GIUSTIZIA INSIEME

Ordinamento e organizzazione" class="voce">

Note de iure condito e de iure condendo sulla valutazione di professionalità dei magistrati

di Giuliano Scarselli

8 marzo 2021

Note *de iure condito* e *de iure condendo* sulla valutazione di professionalità dei magistrati [1]

di Giuliano Scarselli

1. Il tema della valutazione della professionalità dei magistrati, voluta nei termini attuali dalla riforma Mastella di cui alla legge n. 111/2007, non è argomento semplice, perché si presta all'esposizione di banalità.

Ed infatti, una volta detto che dette valutazioni consentono ampi margini di discrezionalità agli organi preposti a pronunciarle, e che sarebbe meglio, come normalmente si dice fra serio e faceto, che queste fossero più *oggettive* e con meno *aggettivi*, probabilmente non v'è molto altro da aggiungere, e il tema sfugge ad una analisi più propriamente giuridico/teorica.

Che dire, dunque?

Io, evitando di esporre la normativa che darei per conosciuta, affronterei il tema sotto un duplice profilo:

a) *de iure condito* proverei a offrire una lettura delle norme che evidenzi i punti di relatività del procedimento, e ciò non tanto per dar conferma dell'esistenza di questa discrezionalità del giudizio, quanto piuttosto per prenderne consapevolmente atto anche dal punto di vista normativo ai fini di ogni correttivo immaginabile;

b) e, *de iure condendo*, e sulla base di quanto analizzato, proverei altresì a dare alcuni suggerimenti di riforma, anche tenuto conto di quanto già si trovi in tal senso nel progetto Bonafede di riforma dell'ordinamento giudiziario.

Situazione *de iure condito*

2. Dunque, se da una parte è senz'altro vero che il giudizio circa la professionalità del giudice lascia grandi margini di manovra a chi lo conduce, dall'altra, forse, è utile approfondire questo aspetto, che prima ancora che dipendere dal comportamento umano, dipende dal sistema di norme che lo regolano.

Ed infatti, una prima relatività è data dalla circostanza che i *parametri* con i quali la professionalità del magistrato è giudicata, sono tutti rappresentati da termini elastici, quali, appunto, quelli della capacità, laboriosità, diligenza e impegno (v. Circolare CSM n. 20691/2007, Cap. IV).

E' evidente, infatti, che, nell'elasticità di queste espressioni, non solo un medesimo magistrato potrebbe essere capace per taluni e incapace per altri, ma anche che da un parametro potrebbe dedursi l'esistenza di altri: e così, infatti, se una separazione di questi si ha tra capacità e laboriosità, poiché un giudice può certo essere capace e non laborioso o al contrario essere laborioso e non capace, più difficile è separare i parametri di diligenza e impegno, poiché, dinanzi a questi è invece difficile immaginare un magistrato che sia diligente ma non si impegni, o un magistrato che si impegni ma non sia diligente.

Ne segue, direi, che, al di là dello sforzo, comunque lodevole, che il legislatore ha fatto nell'indicare dei precisi parametri, resta insuperato il dato che tale giudizio è qualcosa di ampiamente discrezionale anche una volta dati detti parametri.

2.2. Proprio per queste ragioni, ovvero proprio perché v'è consapevolezza che il giudizio sulla professionalità di un magistrato è un giudizio ampiamente discrezionale, tanto la legge n. 111/2007, quanto la Circolare del CSM del 2007 (e sue successive integrazioni e/o modificazioni), hanno individuato degli *indicatori*, ovvero dei criteri per arrivare ad esprimere il giudizio (v. Circolare CSM n. 20691/2007, Cap. V).

Così, in tanto un magistrato può ricevere un giudizio positivo, in quanto possieda quegli elementi che sono considerati dalla normativa come indicatori.

Questo metodo di giudizio, a pensarci, è quello che noi conosciamo come tecnica delle presunzioni di cui all'art. 2727 c.c.: dall'esistenza di uno o più fatti noti (indicatori), si risale all'esistenza dei fatti ignoti (parametri).

Se le cose stanno in questi termini, noi vediamo, allora, che alla relatività dei parametri se ne aggiunge una successiva avente ad oggetto il percorso logico che unisce gli indicatori ai parametri, e che è costituito dal giudizio "*grave, preciso e concordante*" (art. 2729 c.c.).

Ed inoltre, mentre la tecnica delle presunzioni di cui agli artt. 2727 c.c. muove comunque sempre da un fatto (noto) che deve essere certo e oggettivo (e ove non lo sia il giudice non può ammettere la presunzioni, v. Cass. 28 settembre 2020 n. 20342, per la quale: "*Una presunzione giuridicamente valida non può fondarsi su dati meramente ipotetici*"), nel nostro caso i fatti c.d. noti, ovvero gli indicatori, non sono invece in senso stretto dei fatti, poiché a loro volta sono semplicemente dei giudizi che si danno al magistrato esaminando.

Giudizi sono, infatti, e faccio degli esempi, il possesso di tecniche di argomentazione, la preparazione giuridica, la capacità di condurre l'udienza, la capacità di dirigere i collaboratori, ecc….(v. ancora Circolare CSM n. 20691/2007, Cap. V).

Cosicché, può dirsi, che nel giudizio di valutazione della professionalità del magistrato è ammessa, ed anzi è la regola, la *praesumptio de praesumpto*, che al contrario è normalmente e tassativamente vietata dalla giurisprudenza in altri ambiti (v. Cass. 18 gennaio 2019 n. 1278; Cass. 9 aprile 2002 n. 5045; Cass. 28 gennaio 1995 n. 1044).

2.3. Si fa poi riferimento alle c.d. *fonti di conoscenza,* ovvero a quegli strumenti con i quali ritenere esistenti gli indicatori, e quindi deducibili i parametri (Circolare CSM n. 20691/2007, Cap. VII).

Le fonti di conoscenza altro non sono che i mezzi di prova: con essi si ha la conoscenza, ovvero la prova, dell'indicatore, e con la prova dell'indicatore si ha conseguentemente la possibilità di affermare l'esistenza del parametro.

Orbene, il problema è che anche le fonti di conoscenza non sono mezzi di prova in senso tradizionale, non hanno niente di dimostrativo del fatto, ma sono, ancora una volta, espressione di un ulteriore giudizio che va a sommarsi agli altri giudizi già espressi.

E ciò vale soprattutto per le principali fonti di conoscenza, che sono il rapporto del capo dell'Ufficio e la relazione del magistrato interessato.

Peraltro, questi dati sono acquisiti con una procedura del tutto deformalizzata, poiché ne' la legge ne' la Circolare del CSM contengono regole procedurali relative al giudizio di valutazione della professionalità, se si fa esclusione delle poche cose che si leggono nell'art. 11, comma 14, del d. lgs. 160/2006; e soprattutto questi dati sono acquisiti senza minimi meccanismi di contraddittorio, poiché al c.d. "magistrato interessato", che ovviamente porterà acqua al suo mulino, non si contrappone nessun altro se questi non si è fatto delle inimicizie.

2.4. Arriviamo, cosi, ai *criteri di giudizio*, ovvero alla parte conclusiva della Circolare del CSM n. 20691/2007.

I criteri di giudizio indicano il percorso logico che deve essere seguito per esprimere il parere: sulla base di certe fonti di conoscenza si danno per esistenti certi indicatori, e sulla base dell'esistenza di certi indicatori si deduce l'esistenza di certi parametri.

I criteri di giudizio non aggiungono niente dunque, semplicemente confermano che il percorso logico da seguire è quello.

Il problema, semmai, è che le conclusioni logiche di tutto questo percorso devono essere poi sintetizzate in un modulo predefinito ove si devono semplicemente mettere delle crocette su dei pallini, nei quali sta scritto "positivo", "carente" "gravemente carente".

Dal che, direi, il giudizio di valutazione della professionalità oltre a presentare quelle relatività/discrezionalità evidenziate, termina con risposte secche, che consentono di evitare, per chi voglia evitarlo, analisi più dettagliate o approfondite.

3. Ciò premesso, desidero poi porre l'attenzione su una ulteriore dato, che è quello che un magistrato, prima ancora di essere capace, laborioso e diligente, deve essere indipendente e imparziale; e tuttavia su questi criteri, che dovrebbero essere i primi, la legge n. 111/2007 non dice niente, e nella Circolare del CSM n. 20691/2007 si trova solo qualcosa di molto sintetico al Capo II e nient'altro.

La circolare, infatti, si limita a dare sul punto delle tautologie, poiché dice che si ha l'indipendenza quando il giudice decide senza condizionamenti, si ha l'imparzialità quando il giudice decide in modo obiettivo ed equo, e si ha l'equilibrio quando il giudice decide con senso della misura e moderazione.

Manca, in questi casi, una disciplina più dettagliata, e del tutto assente è poi un ulteriore parametro di valutazione del giudice, che è quello, a mio parere di non secondaria importanza, del senso pratico.

La Circolare del CSM n. 20691/2007 afferma poi sul tema dell'indipendenza del giudice che "*Gli orientamenti, politici, ideologici o religiosi del magistrato non possono costituire elementi rilevanti ai fini della valutazione della professionalità*", e che "*La valutazione della professionalità non può riguardare l'attività di interpretazione di norme di diritto, ne' quella di valutazione del fatto e delle prove*" (Capo II, punto 6 e 7).

Ora, se questo è giusto e certamente condivisibile, lo diventa meno, a mio parere, se questi due elementi vengono messi in connessione tra loro.

Ed infatti, l'interpretazione delle norme può dipendere (anche) dall'orientamento politico o ideologico del giudice, cosicché, se presi separatamente questi elementi non devono costituire criteri di valutazione, quando invece un giudice tenda ad interpretare la legge in un certo modo perché quello è il modo conforme al suo orientamento politico o ideologico, allora lì un rilievo nel giudizio sulla professionalità dovrebbe ammettersi.

Stando al processo civile, esso è colmo di momenti sensibili, ove gli aspetti ideologici e politici possono avere rilevanza: si pensi al diritto all'immigrazione, alle cause di lavoro, a quelle societarie e dell'impresa, alle controversie di famiglia, agli sfratti.

Scriveva Calamandrei (*Studi sul processo civile,* Padova, 1956, VI, 67) che "*E' possibile che un giudice, nel contrasto tra un ricco e un povero, o tra un ateo e un credente, dia ragione senza accorgersene all'uno o all'altra non per ragioni oggettive della causa, ma per la propensione morale che egli prova verso la categoria sociale a cui l'uno o l'altro appartiene*".

Calamandrei sottolineava *senza accorgersene,* poiché certo non è in discussione la buona fede del giudice; e tuttavia si tratta di aspetti che non andrebbero trascurati in un giudizio sulla professionalità, e che invece sono del tutto messi in angolo dalla legge n. 111/2007 e dalla Circolare n. 20691/2007 del CSM.

4. Ne', con riferimento a tutto questo, gioca un ruolo di un certo rilievo il controllo giurisdizionale.

Stando alla giurisprudenza amministrativa (v. per tutte Consiglio di Stato 31 agosto 2017 n. 4149), la valutazione della professionalità rientra tra i poteri discrezionali del Consiglio superiore della magistratura ai sensi dell'art. 105 Cost. e ciò esclude il controllo giurisdizionale "*con la sola*

eccezione di vizi di carattere formale, ovvero logici, a fronte cioè di provvedimenti irragionevoli, incoerenti o contraddittori".

Dunque, nessun sindacato è ammesso sulle valutazioni di merito del CSM, e poiché le decisioni del CSM sono quasi sempre conformi ai pareri dati dai Consigli giudiziari, va da sé che anche le attività dei Consigli giudiziari non sono soggette ad alcun controllo giurisdizionale, considerato che l'esistenza di vizi formali appare ipotesi rarissima.

Peraltro, poi, si tratta pur sempre di un controllo giurisdizionale a senso unico, poiché l'intervento giurisdizionale può essere richiesto dal magistrato che non abbia ottenuto la valutazione positiva di professionalità, ma non v'è (normalmente) nessuno che possa al contrario chiedere il controllo giurisdizionale nelle ipotesi nelle quali il magistrato sia stato valutato positivamente in assenza dei presupposti.

Prospettive *de iure condendo*

5. Veniamo alle prospettive future.

Lo stesso progetto Bonafede contiene in punto di valutazione di professionalità due proposte di riforma:

a) una attiene al c.d. diritto di tribuna, ovvero alla possibilità che anche i laici del Consiglio giudiziario possano partecipare alle discussioni sulla valutazione di professionalità dei magistrati, seppur senza diritto di parola e di voto;

b) e l'altra attiene alla procedura, che andrebbe, si dice, meglio e più semplicemente regolata.

Alla luce di quanto ho premesso, esterno il mio pensiero anche su questi aspetti.

6. Per quanto attenga al diritto di tribuna, se una prossima riforma dovesse riconoscere ai laici questo diritto, essa solo in parte introdurrebbe una novità, poiché il diritto di tribuna, nel silenzio della legge, è già riconosciuto a livello di regolamento da molti Consigli giudiziari, cosicché la novità sarebbe solo per quei Consigli giudiziari che ad oggi, con loro regolamento, non ammettono i laici all'audizione delle discussioni in ordine alla valutazione di professionalità dei magistrati.

Ma:

a) da una parte, se il tema è quello di determinare il ruolo dei laici in ordine alla valutazione di professionalità dei giudici, il diritto di tribuna, che esclude comunque agli stessi la partecipazione al dibattitto e al voto, non sembra soluzione soddisfacente;

b) e, da altra parte, sembra altresì una soluzione del tutto inutile ove si voglia parimenti affermare il diritto alla riservatezza su quanto avvenga all'interno dei Consigli giudiziari.

V'è da chiedersi, infatti, a cosa serva che taluni avvocati partecipino alle discussioni sulle valutazioni di professionalità dei giudici se questi avvocati, poi, ammessi come semplici auditori, non possono esternare quanto hanno ascoltato, ne' rendere pubblico quanto hanno appreso.

6.2. Io credo, allora, che l'intervento da fare sia altro.

Penso si possa affermare che i compiti attribuiti al Consiglio giudiziario dall'art. 15 del d. lgs. 25/2006 si dividano in due ambiti: alcuni non attengono strettamente a quelli previsti dall'art. 105 Cost. (quali, ad esempio, le c.d. variazioni tabellari), e altri, tutto al contrario, sono pienamente riconducibili a quelli, e tra questi ultimi vi rientrano i giudizi di valutazione della professionalità dei magistrati, che infatti sono provvedimenti di competenza del CSM, seppur emanati a seguito di parere del Consiglio giudiziario.

Orbene, se questo è vero, v'è da affermare che in tutti i casi nei quali il Consiglio giudiziario operi in materie strettamente riservate al CSM ai sensi dell'art. 105 Cost., il Consiglio giudiziario debba procedere e decidere con le stesse proporzioni, e con le stesse modalità di esercizio del potere, proprie del CSM, e cioè con la presenza di un terzo di laici che abbiano su ciò il diritto di discussione e di voto.

I Consigli giudiziari, soprattutto quelli relativi ai distretti più grandi, non hanno al loro interno un terzo di laici, poiché la misura è normalmente minore, e decresce ulteriormente all'aumentare del numero dei giudici del distretto.

Dunque, la proposta di riforma è chiara: i Consigli giudiziari, quando operano in materie di cui all'art. 105 Cost. devono essere composti di un terzo di laici, e devono decidere con il voto di un terzo di laici.

La diversa scelta, cui oggi abbiamo, non solo non sembra equilibrata, ma potrebbe addirittura essere incostituzionale.

Ed infatti, nella misura in cui la valutazione di professionalità è materia assegnata dall'art. 105 Cost. al CSM, e nel momento in cui le decisione del CSM devono essere prese ai sensi dell'art. 104 Cost. con un terzo di componenti laici, l'art. 16, d. lgs. 25/2006, per essere conforme agli artt. 104 e 105 Cost., deve prevedere che ogni decisione riconducibile a detta materia debba essere presa con un terzo di laici.

Detta riforma appare tanto più necessaria quanto più, e come sopra abbiamo visto, il giudizio di valutazione di professionalità dei magistrati è un percorso che lascia a chi lo compie ampi margini di discrezionalità; cosicché la partecipazione (anche) di avvocati e professori universitari secondo le misure dell'art. 104 Cost. appare dovuta.

Questa proposta io già la facevo molti anni fa (v. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense,* IV ed., Milano, 2013, 179); la speranza è che oggi siano maturi i tempi per realizzarla.

6.3. A questo proposta di riforma vanno però aggiunte due considerazioni:

a) una prima è che mentre gli avvocati componenti del CSM non possono, per tutta la durata del mandato, svolgere la professione, gli avvocati del Consiglio giudiziario non hanno questo limite, anche perché non sono retribuiti per il compito che svolgono, e possono così, contestualmente, sia esercitare la professione forense, sia sedere in Consiglio giudiziario.

Questo, evidentemente, costituisce un problema, poiché, mentre un avvocato componente del CSM può liberamente esprimersi su un giudice senza alcun possibile conflitto di interesse, lo stesso non può dirsi con riferimento all'avvocato che sieda in un Consiglio giudiziario, visto che questo potrebbe giudicare un giudice in Consiglio giudiziario e poi il giorno dopo quel giudice potrebbe giudicare una causa di quell'avvocato.

E' ovvio che questo problema esiste e va risolto.

Credo, però, che questo rilievo non debba far venir meno l'idea della riforma che si suggerisce; semplicemente si tratta di trovare una soluzione che renda impossibile un simile conflitto di interesse, creando una incompatibilità, da studiare e verificare, tra l'avvocato consigliere giudiziario e l'esercizio della professione forense.

b) Una seconda considerazione attiene alla preparazione degli avvocati e dei professori universitari in ordine all'ordinamento giudiziario.

Non ho remore ad affermare che sia gli uni che gli altri, quasi sempre, hanno conoscenze assai limitate della materia.

Peraltro, l'ordinamento giudiziario è materia che nemmeno si insegna nei dipartimenti di giurisprudenza, è materia che non si ha agli orali dell'esame di avvocato, è materia sulla quale poche sono anche le occasioni di studio in ordine alla formazione e all'aggiornamento professionale successivo, e addirittura è ora materia che sembra (ma forse è solo una mia impressione) ridimensionata anche nell'orale del concorso in magistratura, se si tiene conto del

progetto di riforma Bonafede (v. art. 28, lettera f) di quel progetto).

Si tratta, tutto al contrario, di diffondere le conoscenze della disciplina dell'ordinamento giudiziario, poiché solo su una simile premessa sarà possibile che il maggior peso dei laici in Consiglio giudiziario produca dei frutti.

7. La seconda proposta di riforma attiene, come detto, al procedimento.

Non si tratta, a mio parere, di operare una semplificazione della procedura, poiché certe precisazioni e puntualizzazioni delle questioni sono, a mio parere, seppur con i limiti che mi sono divertito ad esaltare, necessarie e dovute, e non si tratta nemmeno di irrigidire il sistema di valutazione oltre una certa misura, poiché credo che al di là delle ampie discrezionalità che i meccanismi della Circolare del CSM n. 20691/2007 offrono, il giudizio non possa che rimanere elastico, anche perché non è pensabile che un magistrato ogni quattro anni debba, in un certo senso, e altrimenti, superare quasi *ex novo*, un concorso.

Si tratta, a mio parere, di suggerire solo qualche minima regola procedurale, in grado, se si vuole, di compensare l'ampia discrezionalità di merito che il giudizio sulla valutazione della professionalità ha.

E in questa ottica, se mi è consentita una proposta extravagante, a me viene in mente Papa Benedetto XIV e la sua Bolla del 3 novembre 1741.

Papa Benedetto XIV, constatato che dinanzi ai tribunali ecclesiastici l'annullamento dei matrimoni si concedeva con gran facilità e talvolta con grandi abusi, istituì, con la bolla su menzionata, il *defensor matrimonii,* che aveva il compito di difendere il vincolo matrimoniale nella procedura prevista per l'udienza delle cause matrimoniali che implicavano la validità del matrimonio.

Il *defensor matrimonii* aveva il compito di vigilare, era parte necessaria di ogni procedimento di annullamento del matrimonio, e assicurava la regolarità del contraddittorio e la fondatezza delle prove che venivano poste a sostegno della domanda.

Qualcosa del genere potrebbe esser pensato anche con riguardo all'odierno giudizio di valutazione della professionalità dei magistrati, date, evidentemente, le dovute differenze.

Non sarebbe impensabile, per ogni valutazione, immaginare che il relatore della pratica abbia anche una funzione di *defensor*, con un ruolo, se si vuole, un po' più incisivo.

Ciò assicurerebbe, in una certa misura, una sorta di contraddittorio oggi inesistente in ordine agli indicatori e alle fonti di conoscenza che sopra abbiamo ricordato, e consentirebbe altresì un eventuale controllo duplice in sede giurisdizionale: poiché, mentre oggi ogni impugnativa al giudice amministrativo è del magistrato giudicato, con questo sistema l'impugnazione potrebbe essere altresì assegnata alla legittimazione del *defensor* in tutti quei casi in cui lo stesso ritenga sia stato commesso un eccesso.

[1] Relazione tenuta presso la Scuola Superiore della magistratura in data 8 febbraio 2021 in un incontro di studio dedicato a *L'Ordinamento giudiziario.*