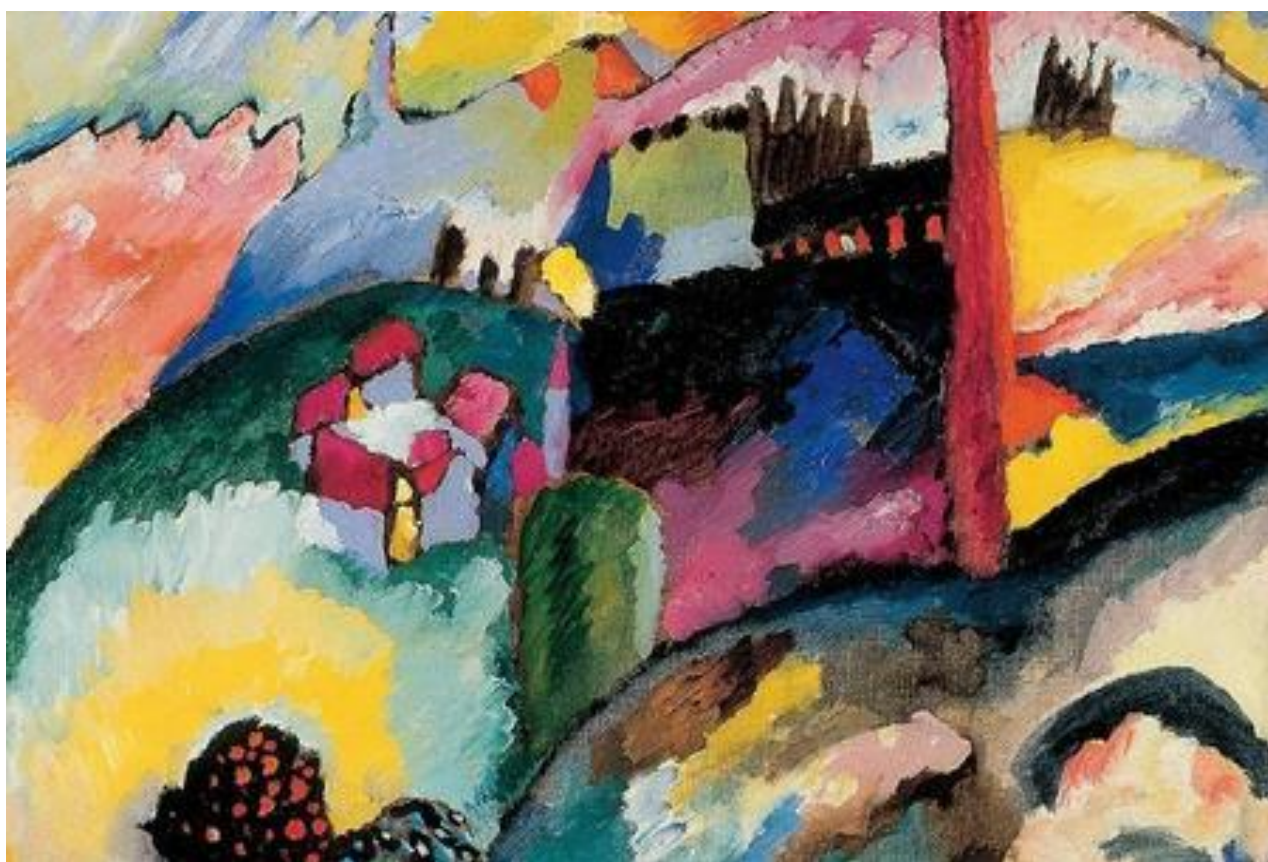


Numero 1 – 2021

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) – BALDOVINO DE SENSI, (*giudice del tribunale di L'Aquila*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*giudice del Tribunale di Frosinone*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, senza titolo

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 1°

(gennaio-aprile 2021)

Gli Autori	4
Mario Cicala, <i>L'essere magistrato oggi: la prospettiva storica e l'itinerario attuale: una testimonianza</i> 5	
Giancarlo Cirielli, <i>Il conflitto tra il principio di affidamento e la prassi nell'ordinamento giudiziario. Alcuni casi recenti all'attenzione del CSM</i>	15
Bernadette Nicotra, <i>I consigli giudiziari nel governo autonomo della magistratura: un flash sulle attuali questioni aperte</i>	31
Daniele Carlino, <i>La possibile individuazione dei carichi sostenibili: un percorso di approfondimento tra standard di rendimento e carichi esigibili</i>	38
Corrado Mistri, <i>Successione transnazionale tra diritto inglese ed italiano e scissione tra beni mobili ed immobili del de cuius: aliquis pro parte testato pro parte intestato decedere potest?</i>	63
Paolo Bruno, <i>Quale (fuori) ruolo per i magistrati italiani all'estero?</i>	77
Alessandro Centonze, <i>Le Sezioni unite penali intervengono sui criteri di calcolo dello spazio individuale minimo del detenuto e sulla rilevanza dei fattori compensativi dell'offerta trattamentale</i>	96

Gli Autori

Paolo BRUNO, *consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*

Daniele CARLINO, *giudice del Tribunale di Roma*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Mario CICALA, *direttore della rivista Il diritto vivente*

Giancarlo CIRIELLI, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma*

Bernadette NICOTRA, *giudice del Tribunale di Roma*

Corrado MISTRI, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Mario Cicala

L'essere magistrato oggi: la prospettiva storica e l'itinerario attuale: una testimonianza¹

Il mio intervento è **una mera testimonianza della mia intensa, oserei dire appassionata, forse anche faziosa, partecipazione al dibattito ideale che ha coinvolto il corpo della magistratura ordinaria nei quasi cinquant'anni di mia attività giudiziaria. Sta a voi valutare se ed in che misura siano attuali gli interrogativi di cui vi farò cenno**; e individuare le risposte che si attagliano alle vostre sensibilità, ai vostri tempi².

Ho partecipato ad un dibattito in cui hanno avuto un importante ruolo le correnti; ed oggi sappiamo che il termine stesso di “corrente” è percepito come negativo come qualcosa di disdicevole; ma per molti anni le correnti sono state uno dei fattori determinanti del nostro modo di “essere magistrati”. Sono entrato in magistratura nel 1967, per tutti o quasi i vincitori dei concorsi di quegli anni aderire ad una corrente veniva spontaneo, appariva come una modalità naturale di essere partecipi di una discussione che coinvolgeva l'essenza della nostra professione, che faceva parte del nostro impegno professionale.

Del resto, il dibattito, la polemica cui ho appassionatamente partecipato non rimaneva confinata nell'iperuranio delle mere teorie filosofiche; ha improntato di sé incisivi profili pratici e latu sensu “politici”, ha plasmando una categoria professionale che in quel cinquantennio ha svolto³ (o è parsa svolgere) un ruolo protagonista nella trasformazione sociale del Paese⁴.

¹ Relazione tenuta all'incontro del 15 gennaio 2021 della Scuola superiore della magistratura. Verso le funzioni nella prima sede.

² A comporre il motore ideale che mi ha coinvolto sono state donne ed uomini spesso di spiccata personalità, con un forte sentimento di indipendenza, non agevolmente inquadrabili in schemi rigidi e precostituiti. Perciò le indispensabili semplificazioni proprie di ogni ricostruzione storica degli eventi non consentiranno mai di dare una visione completa ed esaustiva di questi anni di vita della magistratura. Ed è ovvio come le testimonianze di coloro che -come me- hanno operato all'interno del “continente giustizia” siano impregnate della visione soggettiva da cui ciascuno di noi prende le mosse.

³ Ho scritto “svolto” e usando questa parola ho dato corpo ad una sensazione della cui corrispondenza al vero sovente ho dubitato; ho implicitamente dato risposta al primo dei dubbi che costelleranno la mia breve testimonianza: “è proprio vero che la magistratura italiana ha condizionato la trasformazione della nostra società, pensiamo alle inchieste di “mani pulite”? o invece non è stata la trasformazione, a livello mondiale, della realtà sociale a condizionare la vita interna del corpo giudiziario?”. Siamo stati, come ci

Nel 1967 il dibattito interno del corpo giudiziario era stato reso più intenso ed incisivo dalla costituzione nel 1964 di un raggruppamento di magistrati, MD che si qualifica “di sinistra” e che raccoglieva e raccoglie una parte numericamente importante del corpo giudiziario (all’epoca circa il 25/30%). Il dibattito giunse al calor bianco quando nel 1969⁵ -a seguito della approvazione da parte della assemblea di MD di un ordine del giorno di riprovazione di alcune interventi giudiziari ritenuti lesivi della libertà di manifestazione del pensiero- MD si è divisa in due⁶, una parte più moderata; e l’altra forse “più coerente” che coniugava la sua “scelta a sinistra” con interventi di riprovazione su provvedimenti giudiziari, talvolta su interi indirizzi giurisprudenziali.

Per altro verso, il restante 70% della magistratura fece professione di “apoliticità” ed, in particolare condannò il fatto che md esprimesse giudizi anche negativi su provvedimenti giudiziari sottoscritti da colleghi.

Su questa linea si collocarono in termini particolarmente polemici due raggruppamenti: la ormai da tempo scomparsa Unione Magistrati Italiana (UMI) cui aderiva la quasi totalità degli alti gradi e della Corte di Cassazione, che aveva come punto qualificante la conservazione del

piace credere, i motori (positivi o negativi) di una nuova realtà sociale o siamo stati i termometri misuratori di questa realtà?; forse anche gli inconsapevoli strumenti nelle mani di qualcun altro?.

⁴ Per qualche dato e qualche considerazione in più rinvio al mio scritto: Le “correnti” della Magistratura Italiana: centri di potere? Espressione politica? Strumenti di dibattito ideale?– il ruolo di Magistratura Indipendente, in https://www.rivistaildirittovivente.it/attache/file/Il_diritto_vivente_n.2_2020_DEF.pdf

⁵ Tanto “bianco” da costituire benzina nei motori di MI che alle successive elezioni del CSM, favorita da una legge elettorale folle (come di consueto le leggi elettorali del CSM), conquistò tutti i seggi assegnati a magistrati. Mi sia contenuto rinviare al mio scritto sulla legge elettorale del CSM pubblicato sul Foro Italiano.

⁶ Ritengo utile riportare l’ordine del giorno (che è pubblicato anche sul sito di MD con la copia del manoscritto originale):

"L'Assemblea Nazionale di M.D. riunita a Bologna il 30 novembre 1969, di fronte a ripetuti recenti casi che hanno messo in pericolo in vari modi le libertà costituzionali di manifestazione e diffusione del pensiero, e provocato allarme e apprensione nell'opinione pubblica e nella stampa (la quale ha rilevato che i provvedimenti adottati hanno creato un clima di intimidazione particolarmente pesante verso determinati settori politici ai quali non può essere negata quella libertà);

esprime la propria profonda preoccupazione di fronte a quello che può apparire come disegno sistematico, operante con vari strumenti ed a diversi livelli, teso ad impedire a taluni la libertà di opinione, e come grave sintomo di arretramento della società civile:

chiede che i poteri dello Stato, ciascuno nell'ambito delle proprie attribuzioni, si impegnino con decisione per rimuovere le origini di tale fenomeno, mediante riforme legislative (abrogazione dei reati politici di opinione) e cambiamento di indirizzo nell'azione svolta, con particolare riguardo all'attività di p.s. di vigilanza sull'esercizio delle tipografie;

meccanismo di promozioni interne (con concorsi e scrutini) e Magistratura Indipendente che propugnava ancor più dell'UMI la apoliticità del giudiziario ma chiedeva l'abolizione della carriera economica ed in genere l'adozione di un sistema di "promozioni a ruoli aperti". Cioè, in buona sostanza, il sistema oggi vigente⁷.

Personalmente io mi iscrissi dopo breve riflessione ad MI. Ed il confronto dialettico tra MD ed MI costituisce, **a mia opinione, lo ribadisco, soggettiva**, uno degli assi portanti del dibattito ideale interno al corpo giudiziario; quale si è andato sviluppando nel tempo: a volte dando luogo a nette contrapposizioni, anzi duri scontri, a volte invece a forme di convergenza e collaborazione; nell'ambito di un complesso rapporto in cui hanno svolto un rilevante ruolo anche altre aggregazioni ideali o "correnti" che dir si voglia. Mi scuso se per ragioni di tempo sono costretto a non affrontare neppur di sfuggita un quadro più completo, meno sincopato, di questa dialettica.

Per parte mia, constato (rectius **credo di poter testimoniare**) che le oscillazioni nel rapporto MI - MD non sono state occasionali o opportunistiche ma si sono inserite in un'evoluzione della stessa concezione del modo di essere della giurisdizione.

Per quel che riguarda l'essenza della nostra funzione, al momento della entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la legge di ordinamento giudiziario (e il potere che tale ordinamento gestisce) poggiava su una precisa **giustificazione logico-politica**: nel 1948 era ancora diffusa l'opinione che primaria **fonte del diritto sia esclusivamente la legge dello Stato**, interpretata da una corporazione di saggi con al vertice la Cassazione: era altresì prevalente la concezione secondo cui l'interpretazione della legge è essenzialmente un'attività tecnica in cui ci si affina con la riflessione sia pratica sia di studio.

Una visione non priva di agganci con la realtà e che ha consentito alla magistratura di mantenere una certa indipendenza nel periodo fascista. In simile quadro è logico che, a somiglianza di quanto accade nelle università, la elite di coloro che si presume possedano in grado sommo la capacità tecnica, in quanto cooptati e promossi nella elite stessa attraverso **esami scritti**, concorsi,

⁷ L'UMI non riuscì ad impedire la evoluzione in senso egualitario delle leggi sull'ordinamento giudiziario avvenuta attraverso le "famose" leggi "Breganze" (25 luglio 1966, n. 570 sulla nomina a magistrato di Corte d'Appello) e "Breganzone" (20 dicembre 1973, n. 831, sulla nomina a Magistrato di Cassazione) che hanno abolito esami e scrutini prevedendo promozioni (ad essere precisi, aumenti di stipendio) "a ruolo aperto", cioè in numero eccedente rispetto ai posti effettivamente disponibili. Si può ricordare che a favore della carriera si pronunciò due volte anche l'[Assemblea Generale](#) della Corte di Cassazione riunita il 26 aprile 1957 e il 26 aprile 1962 su convocazione del Primo Presidente (nel 1962 Silvio Tavoraro, che aveva redatto il documento del 1957).

scrutini, governino, sia pur blandamente, i non promossi e i non ancora promossi; occupino i posti apicali compresa la Cassazione. **Il giudizio su questo sistema costituisce il forse meno attuale dei quesiti che ereditate da noi.**

A me pare che la visione di cui ho riferito sia stata messa in crisi da un mutamento delle fonti del diritto, da una evoluzione sociale che di riflette anche nella magistratura. Ne è conseguita una riforma anche del sistema di composizione e di elezione del Consiglio Superiore, fondata sul principio del pari valore di ogni voto e perciò sulla prevalenza nel Consiglio dei componenti eletti dai (ben più numerosi) giudici di merito.

Il mutamento dei rapporti di forza e dello stesso “clima” all’interno della magistratura ordinaria è avvenuto sotto la spinta di molteplici fattori; ci fu certo una spinta sindacale: il desiderio dei giovani magistrati di allora ad avere assicurata una progressione economica senza patemi, a svincolarsi dal metus (a dire il vero piuttosto modesto) dei superiori, ma anche e forse soprattutto il mutare profondo nella concezione della applicazione della legge e nello sviluppo del diritto vivente cagionato dalla nascita (nel 1956) e dall’affermarsi della Corte Costituzionale; la Cassazione tentò di resistere a questo mutamento anche dichiarando manifestamente infondate la gran parte delle eccezioni di legittimità costituzionale che invece i pretori accoglievano, con l’unico risultato di sottolineare il “ponte” creatosi fra Corte Costituzionale e “giovane magistratura”⁸. **Ecco un altro bel tema di riflessione.**

Ma il profilo essenziale che ha, a mio avviso, mutato i termini della stessa dialettica politicità-apoliticità è stato un nuovo rapporto creatosi fra il giudice e il diritto. E in conseguenza di questo nuovo rapporto, mi è parso, mi pare sia scomparsa (o divenuta quasi impercettibile) la distinzione fra giudici “superiori” e giudici “inferiori”.

⁸ Con un pizzico (e forse qualcosa più di un pizzico) di fantasia si può immaginare un audace parallelo fra questa passata convergenza di giudici “inferiori” con la Corte Costituzionale, scavalcando la Cassazione, e recenti prese di posizione della Cassazione che ha interpellato la Corte di Giustizia della Unione Europea scavalcando la Corte Costituzionale. Cfr. l’ordinanza 19598 del 18 settembre 2020 con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno interpellato la Corte di Giustizia della Unione Europea chiedendone l’intervento per inserire nel “diritto vivente” una interpretazione dei limiti del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato più ampia di quella indicata dalla Corte Costituzionale con la sentenza 16/2018; in modo di consentire alla Cassazione di sindacare se le sentenze del Consiglio di Stato ledono il diritto comunitario. L’ordinanza 19598 orgogliosamente rivendica il ruolo di Corte Suprema italiana riconosciuto alla Cassazione dall’art. 65 dell’ordinamento giudiziario 12 /1941 secondo cui “la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unita', del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni”.

Ritengo che il ricorso ai principi contenuti nella Costituzione, nella Carta Europea dei Diritti dell' Uomo, ed ora della Carta Europea dei Diritti, rende sempre più "apicale" l'operato dei singoli magistrati anche di merito, anche di primo grado... In questo intreccio di competenze e di giudizi, la giurisprudenza viene, **secondo me (ma rispondere tocca a voi)**, in sostanza ad affiancarsi alla legge come fonte del diritto. Si realizza una democrazia giudiziaria⁹ che integra e talvolta supera la democrazia elettorale¹⁰.

Le magistrature oggi a mio credere (**ma voi cosa ne pensate?**) non si pongono come mere esecutrici delle leggi¹¹; sono una componente della dinamica anche politica della società, in quanto attingono spesso la soluzione del caso concreto dai "sommi" principii contenuti nelle varie carte costituzionali (Costituzione, CEDU, Carta Europea dei diritti...); principii che per loro natura si prestano a molteplici interpretazioni¹². Inoltre la giurisdizione deve dipanare le incertezze proprie della odierna legislazione italiana quali emergono dalla atecnicità del linguaggio legislativo, dalla coesistenza di norme diverse di dettaglio che mal si intersecano¹³, dal definitivo abbandono della "codificazione"; intesa come creazione di organici testi legislativi fondati su un linguaggio coerente ed uniforme; dalle opinabilità nella individuazione delle "presunzioni" e degli "indizi". E mi par

⁹ Il ruolo "creativo" della giurisprudenza è del resto attestato dalla giurisprudenza della CEDU: si pensi ai casi "Contrada" e "Punta Perotti".

¹⁰ Si configurano due forme di democrazia: quella parlamentare, ove i cittadini costituiti in corpo elettorale esercitano un ruolo primario e tendenzialmente assoluto, e quella giudiziaria in cui i cittadini non svolgono direttamente un ruolo attivo ma soltanto stimolano, con ricorsi, azioni collettive e quant'altro, i giudici a procedere sulla via del progresso (rectius di ciò che il ceto ideologico dominante chiama progresso).

¹¹ Non mi nascondo che la dottrina tradizionale secondo cui la sentenza non è altro che l'esatta attuazione della volontà del legislatore offre facili argomenti per la difesa della corporazione giudiziaria. In fondo, se il provvedimento giudiziario non è altro che il frutto di automatica applicazione della legge, criticare una sentenza priva di macroscopici errori è assurdo, è come prendersela con un referto chimico.

¹² Con il nascere di fonti del diritto superiori alla legge (Costituzione, CEDU, Carta Europea...) si è invertito il rapporto tradizionale fra principii e legge. In passato i principii esistevano in quanto recepiti e plasmati dalla legge; oggi invece i principii hanno assunto vita propria e sono i principii a condizionare l'esistenza e l'interpretazione della legge.

¹³ In particolare nel diritto tributario si assiste ad una vera e propria pioggia di norme specifiche (in genere qualificate come "interpretative" e dunque retroattive) che svolgono un ruolo simile a quello proprio delle massime della cassazione cui si contrappongono. Sovente poi la Cassazione "si ribella" e qualifica tali norme come innovative e quindi non retroattive; una volta è anche accaduto che il legislatore abbia ribadito la sua posizione con una ulteriore norma ancora più esplicita, la Cassazione abbia sollevato eccezione di illegittimità costituzionale, respinta dalla Corte Costituzionale con sentenza 21 luglio 2020, n. 158

ovvio che , nella rielaborazione di un quadro legislativo frammentato e complesso, il giudice venga ulteriormente ad esercitare un spiccata discrezionalità.

Possiamo dunque forse prender atto che la magistratura (rectius “le magistrature”) concorrono alla formazione del sistema giuridico con un apporto largamente discrezionale e creativo, combinando i dati normativi con valori provenienti dalla realtà sociale, e che non possiamo che definire come “politici”, diversi ma pericolosamente affini ai valori che animano, o dovrebbero animare, la “politica dei partiti”. **E qui il punto interrogativo che butta la palla nel vostro campo è -di nuovo- doveroso.**

Mentre cioè la discrezionalità del medico si nutre di scelte –almeno nella grande maggioranza dei casi- estranee alla dialettica ideale politica, la discrezionalità del magistrato si radica invece proprio in tale dialettica.

La modifica di un indirizzo giurisprudenziale¹⁴; l’abbandono di una presunzione prima utilizzata come pacifica; l’accettazione di una diversa presunzione, l’apertura di nuovi “filoni di indagine”, scandiscono le tappe di trasformazione di una società talvolta più di una riforma legislativa.

La politica giudiziaria e la politica dei partiti si differenziano certo per il loro oggetto (più volta all’evoluzione complessiva del sociale la politica giudiziaria più attenta al contingente la politica dei partiti), ma anche e soprattutto per il metodo, che mai come qui è sostanza; e proprio il metodo suscita -secondo me- l’esigenza che i magistrati siano “apolitici” nel senso che occorre siano al di fuori di ogni sospetto di collegamento con la “politica dei partiti”; diano la garanzia di decidere secondo la logica processuale; e non la logica di un gruppo anche di un gruppo di magistrati.

Nella politica dei partiti la elaborazione degli indirizzi avviene in forma pubblica nel dibattito collegiale, nella contrapposizione esplicita di visioni differenti e magari contrapposte. Nella politica giudiziaria la dialettica dei collegi non riflette proporzionalmente le ideologie presenti nel Paese, e la gran parte delle decisioni è monocratica. Tocca dunque al singolo giudice spogliarsi delle sue (legittime) convinzioni in ordine alla politica dei partiti e tentare di cogliere il complesso gioco di valori presenti nella legislazione e nelle aspirazioni sociali; ciascuno di noi deve dunque essere

¹⁴ Si pensi agli effetti dirompenti che ha avuto l’accoglimento da parte della Corte di Cassazione del “teorema Falcone”, cioè della presunzione secondo cui si ritiene che tutti i delitti di mafia commessi in un’area siano addebitabili al boss di quell’area. In probabile reazione a questo mutamento di giurisprudenza vennero uccisi Lima, Falcone e Borsellino.

insieme maggioranza e opposizione. **Il dubbio è lo scandaglio per esplorare la complessità del reale e dei suoi valori.** Non solo è anche il presupposto ideale che ci deve spingere a riconoscere i limiti propri della nostra discrezionalità a prender atto **che vi sono disposizioni talmente chiare da sfuggire alla “ortopedia giudiziaria”, pur se esercitata con gli strumenti della “interpretazione evolutiva”, della “interpretazione costituzionalmente orientata”, etc.**

Solo il dubbio, frutto di una coscienza dei propri limiti istituzionali, legittima questo corpo di funzionari che hanno come unici titoli la vincita di un concorso per esami spesso lontano nel tempo, ed una serie di valutazioni positive formulate da loro stessi, a determinare la vita dei loro simili (ad affermare se vogliamo formulare un esempio che non suscita emozioni che la tal presunzione è grave e precisa e può giustificare un pepato accertamento dei redditi).

La dialettica che nella politica dei partiti dà – o può legittimamente dar luogo- ad un aspro e pubblico confronto fra soggetti diversi, nutrito se necessario di sana faziosità, nel giudice deve essere **dialettica interiore, capacità di scorgere le ragioni di valori apparentemente contrapposti, coscienza della relatività delle proprie scelte.** In altre parole, diviene dubbio, intendendo per dubbio non la scettica indifferenza, ma la coscienza che il vero e il giusto non sono privilegio ed appannaggio di nessuno, la consapevolezza che raramente il giudizio è frutto di una solare affermazione di verità, più spesso è laica composizione di legittimi valori contrapposti. Il magistrato anche del pubblico ministero deve cioè riassumere in sé maggioranza e opposizione. O per usare il felice paragone di **Calamandrei avere in sé due avvocati in contraddittorio.** Del resto la stessa terzietà del giudice viene meno nella sostanza se non nella forma quando il giudice non dubita, e quindi non incarna la parità delle parti. E il dubbio deve essere uno stimolo e non un sedativo.

Il pluralismo presente nel Paese si specchia – secondo me- nella magistratura non perché i singoli magistrati aderiscano a divergenti visioni politiche (cosa pur vera); ma perchè ciascun magistrato ha il dovere (ovviamente non giuridico ma morale) di sforzarsi di percepire le ragioni di tutti traendone l’humus per la indispensabile sintesi nel pqm decisionale. Nella consapevolezza che la trasformazione del dubbio in certezza sia pur contingente e meramente operativa è l’essenza della nostra bella e terribile professione.

Proprio il dovere del dubbio rende **a mio avviso** a dir poco inopportuno che le correnti della magistratura emanino documenti in cui si prende posizione sulla interpretazione ed applicazione della normativa vigente. Gli ordini del giorno, le delibere congressuali sono infatti strumenti per

fugare i dubbi e dare certezze e dunque vengono a sovrapporsi agli atti giurisdizionali; ingenerando negli utenti della giustizia il naturale timore che il giudizio finale non sia frutto della dinamica della camera di consiglio, della riflessione individuale del giudicante, ma sia in qualche misura precostituita fuori dell'aula di udienza; timori non cancellabili dagli attestati di solidarietà rilasciati dal CSM o dalla ANM.

In questo quadro ideale MI, cui ho aderito nel lontano 1967 si professa apolitica¹⁵ e moderata¹⁶. Respinge e contesta il ruolo politico delle correnti. Anzi ad essere precisi asserisce di respingere e contestare il ruolo politico delle correnti¹⁷.

Ma... "contra factum non valet argumentum".

Non può essere del tutto al di fuori della politica un dibattito ideale in cui uno dei partecipi (Magistratura Democratica - Area) rivendica con orgoglio un scelta politica "di campo" affermando che da tale scelta discendono non irrilevanti conseguenze operative. E naturalmente la natura stessa del dibattito politico nella magistratura muta significato e prospettiva a seconda del contenuto concreto che MD ed oggi Area traggono dalla loro politicità di sinistra.

Mi pare inutile esporre in dettaglio le complesse polemiche cui hanno dato luogo , all'interno ed all'esterno del corpo giudiziario, le prese di posizione di MD e successivamente MD-Area su questioni politiche con rilevanti risvolti giudiziari.

Mi limito a osservare come in un primo momento le posizioni in concreto assunte da MD abbiano suscitato e dato luogo a scontri aspri e contrapposizioni frontali¹⁸; e come queste

¹⁵ L'argomento richiederebbe una ampia ed articolata riflessione, qui desidero solo ribadire la mia opinione secondo cui oggi la giurisdizione è una componente primaria della dinamica politica della società, in quanto attinge spesso la soluzione del caso concreto dai "sommi" principi contenuti nelle varie carte costituzionali (Costituzione, CEDU, Carta Europea dei diritti...); principi che per loro natura si prestano a molteplici interpretazioni. Pertanto riferisco l'attributo della "apoliticità" alla corrente denominata MI e non alla giurisdizione.

¹⁶ Per moderazione intendo non la mera pacatezza o l'indifferenza, bensì la consapevolezza del fatto che le società poggiano su una molteplicità di valori fra loro non coincidenti e talora addirittura contrapposti; e quindi la consapevolezza del relativismo insito in ogni scelta di carattere non religioso.

¹⁷ Md ha ribaltato l'accusa sostenendo che sotto il velo della "apoliticità" spesso si sono assunte decisioni ispirate da concezioni politiche conservatrici se non reazionarie.

¹⁸ I momenti di scontro più aspro fra "apolitici" e "politici di sinistra" coincisero con l'inizio del terrorismo. L'omicidio Calabresi (17 maggio 1972), il rapimento di Mario Sossi (18 aprile 1974), ed il conseguente omicidio (8 giugno 1976) del procuratore generale di Genova Francesco Coco, che si era virilmente opposto allo "scambio" fra Sossi e alcuni brigatisti detenuti, attizzarono il clima di sospetto e di frattura . A molti di noi, magistrati "non di sinistra", sembrò che gli attacchi di Magistratura Democratica a

contrapposizioni si siano andate attenuando quando nella prassi di MD sono entrate "diretrici di marcia" che coincidevano con spinte presenti in tutto il mondo occidentale¹⁹.

La vera svolta si concretò quando i colleghi di Magistratura Democratica o comunque "di sinistra" si schierarono in prima fila nella lotta ai terroristi anche rossi e pagarono un alto contributo di sangue.

A ben vedere, non vi è ragione perché la "apolitica" MI non collabori con la "politica" MD ove questa politicità si espliciti in un impegno su valori "inclusivi", o quali il contrasto alla corruzione ed alla criminalità, organizzata e non. **La convergenza di MD ed MI in una certa fase della vita della Associazione Nazionale Magistrati, in cui ho avuto l'onore di presiedere la ANM si è costruita intorno alla convinzione che il problema dell'Italia che la magistratura deve concorrere a risolvere non è tanto scegliere fra le varie interpretazioni della legge; è applicare la legge. Non è tanto plasmare "nuovi diritti", è assicurare i diritti essenziali e primordiali soffocati dal peso anche economico della criminalità organizzata e della corruzione.**

Oggi però la sinistra giudiziaria mi sembrerebbe nuovamente inistradata ad assumere posizioni "divisive" che rischiano di coinvolgere la magistratura nella frattura che si è creata nel Paese; penso al tema della immigrazione. **Ma questo è un ulteriore interrogativo per una riflessione di cui voi siete gli attori.**

Calabresi, Sossi e Coco avessero, certo involontariamente, concorso a formare un clima culturale prodromico di violenze; dopo l'omicidio di Francesco Coco, Magistratura Indipendente denunciò "la responsabilità morale di quanti, a qualsiasi livello e, purtroppo, anche all'interno dell'ordine giudiziario, hanno contribuito con faziose e distorte polemiche a fornire una sorta di 'alibi psicologico' ai barbari uccisori".

¹⁹ E', ad esempio, molto difficile sceverare quale parte della giurisprudenza che ha via superato il concetto di "spettacolo osceno" abbia rispecchiato un'adesione alla "rivoluzione sessuale rossa"; e quale invece sia semplicemente frutto della trasformazione edonistica e libertaria della nostra società. Certo i giudici che condannarono per oltraggio al pudore il regista del film "Ultimo tango a Parigi" erano di orientamento tradizionalista; ma non è vero il contrario, cioè che coloro che ritengono leciti i film di Bertolucci o di Pasolini siano tutti bolscevicchi. Oggi nessuno si scandalizzerebbe più leggendo le interviste che pubblicate nel 1966 sul giornalino del Liceo "Parini" di Milano scatenarono un terremoto, le cui ripercussioni travolsero il Presidente della Associazione Nazionale Magistrati (reo di aver preso le distanze dal sostituto che istruiva il relativo processo penale). Per altro verso, accadeva - per fortuna - che specie nelle procedure ove era decisivo l'accertamento dei fatti, giudici comunemente indicati come "di sinistra" ricostruissero gli eventi in termini non graditi alla sinistra politica. Né sta scritto da nessuna parte che chi riconosce i diritti dei lavoratori in fabbrica sia necessariamente un eversore.

Ogni generazione si trova coinvolta in una miriade di problemi, uno di essi è plasticamente evidenziato dalla circostanza che per timore di un contagio non abbiamo la possibilità di incontrarci di persona. Questo è però un problema che possiamo sperare anzi essere ragionevolmente sicuri che la tecnica, la scienza risolvano mettendo a punto un adatto vaccino.

Vi sono però anche problemi di natura sociale, politica, morale che, **a mio avviso** si ripresentano ad ogni generazione sia pure in forme e con modalità diverse; a cui ogni generazione, sovente ogni individuo, elabora una sua risposta. In un reiterato sforzo che Camus vede espresso nel mito di Sisifo, e lo induce a scrivere “anche la lotta verso la cima basta a riempire il cuore di un essere umano. Dobbiamo immaginare Sisifo felice”.

Prendiamo in considerazione il problema che oggi forse in maggior misura coinvolge la funzione sociale della magistratura:

È possibile conseguire una ragionevole “certezza del diritto”?

noi giuristi, in specie **noi giudici, dobbiamo credere che la risposta sia positiva perché questa fiducia attribuisce dignità di scienza alle nostre riflessioni; ci dà la speranza di comporre i conflitti in una risposta comune indicata con l’ausilio della scienza giuridica.**

Ma dalla riflessione del passato ci giunge anche il cinico insegnamento di Azzecagarbugli che ci propone la sua risposta: “a ben studiare le leggi nessuno è colpevole” e soprattutto, e questo è il più grave, per meglio dire agghiacciante, **“nessuno è innocente”**.

Speriamo ed operiamo affinché Azzecagarbugli non abbia ragione.

Giancarlo Cirielli

Il conflitto tra il principio di affidamento e la prassi nell'ordinamento giudiziario. Alcuni casi recenti all'attenzione del CSM

1. L'obbligo costituzionale di conformare l'azione amministrativa a criteri di legalità, buon andamento ed imparzialità (art. 97) è stato esplicitato nella formalizzazione dei principi guida dell'azione amministrativa sanciti dalla Legge 241/90, che li enuncia all'art. 1, da un lato, rinviando ai predetti principi costituzionali, dall'altro, introducendo espressamente i principi di trasparenza, economicità, efficienza e rinviando ai principi dell'ordinamento comunitario²⁰.

Secondo tali principi è necessario che l'amministrazione agisca nel modo più adeguato e conveniente possibile, esercitando i pubblici poteri secondo le modalità più idonee ed opportune al fine di garantire l'efficacia, l'efficienza, la speditezza e l'economicità dell'azione amministrativa, con il minor sacrificio degli interessi particolari dei singoli.

Il richiamo operato dalla medesima legge ai principi dell'ordinamento comunitario, ha consentito di assoggettare l'azione della P.A. ad un criterio del tutto innovativo, quale il principio del legittimo affidamento²¹, introdotto nel diritto positivo dapprima con interventi giurisprudenziali

²⁰ Art. 1. (Principi generali dell'attività amministrativa)

1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

1-bis. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

1-ter. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge.

2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

2-bis. I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

²¹ In ordine al principio di tutela del legittimo affidamento in ambito amministrativo si rimanda, senza pretese di completezza, ai contributi di MUSONE R., *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Ed. Aracne, Roma, 2012. GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento: tra diritto comunitario e diritto interno*, Ed. Giuffrè, Milano, 2008. GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in www.sspa.it. LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Ed. Giappichelli, [Torino](http://www.torino.it), 1998. ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento*

e poi con successivi interventi normativi, fino al recente inserimento proprio nella Legge 241/90 del comma 2 bis dell'art. 1, introdotto con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella Legge 11 settembre 2020, n. 120, che prevede espressamente che i principi della collaborazione e della buona fede siano il presidio fondativo dei rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione. Questo principio impone la tutela delle situazioni di vantaggio assicurate da un atto specifico e concreto della P.A., configurandosi come un limite per l'amministrazione che intenda adottare determinazioni negative sfavorevoli per il destinatario, a grande distanza di tempo dal verificarsi di una fattispecie legittimante, oppure in presenza di circostanze che rendano giustificabile la conservazione degli effetti giuridici prodottisi.

Si tratta di un principio che trova larga applicazione nei procedimenti di autotutela disciplinati dalla stessa legge che, notoriamente, investono momenti essenziali dell'azione dell'amministrazione, quali l'esecuzione dei provvedimenti, gli annullamenti e le revoche, i provvedimenti di controllo e quelli sanzionatori, ponendosi come un limite espresso all'esercizio di tale potere²².

L'affermazione del principio del legittimo affidamento, già presente in talune realtà nazionali (in particolare Germania e Paesi Bassi) prima che nel diritto comunitario, è passata attraverso un percorso travagliato nel dibattito dogmatico e giurisprudenziale, che si è interrogato sulla configurabilità o meno in capo alla Pubblica Amministrazione di un dovere, sia in via diretta che in sede di esercizio del potere di autotutela, di salvaguardare le situazioni soggettive vantaggiose per il

del privato nei confronti della pubblica amministrazione, Torino, 2005. GAFFURI F., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Ed. Giuffrè, Milano, 2006. MAFFEI P., *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in Dir. pubbl. comp. veeu., 2003, 498. MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni trenta all'alternanza*, Ed. Giuffrè, Milano, 2001. MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979. UBERTAZZI G.M., *La tutela dei diritti quesiti e del legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in Dir. com. scambi internaz, 1978. CAPELLI F., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in Dir. com. scambi internaz, 1988. CARANTA R., *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 439. FRAENKEL-HAEBERLE C., *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, Il caso tedesco*, Trento, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento, 2008. SCHONBERG, *Legitimate expectations*, in *Administrative law*, Oxford university press, Oxford, 2000. AUBY J.B.-DERO-BUGNY D., *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, in AA.VV., *Droit administratif européen*, a cura di J.-B. Auby-J. Dutheil De La Rochère, Bruxelles, 2007, 473.

²² Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 31/08/2016, n. 3762

privato, conseguenti ad atti e comportamenti della PA, tali da ingenerare, appunto, un ragionevole affidamento nel destinatario.

Secondo una risalente impostazione, il cittadino non vantava alcun legittimo affidamento nei confronti della Pubblica Amministrazione e questo perché andava sempre preferita la tutela dell'interesse pubblico sotteso all'attività amministrativa, che non poteva essere sacrificato, anche se ciò andava a discapito di situazioni giuridiche oramai consolidate per il privato.

Questa tesi è stata successivamente abbandonata a fronte di una importante pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea²³, che per la prima volta ha enunciato il dovere della Pubblica Amministrazione di tenere conto del legittimo affidamento del privato come limite all'esercizio del potere di autotutela. I giudici europei hanno evidenziato la necessità di bilanciare i due interessi contrapposti, da un lato, l'interesse pubblico alla rimozione di un provvedimento viziato e, dall'altro, l'interesse privato al mantenimento della posizione acquisita.

Secondo la Corte di Giustizia Europea, tale bilanciamento doveva concludersi nel senso di sacrificare l'interesse pubblico in favore della tutela dell'affidamento del privato solo in presenza di un "fattore temporale" e dell'elemento soggettivo della "buona fede". Quindi, davanti ad un provvedimento amministrativo illegittimo, ove la illegittimità in nessun caso dipendesse dal dolo o dalla colpa del destinatario e dal quale era sorta una situazione di vantaggio per il privato, venutasi progressivamente a consolidare nel corso del tempo, si poneva la necessità di tutelare il soggetto che avesse fatto affidamento nella stabilità e certezza del rapporto giuridico, instauratosi per effetto del provvedimento amministrativo²⁴.

La tutela dell'affidamento è stata elevata definitivamente a principio di rango comunitario dalla sentenza Topfer²⁵ della Corte di Lussemburgo, in quanto intimamente connesso al principio di certezza dei rapporti giuridici, ed inteso quindi come postulato secondo cui il privato ha un interesse

²³ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza, 12 luglio 1957, cause riunite C-7/56 e da C-3/57 a C-7/57, Alghera.

²⁴ Cfr. *"Il principio della certezza del diritto: la prevedibilità delle scelte pubbliche a tutela delle situazioni soggettive individuali"*; *"Il principio della tutela del legittimo affidamento: le libertà del cittadino quale fulcro del sistema comunitario"* di Gabriele Pepe, ottobre 2012, in COLLANA "STUDI E DIALOGHI GIURIDICI", Ed. Eurilink Edizioni Srl - www.eurilink.it

²⁵ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza, 3 maggio 1978, causa C-12/77, Topfer

pretensivo ad una produzione normativa stabile, sicché possa contare sulla certezza delle leggi e degli atti emessi dalle istituzioni pubbliche²⁶.

Nel diritto europeo il principio del legittimo affidamento ha assunto e si è consolidato nelle vesti di principio non scritto di elaborazione giurisprudenziale²⁷, inquadrandosi fra “*i principi fondamentali della Comunità*”²⁸ ed avente il rango di natura primaria, con piena equiparazione alle disposizioni dei Trattati ed efficacia vincolante, diretta e immediata negli ordinamenti nazionali.

Il principio di tutela dell'affidamento, nato per perseguire l'obiettivo di proteggere le posizioni soggettive degli amministratori da indebite restrizioni dei pubblici poteri, attraverso progressivi adattamenti del giudice comunitario, ha gradualmente ampliato il proprio raggio applicativo, assumendo le vesti di:

- a) principio ammesso in tema di modifiche della normativa vigente²⁹;
- b) principio-parametro di valutazione degli atti delle istituzioni³⁰;
- c) principio fondamentale della Comunità Europea³¹.

²⁶ Cfr “*Pubblica amministrazione e tutela dell'affidamento del privato*”, Fabiana Vaino e Filomena Farina in *diritto.it*, 28 gennaio 2021, <https://www.diritto.it/pubblica-amministrazione-e-tutela-dellaffidamento-del-privato>

²⁷ In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cgce, 13 giugno 1965, in causa C-111/63, *Lemmerz-Werke GmbH*, in Racc. 1965. Cgce, 21 settembre 1983, in cause riun. C- 205/82-215/82, *Deutsche Milchkontor*, cit.. Cgce, 19 maggio 1983, in causa C- 289/81, *Mavrides c. Parlamento*, in Racc. 1983. Cgce, 17 aprile 1997, in causa C- 90/95, *De Compte c. Parlamento*, in Racc. 1997. Cgce, 26 febbraio 1987, in causa C-15/85, *Consorzio Cooperative D'Abruzzo*, in Racc. 1987. Cgce, 20 giugno 1991, in causa C-248/89, *Cargill*, in Racc. 1991. Trib. I grado, 17 dicembre 1998, in causa T-203/96, *Embassy Limousines*, in Racc. 1998. Cgce, 3 maggio 1978, in causa C- 112/77, *Töpfer*, in Racc. 1978, 1019. Cgce, 10 gennaio 1992, in causa C-177/90, *Kuehn*, in Racc. 1992. Cgce, 11 luglio 2002, in causa C-62/00, *Marks and Spencer*, in Racc. 2002, I-6325. Cgce, 28 giugno 2005, in cause riun. C-189/02-C-202/02, *Dansfd Rorindustri*, in Racc. 2005, I-5425. In dottrina BLANKE H.J, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2000. GIRAUD A., *A study of the notion of legitimate expectations in State aid recovery proceedings: "Abandon all hope, ye who enter here?"*, in *Common Market Law Review*, 2008.

²⁸ *Ex multis* Cgce, 5 ottobre 1994, in cause riun. 133/93, 300/93 e 362/93, *Crispoltoni e al.*, in Racc. 1994. Cgce, 29 febbraio 1996, in cause riun. 296 e 307/93, *Repubblica francese e Irlanda c. Commissione*, in Racc. 1996

²⁹ Cgce, 4 luglio 1973, in causa C-1/73, *Westzucker* in Racc. 1973.

³⁰ Cgce, 14 luglio 1983, in causa C-224/82, *Meiko-Konservenfabrik*, in Racc. 1983.

³¹ Cgce, 16 maggio, 1979, in causa C-84/78, *Tomadini*, in Racc. 1979.

In molti casi la Corte è giunta a configurare la tutela delle aspettative legittime in termini di regola di interpretazione del diritto³², volta ad evitare scelte arbitrarie, improvvise ed irragionevoli delle istituzioni comunitarie. La protezione delle *legitimate expectations*, in ambito europeo, infatti, concerne sia gli atti amministrativi sia gli atti legislativi. Inoltre, siffatto principio opera tanto nei rapporti tra privati e istituzioni, quanto nelle relazioni tra Stati UE ed in quelle tra cittadini e amministrazioni nazionali, tenute anch'esse all'applicazione del diritto comunitario³³.

Si può sostenere che la generalità ed indeterminatezza dei principi comunitari, tra i quali quello del legittimo affidamento, determina un loro effetto espansivo negli ordinamenti nazionali non ancora coperti o interessati dal diritto europeo³⁴. Ciò in quanto, sarebbe contrario al principio di uguaglianza diversificare il trattamento di identiche situazioni in base alla natura della fonte (comunitaria o nazionale). La forza espansiva dei principi tende così ad omogeneizzare i diritti nazionali attraverso un'osmosi delle rispettive discipline.

La ricostruzione sistematica del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano, ha preso lo spunto dagli approfondimenti della dottrina dall'inizio degli anni settanta e nei decenni successivi³⁵ e si è sedimentata fino a giungere ad una posizione univoca della letteratura sul tema, che riconosce al principio piena rilevanza in tutte le situazioni in cui è parte l'Amministrazione pubblica.

Sulla base dei principi sopra enucleati, anche la giurisprudenza nazionale ha gradualmente introdotto il principio di affidamento nei rapporti tra i cittadini e la pubblica amministrazione³⁶, con intensità crescente, in progressione corrispondente alla spinta della giurisprudenza comunitaria e

³² CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario non scritto*, in *Tavole rotonde di diritto comunitario promosse da G. Biscottini*, II, Milano, 1983., BREDIMAS A., *Methods of interpretation and communities law*, Amsterdam, 1978.

³³ Cfr. "Il principio della certezza del diritto: la prevedibilità delle scelte pubbliche a tutela delle situazioni soggettive individuali"; "Il principio della tutela del legittimo affidamento: le libertà del cittadino quale fulcro del sistema comunitario" di Gabriele Pepe, op. cit.

³⁴ ABRAHAM R., *Les Principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe: l'influence des jurisprudences européennes*, in *Rev. eur. dr. publ.*, 9, 1997, 577.

³⁵ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970 ed edizioni successive.

³⁶ LORELLO L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Ed. Giappichelli, Torino, 1998

della dottrina³⁷. Tale dato si registra non solo nell'ambito della giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁸, ma anche nelle pronunce della Corte di Cassazione, specie nel settore della responsabilità civile e in quelle della Corte Costituzionale³⁹.

Dapprima, la giurisprudenza italiana aveva concepito l'affidamento come regola del potere e dell'interesse pubblico, tesa ad evitare esclusivamente comportamenti contraddittori dell'autorità amministrativa. In un tale contesto le situazioni soggettive degli amministratori venivano considerate solo in via sussidiaria e riflessa. Successivamente la situazione è radicalmente mutata, avendo l'ordinamento comunitario, attraverso l'opera propulsiva della Corte di giustizia, posto il cittadino al centro dell'azione dei pubblici poteri nazionali e comunitari, in una prospettiva funzionale alla tutela delle situazioni soggettive di cui è portatore. Infatti, la giurisprudenza nazionale ha adeguato la propria interpretazione introducendo nell'ambito del procedimento amministrativo la tutela con una molteplicità di rimedi sostanziali e risarcitori.

Pertanto, nell'ordinamento italiano il principio in esame ha assunto la funzione sia di parametro di giudizio della condotta della p.a., quanto di criterio di comportamento e di regola che l'amministrazione deve porre alla base delle sue decisioni.

Il fermento dottrinale e giurisprudenziale ha indotto il legislatore ad intervenire per concepire una pubblica amministrazione non più autoritaria ed autoreferenziale, bensì quale soggetto che fa uso di strumenti consensuali, accanto a quelli unilaterali ed autoritativi e che favorisce la partecipazione del privato alla funzione pubblica. In questo humus nasce la legge 241/1990 sul

³⁷ Cfr. "Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione" di Gianluca Grasso <https://www.sna.gov.it/www.sspa.it/wp-content/uploads/2010/04/rilievoprincipiolegittimoaffidamento.pdf>

³⁸ *Ex multis*: Cons. St., sez. VI, 24 settembre 1996, n. 1255 *Studium iuris*, 1997, 197; in *Foro amm.*, 1997, 1065 (s.m.); in *Foro amm.*, 1997, 1434; Cons. St., sez. IV, 15 giugno 1994, n. 501, in *Foro amm.*, 1994, 1398 (s.m.); Cons. Stato, 1994, I, 735 (s.m.); Cons. St. a. plen., 30 settembre 1993, n. 11, in *Riv. Corte conti*, 1993, 205. La casistica offre un ampio spettro di ipotesi in cui la tutela della buona fede e del legittimo affidamento è stata affermata dai giudici amministrativi. Si va dalla ripetizione delle somme non dovute percepite in buona fede, all'esercizio del potere di autotutela, all'interpretazione dei bandi di concorso.

³⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 349/1985 con la quale, in materia pensionistica, la Corte ha affermato che le nuove disposizioni normative, le quali modificano sfavorevolmente la disciplina precedente, "al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto".

<https://www.giurcost.org/decisioni/1985/0349s-85.html>

procedimento amministrativo e prosperano le successive riforme, che spingono ad inquadrare la nuova pubblica amministrazione che, nel perseguire l'interesse pubblico, tiene conto di tutti gli interessi coinvolti, ivi compresi quelli privati e che instaura rapporti con il cittadino, ispirati al dovere di collaborazione ed alla buona fede.

In particolare, con la novella legge dell' 11 febbraio 2005, n. 15, ispirata al principio di affidamento ed alla rivoluzione culturale nei rapporti tra il cittadino e l'amministrazione, si introducono importanti modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241 in materia di cd autotutela. Tra le norme di maggior rilievo, ai fini che qui interessano, viene introdotto l'art. 21-quinquies sulla revoca del provvedimento, quale limite al potere *ad libitum* dell'amministrazione di revocare un provvedimento già emesso⁴⁰. La norma specifica che la revoca può intervenire solo per *“sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”* e se *“la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo”*. Il legislatore, nel delimitare i casi di ripensamento della p.a., si fa carico delle conseguenze della revoca, laddove il precedente amministrativo abbia conferito una situazione di vantaggio al cittadino, prevedendo un indennizzo a ristoro del pregiudizio arrecato ai soggetti direttamente interessati.

Altra norma rilevante introdotta con la riforma è l'art. 21-nonies, che ha previsto un termine ragionevole per l'annullamento d'ufficio degli atti, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati, nonché della convalida del provvedimento annullabile. Con ciò volendosi evitare un intervento in ogni tempo dell'amministrazione, soprattutto considerando la necessità di tutela del consolidarsi dei rapporti giuridici conseguenti all'emissione dell'atto amministrativo. La norma ha poi subito ulteriori modifiche, che hanno precisato meglio il termine temporale ritenuto ragionevole (18 mesi), allo scopo di impedire una eccessiva discrezionalità dell'amministrazione in ordine al momento oltre il quale non sia più possibile intervenire.

⁴⁰ Art. 21-quinquies (Revoca del provvedimento). - 1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Senza voler fare un excursus completo delle modifiche normative che hanno attinto la legge 241/1990, ispirate via via ad una maggiore apertura della concezione di amministrazione pubblica al principio di affidamento, si è giunti - come già osservato - al recente esplicito inserimento nell'art. 1 della Legge 241/90 del suddetto principio, valido ad ogni fine, quale regola di condotta dell'amministrazione, quale indirizzo per la produzione normativa secondaria e come canone di interpretazione normativa⁴¹.

Il principio *de quo*, in ogni caso ed a conferma della sua generalità ed immanenza nell'ordinamento, era già stato formalizzato anche in uno dei settori del diritto pubblico ove maggiormente si manifestano le potestà autoritative della pubblica amministrazione, quello tributario. Infatti, lo "Statuto del contribuente" approvato con la Legge del 27/07/2000 n. 212, all'art. 10 (**Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente**) declama anche qui in modo esplicito che *"I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede"*.

Lo stesso è accaduto, in relazione ai rapporti lavorativi della p.a. con i propri dipendenti, con l'entrata in vigore del DLGS 30 marzo 2001, n. 165 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*); pure in tale ambito, il principio di affidamento è diventato il criterio ispiratore dei medesimi rapporti. Infatti, il richiamo dell'art. 5 comma 2 all'applicazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche della normativa civilistica sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, reca con sé gli specifici doveri contrattuali generali di correttezza e buona fede, tipici del rapporto di lavoro privato⁴².

⁴¹ Art. 1 comma 2 bis Legge 241/90, introdotto con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito nella Legge 11 settembre 2020, n. 120: *"I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede"*.

⁴² *Ex plurimis* Cassazione Sez. L., Sentenza n. [16856](#) del 07/08/2020; Sez. L., Ordinanza n. [26496](#) del 19/10/2018, Sez. L.; Sentenza n. [10416](#) del 27/04/2017; Sez. L., Sentenza n. [25192](#) del 07/12/2016; Sez. L., Sentenza n. [14021](#) del 08/07/2016 Rv. 640434 - 01; Sez. L., Sentenza n. [17625](#) del 05/08/2014.

Secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sentenza 26 giugno 2002, n. 9332, in *Giust. civ.*, 2003, I, 221 appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia concernente il provvedimento di conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, che ha natura negoziale ed è, in quanto tale, sindacabile dal giudice ordinario sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri privati.

Inoltre, secondo la giurisprudenza di legittimità, il principio della buona fede nei rapporti contrattuali, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase, Sez. 3, Sentenza n. [13208](#) del 31/05/2010.

Analogamente, il decreto legislativo in argomento richiama espressamente il **rispetto dei principi di correttezza e buona fede fra le parti, all'articolo 40, nella stipulazione dei contratti** collettivi nazionali e integrativi della pubblica amministrazione con i sindacati dei dipendenti pubblici.

La normativa sopra richiamata, sui dipendenti delle amministrazioni pubbliche, come è noto non si applica a talune categorie di pubblici dipendenti, tra cui i magistrati, gli avvocati dello Stato, il corpo prefettizio e quello diplomatico, il personale militare e delle forze di polizia di Stato, in ragione del particolare ruolo ricoperto da tali soggetti, come previsto dall'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001. Nondimeno, la giurisprudenza ha costantemente riconosciuto l'applicazione del principio di correttezza e di buona fede quale regola generale di comportamento dell'amministrazione nei confronti delle predette categorie di pubblici dipendenti. Così, il Consiglio di Stato ha fatto applicazione di tali principi, in relazione ai rapporti tra il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri ed un militare dipendente, nei cui confronti era intervenuto il rigetto di una domanda di equo indennizzo, poiché presentata oltre il termine semestrale previsto dal D.P.R. 3 maggio 1957, n. 686, sulla base di un errore ingenerato da un comportamento dell'amministrazione militare⁴³.

Analogamente, il giudice amministrativo ha applicato le regole discendenti dal principio di affidamento, annullando una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, che aveva negato il conferimento di un incarico direttivo ad un magistrato, sulla base di una negativa valutazione del compimento di una attività accademica senza autorizzazione dell'organo competente. Ciò sebbene il CSM avesse, in spregio all'autolimita imposto all'azione amministrativa con apposita circolare, adottato nei confronti del magistrato un comportamento tollerante, anche per mezzo di precedenti atti di nomina ad incarichi direttivi, che non avevano tenuto conto dell'attività extragiudiziaria non autorizzata. In tal modo, risultava non tutelato il legittimo affidamento del magistrato nella precedente condotta tenuta dall'amministrazione nel rapporto col soggetto interessato, condotta giudicata contraria al principio di buona fede e correttezza⁴⁴.

Simili interventi del giudice amministrativo, con affermazione del principio *de quo*, sono intervenuti in vari settori dell'ordinamento giudiziario, come ad esempio nell'ambito temporale di

⁴³ Cons. Stato, Sezione IV, sentenza n. 3536 del 25 luglio 2008, in Foro amm. CdS., 2008, 9, pp. 2375 e ss.

⁴⁴ Tar Lazio sentenza n. 3036 del 5/4/2007 <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/TAR-/TAR-Lazio-n.-3036-2007-Carbone-c.CSM.pdf>.

applicazione dei limiti introdotti dall'art. 13, comma 3, d.lgs. n. 160 del 2006, per il conferimento di incarichi direttivi ai magistrati ordinari e per i passaggi da funzioni giudicanti a funzioni requirenti, e viceversa⁴⁵, ovvero ancora in ogni altro caso nel quale la contraddizione del provvedimento con precedenti valutazioni dello stesso C.S.M., sui medesimi profili curriculari del magistrato, manifesti un'irragionevole incoerenza nell'attività amministrativa. In tali casi, la giurisprudenza amministrativa, valorizza l'affidamento del magistrato su una precedente valutazione positiva e stigmatizza *“il vizio d'illegittimità del giudizio e, con esso, del provvedimento finale, rilevante nel suo aspetto di dato formale sintomo di eccesso di potere, occorrendo che il giudizio dia manifesto e adeguato conto delle specifiche ragioni sopravvenute alla luce delle quali si è ritenuto di mutare orientamento rispetto a una precedente valutazione regolarmente espressa dall'organo a ciò competente, manifestando la giustificazione offerta da oggettivi e specifici fatti sopravvenuti, per la loro importanza idonei a fondare un tale revirement”*⁴⁶.

2. Nonostante la forza espansiva del principio di affidamento nell'ordinamento italiano, recenti decisioni del Consiglio Superiore della Magistratura fanno apparire sussistenti degli orientamenti di resistenza ed ostilità verso una prassi da ispirare al principio medesimo.

In un caso venuto all'attenzione del CSM un magistrato, già affidatario di M.O.T. per diversi anni con favorevole riconoscimento della sua idoneità allo specifico incarico, aveva visto la propria posizione censurata in relazione alla ennesima procedura di nomina a magistrato affidatario, con una delibera del 2/12/2020 che, prendendo atto di una sanzione disciplinare risalente al 19/10/2009 giudicata grave, aveva rivalutato negativamente il proprio precedente deliberato del 10/7/2019, *“con il quale il precedente disciplinare era stato ritenuto non ostativo all'affidamento dell'incarico”*, invitando nel contempo il Consiglio Giudiziario competente a tenerne conto in futuro. Il CSM, nel

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 4 dicembre 2020, n. 7695. In <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/ambito-temporale-di-applicazione-dei-limiti-introdotti-dall-art.-13-comma-3-d.lgs.-n.-160-del-2006-per-il-conferimento-di-incarichi-direttivi-ai-magis>

⁴⁶ In Consiglio di Stato *Ufficio Studi, massimario e formazione* RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA a cura di Francesco Guarracino. In nota: Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5696; id., sez. V, 18 giugno 2018, n. 3716: *“Diversamente, una valutazione che la legge vuole poggiata su parametri tecnici si presterebbe a divenire espressione di mera, oscillante a piacimento, volontà”*. <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/il-contenzioso-sulle-delibere-del-c.s.m.-di-conferimento-degli-incarichi-direttivi-e-semi-direttivi>.

fare una applicazione in *malam partem* di una normativa secondaria (Regolamento per la formazione iniziale dei magistrati ordinari - delibera CSM 13 giugno 2012 e successive modifiche al 20 marzo 2019)⁴⁷, peraltro non sorretta da un supporto normativo primario sullo specifico punto - in aperto contrasto con il principio di affidamento - ha addirittura revocato una precedente deliberazione troppo “liberale” che aveva ritenuto, dopo dieci anni, il precedente disciplinare non ostativo all'affidamento dell'incarico.

In seguito al montare di proteste di numerosi magistrati che hanno stigmatizzato l'operato del Consiglio, sono parsi evidenti il mancato rispetto del principio dell'affidamento e l'irragionevolezza della delibera in argomento. Sulla questione è intervenuta anche l'ANM con un comunicato che ha evidenziato l'anomalia della delibera del CSM. L'organo di autogoverno, sottoposto alla pressione di queste critiche, in data 20/1/2021 è nuovamente intervenuto in autotutela, revocando la delibera del 2/12/2020.

Ancor più recentemente, il Plenum del CSM nella seduta del 10 marzo 2021, ha approvato a maggioranza la delibera di nomina di un magistrato ad incarico direttivo, facendolo prevalere su un altro, che fino al 2020 era stato dirigente per otto anni (dal 2012 al 2020, con relativa conferma quadriennale) di un analogo ufficio giudiziario, negativamente valutando una sanzione disciplinare irrogata al medesimo nel 2009. Detta sanzione, riferita a fatti del 2005, era stata precedentemente superata e ritenuta non ostativa, sia con la delibera di conferimento dell'incarico direttivo del 2012, sia con la delibera di conferma quadriennale, che tenevano conto rispettivamente del comportamento irreprensibile tenuto successivamente dal magistrato e del positivo esercizio delle funzioni direttive esercitate. Non si può far altro che ritenere incomprensibile ed irragionevole la delibera in argomento, completamente al di fuori del quadro operativo del principio di affidamento e, verosimilmente, vulnerabile al probabile futuro vaglio del giudice amministrativo.

3. Un ulteriore caso presentatosi per la deliberazione del parere di un Consiglio giudiziario, vede la situazione di un magistrato che, dopo essere stato condannato dalla Sezione disciplinare del CSM nel 2006 alla sanzione dell'ammonimento, per fatti commessi nel periodo 1997-2000, nel

⁴⁷ Il Regolamento stabilisce che la “*pendenza di un procedimento disciplinare con richiesta di fissazione di udienza ovvero la precedente sanzione disciplinare*”, pur non rilevanti in via generale quali circostanze ostative alla nomina a magistrato affidatario, possono divenirlo laddove incidano in senso negativo, “*tenuto conto dell'epoca dell'illecito, della natura, della sanzione inflitta e di eventuali successive positive valutazioni di professionalità, sul prestigio professionale ovvero sulle capacità formative e didattiche*”.

2012 era stato ritenuto dal medesimo Consiglio giudiziario idoneo al conferimento di un ufficio semidirettivo, ancorché a maggioranza, valutando che le predette condotte disciplinari, fossero da ritenersi ormai superate alla luce del comportamento positivo tenuto dal magistrato nel prosieguo della sua carriera professionale. L'interessato, peraltro, aveva conseguito tutte le valutazioni di professionalità fino alla settima nel 2014.

Nel quadriennio successivo ed in particolare nel 2013, nel 2015 e nel 2016 il Consiglio giudiziario, chiamato a pronunciarsi su analoghe istanze di conferimento di un ufficio semidirettivo formulate dal magistrato, non aveva effettuato una nuova valutazione dello stesso, richiamando le motivazioni del parere positivo del 2012. Ciò in applicazione dell'art. 57 comma 1 del Testo Unico della Dirigenza giudiziaria che prevede al comma 1 che "il parere attitudinale è valido per un quadriennio decorrente dalla data in cui il parere stesso è stato espresso" e al comma 2 del medesimo articolo che "il parere ha rilevanza e validità in quanto espresso per il conferimento di un ufficio semidirettivo analogo per grado e funzioni".

Nel 2017 il Consiglio giudiziario, mutato nella sua composizione e chiamato nuovamente a pronunciarsi sull'istanza del magistrato per il riconoscimento dell'idoneità a ricoprire un ufficio semidirettivo analogo per grado e funzioni, essendo decorsi più di quattro anni dal parere del 2012, aveva proceduto ad una nuova valutazione. In tale occasione il Consiglio giudiziario, a maggioranza e mutando orientamento in assenza di fatti nuovi negativi, rispetto a quelli già valutati nel 2012, aveva espresso parere negativo, ritenendo che le condotte che avevano giustificato le condanne disciplinari emesse nei suoi confronti fossero ostative al riconoscimento dell'idoneità a ricoprire l'ufficio semidirettivo richiesto. Il parere negativo era stato poi reiterato nel 2018 e nel luglio 2020 con il semplice richiamo alle motivazioni già espresse nei precedenti pareri negativi, in applicazione del citato art. 57.

La questione si è riproposta all'ennesima richiesta del magistrato di conferimento di analogo ufficio semidirettivo alla fine del 2020. Prima di descrivere l'attuale stato di questa procedura e comprendere quale ne potrà essere l'esito, è necessario fare una breve ricognizione normativa sul parere del Consiglio giudiziario e sul suo termine temporale di validità.

Il termine di validità quadriennale del parere *de quo* è previsto, come già osservato, dal TU dirigenza giudiziaria all'art. 57 (Circolare n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015 - Delibera del 28

luglio 2015 e successive modifiche) ed è decorrente dalla data in cui il parere stesso è stato espresso⁴⁸.

La legge, l'articolo 13 comma 1 DLG 5 aprile 2006, n.160, afferma semplicemente che il conferimento delle funzioni semidirettive e direttive è disposto dal Consiglio superiore della magistratura con provvedimento motivato, previo parere del consiglio giudiziario⁴⁹. La norma primaria non introduce alcun termine di validità del parere, talché può ritenersi che il termine fissato con la norma secondaria del CSM abbia solo valore di prassi organizzativa, volta a regolare lo svolgersi dell'attività amministrativa e ad evitare che l'azione consultiva debba ripetersi inutilmente ad ogni nuova domanda, in assenza di elementi nuovi ed entro tempi anche ravvicinati.

La norma secondaria, secondo i principi generali del diritto amministrativo, non assume carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi, i quali non hanno l'onere di impugnarla e possono limitarsi a contestarne la legittimità, al solo scopo di sostenere che gli atti conseguenti sono illegittimi, perché scaturiscono da una circolare illegittima che potrebbe essere disapplicata⁵⁰.

⁴⁸ Articolo 57 Validità del parere

1. Il parere attitudinale è valido per un quadriennio decorrente dalla data in cui il parere stesso è stato espresso.

1-bis. Il parere attitudinale è considerato valido se alla data di scadenza fissata dal bando per la presentazione delle domande non siano decorsi più di quattro anni dalla data in cui il parere medesimo è stato espresso.

2. Il parere ha rilevanza e validità in quanto espresso per il conferimento di un ufficio semidirettivo analogo per grado e funzioni ovvero direttivo analogo per grado, tipologia (piccoli, medi e grandi, legittimità, specializzati) e funzione richiesta.(*)

(*) Articolo così modificato dalla delibera del 15 giugno 2016: "Modifica al Testo Unico sulla dirigenza – art. 57 – validità parere"

⁴⁹ Art. 13. DLG 5 aprile 2006, n.160

1. L'assegnazione di sede, il passaggio dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti, il conferimento delle funzioni semidirettive e direttive [e l'assegnazione al relativo ufficio dei magistrati che non hanno ancora conseguito la prima valutazione] sono disposti dal Consiglio superiore della magistratura con provvedimento motivato, previo parere del consiglio giudiziario (*). (*) Comma modificato dall'articolo 3-bis, comma 4, lettera b), del D.L. 29/12/2009, n. 193.

⁵⁰ Cfr tra le altre Consiglio di Stato sez. IV, 28/01/2016, n.310. Il G.A. investito dell'impugnazione di un atto può disapplicare d'ufficio la relativa circolare *contra legem*. Sentenza Conferma TAR Puglia, Lecce, sez. II, n. 1318 del 2014 - Giustizia amministrativa - Impugnabilità dell'atto - Atti dello Stato - Circolari amministrative - Esclusione.

Le circolari amministrative non hanno valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi, che non hanno l'onere di impugnarle, ma

D'altra parte, nella ipotesi in cui il parere *de quo* esprima una valutazione scorretta e/o contra legem, tale da comportare conseguenze sull'atto definitorio del procedimento in termini di illegittimità, ci si deve interrogare sulla possibilità e/o necessità di derogare alla norma secondaria che determini tale conseguenza.

Certamente, un parere del Consiglio giudiziario dato in una singola procedura concorsuale per incarico direttivo o semidirettivo, nell'ipotesi in cui esprima una valutazione scorretta e/o contra legem, in forza dell'art. 57 TU dirigenza giudiziaria è destinato a perpetuare per un quadriennio gli effetti negativi sopra evidenziati, relativamente al conseguente possibile riflesso sulla deliberazione del CSM che si conformasse a tale parere.

Appare irragionevole ritenere che - il Consiglio giudiziario chiamato a deliberare nel quadriennio su una richiesta di parere, relativa ad una procedura concorsuale per incarico direttivo o semidirettivo successiva a quella nella quale è stato reso il parere che, in ipotesi, esprima una valutazione scorretta e/o contra legem - non possa correggere l'errore e sia obbligato a richiamare il vecchio parere, nella consapevolezza della sua illegittimità, non deliberando in merito.

Tale irragionevolezza fonda prioritariamente sull'obbligo costituzionale di conformare l'azione amministrativa ai criteri di legalità, buon andamento ed imparzialità (art. 97), nonché sulla esplicita tipizzazione dei principi guida dell'azione amministrativa sanciti dalla Legge 241/90, declamati nei principi di trasparenza, economicità ed efficienza e con rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario tra i quali, specificamente, quello del legittimo affidamento. Come sopra richiamato nella nota 21, l'art. 21-quinquies della legge citata, prevede espressamente l'istituto della revoca del provvedimento ad efficacia durevole, per "*sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*", proprio allo scopo di evitare che lo stesso possa produrre ulteriori effetti.

Lo abbiamo già scritto sopra, ampiamente, il Consiglio giudiziario non può disconoscere la necessità di rispettare il principio di affidamento che ha validità comunitaria e nazionale, costituzionale e legislativa. Al magistrato al quale sia stata riconosciuta una posizione giuridica

possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che detti atti sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe dovuto essere disapplicata; ne discende, a fortiori, che una circolare amministrativa contra legem può essere disapplicata anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto che ne fa applicazione, anche in assenza di richiesta delle parti.

favorevole con atto precedente (nel caso concreto nel 2012), non la si può revocare *ad libitum* ed in ogni tempo, con un successivo provvedimento (nel caso concreto nel 2017, 2018 e 2020, ben oltre il termine di legge di 18 mesi indicato dall'art. 21-nonies Legge 241/90), in contraddizione con le precedenti valutazioni dello stesso organismo, fondate sui medesimi profili curriculari ed in assenza di fatti negativi sopravvenuti⁵¹.

Pertanto, ove l'ipotesi di valutazione scorretta e/o *contra legem* del precedente parere del Consiglio giudiziario sia fondata, occorre domandarsi se lo stesso possa o debba procedere ad una nuova valutazione, sebbene operi nel quadriennio di validità del precedente parere e quindi sia vincolato quale organo dell'amministrazione dall'art. 57 della circolare.

Se il precedente parere abbia conferito una situazione di vantaggio all'interessato, deve ritenersi che operi il principio di affidamento e sia tendenzialmente inibita una rivalutazione

⁵¹ Il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare proprio in relazione a decisioni assunte dal CSM, il vizio di contraddittorietà laddove sia stato valutato il medesimo candidato in modo difforme in due ravvicinate procedure concorsuali, senza dare conto delle ragioni sopravvenute che giustificano il mutamento in negativo della deliberazione, discostandosi da conclusioni precedentemente rassegnate. Secondo il giudice amministrativo appare coerente e conforme a ragione – e dunque essenziale per il valido manifestarsi dell'azione amministrativa – che l'amministrazione, nel riprendere in esame una medesima posizione, giustifichi il disparere rispetto alla precedente valutazione: il che può avvenire manifestando la giustificazione offerta da oggettivi e specifici fatti sopravvenuti, per a loro importanza idonei a fondare un tale revirement.

Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3.10.2018 n. 5696, “*Sussiste il vizio di contraddittorietà laddove il CSM valuti il medesimo candidato in modo difforme in due ravvicinate procedure concorsuali senza dare conto delle ragioni sopravvenute che giustificano il revirement ... dove cioè l'amministrazione manifesti di discostarsi da conclusioni precedentemente rassegnate dall'organo competente a formulare le proposte di assegnazione dell'incarico: in un caso siffatto, invero, occorre anche dar manifesto e adeguato conto delle specifiche ragioni sopravvenute alla luce delle quali si è ritenuto di mutare orientamento, rispetto a una precedente valutazione regolarmente espressa dall'organo a ciò competente*”.

Consiglio di Stato, Sez. V, 18.6.2018 n. 3716, incarico semidirettivo di presidente di sezione di corte di appello, annullamento del provvedimento del CSM: “*Per quanto il nuovo procedimento di conferimento dell'incarico (di cui qui si verte) è distinto rispetto a quello nel cui ambito venne espresso il parere 1° giugno 2016, sta di fatto che si tratta dei medesimi soggetti e del medesimo oggetto. A fronte di che, un'elementare esigenza di coerenza e linearità complessiva dell'azione amministrativa impone un siffatto onere di giustificazione e motivazione. Diversamente, una valutazione che la legge vuole poggiata su parametri tecnici si presterebbe a divenire espressione di mera, oscillante a piacimento, volontà: con chiaro vulnus al generale principio di legalità che regge l'intera azione amministrativa, inclusa quella del C.S.M., e che nello Stato di diritto impone che l'amministrazione manifesti la coerenza e la plausibilità delle proprie opzioni. Non poteva dunque il Plenum, in una tale particolare situazione, prescindere dal proprio dato della precedente valutazione, benché espressa a solo livello di Commissione: e tanto più che si trattava di una valutazione recente. Si versava davanti alle medesime circostanze di fatto (di loro immutabili perché relative alla trascorsa carriera in magistratura) su cui la V Commissione, a quadro normativo invariato, aveva espresso quel chiaro giudizio comparativo: la legittimità e correttezza del quale mai risultano essere state oggetto di contestazione alcuna*”

negativa, in assenza di fatti nuovi. Viceversa, se il precedente parere comporti effetti pregiudizievoli nei confronti del magistrato, duraturi in quanto potenzialmente validi per un quadriennio, vi sia un obbligo di intervenire in autotutela, a norma dell'art. 21-quinquies della legge 241/1990, sostituendo il vecchio parere con un altro che consideri i successivi positivi elementi di valutazione intervenuti e tenga conto della illegittima rivalutazione negativa di elementi curriculari già superati.

Né può sostenersi che l'atto stesso possa considerarsi definitivo, laddove il magistrato non lo abbia impugnato unitamente alla delibera definitoria del CSM della procedura concorsuale nel quale esso fu reso. Infatti, la sua vigenza nel quadriennio ne perpetua gli effetti, anche nelle successive procedure concorsuali svolte nello stesso periodo temporale⁵².

Orbene, in seno al Consiglio giudiziario del caso in discorso è stato formulato un quesito al Consiglio Superiore della Magistratura, essendo emerse due posizioni contrapposte, una favorevole alla rivalutazione negativa degli elementi già precedentemente considerati ed un'altra invece aperta al più moderno e oramai universalmente riconosciuto principio di affidamento, e quindi favorevole al superamento della norma secondaria sul termine di validità quadriennale del parere *de quo*.

Il Consiglio Superiore della Magistratura deve ancora deliberare, ma le recenti decisioni in materia di ultrattività in *malam partem* dei precedenti disciplinari adottate dall'organo di autogoverno, richiamate al punto 2, non lasciano ben sperare.

⁵² Cfr Consiglio di Stato sez. IV, 13/08/2020, n.5010 L'Amministrazione non deve provvedere sulle richieste di esercizio del potere di autotutela verso atti divenuti inoppugnabili. Sentenza Conferma TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 3720 del 2018 Atto amministrativo - Annullamento - Autotutela - Istanza - Atti divenuti inoppugnabili - Esclusione. *L'Amministrazione non ha alcun obbligo di provvedere sulle richieste di esercizio del potere di autotutela verso atti divenuti inoppugnabili giacché, diversamente opinando, si eluderebbe l'onere legale di impugnazione nei termini decadenziali posti dalla legge a tutela della stabilità dell'assetto degli interessi pubblici sottesi al concreto esercizio della funzione pubblica; in questi casi, conseguentemente, l'impugnativa del diniego di autotutela è inammissibile, in coerenza con il principio generale della impossibilità di assicurare tutela all'interesse strumentale se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge.*

Bernadette Nicotra

I consigli giudiziari nel governo autonomo della magistratura: un flash sulle attuali questioni aperte

Le brevi riflessioni che qui si propongono, stimulate dall'esperienza al Consiglio giudiziario presso la Corte d'appello di Roma, muovono dall'aver constatato che, dalle questioni delle progressioni in carriera dei magistrati con le valutazioni di professionalità fino a quelle dell'organizzazione degli uffici giudiziari con le variazioni tabellari, molteplici sono gli snodi che cadono sotto il controllo del governo autonomo della magistratura.

Nella realtà dei fatti è dato riconoscere come il controllo sulla giurisdizione non possa essere operato in modo esauriente dal Consiglio Superiore della Magistratura, ma che solo chi è "territorialmente" in contatto con l'esperienza quotidiana degli uffici e dei magistrati interessati dall'attività di controllo può compiere in modo ben più oggettivo.

Da sempre, nello svolgimento delle funzioni amministrative strumentali all'esercizio della giurisdizione riconosciute dalla Costituzione al Consiglio Superiore della Magistratura, l'Organo di autogoverno si avvale dell'irrinunciabile collaborazione di organi elettivi decentrati costituiti presso ciascun distretto di Corte di Appello (i Consigli Giudiziari), ovvero presso la Corte di Cassazione (il Consiglio Direttivo), con competenze prevalentemente consultive.

Ad oggi, questi organi decentrati sono disciplinati dal d.lgs. 25/2006 come modificato dalla l. 111/2007.

Il d.lgs. 25/2006, nel delineare la nuova disciplina dei Consigli Giudiziari, ha introdotto alcune principali novità quali: l'istituzione di un organo "parallelo" ai C.G. distrettuali, il Consiglio direttivo presso la Corte di Cassazione; l'ingresso nei C.G. della componente "laica" di estrazione universitaria e forense. La successiva legge 111/2007 è invece intervenuta per eliminare alcune criticità del d.lgs. 25/2006: introducendo il sistema proporzionale per l'elezione dei componenti togati; incrementando il numero dei componenti in ragione delle dimensioni del distretto; eliminando la configurazione dei CG quali collegi perfetti attraverso l'introduzione di un *quorum* costitutivo e di uno deliberativo e, infine, ridefinendo le competenze dei Consigli giudiziari rispetto alle attribuzioni costituzionalmente riservate al C.S.M.

Oggi le attribuzioni assegnate ai Consigli Giudiziari li pongono al “centro” del sistema del governo autonomo della magistratura e, come più volte ricordato dallo stesso C.S.M., i Consigli Giudiziari sono organi “*compartecipi nell’esercizio dell’amministrazione della giustizia*”.

E’ un dato di tutta evidenza, che il contributo offerto dai Consigli Giudiziari, quali fonti di conoscenza di ogni successivo provvedimento del C.S.M., in mancanza di osservazioni o controdeduzioni da parte degli interessati, riduce l’intervento/controllo del Consiglio Superiore, finalizzato alla delibera finale, ad una mera ratifica del parere espresso dal C.G., e ciò avviene perlopiù, nella materia delle progressioni in carriera dei magistrati e delle valutazioni di professionalità.

Dal “diritto di tribuna” al diritto di voto.

Oggi, sulla materia delle valutazioni di professionalità dei magistrati, tornano ad agitarsi le rappresentanze dell’Avvocatura che chiedono una partecipazione più penetrante nel procedimento di delibera dei relativi pareri.

E’ un tema, quello del “**diritto di tribuna**”, se non addirittura del **diritto di voto**, che periodicamente si ripropone, non solo per i progetti legislativi volti a riscrivere competenze e composizione dell’organo decentrato, ma, di recente, anche per le ricadute mediatiche alle proteste dell’Avvocatura a seguito della decisione del C.G. del distretto di Bari di revocare il cd. diritto di tribuna ammesso dal precedente Consiglio.

Queste tensioni sono da imputare alla **mancaanza di regole uniformi** di funzionamento dei Consigli Giudiziari, cosa che sarebbe auspicabile attuare quanto prima al fine di pervenire ad una normativa omogenea a livello nazionale, così da porre freno alle prassi, non sempre condivisibili e in voga in taluni Consigli Giudiziari, come quella di riconoscere il cd. diritto di tribuna.

L’assenza di regole chiare e trasparenti sulla partecipazione dei laici alla fase valutativa dei magistrati continua, infatti, a creare ambiguità ed è sicuramente un tema “divisivo” perché riguarda il delicato equilibrio nei rapporti tra componente togata e laica all’interno dei C.G. e, soprattutto, tocca i delicati rapporti tra gli attori principali della giustizia, avvocati e magistrati.

La previsione di **regole certe e omogenee** in tutti i Consigli Giudiziari, contribuirebbe a favorire un clima di reciproca collaborazione funzionale ad una comune cultura della giurisdizione.

E' bene ricordare che le riforme Castelli e Mastella hanno condiviso una particolare disposizione nella disciplina dei C.G e, cioè, quella secondo la quale “i componenti avvocati e professori universitari”, partecipano esclusivamente alle discussioni e deliberazioni relative alle competenze elencate all’art.15 c.1, lett.a),d), ed e), del d.lgs.25/2006 con un assetto a “geometria variabile”. Sicchè la componente laica, in base all’art.16 del decreto citato, può esercitare il diritto di voto in: materia tabellare, in materia di vigilanza sull’andamento degli uffici giudiziari del distretto, sulla formulazione di pareri e proposte sull’organizzazione e sul funzionamento degli uffici dei giudici di pace del distretto.

Pertanto, nella materia delle valutazioni di professionalità, il C.G. opera in composizione ristretta ai soli componenti togati e che tale soluzione è stata valutata, sin dall’inizio della riforma del 2006, come un opportuno e condivisibile “compromesso” tra le esigenze di apertura del sistema di governo autonomo della magistratura ad apporti esterni e quelle di salvaguardia dell’attività dei magistrati da pericolosi condizionamenti e interferenze esterne.

E' evidente, ed inevitabile, che la questione assuma un particolare risalto nei confronti della componente forense. Infatti, il contatto diretto e costante tra avvocatura e magistratura nello svolgimento delle rispettive attività professionali posiziona la prima tra le migliori fonti di valutazione del lavoro della seconda e, viceversa. Tuttavia, una soluzione di maggiore apertura verso la componente laica avrebbe indubbiamente accentuato il rischio sull’indipendenza e terzietà del magistrato, cosicchè la scelta normativa vigente appare di gran lunga l’opzione migliore.

Tuttavia, oggi il susseguirsi di notizie, circa iniziative legislative di riforma, ha radicalizzato e ridato attualità al dibattito tra i pro e i contro sulle possibili aperture non solo al “diritto di tribuna”, ma ad un vero e proprio diritto “consultivo” dei laici nelle valutazioni di professionalità dei magistrati.

E' un argomento che occorre maneggiare con cura, in quanto proceduralizzare l’intervento dell’Avvocatura nella materia delle valutazioni di professionalità con l’attribuzione alla stessa di poteri consultivi finirebbe per tradursi in un **grave vulnus all’autonomia e indipendenza della Magistratura.**

Sulla questione “diritto di tribuna” e diritto di voto, in tutte le occasioni di dibattito e di confronto, si registra una forte resistenza da parte della magistratura associata non solo al “diritto di tribuna” (tra i possibili riflessi conseguenti il rischio di non riuscire a controllare la diffusione

all'esterno di notizie che, afferendo allo *status* professionale del magistrato, possano comprometterne l'immagine) ma, soprattutto, al diritto di voto.

Gli argomenti più utilizzati a sostegno della ferma contrarietà sono molteplici.

Innanzitutto si osserva che il sistema non prevede **nessuna forma di reciprocità**. Infatti, i magistrati non partecipano in alcun modo negli organismi forensi che si occupano di formazione, selezione, o valutazione.

In effetti, nell'attuale panorama normativo, è da ostacolo al riconoscimento anche la circostanza che, per i componenti laici del C.G. non è prevista alcuna forma di incompatibilità con l'esercizio della professione forense, diversamente da quanto previsto per i membri laici eletti al CSM. Se quindi gli avvocati, nel momento in cui entrano nei C.G. non lasciano la toga e continuano ad esercitare la professione legale nello stesso distretto del magistrato da valutare, è di tutta evidenza il rischio, soprattutto nei distretti più piccoli, che il singolo magistrato possa essere **sovraesposto e soggetto a condizionamenti esterni** anche solo a causa di un'inchiesta particolarmente rilevante o per una sua "decisione" non gradita.

E, in queste realtà territoriali, è ancora più forte l'esigenza di rendere l'autogoverno impermeabile da qualsiasi tipo di condizionamento esterno.

Peraltro l'estensione a soggetti esterni alla giurisdizione della facoltà di votare sulle progressioni in carriera dei magistrati si porrebbe in **contrasto con l'attuale assetto ordinamentale e con i documenti internazionali elaborati sulla materia**.

Del resto, il contributo della componente laica, ed in particolare di quella forense, è comunque previsto anche in tale ambito, sia pure non attraverso il diritto di voto, ma indirettamente, attraverso le segnalazioni che i Consigli dell'Ordine degli Avvocati possono far pervenire al C.G. in ordine a fatti specifici incidenti sulla progressione in carriera del magistrato in valutazione con particolare riguardo a situazioni eventuali concrete ed oggettive di esercizio non indipendente della funzione o, a comportamenti che denotino mancanza di equilibrio o di preparazione giuridica.

La suddetta previsione rappresenta il giusto bilanciamento tra opposte esigenze: da un lato ampliare le fonti di conoscenza per pervenire a valutazioni di professionalità effettive prevedendosi la partecipazione, in forma appropriata, attraverso i relativi organismi di rappresentanza territoriale, dei professionisti del mondo della giustizia nostri interlocutori quotidiani; da un altro lato quello di tutelare, in un momento delicato della carriera, l'indipendenza interna del magistrato sottoposto a

valutazione e l'indipendenza esterna della Magistratura nel suo complesso destinata ad attuarsi attraverso il circuito del governo autonomo.

Quanto fin ora esposto riguarda i paletti alla **composizione “ristretta”** dei C.G, ma, nell'esperienza dei Consigli giudiziari, non sono mancati i casi in cui ci si è interrogati su quale debba essere la **composizione “ordinaria”** del C.G, quella cioè nella quale il Consiglio giudiziario debba operare per lo svolgimento di tutti i compiti non ricompresi nell'art.15 del d.lgs.25/06.

Infatti l'elencazione di cui all'articolo citato non può essere ritenuta esaustiva a causa della poca chiarezza della legge, in merito, le soluzioni adottate nella pratica discendono dalle diverse competenze non ricomprese nell'art. 15 citato e, di volta in volta, prese in considerazione.

Se ci si riferisce infatti, alle competenze più direttamente riguardanti l'organizzazione e il funzionamento interno dei C.G., si propende per una soluzione estensiva che consenta la partecipazione al voto di tutti i componenti senza distinzioni, come nel caso dell'adozione del regolamento interno, o delle delibere di modifica dello stesso, della votazione per l'elezione del segretario del C.G, o per l'elezione dei componenti della sezione autonoma dei Giudici di pace, o di quelli della Commissione flussi.

Comunque allo stato, salva la necessità di un intervento normativo chiarificatore, è da preferirsi l'interpretazione per cui i C.G. debbano operare in composizione ristretta per tutte le competenze per cui non sia specificamente prevista una composizione diversa.

Il parere valutativo e la sua motivazione

Un altro aspetto collegato alle valutazioni di professionalità e alle fonti di conoscenza, da cui trarre gli elementi necessari alla costruzione del parere di professionalità, attiene al ricorso di prassi non omogenee tenute dai diversi Consigli Giudiziari specie in relazione alla **motivazione conclusiva del parere valutativo**.

Infatti, mentre in alcuni C.G. è in uso la prassi di redigere la motivazione finale del parere in modo più o meno articolato, in altri, ci si limita ad un giudizio di idoneità sul mero richiamo ai parametri esaminati.

Anche qui, l'esperienza da “osservatore privilegiato” insegna che i pareri di professionalità non altro devono essere che la **fotografia oggettiva** del lavoro svolto dal magistrato nel periodo in valutazione senza il ricorso ad inutili e sovrabbondanti aggettivazioni.

I pareri non devono essere mai atti recettizi del rapporto del capo dell'Ufficio, bensì una sintesi ragionata e fedele dell'impegno, più o meno intenso, del singolo relatore nel tener conto e valutare oggettivamente tutte le fonti di cognizione note (statistiche, provvedimenti, rapporti ,etc).

Ciò dovrebbe essere fatto di pari passo con l'introduzione di meccanismi che consentano di valorizzare i rapporti informativi dei dirigenti come elementi di valutazione della professionalità e/o conferma di questi ultimi. Infatti sul versante dei rapporti dei dirigenti, per quanto si sia cercato di abbandonare la vecchia abitudine di colorare i pareri o di arricchirli con termini e aggettivi superlativi o roboanti, si leggono sempre più spesso rapporti "ciclostilati", disancorati da elementi oggettivi e concreti, a dispetto della legittima aspettativa di ogni singolo magistrato in valutazione ad aver riconosciuto un **rapporto ad hoc** adattato sul proprio specifico profilo professionale e sui meriti riconosciutigli, non abbiamo tutti uguale: capacità, laboriosità, diligenza e impegno.

Non devono esserci dubbi sul fatto che, qualora il rapporto non sia adeguato, andrà restituito con richiesta di integrazione, è un nostro diritto affinché nulla di positivo, che possa arricchire il parere quadriennale, venga omissis.

Certamente l'esperienza ci insegna che, per un parere che ricostruisca adeguatamente la carriera del magistrato, che renda una puntuale fotografia del lavoro svolto, anche funzionale a domande per ricoprire incarichi semidirettivi o direttivi, non bastano le fonti di cognizione perché, seppure diventate sempre più "aperte", ad esse occorre affiancare una più stringente normazione dei poteri istruttori dei C.G, come ad esempio **l'audizione dei colleghi d'ufficio, dei Dirigenti degli Uffici** (presidenti e procuratori), e ciò non solo per le progressioni in carriera ma anche e soprattutto per le conferme dei semidirettivi e direttivi.

Anche su questo tema, così come per le altre questioni aperte sui Consigli Giudiziari, è innegabile l'influenza delle diverse sensibilità culturali che interagiscono all'interno dell'organo e che finiscono per condizionarne l'azione e la decisione soprattutto laddove la mancanza di una disciplina uniforme finisce per aumentarne il tasso di discrezionalità.

In conclusione è ancora lunga la strada nella direzione di un **ulteriore ampliamento delle attribuzioni** dei Consigli giudiziari necessitate dalle sempre più complesse e delicate competenze dell'Organo di autogoverno nazionale, .

Con ciò non si tratta di teorizzare un sistema dei Consigli giudiziari che sottragga prerogative e competenze costituzionalmente riconosciute al C.S.M, bensì di provare a realizzare un effettivo

decentramento all'interno del circuito del governo autonomo della magistratura affinché C.G e C.S.M. possano, nel rispetto della reciproca autonomia, interagire e collaborare in funzione dell'obiettivo di una moderna, razionale, ed efficiente organizzazione giudiziaria.

Daniele Carlino

La possibile individuazione dei carichi sostenibili: un percorso di approfondimento tra standard di rendimento e carichi esigibili

Sommario: 1. Premessa. — 2. Gli standard di rendimento. — 3. I carichi esigibili nei programmi di gestione. — 4. I carichi sostenibili in sospeso tra quantità e qualità delle decisioni - 5. La possibile individuazione dei carichi sostenibili mediante il metodo di lavoro utilizzabile per gli standard di rendimento.

1. Premessa

Mediante il presente percorso di approfondimento si vuole apportare un contributo, per quanto possibile in termini di chiarezza, su una materia complessa, articolata e per molti versi controversa. Gli standard di rendimento e i carichi esigibili sono stati oggetto di non pochi dibattiti nell'ultimo decennio anche e non solo nelle sedi istituzionali del CSM e dell'ANM; si parla di tali argomenti oramai dal 2006 e dal 2011, anni in cui i due istituti sono stati introdotti nel nostro ordinamento da fonti di livello primario.

La nozione di carico esigibile ha subito una sorta di duplicazione anche per effetto delle definizioni contenute nelle circolari del CSM sui programmi di gestione che si sono succedute a partire dal 2012. I carichi esigibili ancora da definire a livello nazionale sono in realtà l'unità di misura del lavoro sostenibile per un magistrato che lavora in un determinato settore della giurisdizione; tali carichi saranno definiti anche "*sostenibili*" al fine di distinguerli dagli obiettivi di rendimento del singolo ufficio giudiziario determinati annualmente dal capo dell'ufficio mediante i programmi di gestione, meglio conosciuti come carichi "*esigibili*".

Anche all'esito di un referendum indetto dall'ANM nel 2016 - che ha visto 3580 magistrati votare SI al quesito sulla necessità per il CSM di determinare i carichi esigibili intesi come misura del lavoro sostenibile - e nonostante la disposizione normativa piuttosto chiara di cui all'art. 37 della legge n. 111 del 17.7.2011, il CSM non ha fino ad oggi individuato i carichi esigibili *rectius* sostenibili.

Per la determinazione degli standard di rendimento sono stati invece portati avanti presso il CSM, fin dal 2009, i lavori dei gruppi di magistrati esperti nella materia delle statistiche e dei flussi appositamente costituiti al fine di esaminare e se possibile risolvere la complessa questione. Solo di recente è stato possibile pervenire, per effetto del lavoro svolto dalle ultime commissioni di esperti

costituite all'inizio del 2019 e che hanno portato a termine i lavori alla fine del 2019, ad una possibile soluzione relativamente ai magistrati operanti in alcuni settori.

La determinazione dei carichi sostenibili costituisce, unitamente alla determinazione degli standard di rendimento, una finalità da perseguire sulla base di un fondamentale *“principio di civiltà organizzativa della giurisdizione”*. Tale obiettivo di carattere organizzativo dovrebbe essere perseguito nell'interesse e a tutela non solo dei magistrati, ma anche e soprattutto dei cittadini che sono i destinatari finali delle decisioni giurisdizionali.

Il pericolo principale dei carichi insostenibili, oltre alla sempre possibile presenza dello spettro della responsabilità disciplinare per i magistrati, è che la qualità della risposta giudiziaria possa rimanere pregiudicata da carichi troppo elevati e tali da non consentire al magistrato, anche lavorando incessantemente, di pervenire a decisioni ben ponderate all'esito di un accurato studio dei fascicoli processuali.

Anche per ragioni di economia e di chiarezza espositiva di seguito saranno svolte delle esemplificazioni relativamente al lavoro svolto dai giudici penali addetti al settore dibattimentale. Le stesse analisi e le correlate valutazioni possono risultare comunque utili anche al fine di comprendere le questioni di carattere generale relative ai carichi di lavoro dei magistrati addetti a tutti i settori della giurisdizione.

2. Gli standard di rendimento

Gli standard medi di rendimento sono stati introdotti dall'art. 11 comma 2 lett. b) e comma 3 lett. e) del d.lgs. 5 aprile 2006 n.160 (nel testo modificato dalla legge n. 111 del 2007) e rappresentano uno degli indicatori che può contribuire a definire la laboriosità del magistrato al momento della valutazione quadriennale.

L'art 11 comma 2 lett. b) prevede che “la laboriosità è riferita alla produttività, intesa come numero e qualità degli affari trattati in rapporto alla tipologia degli uffici e alla loro condizione organizzativa e strutturale, ai tempi di smaltimento del lavoro, nonché all'eventuale attività di collaborazione svolta all'interno dell'ufficio, tenuto anche conto degli standard di rendimento individuati dal Consiglio superiore della magistratura, in relazione agli specifici settori di attività e

alle specializzazioni". L'art. 11 comma 3 lett. e) prevede che il CSM, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, disciplina "l'individuazione per ciascuna delle diverse funzioni svolte dai magistrati, tenuto conto anche della specializzazione, di standard medi di definizione dei procedimenti, ivi compresi gli incarichi di natura obbligatoria per i magistrati, articolati secondo parametri sia quantitativi sia qualitativi, in relazione alla tipologia dell'ufficio, all'ambito territoriale e all'eventuale specializzazione".

Ai sensi del capo V della parte I della circolare del CSM n. 20691 dell'8.10.2007 e successive modificazioni la laboriosità costituisce, unitamente alla capacità, alla diligenza e all'impegno, uno dei quattro parametri che vengono considerati dai capi degli uffici, dai consigli giudiziari e dal CSM ai fini delle valutazioni di professionalità. La laboriosità è così definita dal capo V lett. b) della circolare: numero di procedimenti e processi definiti per ciascun anno dal magistrato in relazione alle pendenze del ruolo, ai flussi in entrata degli affari e alla complessità dei procedimenti assegnati e trattati, verificati sulla base delle statistiche e dei dati forniti dai capi degli uffici ed eventualmente dai magistrati in valutazione.

Uno degli indicatori della laboriosità è costituito, sempre ai sensi della circolare del 2007, dagli *"standard medi di definizione dei procedimenti determinati annualmente dal Consiglio Superiore della Magistratura e comunicati, tramite una scheda individuale, ai magistrati in valutazione, ai capi degli uffici ed ai Consigli Giudiziari nel termine di cui al capo XIII comma 1 ed individuati, salvo quanto previsto dalle disposizioni finali della presente circolare, anche dalla media statistica della produzione dei magistrati dell'ufficio di cui il magistrato in valutazione fa parte ed assegnati a funzioni, sezioni, gruppi di lavoro omogenei a quest'ultim"*. In questa parte della circolare lo stesso CSM, forse per effetto di una primigenia consapevolezza delle difficoltà insite nel processo di determinazione degli standard a livello nazionale, ha in qualche modo ricondotto il procedimento di determinazione di tali standard anche alla media statistica della produzione dei magistrati del singolo ufficio. Come sarà meglio spiegato in seguito appare però complicato anche solo ipotizzare uno standard nazionale individuato anche sulla base della media statistica della produzione dei magistrati di un singolo ufficio. La produttività media dei magistrati dell'ufficio, che rimane una media aritmetica facilmente determinabile sulla base delle statistiche comparate (che nel penale vengono estratte tramite la Consolle

del SICP), resta quindi un parametro di valutazione utilizzabile esclusivamente al momento della verifica di professionalità, ovvero al diverso fine della redazione dei programmi di gestione di cui si dirà nel paragrafo 3.

La disposizione sopra riportata si collega al fondamentale punto 4.2 del capo XX della III parte della circolare, secondo cui il CSM procede *“con apposita delibera alla individuazione annuale degli standard medi di definizione dei procedimenti, indicando i settori di attività per i quali l’individuazione è completata. L’Utilizzo degli standard di rendimento per le valutazioni di professionalità è limitato ai magistrati che operano nei settori indicati nella delibera consiliare”*. Appare chiara e condivisibile la posizione del Consiglio che, ben consapevole delle difficoltà insite nella determinazione immediata di standard per tutti i numerosi settori in cui i magistrati lavorano, ha previsto la limitazione dell’utilizzo degli standard solo in relazione alle categorie di magistrati indicati in una futura delibera.

La circolare n. 20691 del 2007 chiarisce inoltre che gli standard medi devono essere sempre valutati unitamente ed alla luce sia della complessiva situazione organizzativa e strutturale degli uffici, sia del numero e della qualità degli affari trattati: qualità determinata a sua volta in ragione del numero delle parti o della complessità delle questioni giuridiche affrontate. Lo standard va altresì considerato alla luce di una serie di condizioni soggettive del magistrato in valutazione, quali l’eventuale attività di collaborazione nella gestione dell’ufficio, l’espletamento di attività istituzionali, lo svolgimento di incarichi giudiziari ed extragiudiziari di natura obbligatoria, eventuali esoneri ed eventuali assenze dal lavoro diverse dal congedo ordinario.

Le sopra indicate valutazioni di tipo qualitativo, che possiamo definire di tipo oggettivo e soggettivo, si riferiscono esclusivamente al momento della valutazione in concreto quadriennale del lavoro svolto dal magistrato e non invece al diverso momento della determinazione degli standard. D’altra parte l’espressione contenuta nella circolare *“gli standard devono essere valutati anche alla luce sia della complessiva situazione organizzativa e strutturale degli uffici, sia del numero e della qualità degli affari trattati”* lascia adito a ben pochi dubbi circa la natura esterna alla determinazione degli standard della qualità del lavoro giudiziario. Solo nel rapporto del capo dell’ufficio, anche all’esito delle indicazioni contenute nell’autorelazione, sarà possibile indicare se il magistrato ha dovuto trattare nei quattro anni procedimenti di particolare complessità, se l’ufficio ha versato in

condizioni di particolare sofferenza per vuoti di organico, se il magistrato è stato assente dall'ufficio per malattia, se ha svolto periodi di applicazione presso altri uffici e altre variabili di qualsiasi genere.

Un ausilio ai fini della verifica a consuntivo della qualità dei procedimenti trattati proviene anche dalla comunicazione da parte del CSM, sia al magistrato in valutazione che al capo dell'ufficio, di una scheda individuale destinata a contenere sia lo standard numerico determinato dal CSM e sia un'analisi quanto più possibile approfondita a livello statistico del singolo ruolo proveniente dai dati statistici che sono nella disponibilità del CSM (ad esempio per i giudici penali saranno indicati nella scheda il numero degli imputati e delle imputazioni, il numero degli imputati detenuti, il numero delle persone offese, le modalità di definizione, i tempi di trattazione dei procedimenti etc.). Un ruolo importante nel processo di valutazione riveste il magistrato, il quale potrà evidenziare nell'autorelazione tutti quegli aspetti relativi alla complessità dei procedimenti trattati che per vari motivi non possono essere rilevati nel penale dal sistema informatico SICP.

La prevista verifica della qualità in concreto del lavoro svolto, anche in relazione alla complessità dei procedimenti trattati e alle numerose situazioni oggettive e/o soggettive che possono avere rallentato i ritmi lavoro, costituisce un preciso e ineliminabile strumento a tutela del magistrato in tutti quei casi in cui non risulti raggiunto lo standard di rendimento.

Le norme primarie e secondarie vigenti configurano quindi gli standard medi di rendimento nazionali come un termine numerico fisso di comparazione della produttività individuale, che si colloca per sua natura all'esterno dell'accertamento del rendimento individuale e della produttività media riferita all'ufficio di appartenenza del magistrato in valutazione.

Tali standard sono finalizzati esclusivamente a confrontare il dato numerico della produttività individuale con un altro dato numerico che è quello relativo alla produttività media di un campione quanto più possibile ampio di magistrati che svolge attività di tipo omogeneo su tutto il territorio nazionale.

A tale riguardo, va subito chiarito che se è vero che è impossibile definire condizioni di lavoro *uguali* per tutti i magistrati inclusi in un gruppo e come tali destinatari di un medesimo standard numerico, è anche vero che a tale numero - da alcuni definito in maniera quasi dispregiativa "*numeretto*" - non si potrà mai conferire una natura risolutiva, decisiva e determinante che non

possiede e che non potrà mai possedere. Gli standard di rendimento e i carichi di lavoro esigibili/sostenibili dovrebbero rappresentare solo un punto di partenza, un parametro di riferimento che non potrà mai avere il carattere della precisione e che potrebbe comunque rivelarsi molto utile nel momento in cui si dovranno compiere alcune delle valutazioni che a tali istituti sono connaturate. Dovrebbe essere quindi messa da parte l'idea secondo cui gli standard e i carichi sostenibili rappresenterebbero uno strumento utilizzabile solo ai fini di trarre delle conclusioni secondo calcoli puramente matematici.

Alcuni problemi possono sorgere nel momento dell'individuazione delle attività di tipo omogeneo svolte dai magistrati sul territorio nazionale al fine di determinare standard diversificati per ciascun gruppo che lavora in condizioni tra di loro paragonabili.

Se può essere agevole distinguere gli uffici giudiziari e i magistrati che vi lavorano in relazione alle dimensioni degli uffici e alla loro tipologia, nonché in relazione ai diversi carichi di lavoro all'inizio di un determinato periodo (pendenze), molteplici possono essere le variabili di tipo organizzativo e strutturale che sfuggono alla rilevazione statistica a livello centrale, così come difficilmente si possono individuare le variabili di tipo geografico o ancora le variabili relative alle diverse specializzazioni (nel caso delle specializzazioni le difficoltà attengono prevalentemente al settore penale, mentre nel settore civile esiste la possibilità di distinguere a livello statistico le materie). Un discorso a parte è poi quello relativo alla comparazione delle sopravvenienze, con tutte le questioni correlate ai *c.d. standard al buio* delle quali si parlerà nel quinto paragrafo.

Per ricondurre il discorso alla comune esperienza, sempre nei limiti di approfondimento connaturati al presente percorso, consideriamo ad esempio un Tribunale medio/grande dove i giudici penali del dibattimento, per una precisa scelta del capo dell'ufficio tendente a privilegiare il settore monocratico in maggiore sofferenza, tengono in media il 70 per cento di udienze monocratiche e il 30 per cento di udienze collegiali. Andiamo ora a paragonare il lavoro di tali giudici con un altro ufficio avente le stesse dimensioni dove, sempre per una scelta del capo dell'ufficio finalizzata a fronteggiare un maggior carico nel settore collegiale (si pensi agli uffici gravati da grandi processi di criminalità organizzata o da complessi processi per reati societari) i giudici penali del dibattimento tengono in media il 60 per cento di udienze collegiali e il 40 per cento di udienze monocratiche. Ebbene, il giudice

che può dedicare al lavoro monocratico il 70 per cento delle udienze annuali non potrà mai avere una produttività comparabile con quella del giudice che può dedicare solo il 40 per cento delle udienze annuali al lavoro monocratico.

Questo per dire che lo standard che potrà essere determinato per i magistrati operanti in tali uffici e che partono da un certo carico di lavoro sarà uno solo - ovvero quello relativo ai giudici che lavorano al 50 per cento nel settore monocratico - fermo restando che il giudice che ha avuto minori udienze da dedicare al ruolo monocratico potrà agevolmente giustificare il discostamento in diminuzione dallo standard.

Ancora, ipotizziamo di dovere confrontare il lavoro svolto dai giudici del dibattimento in alcuni uffici di grandi dimensioni al preciso fine di creare un gruppo omogeneo di magistrati specializzati da assumere quale campione per la rilevazione statistica e per la determinazione di standard differenziati. Anche in questo caso troveremo ad esempio dei Tribunali dove sono state create sezioni specializzate nella materia degli omicidi colposi, ma in un Tribunale un Presidente può avere deciso di includere nella specializzazione di una sezione solo gli omicidi per colpa medica o solo quelli per infortunio sul lavoro, a differenza di un altro Tribunale dove la specializzazione della sezione, per una precisa scelta organizzativa, include tutti gli omicidi colposi, compresi quelli più numerosi avvenuti con violazione delle norme sulla circolazione stradale. Ebbene, a parità di sopravvenienze è evidente che i giudici che trattano tutti gli omicidi colposi avranno un carico di lavoro ben più imponente dal punto di vista qualitativo rispetto ai giudici con la stessa specializzazione che trattano solo gli omicidi per colpa medica, ovvero solo gli omicidi per violazione delle norme in materia di infortuni sul lavoro.

Anche a livello geografico e quindi territoriale appare difficile sostenere, nonostante la chiara indicazione a livello normativo in tal senso, che un ufficio situato nel meridione possa essere comparato a livello di carichi di lavoro (sopravvenienze e definizioni) solo con un altro ufficio del meridione. Lo stesso ragionamento vale per gli uffici del settentrione o del centro. Peraltro, le più recenti rilevazioni statistiche dimostrano come, anche nella stessa regione, due uffici giudiziari con territori confinanti e quindi con sopravvenienze qualitativamente simili possono avere carichi di lavoro completamente diversi. Non si può escludere per esempio l'aumento di sopravvenienze e quindi delle pendenze nel settore penale per un Tribunale dove opera una Procura molto ben organizzata e dotata di

un ufficio per la definizione degli affari semplici, a differenza di un Tribunale magari limitrofo dove la Procura produce meno per gravi carenze di organico o per effetto di non risolte inefficienze a livello organizzativo.

Gli esempi potrebbero continuare in relazione alla diversa ripartizione del lavoro tra civile e penale nei piccoli uffici dove i giudici svolgono funzioni promiscue, ovvero in relazione alle diverse specializzazioni (si pensi ai Tribunali dove esiste una specializzazione per i reati fallimentari, a differenza di altri Tribunali dove una tale specializzazione non è contemplata a livello tabellare). Ancora, si può fare riferimento a quegli uffici dove i GOP vengono utilizzati stabilmente in affiancamento al giudice togato per la trattazione degli affari penali più semplici rispetto a quegli uffici dove i GOP vengono utilizzati solo in caso di assenza del giudice togato.

Gli standard di rendimento possono essere pertanto così definiti: “unità di misura del lavoro svolto in media da un gruppo di magistrati addetti alla medesima funzione e che lavorano in condizioni quanto più possibile assimilabili e omogenee sull’intero territorio nazionale”.

Un tale standard di rendimento, la cui possibile determinazione a livello tecnico sarà meglio illustrata nel paragrafo 5, in linea di principio non dovrebbe allontanarsi dalla sua reale funzione che è quella di costituire un punto di riferimento per gli organi chiamati a valutare la professionalità del magistrato. Non si possono però escludere del tutto possibili utilizzazioni degli standard per finalità diverse da quelle relative alla valutazione della professionalità quadriennale.

Trattasi di finalità che in ogni caso potrebbero assumere addirittura una funzione trainante al fine di creare condizioni organizzative tali da garantire una più alta e tempestiva produttività, senza che per questo debba venire meno la qualità delle decisioni.

In una tale prospettiva - che possiamo già definire di *fiducia* nei magistrati italiani che restano tra i più produttivi in Europa - lo standard potrebbe costituire uno stimolo per il magistrato, il quale potrà orientare il suo lavoro verso il raggiungimento di uno specifico obiettivo minimo/medio predeterminato di tipo quantitativo, senza per ciò solo tralasciare la qualità del lavoro svolto. Lo stesso magistrato, in caso di mancato raggiungimento dell’obiettivo, potrebbe essere portato a rivedere in senso critico le proprie competenze e capacità organizzative e potrebbe decidere di risolvere le eventuali carenze anche mediante una più attenta ed efficace gestione del ruolo avvalendosi degli strumenti informatici.

Può essere utile un esempio: il giudice Tizio che lavora in un Tribunale grande è consapevole della pendenza ad inizio anno sul proprio ruolo monocratico di 250 processi. Lo stesso giudice sarà anche consapevole del suo inserimento nel gruppo X, che prevede un range di oscillazione delle pendenze tra 230 e 280 con il relativo standard di produttività predeterminato nella misura di 170/190 sentenze annue. Tale giudice potrà organizzare la propria attività lavorativa al fine di raggiungere e se possibile superare le 170/190 sentenze. Nulla vieta però allo stesso giudice, nello svolgimento di un'attività lavorativa caratterizzata da una particolare diligenza e lavorando in maniera organizzata le giuste ore nel corso di una giornata, di compiere un ulteriore piccolo sforzo al fine di superare lo standard senza al contempo fare venire meno la qualità dei provvedimenti.

Anche il capo dell'ufficio potrebbe - nella consapevolezza di quali sono gli standard di rendimento dei magistrati italiani e quindi di quanto può produrre un magistrato mediamente organizzato e che lavora con una comune diligenza - orientare i progetti organizzativi e i programmi di gestione al fine di raggiungere quanto meno tale obiettivo minimo/medio. Il capo dell'ufficio potrebbe anche decidere di superare tale obiettivo, a patto che tale superamento non vada a pregiudicare la qualità delle decisioni.

Se del caso, fatte salve le valutazioni di politica giudiziaria che ovviamente possono prescindere dal dato meramente quantitativo, anche gli organismi chiamati all'adeguamento delle piante organiche dei magistrati e del personale amministrativo, nonché a distribuire le risorse di carattere materiale, potrebbero avvalersi dello standard medio quale utile strumento di riferimento e di comparazione.

Ecco che forse si può cominciare a ragionare sull'utilità dello standard non solo in sede di valutazione di professionalità, ma anche quale uno dei tanti punti di riferimento per attuare una politica giudiziaria sempre più attenta e finalizzata all'eliminazione delle differenze tra i carichi di lavoro che tuttora esistono, in maniera a volte fin troppo evidente, tra i vari uffici del territorio nazionale. Forse una tale politica giudiziaria potrà scontentare alcuni uffici, ma la dislocazione efficace dei mezzi e delle risorse lavorative sul territorio nazionale rimane un obiettivo di carattere fondamentale al quale gli organi preposti non dovrebbero mai rinunciare.

Nell'ultimo paragrafo saranno fornite delle indicazioni di carattere più tecnico su un metodo utilizzabile ai fini della determinazione degli standard medi di rendimento, nella consapevolezza che

possono esistere anche metodi differenti. Tale metodo prevede in estrema sintesi:

- l'individuazione dei magistrati che hanno lavorato FTE=full time equivalent per un intero anno giudiziario;
- la suddivisione dei magistrati per tipologia di ufficio e per carichi di lavoro intesi come pendenze iniziali, anche al fine di evitare il fenomeno c.d. dello *standard al buio*;
- l'utilizzo a livello statistico della mediana in luogo della media aritmetica e il conseguente utilizzo delle fasce di oscillazione tra i percentili.

Un tale procedimento, se riconosciuto come valido dal CSM, potrebbe essere utilizzato anche per la correlata finalità di determinazione dei carichi esigibili *rectius* sostenibili.

3. I carichi esigibili nei programmi di gestione

I carichi esigibili, nel duplice significato del quale si parlerà a breve, sono stati introdotti dall'art. 37 della legge n. 111 del 17.7.2011 il cui titolo è "Disposizioni per deficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie". Il primo comma prevede che « I capi degli uffici giudiziari sentiti, i presidenti dei rispettivi consigli dell'ordine degli avvocati, entro il 31 gennaio di ogni anno redigono un programma per la gestione dei procedimenti civili, amministrativi e tributari pendenti. Con il programma il capo dell'ufficio giudiziario determina:

- a) gli obiettivi di riduzione della durata dei procedimenti concretamente raggiungibili nell'anno in corso;
- b) gli obiettivi di rendimento dell'ufficio, tenuto conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno, l'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti pendenti, individuati secondo criteri oggettivi ed omogenei che tengano conto della durata della causa, anche con riferimento agli eventuali gradi di giudizio precedenti, nonché della natura e del valore della stessa».

Con la finalità di introdurre criteri manageriali nella gestione degli uffici giudiziari la disposizione indica i capi degli uffici come coloro che devono redigere un programma finalizzato alla riduzione della durata dei procedimenti, all'aumento della produttività anche mediante l'individuazione di obiettivi di rendimento e all'individuazione di criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti. Il

programma di gestione è stato previsto espressamente dalla legge per i procedimenti civili, ma il CSM nell'esercizio del suo potere di normazione secondaria ha allargato già con una prima circolare del 4.5.12 l'ambito applicativo dei programmi di gestione anche al settore penale, sulla base della condivisibile considerazione che le medesime finalità sono perseguibili anche nel settore penale. Peraltro, non può essere articolato alcun razionale programma di gestione dei procedimenti civili se a monte non vengono individuate le risorse da destinare ai diversi settori penale e civile.

Nella circolare del CSM sui programmi di gestione del 9.12.16 ed anche nella recente circolare del 16.10.19, adottata in relazione ai programmi di gestione del settore penale, i carichi esigibili vengono così definiti *“capacità di lavoro dei magistrati che fisiologicamente consente di coniugare qualità e quantità del lavoro in un dato periodo di tempo, da individuarsi alla luce della concreta situazione dell'ufficio”*.

Può essere interessante sottolineare, anche al fine di comprendere le numerose variabili che possono incidere sempre e comunque sulla produttività di un singolo ufficio, che il dirigente deve considerare al momento della redazione del programma:

- la disponibilità delle risorse umane
- la disponibilità delle risorse materiali
- l'organico effettivo
- le prospettive di *turn over* dei magistrati in servizio
- la disponibilità dei locali per le udienze
- il livello di informatizzazione
- le pendenze
- le sopravvenienze
- le definizioni
- la capacità di definizione dei singoli giudici soprattutto nei piccoli uffici (dove uno o due giudici molto più veloci e organizzati rispetto ad altri potrebbero contribuire enormemente all'innalzamento della produttività media dell'ufficio)
- l'anzianità delle cause
- i tempi medi di trattazione

- la natura dei procedimenti
- la complessità dei procedimenti
- la disponibilità di GOT (ora GOP) e le loro modalità di impiego.

Nella redazione del programma di gestione i capi degli uffici perseguono quindi, tra le varie finalità, anche l'individuazione di un *“carico esigibile”* interno all'ufficio, ovvero di quel numero di procedimenti che ciascun magistrato addetto all'ufficio dovrebbe essere in grado di definire in un dato periodo. La determinazione del carico esigibile per ciascun giudice viene determinata dalla produttività media della sezione, del settore o dell'ufficio nel quadriennio precedente, tenuto conto dell'effettiva presenza in ufficio del magistrato al netto degli esoneri, aspettative e altre assenze di qualsiasi natura. Il CSM ha altresì previsto una fascia di variabilità del 15% sia sotto che sopra la media, con esplicita richiesta al dirigente di redigere una motivazione dettagliata delle ragioni che lo hanno indotto a prevedere una produttività superiore o inferiore a tale media dei quattro anni precedenti.

Il Consiglio Superiore quindi, con varie circolari di attuazione molto dettagliate che possiamo definire di carattere metodologico, nonché mediante i controlli a posteriori, funge da *“garante”* del percorso attuativo del programma al quale tutti i capi degli uffici si dovrebbero attenere. Il comma II dell'art. 37 prevede difatti che i programmi siano trasmessi al Consiglio *“ai fini della valutazione per la conferma dell'incarico direttivo”* ai sensi dell'art. 45 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160. La concretezza e la serietà dei programmi di gestione costituiscono quindi oggetto delle valutazioni del CSM sull'operato del capo dell'ufficio, poiché è proprio mediante la redazione dei programmi che i magistrati con funzioni direttive dimostrano la loro capacità di compiere una rigorosa analisi della situazione organizzativa e dei risultati realizzabili sulla base dei carichi di lavoro di partenza e delle risorse effettivamente disponibili, nonché della tipologia del contenzioso.

Rileva in maniera particolare, per le finalità correlate al presente percorso di approfondimento, quella parte dell'art. 37 laddove il legislatore prevede che *“gli obiettivi di rendimento che l'ufficio si propone di realizzare devono essere fissati dal capo dell'ufficio tenendo conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno”*. Si tratta di una nozione di carico *“esigibile/sostenibile”* avente un carattere unitario e nazionale, come tale esterna al singolo ufficio e ben diversa da quella sopra indicata di *“carico esigibile”* nei programmi di gestione.

I carichi sostenibili e quelli esigibili nell'ambito dei programmi di gestione si collocano quindi su piani completamente diversi, se solo si considera che il carico sostenibile, così come lo standard di rendimento, potrà essere determinato dal CSM sulla base di un campione ampio costituito da un gruppo di magistrati che ha lavorato per un certo periodo su tutto il territorio nazionale in condizioni omogenee. Il carico esigibile invece resta un parametro di carattere numerico la cui determinazione per l'anno successivo rimane nella discrezionalità temperata del capo dell'ufficio, il quale utilizza ad oggi quale fondamentale punto di riferimento la produttività media dei soli magistrati dell'ufficio nei quattro anni precedenti.

II CSM però, nella prima circolare attuativa dell'art. 37 risalente al 4.5.12, ha ritenuto di non potere fissare i parametri unitari a livello nazionale anche in ragione dell'impossibilità di definire tali parametri/carichi mediante i sistemi di rilevazione statistica all'epoca utilizzabili.

Come si vedrà la determinazione del carico “*sostenibile*” unitario a livello nazionale potrebbe rappresentare invece oggi - in un momento in cui i sistemi di rilevazione statistica sulla base degli applicativi informatici ministeriali stanno spiccando un importante anche se non sempre decisivo salto di qualità — una sfida culturale e una scelta importante nell'ottica di una moderna politica giudiziaria sempre più attenta agli assetti organizzativi degli uffici.

4. I carichi sostenibili in sospenso tra quantità e qualità delle decisioni

La sopra citata disposizione contenuta nell'art. 37 prevede espressamente che “*gli obiettivi di rendimento che l'ufficio si propone di realizzare devono essere fissati dal capo dell'ufficio tenendo conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno*”. Come è stato evidenziato anche nel paragrafo 3, la nozione di carico esigibile è stata in buona sostanza duplicata per effetto delle definizioni contenute nelle norme secondarie sui programmi di gestione. Può essere quindi utile e opportuno ridefinire e comprendere meglio tale concetto di carico nazionale, anche al fine di evitare le inevitabili incomprensioni proprie dell'accezione comune di carico esigibile, meglio definendo tali carichi come “*sostenibili*”. I carichi sostenibili, come si avrà modo di illustrare, avvicinano di più agli standard di rendimento che ai carichi esigibili dei programmi di gestione.

Si può intravedere comunque un punto di raccordo tra i tre istituti nella figura del capo

dell'ufficio giudiziario, quale soggetto chiamato ad applicarli nel compimento di scelte organizzative fondamentali. Anche e non solo al momento della redazione del programma di gestione, con la relativa determinazione dei “*carichi esigibili*”, il capo dell'ufficio dovrà in ogni caso tenere conto dei “*carichi sostenibili*” determinati dal CSM come previsto dall'art. 37 e potrà tenere in considerazione, anche se non previsto espressamente dalla legge, anche gli “*standard nazionali di rendimento*”.

Un punto di partenza per una migliore comprensione del concetto di carico sostenibile può essere rappresentato dal quesito sul quale si sono espressi i magistrati italiani in occasione del referendum indetto dall'ANM nel 2016: “L'ANM, considerata anche Ventrata in vigore della legge

Totale aventi diritto al voto.....	8605
Totale votanti.....	4283
di cui SI.....	3580
di cui NO.....	583
Bianche	97
Nulle.....	23

sulla responsabilità civile dei magistrati, dovrebbe richiedere al CSM di introdurre entro 60 giorni i carichi esigibili, da intendersi come misura, determinata in cifra secca (come per i magistrati amministrativi), del lavoro sostenibile dal magistrato in funzione degli obiettivi di adeguata quantità e qualità del lavoro giudiziario?”

Questi sono i risultati del referendum pubblicati sul sito dell'ANM:

Nel quesito il carico viene inteso come misura determinata in “*cifra secca*” del lavoro “*sostenibile*” dal magistrato in funzione degli obiettivi di adeguata quantità e qualità del lavoro giudiziario. Il concetto di “*cifra secca*” indicato nel quesito può essere diversamente interpretato, ma richiama alla mente comunque quello che da alcuni viene definito come “*numeretto*”. La qualità viene inserita nel quesito, in maniera del tutto condivisibile, tra gli obiettivi da perseguire.

In questo tentativo di approfondire la materia non si può quindi non affrontare la questione del delicato rapporto che esiste e sempre esisterà tra la quantità delle definizioni\decisioni e la loro qualità.

Le difficoltà nel definire il rapporto tra la quantità e la qualità di un prodotto generato dal lavoro di una persona nascono da una constatazione: la quantità è facilmente misurabile in quanto è rappresentata da un numero o da un insieme di numeri, mentre la misurazione della qualità è rimessa ad apprezzamenti del tutto soggettivi.

Nelle aziende esistono specifiche strutture a volte complesse che controllano la qualità di un prodotto per conto dell'imprenditore (ad esempio i controlli di qualità sulle analisi di laboratorio). Nei controlli di qualità esistono sempre dei margini di errore, ma esistono comunque delle strutture preposte ai controlli che potranno certificare la qualità della prestazione e del relativo risultato (nell'esempio la prestazione dei tecnici che lavorano nel laboratorio di analisi e che si avvalgono di certi strumenti al fine di produrre un referto).

Nell'esempio si tratta pur sempre di un prodotto la cui qualità è misurabile e se del caso anche certificabile, mentre questo non sempre può avvenire per i provvedimenti emessi e motivati da un magistrato. Certamente una decisione qualitativamente valida è quella maturata all'esito di un approfondito studio del fascicolo processuale in punto di fatto, nonché all'esito di un approfondito studio delle questioni di diritto sottese alla decisione. Ma chi può valutare quante ore il magistrato ha lavorato per definire quel fascicolo, quanto ha studiato, se ha approfondito adeguatamente le questioni, se è pervenuto a una decisione corretta dal punto di vista logico e giuridico?

Non esistono negli uffici giudiziari vere e proprie strutture in grado di controllare la qualità delle decisioni in un senso tipicamente aziendalistico, in quanto il controllo sulla professionalità, che comprende anche la qualità, è demandato ai capi degli uffici, ai consigli giudiziari e al CSM.

Può essere interessante evidenziare che i giudizi sulla capacità decisionale contenuti nei rapporti sulle valutazioni di professionalità quasi sempre si risolvono nella formuletta pigra e ripetitiva *“il collega ha una buona/ ottima capacità decisionale che si può desumere anche dal numero e dalla complessità dei procedimenti trattati nel periodo oggetto della valutazione”*. Se fosse vera la formuletta sopra riportata dovrebbe essere anche vero che il magistrato in grado di definire più procedimenti, nello stesso tempo in grado di definire anche processi complessi, è anche colui che ha grandi capacità di decidere in maniera tempestiva e qualitativamente valida. Chi può dire però se un tale magistrato è solo veloce, ovvero se approfondisce anche lo studio dei fascicoli? Chi può dire se le decisioni assunte sono sostanzialmente oltre che formalmente corrette senza scomodare la statistica delle eventuali riforme nei successivi gradi di giudizio?

Possiamo quindi ragionevolmente affermare che solo il magistrato, nell'intimo della sua coscienza, può essere consapevole nella stragrande maggioranza dei casi della qualità della sua

decisione, del tanto tempo che ha dedicato allo studio del fascicolo complesso, dell'attività istruttoria defaticante e del tempo che ha dedicato alla redazione della motivazione.

Proviamo ora a spostare il discorso sulla qualità al di fuori della capacità decisionale del singolo e della qualità in senso stretto della decisione e della motivazione. In questo caso si parla di pesatura del procedimento e anche in questo caso sono innumerevoli i fattori da prendere in considerazione, con il subentrare di inevitabili valutazioni di carattere soggettivo.

Ma come si pesano i processi? Chi è in grado di pesare i processi?

Pur dovendosi apprezzare quei progetti organizzativi che prevedono modalità di pesatura dei processi mediante dei punteggi ai fini dell'assegnazione dei fascicoli ai giudici in maniera per quanto possibile equilibrata, si può ragionevolmente affermare che solo una struttura di persone chiamate a svolgere un reale lavoro di pesatura dei fascicoli, previa valutazione di una serie di parametri e di coefficienti, potrebbe consentire il raggiungimento di risultati attendibili. Saranno sempre possibili pesature di massima mediante i sistemi informatici, ma senza alcuna garanzia di certezza.

In assenza al momento di una tale struttura, forse ipotizzabile in uffici giudiziari del futuro composti anche da tante persone ben organizzate e in grado di svolgere complesse operazioni, non si può fare altro che riporre la fiducia ai fini di una conta ponderata nel magistrato che conosce i fascicoli, ovvero quello diligente, ben organizzato mediante gli strumenti informatici e che è in grado di valutare in maniera anche critica il peso del ruolo.

Fatte queste precisazioni, prendiamo in considerazione una tesi che ha formato oggetto di una proposta di lavoro consultabile anche sul sito dell'ANM. Secondo tale proposta lo standard c.d. quantitativo, ovvero quello determinabile dal CSM sulla base di una rilevazione statistica approfondita a livello nazionale, dovrebbe essere sostituito con un punteggio determinato in maniera empirica per ciascuna funzione da un gruppo di magistrati esperti.

Secondo tale ipotesi si dovrebbe attribuire un peso a ciascun procedimento mediante adeguati e specifici *coefficienti di equivalenza* e così si potrebbe individuare un punteggio che andrebbe a rappresentare il carico nazionale unico. Ragionando in tal senso si potrebbero fissare sia un punteggio tale da rappresentare il carico massimo sostenibile e sia un punteggio più basso tale da rappresentare lo standard di rendimento.

Un tale punteggio si potrebbe raggiungere andando a moltiplicare il numero delle definizioni sulla base di coefficienti e di moltiplicatori prestabiliti. Ad esempio, se si volesse verificare il superamento o meno del punteggio di 300 individuato quale carico massimo sostenibile, si potrebbero sommare 150 sentenze per reati di peso uno, 50 sentenze per reati di peso due e 10 sentenze per reati di peso cinque. In tal modo si potrebbe sempre procedere sulla base delle più svariate combinazioni in relazione ai vari coefficienti e moltiplicatori, attribuendo dei valori, nel caso del dibattimento penale, al titolo di reato, al numero degli imputati anche detenuti, al numero dei testimoni, al numero delle parti civili ovvero al tipo di definizione (ordinario, abbreviato, patteggiamento).

Una tale proposta di lavoro va certamente apprezzata in relazione agli obiettivi che vuole perseguire, che sono poi quelli di una determinazione dei carichi di lavoro sostenibili intesi anche dal punto di vista qualitativo e ponderale degli affari trattati.

I carichi sostenibili e tanto meno gli standard di rendimento però difficilmente potranno essere determinati in concreto all'esito di una valutazione di tipo qualitativo di tipo empirico e non agganciata al lavoro realmente svolto in termini quantitativi negli uffici giudiziari italiani.

Alcune valutazioni di carattere critico in relazione a tale proposta di lavoro possono essere di seguito così formulate.

I coefficienti di pesatura possono avere un carattere sperimentale ma non potranno mai avere un fondamento sulla base di una rilevazione statistica eseguita a livello nazionale, né potranno essere mai ricondotti senza margini di incertezza alla reale produttività dei magistrati italiani e al peso specifico dei processi trattati da tali magistrati. Si tratterebbe in buona sostanza di carichi sostenibili che possono trovare il loro fondamento e la loro giustificazione principalmente nelle valutazioni di carattere soggettivo provenienti dall'esperienza personale più o meno vasta svolta da magistrati esperti negli specifici settori.

Per tale motivo un tale modo di procedere potrebbe venire criticato, anche e non solo all'esterno della magistratura, da coloro che potrebbero facilmente evidenziare la natura di vera e propria "*autodeterminazione*" degli standard e dei carichi eseguita all'interno della magistratura in maniera autonoma e non verificabile. Chi potrà mai decidere che il carico massimo ha un peso di 300 o di 400 senza che qualcun altro possa in seguito sostenere, sulla base di considerazioni e valutazioni di

carattere soggettivo altrettanto valide, che il carico massimo doveva essere 500 o magari 600? Non solo, il risultato finale potrebbe sempre essere messo in dubbio da una nuova commissione composta da diversi magistrati, così come si potrebbero mettere in discussione gli stessi coefficienti.

La pesatura dei processi inoltre è un'attività di indubbia complessità, non esistendo veri e propri indicatori della qualità intesa come peso specifico di un procedimento e potendo i sistemi informatici solo in parte essere adibiti alla misurazione della qualità. Pur non essendo questa la sede per approfondire il fondamentale ruolo degli applicativi informatici nella determinazione degli standard di rendimento e dei carichi sostenibili, appare utile evidenziare che nel settore penale solo mediante specifiche *query* (in [informatica](#) il termine *query* viene utilizzato per indicare l'interrogazione mirata da parte di un utente di un [database](#), strutturato tipicamente secondo il [modello relazionale](#), per compiere determinate operazioni sui [dati](#)) è al momento possibile desumere il dato relativo ai titoli di reato, mentre il sistema SICP non rileva coefficienti fondamentali quali sono il numero delle parti civili costituite o il numero dei testimoni, né tanto meno potrebbe rilevare la presenza di intercettazioni da trascrivere o dei numerosi documenti prodotti nel corso del dibattimento. Si tratta quindi di coefficienti che non sempre sono facilmente intercettabili mediante gli applicativi informatici.

Peraltro, se astrattamente può essere possibile mediante un sistema informatico altamente performante e all'esito di un preciso *data entry*, nonché mediante specifiche *query*, conoscere a consuntivo su un ruolo di un giudice monocratico i reati che ha trattato, il numero di imputati e di imputazioni e il numero di imputati detenuti, non sarà mai possibile sapere quale impegno ha di fatto comportato la trattazione di quei processi, quante udienze sono state tenute per ciascun processo, quanti testimoni sono stati esaminati, la lunghezza in termini orari delle testimonianze, la complessità dal punto di vista giuridico delle questioni etc.

In ogni caso rappresenterebbe un momento cruciale e molto difficile da gestire a livello organizzativo quello dedicato alla verifica in concreto del rispetto dello standard o dell'eventuale superamento del carico sostenibile. Al momento non esiste nel settore penale un sistema informatico in grado di gestire la pesatura dei procedimenti sulla base di coefficienti e di fornire un risultato automatico al momento della verifica. In ogni caso si tratterebbe di rilevazioni mirate che richiederebbero la presenza negli uffici di personale esperto di statistiche a tal fine esclusivamente

adibito, trattandosi di valutare ogni anno a consuntivo il peso specifico del ruolo di ciascun magistrato addetto all'ufficio. Né appare possibile delegare tale compito al magistrato, il quale al momento della valutazione di professionalità si dovrebbe armare di tanta pazienza e di una buona calcolatrice così distogliendo le sue energie dal normale lavoro giudiziario.

Inoltre, chiunque abbia avuto esperienze nel settore delle statistiche giudiziarie e della qualità dei dati ben conosce i numerosi problemi derivanti dal *data entry* che necessariamente deve essere svolto dal personale amministrativo. Tale personale, pur nelle ataviche carenze di organico che lo contraddistinguono, sarebbe chiamato a svolgere un lavoro ulteriore al momento dell'immissione di tutti i coefficienti necessari ai fini della pesatura dei processi. Al momento è già molto difficile assicurare la qualità dei dati immessi nel SICP in considerazione dei frequenti errori commessi dal personale amministrativo, a volte derivanti anche dalla poca chiarezza dei capi di imputazione (si pensi all'inserimento delle QGF=qualificazioni giuridiche del fatto); tali errori devono essere continuamente corretti mediante aperture di ticket nel passaggio del fascicolo da una fase all'altra.

A questi interrogativi al momento appare difficile rispondere, fermo restando che se si volesse percorrere una tale strada il CSM dovrebbe, in sede di comitato paritetico con il Ministero della Giustizia, richiedere un adeguamento dei sistemi informatici al preciso fine di perseguire la finalità di pesare i processi secondo coefficienti prestabiliti.

Ecco allora che appare più conforme alle indicazioni di carattere normativo ragionare partendo da un presupposto di carattere più pragmatico e difficilmente confutabile. Anche se i procedimenti non sono sempre uguali a livello di peso e di complessità, è pur vero che i procedimenti complessi vengono distribuiti nel lungo periodo su tutti i magistrati operanti sul territorio nazionale nel medesimo settore. Sempre nel lungo periodo, sulla base di un lavoro di rilevazione statistica avente ad oggetto un numero molto alto di magistrati assunti come campione e operanti in condizioni simili, le differenze di peso dei processi di fatto si annullano.

La verifica in ordine alla qualità dei procedimenti e al peso specifico di fatto gravante su ciascun magistrato potrà essere sempre attuata nel momento successivo di controllo del rispetto dello standard o del superamento del carico sostenibile, nella consapevolezza dell'impossibilità di operare tale verifica esclusivamente sulla base di calcoli matematici e operando nella consapevolezza della natura di mero

parametro di riferimento sia degli standard che dei carichi sostenibili.

2. La possibile individuazione dei carichi sostenibili mediante il metodo di lavoro utilizzabile per gli standard di rendimento

Il carico sostenibile e lo standard di rendimento possono essere quindi considerati quali due facce della stessa medaglia, trattandosi in entrambi i casi di unità di misura valide a livello nazionale che il CSM è chiamato a determinare per effetto di specifiche disposizioni normative.

Fondamentale nel procedimento di determinazione degli standard di rendimento e dei carichi sostenibili è il ruolo svolto dagli applicativi informatici (nel penale SICP/CONSOLLE), con la conseguente possibilità di estrarre dati statistici quanto più possibile attendibili e raffinati. Un metodo valido al fine di determinare le unità di misura nazionali di riferimento (medie e massime) è quello che richiede un'analisi approfondita dei dati relativi alla produttività di ogni magistrato incluso in un campione statistico. Più elevati saranno gli uffici e quindi i magistrati inclusi nel campione e più saranno attendibili i dati posti alla base della determinazione degli standard di rendimento e dei carichi massimi sostenibili. Anzi, si può ragionevolmente ritenere che la soluzione migliore sarebbe quella di procedere ad una rilevazione statistica completa, a determinate condizioni e per un lungo periodo, della produttività di tutti i magistrati italiani singolarmente considerati.

All'esito di un'attenta analisi statistica delle realtà giudiziarie sarà possibile pervenire all'individuazione di un rendimento medio e massimo che possa contraddistinguere un certo gruppo di magistrati omogeneo, ovvero operanti nel medesimo settore e in condizioni analoghe.

Il metodo di lavoro per calcolare le due unità di misura potrebbe essere lo stesso.

Come si è detto anche nei paragrafi precedenti, la determinazione degli standard e dei carichi sostenibili non potrà mai ricomprendere tutte le variabili qualitative e organizzative correlate al lavoro dei magistrati. Tali variabili non sono intercettabili a livello di rilevazione statistica centrale in mancanza di indicatori precisi della qualità e della complessità del lavoro giudiziario. Anche gli indicatori più tipicamente organizzativi potrebbero essere intercettati solo mediante la lettura e l'analisi di tutti i progetti organizzativi relativamente a tutti gli uffici giudiziari facenti parte del campione; anche all'esito di un siffatto studio dei progetti organizzativi sarebbe però del tutto impossibile ricondurre le variabili organizzative riscontrate all'interno dei gruppi omogenei di magistrati.

Se si vuole raggiungere la finalità della determinazione dei carichi sostenibili e degli standard va perseguito un obiettivo di natura quasi esclusivamente quantitativa di rilevazione della produttività di magistrati che esercitano le funzioni in realtà dimensionali paragonabili e con carichi di lavoro di partenza simili. Solo rimanendo con i piedi per terra e ragionando in maniera pragmatica si potrà raggiungere un risultato che purtroppo manca da dieci anni.

Oltre alle dimensioni e alle tipologie degli uffici possono essere valorizzate le pendenze iniziali quale elemento significativo di inclusione del magistrato nell'uno o nell'altro gruppo omogeneo. Appare invece più difficile percorrere la strada che vada a ricomprendere, ai fini dell'inclusione di un magistrato nell'uno o nell'altro gruppo omogeneo, anche il numero dei fascicoli sopravvenuti nel corso degli anni. Al momento della verifica individuale ogni magistrato deve essere posto nelle condizioni di conoscere, mediante una comunicazione inviata a tal fine dal CSM, a quale gruppo appartiene e quale sarà lo standard da raggiungere alla fine di ogni anno giudiziario. Se l'inclusione in un gruppo o in un altro dovesse invece comprendere le sopravvenienze, il magistrato si troverebbe di fronte a un vero e proprio *"standard al buio"*.

Al fine di esemplificare nei minimi termini tale ragionamento sugli standard al buio, prendiamo un giudice del dibattimento incluso nel gruppo dei tribunali grandi che, sulla base della tipologia di ufficio e delle pendenze iniziali pari a 150 è chiamato a definire 180 procedimenti dal primo luglio fino al 30 giugno dell'anno successivo. Se tale gruppo fosse stato formato anche sulla base delle sopravvenienze (ad esempio pari a 200) lo stesso giudice sarebbe sempre chiamato a definire 180 procedimenti in un anno, a patto di ricevere 200 nuove assegnazioni. Non potendosi però mai prevedere, se non a grandi linee, il numero delle nuove assegnazioni, lo stesso giudice che a fine anno dovesse ricevere 300 nuovi fascicoli e non più 200 potrebbe vedere il suo standard cambiare a fine anno. Tale nuovo standard non sarebbe più 180, bensì sarebbe rappresentato da un altro numero che potrebbe essere 240 e che contraddistingue il diverso gruppo nel quale il magistrato si colloca sulla base del diverso numero delle sopravvenienze (GRUPPO 2 con standard 240 = tribunale grande, 150 pendenze e 300 sopravvenuti in luogo di GRUPPO 1 con standard 180=tribunale grande, 150 pendenze e 200 sopravvenuti).

Lo standard non dovrebbe quindi essere *"al buio"*, ma dovrebbe essere conosciuto

preventivamente all'inizio del quadriennio in valutazione e dovrebbe restare tendenzialmente stabile per tutto il periodo al mancato variare delle pendenze. In ogni caso, al variare significativo delle pendenze il magistrato in valutazione dovrebbe essere messo nelle condizioni di conoscere preventivamente il suo passaggio da un gruppo all'altro.

Un fondamentale strumento da utilizzare ai fini di una rilevazione statistica aderente alla realtà è quello di assumere nel campione i soli magistrati FTE = *full time equivalent*.

Tali giudici, nel caso del dibattimento penale monocratico, saranno così individuabili:

- giudici che in ciascun anno giudiziario hanno lavorato nello specifico settore monocratico e che celebrano circa il 50 per cento delle udienze complessive quali giudici monocratici (un giudice che ad esempio tiene solo udienze monocratiche non può essere incluso nello stesso gruppo omogeneo, in quanto produce il doppio rispetto a quel collega che per il 50 per cento è impegnato anche nel settore collegiale);
- giudici che non hanno usufruito di esoneri o di blocchi delle assegnazioni;
- giudici non inseriti in sezioni promiscue;
- giudici che non sono stati assenti più di quindici giorni dal lavoro per malattia o per altri motivi, escluso il normale periodo di ferie;
- giudici che non sono stati trasferiti durante l'anno dall'uno all'altro ufficio o dall'una all'altra sezione;
- giudici che svolgono funzioni direttive o semidirettive.

Una volta determinati i gruppi omogenei di magistrati *full time equivalent* e una volta acquisiti tutti i dati statistici suddivisi per anno/magistrato, occorrerà decidere quale indicatore e quale metodo statistico utilizzare. Occorrerà anche decidere se utilizzare un valore secco o se valorizzare una fascia di oscillazione tra due valori.

Il metodo statistico preferibile è quello della *cluster analysis*, che rappresenta un'analisi multivariata attraverso cui è possibile aggregare le unità statistiche in modo da minimizzare le dissimilarità tra le unità interne a ciascun gruppo e massimizzare quella tra i gruppi. Sulla base dei gruppi formati attraverso la *cluster analysis* è possibile calcolare lo *standard mediano di rendimento* per ciascun cluster. Una tale analisi consente peraltro la creazione di *cluster=raggruppamenti*

totalmente sganciati dagli uffici di appartenenza dei magistrati.

Per determinare una media statistica si può utilizzare il comune metodo della media aritmetica ovvero il ben più preferibile metodo della “*mediana*”. Entrambi sono indici di posizione, ma la mediana rappresenta quel valore che divide in due parti uguali il collettivo, cioè il valore che occupa il posto centrale in una serie di dati disposti in un ordine crescente o decrescente.

Al fine di esemplificare il concetto di mediana, prendiamo n. 1000 giudici penali e disponiamoli in una precisa classifica in relazione alla loro produttività: il peggiore contraddistinto dal n. 1 sarà il giudice meno produttivo in Italia (che definisce in ipotesi 50 fascicoli monocratici), mentre il migliore, ovvero il n. 1000, sarà il giudice più produttivo (che definisce in ipotesi 800 fascicoli monocratici). Ebbene, esiste un numero secco che è costituito dalla produttività del giudice che si colloca al posto n. 500 e tale numero rappresenta la mediana, ovvero il 50° percentile.

Chi è chiamato ad occuparsi dell’elaborazione dei risultati statistici può inoltre sempre escludere i c.d. *outlier*, ovvero quei valori così anomali rispetto alle distribuzioni da compromettere il risultato finale (nel nostro esempio, pensiamo ad un giudice n. 1 in negativo della classifica che ha definito 10 processi rispetto al secondo in negativo in classifica che ne ha definiti 50, ovvero ad un giudice che ha definito 1.500 processi rispetto al n. 999 in positivo in classifica che ne ha definiti 800).

Il metodo della mediana è preferibile rispetto a quello della media aritmetica in quanto, pur essendo entrambi indici di posizione che come tali danno una idea approssimata dell’ordine di grandezza e della posizione dei valori sulla scala dei numeri, la mediana è meno sensibile ai valori anomali rispetto al resto della distribuzione.

Con l’ausilio della mediana e dei percentili si può ottenere la determinazione di uno o più intervalli di valutazione. Nel nostro caso il 30° percentile rappresenta il valore delle definizioni al di sotto del quale si concentra il 30% dei casi anno-magistrato, mentre il 70° percentile rappresenta quel valore delle definizioni al di sotto del quale si concentra il 70% della distribuzione dei casi anno-magistrato. Così ragionando, il 70° percentile rappresenta anche quel valore delle definizioni al di sopra del quale si concentra il 30% della distribuzione dei casi anno-magistrato.

Il metodo è ovviamente ben più complesso rispetto a quanto sopra illustrato in maniera sintetica, così come è evidente che risultati attendibili possono essere raggiunti solo all’esito di un complesso

lavoro di elaborazione e pulizia dei dati svolto dai funzionari statistici che operano presso il CSM.

La scelta se fissare o meno lo standard di rendimento e il carico sostenibile all'uno o all'altro percentile dovrà comunque essere rimessa alla discrezionalità del Consiglio Superiore della Magistratura. Se si parte da concetto di standard come obiettivo minimo e positivo di laboriosità, idoneo a tutelare anche e soprattutto la qualità intellettuale del lavoro del magistrato, può apparire opportuna e ragionevole la scelta del 30° percentile. Il carico massimo sostenibile potrebbe essere invece fissato all'80° percentile.

Ancora, il CSM potrebbe anche prevedere una fascia di oscillazione tra 30° e 40° percentile per lo standard di rendimento e una fascia di oscillazione tra il 70° e 80° percentile per il carico sostenibile.

In ogni caso, a prescindere dal percentile che si deciderà di utilizzare, resta quale dato incontrovertibile che si tratta di un numero o di una fascia di oscillazione tra numeri pur sempre agganciata alla reale produttività dei magistrati italiani. Può essere quindi corretto e ragionevole ritenere che, se solo 200 magistrati su 1000 in condizioni di lavoro analoghe riescono a produrre ad esempio più di 500 sentenze in un anno, questo numero può rappresentare un carico al di sopra del quale il lavoro appare difficilmente sostenibile.

In conclusione, si può ragionevolmente affermare che quando saranno compiute così importanti scelte di politica giudiziaria inevitabilmente qualcuno rimarrà in disaccordo. La scelta in favore degli standard e dei carichi sostenibili potrà scontentare i fautori della teoria pessimistica della diminuzione della qualità delle decisioni correlata alla presunta deriva di iperproduttività. Ancora, potranno lamentarsi i capi degli uffici dove i magistrati lavorano sotto la soglia dello standard medio. Potranno sempre sollevare legittime obiezioni anche i sostenitori della teoria degli standard e dei carichi sostenibili predeterminati calcolati sulla base di moltiplicatori e coefficienti decisi da magistrati esperti.

La determinazione dei carichi sostenibili e degli standard però può anche essere vista, in una prospettiva più ottimistica, come un doveroso atto di fiducia nei confronti di tutti i magistrati italiani. Non si può ragionevolmente sostenere la tesi secondo cui i magistrati, una volta raggiunto lo standard o addirittura il carico sostenibile, potrebbero smettere di lavorare facendo *“cadere la penna”*. Non appare neanche condivisibile la teoria secondo cui i magistrati sarebbero portati verso una deriva iperproduttiva, addirittura lavorando peggio e senza approfondire le questioni pur di raggiungere e

superare certi standard numerici.

Secondo una prospettiva ben più lungimirante e ottimistica è invece molto più probabile che in presenza di un obiettivo da raggiungere, anche e non solo in termini numerici, i magistrati saranno portati ad organizzare meglio il proprio ruolo e a lavorare in maniera più efficiente. Difficilmente la determinazione degli standard e dei carichi massimi sostenibili potrà costituire un motivo per abbassare il livello di qualità delle decisioni.

Il ben noto impegno sul lavoro dei magistrati italiani potrà inoltre essere rappresentato una volta per tutte anche numericamente di fronte all'opinione pubblica e l'approvazione dei carichi sostenibili costituirebbe il giusto riconoscimento di tale impegno, oltre a rappresentare un vero e proprio baluardo a tutela della qualità delle decisioni nell'interesse dei cittadini italiani.

Corrado Mistri

Successione transnazionale tra diritto inglese ed italiano e scissione tra beni mobili ed immobili del *de cuius*: aliquis pro parte testato pro parte intestato decedere potest?

Abstract: L'autore, Sostituto procuratore generale della Corte di Cassazione, affronta i principali aspetti legati ad una questione di successione transnazionale decisa dalla Corte di Cassazione a sezioni unite con la sentenza n. 2867 del 2021, sia sotto l'aspetto dell'individuazione della norma di conflitto nell'ambito del rinvio di qualificazione, sia sotto l'aspetto della disciplina in caso di applicazione di norma ordinamentale che contempli il principio scissionista e non quello della personalità ed universalità della successione.

1. Premessa: la fattispecie concreta. Nel febbraio del 2001 la moglie italiana di un cittadino inglese, di origini italiane ma residente nel Regno Unito, conveniva in giudizio i figli del *de cuius*, con il quale aveva contratto matrimonio nell'anno 1999 e deceduto poi in Italia due mesi dopo le nozze, sostenendo che il marito nel 1997 - quindi quando ancora non vi era il vincolo matrimoniale - con testamento le aveva lasciato un legato in lire sterline, attribuendo i restanti beni ai figli nati dal primo matrimonio; e che, essendo il *de cuius* di nazionalità inglese, il testamento doveva considerarsi revocato per effetto del secondo matrimonio, cioè quello contratto con la parte attrice in giudizio nell'anno 1999, in virtù del Will Act del 1837, cosicché la successione si doveva ritenere *ab intestato*; di conseguenza, chiedeva di riconoscerle la piena proprietà di tutti i beni mobili rientranti nell'asse, in aggiunta al legato, oltre alla quota di un terzo degli immobili siti in Italia, questo in applicazione della legge successoria italiana. In via subordinata, chiedeva, nell'ipotesi in cui il testamento fosse ritenuto valido, di ridurre le disposizioni testamentarie lesive della sua quota e di ordinare agli eredi il rendimento del conto.

I figli si costituivano in giudizio, deducendo che il testamento fosse regolato dalla legge italiana e che non potesse essere dichiarato inefficace, non conoscendo l'ordinamento italiano l'istituto della revoca testamentaria per susseguente matrimonio.

Il Tribunale di Milano accoglieva le domande della vedova attribuendole la quota di 1/3 degli immobili; la pronuncia veniva confermata in sede di appello, ritenendo la Corte territoriale, in assenza

di *professio iuris* in favore della legge inglese per disciplinare la successione, ai sensi dell'articolo 46, comma 2, l.n. 218 del 1995, che la successione fosse regolata dal diritto inglese, avendo il *de cuius* mantenuto il domicilio di origine.

Affermava, quindi, la Corte meneghina che il testamento dovesse ritenersi revocato per effetto del secondo matrimonio, ritenendo quindi che l'intera successione dovesse considerarsi *ab intestato*; ed altresì che, considerato che il diritto internazionale privato inglese prevede un rinvio alla legge dell'ultimo domicilio del defunto per la successione relativa ai beni mobili ed alla legge di situazione per la successione relativa a quelli immobili, la vedova avesse diritto ad un terzo dei cespiti situati in Italia, in applicazione della *lex rei sitae*.

2. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.

Per la cassazione della sentenza proponeva ricorso uno degli eredi, nonché controricorso in replica al ricorso incidentale della originaria attrice, mentre un altro degli eredi proponeva ricorso incidentale e controricorso in replica al ricorso incidentale della vedova del di lui padre.

La seconda sezione civile della Corte di Cassazione, nel delibare il caso, riteneva di investire le Sezioni Unite al fine di chiarire quale fosse la legge applicabile per la successione di un cittadino inglese in presenza di suo testamento precedente alle nozze e richiesta di annullamento dello stesso da parte della moglie italiana, in considerazione della presenza di immobili sul suolo italiano che costituivano la quasi totalità dell'asse ereditario e dell'avvenuto decesso in Italia.

In particolare si richiedeva alle Sezioni Unite di decidere: **a)** se la *lex rei sitae* potesse costituire essa stessa la fonte di regolazione del titolo successorio per effetto del rinvio contenuto nelle norme di diritto internazionale privato straniero che contemplano il sistema della scissione; **b)** ovvero, se invece detta legge venisse in rilievo, anche nel sistema della legge n. 218 del 1995, ai soli fini della regolazione della modalità di acquisto dei beni ereditari, in particolare evidenziando le seguenti questioni di particolare rilevanza:

- se per il combinato disposto degli [articoli 13](#), comma 1, [15](#) e [46, comma 1](#), legge n.ro 218 del 1995, la qualificazione degli istituti e delle materie, ai fini dell'individuazione delle norme sostanziali

applicabili nei singoli casi, debba operarsi in base all'inquadramento effettuato dall'ordinamento straniero ovvero in base alle norme della *lex fori*;

- se l'operatività del rinvio ex articolo 13, comma 1, legge n. 218 del 1995 sia escluso quando la legge straniera sia in contrasto con il principio di universalità e unitarietà della successione recepito dal nostro ordinamento nell'articolo 46, legge n. 218 del 1995;

- ove si debba tenere conto delle norme di rinvio contenute nella legge straniera e queste prevedano il sistema della scissione, se e in quali limiti e con quale modalità detto rinvio investa anche la validità e l'efficacia del titolo successorio e quindi possa operare in modo parziale, cioè con riferimento solamente a taluni beni facenti parte dell'asse ereditario;

- se il rinvio alla *lex rei sitae*, oggetto della norma straniera richiamata, comporta invece solamente l'applicabilità delle norme concernenti le modalità di acquisto dei beni ereditari.

3. Il compendio normativo applicabile.

La questione ha suscitato grande interesse quale *leading case* per l'ipotesi di successione transnazionale che implichi riferimenti al diritto inglese ed a quello nazionale, al qual proposito va premesso che, ai fini della decisione della controversia di che trattasi, viene in applicazione la l.n. 218 del 1995, trattandosi di successione aperta nell'anno 2000.

Vengono allora in evidenza: l'articolo 46, comma 1, l.n. 218 del 1995, secondo cui la successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del *de cuius* al momento della morte; va altresì considerato l'articolo 13, l.n. 218 del 1995, che riconosce l'istituto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato¹ (c.d. rinvio oltre e rinvio indietro), prima vietato dall'articolo 30 delle preleggi², secondo cui <<1. Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato: a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio; b) se si tratta di rinvio alla legge

¹ L'introduzione dell'istituto costituisce una assoluta novità per il nostro ordinamento, ed è stata definita una *piccola rivoluzione copernicana* da F. Mosconi, Art. 13, in Riv. dir. intern. priv. e process., ottobre-dicembre 1995, n. 4, pg. 957. Si veda anche P. Picone, *Rinvio indietro implicito e coordinamento tra metodo classico e metodo giurisdizionale dei conflitti di leggi*, in Riv. dir. intern., 1998, pg. 925

² Si veda D. Damascelli, Testamenti redatti all'estero. Successione di cittadini stranieri e beni siti in Italia, in Fondazione italiana del notariato.

italiana. 2. L'applicazione del comma 1 è tuttavia esclusa: a) nei casi in cui le disposizioni della presente legge rendono applicabile la legge straniera sulla base della scelta effettuata in tal senso dalle parti interessate; b) riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti; c) in relazione alle disposizioni del Capo XI del presente Titolo. 3. Nei casi di cui agli artt. 33, 34 e 35 si tiene conto del rinvio soltanto se esso conduce all'applicazione di una legge che consente lo stabilimento della filiazione. 4. Quando la presente legge dichiara in ogni caso applicabile una convenzione internazionale si segue sempre, in materia di rinvio, la soluzione adottata dalla convenzione>>.

Il suddetto compendio normativo conferma la tradizione propria dei sistemi di *civil law* della personalità ed universalità della successione, che intende l'asse ereditario come *universitas iuris*, sottoposta ad unica legge che considera e regola unitariamente i vari rapporti ovunque si trovino i beni che la compongono³.

Tale principio vale anche per l'ipotesi di *professio iuris* (articolo 46, comma 2, l.n. 218 del 1995, ove si fa riferimento, infatti, alla legge dello Stato di residenza) ed è finalizzato ad assicurare la certezza del diritto e l'eguaglianza di trattamento, ma subisce oggi uno sfaldamento⁴ conseguente:

- al dinamismo della vita contemporanea, ove l'attività economica si svolge su scala globale allentando il legame tra soggetto e territorio⁵, cosicché il criterio della cittadinanza può non risultare ancorato al reale centro di interessi del *de cuius*;
- alle convenzioni internazionali⁶ ed all'istituto della *professio iuris* (art. 46, comma 2, legge ult. cit.), che aprono la porta al superamento del sistema personalista ed universalista per riconoscere anche quello c.d. scissionista, che riferisce l'istituto successorio non già alla persona e quindi all'*universitas iuris*, ma atomisticamente ai singoli beni dell'asse, frazionandolo, in genere, nella disciplina mobiliare ed immobiliare e così creando una pluralità di masse soggette ad esiti differenti;

³ Si vedano in proposito: E. Vitta, *Diritto internazionale privato*, III, 1975, pg. 110; L. Fumagalli, *Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato*, in Riv. dir. intern. priv. e proc., ottobre-dicembre 1997, 835.

⁴ Si veda L. Fumagalli, *Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato*, in Riv. dir. intern. priv. e proc., ottobre-dicembre 1997, 840.

⁵ P. Biavati parla, al proposito, di *globalizzazione del diritto*: si veda *Deroghe alla giurisdizione statale e fungibilità dei sistemi giudiziari*, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 2009, vol. 63, n. 2, 523-524-527.

⁶ Si ricorda, in proposito, la Convenzione consolare stabilita con la Turchia (Roma, 9 settembre 1929).

- all'orientamento giurisprudenziale, che afferma il principio della non assolutezza e non inderogabilità dell'universalità della divisione ereditaria: si vedano, in tal senso, Cass. civ., sez. II, 8 aprile 2016, n. 6931, secondo la quale *<<il principio dell'universalità della divisione ereditaria non è assoluto e inderogabile ed è possibile una divisione parziale, sia quando al riguardo intervenga un accordo tra le parti, sia quando, essendo stata richiesta tale divisione da una delle parti, le altre non amplino la domanda, chiedendo a loro volta la divisione dell'intero asse. In definitiva, la divisione parziale tra comproprietari è ammissibile quando essi vi consentano o quando formi oggetto di domanda giudiziale che nessuna delle parti estenda, chiedendo la trasformazione, in porzioni concrete, delle quote dei singoli comproprietari sull'intero asse>>*; nonché Cass. civ., sez. Un., 12 luglio 2019, n. 18832, secondo cui *<<è ben possibile per i coeredi, nel procedere allo scioglimento in via contrattuale, con atto stipulato al di fuori del territorio italiano, della comunione ereditaria con riferimento a uno specifico bene immobile collocato all'estero, devolvere ogni controversia derivante dal negozio di divisione parziale alla competenza giurisdizionale del giudice di quel Paese straniero>>*.

Va però rimarcato che il principio della personalità ed universalità della successione connota anche il Regolamento UE n. 650 del 2012⁷, che regola le sole successioni apertesesi dopo il 17 agosto 2015 e che, all'articolo 21, rimette la disciplina dell'intera successione ad un'unica legge nell'ottica di assicurare la coincidenza tra *forum* e *ius* individuando quale criterio di collegamento oggettivo la legge di residenza abituale del *de cuius* al momento della morte.

4. Il problema dell'individuazione dell'ordinamento alla cui stregua va effettuata la qualificazione dei singoli istituti.

Il primo quesito posto dall'ordinanza remittente, pregiudiziale e dirimente sia ai fini della risoluzione degli altri quesiti posti alle Sezioni Unite, sia ai fini della decisione della controversia, riguarda il tema se, ai fini dell'individuazione delle norme sostanziali applicabili nei singoli casi, la

⁷ Sul Regolamento si vedano: D. Damascelli, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, 2013, 44 e segg.; O. Feraci, *La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa*, 291 e segg.

qualificazione degli istituti e delle materie oggetto della controversia debba operarsi in base all'inquadramento effettuato dall'ordinamento straniero ovvero in base alle norme della *lex fori*⁸.

Al proposito va ricordato che la qualificazione giuridica è l'operazione dell'interprete diretta ad individuare la categoria astratta prevista da una norma nella quale deve farsi rientrare una determinata fattispecie.

L'individuazione della norma regolatrice di una specifica materia riguardo alla quale si configuri un conflitto di leggi pone quindi, in via preliminare, il problema di coordinamento delle, eventualmente divergenti, qualificazioni dei singoli istituti operate dagli ordinamenti in conflitto (c.d. rinvio di qualificazione), che nel caso oggetto di giudizio attiene specificamente all'istituto della revoca testamentaria, venendo al proposito in rilievo la questione se la stessa sia da ricomprendere nella materia successoria, come avviene per il diritto italiano, ovvero in quella matrimoniale, come invece avviene per il diritto inglese in quanto la revoca testamentaria consegue al susseguente matrimonio.

La tesi maggioritaria in dottrina insegna che la qualificazione degli istituti e delle materie deve essere effettuata in base alla *lex fori*, ossia secondo il diritto nazionale del giudice⁹; confortano tale orientamento:

- *da un lato*, la scelta legislativa che si legge nella disposizione onnicomprensiva di cui all'articolo 46, l.n. 218 del 1995, che, non procedendo ad una elencazione delle ipotesi qualificabili come questioni successorie, intende evidentemente considerare come lo statuto successorio abbracci tutti gli aspetti collegati al trasferimento di ogni situazione giuridica facente capo al *de cuius*;

- *dall'altro*, l'insegnamento di Cass. civ., sez. Un., 12 luglio 2019, n. 18832 (in tal senso si veda anche Cass. civ., sez. Un., 24 luglio 2007, n. 16296), secondo cui la giurisdizione del giudice italiano e quella del giudice straniero vanno determinate non già in base al criterio della prospettazione della domanda (ossia in base alla qualificazione soggettiva che l'istante dà all'interesse di cui chiede domanda la tutela), ma in base al diverso criterio secondo cui, ai fini del relativo riparto, non è sufficiente e decisivo avere riguardo alle deduzioni ed alle richieste formalmente avanzate dalle parti,

⁸ Trattasi di uno dei problemi più dibattuti nel diritto internazionale privato; si veda, tra gli altri, A. Bifulco, *Compendio di diritto internazionale privato*, 2017, pg. 13.

⁹ In tal senso, tra gli altri, E. Calò, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, 2007, pgg. 11-12; A. Bifulco, *Compendio di diritto internazionale privato*, 2017, pg. 14.

ma occorre tener conto della vera natura della controversia, da stabilire con riferimento alle concrete posizioni soggettive delle parti in relazione alla disciplina legale della materia;

- *e dall'altro ancora*, alcune pronunce del giudice di legittimità, dalla lettura delle quali emerge la tesi che la qualificazione degli istituti e delle materia deve essere effettuata alla luce del diritto interno, ossia della *lex fori*.

In tal senso possono richiamarsi Cass. civ., sez. II, 29 dicembre 2016, n. 27365, secondo cui l'individuazione della legge applicabile è un dovere officioso del giudice che procede, e Cass. civ., sez. III, 5 dicembre 2014, n. 25735, secondo cui dall'articolo 15 l.n. 218 del 1995, ai cui sensi la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo, discende che il diritto straniero deve essere interpretato dal giudice italiano secondo i criteri ermeneutici suoi propri, ma una volta riconosciuto applicabile alla fattispecie concreta.

L'orientamento minoritario¹⁰ (c.d. teoria della doppia qualificazione), invece, rifacendosi sostanzialmente all'articolo 15, l.n. 218 del 1995, sostiene che tale qualificazione debba operarsi in considerazione della qualificazione data alla fattispecie dall'ordinamento straniero richiamato, per dare significato all'istituto nel quadro e nel contesto normativo complessivo di tale ordinamento.

Accanto a questi vi è poi un terzo orientamento, sostenuto da settori della dottrina comparatistica, secondo il quale la qualificazione degli istituti deve essere effettuata ricercando il comune significato delle espressioni impiegate dalla norma di conflitto nelle legislazioni degli Stati, approccio che potrebbe essere giustificato dalla comune origine e dagli sviluppi simili dei vari istituti civilistici nei sistemi giuridici interessati, ma che nel mondo contemporaneo si scontra con la possibilità di poter eventualmente essere utilizzato solo con riguardo ad un numero ristretto di ordinamenti giuridici tra loro sufficientemente omogenei.

5. La soluzione della Corte.

Sulla base delle considerazioni svolte al paragrafo che precede, allora, in ordine al quesito se, per il combinato disposto degli articoli 13, comma 1, 15 e 46, comma 1, l.n. 218 del 1995, la qualificazione

¹⁰ Si veda F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. I, Parte generale e obbligazioni, 2010, pg. 233 e ss.; P. De Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, 2001,, pg. 143.

degli istituti e delle materie, ai fini dell'individuazione delle norme sostanziali applicabili nei singoli casi, debba operarsi in base all'inquadramento effettuato dall'ordinamento straniero ovvero in base alle norme della *lex fori*, ad avviso di chi scrive merita darsi continuità all'indirizzo secondo cui questa debba seguire la *lex fori*, ossia essere effettuata secondo il diritto nazionale del giudice adito (nel nostro caso, quindi, la legge italiana); e ciò, sia in virtù della scelta legislativa che si legge nella disposizione onnicomprensiva di cui all'articolo 46, l.n. 218 del 1995, che, si ribadisce, non procedendo ad una elencazione delle ipotesi qualificabili come questioni successive, intende evidentemente considerare come lo statuto successorio abbracci tutti gli aspetti collegati al trasferimento di ogni situazione giuridica facente capo al *de cuius*; sia in virtù delle pronunce rese giudice di legittimità ed indicate al precedente paragrafo 4. (*supra*, pagine 5 e 6), dalla lettura delle quali emerge la tesi che la qualificazione degli istituti e delle materia deve essere effettuata alla luce del diritto interno; e sia, *last but not least*, per ragioni di certezza del diritto derivanti dall'uniformità del *decisum* che assicura il principio della *lex fori* al c.d. rinvio di qualificazione.

Le norme di diritto internazionale privato, infatti, pur essendo dirette alla determinazione del diritto applicabile a fattispecie con elementi di estraneità, appartengono comunque all'ordinamento interno, ed in mancanza di indicazioni contrarie non si può ritenere che il legislatore abbia inteso dare alle espressioni adoperate in questo contesto un significato diverso da quello solito; l'interpretazione di qualificazione della fattispecie astratta, infatti, consiste nel vedere qual è il campo di applicazione della norma di conflitto che, essendo norma dell'ordinamento interno, non potrà che essere interpretata sulla base della *lex fori*.

Va poi osservato come l'individuazione dell'ordinamento sulla cui base qualificare la fattispecie avvenga applicando la norma di conflitto e come costituisca quindi un'evidente inversione logica servirsi di categorie giuridiche e di canoni ermeneutici propri dell'ordinamento straniero richiamato per individuare la norma di conflitto del foro che deve operare il richiamo.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto la bontà di una tale soluzione, affermando, nella sentenza Cass. civ., sez. Un, 5 febbraio 2021, n. 2867, il principio di diritto secondo cui <<*In tema di diritto internazionale privato, il giudice che debba individuare quale sia la norma di conflitto*

applicabile è tenuto preliminarmente a qualificare la fattispecie sottoposta al suo esame secondo i canoni propri dell'ordinamento italiano, cui tale norma appartiene>>.

Argomenta in particolare la Corte che l'articolo 15 l.n. 218 del 1995, pur imponendo di interpretare il diritto straniero, operante in Italia alla stregua delle norme di diritto internazionale privato, secondo le norme sue proprie, non affronta specificamente la questione della qualificazione degli istituti, e che, di conseguenza, il significato delle espressioni giuridiche connotanti le categorie di fattispecie deve essere determinato sulla base dei canoni della *lex fori*, nel caso di che trattasi della legge italiana essendo stato adito il giudice italiano.

Sulla base di tanto, allora, in relazione alla fattispecie concreta deve ritenersi che l'istituto del Wills Act 1837, ed in particolare il profilo relativo alla natura della revoca testamentaria che lo connota, debba essere ricondotto nell'alveo del diritto successorio e non già in quello del matrimonio, come vorrebbe invece la legge inglese, e conseguentemente essere regolato dalle norme di conflitto contenute negli articoli 13 e 46, l.n. 218 del 1995.

6. Il principio di personalità ed universalità della successione e l'istituto del rinvio. Il sistema successorio previsto dalla legge inglese.

La successione nell'ordinamento inglese si caratterizza per la seguente disciplina:

- la delazione riguarda individualmente i singoli beni facenti parte dell'asse ereditario e non già l'intero asse ereditario inteso come *universitas iuris*;
- i diritti successori non si trasmettono agli eredi in via automatica alla morte del *de cuius*, essendo prevista una fase di amministrazione conferita ad un organo terzo (*executor* o *administrator*), che ha il compito di procedere alla ricognizione dell'attivo e del passivo, alla liquidazione dei beni, ove occorra, al pagamento dei debiti ed alla successiva attribuzione del residuo agli aventi titolo;
- non è conosciuto il diritto di legittima;
- trattasi di ordinamento che adotta il c.d. criterio scissionista, postulando l'assoggettamento della successione a discipline diverse in base alla natura ed alla situazione dei beni compresi nell'eredità; in particolare la successione relativa ai beni mobili è disciplinata dalla legge del domicilio del *de cuius*, mentre per gli immobili si applica la legge di situazione dei beni (*lex rei sitae*).

Abbracciando, invece, il nostro ordinamento il diverso principio dell'unità e dell'unitarietà della successione, si pone il problema se l'operatività del rinvio *ex* articolo 13, comma 1, legge n. 218 del 1995, sia esclusa quando la legge straniera sia in contrasto tale principio, recepito dal nostro ordinamento nell'articolo 46, legge n. 218 del 1995.

Ad avviso di chi scrive deve escludersi che tale principio costituisca un limite di operatività all'istituto del rinvio¹¹, sia perché non è principio di ordine pubblico¹², avente quindi portata assoluta e inderogabile, in quanto derogato da Convenzioni internazionali, sia perché tale limite non è specificato in relazione alla materia successoria, sia in virtù dell'istituto della *professio iuris* di cui all'articolo 46, comma 2, l.n. 218 del 1995, sia, infine, in adesione alle esigenze legate al dinamismo della vita contemporanea, ove l'attività economica si svolge su scala globale allentando inevitabilmente il legame tra soggetto e territorio, con la conseguenza che la disciplina successoria ben può essere sottoposta ad una pluralità di legislazioni che determinino la formazione di una pluralità di masse sottoposte ad autonoma disciplina, posizione questa già sostenuta dalla Procura generale della Corte di Cassazione nel ricorso definito con ordinanza n.ro 18832 del 12 luglio 2019, anche se va rimarcato come, sul piano interpretativo, la dottrina sostenga che deve comunque garantirsi un ruolo di rilievo, ai fini della risoluzione di problemi di coordinamento, al principio di personalità ed universalità della successione, anche alla luce del richiamato Reg. UE n. 650 del 2012.

Tale orientamento viene espressamente confermato dalle Sezioni Unite della Corte di legittimità nella pronuncia richiamata, n.ro 2867 del 2021, laddove espressamente viene escluso che il principio dell'unità e dell'unitarietà della successione costituisca principio di ordine pubblico, ai sensi del disposto di cui all'articolo 16 l.n. 218 del 1995, e si afferma invece che il principio della scissione opera sia nell'ambito di una successione *ab intestato* che di una successione testamentaria; nella concreta fattispecie, quindi, quale conseguenza del rinvio del diritto internazionale privato italiano al

¹¹ In tal senso si vedano: F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, Parte speciale, 2006, pg. 147. L. Fumagalli, *Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato*, in Riv. dir. intern. priv. e proc., ottobre-dicembre 1997, 837; R. Clerici, *Articolo 46, (Successioni per causa di morte)*, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, pg.1134; M.B. Deli, *Art. 46, Successioni*, in Le nuove leggi civili commentate, n. 5-6-, 1996, pg. 1284. E. Calò, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, 2007, 38-39.

¹² In tal senso L. Fumagalli, *Rinvio e unità della successione nel nuovo diritto internazionale privato*, in Riv. dir. intern. priv. e proc., ottobre-dicembre 1997, 840.

diritto privato internazionale inglese e del correlato rinvio indietro previsto da quest'ultimo, si determina l'effetto della cosiddetta "scissione" tra i beni immobili e i beni mobili del defunto, e la legge che governa la successione inerente ai beni immobili viene identificata nella legge italiana, ovvero quella dello Stato in cui i beni si trovano (*lex rei sitae*), mentre la legge che governa la successione inerente ai beni mobili, per contro, è la legge inglese, quale legge del domicilio del defunto.

7. Il problema dell'individuazione dell'ordinamento alla cui stregua va effettuata la qualificazione dei singoli istituti.

Ove si debba tenere conto delle norme di rinvio contenute nella legge straniera e queste prevedano il sistema della scissione, in ordine al quesito se e in quali limiti e con quale modalità detto rinvio investa anche la validità ed efficacia del titolo successorio e quindi possa operare in modo parziale, cioè con riferimento solamente a taluni beni facenti parte dell'asse ereditario, dalla ritenuta non assolutezza del principio di universalità ed unità della successione consegue che, in virtù dell'istituto del rinvio riconosciuto dalla legge nazionale all'articolo 13 l.n. 218 del 1995, la stessa disciplina successoria ben può essere sottoposta ad una pluralità di legislazioni, come avviene nella concreta fattispecie, per la decisione della quale trova applicazione il diritto inglese basato sul principio c.d. scissionista, in virtù del quale, come ricordato, la successione relativa ai beni mobili è disciplinata dalla legge del domicilio del *de cuius*, mentre per gli immobili si applica la legge di situazione dei beni (*lex rei sitae*), con la conseguente formazione di una pluralità di masse sottoposte ad autonoma disciplina.

In effetti, va rimarcato come lo scopo delle disposizioni di diritto internazionale privato sia quello di individuare la legge materiale applicabile alla concreta fattispecie che, secondo il diritto inglese, contempla, in caso di immobili situati all'estero, il rinvio alle disposizioni di altro ordinamento, se esso è accettato; né deve ritenersi abbia fondamento l'argomentazione puramente letterale secondo la quale l'articolo 13, legge n. 218 del 1995, prevede solo il rinvio "altrove" ed il rinvio "indietro", ma non anche il rinvio parziale: è evidente, infatti, che, accettando l'articolo 13 il rinvio *tout court*, si deve ritenere che esso accetti anche il rinvio parziale, altrimenti il legislatore avrebbe espressamente esplicitato eventuali limiti in deroga alla regola generale dell'accettazione, in quanto è solamente la *professio iuris*, espressa nelle forme vincolate di cui all'articolo 46, comma 2, legge n. 218 del 1995,

che, ai sensi dell'articolo 13, comma 2, legge n. 218 del 1995, esclude il rinvio indietro, mentre, in assenza di *professio iuris* espressa nelle suddette forme vincolate, trova applicazione il comma 1, dell'articolo 13, legge ult. cit., che regola il diverso caso in cui non vi è stata alcuna scelta e deve trovare applicazione la legge nazionale del *de cuius*, dovendosi quindi tener conto, in questo caso, del rinvio indietro operato dalla legge inglese alla *lex rei sitae*.

Sulla base delle considerazioni che precedono, allora, ad avviso di chi scrive il rinvio alla *lex rei sitae*, oggetto della norma straniera richiamata quanto alla disciplina successoria relativa al compendio immobiliare, opera con riferimento alla disciplina stessa del titolo successorio e non già limitatamente all'applicabilità delle disposizioni concernenti le modalità di acquisto dei beni ereditari¹³; non trova infatti alcun riscontro letterale né interpretativo, nella legge n. 218 del 1995, l'avversa prospettazione secondo la quale il rinvio della legge inglese a quella italiana, riguardo alla successione dei beni immobili che si trovano nel territorio italiano, debba intendersi limitato agli atti amministrativi di autorizzazione, di immissione in proprietà, delle formalità di controllo e di vidimazione e non debba invece riguardare la devoluzione dell'eredità stessa intesa quale individuazione delle categorie dei successibili ed attribuzione delle relative quote, in quanto una tale interpretazione non trova conforto nella legge italiana ed è contraria al principio vigente nell'ordinamento inglese, secondo il quale il modo in cui l'eredità si devolve, quanto ai beni immobili, è proprio quello della legge del luogo ove essi si trovano secondo le disposizioni che disciplinano la materia della successione in tale Stato, in ossequio al brocardo latino *quot territoria tot haereditates*.

Tanto non può comportare, peraltro, sempre ad avviso di chi scrive, l'abbandono del tradizionale principio *nemo pro parte intestato pro parte testato decedere potest*, in quanto l'individuazione della vocazione ereditaria, ossia di chi è chiamato a succedere al *de cuius*, deve necessariamente sempre avvenire sulla base delle disposizioni vigenti nell'ordinamento la cui legge è stata ritenuta applicabile per disciplinare la fattispecie, ossia l'evento successorio, e nel caso di che trattasi, quindi, la legge inglese, ossia la legge nazionale del *de cuius* al momento della morte, in virtù del disposto di cui all'articolo 46, comma 1, l.n. 281 del 1995, unico rimanendo, infatti, l'evento

¹³ In relazione a tale distinzione si vedano: E. Vitta, *Diritto internazionale privato*, III, 1975, pg. 179; P. De Cesari, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, 2001, pg. 150; F. Mosconi e C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, Parte speciale, Seconda edizione, 2006, 158-159.

successorio che è, prima che giuridicamente, naturalmente collegato ad un unico accadimento, ossia la morte di un soggetto della cui eredità si controverte.

E secondo l'ordinamento inglese, ritenuto applicabile, va quindi determinata la vocazione ereditaria che, in virtù del *Will Acts* del 1946, deve considerarsi effettuata *ab intestato*, dovendosi ritenere revocato, per effetto del susseguente matrimonio, il testamento redatto dal *de cuius*; solo successivamente all'individuazione del titolo di vocazione - eredità *ab intestato* - vigendo nell'ordinamento inglese il c.d. principio scissionista e riguardando la delazione individualmente i singoli beni facenti parte dell'asse ereditario, la successione relativa ai beni mobili seguirà la legge del domicilio del *de cuius*, mentre quella relativa agli immobili seguirà la legge di situazione dei beni (*lex rei sitae*), ossia la legge italiana, nella cornice, peraltro, della individuata e qualificata chiamata *ab intestato* degli eredi.

8. La soluzione della Corte.

In difformità da quanto argomentato al paragrafo che precede, invece, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella richiamata sentenza n. 2867 del 2021, hanno affermato il principio secondo cui <<*Allorché la legge nazionale che regola la successione transnazionale, ai sensi della [L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 46](#) sottopone i beni mobili alla legge del domicilio del de cuius e rinvia indietro alla legge italiana, come consentito dalla [L. n. 218 del 1995, art. 13](#), comma 1, lett. b), per la disciplina dei beni immobili compresi nell'eredità, si verifica l'apertura di due successioni e la formazione di due distinte masse, ognuna assoggettata a differenti regole di vocazione e di delazione, ovvero a diverse leggi che verificano la validità e l'efficacia del titolo successorio (anche, nella specie, con riguardo ai presupposti, alle cause, ai modi ed agli effetti della revoca del testamento), individuano gli eredi, determinano l'entità delle quote e le modalità di accettazione e di pubblicità ed apprestano l'eventuale tutela dei legittimari*>>.

Le ragioni poste alla base di tale conclusione si fondano sull'argomentare che la ricorrenza di un sistema scissionista nella disciplina della successione transazionale comporta l'apertura di due (o più, se più sono gli Stati in cui esistono beni immobili del defunto) successioni e la formazione di due distinte masse, ognuna assoggettata a differenti regole di vocazione e di delazione, ovvero a diverse

leggi deputate a verificare il titolo della chiamata, la validità e l'efficacia del titolo successorio, ad individuare gli eredi, a determinare l'entità delle quote e le modalità di accettazione e di pubblicità.

Ad avviso della Corte, quindi, l'ambito di applicazione della *lex successionis*, a fronte di un ordinamento che contempra il c.d. principio scissionista distinguendo, come nella concreta fattispecie, la successione mobiliare e quella immobiliare, abbraccia tutti i momenti in cui si sviluppa il procedimento successorio, compreso quello iniziale della devoluzione, oltre a quelli successivi della trasmissione ereditaria dei beni ed eventualmente della divisione, regolando così anche il momento iniziale dell'individuazione dei soggetti chiamati a succedere e quindi la stessa vocazione ereditaria, oltre a quelli successivi della determinazione delle quote, delle modalità materiali e delle formalità di acquisto dei beni.

Trattasi di tesi che, secondo chi scrive, non merita di essere condivisa in quanto prova troppo, giungendo a sostenere la duplicità delle delazioni ereditarie, testamentaria ed *ab intestato*, nelle successioni transnazionali caratterizzate dall'applicazione del principio scissionista, ossia non solo formazione di una pluralità di masse, ma addirittura <<l'apertura di due successioni>>, evento questo che, da un lato contrasta con l'accadimento fenomenico e naturale dell'unicità dell'evento successorio conseguente all'unicità dell'evento mortale e del soggetto *de cuius hereditate agitur*, e dall'altro non trova alcun fondamento positivo negli ordinamenti richiamati, ossia in quello inglese ed italiano, tanto è vero che, abbracciando tale costruzione, deve conseguentemente sostenersi, per coerenza di ragionamento, la revoca di quella sola parte del testamento del *de cuius* destinato ad essere disciplinato dalla legge inglese e non già di quella inerente la successione immobiliare disciplinata dalla *lex rei sitae* e quindi dal diritto italiano, affermandosi quindi una ancora più singolare revoca parziale del testamento che non solo contrasta con il tradizionale principio *nemo pro parte intestato pro parte testato decedere potest*, ma che non trova alcun concreto precipitato normativo a sostegno negli ordinamenti interessati.

Paolo Bruno

Quale (fuori) ruolo per i magistrati italiani all'estero?

Sommario: 1. I termini della questione. 2. L'orientamento del CSM sugli incarichi all'estero. 3. Il dogma delle "carriere parallele": un dialogo tra sordi. 4. Uno sguardo all'esperienza francese, spagnola e tedesca. 5. Interessi strategici nazionali e ruolo dei magistrati. 6. Qualche proposta operativa. 7. Conclusioni

1. I termini della questione

Tra i temi che animano le discussioni tra i magistrati italiani, pochi hanno trasversalmente riscosso così poca attenzione ma allo stesso tempo aprioristiche chiusure come quello del collocamento fuori ruolo all'estero.

Mentre infatti il più ampio dibattito sui fuori ruolo nazionali, sia per ragioni numeriche che per l'esposizione mediatica di certi incarichi, ha stimolato più ampie riflessioni e vigorose prese di posizione – compendiate nelle numerose risoluzioni, circolari e risposte a quesito del CSM che si lascia volentieri al lettore il piacere di compulsare – quella sull'impiego del personale di magistratura all'estero è questione che riguarda pochi soggetti.

Il che, lungi dal costituire una giustificazione per il disinteresse con cui è affrontato, è invece, come si cercherà di dimostrare più avanti, proprio una delle ragioni del generale fraintendimento e della chiusura che riscuote ogni timida proposta di allargamento dell'istituto, per non parlare delle ancor meno gradite ipotesi di estensione (e finanche abolizione) del limite decennale derivante dall'art.50(2) del D. Lgs. n.160/2006

Nondimeno, chi scrive crede che plurime ed importanti siano le ragioni per cui questo dibattito dovrebbe essere ricondotto nell'alveo di una più generale riflessione sul concetto di "interesse nazionale" e sganciato dalla fuorviante polemica sugli organici di magistratura all'interno della quale finisce per diluirsi.

Ebbene, se il punto di partenza delle attuali riflessioni sul tema è che si tratti di questione che interessa solo uno sparuto gruppo di privilegiati ai quali è risparmiato l'affanno quotidiano delle udienze e l'incubo delle statistiche, pare evidente come ben poco spazio vi sia per considerare con

onestà intellettuale pro e contro del sacrificio di poche unità (attualmente) o poche decine (in prospettiva) di posti sull'altare delle esigenze di copertura dell'organico di magistratura in Italia.

Il fatto, poi, che la vera posta in gioco sia talvolta evidente solo a chi effettivamente svolge tali funzioni – e riesce a cogliere appieno le ricadute benefiche che l'intera categoria avrebbe da un suo maggiore coinvolgimento nei tavoli europei ed internazionali – innesca un circolo perverso che impedisce un sereno dibattito sul punto.

Sembra inoltre che il diffuso malessere dei magistrati italiani, riconducibile alle difficili condizioni di lavoro nella maggior parte degli uffici giudiziari, renda poco appetibile per i rappresentanti dei magistrati nei consessi associativi sposare un'idea così culturalmente lontana dallo stereotipo del giudice o procuratore che deve “stare in ufficio” piuttosto che occuparsi di questioni “altre” rispetto all'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Senonché, la netta separazione tra l'esercizio da parte dei magistrati di funzioni giurisdizionali da un lato, e para-giurisdizionali o amministrative dall'altro, è prerogativa quasi esclusiva del nostro Paese, laddove altri Stati membri dell'Unione Europea hanno da tempo compreso che soprattutto il processo legislativo nei contesti multilaterali deve essere presidiato da coloro che – per ovvie ragioni – sono più in grado di cogliere l'impatto della legge europea sul tessuto normativo nazionale.

Si imporrebbe, a parere di chi scrive, un cambio totale di prospettiva, con l'adozione di una strategia nazionale chiara e meditata che, partendo dai meccanismi di reclutamento dei magistrati più idonei ad operare in tali contesti, passi attraverso la creazione di percorsi di crescita e valorizzazione delle loro competenze per approdare infine alla istituzione di figure professionali che pur restando nell'ordine giudiziario siano in grado di riversare le loro competenze sui colleghi al contempo difendendo e perseguendo gli interessi strategici del Ministero della Giustizia e del Governo italiano sotto la supervisione del Consiglio Superiore della Magistratura.

2. L'orientamento del CSM sugli incarichi all'estero.

Come è noto, ed in via di estrema sintesi, l'istituto del collocamento fuori ruolo trova la sua fonte primaria nell'art.58 D.P.R. n.3/1957, esteso ai magistrati dall'art.276, comma 3, R.D. n.12/1941, ed

incide sul rapporto di servizio comportando una modifica dell'attività lavorativa consistente nell'instaurazione temporanea di un rapporto con un ente diverso da quello di appartenenza.

Successivamente, l'art.50, comma 2, D.Lgs. n.160/06 ha previsto un limite complessivo decennale di permanenza fuori ruolo, con esclusione – per quanto qui di interesse – dei soli incarichi di “*componente delle Corti internazionali, comunque denominate*” (art.1, comma 70, L. n.190/2012) che è stato ribadito dalle disposizioni secondarie di settore: incarichi che pure non hanno trovata una piana interpretazione dell'obiettivamente chiaro dettato normativo, come si vedrà oltre.

Muovendosi in tale cornice normativa, l'organo di autogoverno della Magistratura ha nel tempo fissato dei limiti piuttosto rigidi rispetto all'autorizzazione di incarichi all'estero, da un lato assicurando il condivisibile obiettivo di fare sì che l'acquisizione di competenze “eccentriche” rispetto a quelle proprie del magistrato non ne depauperino eccessivamente il bagaglio di conoscenze – anche in vista del suo obbligatorio rientro in ruolo – ma dall'altro esprimendo un evidente disfavore per l'impiego di personale di magistratura in contesti che, forse in modo troppo frettoloso, sono stati giudicati come non importanti.

Si sono quindi susseguite plurime prese di posizione, non sempre del tutto coerenti, che in alcuni casi hanno tracciato una discutibile (a parere di chi scrive) differenza tra attività internazionali nei quali i magistrati hanno agito per conto del CSM (beneficiando del mantenimento in ruolo, ma con esonero totale dall'attività giudiziaria) e attività internazionali che – pur autorizzabili – non costituiscono “compiti istituzionali” dell'amministrazione ove essi prestano servizio e pertanto necessitano del previo collocamento fuori ruolo.

Ora, non è questa la sede per procedere ad una dettagliata disamina delle ragioni che hanno portato nel tempo il Consiglio Superiore dapprima a creare questo “doppio binario” (cfr. circolare 6.12.2012) ed in seguito ad abolirlo (cfr. circolare 22.07.2020) ma ci pare che un approccio che predilige delle attività di cooperazione internazionale basate sulla stipula di accordi nel quadro di programmi di allargamento o sostegno alle riforme di un Paese terzo – come tali a partecipazione non obbligatoria – rispetto all'espletamento di incarichi presso Istituzioni a cui l'Italia è invece tenuta a partecipare in ossequio agli accordi internazionali, sia poco convincente.

A ciò si aggiunga che l'impianto normativo, primario e secondario, che ha creato una rigida divisione tra posizioni in ruolo e posizioni fuori ruolo costituisce – come si dimostrerà nel prosieguo – una peculiarità tutta italiana.

Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura lo riconosce quando, nell'attuare un *revirement* sulla nomina del membro nazionale di Eurojust che ai sensi dell'art.7 del Reg. (UE) n.1727/2018 deve avere “lo status di magistrato del pubblico ministero, giudice o rappresentante dell'autorità giudiziaria con prerogative equivalenti a quelle di un pubblico ministero o giudice a norma del diritto nazionale” si trova ad ammettere che “*la distinzione dell'attività dei magistrati in ruolo e fuori ruolo non trova applicazione nella maggioranza degli ordinamenti degli altri Stati membri (...) e ciò spiega perché la normativa europea non abbia considerato tale problematica e si sia da tempo indirizzata sic et simpliciter verso la creazione di nuove figure di magistrati dei diversi Stati membri operanti in territorio europeo ed esercenti anche vere e proprie funzioni giurisdizionali*” (cfr. la recente risoluzione del 18.11.2020).

All'interno del *genus* delle posizioni fuori ruolo, la strada senza uscita che il ragionamento dell'organo di autogoverno è costretto a percorrere gli impone una ulteriore distinzione tra *species*: attività meramente amministrative (come sono ad esempio considerate quelle svolte all'interno dei servizi della Commissione europea, o nelle stesse Rappresentanze Permanenti presso le organizzazioni internazionali, con buona pace per queste ultime del fatto che si tratti di attività in un certo senso “a copertura necessaria” in quanto parte integrante del processo legislativo sovranazionale); attività propriamente giurisdizionali che tuttavia – chissà perché – sono tali solo se esercitate in qualità di giudice delle Corti di Giustizia di Lussemburgo o di Strasburgo e non presso un Tribunale internazionale costituito in un Paese terzo (cfr. delibera 9.09.2020) ed infine di quello che la sopra citata risoluzione individua come un “*tertium genus di attività espletabile da parte dei magistrati italiani, venendo in causa l'esercizio di poteri misti, amministrativi e giudiziari, al servizio anche, ma non solo, dell'amministrazione della giustizia italiana ed in un ambito operativo che supera i confini nazionali*”.

Non sfuggirà a chi legge che quest'ultima affermazione ha il sapore di un'epifania: si riconosce per la prima volta che l'esercizio di un'attività non strettamente giurisdizionale rende un servizio

all'amministrazione della giustizia italiana. In altre parole, non si tratta di soddisfare un capriccio personale del magistrato, ma di arricchire – per suo tramite – l'intero ordine giudiziario e di influire attivamente sulle scelte sovranazionali che hanno ricadute nel proprio Paese e che condizioneranno direttamente l'amministrazione della giustizia.

La distinzione tra attività in ruolo e fuori ruolo costituisce dunque, a modesto parere di chi scrive, una sovrastruttura ideologica che non solo non trova un reale corrispondente nella realtà, come dimostra la figura ibrida del magistrato di collegamento (creato con l'Azione comune, del 22 aprile 1996, 96/277/GAI per svolgere *“qualsiasi attività intesa a facilitare nonché accelerare, in particolare tramite l'istituzione di contatti diretti con i servizi competenti e con le autorità giudiziarie dello Stato di destinazione, tutte le forme di cooperazione giudiziaria in campo penale e, se del caso, civile”*) ma che imbriglia l'azione del Ministero della giustizia e del Consiglio Superiore in una difficile attività di selezione – sulla base di interpretazioni talora del tutto soggettive delle caratteristiche effettive dell'attività svolta – di funzioni che non sempre è facile inquadrare in uno schema predeterminato, e che comunque si riverbera nella estrema difficoltà del magistrato italiano ad accedere alle posizioni aperte in ambito internazionale.

Insomma, se per un magistrato francese o tedesco la corsa ad ostacoli si svolge solo sul terreno della competizione con gli altri aspiranti, per quello italiano il percorso inizia già in Italia.

Pertanto, viene da chiedersi, se la cooperazione giudiziaria transfrontaliera costituisce estrinsecazione e proiezione esterna dell'attività giurisdizionale, per quale motivo solo alcuni segmenti di quella cooperazione sono valutati come giurisdizionali ed altri sono reputati amministrativi?

Si pensi, ancora a titolo di esempio, al posto di referendario alla Corte di Giustizia: che etichetta merita l'attività di un magistrato nazionale che entra a far parte del gabinetto di un giudice della Corte e che da questi viene incaricato di studiare la causa, proporne la soluzione e redigere personalmente la motivazione? Si tratta di una attività evidentemente non giurisdizionale in senso stretto perché il referendario non firma la sentenza, ma indubbiamente ne è l'artefice ed il redattore della motivazione. È ammissibile che il mero dato formale della mancanza di sottoscrizione, recidendo il nesso di collegamento tra l'atto materiale e la sua imputazione giuridica all'autore, comporti un *downgrade* del suo operato a mera attività amministrativa?

Si potrebbe forse pensare che chi sostiene tale approccio formalistico perda di vista l'importanza – per il giudice della Corte chiamato a valutare la compatibilità di una norma nazionale con l'atto normativo europeo – di avere al suo fianco un testimone diretto dell'applicazione della prima, della sua interpretazione giurisprudenziale nazionale, dei margini di manovra per assicurarne un giudizio di conformità al dettato normativo sovraordinato. Ciò al contempo attuando un benefico trasferimento di conoscenze che dal magistrato nazionale si comunicano al giudice europeo, e viceversa, assicurando una indispensabile osmosi tra rappresentanti di diverse giurisdizioni.

Eppure, compulsando le varie risoluzioni del Consiglio Superiore è possibile rinvenire delle prese d'atto ragionevoli come quella contenuta nella già citata delibera del 6.02.2012 che – nell'esaminare la posizione degli esperti reclutati dallo stesso CSM per collaborare ad importanti progetti internazionali – aveva giustamente rilevato come *“l'impegno in contesti internazionali di cooperazione costituisce, peraltro, anche un'utilità per la qualità della giurisdizione, riversandosi inevitabilmente, le esperienze maturate dal singolo magistrato, nel circuito di comunicazione interno alla magistratura”* e sottolineato che nell'ambito di quei progetti *“i magistrati interessati esercitano funzioni che il Consiglio ha assunto come proprie”*, così giungendo a decidere che gli stessi avrebbero potuto godere dell'esonero totale dall'attività giurisdizionale piuttosto che essere collocati fuori del ruolo organico.

Questo approccio, che già abbiamo criticato per aver capovolto l'ordine logico delle priorità tra attività volontarie ed obbligatorie, nondimeno aveva il pregio di riconoscere che alcune di esse meritassero un esonero totale dall'attività giudiziaria ed avrebbe potuto essere esteso a tutte le attività all'estero ritenute strategiche, previa correzione delle sue ricadute negative (scopertura di fatto del posto a fronte di una sua occupazione virtuale da parte del magistrato assegnatario) attraverso l'intervento di cui si dirà nell'ultimo paragrafo.

Spiace, invece, constatare che esso non ha retto alla furia iconoclasta che si è abbattuta sull'espletamento di funzioni diverse da quelle giurisdizionali, ed è stato da ultimo abbandonato dal Consiglio.

3. Il dogma delle “carriere parallele”: un dialogo tra sordi.

Orbene, come è evidente dalla lettura delle delibere consiliari che riguardano il tema che ci occupa, comune denominatore del ragionamento dell'organo di autogoverno – se non addirittura una delle direttrici principali – è l'esigenza di evitare le c.d. carriere parallele, ovverosia il distacco del magistrato dalla giurisdizione per un periodo di tempo giudicato talmente lungo da far insorgere il rischio che si recida completamente il legame tra il medesimo e l'ordine a cui appartiene.

Senonché, ritiene chi scrive che il concetto di carriera parallela – e ve ne è prova nell'esperienza di segno opposto fatta in altri Paesi dell'Unione Europea protagonisti delle decisioni sovranazionali – non contraddica necessariamente la specialità dell'appartenenza all'ordine giudiziario, e dall'altro sia in fondo niente più che un portato della generale noncuranza con cui nella vita pubblica del nostro Paese sono stati sempre considerati gli impegni negli scenari internazionali; noncuranza che a sua volta genera diffidenza, e porta a ritenere che a parità di urgenza debba prevalere quella interna, ragione per cui sottrarre una risorsa ad una categoria professionale per impiegarla laddove si gestiscono affari “altrui” è sbagliato.

La stessa noncuranza che, con buona pace della tendenza all'approfondimento che dovrebbe contraddistinguere chi esercita la giurisdizione, porta molti di essi a considerare una *sine cura* il distacco all'estero, e che su un piano più generale risente storicamente delle incertezze della nostra politica estera ed in particolare delle ragioni opportunistiche che portarono l'Italia a condividere (senza mai abbracciarlo pienamente) il progetto europeo.

Su questo substrato ideologico si innesta una peculiarità propria della magistratura: la diffusa convinzione di appartenere ad un ordine la cui alta funzione può essere esercitata solo da professionisti che non hanno altro desiderio che quello di vivere in un'aula giudiziaria; persone che vivono il loro lavoro come una missione che, per definizione, non ammette né legittima lo svolgimento di mestieri della giustizia diversi dalla partecipazione al processo.

Tuttavia, è modesta opinione di chi scrive che da questo angolo visuale si riesca in fondo a cogliere solo una parte del dipinto.

Innanzitutto, non può negarsi che i magistrati siano tra loro profondamente diversi.

C'è chi ha una spiccata attitudine alla speculazione intellettuale e scrive dotti provvedimenti, e chi scrive meno ma riesce a conciliare più cause degli altri; ci sono formidabili dirigenti e c'è chi ha

difficoltà ad organizzare il proprio stesso ruolo; ci sono i colleghi appassionati e competenti nell'uso degli strumenti informatici, e quelli particolarmente sensibili alla dimensione internazionale delle tematiche giuridiche. Si potrebbe continuare a lungo, ma è forse più importante sottolineare come l'assecondare queste inclinazioni dovrebbe essere visto come un valore aggiunto e non un sintomo di poca affezione all'esercizio della giurisdizione.

Allo stato, invece, pare che il dibattito di cui trattasi si risolva nell'antinomia tra il modello positivo del magistrato in ruolo, sacrificato sull'altare di una esasperata produttività, e il modello negativo del magistrato fuori ruolo, perso in uffici di cui si presume l'inutilità.

Spostare il *focus* del ragionamento significa allora considerare che un magistrato sottratto alla giurisdizione non è un magistrato perso: è un magistrato guadagnato ad un'altra funzione altrettanto importante, per la sua o per altra amministrazione.

Acquisendo una consapevolezza di questo genere, viene meno lo stesso concetto di "carriera parallela", di cui peraltro l'elaborazione consiliare non chiarisce del tutto i contorni negativi (salvo in generale dare per scontato che si tratti di qualcosa da evitare a tutti i costi, ed in particolare insistere sul concetto di "allontanamento dalla giurisdizione") e che nei dibattiti tra magistrati nelle mailing list addirittura si riduce – ancor più tristemente – all'equazione "carriera parallela-doppio stipendio".

Sennonché, quanto all'allontanamento dalla giurisdizione, siano consentite due osservazioni.

La prima è che, se lo si vuole evitare, tutti gli attori nazionali coinvolti dovrebbero porre una maggiore attenzione all'attività svolta oltre frontiera e cercare attivamente di consolidare il legame con il magistrato distaccato all'estero sulla base di uno scambio virtuoso di conoscenze, supporto ed informazioni, sostenendone le aspirazioni che coincidono con l'interesse della propria amministrazione.

Se ciò non avviene, e si abdica al dovere di governare il fenomeno, allora ciò che si verifica non è l'inizio di una carriera parallela ma ben più seriamente l'inizio di un allontanamento irreversibile dall'ordine giudiziario per perseguire (spesso in totale autonomia) un percorso lavorativo che porterà beneficio solo al magistrato interessato.

La seconda considerazione attiene al timore dell'organo di autogoverno che un'esperienza troppo lunga al di fuori del ruolo organico si tramuti in una incapacità sopravvenuta di fare il giudice o il procuratore (il che peraltro andrebbe dimostrato nel caso concreto, e non considerato come un

assioma): se così è, tuttavia, la soluzione può agevolmente trovarsi – come in altri Paesi dell’UE – nel disporre che quel magistrato sia riassorbito nei ruoli amministrativi del Ministero della Giustizia o di altra amministrazione dello Stato dove le sue competenze possano essere valorizzate.

Niente di diverso, peraltro, rispetto a quanto gli odierni progetti di legge sembrano proporre per risolvere il problema delle c.d. porte girevoli tra politica e magistratura.

Quanto, invece, alla preoccupazione che il magistrato non percepisca un doppio stipendio, anche quest’ultimo rilievo andrebbe ricondotto nell’alveo di un’indagine ancorata a dati normativi: non esiste alcun posto nazionale o internazionale in cui si percepisca un doppio stipendio, ma al più un cumulo tra stipendio e indennità di varia natura (che nel caso degli incarichi internazionali sono peraltro destinate a sopperire agli ingenti costi della vita all’estero, e sono peraltro previste dalla legge e non lasciate alla libera contrattazione individuale o al libero arbitrio dell’amministrazione presso cui egli viene distaccato).

Chi scrive, sicuramente per sua incapacità, non riesce ad intravedere una ragione dirimente – anche tenuto conto delle peculiarità dello *status* del magistrato – per la quale non possa immaginarsi che la sua competenza sia messa al servizio di un’altra amministrazione senza che ciò debba inevitabilmente tradursi in una sua perdita di legittimazione all’esercizio delle funzioni giurisdizionali, fosse anche dopo un lungo periodo di tempo.

4. Uno sguardo all’esperienza francese, spagnola e tedesca.

I cugini d’oltralpe, come pure i magistrati spagnoli e quelli tedeschi, non devono invece preoccuparsi troppo di incorrere nella tagliola dei limiti temporali imposti dal nostro legislatore, e non a caso frequentano più assiduamente – in numero ed in durata dei rispettivi mandati – i palazzi delle Istituzioni, come pure le varie entità sovranazionali ove non mancano di fornire il loro apporto tecnico, ed al contempo tutelare l’interesse nazionale dei rispettivi Paesi.

La scelta operata nei rispettivi ordinamenti giudiziari è stata, difatti, radicalmente diversa e tradisce il diverso approccio culturale: più orientato al vantaggio che il distacco produce, magari nel contesto di una complessiva strategia nazionale, rispetto al disagio della vacanza creatasi nell’organico di magistratura.

Non è infatti infrequente imbattersi, nei contesti multilaterali, in colleghi stranieri che nel corso della loro carriera hanno più volte alternato periodi, anche brevi, di esercizio effettivo dell'attività giudiziaria ad altri, decisamente più lunghi, di distacco nelle varie Istituzioni ove il proprio bagaglio di competenze era richiesto (magistrato di collegamento, membro nazionale di Eurojust, consigliere diplomatico o giuridico del Ministro della Giustizia, membro del gabinetto di un commissario europeo, etc.).

E così un esame delle rispettive leggi di ordinamento giudiziario rivela, ad esempio, che i magistrati francesi si distinguono tra loro in tre categorie: i magistrati requirenti, quelli giudicanti e quelli destinati al Ministero della Giustizia, per i quali ultimi nemmeno si pone – dunque – un problema di “fuori ruolo”, essendo essi considerati a pieno titolo come magistrati nell'esercizio delle loro funzioni e non essendo soggetti a limiti temporali durante il loro distacco (cfr. art.1 della *Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*) di talché essi possono anche percorrere l'intera carriera da magistrato all'interno dell'amministrazione centrale della giustizia.

Peraltro, a norma dell'art.69 della stessa legge, le funzioni svolte in posizione di distacco sono considerate “a tutti gli effetti” come svolte nell'inquadramento d'origine, così realizzandosi una perfetta equiparazione ai fini della loro carriera tra funzioni amministrative e giurisdizionali¹.

Quanto alla Spagna, l'art.348 della *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, chiarisce che i magistrati durante il servizio possono trovarsi giuridicamente in cinque situazioni diverse, tra le quali il “servizio attivo” e i “servizi speciali”, e che in tali ultimi casi – tra i quali a mente dell'art.351 rientrano quelli di distacco all'estero – essi hanno diritto non solo al cumulo delle retribuzioni eventualmente previste ma anche alla considerazione che i servizi svolti in regime di distacco valgano ad ogni fine di carriera (art.354)². Non è inoltre previsto un termine massimo di distacco presso il Ministero della Giustizia o altra amministrazione.

¹ Art.69 « Les services assurés en cette qualité sont considérés comme des services effectifs accomplis dans le cadre d'origine »

² Art.354 “1. Los jueces y magistrados en situación de servicios especiales percibirán la retribución del puesto o cargo que desempeñen, sin perjuicio del derecho a la remuneración por su antigüedad en la carrera judicial. 2. A los jueces y magistrados en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos. Tendrán derecho a la

In Germania la *Deutsches Richtergesetz* (BGBl. I S. 713) del 1972 e successive modificazioni, ovvero la legge organica sulla magistratura, prevede genericamente la possibilità di distacco dei magistrati sia al Ministero della Giustizia e della protezione dei consumatori (facoltà peraltro ampiamente utilizzata, atteso che gli ultimi dati disponibili indicano che ve ne sono ben 107) che all'estero, ma senza che ne sia regolata esplicitamente né la procedura né la durata, che possono pertanto essere concordate con i superiori gerarchici ed adattate alle circostanze del caso di specie.

Come emerge, dunque, dalla sommaria indagine di cui sopra, nei Paesi a noi più vicini il tema della destinazione di magistrati a funzioni diverse da quelle giurisdizionali è altrettanto sentito – tanto da essere più o meno analiticamente regolato – ma risolto adattandone le regole rispetto al fine ultimo, che è per l'appunto quello di poter contare sul profilo più adatto al posto che si intende coprire, senza che a tanto sia di ostacolo un complesso di norme che nella loro attuazione pratica possono creare più svantaggi che benefici.

In definitiva, mentre nei Paesi vicini si pianifica una sistematica “occupazione” di posti chiave da parte dei magistrati nazionali, efficacemente sostenuti dai rispettivi Governi, in Italia la diabolica combinazione tra requisiti dei bandi internazionali e limiti di autorizzabilità nazionali porta a situazioni paradossali, quali quella oggetto di recente delibera del CSM in data 10.12.2020 laddove il richiedente ha acutamente argomentato (ma senza successo) che per un posto presso una Istituzione europea per il quale il bando richiedeva il doppio requisito di una concreta esperienza giudiziaria e di una esperienza internazionale di almeno 7 anni, gli unici concorrenti italiani legittimati a concorrere sarebbero stati quelli che avevano almeno 7 ma non più di 10 anni fuori ruolo (così riducendosi drasticamente la platea di candidati nostrani a vantaggio dei colleghi degli altri Stati membri, per i quali valeva solo il primo limite).

5. Interessi strategici nazionali e ruolo dei magistrati.

reserva de la plaza que ocupasen al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma y se les tendrán en cuenta los servicios prestados en los mismos, a efectos de promoción y de provisión de plazas, como si hubieran sido efectivamente prestados en el orden jurisdiccional de la plaza que ocupasen al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma”.

Ciclicamente rispolverato in funzione dei mutamenti di scenario nella politica internazionale, il dibattito di matrice geopolitica sul concetto di interesse nazionale viene spesso liquidato dai non addetti ai lavori come poco attraente e talvolta confuso con il diverso tema del nazionalismo.

Frutto forse di un mai chiarito equivoco sul ruolo effettivo che il nostro Paese può giocare nei contesti multilaterali, questo atteggiamento può riverberarsi sul “modo di essere” della nostra azione diplomatica che – a sua volta – è condizionata dalla poca chiarezza degli *input* politici e, in definitiva, dalla mancanza di stabili linee direttrici della nostra politica estera.

Nei tavoli negoziali può pertanto accadere che le posizioni rappresentate non siano adeguatamente meditate, né coordinate, e come tali si stemperino timidamente in una opaca adesione (mascherata da europeismo) alle proposte delle Istituzioni o di gruppi di Stati che agiscono invece sulla base di più chiare istruzioni e finalità; perché ciò non avvenga è quanto mai necessario che la fase della rappresentazione sia preceduta da una attività di studio accurato dei testi in discussione, affidata ai migliori professionisti del settore.

A questo proposito non può revocarsi in dubbio che per i negoziati che hanno ad oggetto proposte legislative in materia di giustizia civile e penale i magistrati siano i più adatti a cogliere i riflessi di una determinata soluzione europea rispetto al nostro ordinamento, atteso che la loro conoscenza della normativa sostanziale e processuale nonché dei meccanismi di concreto funzionamento del processo li rende in grado di valutare con obiettività e professionalità la bontà di una scelta piuttosto che di un'altra, senza che possa adombrarsi nei loro confronti il sospetto che quella sposata sia una soluzione da cui potrebbero trarre vantaggio professionale (il che potrebbe invece verificarsi se, ad esempio, a negoziare quegli stessi testi siano altri pur qualificati attori del panorama giudiziario).

Ma, come si diceva nei paragrafi che precedono, perché ciò sia possibile occorrerebbe prima prendere coscienza del fatto che l'intera filiera delle Istituzioni europee ed internazionali dovrebbe essere un terreno elettivo per il distacco di magistrati all'estero, ai quali dovrebbe essere spianata la strada per l'accesso e non già ostacolata.

Si pensi, ad esempio, alla necessità strategica – da altri Paesi compresa da tempo – di avere un magistrato nel gabinetto del Commissario europeo alla Giustizia, dove si decidono le sorti non solo delle proposte legislative in materia ma anche delle procedure di infrazione che riguardano questo

settore, o si veicolano ai servizi tecnici della competente Direzione Generale determinate direttive con cui si accorda maggiore o minore flessibilità rispetto alle richieste di determinati Stati membri in fase di negoziato.

Si pensi anche alla sottovalutata figura del Magistrato di collegamento, specialmente con gli Stati extra-europei con cui l'Italia ha maggior bisogno di collaborazione sia sul terreno del contrasto a forme di criminalità tipiche di quei Paesi che sul più generale piano della cooperazione giudiziaria; eppure, il nostro è il Paese che – tra quelli di dimensioni più significative – ha il minor numero di figure del genere. Non altrettanto può rimproverarsi, ad esempio, alla Francia che, secondo gli ultimi dati ufficiali disponibili e risalenti al febbraio 2016, ne annoverava ben 19 ripartiti tra i quattro angoli del globo.

Ma si pensi pure alla figura del referendario, di cui si è già accennato, come di tutte le posizioni strategicamente rilevanti (e non necessariamente apicali) all'interno delle Istituzioni europee ed internazionali: un semplice *policy officer* della Commissione Europea o del Segretariato Generale del Consiglio dell'UE ha talvolta più possibilità di incidere concretamente sull'esito di un negoziato rispetto ad una figura di grado superiore, e purtuttavia si tratta di posizioni troppo spesso neglette a livello dell'amministrazione nazionale.

A chi non cogliesse appieno l'utilità di avere in quei posti un magistrato italiano potrebbe facilmente ricordarsi – tra i tanti esempi – che è grazie anche all'opera discreta ma tenace di qualcuno di loro se uno dei più validi strumenti di contrasto alla criminalità organizzata (le confische di prevenzione) è oggi ricompreso nell'ambito di applicazione del Reg. (UE) n.1805/2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca; o se la Direttiva (UE) n.1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva contiene delle norme ampiamente armonizzate al nostro codice della crisi d'impresa; o se nel Reg. (UE) n.1111/2019 in materia di famiglia vi è una norma che consentirà agli accordi di separazione e divorzio italiani di circolare all'interno dell'Unione Europea anche se elaborati in sede di negoziazione assistita; o che la Commissione Europea, a distanza di anni dall'apertura di un procedimento pilota sulla condizione della magistratura onoraria, ha sino ad ora rinunciato ad aprire una procedura formale di infrazione (con esplicita richiesta di assunzione *tout court* di tutti i giudici e procuratori onorari alle stesse identiche condizioni retributive di quelli togati).

Ed a chi, non ancora pago, obiettasse, che una svolta in questo senso implicherebbe – tra l’altro – la devoluzione di risorse economiche (tradizionalmente insufficienti anche solo per il fabbisogno interno) ed umane (non facili da reperire e comunque incidenti sull’organico nazionale) potrebbero opporsi facilmente argomenti altrettanto validi.

Sul piano delle risorse sarebbe un buon passo in avanti realizzare che l’Unione Europea mette a disposizione cospicui finanziamenti agli Stati membri capaci di presentare progetti validi, e l’Italia – in particolare nel settore della digitalizzazione e delle iniziative legate al settore giustizia – ha sempre avuto ottimi riscontri in termini di progetti assentiti; sarebbe sufficiente ragionare seriamente sulle regole che presiedono alla concessione delle sovvenzioni europee per scoprire che si possono finanziare iniziative che hanno un forte impatto nazionale se opportunamente presentate (beninteso, valorizzandone le implicazioni transfrontaliere).

Sul piano del reperimento di adeguate professionalità è facile rilevare che, sussistendone la volontà politica, il reclutamento e la formazione delle figure più idonee dovrebbe passare per un percorso trasparente ed effettivo che parta dalla selezione di aspiranti dotati della necessaria base linguistica per poi progredire attraverso una serie di esperienze coerenti con il posto al quale sarebbero destinati; quanto all’incidenza sull’organico, come si avrà modo di evidenziare nel paragrafo che segue, la soluzione potrebbe essere più semplice del previsto se solo si accettasse l’idea che il già citato concetto di “carriere parallele” non riflette quello di interesse nazionale.

In definitiva, a parere di chi scrive, una magistratura che voglia realmente farsi attrice del cambiamento ed abbia a cuore l’interesse nazionale, dovrebbe iniziare a riflettere con meno pregiudizio sullo svolgimento di attività para-giurisdizionali all’estero; evitando di considerarle come una vacanza retribuita e riflettendo in termini di costi-benefici sul medio e lungo periodo.

6. Qualche proposta operativa.

Chi scrive ha, per ragioni connesse alla sua esperienza di Esperto alla Rappresentanza Permanente d’Italia presso l’UE, maggiore dimestichezza con il contesto dell’Unione Europea e

pertanto si limiterà a proporre qualche idea per un salto di qualità nella presenza dei magistrati italiani in questo ambito specifico.

L'esperienza di altri Paesi, sommariamente tratteggiata nei paragrafi che precedono, dimostra che un progetto stabile di formazione e distacco dei magistrati nazionali non può prescindere da un radicale ripensamento del loro assetto ordinamentale: in tanto può contarsi al momento giusto sulla disponibilità del candidato giusto per il posto giusto, in quanto costui non debba preoccuparsi di lacci e lacciuoli amministrativi, di procedure di nomina bizantine o di calcoli del residuo periodo di fuori ruolo.

Vi è poi un altro fattore da tenere in considerazione: soprattutto nei contesti multilaterali è quasi più importante la relazione di stima e fiducia personale tra negoziatori, costruita e mantenuta nel tempo, rispetto alla posizione nazionale che si rappresenta; chiunque abbia almeno una volta assistito ad una sessione negoziale sa per certo che questo tipo di dinamiche che si instaurano tra i delegati fanno il successo o l'insuccesso di un negoziato. Ciò è evidentemente molto difficile che si realizzi se non vi è il tempo per creare una rete efficace di conoscenze o se la permanenza in un dato ruolo è condizionata da esigenze di calendario.

Anche solo per questa ragione, che è del tutto peculiare rispetto alle posizioni di fuori ruolo nello Stato di origine, vi sarebbe in primo luogo l'esigenza di affrancarsi dai rigidi limiti temporali di cui al D. Lgs. n.106/2006.

Ma non solo: il bagaglio di conoscenze che un magistrato si costruisce durante un'esperienza di lavoro all'estero o nei corrispondenti uffici del Ministero della Giustizia è solo parzialmente riutilizzabile in sede di esercizio della giurisdizione; il che non vuol dire – come maliziosamente taluno sostiene – che questa sia la prova della necessità di non distogliere i magistrati dal lavoro in Tribunale. Vuol dire, semplicemente, che quelle conoscenze possono essere messe al servizio di tutti i magistrati in contesti diversi, quali la formazione permanente o l'esercizio di analoghe attività in Italia.

Al contrario, fino ad ora l'*expertise* di questi colleghi si è sostanzialmente esaurita con il loro mandato, anche in mancanza di una pianificazione del *turn over* e di un efficace passaggio di consegne tra il perdente posto ed il sostituto, mentre l'intera amministrazione della giustizia avrebbe beneficiato di un loro mantenimento nel "circuito" internazionale a servizio di tutti i colleghi in ruolo e del Paese.

Come già sopra affermato, più che concentrarsi sull'idea che il magistrato fuori ruolo è una unità in meno in organico, sarebbe auspicabile pensare che egli è una risorsa in più per un'altra amministrazione che è pur sempre parte integrante del nostro apparato statale.

Si imporrebbe in definitiva, per l'impiego dei magistrati all'estero, una rivoluzione copernicana che potrebbe realizzarsi con un intervento normativo che istituisca una pianta organica separata (aggiuntiva rispetto a quella ordinaria) specificamente dedicata a magistrati disponibili ad occupare un posto presso le Istituzioni europee ed internazionali e sottratta al limite del decennio; oppure individuando comunque un ventaglio di posizioni internazionali di particolare interesse, in aggiunta a quelle di giudice presso una Corte internazionale, soggette a collocamento fuori ruolo ma sottratte al medesimo limite temporale.

La differenza tra le due opzioni è evidente: solo nella prima ipotesi il distacco non inciderebbe né giuridicamente né di fatto sulla pianta organica degli uffici di provenienza e libererebbe il Consiglio Superiore dall'ingrato compito di procedere con equilibrismi valutativi all'istruttoria delle relative pratiche.

A questo proposito può essere interessante notare come la creazione di una pianta organica *ad hoc* – che necessiterebbe di un intervento normativo primario, volto ad istituirla, e di uno secondario, volto a determinarne l'entità ed i criteri di adeguamento rispetto alle variazioni di fabbisogno – costituisca una eventualità già presa in considerazione con riferimento alla situazione degli organici nazionali ed è stata recentemente giudicata dal Ministero della Giustizia quale soluzione ottimale (peraltro mutuata dalla riuscita esperienza di altri Stati membri come la Francia e la Spagna) per rispondere ad esigenze specifiche connesse alla variabilità dei carichi di lavoro tra i distretti.

Come può leggersi nella Relazione tecnica sul progetto di determinazione delle piante organiche flessibili distrettuali del personale di magistratura in attuazione della legge 27 dicembre 2019, n.160 trasmessa dal Ministero della Giustizia al CSM il 30.10.2020, questo nuovo strumento “*crea una nuova categoria di pianta organica, sempre calata su base territoriale distrettuale, ma ampliando[le] ed innovando le competenze. Si tratta della istituzione di una vera e propria task force da destinare in situazioni critiche a supporto e in aggiunta agli organici esistenti*”; essa “*risponde all'esigenza di consentire un utilizzo più puntuale e rapido delle risorse che, all'interno di un distretto, possono*

soccorrere uno o più uffici in precise circostanze di “sofferenza”, quali il contenimento dell’arretrato o la gestione di situazioni di emergenza organizzativa” e – punto centrale rispetto al tema del presente contributo – “costituisce parte di una strategia di azione più ampia, fondata sulla complementarietà tra interventi di stampo più tradizionale, finalizzati a un più corretto dimensionamento degli organici delle singole sedi giudiziarie, e l’introduzione di strumenti più flessibili e innovativi di gestione delle risorse, nella convinzione che da questa sintesi possano derivare maggiori recuperi di efficienza”.

La *ratio* della proposta di cui sopra, pur sganciata dal riferimento ai carichi di lavoro ed alla necessità di rispondere alle variazioni di sopravvenienze e di presenze negli uffici, manterrebbe inalterata la sua validità anche con riferimento al personale di magistratura distaccato all’estero.

Da un lato, infatti, essa consentirebbe al Paese di poter contare su un contingente fisso ed estremamente qualificato di magistrati operanti in un contesto così peculiare e strategico per gli interessi nazionali; d’altro lato, poiché anche in tale settore il fabbisogno può variare nel tempo e nei luoghi (si pensi, ad esempio, alla necessità di rafforzare gli organici nelle Rappresentanze Permanenti durante il semestre di turno della Presidenza del Consiglio dell’UE oppure in concomitanza con la presentazione di più proposte normative che necessitano della ripartizione tra più Consiglieri invece che su uno solo) essa permetterebbe di coprire le reali necessità di organico in funzione di congiunture temporali che spesso sono prevedibili con un certo anticipo.

Questa soluzione, come si è anticipato sopra, avrebbe inoltre un impatto sugli organici di magistratura davvero limitato: se infatti si considera che al momento di redigere questo contributo risultano collocati fuori ruolo all’estero 28 magistrati, ovvero circa l’11 per cento di tutti quelli fuori ruolo (che sono 252) ed addirittura lo 0,26 per cento dei magistrati in organico (ovvero 10.751) quand’anche tale numero fosse triplicato è evidente come l’entità del temuto depauperamento degli uffici resti confinata all’area dello statisticamente irrilevante, mentre l’azione collettiva in seno agli uffici ed alle Istituzioni di destinazione avrebbe un impatto significativo.

7. Conclusioni

Un’approfondita riconsiderazione del ruolo dei magistrati italiani all’estero dovrebbe implicare una serie di scelte ragionate: l’elaborazione in prima battuta di una strategia nazionale volta

all'individuazione dei posti che il nostro Paese ritiene di interesse primario; la creazione per via normativa di una pianta organica di magistratura *ad hoc*; l'implementazione di percorsi di reclutamento e formazione specificamente orientati al distacco all'estero; la promozione attiva della presenza dei magistrati all'estero attraverso un'efficace azione di *lobbying* (termine che solo in Italia ha un'accezione negativa) da parte del Ministero della Giustizia, in sinergia con la Presidenza del Consiglio, il Ministero degli Affari Esteri ed il Consiglio Superiore della Magistratura per quanto di loro rispettiva competenza; la valorizzazione in Italia delle competenze acquisite all'estero; l'ideazione di processi osmotici tra amministrazioni dello Stato (si pensi alla Farnesina, o al Dipartimento per le politiche europee) al fine di mettere reciprocamente a disposizione le specifiche competenze di cui sopra; infine, una maggiore divulgazione dei risultati della loro attività, di modo che i colleghi in ruolo possano apprezzare il beneficio concreto in termini di qualità della legislazione sovranazionale applicata e di contaminazione della stessa con gli istituti e le tradizioni giuridiche che ci appartengono.

Nell'immaginario di tanti magistrati l'esperienza di un distacco all'estero si esaurisce, infatti, nell'esercizio di non meglio precisate incombenze attribuite ad una ristretta cerchia di colleghi e svolte a beneficio esclusivo di entità sovranazionali senza concreto ritorno per coloro che in Italia sono soffocati dagli insopportabili carichi di lavoro della giurisdizione.

Non è così, come si è sommariamente cercato di spiegare, ma la pressoché totale mancanza di informazioni sul lavoro svolto all'estero contribuisce in effetti ad alimentare un reciproco fraintendimento che allontana entrambe le parti.

Tuttavia, un'analisi seria volta ad individuare dapprima quali posti sia davvero rilevante coprire e quali magistrati abbiano il profilo giusto per concorrervi contribuirebbe a far luce sul reale fabbisogno, in termini di risorse, e getterebbe le basi per un radicale ripensamento dell'attuale insoddisfacente situazione da cui si evincerebbe – è convinzione di chi scrive – che il tanto decantato timore di un esodo biblico dalla giurisdizione non è altro che una petizione di principio.

Se vi fosse il coraggio di discuterne apertamente, affrancandosi da dibattiti sterili e vagamente populistici su *benefit* e indennità, si potrebbero davvero gettare le basi per un rinnovato protagonismo nei consessi multilaterali che a sua volta renderebbe giustizia alla grande professionalità dei magistrati italiani all'estero e li farebbe forse sentire meno isolati dal resto dei colleghi rimasti in ruolo.

L'auspicio è che in un prossimo futuro, per un candidato italiano che volesse concorrere ad un posto bandito in una Istituzione internazionale, gli unici ostacoli da superare siano quelli della competizione con i candidati di altri Paesi.

Alessandro Centonze

Le Sezioni unite penali intervengono sui criteri di calcolo dello spazio individuale minimo del detenuto e sulla rilevanza dei fattori compensativi dell'offerta trattamentale

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale da cui trae origine l'intervento delle Sezioni unite penali. – 2. La decisione delle Sezioni unite penali e l'individuazione di uno spazio individuale minimo del detenuto conforme alla previsione dell'art. 3 CEDU. – 3. Le conclusioni delle Sezioni unite penali: i rapporti tra il sovraffollamento carcerario nelle ipotesi di allocazione congiunta e i fattori, positivi e negativi, dell'offerta trattamentale. – 4. Considerazioni finali.

1. La vicenda processuale da cui trae origine l'intervento delle Sezioni unite penali.

La decisione in esame veniva pronunciata nel procedimento scaturito dal ricorso per cassazione proposto dal Ministro della Giustizia avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di sorveglianza dell'Aquila il 2 settembre 2019. Con tale ordinanza, in particolare, veniva respinto il reclamo proposto dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria contro il provvedimento pronunciato dal Magistrato di sorveglianza dell'Aquila il 26 settembre 2018, con cui era stata parzialmente accolta l'istanza presentata nell'interesse del detenuto Cosimo Commisso *ex art. 35-ter* Ord. pen., relativamente alla detenzione patita presso le Case Circondariali di Pianosa, Palmi, Reggio Calabria, Carinola, Napoli Poggioreale e Larino, per un periodo complessivo di 4.571 giorni.

In questo contesto, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria si doleva del fatto che l'evoluzione giurisprudenziale interna, relativamente alle modalità di determinazione dello spazio minimo individuale del detenuto, non risultava conforme alla previsione dell'art. 3 della CEDU, nell'interpretazione consolidatasi a seguito delle decisioni dei citati casi “Torreggiani contro Italia”¹ e “Murstic contro Croazia”².

¹ Si veda Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

² Si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 marzo 2015, Murstic c. Croazia.

Le doglianze articolate dalla parte ricorrente riguardavano due profili differenti.

Il primo profilo censorio era costituito dal criterio di calcolo dello spazio minimo individuale disponibile per il detenuto ristretto all'interno di una cella in cui risultava allocata una pluralità di detenuti³.

Il secondo profilo censorio riguardava la rilevanza, ai fini del computo dello spazio minimo individuale del detenuto, degli arredi fissi e di quelli non facilmente rimuovibili, nel cui contesto assumeva un rilievo centrale la valutazione dello spazio occupato dai "letti a castello"⁴.

In questi casi, infatti, si trattava di arredi non detraibili nel calcolo dello spazio minimo individuale, che, nel caso di specie, includendo gli arredi, era pari a tre metri quadrati per ciascuno degli occupanti la cella collettiva, in conformità della giurisprudenza della Corte EDU consolidata.

Occorreva, pertanto, includere nello spazio disponibile anche l'area impegnata dai letti e dagli arredi fissi e tenere conto di eventuali criteri compensativi, come indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU con riguardo alle condizioni generali del singolo trattamento penitenziario.

In questo contesto, secondo la parte ricorrente, da un lato, lo spazio fruibile da parte del ricorrente non risultava inferiore a tre metri quadrati, dall'altro, le condizioni detentive patite, globalmente valutate, erano ampiamente conformi al disposto dell'art. 3 CEDU, così come costantemente interpretato, non giustificando l'accoglimento, sia pure parziale, del rimedio di cui all'art. 35-ter Ord. pen.

Pertanto, allo scopo di risolvere tali questioni, relative allo spazio minimo individuale del detenuto, la Corte di cassazione, Prima Sezione penale riteneva indispensabile l'intervento chiarificatore delle Sezioni unite penali, ponendo il seguente quesito: «Se, in tema di conformità delle condizioni di detenzione all'art. 3 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, lo spazio minimo disponibile di tre metri quadrati per ogni detenuto debba essere computato considerando la superficie

³ Si veda Cass., Sez. I, 21 febbraio 2020, *Commisso*, n. 14260, con cui veniva rimessa la questione ermeneutica in esame alle Sezioni unite penali, in cui, a proposito del profilo censorio segnalato dalla parte ricorrente, si evidenziava che tale questione riguardava il «criterio di calcolo dello spazio minimo disponibile per il detenuto con esclusione (ritenuta erronea) del letto allocato nella stanza di detenzione».

⁴ Si veda Cass., Sez. I, 21 febbraio 2020, *Commisso*, cit., in cui, a proposito del profilo censorio segnalato dalla parte ricorrente, si evidenziava che tale questione riguardava «l'inclusione negli spazi occupati (ritenuti non utili ai fini del computo dello spazio minimo inviolabile) degli arredi fissi e di quelli non facilmente rimuovibili».

calpestabile della stanza ovvero quella che assicuri il normale movimento, conseguentemente detraendo gli arredi tutti senza distinzione ovvero solo quelli tendenzialmente fissi e, in particolare, se, tra questi ultimi, debba essere detratto il solo letto a castello ovvero anche quello singolo»⁵.

2. La decisione delle Sezioni unite penali e l'individuazione di uno spazio individuale minimo del detenuto conforme alla previsione dell'art. 3 CEDU.

Occorre premettere che il ricorso proposto dal Ministro della Giustizia avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di sorveglianza dell'Aquila il 2 aprile 2019 veniva rigettato, sulla base di una ricostruzione dei parametri attraverso cui doveva essere determinato lo spazio minimo individuale del detenuto, nelle ipotesi di allocazione in una cellula collettiva, nel rispetto della previsione normativa dell'art. 3 CEDU.

Occorre premettere ulteriormente che le Sezioni unite penali delimitavano rigorosamente gli ambiti dell'intervento chiarificatore invocato dalla Prima Sezione penale della Corte di cassazione con l'ordinanza di rimessione del 21 settembre 2020, precisando che, laddove lo spazio individuale di una cella collettiva è superiore a quattro metri quadrati, l'eventuale sovraffollamento dell'unità allocativa non rileva ai fini del rimedio riparatorio di cui all'art. 35-ter Ord. pen.

Delimitati i confini dell'intervento decisorio in esame, innanzitutto, occorre evidenziare che la questione di diritto posta dall'ordinanza di rimessione riguarda, in buona sostanza, i rapporti tra il sovraffollamento carcerario nelle ipotesi di allocazione congiunta e gli altri fattori, positivi e negativi, che incidono sulla condizione di detenzione del soggetto ristretto, che possono rilevare sia in senso favorevole sia in senso sfavorevole rispetto alla valutazione della conformità del trattamento penitenziario ai parametri di cui all'art. 3 CEDU.

In questo contesto, le Sezioni unite penali evidenziavano che la nozione di fattori compensativi concerneva gli elementi di carattere positivo che, in una qualche misura, possono attenuare il disagio di uno spazio troppo ristretto all'interno della cella collettiva, pur precisando che anche i fattori di natura negativa possono interagire con il sovraffollamento carcerario ai fini della valutazione della violazione dell'art. 3 CEDU e dell'accoglimento del rimedio riparatorio di cui all'art. 35-ter Ord. pen. Si

⁵ Si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 marzo 2015, Murstic c. Croazia.

evidenziava, in particolare, che la «nozione di “fattori compensativi” si attaglia soltanto a quelli di carattere positivo che, in qualche modo, possono attenuare il disagio di uno spazio troppo ristretto all’interno della cella; ma [...] anche i fattori di natura negativa possono interagire con il sovraffollamento ai fini di una valutazione di avvenuta violazione dell’art. 3 CEDU e conseguente accoglimento dell’istanza di rimedio risarcitorio»⁶.

Queste precisazioni si imponevano alla luce della decisione della Corte EDU nel caso “Murštic contro Croazia”⁷, nella quale si affermava che l’attribuzione di uno spazio individuale inferiore a tre metri quadrati non comporta, in quanto tale, la violazione della disposizione dell’art. 3 CEDU, ma fa soltanto sorgere un’elevata presunzione di violazione.

In questa cornice, occorre evidenziare che il respingimento dell’impugnazione che era stata proposta dal Ministro della Giustizia pronunciato dalle Sezioni unite penali si fondava sull’assunto ermeneutico che «il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti è frutto di una valutazione multifattoriale della complessiva offerta trattamentale da parte dell’Amministrazione penitenziaria in caso di restrizione in una cella collettiva in cui lo spazio sia uguale o superiore al livello minimo di tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati [...]»⁸.

Occorreva, pertanto, effettuare una valutazione complessiva delle condizioni di detenzione di volta in volta esaminate, tenendo conto di tutti i parametri che connotano il trattamento penitenziario patito dal detenuto reclamante, che devono essere vagliati attraverso un accertamento di natura multifattoriale.

Si tratta, allora, di valutare globalmente le condizioni di detenzione del soggetto ristretto, tenendo conto della ricorrenza di eventuali fattori negativi, idonei a escludere la rilevanza di concomitanti fattori compensativi, che le Sezioni unite penali, alla luce dei parametri di cui all’art. 3 CEDU, identificano sintomaticamente «nella mancanza di accesso al cortile o all’aria e alla luce naturale, nella cattiva aereazione, in una temperatura insufficiente o troppo elevata nei locali, nell’assenza di riservatezza nelle toilette, nelle cattive condizioni sanitarie e igieniche [...]»⁹.

⁶ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, n. 6551.

⁷ Si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 marzo 2015, *Murštic c. Croazia*.

⁸ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.

⁹ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.

Ne discende che, nella prospettiva ermeneutica della violazione dell'art. 3 CEDU, non è richiesta la contestuale presenza di tutti i fattori negativi della detenzione, atteso che nell'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen. il detenuto deve porre a fondamento della domanda riparatoria, oltre alla detenzione in celle collettive con uno spazio individuale inidoneo, anche l'eventuale sussistenza di fattori negativi¹⁰.

Per converso, l'Amministrazione penitenziaria può opporre la sussistenza di fattori compensativi – di natura positiva – idonei a contrastare la domanda presentata dal detenuto, dovendosi ribadire che il magistrato di sorveglianza deve effettuare una valutazione globale delle condizioni di detenzione dell'istante, operando un bilanciamento complessivo dei fattori, positivi e negativi, che connotano il trattamento penitenziario concretamente patito dal condannato¹¹.

In altri termini, la valutazione dei profili dell'offerta trattamentale sottoposti a censura deve formare oggetto di una specifica motivazione, incentrata sul vaglio giurisdizionali delle concrete opportunità di cui abbia usufruito il detenuto, non potendo essere fondata su parametri generali, astratti o potenziali, riconducibili all'istituto penitenziario¹².

3. Le conclusioni delle Sezioni unite penali: i rapporti tra il sovraffollamento carcerario nelle ipotesi di allocazione congiunta e i fattori, positivi e negativi, dell'offerta trattamentale.

Sulla scorta della ricostruzione del quadro normativo che si è descritto nel paragrafo precedente, nel quale si inserivano le censure prospettate dalla parte ricorrente, veniva affermato il seguente principio di diritto: «I fattori compensativi costituiti dalla breve durata della detenzione, dalle dignitose condizioni carcerarie, dalla sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella mediante lo svolgimento di adeguate attività, se ricorrono congiuntamente, possono permettere di superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU derivante dalla disponibilità nella cella collettiva di uno spazio minimo individuale inferiore a tre metri quadrati; nel caso di disponibilità di uno spazio individuale fra i tre e i quattro metri quadrati, i predetti fattori compensativi, unitamente ad altri di carattere negativo, concorrono alla valutazione unitaria delle condizioni di detenzione richiesta in

¹⁰ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, Commisso, cit.

¹¹ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, Commisso, cit.

¹² Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, Commisso, cit.

relazione all'istanza presentata ai sensi dell'art. 35-ter Ord. pen.»¹³.

Per giungere questa soluzione le Sezioni unite penali, dopo avere passato in rassegna la giurisprudenza sovranazionale consolidatasi a seguito delle decisioni dei noti casi “Torreggiani c. Italia”¹⁴ e “Murstic c. Croazia”¹⁵, affermavano che, nella valutazione dello spazio minimo individuale di tre metri quadrati, si deva avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento dei soggetti ristretti, indispensabile per assicurare un trattamento penitenziario rispettoso dei parametri stabiliti dalla previsione dell'art. 3 CEDU, in linea con la giurisprudenza di questa Corte¹⁶.

Ne discendeva che, nella determinazione dello spazio minimo individuale di almeno tre metri quadri, che dovevano essere assicurati al detenuto alla luce della citata giurisprudenza sovranazionale, allo scopo di garantirgli un trattamento penitenziario rispettoso dei canoni di umanità della pena, occorre fare riferimento al complesso dei fattori, positivi e negativi, che connotavano l'offerta trattamentale censurata dal detenuto con il rimedio previsto dall'art. 35-ter Ord. pen., tenendo conto della necessità di tutelare, per quanto possibile, una condizione di vivibilità carceraria rispettosa dei parametri affermati dall'art. 3 CEDU¹⁷.

Ne derivava ulteriormente che il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti, rilevanti ex art. 3 CEDU, laddove censurato con il rimedio giurisdizionale previsto dall'art. 35-ter Ord. pen., costituiva la conseguenza di una valutazione multifattoriale dell'offerta trattamentale proposta dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria con riferimento al singolo detenuto reclamante, con la conseguenza che, nel caso di restrizione del condannato in una cella collettiva in cui lo spazio era superiore a tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati, occorre tenere conto di tutti i fattori idonei a qualificare le condizioni di detenzione e funzionali a esprimere un giudizio positivo o negativo sul trattamento carcerario patito. Basti, in proposito, richiamare il passaggio motivazionale in cui si evidenziava: «Sulla base di quanto sin qui esposto è possibile affermare che il riconoscimento di trattamenti disumani e degradanti è frutto di una valutazione multifattoriale della complessiva offerta

¹³ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.

¹⁴ Si veda Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit.

¹⁵ Si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 marzo 2015, *Muršić c. Croazia*.

¹⁶ Si vedano Cass., Sez. I, 23 giugno 2020, *Biondino*, n. 20985, in *Cass. C.E.D.*, n. 279220-01; Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2020, *Barzoi*, n. 7979, in *Cass. C.E.D.*, n. 278355-01; Cass., Sez. I, 15 novembre 2018, n. 5835, in *Cass. C.E.D.*, n. 274874-01; Cass., Sez. I, 26 maggio 2018, *Gobbi*, n. 41211, in *Cass. C.E.D.*, n. 271087-01.

¹⁷ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.

trattamentale da parte dell'Amministrazione penitenziaria in caso di restrizione in una cella collettiva in cui lo spazio sia uguale o superiore al livello minimo di tre metri quadrati, ma inferiore a quattro metri quadrati e, quindi, pur non violando la regola dettata dalla Corte EDU, possa costituire un fattore negativo ai fini della valutazione delle condizioni complessive di detenzione»¹⁸.

4. Considerazioni finali.

Con la pronuncia in esame le Sezioni unite penali intervenivano sul tema del trattamento penitenziario inumano o degradante, disciplinato dall'art. 3 CEDU, che, in termini generali, deve essere inquadrato alla luce della giurisprudenza sovranazionale consolidatasi a seguito delle decisioni dei noti casi "Torreggiani contro Italia"¹⁹ e "Murstic contro Croazia"²⁰, sui quali la pronuncia in esame si soffermava diffusamente, nel più ampio contesto ermeneutico dei parametri che consentono di ritenere il trattamento penitenziario patito rispettoso dei canoni di umanità²¹.

Occorre precisare che tali questioni ermeneutiche, nel nostro ordinamento giuridico, sono state eminentemente affrontate in relazione all'applicazione del rimedio riparatorio previsto dall'art. 35-ter Ord. pen., su cui la giurisprudenza di legittimità si è confrontata a partire dalla decisione dell'*affaire* "Torreggiani c. Italia"²², in alcuni interventi chiarificatori che costituiscono la piattaforma ermeneutica su cui inserisce la pronuncia commentata²³.

Le Sezioni unite penali, dunque, si muovevano in un solco interpretativo consolidato, secondo cui, nelle ipotesi in cui lo spazio individuale della cella è inferiore alla misura di tre metri quadri – che

¹⁸ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.

¹⁹ Si veda Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit.

²⁰ Si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 marzo 2015, *Murstic c. Croazia*, cit.

²¹ Si vedano Corte EDU, 20 ottobre 2020, *Badulescu c. Portogallo*; Corte EDU, 16 luglio 2019, *Sulejmanovic c. Italia*; Corte EDU, 16 settembre 2014, *Stella c. Italia*; Corte EDU, 22 luglio 2014, *Bulatovic c. Montenegro*; Corte EDU, 5 giugno 2014, *Tereshchenko*; Corte EDU, 12 dicembre 2013, *Kanakis c. Grecia*; Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, *Scadi c. Italia*; Corte EDU, 15 luglio 2002, *Kalachnikov c. Russia*; Corte EDU, Grande Camera, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polan*; Corte EDU, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*.

²² Si veda Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, cit.

²³ Si vedano Cass., Sez. I, 23 giugno 2020, *Biondino*, n. 20985, in *Cass. CE.D.*, n. 279220-01; Cass., Sez. V, 7 giugno 2018, *Mocanu*, n. 53731, in *Cass. CE.D.*, n. 275407-01; Cass., Sez. I, 26 maggio 2017, *Gobbi*, n. 41211, in *Cass. CE.D.*, n. 271087-01; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, *Morello*, n. 13124, in *Cass. CE.D.*; Cass., Sez. I, 9 settembre 2016, *Gallo*, n. 52992, in *Cass. CE.D.*, n. 268655-01; Cass., Sez. I, 19 dicembre 2013, *Berni*, n. 5728, in *Cass. CE.D.* 257924-01.

la Corte EDU non ritiene *ex se* sufficiente a garantire adeguati livelli di vivibilità carceraria –, ci si trova di fronte a un’elevata presunzione di violazione dell’art. 3 CEDU, che può essere superata solo attraverso l’accertamento di adeguati fattori compensativi, che devono essere valutati attraverso una verifica concreta, di natura multifattoriale, delle condizioni detentive patite dal soggetto ristretto all’interno dell’istituto penitenziario, su cui si devono incentrare le doglianze proposte ai sensi dell’art. 35-ter Ord. pen. Esemplare, da questo punto di vista, è il passaggio della decisione in esame, in cui si afferma: «Il Collegio è consapevole che il principio di umanità della pena [...] che impone il divieto di trattamenti degradanti ha un contenuto di carattere relativo, in quanto ogni pena, come tale, ha un’intrinseca componente di inumanità [...]»²⁴. Tuttavia, la rilettura di un principio che «si pone l’obiettivo di quantificare lo spazio minimo vitale per ogni detenuto, al fine di assicurare il pieno rispetto della dignità della persona nell’espiazione della pena, restituisce al principio stesso un carattere di assolutezza che appartiene alla sensibilità di società e ordinamenti giuridici che hanno a cuore il pieno rispetto dei diritti della persona, anche di chi è recluso»²⁵.

Si ribadiva, in questo modo, che le decisioni sovranazionali intervenute nei citati casi “Torreggiani contro Italia” e “Murstic contro Croazia”, nel cui solco si muovevano le Sezioni unite penali, rappresentano il punto di riferimento convenzionale indispensabile per inquadrare le ipotesi di trattamenti penitenziari degradanti, atteso che, prima di esse, la Corte EDU non aveva fornito indicazioni univoche per definire le violazioni dell’art. 3 CEDU, con specifico riferimento allo spazio minimo individuale di cui i detenuti potevano usufruire durante la loro carcerazione.

A questi parametri ermeneutici, dunque, la giurisprudenza nazionale, ulteriormente ribadita con l’intervento delle Sezioni unite penale in esame, si conformava, elaborando criteri articolati e correlando tali indici alle condizioni complessive di vivibilità della struttura penitenziaria di volta in volta esaminata, allo scopo di verificare la possibilità di applicare fattori compensativi che consentono di ritenere il trattamento penitenziario rispettoso della previsione dell’art. 3 CEDU²⁶.

²⁴ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.

²⁵ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.

²⁶ Si veda Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, *Commisso*, cit.