr., ancora, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 5783 del 2019.

¹⁵⁵ Su questo profilo, rileva autorevolmente N. ZANON, *“Sei gradi di separazione”: ovvero come assicurare la terzietà della sezione disciplinare del consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 8, che «quando i fatti e le circostanze esaminati, a carico dello stesso magistrato, siano in parte o in tutto gli stessi, oltre ad apparire una finzione l'appello alle diverse 'etichette' dei procedimenti, risulta molto difficile sostenere che, con riferimento ai componenti della sezione disciplinare, non sia applicabile l'obbligo di astensione *ex artt. 36 e 37 c.p.p.*».

¹⁵⁶ Ragionando delle prospettive future, è utile segnalare che una indiretta traccia dell'esigenza di separare i due procedimenti si può rinvenire nell'art. 22 della già citata legge n. 71 del 2022, con cui il legislatore è recentemente intervenuto sulle regole per la composizione delle commissioni, prevedendo che «il Presidente del Consiglio superiore, ogni sedici mesi, su proposta del Comitato di Presidenza, nomina le Commissioni previste dalla legge e dal regolamento generale, in conformità ai criteri di composizione previsti dal regolamento medesimo. I componenti effettivi della sezione disciplinare possono essere assegnati a una sola Commissione e non possono comporre le commissioni per il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, per le valutazioni di professionalità e in materia di incompatibilità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di applicazione dell'articolo 2, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511».

presupposti applicativi dello strumento¹⁵⁷. I due precedenti dell'autunno del 2022, citati in precedenza, dimostrano plasticamente quanto il Consiglio possa assumere determinazioni differenti, pur a fronte di situazioni analoghe, a distanza di pochi giorni. Uno di questi due casi, peraltro, è giunto in tempi recentissimi davanti al giudice amministrativo e il T.A.R. ha accolto in via cautelare il ricorso del magistrato raggiunto dal trasferimento per incompatibilità, richiamando «l'insussistenza di *strepitus* e [l']apparente tenuità del disvalore delle conversazioni [...] in atti»¹⁵⁸, in qualche modo confermando l'opinabilità della valutazione consiliare in ordine all'appannamento dell'imparzialità e dell'indipendenza del magistrato coinvolto.

In generale, comunque, il C.S.M. dimostra ancora oggi di voler attivare la procedura *ex art. 2*, comma 2, per reagire con tempestività ad una situazione disfunzionale in cui, per ragioni più o meno direttamente collegate ad una condotta del magistrato, l'esercizio corretto della funzione giurisdizionale può risultare pregiudicato in un determinato territorio.

Su questa linea, l'indagine condotta conferma l'idea che l'ipotesi statisticamente più frequente sia proprio quella della incompatibilità ambientale¹⁵⁹, con la precisazione, però, che quando, come successo in occasione di recenti vicende, le circostanze che giustificano l'attivazione della procedura *ex art. 2*, comma 2, sono note a livello nazionale, ad esempio perché oggetto di ampie campagne mediatiche, il giudizio di incompatibilità ambientale è destinato ad investire un territorio molto più vasto di quello in cui opera il magistrato interessato¹⁶⁰.

A margine di quanto detto fin qui si profila una ulteriore questione, che merita di essere evidenziata, anche considerando le più ampie prospettive di riforma del sistema della carriera dei magistrati e delle valutazioni che il Consiglio superiore è chiamato ad operare in tale ambito¹⁶¹. Alcuni anni fa, attenta dottrina aveva fatto notare come il Comitato di presidenza del C.S.M.¹⁶², in qualche caso, autorizzasse

¹⁵⁷ Per F. TRONCONE, *Il trasferimento d'ufficio in via amministrativa dei magistrati: le visioni del governo autonomo e le conseguenti declinazioni dei limiti interni dell'istituto*, cit., p. 157, «se la rigida tipizzazione si è rivelata necessaria in sede disciplinare, non è altrettanto opportuna (o forse, in realtà, non è affatto ipotizzabile) ai fini che qui interessano tenuto conto che il caleidoscopio della vita ricomprende eventi in sé imprevedibili e non riconducibili a formule tipizzate».

¹⁵⁸ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, ordinanza n. 827 del 2023.

¹⁵⁹ Sulla distinzione tra la due ipotesi di incompatibilità ambientale e funzionale si rinvia a S. MAZZAMUTO, *L'incompatibilità ambientale e funzionale*, cit., p.109, il quale sottolinea come sia il C.S.M., sia la giurisprudenza amministrativa hanno cercato nel tempo di rendere autonoma la figura dell'incompatibilità funzionale.

¹⁶⁰ In un caso recente, il giudice amministrativo ha fatto salva la scelta dell'organo di autogoverno di estendere l'incompatibilità all'intero territorio regionale anche in considerazione del ruolo dirigenziale ricoperto e dell'attività svolta precedentemente dallo stesso ricorrente, rilevando che «il clamore mediatico ha investito anche fatti occorsi quando il [magistrato] era pubblico ministero presso la D.D.A. di Bologna essendo stata tratteggiata la figura di un magistrato che ha cuore le sorti degli esponenti locali del Partito Democratico» – cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 14689 del 2022.

¹⁶¹ Su questi profili, v., da ultimo, G. CAMPANELLI, S. PANIZZA, *Alcune osservazioni a prima lettura sulla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2022, tra novità e questioni ancora aperte*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2023.

¹⁶² Per un inquadramento delle funzioni e della “posizione” all'interno del Consiglio superiore di questo importante organo, v., in particolare, N. ZANON, *Brevi note sull'evoluzione della forma di governo del Consiglio superiore della magistratura, alla luce del ruolo del Comitato di presidenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 5, 2015.

L'apertura di pratiche, davanti alla prima commissione, *ex art. 2, comma 2*, anche in assenza dei presupposti legittimanti il ricorso al trasferimento d'ufficio. E tuttavia – si rilevava, in quest'ottica – anche nell'eventualità in cui il procedimento dovesse concludersi con una archiviazione, l'attivazione dello strumento non può dirsi priva di utilità, consentendo al C.S.M. di accertare la criticità di comportamenti, atti o fatti, comunque riconducibili al magistrato, che è bene che rientrino nella sfera di conoscenza del C.S.M.¹⁶³. La giurisprudenza più recente sembra confermare questa possibilità, riconoscendo come uno stesso nucleo di fatti – ritenuto irrilevante sia in sede disciplinare, sia *ex art. 2, comma 2* – possa invece essere valutato, dal Consiglio, ai fini della conferma nell'incarico direttivo, con una oggettiva incidenza sulla carriera del magistrato. In un recente caso collegato alla messagistica messa a disposizione dalla Procura di Perugia dopo le note vicende di cui si è detto, una magistrata aveva presentato ricorso davanti al giudice amministrativo, proprio per denunciare l'utilizzo, a suo dire improprio, ai fini della valutazione per la conferma nell'incarico semidirettivo, del materiale probatorio già esaminato dalla prima commissione *ex art. 2, comma 2*, e nel procedimento disciplinare poi archiviato. Il Consiglio, in buona sostanza, le contestava di aver fornito ad un membro del C.S.M. ampie indicazioni, con valutazioni di merito, anche legate a logiche di appartenenza “correntizia”, su vari aspiranti ad incarichi direttivi e semidirettivi del proprio distretto. Ciò che poteva far ipotizzare significative conseguenze nei rapporti con gli altri magistrati del distretto, sia con quelli “sponsorizzati” sia con quelli la cui nomina era stata sconsigliata¹⁶⁴. La risposta del T.A.R., a fronte dell'impugnazione, è stata molto netta: «gli stessi fatti assunti come rilevanti nelle varie procedure possono ben essere oggetto di diversa valutazione» e l'archiviazione disciplinare o la stessa archiviazione del procedimento di incompatibilità ambientale non

¹⁶³ Cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 182, i quali ricordano il caso di un magistrato, allora procuratore aggiunto, coinvolto in una pratica di trasferimento *ex art. 2, comma 2*, per aver partecipato al congresso nazionale del Partito dei Comunisti italiani ed aver pubblicamente pronunciato, in quella sede, un discorso di chiaro significato politico. Il C.S.M. approvò in quella occasione la proposta della prima commissione di non trasmettere gli atti alla Sezione disciplinare, dal momento che il comportamento non era *prima facie* disciplinarmente rilevante, e di non avviare il procedimento di trasferimento, poiché non ve n'erano i presupposti, ma di trasmettere gli atti alla quarta commissione per una valutazione sulla necessità di inserire la delibera nel fascicolo personale del magistrato, in modo da poterne tenere conto nell'ambito delle procedure di valutazione di professionalità. Sull'uso delle fonti acquisite nell'ambito del procedimento di trasferimento per incompatibilità, la giurisprudenza amministrativa – pur sottolineando ancora una volta la differenza tra il procedimento in esame e quello disciplinare – ha però sollevato forti perplessità: v. Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 1831 del 2014; *contra* T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 2455 del 2023.

¹⁶⁴ In aggiunta, in questo caso, il T.A.R. ha osservato che «il Consiglio ha infatti valorizzato le *chat* in rilievo, nelle quali l'istante ha chiaramente cercato di indirizzare future nomine consiliari per incarichi semidirettivi e direttivi da effettuarsi proprio all'interno del distretto ed anche nello stesso ufficio ove la ricorrente esercitava le proprie funzioni di Procuratore aggiunto. Dalle *chat* è in effetti emerso ciò che ha ben delineato la difesa erariale, quando ha osservato che l'esponente aveva proposto [...] nomine “a pacchetto” in ragione di accordi tra correnti, finanche suggerendo l'ordine con cui effettuare le votazioni delle pratiche in commissioni e collegando le nomine ai risultati elettorali del gruppo associativo di appartenenza, al fine di consolidarne il radicamento nel territorio e “fidelizzare” colleghi simpatizzanti» – cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 2455 del 2023.

vincolano in alcun modo gli esiti della conferma nell'incarico¹⁶⁵. Altra, infatti, è «la valutazione (per così dire, interna) delle medesime circostanze nell'ambito della procedura di conferma, laddove si apprezza il complessivo profilo professionale del magistrato, con riferimento alla sussistenza dei prerequisiti, condizione indispensabile per lo svolgimento delle funzioni semidirettive».

Ora, questo precedente, al di là del suo specifico esito, sottende una questione di carattere generale, destinata ad assumere un rilievo crescente nel prossimo futuro, che in questa sede può essere solo accennata: la semplice apertura di una pratica in prima commissione *ex art. 2*, comma 2, è in grado di incidere in modo rilevante sulla carriera del magistrato, condizionandone le valutazioni di professionalità e, come appena visto, anche le conferme negli incarichi direttivi e semi-direttivi¹⁶⁶. La stessa circolare che si occupa di regolamentare tali profili prevede che «gli elementi di valutazione non possono attenersi alla sfera privata del magistrato, salvo che siano provvisti di rilievo ai fini dell'art. 2 R.D.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, disciplinare o penale»¹⁶⁷. In questo modo di procedere del C.S.M. sembra però possibile intravedere alcune criticità: il rischio, infatti, potrebbe essere quello di reintrodurre, sia pure indirettamente, una componente di tipo sanzionatorio¹⁶⁸, che il legislatore aveva invece inteso estromettere dall'orizzonte applicativo dello strumento *de quo*¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Ha ulteriormente precisato il T.A.R., in questo particolare scaso, che il disvalore delle conversazioni imputate alla ricorrente era stato negativamente apprezzato anche nel previo procedimento *ex art. 2*, comma 2, «solo che in quella sede mancava del tutto lo *strepitus fori*, elemento indispensabile per il trasferimento, [...] non [...] richiesto nella procedura *de qua*» – cfr., ancora, T.A.R. Lazio, sez. I, sentenza n. 2455 del 2023.

¹⁶⁶ A tal proposito, va ricordato che la legge n. 71 del 2022, all'art. 3, comma 1, lett. h), individua, ai fini delle valutazioni di professionalità di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, e ai fini delle valutazioni delle attitudini per il conferimento degli incarichi di cui all'articolo 2 della presente legge, il seguente principio e criterio direttivo: «l'istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato, contenente, per ogni anno di attività, i dati statistici e la documentazione necessari per valutare il complesso dell'attività svolta, compresa quella cautelare, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, la tempestività nell'adozione dei provvedimenti, la sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio, nonché ogni altro elemento richiesto ai fini della valutazione»; sul tema, v. R. MAGI, D. CAPUCCIO, *La delega Cartabia in tema di valutazioni di professionalità del magistrato: considerazioni a prima lettura*, in *Questione giustizia*, nn. 2-3, 2022.

¹⁶⁷ Cfr. Parte I, Capo II, par. 6, *Circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 "Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati, con le modifiche apportate dall'Assemblea plenaria nelle sedute del 25 luglio 2012, 6 marzo 2014, 13 marzo 2014, 14 maggio 2014, 23 luglio 2014, 24 luglio 2014, 10 settembre 2014, 26 marzo 2015, 12 aprile 2017, 25 ottobre 2017 e 21 febbraio 2018"*. Anche il Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria – *Circolare n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015 (Delibera del 28 luglio 2015 e ss.mm.ii.) ultimo aggiornamento 16 giugno 2021* – nella parte in cui vengono precisati i contenuti dei pareri riferibili alle varie posizioni cui può ambire il magistrato, contiene diversi riferimenti all'eventuale sussistenza di precedenti procedimenti per incompatibilità ambientale e funzionale.

¹⁶⁸ A conferma di questo rischio può utilmente richiamarsi quanto osservato, nell'ambito di un confronto in *Plenum* sulla definizione di una pratica *ex art. 2*, comma 2, da un componente del C.S.M.: «il Consiglio deve riconoscere che la procedura [in oggetto] è divenuta di fatto una procedura sanzionatoria, perché la sottoposizione a tale procedura si è trasformata in un'afflizione per il magistrato che la subisce, prescindendo dalle cause per le quali è stata attivata» – cfr. Verbale C.S.M., 26 aprile 2023, sed. pom., p. 45.

¹⁶⁹ E giova ricordare che la Corte costituzionale, nell'unica occasione in cui ha avuto modo di pronunciarsi sul punto, ha chiaramente rilevato che, nel procedimento *ex art. 2*, comma 2, «non è un illecito compiuto dal magistrato che viene immediatamente in rilievo, ma una situazione obiettiva che si determina nell'ufficio ove egli esercita le sue funzioni» – cfr. Corte cost., sentenza n. 457 del 2002 punto n. 2 del *Considerato in diritto*.

Guardando a tutte le vicende richiamate nelle precedenti pagine si ha, in definitiva, la sensazione che il trasferimento d'ufficio costituisca ancora oggi un prezioso strumento di «pronto intervento»¹⁷⁰ che il Consiglio gelosamente custodisce perché consente di reagire in modo tempestivo, a fronte di situazioni che compromettono la credibilità della funzione giurisdizionale. Uno strumento, però, il cui perimetro di applicazione rimane a tratti sfuggente: non solo perché i reciproci confini con il procedimento disciplinare possono talvolta sfumare¹⁷¹, ma anche perché esso si presta ad un utilizzo non sempre corrispondente con le finalità sottese alla novella legislativa del biennio 2005-2006¹⁷². Alla luce di ciò, allora, non pare azzardato, giocando un po' con le parole, richiamare conclusivamente un ulteriore prodotto del genio di Pirandello – *Uno, nessuno, centomila* – con lo scopo di evidenziare che, a distanza di quindici anni dalla riforma dell'ordinamento giudiziario, è ancora assai difficile *dare un volto* a questa importante e controversa prerogativa del Consiglio superiore¹⁷³.

¹⁷⁰ Richiamando una felice ed evocativa espressione di C. DI CASOLA, *Il trasferimento d'ufficio*, cit., p. 172.

¹⁷¹ G. FIORENTINO, *L'articolo 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell'interpretazione e le prospettive di riforma*, cit., p. 113, in proposito, evidenzia che «la separazione tra funzione amministrativa di garanzia del buon andamento degli uffici, e responsabilità di repressione delle condotte individuali illecite disciplinarmente, chiara nell'elaborazione teorica, soffr[e] ampi margini di controvertibilità nella pratica, consentendo in concreto incertezze ed ambiguità, anche dolose o strumentali».

¹⁷² Per F. BIONDI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, cit., p. 36, la vicenda dell'evoluzione del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale conferma come il «C.S.M. sia in concreto capace di adattare alle proprie esigenze anche fonti di rango primario che, cercando di circoscriverne la discrezionalità, si muovono in altra direzione».

¹⁷³ Su questo profilo, v., ancora, G. SOBRINO, *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 651; e E. BRUTI LIBERATI, *Articolo 2. Perché SI nell'interesse della giustizia e quindi di tutti i magistrati*, cit., p. 1.