

**Università degli Studi Mediterranea
di Reggio Calabria**

**Scuola di Specializzazione per le Professioni legali
Anno accademico 2020-2021**

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

LA RESPONSABILITA' DISCIPLINARE DEI MAGISTRATI

CAPITOLO 1

LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE. FONTI E FONDAMENTI COSTITUZIONALI

1. Premessa. Il tema della responsabilità disciplinare dei magistrati nella Costituzione e nel quadro delle asimmetrie ordinamentali

L'avvento della Costituzione repubblicana, con i principi in tema di ordinamento giurisdizionale che si osserveranno nel presente capitolo, avrebbe dovuto mutare l'inquadramento della responsabilità disciplinare dei giudici rispetto al regime previgente, in forza del mutato ruolo della magistratura in relazione agli altri poteri dello Stato.

Eppure, tale evoluzione si sarebbe rivelata tutt'altro che immediata, a causa soprattutto della sostanziale conservazione dell'ordinamento Grandi (r.d. n. 12/1941), che recepiva una ben diversa visione della magistratura.

Basti considerare, sul punto, che per «ordinamento giudiziario», ai sensi degli artt. 102, 105, 106, 107, 108 Cost., si intende la legge che dovrebbe regolare l'organizzazione del potere giudiziario (cfr. la VII disp. trans. Cost.)¹, mentre invece, nella realtà, tale disciplina risulta da leggi sparse e disorganiche (anche anteriori all'entrata in vigore della Costituzione

¹ Proprio il rinvio alla legge sull'ordinamento giudiziario costituisce uno dei leitmotiv del titolo IV, parte seconda della Costituzione (artt. 102, co. 1; 105; 106, co. 2; 107, co. 1 e 4; 108, co. 1; VII disp. trans.), nonché uno dei motivi principali della sua, quantomeno parziale, indeterminatezza.

stessa), per cui la previsione costituzionale non può dirsi puntualmente e compiutamente attuata.

Alla luce di tale circostanza, si può addirittura affermare che le disposizioni incluse nel titolo IV della parte seconda della Costituzione abbiano perlopiù dato per scontata la conservazione delle istituzioni giudiziarie preesistenti, quantomeno nelle loro linee fondamentali (in considerazione delle posizioni storicamente acquisite da queste)², dedicando, di converso, scarsa attenzione all'adeguamento di queste ai nuovi principi in materia: la conseguenza sarebbe un'organizzazione delle istituzioni giudiziarie ancora in larga misura informata ai principi posti all'epoca della monarchia liberale.

A ciò si aggiunga che l'esercizio di poteri disciplinari in relazione ai giudici assume connotazioni assolutamente *sui generis* rispetto all'ordinario svolgimento di funzioni disciplinari nelle amministrazioni pubbliche, rigidamente informate a schemi gerarchici (del tutto superati, come si vedrà, dai principi costituzionali in tema di magistratura): qui assume valore prevalente l'esigenza della correttezza dell'esercizio delle funzioni.

Un'ulteriore critica mossa all'impianto originario delle norme in materia di responsabilità disciplinari dei giudici risiede nella circostanza che queste ultime mirerebbero più a coltivare il decoro esterno dell'ordine di appartenenza che non la sostanza della qualità delle funzioni svolte.

² In sede costituente si segnalò la posizione di Costantino Mortati, favorevole alla conservazione delle giurisdizioni speciali esistenti, ma anche alla possibile creazione di nuove.

Sull'argomento si avrà modo di tornare infra, allorché saranno esaminate la normativa e la giurisprudenza disciplinare; in questa sede, tuttavia, si può affermare che l'onorabilità della magistratura si colloca su un piano differente rispetto alla qualità dei provvedimenti resi dalla stessa, sussistendo strumenti giuridici ben diversi per rimediare alle mancanze dell'una o dell'altra: il procedimento disciplinare nel primo caso, i mezzi di impugnazione nel secondo.

Il perseguimento di valori quale il decoro, l'onorabilità e il prestigio dell'ordine giudiziario deve essere considerato, comunque, quale risultato meritevole di rilievo da parte dell'ordinamento, purché naturalmente non produca derive autoritarie o paternalistiche e sia messo in collegamento con i principi dettati negli artt. 101 ss. Cost.

Questi valori, ancorché giuridicamente rilevanti, non esauriscono la missione della funzione disciplinare, avendo quest'ultima di mira anche il valore della fiducia nella giustizia da parte della comunità (si veda, ad esempio, l'art. 18 abr. r.d. n. 511/1946)³: tuttavia, i primi, in una prospettiva strettamente burocratica, sono stati giudicati prevalenti, nell'arco di una lunga fase.

Alla luce dei valori posti a fondamento della responsabilità disciplinare, è lecito domandarsi se esistano per i magistrati limiti altri rispetto a quelli stabiliti dall'art. 101 Cost. (la soggezione di questi soltanto alla legge): tale questione, strettamente connessa ai temi della tipizzazione degli illeciti e

³ "Il magistrato che manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che compromette il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari ...».

all'obbligatorietà dell'azione disciplinare, sarà esaminata nel dettaglio più avanti, unitamente all'analisi della normativa vigente.

2. La funzione giurisdizionale e la responsabilità dei magistrati nella prospettiva della tutela dei diritti del cittadino

Il quadro risultante dall'insieme delle norme costituzionali dedicate alla magistratura si presenta alquanto composito, tenuto conto di alcuni elementi di ordine sistematico che da questo possono evincersi.

E' appena il caso di richiamare in questa sede il fatto che una delle norme centrali in materia, ossia quella recante il principio del giudice naturale (ovverosia quel collegio o quel magistrato che impersona l'ufficio dotato di giurisdizione e di competenza in relazione alla *res in iudicium deducta*, art. 25 Cost.) sia collocata all'interno del titolo I della parte prima della Costituzione, in tema di rapporti civili, fuori, cioè, del titolo dedicato alla magistratura (titolo IV, parte seconda, artt. 101 ss.).

Ciò si giustifica alla luce della considerazione che il principio del giudice naturale è soprattutto un diritto del soggetto; tuttavia, non può non ravvisarsi anche in questo dato un elemento di minore unità sistematica rispetto ad altre parti della Costituzione.

Si è sostenuto, anzi, che i dibattiti emersi in Assemblea Costituente testimonino in realtà l'esplicita scelta per la conservazione dell'organizzazione vigente prima del periodo fascista, salvo l'intento di perfezionare le garanzie di indipendenza e autonomia; il che

confermerebbe viepiù il dato di un certo scollamento esistente tra ordinamento giurisdizionale (artt. 101 ss. Cost.) e parte prima.

Lo stesso valga per l'art. 24 Cost., laddove vengono, in un certo senso, delimitati i confini della giustizia, *rectius*, delle situazioni giuridiche giustiziabili («tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi», co. 1), ma vengono altresì assicurati i mezzi per fruire in concreto della giustizia (nella duplice accezione del diritto di azione e di difesa) anche in capo ai non abbienti (cfr. co. 3), nella prospettiva di un'effettiva parità delle parti nel giudizio, coerente con gli imperativi di eguaglianza sostanziale e giustizia distributiva scaturenti dall'art. 3 Cost..

Del resto, pur considerando che l'art. 24 Cost. è incentrato sul soggetto utente della giustizia, non può negarsi che lo stesso riveste una certa rilevanza in relazione all'architettura ordinamentale sottesa all'esercizio della funzione giurisdizionale in Italia, essendo il diritto di azione e di difesa garantiti davanti a qualsiasi magistratura, e merita, pertanto, alcuni cenni.

Ed invero, al diritto di azione (*rectius*, diritto a provocare la pronuncia di un provvedimento decisorio sulla domanda di giustizia) del soggetto si contrappone un simmetrico dovere statale di non rifiutare indebitamente la prestazione del servizio giudiziario, che coincide, in ultima analisi, con l'esercizio di una delle funzioni fondamentali dello Stato: da qui la collocazione sistematica della disposizione nel titolo dedicato ai rapporti civili, accanto alle libertà civili *strictosensu*.

In questa prospettiva, si può affermare che i Costituenti abbiano concepito la giurisdizione quale strumento di tutela del complesso delle posizioni individuali previste e tutelate dall'ordinamento, in armonia con gli obiettivi dello Stato sociale, alla stregua di un vero e proprio diritto di prestazione.

Ulteriore elemento di raccordo tra l'art. 24 Cost. e l'esercizio della funzione giurisdizionale, soprattutto in materia penale (è il caso, ad esempio, dell'errore inficiante la sentenza penale di condanna annullata in sede di revisione), è costituito dall'ultimo comma, ai sensi del quale «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

In relazione a tale disposizione, si osserva che la stessa farebbe riferimento soprattutto all'aspetto oggettivo della decisione giurisdizionale più che a quello soggettivo; pertanto, la riparazione ivi prevista non si configura come obbligo dello Stato a risarcire il singolo ingiustamente danneggiato dall'attività giurisdizionale, ma esprime la necessità individuale e sociale che le sentenze stiano giuste (in coerenza con gli obiettivi del giusto processo).

È altresì possibile stabilire un collegamento tra l'art. 24 Cost. e l'art. 113 Cost., in tema di tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, utile a tracciare un percorso di transizione da una concezione ottocentesca di tipo liberale ad una concezione democratica e personalista delle libertà fondamentali di fronte ai pubblici poteri e, di conseguenza, della pubblica amministrazione stessa.

Dal combinato disposto delle due norme e dal doppio binario «diritto soggettivo - interesse legittimo», si evince l'intento dei Costituenti di

apprestare un'efficace copertura garantistica a qualsiasi posizione di vantaggio, individuale o collettiva, comunque e da chiunque azionabile in giudizio.

In altri termini, al di là della qualificazione delle diverse posizioni giuridiche soggettive, si evince anche e soprattutto l'intento dei Costituenti di assicurare al soggetto l'effettività e la completezza della protezione giuridica, valori fondamentali per l'organizzazione della funzione giurisdizionale.

Quest'ultima presuppone il diritto ad un giudice terzo ed imparziale, precostituito, soggetto soltanto alla legge, e a un giusto processo (si vedano, a vario titolo, gli artt. 25, 101, 102, 104, 107, 108, 111 Cost.).

3. Il principio del giudice naturale in collegamento con le disposizioni del titolo IV, parte II della Carta costituzionale. Dai principi alle regole organizzative in tema di giurisdizione

Lo stesso art. 25 Cost. si colloca sulla linea di confine tra il terreno delle garanzie processuali e quello dell'organizzazione giudiziaria.

Tale articolo, oltre a sancire il principio del giudice naturale (co. 1), affermando, altresì, il principio di legalità penale (*nullum crimen, nulla poena sine lege*, co. 2-3, con i corollari del divieto di interpretazione analogica e di irretroattività della legge penale), fissa pur sempre un limite all'esercizio della funzione giurisdizionale, del tutto coerente con quanto previsto dall'art. 101 Cost., in tema di soggezione dei giudici alla legge (c.d. principio di legalità nella giurisdizione).

Difatti, il principio di legalità di cui al secondo comma dell'art. 25 Cost. contiene implicitamente un altro principio: nessuno può essere condannato e punito senza processo.

Invero, il collegamento con l'art. 101 Cost. è ravvisabile anche in relazione al principio della precostituzione del giudice, essendo ancora una volta la legge l'elemento determinante, in questo caso ad individuare in via generale e astratta chi eserciterà la funzione giudiziaria in rapporto a ciascun procedimento.

Quella fissata dal primo comma dell'art. 25 Cost. è una riserva assoluta di legge, coordinata al disposto degli artt. 102, co. 1 («la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario») e 108, co. 1 («le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge»).

Tuttavia, alla luce della non identità degli attributi della naturalità e della precostituzione di cui all'art. 25 Cost., è lecito individuare margini di discrezionalità (leggi anche: opportunità), finalizzati a soddisfare il primo attributo, quando il giudice precostituito per legge possa rivelarsi, ad esempio, non idoneo, non efficiente, non imparziale o non specializzato (si vedano, ad esempio, l'istituto della rimessione ai sensi dell'art. 45 c.p.p.; la funzione della Corte di Cassazione di supremo organo regolatore delle competenze o ancora i criteri di distribuzione dei fascicoli all'interno degli uffici giudiziari).

In realtà, nel primo comma dell'art. 25 Cost. («nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge») è lecito rinvenire due principi distinti, sulla base dei due participi passati ivi contenuti («distolto», «precostituito»): il primo fa riferimento al divieto di sottrazione, mentre il secondo - troppo spesso obliterato dalla dottrina tradizionale - fa riferimento ad una previa precostituzione del giudice mediante i criteri fissati dalla legge.

Quest'ultimo aspetto, e segnatamente la determinazione della competenza del giudice prima della commissione del fatto su cui quello dovrà giudicare (*tempuscriminisregitiudicem*) costituisce il fulcro essenziale della norma, in un'ottica di non identificazione (distinzione) tra i termini «naturale» e «precostituito» (coerente, peraltro, con il combinato disposto degli artt. 25, co. 1 e 102, co. 2 Cost.)

Il richiamo alla legge evoca, inoltre, un certo collegamento con i principi validi in tema di pubblica amministrazione, sanciti dall'art. 97 Cost. (legalità, buon andamento, imparzialità), riferibili senz'altro anche all'apparato giudiziario, stabilendosi tra gli artt. 97 e 25 un rapporto di *genus a species*.

Del resto, non può esservi dubbio alcuno circa l'esigenza che anche la giustizia sia amministrata in ossequio ai principi di buon andamento e imparzialità, essendo, invece, la legalità sostituita dal richiamo alla naturalità/precostituzione di cui all'art. 25 Cost.

Le stesse regole previste dai codici di rito (preesistenti, giova sottolinearlo, alla Costituzione) in tema di astensione e ricusazione (si vedano, ad

esempio, gli artt. 51 e 52 c.p.c.) si rivelano anch'esse funzionali al perseguimento del valore dell'imparzialità, sotteso all'art. 25 Cost..

In particolare, a proposito dell'inquadramento della ratio del principio di cui al primo comma dell'art. 25 Cost., si è sostenuto che per imparzialità non possa intendersi un'estraneità alla causa da decidere (congeniale all'antica concezione del giudice come *bouche de la loi*, che non teneva conto del pluralismo ideologico espresso dal c.d. Stato costituzionale), bensì che il giudice competente non sarà un giudice scelto appositamente per quel procedimento e quindi sicuramente parziale.

In questa luce, il fine proprio dell'art. 25, co. 1 Cost. deve essere identificato nella garanzia della certezza di un giudice non sicuramente parziale.

L'ambivalenza concettuale dell'art. 25 Cost., sopra evidenziata, in relazione al suo stare sulla linea di confine tra tutela della parte e garanzia del giudice, ha dato vita ad interpretazioni alterne nel corso dei decenni, a seconda della prevalenza dei diritti del soggetto o delle istanze della categoria.

La questione non può essere liquidata esclusivamente con l'argomento sistematico della collocazione topografica della norma nella parte riguardante i diritti e doveri dei cittadini, preferendosi ritrovarvi piuttosto una duplice dimensione: assicurare le parti dall'arbitrio e la magistratura da violazioni concrete della propria indipendenza interna.

La stessa esigenza di indipendenza interna per la magistratura, peraltro, si riflette sui cittadini utenti della giustizia ai sensi dell'art. 24 Cost.

4. La soggezione del giudice alla legge come garanzia e limite del potere giurisdizionale. I corollari del principio di legalità nella giurisdizione. Il problema della legittimità democratica del giudice.

L'art. 101 Cost. è collocato in apertura del titolo IV dedicato alla magistratura ed enuncia due principi fondamentali in materia: il collegamento con la sovranità popolare (co. 1) e la soggezione dei giudici soltanto alla legge (co. 2).

Il collegamento con la sovranità popolare è ribadito proprio dalla soggezione dei giudici alla legge, essendo quest'ultima essa stessa un'espressione della volontà popolare, ai sensi dell'art. 70 Cost. (c.d. legalità democratica o in senso sostanziale).

Tale rilievo consente di circoscrivere la nozione di legge ai fini dell'art. 101 Cost. alla sola legge formale, conformemente alla valenza semantica comunemente attribuita al vocabolo nel testo costituzionale: alla luce di ciò, si può escludere che nella nozione di legge ai sensi della norma citata rientri il diritto oggettivo complessivamente inteso, mentre residuano dubbi in ordine alla possibilità di considerare anche gli atti aventi forza di legge.

L'esclusione del diritto oggettivo *tout court* dipende dal divieto di disapplicare le fonti primarie gravante sul giudice, eventualmente legittimato alla sospensione del giudizio in corso ed alla trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, cui fa da contraltare la possibilità di disapplicare gli atti normativi non primari (i regolamenti, ad esempio).

Per quanto attiene, invece, alla possibilità di considerare anche gli atti aventi forza di legge, si è sostenuto che i decreti governativi aventi forza di legge, in quanto atti del Governo, non sarebbero espressione della sovranità popolare e, quindi, non sarebbero da farsi rientrare nella nozione di legge ai sensi dell'art. 101 Cost..

Ciò non esclude, da diversa prospettiva, che la soggezione del giudice soltanto alla legge di cui all'art. 101 Cost. comporti anche un ossequio di questi alla normativa costituzionale, cui potrà darsi applicazione immediata nei casi e nei limiti in cui la stessa sia utilizzabile indipendentemente dal previo intervento del legislatore ordinario.

In relazione al secondo comma, si evidenzia che il secondo comma dell'art. 94 del Progetto di Costituzione, presentato dalla Commissione dei 75 alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947, recitava testualmente «I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza».

Tale enunciato, se da un lato esasperava il concetto della supremazia della legge, espresso dall'utilizzo del verbo «dipendere», dall'altro si prestava, attraverso il richiamo alla coscienza del giudice, a derive interpretative poco ortodosse e poco ossequiose della legge stessa.

Proprio in ragione di tale contraddizione immanente alla stessa stesura originaria della norma, la versione del gennaio 1947 non era da ritenersi stilisticamente felice né efficace, riproponendo, da un lato, il cliché albertino del giudice *bouche de la loi* e dall'altro offrendo a quest'ultimo un amplissimo margine di manovra, mediante il riferimento ad un criterio

metagiuridico (la coscienza), suscettibile di condurre ad approdi antidemocratici, congeniali al consolidamento del c.d. «diritto libero», concepito strumentalmente come dottrina vivente del popolo.

Naturalmente, la soppressione di ogni richiamo all'interpretazione ad opera dell'attuale art. 101 Cost. non esclude certo la sussistenza di un'attività interpretativa in capo al giudice, all'atto di amministrare la giustizia, ed, anzi, la garanzia della formazione del suo libero convincimento (cfr. art. 111 Cost.; art. 116 c.p.c.).

Tale attività viene, piuttosto, lasciata sullo sfondo e affidata, ad esempio, ai criteri dettati dalle preleggi (è il caso dell'art. 12) e consolidati dalla teoria generale del diritto.

La soggezione del giudice alla legge nel nostro ordinamento può essere intesa come limitazione del potere connesso all'esercizio della funzione giurisdizionale, in relazione a vari profili: all'efficacia *inter partes* delle decisioni; all'assenza di valore di precedente vincolante (c.d. *stare decisis*); al divieto di creare norme nuove, non riconducibili a leggi preesistenti (c.d. principio di legalità della giurisdizione).

Al tempo stesso, il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge si configura anche come una norma di garanzia per la funzione giurisdizionale, in collegamento con l'attributo dell'indipendenza dagli altri poteri dello Stato (art. 104, co. 1 Cost.) e con l'assenza di qualsivoglia responsabilità politica in capo ai giudici (in relazione all'accesso alla magistratura per concorso, art. 106, co. 1 Cost.).

Ovviamente, l'irresponsabilità politica appena richiamata non preclude la configurabilità in capo ai giudici di un'eventuale responsabilità penale per i reati commessi nell'esercizio della funzione giurisdizionale, nonché di un'eventuale responsabilità civile e disciplinare, nei limiti che si vedranno infra.

L'indipendenza del giudice e dell'ordine giudiziario non sono, in linea generale, da considerarsi minacciate dalle c.d. “leggi di interpretazione autentica”, ossia da quelle ipotesi nelle quali il legislatore emana una norma con efficacia retroattiva per chiarire il significato di norme preesistenti, rientrando tali ipotesi in un'attività puramente legislativa. Il limite in materia è da farsi coincidere con i giudicati già formati.

Del resto, l'esclusione di qualsivoglia responsabilità politica inerente ai giudici vale anche a circoscrivere la portata dell'enunciato del primo comma dell'art. 101 Cost. («La giustizia è amministrata in nome del popolo»), non implicando quest'ultimo certo la titolarità della funzione giurisdizionale in capo al popolo, né che la giustizia emani dallo stesso e non costituendo certo i giudici espressione di rappresentanza diretta del popolo.

La soggezione del giudice alla legge (o, se si preferisce, il principio di legalità della giurisdizione) implica, in primo luogo, un dovere incondizionato di applicazione della stessa, ma anche, più semplicemente, un obbligo di conoscenza (*iuranovit curia*).

Un'ulteriore implicazione di tale principio risiede in quella parte dell'art. 111 Cost. che sottopone tutte le sentenze a ricorso in Cassazione «per

violazione di legge», restando così ribadito il principio che il giudice è tenuto a conformarsi alle prescrizioni di ordine sostanziale che si impongono alla sua osservanza.

Infine, la soggezione del giudice soltanto alla legge si configura come intimamente collegata con una totale autonomia di giudizio, riflessa anche dall'assenza di vincoli di gerarchia con altri giudici (cfr. art. 107, co. 3 Cost.).

Ovviamente l'avverbio utilizzato («soltanto») non vale ad escludere la soggezione dei giudici alla Costituzione, come del resto espresso dall'obbligo, in presenza dei presupposti di legge, di sollevare innanzi alla Corte una questione di legittimità costituzionale (cfr. art. 23 1. n. 87/1953).

Il principio della soggezione dei giudici alla legge (ed i conseguenti limiti dell'esercizio della funzione giurisdizionale) sarebbe presidiato nel nostro ordinamento dai seguenti corollari: la funzione della Corte di Cassazione di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge (art. 65 r.d. n. 12/1941) e la stessa previsione delle varie forme di responsabilità del giudice (disciplinare, civile, penale).

In sintesi, la soggezione del giudice alla legge comporta i seguenti corollari: fondamento legale delle decisioni giurisdizionali; conformità alla legge delle decisioni giurisdizionali (sotto il profilo sostanziale e processuale) anche in relazione ai doveri di obbedienza di cui all'art. 54, co. 1 Cost.; divieto di diritto giurisprudenziale (non avendo le decisioni giurisdizionali effetti *erga omnes*); obbligo di conoscenza della legge

(*iuranovit curia*); insindacabilità della legge (nel senso che i giudici non sono in alcun caso autorizzati a rifiutarne l'applicazione).

Forse è proprio nelle maglie dei corollari scaturenti dall'art. 101 Cost. (si pensi, in particolare, alla conformità alla legge delle decisioni giurisdizionali e all'insindacabilità della legge) che potrebbe rinvenirsi traccia nel nostro ordinamento di un principio di certezza del diritto, che i giudici sarebbero in qualche misura chiamati a custodire. Ma di quest'argomento si avrà modo di parlare più diffusamente infra.

Un ulteriore tema posto dall'art. 102 Cost., in parte collegato al precedente, è quello della c.d. riserva di giurisdizione, espresso dal primo comma («La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»).

Si tratta di una definizione della funzione giurisdizionale su base soggettiva.

Da tale riserva consegue che i magistrati traggono direttamente dalla Costituzione la legittimazione giuridica delle loro attribuzioni, venendosi, in tal modo, a trovare in una situazione istituzionalmente analoga a quella del Parlamento (sia pure con gli opportuni distinguo, scaturenti dalla supremazia del Parlamento e dalla soggezione dei giudici alla legge, sulla quale vedi sopra).

Occorre, sul punto, precisare che all'ordine giudiziario appartengono pure magistrati che svolgono attività non giudiziaria, distaccati presso altri organi e amministrazioni (Ministeri, Corte costituzionale, ecc.), ma pur sempre sottoposti ai poteri del CSM.

Tale circostanza dà luogo ad una parziale eccezione rispetto all'identificazione assoluta tra funzione giurisdizionale e magistrati istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e, ad altro livello, pone la questione dell'opportunità dell'attribuzione di incarichi extragiudiziari ai magistrati, tanto più se remunerati e, comunque, di prestigio.

La questione si pone sia in termini di indipendenza funzionale, posto che tali incarichi possono astrattamente risolversi in un mezzo per acquisire benemerienze presso i magistrati stessi, sia in termini di indipendenza organizzativa, stante l'evidente inopportunità di fare, ad esempio, dei magistrati dei dipendenti di quel Ministro che i Costituenti avevano chiaramente considerato come la principale fonte di possibili pericoli per l'indipendenza della magistratura.

Dal combinato disposto degli artt. 102, 103 e 134 Cost. si è evidenziata, addirittura, l'esistenza di una vera e propria «riserva di sentenza», nel senso di escludere ogni altro Potere dall'interferire con l'attività dei giudici e dall'operare sui loro pronunciati, quale conferma visibile dell'indipendenza della magistratura nell'ordinamento. È in tale riserva di sentenza che, secondo una tesi qualificata, risiederebbe il *proprium* della giurisdizione.

5. L'apparente dicotomia tra ordine e potere e il problema della neutralità dell'attività giurisdizionale

Un ulteriore denominatore comune tra i diversi soggetti esercenti funzioni giurisdizionali può essere rinvenuto proprio nell'attributo dell'indipendenza

(funzionale ed organizzativa), comunque rafforzato in sede costituzionale per i tutti i giudici delle diverse giurisdizioni (cfr. artt. 101, 104, 107 e 108 Cost.).

L'affermazione di particolari prerogative in capo all'ordine giudiziario si rivela, peraltro, strettamente funzionale alla garanzia del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, quale funzione del tutto autonoma dello Stato: è il caso della terzietà, connaturata all'esigenza di far applicare le norme, in assenza dell'applicazione spontanea da parte dei soggetti.

La sede costituzionale nella quale viene affermato il principio dell'indipendenza della magistratura è l'art. 104 Cost.

Ai sensi del primo comma, «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere».

Il riferimento alla nozione di «ordine», strettamente correlato all'attributo dell'indipendenza, in luogo di «potere», viene in realtà ad essere ridimensionato, quanto al significato, dal successivo richiamo agli altri poteri dello Stato: in tal modo, si finisce per riconoscere, implicitamente, all'ordine giudiziario la qualifica di potere.

Dal punto di vista puramente terminologico, la scelta dei Costituenti di ricorrere alla nozione di ordine (anziché a quella di potere) può spiegarsi anche in ragione del carattere solo mediato del connotato della sovranità inerente all'esercizio della funzione giurisdizionale, che avrebbe giustificato l'espressa attribuzione della qualifica di potere soltanto agli

organi (legislativo ed esecutivo) immediatamente rappresentativi della sovranità popolare e perciò stesso dotati di una certa dinamicità.

Tale scelta, pur rilevatrice di una tendenza ad imprimere all'ordinamento un certo superamento dello schematismo della dottrina storica della divisione dei poteri (sensibile all'evoluzione delle funzioni fondamentali dello Stato rispetto alle concezioni originarie), sconta, comunque, alcune incertezze di carattere sistematico (come nel caso del primo comma dell'art. 104 Cost., ove si afferma che «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», stabilendo una certa equivalenza tra i due concetti).

Un ulteriore argomento emerso in quella sede fu costituito dalla concezione, allora largamente diffusa, dell'assenza di una vera capacità «volitiva» in capo al giudice, ancora perlopiù inteso quale *bouche de la loi*.

Il termine «ordine» evoca maggiormente il profilo strutturale e organizzativo nel quadro dell'articolazione delle funzioni statuali, ma non esclude certo la natura di potere dell'attività giurisdizionale, confermata del resto dalla disciplina dei conflitti di attribuzione ex art. 134 Cost., nonché dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Pertanto, in conclusione, si può affermare che la magistratura in sé costituisca un ordine, mentre l'esercizio della funzione giurisdizionale integri certamente un potere.

L'oggetto dell'art. 104 Cost. è da identificarsi nella magistratura ordinaria, in ragione dei commi successivi dedicati alla composizione del Consiglio

superiore della magistratura, nonché del collegamento con l'art. 102 sopra osservato.

Gli attributi dell'autonomia e dell'indipendenza sono stati distinti tra loro, in considerazione della proiezione collettiva (*rectius*, relativa all'ordine nella sua totalità) del primo (in ossequio al principio della separazione dei poteri) e della proiezione individuale (ossia, inerente al singolo giudice, nel momento funzionale dell'attività esercitata) del secondo. Il primo di essi si traduce nella configurazione di un sistema di autodisciplina interna (sia pure realizzato attraverso meccanismi che non consentono di parlare di autogoverno), espresso dal CSM. Il secondo presenta, invece, una stretta correlazione con la soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), realizzando, in tal modo, il collegamento (sia pure mediato) tra funzione giurisdizionale e sovranità popolare più volte evidenziato.

Entrambi gli attributi si rivelano strumentali a conseguire l'obiettivo dell'imparzialità del giudice, che attiene al momento applicativo della norma giuridica (di per sé stessa non imparziale, perché espressione di scelte politiche), nella complessa mediazione tra l'atto legislativo e il conflitto di interessi dedotto nel singolo giudizio.

In questo delicato equilibrio si colloca il tema della neutralità dell'attività giurisdizionale, oggi superato alla luce del quadro costituzionale e della funzione promozionale del diritto (cfr. art. 3 Cost.), che si traduce, per i giudici, in un'attività discrezionale (fosse solo nei limiti di quanto previsto dall'art. 12 disp. prel. c.c.): quest'ultimo carattere non vanifica certo il dato dell'imparzialità dell'atto giurisdizionale, ma anzi lo potenzia, in una nuova prospettiva. Vi è da aggiungere che la discrezionalità del giudice incontra

pur sempre il vincolo della soggezione di questo alla legge ai sensi dell'art. 101 Cost., motivo per cui, fino alla modifica dell'art. 111 Cost., intervenuta con l. cost. n. 2/1999, la Costituzione non parlava espressamente di «imparzialità» con riferimento ai giudici (diversamente dalla pubblica amministrazione, art. 97). Si tratta, evidentemente, di una discrezionalità diversa rispetto a quella riconosciuta all'azione amministrativa, ma che comunque consente margini di autonomia nella determinazione in capo al giudice (si pensi all'attività interpretativa correlata alle cc.dd. clausole generali).

In quest'ottica, l'indipendenza stessa acquista una nuova dimensione, funzionale alla salvaguardia di una vera e propria libertà ideologica del giudice (ben lungi dall'antica qualificazione della magistratura come potere neutro), nel nome del pluralismo politico-culturale presente nel disegno costituzionale.

L'imparzialità, da altro punto di vista, è espressa dalla stessa soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 101 Cost. sopra osservato.

6. La natura “sovrana” della funzione giurisdizionale in vista della configurazione delle relative responsabilità

L'attributo dell'indipendenza costituisce una delle caratteristiche fondamentali della magistratura nel nostro ordinamento.

Si tratta di un attributo connotato di una duplice dimensione, funzionale e organizzativa.

La prima fa riferimento alla persona del giudice ed alla sua posizione nel processo, che deve essere *super partes* e di assoluta estraneità alla res iudicanda (art. 101, co. 2 Cost., «I giudici sono soggetti soltanto alla legge»).

La seconda richiama l'autonomia ed indipendenza dell'ordine da ogni altro potere dello Stato (art. 104 Cost.), ma anche il principio dell'assunzione mediante pubblico concorso (art. 106 Cost.) e la riserva di legge (art. 108 Cost.).

Proprio l'accesso per concorso alla magistratura afferma il carattere tecnico della funzione svolta dai magistrati, svincolati dal vincolo di dipendenza che sussisterebbe in caso di nomina da parte dell'esecutivo ed anche da qualsivoglia elemento di rappresentatività nei confronti del corpo elettorale (ivi compresi, ovviamente, profili di responsabilità politica).

È solo in quest'ottica (nella prospettiva, cioè, di una funzione tecnica e separata dagli altri poteri) che va letto il richiamo al popolo contenuto nell'art. 101 Cost.

Quest'ultimo richiamo («La giustizia è amministrata in nome del popolo»), piuttosto, è da intendersi quale emanazione del principio della sovranità popolare, nonché affermazione della natura «sovrana» della funzione giurisdizionale stessa, in quanto tale, meritevole di indipendenza dalle altre funzioni dello Stato. In altri termini, il principio della sovranità popolare funge solo quale fonte di legittimazione delle attribuzioni del giudice (alla stessa stregua dell'art. 68 St. Alb.) e non già quale manifestazione di un rapporto di rappresentanza diretta.

Il rapporto tra popolo e organi giudiziari si realizza nella subordinazione del giudice alla legge stabilita dall'art. 101, co. 2 Cost.. Proprio il principio della soggezione del giudice alla legge rende quest'ultimo un «custode della volontà popolare già espressa nelle leggi», conferendogli un certo margine di discrezionalità interpretativa e decisionale ed escludendo ogni vincolo esterno di subordinazione ad altri poteri dello Stato.

In tale prospettiva, l'affermazione dell'indipendenza - funzionale e organizzativa - della magistratura si rivela come l'effetto più importante del principio della divisione dei poteri, essendo l'emancipazione della magistratura la più urgente (e la meno scontata) delle esigenze avvertite già a partire dal c.d. costituzionalismo liberale tra la fine del XVIII e il corso del XIX secolo.

In relazione all'indipendenza della magistratura dagli altri poteri, si consideri, poi, che, mentre le persone fisiche concorrenti a dar vita agli altri poteri statuali (ossia il legislativo e l'esecutivo) non sono necessariamente dipendenti pubblici, ciò, viceversa, non vale per i giudici, il che pone alcuni problemi connessi alla natura dello status ricoperto e della funzione esercitata (si pensi a questioni quali la legittimità dell'iscrizione ad associazioni politiche o dell'esercizio del diritto di sciopero).

La distinzione fra i magistrati solo per diversità di funzioni (art. 107, co. 3 Cost.) non esclude, tuttavia, la previsione di uffici direttivi all'interno dell'ordinamento giudiziario, né tantomeno il ruolo peculiare svolto dalla Cassazione nel sistema processuale (cfr. C. cost., sent. n. 134/1968; sent. n. 50/1970)¹³³, né ancora l'esistenza di un sistema di promozione dei

magistrati fondato su valutazioni comparative in modo da dar luogo ad una carriera che determini progressioni a carattere differenziato.

È importante sottolineare che la Costituzione repubblicana fa richiamo ad una legge sull'ordinamento giudiziario (cfr. art. 108 Cost.), cui demandare la regolamentazione dell'organizzazione della giustizia in Italia.

La VII disp, trans. prevede che «Fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente».

Da quest'ultima disposizione si evincerebbe, secondo parte della dottrina, un implicito riconoscimento dell'incostituzionalità dell'ordinamento Grandi (r.d. n. 12/1941)¹³ e l'auspicio di un'imminente riforma che non sarebbe arrivata nei decenni successivi.

La circostanza che ancora oggi l'ordinamento giudiziario risulti disciplinato, in via generale, dal r.d. n. 12/1941 (sia pure in larga misura modificato) riflette l'assenza di quella legge di principi invocata dai Costituenti, riproponendo contraddizioni sistematiche analoghe a quelle che si registrano in altri settori dell'ordinamento, regolati da testi adottati prima dell'avvento della Costituzione (si pensi, ad esempio, al codice civile e al codice penale).

7. La costituzionalizzazione del CSM e il tema del c.d. autogoverno

L'indipendenza organizzativa (o, se si preferisce, l'autonomia, nell'accezione sopra evidenziata) della magistratura nel nostro

ordinamento è espressa soprattutto dal Consiglio superiore della magistratura, quale organo di autogoverno⁴ e pietra angolare dell'ordinamento giurisdizionale.

Si tratta di un organo già presente nel nostro ordinamento giurisdizionale nel periodo precostituzionale (a partire dalla legge Orlando n. 511/1907), sia pure con caratteristiche e funzioni profondamente diverse.

La costituzionalizzazione del CSM (*id est*, il suo inserimento fra gli organi statali di rilievo costituzionale, art. 104 Cost.) è da intendersi quale elemento di rafforzamento della terzietà e dell'imparzialità della magistratura ordinaria, al riparo dalle ingerenze dell'esecutivo di cui al periodo precedente.

Il CSM nel quadro costituzionale si delinea quale correttivo del regime parlamentare, ossia come una sede di decisioni politiche sottratte al raccordo Governo-Parlamento.

Il CSM può essere qualificato come organo di garanzia costituzionale dell'ordine giudiziario e del potere giurisdizionale, avente funzioni amministrative e, come si vedrà, giurisdizionali in seno alla Sezione disciplinare⁵.

⁴ Vi è chi critica tale definizione, ritenendo non possibile parlare di autogoverno, in ragione della presenza all'interno dell'organo del Presidente della Repubblica, con funzioni di Presidente, nonché di un numero consistente di membri laici, cioè non togati. La presenza di questi ultimi fa sì che, in modo indiretto, la rappresentanza della collettività nazionale partecipi concretamente all'interesse generale del buon andamento del governo della magistratura, collegandolo con le istituzioni rappresentative della sovranità popolare. Tale circostanza sicuramente esclude che si possa parlare di autogoverno in termini di potere autoreferenziale, ma tutt'al più in un'accezione figurata e non strettamente giuridica. Sul punto, si veda anche C. cost., sent. n. 142/1973.

⁵Sull'argomento si avrà modo di tornare infra; tuttavia, in questa sede basti richiamare gli indici rivelatori della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'attività svolta dalla Sezione disciplinare,

Proprio le peculiarità dell'organo in relazione alla sua composizione mista (cfr. art. 104 Cost.) rivelano l'intento dei Costituenti di assicurare la magistratura dalle interferenze di altri poteri (autonomia) e di influenze esterne (indipendenza), ma anche di impedire forme di autoreferenzialità e separatezza dell'ordine giudiziario stesso, nell'interesse generale ad una giurisdizione democratica.

Da questo punto di vista, si può ritenere che il CSM sia da considerare un'istituzione a presidio dell'autonomia e dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, prima che dell'ordine giudiziario.

Ed invero, il CSM, come concepito dagli artt. 104-105 Cost., non rappresenta un organo di vertice dell'ordine giudiziario, essendo collocato tecnicamente al di fuori dell'organizzazione giudiziaria e del potere giurisdizionale propriamente detto (essendo indipendente nei confronti degli organi giurisdizionali). Al tempo stesso, la sua composizione mista non autorizza certo a parlare di organo rappresentativo. Pertanto, alla luce delle caratteristiche e delle funzioni, la qualificazione più appropriata resta quella, sopra riportata, di organo di garanzia costituzionale, espressione di un potere autonomo dello Stato.

Il tema della composizione mista del CSM (art. 104, co. 2 ss.) si rivela, altresì, strettamente connesso con il tema del c.d. autogoverno e concorre a delimitarne i confini.

avvalorata dalla stessa giurisprudenza costituzionale cfr. C. cost., sent. n. 100/1981; sent. n. 12/1971): si pensi alla devoluzione del potere di promuovere l'azione disciplinare ad organi esterni ed estranei a quello decidente (il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione ed il Ministro della giustizia); l'espressa qualificazione legislativa del provvedimento finale in termini di «sentenza» art. 19 d.lgs. n. 109/2006) e, in generale, l'adozione di forme processuali mutate dal diritto processuale.

A tal proposito, la presidenza attribuita al Presidente della Repubblica (art. 104, co. 2) fu vista, in sede costituente, come espressione dell'unità dello Stato.

La componente di diritto dell'organo pone in evidenza, da un lato, il collegamento con gli altri poteri dello Stato, nella figura del Presidente della Repubblica, e, dall'altro, riconosce la presenza delle massime espressioni della magistratura, giudicante e requirente (co. 3).

L'attribuzione della vicepresidenza ad un membro laico eletto dal Consiglio (co. 5), invece, costituisce un fattore di riequilibrio rispetto alla prevalenza numerica della componente togata.

La disposizione costituzionale relativa alla componente elettiva dell'organo discorre di proporzioni (due terzi eletti da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie; un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio, co. 4) rinviando alla legge ordinaria quanto alla determinazione numerica di tali rapporti.

Nel corso dei decenni si sono susseguite diverse discipline relative alla composizione e al funzionamento del CSM: l'attuale composizione è stata introdotta dalla legge 28 marzo 2002, n. 44.

Si è pervenuti ad una riduzione del numero complessivo dei membri elettivi, ridotti a ventiquattro, di cui sedici togati, nonché ad una riduzione dei componenti effettivi e di quelli supplenti della Sezione disciplinare, ridotti rispettivamente a sei e quattro.

Alla luce di ciò, il CSM non può essere identificato come il soggetto titolare del potere giudiziario (come, soggetto, cioè, che rappresenti, in senso tecnico, l'ordine giudiziario) ma tutt'al più quale organo di autogoverno della magistratura, con le caratteristiche e le prerogative che si vedranno infra.

8. La responsabilità disciplinare dei magistrati di fronte alla responsabilità di funzionari e pubblici dipendenti. Il potere regolamentare del CSM e la controversa creazione di uno *iussingulare*

Ai sensi dell'art. 105 Cost., «spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati».

In tale disposizione, vengono disciplinate le funzioni ed i compiti del CSM, limitatamente ai punti essenziali della vita dell'organo (assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari) e facendo rinvio alla legge sull'ordinamento giudiziario per quanto attiene ai dettagli.

I punti evidenziati costituiscono, pertanto, l'ambito delle competenze del CSM (settoriali e strumentali all'affermazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura), sottratto alle ingerenze dell'esecutivo, che nella fase precostituzionale aveva massicciamente influito su tali aspetti.

Gli elementi peculiari idonei a delimitare la natura del ruolo svolto dal CSM possono essere individuati nei seguenti profili: soggezione alla legge e riserva di legge in tema di ordinamento giudiziario; settorialità delle attribuzioni e indipendenza interna dei giudici.

In relazione al tema delle promozioni, è opportuno evidenziare che le stesse non fondano certo una costruzione gerarchica della magistratura, ma fanno riferimento semplicemente ad una differenziazione delle funzioni dei magistrati (in base al criterio della competenza), configurando un modello di avanzamento automatico della carriera.

In sede costituente, fu particolarmente avvertita l'esigenza di ricondurre tutte le competenze di cui all'art. 105 Cost. ad una disciplina unitaria, anche allo scopo di non rompere l'armonia del CSM, così come congegnato dall'art. 104 Cost..

In particolare, il tema della competenza disciplinare è stato oggetto di un ampio dibattito.

In primo luogo, è opportuno stabilire un collegamento con l'art. 28 Cost., in tema di responsabilità personale dei funzionari e dei pubblici dipendenti. I giudici, secondo l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale sono da considerarsi pubblici dipendenti, sia pure *sui generis*.

Contestualmente, la disposizione va letta in relazione all'art. 104 Cost. e ai principi di autonomia e indipendenza ivi affermati, tali da stabilire un vero e proprio *iussingulare* per la categoria. In ragione di tale collegamento, la configurazione di una responsabilità disciplinare in capo ai giudici non può

ammettere la previsione di controlli o sindacati sul loro operato, tali da incidere sull'attributo dell'indipendenza.

Analogamente, la soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101 Cost.) osta ad una sindacabilità nel merito degli atti tipici dell'esercizio della giurisdizione, valutati per il loro contenuto specifico di attuazione della legge al caso concreto.

Una parziale deroga al principio della insindacabilità nel merito dei provvedimenti giurisdizionali sarebbe costituita dal concorso dei seguenti presupposti: lesione di un diritto fondamentale del cittadino; macroscopica violazione di legge (abnormità del provvedimento giurisdizionale alla luce dell'art. 101 Cost.).

Tali questioni trovano una soluzione nella legge ordinaria cui fa richiamo l'art. 105 Cost. e saranno approfondite più avanti, laddove sarà affrontato il tema della tipizzazione degli illeciti disciplinari.

Dal tema della responsabilità disciplinare risultano estranee la responsabilità politica e la responsabilità civile del giudice.

La prima non può trovare accoglimento nel nostro ordinamento, attesa l'estraneità della giurisdizione alla funzione di indirizzo politico (sulla questione, si tornerà infra)⁶.

⁶Sull'idea che i magistrati siano portatori di un indirizzo politico e sulla c.d. giurisprudenza alternativa, orientata alla promozione di valori costituzionali in sede di applicazione del diritto (interpretazione evolutiva), si veda G. MARANINI, Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione, in Atti XII Congresso nazionale magistrati italiani (Gardone Riviera, 25-28 settembre 1965), Roma, 1966, pp.7 ss. Il Congresso di Gardone fu la sede nella quale emerse con prepotenza una nuova concezione del ruolo del giudice, contrapposta alla tradizionale visione di mero «custode della legge», nonché una nuova visione della funzione giurisdizionale stessa, concepita come funzione «ordinante e costruttiva» e non già servente rispetto alla funzione

La seconda, invece, esula dai confini della responsabilità disciplinare e rientra nella competenza del giudice ordinario, nei limiti e secondo i criteri previsti dalla legge.

Nello specifico, le funzioni disciplinari sono esercitate da una Sezione disciplinare del CSM, qualificata, oramai in modo pacifico, come organo sostanzialmente giurisdizionale avente, pertanto, i caratteri e le garanzie richiesti da tale natura (quali, ad esempio, terzietà ed imparzialità).

Le iniziali obiezioni circa la legittimità costituzionale della Sezione disciplinare sono state superate, non potendosi evincere dall'art. 105 Cost. alcuna riserva in favore del Plenum delle attribuzioni ivi previste, tanto più che le funzioni disciplinari assumono una natura sostanzialmente diversa rispetto alle altre funzioni del CSM.

Nell'ambito dell'art. 105 Cost., si colloca, inoltre, la problematica della potestà regolamentare del CSM e dei limiti di questa (in relazione

legislativa. Una visione che stabiliva un nuovo equilibrio nei rapporti tra il giudice e la legge, anche in relazione al principio di cui al secondo comma dell'art. 101 Cost., suscettibile di proporre un senso d'insicurezza da parte del cittadino nei confronti del servizio-giustizia e, dunque, un vulnus al valore della certezza del diritto, così come originariamente concepita. Tuttavia, l'aumento dei poteri del giudice, espresso da tale posizione, fu, in larga misura, dipeso dallo stesso legislatore, il quale in tante materie (si pensi alla materia del lavoro o anche all'ambito minorile) aveva sovente lasciato amplissimi margini discrezionali alle valutazioni del giudicante o, comunque, aveva lasciato per una lunga stagione (perlomeno, per il primo decennio) gran parte della Costituzione completamente inattuata. In quella sede si affermò, per la prima volta in Italia con una certa decisione, che i giudici, nell'esercizio della loro funzione, dovessero partire proprio dalla Costituzione.

soprattutto alla natura giuridica degli atti adottati), alla luce della richiamata riserva di legge, nonché delle garanzie di indipendenza del singolo giudice (con riferimento all'emanazione di atti di autonormazione, circolari, direttive e risoluzioni). Correlato a tale questione è il tema del controllo degli atti normativi posti in essere dal Consiglio, certamente rientrante nella sfera della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni sollevato dal Ministro, e il tema dei mezzi di impugnazione, in relazione all'efficacia (interna o esterna) dei vari atti adottati.

Sul punto, gli atti (para)normativi posti in essere dal Consiglio sono stati ricondotti alle seguenti tre categorie: a) regolamento interno, previsto dall'art. 20 1. n. 195/1958; b) regolamento per il tirocinio degli uditori, previsto dall'art. 48 d.p.r. n. 916/1958; c) risoluzioni, circolari e direttive previste dall'art. 15 del regolamento interno.

Le principali criticità di carattere sistematico emergono a proposito della categoria sub c), in relazione ad una molteplicità di profili: all'efficacia esterna che tali atti talora assumono; al loro rapporto con le disposizioni legislative in vigore e finanche alla forma giuridica rivestita dagli stessi (diversa da quelle del d.p.r. o del d.m., previste dall'art. 17 1. n. 195/1958).

Una causa dell'incertezza emersa in ordine alle questioni richiamate è da rinvenirsi nella frammentaria legislazione dettata in materia, che ha lasciato, di fatto, al CSM amplissimi spazi di operatività e discrezionalità, talora anche *praeterlegem*.

Sul tema si tornerà infra, allorché saranno analizzati i profili della normativa vigente.

9. Dalla costruzione gerarchica della magistratura alla delimitazione delle sfere di attribuzione. La garanzia dell'inamovibilità e il principio di legalità disciplinare

Ulteriore presidio all'indipendenza del giudice è costituito dal carattere dell'inamovibilità, posto dall'art. 107 Cost.

Si tratta di un attributo avente radici nel periodo statutario.

Addirittura, la ratio originaria dell'istituto rifletteva un collegamento con la venalità delle cariche giudiziarie in Francia, servendo l'inamovibilità ad attestare i diritti di proprietà acquistati dal compratore, concernenti il grado, la sede e perfino la facoltà di trasmissione della carica di magistrato).

Si trattava, pertanto, di un obiettivo del tutto difforme rispetto a quello perseguito nell'attuale ordinamento giurisdizionale, a garanzia dell'indipendenza del giudice (art. 104 Cost.), sì da realizzare l'esercizio della giurisdizione in termini di imparzialità.

a) Ai sensi del primo comma dell'art. 107 Cost., «i magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

La circostanza che dall'art. 107 Cost. si evinca una riserva di legge in combinato disposto con l'art. 108, co. 1 Cost. ed, in particolare, il divieto di comminare sanzioni ai giudici al di fuori dei motivi previsti dalla legge sull'ordinamento giudiziario, costituisce la conferma che i Costituenti abbiano considerato la materia dei doveri e della responsabilità disciplinare di una rilevanza politica tale da interessare l'istituzione generale (il Parlamento), trascendendo gli interessi di categoria e finanche le competenze del c.d. organo di autogoverno.

Ma vi è di più. La riserva di legge di cui all'art. 107 Cost. serve anche a porre i magistrati sotto l'impero della legge, sottraendoli, in tal modo, all'arbitrio dei soggetti chiamati ad esercitare il potere disciplinare: l'affermazione di un siffatto principio di legalità disciplinare vale a configurare una disciplina coerente con le specificità dell'ordine giudiziario e, quindi, sottratta, per quanto possibile, a schemi gerarchici, diversamente dalle altre amministrazioni pubbliche.

Da tale disposizione e, più in generale, dalla quantità di riserve di legge che costellano il titolo IV della seconda parte della Costituzione emerge un certo riequilibrio dell'autonomia della magistratura in relazione alla potestà disciplinare ed una visione del CSM quale organo politicamente neutrale e non autoreferenziale.

Nel quadro dell'art. 107 Cost., l'inamovibilità è da intendersi in senso ampio; non soltanto, cioè, sotto l'aspetto topografico, ma anche sotto l'aspetto funzionale.

Strumentale alla garanzia dell'indipendenza è anche la soggezione al parere deliberativo del CSM, conforme alle norme della legge sull'ordinamento giudiziario, di ogni provvedimento di dispensa o sospensione dal servizio o trasferimento di sede o di funzione (art. 107, co. 1 Cost.).

Tale soggezione è da interpretarsi quale sottrazione di delicate competenze dalla sfera del Ministro (dispensa, sospensione, trasferimento), in un'ottica di rafforzamento dell'indipendenza dei magistrati (in collegamento con le funzioni enunciate dall'art. 105 Cost.).

Proprio la natura tecnico-strumentale dell'attributo dell'inaMOVIBILITÀ consente di evidenziarne il carattere derogabile, entro i limiti previsti dall'art. 107 Cost., a differenza degli attributi dell'autonomia e dell'indipendenza di cui all'art. 104 Cost.

In generale, si può affermare che l'inaMOVIBILITÀ consista sì in un rafforzamento dell'indipendenza del magistrato, ma in funzione del buon andamento dell'amministrazione della giustizia (cfr. art. 97 Cost.) e non in forza di un privilegio personale.

L'inaMOVIBILITÀ si rivela, peraltro, strumentale anche all'esigenza di dare concreta attuazione al principio del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost., benché quest'ultimo sia da intendersi in riferimento all'ufficio giudiziario e non anche alla persona del magistrato.

Il concetto di inamovibilità ai sensi dell'art. 107 Cost. fa riferimento alla sede e alla funzione del giudice. Queste ultime vanno intese in senso

stretto, ovviamente nei limiti di quanto previsto dal legislatore ordinario cui rinvia la disposizione costituzionale.

b) La decisione del Consiglio in tali materie deve essere adottata o con il consenso del magistrato ovvero, esclusivamente, per i motivi previsti dalla legge sull'ordinamento giudiziario, con le garanzie di difesa stabilite nella stessa legge (art. 107, co. 1 Cost.).

Tali garanzie sono da intendersi in un'accezione variabile a seconda della natura (disciplinare o amministrativa) del provvedimento adottato, potendo le ipotesi di sospensione riferirsi, ad esempio, anche a vicende estranee all'ambito disciplinare (ossia, per fatto incolpevole, come l'incompatibilità ambientale e funzionale, cfr. art. 2 r.d. n. 511/1946).

È evidente che, nel caso di provvedimento disciplinare *strictosensu*, rivestendo, come osservato, il relativo procedimento una natura (para)giurisdizionale, le garanzie di difesa dovranno essere più ampie, sostanziandosi, ad esempio, nella possibilità di farsi assistere da un difensore.

Naturalmente, le garanzie di difesa in sede amministrativa sono suscettibili di espandersi, allorché il provvedimento di dispensa o di sospensione, adottato per ragioni diverse da quelle disciplinari (è il caso della dispensa per inidoneità fisica), venga impugnato innanzi al giudice amministrativo⁷.

⁷Il sindacato della giurisdizione amministrativa sugli atti del Consiglio non costituisce certo una menomazione dell'attributo dell'indipendenza, ma un'applicazione del diritto alla tutela giudiziaria sancito dall'art. 24 Cost., in ossequio ad una concezione non restrittiva del sindacato giurisdizionale amministrativo ex art. 113 Cost., ammissibile non sui soli atti della pubblica amministrazione in senso soggettivo, ma su ogni atto sostanzialmente amministrativo posto in essere da qualsiasi organo pubblico e suscettibile di ledere posizioni giuridicamente protette.

Nel dibattito costituente, si discusse circa l'opportunità di munire i magistrati anche della garanzia dell'immunità, ma l'orientamento prevalente fu nel senso di non consacrare in sede costituzionale un principio del genere.

L'art. 107 Cost. va coordinato con l'art. 105 Cost. in relazione al tema dei trasferimenti dei magistrati. In particolare, le competenze di cui all'art. 105 Cost. sono da intendersi quale fisiologica determinazione dei movimenti all'interno della magistratura, mentre l'ambito di applicazione dell'art. 107 Cost. concerne la patologia del sistema (dispensa, sospensione). Per tale motivo, considerata la maggiore gravità delle ipotesi contemplate dall'art. 107 Cost., i Costituenti hanno prescritto in modo univoco e tassativo che nella materia de qua il CSM possa operare legittimamente entro i limiti rigorosamente fissati dal legislatore ordinario.

Tale riserva di legge vale ad affermare l'indipendenza del magistrato non solo nei confronti di qualunque altro soggetto diverso dal CSM (c.d. indipendenza esterna), ma anche nei confronti di quest'ultimo (c.d. indipendenza interna).

c) Il secondo comma dell'art. 107 Cost. pone, invece, la facoltà per il Ministro della giustizia di promuovere l'azione disciplinare. Tale previsione costituisce un elemento di raccordo tra potere giurisdizionale ed esecutivo, lungi dal tradursi in un'ingerenza del secondo sul primo, trattandosi semplicemente della facoltà di promuovere l'azione e non già del potere di infliggere sanzioni, attribuito, invece, al CSM.

Il fondamento di tale attribuzione risiede nella circostanza che al Ministro compete la responsabilità relativa all'organizzazione ed al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia.

Allo stato attuale, la latitudine dei poteri del Ministro non è certo quella esistente nel periodo precostituzionale; tuttavia, la disposizione richiamata va considerata alla stregua di una legittima forma di controllo sul corretto esercizio della funzione giurisdizionale, nell'ottica della generale esigenza, avvertita dal Costituente, di prevedere strumenti di raccordo tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato.

Tale controllo non si sovrappone con il sindacato sul merito delle decisioni emanate dai giudici (*iurisdictio*), affidato ai mezzi di impugnazione previsti dalle normative processuali, sostanziandosi, piuttosto, in un controllo circa le modalità con le quali il giudice esercita il potere nel rispetto della sua funzione.

L'utilizzo del termine «facoltà» si giustifica in contrapposizione al disposto dell'art. 112 Cost. sull'obbligatorietà dell'azione penale.

Quanto al carattere discrezionale dell'azione disciplinare, si è obiettato che la stessa, così concepita, costituisca un possibile strumento di pressione sull'indipendenza del magistrato; tuttavia, la previsione delle decadenze disciplinate dalla normativa vale a neutralizzare tale rischio.

d) La distinzione dei giudici solo per diversità di funzioni (art. 107, co. 3 Cost.) riflette, a sua volta, l'aspirazione all'unità della giurisdizione già osservata a proposito di altre disposizioni costituzionali (artt. 101, 102).

Tale criterio distintivo si rivela coerente con il carattere orizzontale e diffuso della funzione giurisdizionale, già richiamato in sede di commento dei principi di cui all'art. 101 Cost..

Del resto, proprio il principio della soggezione dei giudici soltanto alla legge, di cui al secondo comma dell'art. 101 Cost., conseguiva già l'abolizione di ogni vincolo gerarchico tra i magistrati, nonché di una vera e propria carriera all'interno dell'ordine giudiziario (si vedano le leggi n. 570/1966 e n. 831/1973)

In attuazione dell'art. 107 Cost., si è progressivamente configurato un sistema a ruoli aperti, con il conferimento della qualifica a prescindere dall'effettivo esercizio delle funzioni corrispondenti e sulla base della sola anzianità senza demerito, con conseguenti automatismi retributivi (si vedano le leggi n. 392/1951, n. 570/1966, n. 831/1973, fino al d.lgs. n. 160/2006, sul quale si tornerà più avanti).

L'organizzazione dell'ordine giudiziario scaturente dalla norma è per organi e non per gradi (come disponeva, invece, l'ordinamento del 1941): non si può parlare, pertanto, di gerarchia, ma solo di delimitazione della sfera di attribuzione.

Occorre rilevare che il terzo comma dell'art. 107 Cost. parla di «magistrati» e non già di «giudici», come avviene in altre disposizioni costituzionali (art. 101, ad esempio).

Da ciò si evince che nella nozione impiegata rientrano tutti gli appartenenti all'ordine giudiziario e quindi anche gli addetti all'ufficio del pubblico ministero, salvo quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 107 («il

pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario»).

e) Alla luce di quanto osservato in relazione al terzo comma dell'art. 107, si può parlare di una sostanziale equiparazione della figura del pubblico ministero a quella del giudice, sia pure con alcuni distinguo.

Pertanto, il pubblico ministero può essere inteso come un magistrato a cui sono riferibili tutte le garanzie che la Costituzione non riserva espressamente al solo giudice, come accade nell'art. 101, co. 2, che, riferendosi espressamente ai «giudici», lascia intendere che il pubblico ministero, al contrario, possa non essere soggetto soltanto alla legge.

Si può affermare che il pubblico ministero sia munito della medesima indipendenza di status del giudice, attraverso anche una sostanziale sottrazione di questo al vincolo che precedentemente lo legava all'esecutivo (artt. 104, 105 e 107, co. 1 Cost.), essendo, viceversa, consentita, sul piano strettamente funzionale, un'organizzazione gerarchica dei suoi uffici, in forza del quarto comma dell'art. 107 (è il caso dell'indicazione di linee di indirizzo generali da parte del dirigente dell'ufficio).

10. La riserva di legge in tema di ordinamento giudiziario e la mancanza di una legislazione organica in materia

L'art. 108 Cost. garantisce la riserva di legge per ogni magistratura, cioè per ogni singolo complesso o ordine di organi, investito della funzione (cfr. co. 1, «le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura

sono stabilite con legge»). Da quest'ultima norma si evince il carattere non pienamente unitario della giurisdizione accolto nel nostro ordinamento.

L'art. 108 Cost., come già altre disposizioni costituzionali osservate (artt. 102, 106, 107, ma anche VII disp. trans.) fa richiamo alla legge sull'ordinamento giudiziario, destinata a disciplinare l'organizzazione giudiziaria.

Con l'espressione «ordinamento giudiziario» si intende qui tutto ciò che attiene ai profili istituzionali e burocratici della funzione giudiziaria (non solo ordinaria), con particolare riferimento alla composizione, competenza e al funzionamento degli organi giurisdizionali e allo stato giuridico ed economico dei magistrati (accesso, promozioni, trasferimenti, responsabilità disciplinare, retribuzione) nonché alla previsione di quegli organi che, pur non esercitando funzioni giurisdizionali, incidono tuttavia su tali ambiti (ad esempio, i consigli giudiziari)

La ricorrenza di tali richiami è il segno della vasta eco che la legge di ordinamento giudiziario ebbe in sede costituente, ove si discusse di qualificarla addirittura come norma costituzionale o avente rango differenziato (sotto forma di legge organica o di fonte atipica).

Tuttavia, alla luce del diritto vigente, si esclude che la legislazione relativa alla materia dell'ordinamento giudiziario possa essere dotata di uno status particolare nel sistema delle fonti, non potendo essere qualificata come legge organica se non in una accezione del tutto atecnica.

Occorre aggiungere, peraltro, che una legislazione organica sull'ordinamento giudiziario, così come in qualche modo annunciata dalla

VII disp. trans., non si è mai registrata (perlomeno fino all'approvazione della l. n. 150/2005, sulla quale si tornerà infra), essendosi, viceversa, susseguiti nei decenni soltanto plurimi interventi legislativi settoriali⁸, tali da definire congiuntamente un nuovo modello di ordinamento giudiziario in piena armonia con il disegno costituzionale.

Si discute se la riserva di legge posta dal primo comma dell'art. 108 Cost. sia da considerarsi assoluta o relativa, tenuto conto della tardività di un intervento organico del legislatore e della vasta attività regolamentare (circolari, risoluzioni) posta in essere dal CSM.

Si ritiene, anche alla luce della potestà regolamentare dell'esecutivo di cui all'art. 17 l. n. 400/1988, che nessuna riserva di legge possa risultare preclusiva dell'attività di interpretazione del diritto vigente e che, entro certi limiti (si vedano artt. 104 ss. Cost.), tale attività del CSM sia da ritenersi pienamente legittima (cfr. C. cost., sent. n. 72/1991).

Tuttavia, il collegamento esistente tra l'art. 108 Cost. e le garanzie della magistratura (artt. 101, 104, 107 Cost.) evidenzia l'esigenza che tale riserva di legge non possa essere soddisfatta da una legislazione a maglie larghissime, nell'ambito della quale il Consiglio possa discrezionalmente

⁸Si vedano, tra gli altri, la l. n. 195/1958 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura), la l. n. 570/1966 (Disposizioni sulla nomina a magistrato di corte di appello), la l. n. 831/1973 (Modifiche dell'ordinamento giudiziario per la nomina a magistrato di Cassazione e per il conferimento degli uffici direttivi superiori), la l. n. 97/1979 (Norme sullo stato giuridico dei magistrati ordinari e amministrativi, dei magistrati della giustizia militare e degli avvocati dello Stato), la l. n. 374/1991 (Istituzione del giudice di pace), il d.lgs. n. 51/1998 (Norme istitutive del giudice unico di primo grado), nonché le discipline degli organi di autogoverno dei giudici amministrativi (l. n. 186/1982), contabili (l. n. 117/1988), militari (l. n. 180/1981 e n. 561/1988) e tributari (l. n. 545/1992).

adottare atti *praeter legem* (*rectius*, privi di agganci sostanziali con la legge).

Gli atti posti in essere dal CSM nell'esercizio di tali funzioni costituiscono, dunque, delle fonti secondarie distinguibili in base al principio di competenza dai regolamenti dell'esecutivo e assoggettabili ai controlli normalmente previsti per le altre fonti secondarie.

Addirittura, il ruolo svolto dal CSM nell'ambito del potere giudiziario ha finito con il configurare l'esistenza di una sorta di rapporto gerarchico fra il Consiglio stesso e gli altri organi che cooperano con esso nell'amministrazione della giurisdizione, come i consigli giudiziari ed i capi della magistratura giudicante e della magistratura requirente.

L'esistenza di tale rapporto gerarchico costituisce, peraltro, ulteriore elemento di garanzia dell'indipendenza, interna ed esterna, del magistrato, vista la sottrazione all'esecutivo e ai capi degli uffici di rilevanti funzioni amministrative, oggi allocate in capo ad un organo avente struttura pluralistica (e presieduto dal Capo dello Stato).

Tali caratteri di pluralismo e partecipazione fanno sì, inoltre, che il CSM, pur nella dialettica tra le diverse correnti (espressione, di per sé, di pluralismo), non si ripieghi esclusivamente sugli interessi di categoria, ma persegua l'interesse generale alla buona amministrazione della giustizia.

Al di là del profilo strutturale, le stesse competenze del CSM in tema di carriera dei magistrati sono orientate ad, una valorizzazione della professionalità di questi, in collegamento con la garanzia per la parte del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.).

11. La peculiare posizione del Ministro della giustizia e la strisciante conflittualità tra i diversi attori costituzionali

Ai sensi dell'art. 110 Cost., «ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministero della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia».

Si può affermare che tale disposizione venne costruita al fine di evitare che l'impianto delle garanzie della magistratura previste dal titolo IV potesse renderla un corpo interamente separato dagli altri poteri dello Stato.

In sede costituente, si discusse circa l'opportunità di affidare al Ministro della giustizia un ruolo interno al Consiglio, poi esclusa per garantire l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario.

Nel quadro dell'art. 110 Cost., la posizione del Ministro è da considerarsi oramai residuale rispetto al regime precedente (si pensi, ad esempio, all'antico potere di disporre i trasferimenti), ma non per questo marginale in senso assoluto: si può dire, in linea generale, che le competenze sul personale rientrano nella sfera del Consiglio superiore della magistratura, mentre l'organizzazione della giustizia rientra nella sfera del Ministro.

In particolare, spettano al Ministro della giustizia le competenze amministrative relative all'organizzazione delle risorse strumentali (sedi, arredi, mezzi, organizzazione degli uffici nella loro efficienza numerica, ecc.), nonché del restante personale dell'amministrazione giudiziaria e dell'amministrazione penitenziaria, necessarie ad assicurare il buon

funzionamento del servizio giustizia o ancora la pubblicazione della Gazzetta Ufficiale, la direzione degli affari civili e del notariato, la direzione delle carceri, cui vanno aggiunte le competenze relative all'istruzione delle domande di grazia e alla sorveglianza delle libere professioni.

Tali attribuzioni sono state definite dalla dottrina «inafferrabili» o, perlomeno, dai confini imprecisati, in quanto ampie, ma sostanzialmente cedevoli rispetto ai poteri del CSM.

Del resto, occorre rilevare che il Ministro della giustizia è l'unico ad essere espressamente menzionato dalla Carta costituzionale, il che certamente vale a conferirgli una certa posizione di prestigio nel nostro sistema, di collegamento tra magistratura e altri poteri dello Stato.

A ciò si aggiunga che il Ministro, a differenza del CSM, è responsabile davanti al Parlamento delle proprie competenze, così come definite dall'art. 110 Cost..

Le competenze del Ministro direttamente inerenti ai magistrati e al CSM si sostanziano, invece, in poteri di richiesta, di proposta, di intervento, di impulso, di verifica, di informativa (ai sensi, ad esempio, dell'art. 11 l. n. 195/1958) e giammai nella titolarità di poteri assoluti, tali da realizzare un'indebita ingerenza nelle altrui attribuzioni e prerogative.

Tale riparto è emblematico degli equilibri che si registrano tra i diversi poteri dello Stato, che devono essere comunque informati ad uno spirito di leale collaborazione, come era nelle intenzioni dei Costituenti (cfr. C.

cost., sent. n. 168/1963) e del legislatore stesso (si veda l'art. 11, co. 3 l. n. 195/1958, in tema di «concerto» tra Consiglio e Ministro).

Va rilevato che non sempre si è registrata tale collaborazione tra i diversi attori istituzionali della giustizia, che, a fasi alterne, hanno piuttosto dato prova di una strisciante conflittualità su ambiti delicati, quali il conferimento degli incarichi direttivi o l'esercizio dei poteri ministeriali di vigilanza.

Sul piano teorico, una delle cause delle incomprensioni istituzionali registrate è da rinvenirsi nella diversità di vedute intorno al ruolo del giudice, più volte emerse nel corso degli anni, in relazione soprattutto all'applicabilità alla magistratura dell'art. 28 Cost. in tema di responsabilità dei funzionari e dei pubblici dipendenti e, più in generale, al tema dell'estraneità o dell'appartenenza della magistratura alla sfera della pubblica amministrazione⁹.

Un ulteriore elemento di criticità nei rapporti tra Ministro e CSM è rappresentato dalla prassi, consacrata anche in leggi, di chiamare dei magistrati a coprire gli uffici del ministero, dando vita, in tal modo, a un apparato parallelo a quello costituito dal Consiglio.

⁹La Corte costituzionale, in una risalente pronuncia (sent. n. 2/1968) aveva ritenuto applicabile sia l'art. 28 che l'art. 97 Cost., sulla base delle seguenti argomentazioni: a) l'autonomia e l'indipendenza della magistratura non la pongono al di là dello Stato, né il giudice è fuori dell'organizzazione statale; b) il giudice è, e deve essere, soggetto solo alla legge ed indipendente da poteri ed interessi estranei, ma l'amministrazione della giurisdizione è funzione statale, ed i giudici, esercitandola, svolgono attività abituale al servizio dello Stato, tant'è che la Costituzione all'art. 98, co. 2, li ricorda ai pubblici impiegati.

12. L'eteropresidenza del CSM: cerimoniale o effettiva?

Analoghe criticità hanno sollevato i rapporti con il Presidente della Repubblica, in considerazione soprattutto della duplice veste di quest'ultimo di Capo dello Stato e Presidente del CSM (cfr. artt. 87 e 104 Cost.).

Si tratta di due funzioni profondamente diverse, ancorché spettanti al medesimo soggetto: l'una collegata ad un organo monocratico, l'altra ad un organo collegiale, con le conseguenze che tale distinzione comporta (in termini, ad esempio, di latitudine di poteri).

Va considerato che, in sede costituente, si ritenne di conferire al Capo dello Stato la presidenza del CSM, al fine di attribuire dignità e risalto alla magistratura, ma anche di collocare al vertice di tale organo un elemento imparziale di collegamento e allo stesso tempo di separazione fra il corpo dei giudici e gli altri poteri dello Stato (cfr. art. 87, co. 1 Cost.), funzionale al perseguimento di valori obiettivi e generali, tra i quali spicca l'indipendenza della magistratura.

In questa prospettiva, ossia nello spirito di riaffermare il valore dei principi dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, si spiega l'apparente duplicazione della prescrizione di cui all'art. 87, co. 10 Cost., attributiva della presidenza dell'organo al Capo dello Stato, prevista dal secondo comma dell'art. 104 Cost..

Proprio in considerazione della particolare posizione rivestita dal Presidente, si è parlato di poteri interni ed esterni al CSM, a seconda della natura degli atti posti in essere di volta in volta da quest'ultimo e

dell'angolo visuale, monocratico o collegiale, concretamente assunto dallo stesso.

L'eteropresidenza attribuita al Presidente della Repubblica integrerebbe una duplice limitazione dell'indipendenza del CSM: in relazione alla mancata elezione del vertice da parte del Consiglio ed in relazione al prestigio assoluto dell'altra carica ricoperta dal Presidente, cosicché in nessun caso e per nessuna ragione potrebbe accadere che il Presidente del CSM si identifichi di fatto con il collegio che presiede.

Ed invero, per scongiurare il rischio di condizionamenti da parte del potere politico, si ritenne di non attribuire la presidenza dell'organo al Ministro della giustizia (né, tantomeno, di prevedere il suo inserimento nel Consiglio, anche in considerazione della titolarità dell'azione disciplinare da parte di questo). Analogamente, per scongiurare il rischio di un eccessivo isolamento della magistratura e l'affermazione di uno spirito di corporazione avulso dall'assetto costituzionale, si ritenne di non attribuire la presidenza dell'organo al primo presidente della Cassazione.

Sul piano pratico, l'armonia delle relazioni istituzionali è largamente dipesa dalla personalità e dal temperamento di ciascun Presidente oltre che dalle contingenze politiche del momento.

Tradizionalmente, si sono distinti i seguenti orientamenti in ordine all'identificazione della posizione del Capo dello Stato rispetto al CSM.

Secondo una prima impostazione, il Capo dello Stato è visto nell'ottica di presidente dell'organo collegiale: si tratta di una visione che tende a indebolire il dato dell'eteropresidenza.

Secondo una seconda impostazione, invece, il Capo dello Stato sarebbe un organo monocratico (Presidente della Repubblica) «innestato» sul CSM: tale ricostruzione tende a valorizzare maggiormente il ruolo presidenziale, in un'ottica di controllo costituzionale sul Consiglio o, comunque, di garanzia.

In una posizione intermedia, si colloca l'avviso di quanti ravvisano nella presidenza del Consiglio affidata al Presidente della Repubblica la funzione di supremo moderatore e coordinatore, quando occorra, nei rapporti della magistratura con gli altri poteri dello Stato.

In quest'ottica, l'attribuzione della presidenza al Capo dello Stato e la contestuale previsione di una vicepresidenza per l'ordinaria attività del Consiglio non consentono di ricostruire la posizione del Presidente in una prospettiva meramente collegiale (cioè di un *primus inter pares*), configurandosi la stessa nel quadro delle attribuzioni «a tutto tondo» del Presidente della Repubblica.

L'inquadramento del ruolo della presidenza deve tradursi, pertanto, nella delicata operazione di reciproco bilanciamento tra Presidente e Consiglio in relazione ai fondamentali ruoli costituzionali ad essi attribuiti (cfr. artt. 87, 104 e 105 Cost.).

In tale prospettiva, nello spirito, cioè, di preservare l'autodeterminazione del collegio salvi i casi di «sconfinamenti» di questo dalle sue attribuzioni costituzionali, vanno interpretati i poteri di assenso del Presidente in merito alla formazione dell'ordine del giorno (art. 45 del regolamento interno CSM).

Un'ulteriore situazione di incertezza scaturente dall'eteropresidenza consisterebbe nell'obbligo (di natura convenzionale) del Presidente di astenersi da quelle discussioni o votazioni che, per il modo in cui siano state impostate, comportino una presa di posizione in merito all'indirizzo governativo.

Da tale norma convenzionale discenderebbero, pertanto, due corollari: l'obbligo di astenersi per il Presidente, appunto, e l'ammissione della piena legittimità di prese di posizione in merito all'indirizzo governativo da parte del CSM. Laddove non si riconoscesse tale legittimità, il CSM si porrebbe quale istituzione «muta», ovvero priva di potere di esternazione (pacificamente riconosciuto agli organi dotati di autonomia costituzionale garantita), il che non sarebbe compatibile con il nostro sistema costituzionale.

Concludendo, anche in considerazione del particolare ruolo del vicepresidente (cui compete il ruolo di rappresentanza e di espressione del collegio) e delle relative modalità di elezione, si può parlare di una presidenza non concepita come puramente simbolica o «cerimoniale», ma nemmeno come «presidenza effettiva», da esercitarsi, cioè, quotidianamente.

In altri termini, si può parlare di una struttura organizzativa finalizzata al perseguimento degli obiettivi di autonomia ed indipendenza sanciti dal primo comma dell'art. 104 Cost., temperati dai limiti connessi all'eteropresidenza, così come configurata dal secondo comma dello stesso articolo.

13. Conclusioni parziali. Verso «un assetto giurisdizionale a sovranità diffusa»

In conclusione dell'esame dei principi costituzionali in tema di giurisdizione, può essere opportuno formulare alcune conclusioni parziali intorno alla coerenza sistematica delle norme richiamate, alla luce dei collegamenti che è lecito stabilire tra prima e seconda parte della Carta.

a) In particolare, l'ordinamento giurisdizionale, in quanto regolatore di una delle funzioni fondamentali dello Stato, non può certamente essere considerato come del tutto avulso dalla sovranità popolare sancita dall'art. 1 Cost.

Quest'ultima, infatti, non si esaurisce certo nell'esercizio della funzione legislativa da parte dei rappresentanti del popolo, configurandosi, piuttosto, anche la funzione giurisdizionale quale articolazione indefettibile della Repubblica.

Tale collegamento è sintetizzato soprattutto dal primo comma dell'art. 101 Cost. («La giustizia è amministrata in nome del popolo»), ma anche, in via mediata, dal secondo comma, in relazione alla soggezione dei giudici alla legge, costituendo quest'ultima un'espressione ulteriore della sovranità popolare.

Dall'art. 101 Cost. discende, peraltro, la possibilità, prevista dall'ordinamento, di avere giudici non togati, diretta espressione del popolo; il che costituisce ulteriore conferma del posizionamento della giurisdizione nell'alveo della sovranità popolare.

I collegamenti con la prima parte della Costituzione non si limitano al richiamo alla sovranità popolare e al principio democratico, essendo possibile rinvenire una rilevante connessione anche con l'art. 11 Cost., in relazione alla previsione di limitazioni di sovranità tendenti ad assicurare i beni supremi della pace e della giustizia, appunto.

Proprio tali limitazioni di sovranità hanno consentito a nuovi organi giurisdizionali (Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo), a vari livelli, di assumere un ruolo innovativo e decisivo per il funzionamento della giurisdizione nel nostro ordinamento (oramai recepito dalla stessa giurisprudenza costituzionale"), realizzando «un assetto giurisdizionale a sovranità diffusa.

Dai collegamenti stabiliti tra ordinamento giurisdizionale e principi fondamentali, si evincono, pertanto, i fondamenti dell'attività giurisdizionale, intesa quale funzione fondamentale dello Stato e l'intima relazione intercorrente con il tema della sovranità, nella sua proiezione interna (art. 1 Cost.) ed esterna (art. 11 Cost.).

b) Si può, infine, riflettere sulle diverse accezioni e sfumature lessicali espresse dagli artt. 102, 104, 108, 135 Cost.

L'art. 102 Cost., a proposito della c.d. riserva della funzione giurisdizionale, parla di «magistrati»; l'art. 104 Cost., invece, sembra identificare con la magistratura i soli giudici ordinari, *rectius*, i giudici togati o di carriera, caratterizzati dalla ricorrenza del rapporto di impiego.

Tuttavia, ai sensi del successivo art. 106, nell'ordinamento giudiziario possono essere ammessi magistrati onorari, cioè non di carriera (ad

esempio, i giudici di pace). Alle norme sull'ordinamento giudiziario, risulta riconducibile, poi, la figura del pubblico ministero, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 107 Cost..

Dalla contrapposizione tra gli artt. 104 e 102 Cost., si potrebbe evincere una dicotomia tra potere giudiziario e funzione giurisdizionale: in particolare, si può affermare che il potere giudiziario comprende il complesso di organi dello Stato che sono istituiti in vista dell'esercizio di funzioni giurisdizionali (arg. ex art. 104 Cost.) e che la funzione giurisdizionale comprende il complesso delle attività di applicazione della legge che sono esercitate da soggetti agenti in posizione di terzietà rispetto a due o più parti (arg. ex art. 102 Cost.).

Infine, a completamento di questa analisi, l'art. 135 Cost., in tema di composizione della Corte costituzionale, chiama magistrature gli organi di ultima istanza delle magistrature ordinaria e amministrative (Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti), detti supremi mutuando tale qualifica dall'art. 65 r.d. n. 12/1941 (Ordinamento giudiziario).

L'esame dei principi che reggono l'ordinamento giurisdizionale restituisce un'idea della non sempre evidente unità sistematica delle norme della Costituzione dedicate alla magistratura, sia in relazione alla scelta del lessico utilizzato, sia in relazione all'organizzazione in concreto della funzione esercitata.

Nel prosieguo della trattazione si avrà modo di tornare su queste ed altre incoerenze e contraddizioni ricavabili del sistema giurisdizionale così come emergente dalla Costituzione.

CAPITOLO 2

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE NELL'AMBITO DEI MODELLI DI RESPONSABILITÀ DEI MAGISTRATI

1. Posizione del problema. Le diverse dimensioni della responsabilità dei magistrati. La "responsabilità politica" sui generis della magistratura

Una volta inquadrata la magistratura nell'ambito dei principi costituzionali alla stessa dedicati, è il caso di affrontare il tema della responsabilità dei giudici, in relazione ai diversi profili di responsabilità (politica, civile, penale, amministrativo-contabile, disciplinare) riscontrabili nel nostro ordinamento.

Il tema della responsabilità discenderebbe proprio dalla natura di «potere» della funzione giurisdizionale (sulla quale si veda il capitolo precedente), essendo necessario, in uno Stato democratico, prevedere un sistema di responsabilità correlato all'esercizio di ciascun potere. Del resto, non si potrebbe certamente evincere dal carattere dell'indipendenza sopra osservato un principio di irresponsabilità *tout court* della magistratura.

In primo luogo, occorre escludere la configurabilità di una responsabilità politica in capo ai giudici, non essendo questi, come già osservato, diretta espressione di sovranità, a differenza del Parlamento, direttamente eletto dal popolo, e del Governo, che deve avere la fiducia del Parlamento eletto dal popolo, entrambi soggetti, per effetto di ciò, a meccanismi *lato*

*sensus*anzionatori (il «licenziamento» del Governo; la «bocciatura» degli eletti alle nuove elezioni).

L'esclusione di tale responsabilità discende dalla soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), ma anche dall'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), che vincola in modo analogo l'attività del pubblico ministero. Il principio di legalità espresso dai richiamati artt. 101 e 112 Cost. si porrebbe, pertanto, come incompatibile con valutazioni di opportunità, tali da fondare una responsabilità di tipo politico.

Si è parlato di una responsabilità politica *sui generis* della magistratura, al di fuori dei circuiti dell'investitura popolare, in relazione all'attività di attuazione e difesa della Costituzione, mediante: a) la sollecitazione dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi; b) l'interpretazione delle norme vigenti nel senso conforme alla Costituzione; c) l'utilizzazione, nei «giudizi di valore» che la legge deferisce al giudice, di quei principi direttivi e di quegli orientamenti che si possono ricavare dalla Costituzione (in relazione, ad esempio, alle clausole del buon costume o della pubblica moralità).

Tale carattere *sui generis* è ulteriormente accresciuto dal carattere diffuso della funzione giurisdizionale, che fonda una responsabilità individuale del singolo giudice (essendo ogni magistrato, in un certo senso, espressione della sovranità del potere giudiziario).

Tale funzione si è resa viepiù evidente nel primo decennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione (soprattutto fino all'attivazione della

Corte costituzionale), in considerazione della ritardata attuazione di taluni principi da parte del legislatore.

Degli spazi, sia pure residuali, di responsabilità politica e, al tempo stesso, di reazione alla tendenza «centrifuga» della magistratura ad un'eccessiva separatezza dal popolo, potrebbero ravvisarsi nella critica delle sentenze da parte dell'opinione pubblica (da parte, cioè, del popolo, detentore della sovranità nei confronti della giurisdizione, che è funzione sovrana), evidentemente, entro certi limiti (cfr. art. 21Cost.).

In particolare, è opportuno che la critica da parte dell'opinione pubblica non consegua l'effetto patologico di una giurisprudenza allineata su posizioni conformiste, perbeniste e persecutorie delle minoranze, il che costituirebbe un'evidente violazione degli stessi principi costituzionali (in relazione, soprattutto, ai principi di solidarietà ed eguaglianza di cui agli artt. 2 e 3).

Infine, è stata ammessa, sia pure entro certi limiti, una responsabilità amministrativo-contabile del magistrato per i danni causati all'erario in relazione all'esercizio di funzioni amministrative e giurisdizionali (cfr. art. 2, co. 3-bis 1. n. 117/1988, così come modificato dalla 1. n. 18/2015).

2. La responsabilità civile dalla deludente normativa del 1988 alla novella del 2015 (cenni)

Una volta esclusa la sussistenza di una responsabilità politica in capo ai magistrati, può configurarsi una responsabilità penale allorché i magistrati

commettano un reato previsto dalle norme penali¹⁰ ed una responsabilità civile, nei limiti di quanto prevede la l. n. 117/1988, che dispone il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, nelle ipotesi di dolo o colpa grave ed in coerenza con il dettato stesso dell'art. 28 Cost. e con lo stesso art. 101 Cost..

In ambedue i casi, si tratta di forme di responsabilità del magistrato di fronte alle parti del processo, sia pure con le differenti nature presupposte dal tipo di azione intrapresa. Quel che preme rilevare in questa sede è che tali forme di responsabilità fanno riferimento all'operato dei magistrati nei confronti delle parti processuali, diversamente dalla responsabilità disciplinare, che, come si vedrà, si configura nei confronti dell'ordinamento generale dello Stato (o, se si preferisce, dell'ordine giudiziario).

Una risalente pronuncia della Corte costituzionale (n. 2/1968) aveva affermato l'applicabilità del principio generale sancito dall'art. 28 Cost.¹¹, in tema di responsabilità personale dei funzionari e dei pubblici dipendenti, anche ai magistrati, malgrado le specificità della relativa funzione (cfr. artt. 101 e 104 Cost.). Tuttavia, proprio tali specificità consigliano l'adozione di una disciplina legislativa differenziata, in ragione

¹⁰Si rileva che nel nostro ordinamento non sono previsti reati c.d. propri del magistrato (essendo, peraltro, prevista una sostanziale equiparazione a questi fini della figura del magistrato con gli altri pubblici funzionari), né un procedimento speciale da seguire per il perseguimento dei reati che lo riguardano. Va solo evidenziata, in relazione alla competenza per territorio, la previsione dell'art. 11 c.p.p., in forza della quale i procedimenti in cui siano parte i magistrati, che sarebbero di competenza dell'ufficio giudiziario ricompreso nell'ambito del distretto di corte di appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni, sono affidati al giudice, ugualmente competente per materia, situato nel capoluogo del più vicino distretto di corte di appello determinato dalla legge.

¹¹Ad altro livello, opera la disposizione di cui al quarto comma dell'art. 24 Cost., ai sensi della quale «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

del necessario bilanciamento con il principio di indipendenza della magistratura (cfr. C. cost., sent. n. 26/1987 e sent. n. 468/1990).

L'art. 28 Cost. può essere inteso quale fondamento costituzionale della responsabilità civile dei magistrati, ma, al tempo stesso, il bilanciamento con altri principi costituzionali (su tutti, il principio di indipendenza) consente al legislatore ordinario, entro i margini della propria discrezionalità, di prevedere condizioni e limiti a tale responsabilità.

È in tale contesto che si inserisce il referendum abrogativo del 1987 (c.d. referendum Tortora), che condusse all'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.¹² e, in qualche misura, preparò i presupposti per la successiva approvazione della l. n. 117/1988, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati.

Tale legge scaturiva, in un contesto caratterizzato da profonde tensioni, da un'esigenza, particolarmente avvertita in quel periodo, di reazione a fenomeni di «patologia giudiziaria», concretatisi in macroscopici errori giudiziari. Una reazione indirizzata, in parte, anche nei confronti degli approdi più spinti della supplenza giudiziaria, teorizzati dalla c.d. giurisprudenza alternativa, a vantaggio di un recupero del garantismo e della terzietà del giudice. La soluzione individuata dal legislatore, tuttavia, scontava, tra gli altri, il rischio di stabilire nell'ambito dell'attività giurisdizionale un difficile rapporto tra responsabilità e collegialità, oltre

¹²In particolare, l'art. 56 c.p.c.abr. prevedeva un'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia quale condizione di procedibilità per proporre la domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice, in forza di una c.d. garanzia amministrativa (autorizzazione a procedere), comune ad altri funzionari pubblici, in ossequio ad una visione risalente.

che criticità in ordine al coordinamento e all'armonizzazione sistematica con la materia disciplinare (cfr. art. 9 l. n. 117/1988).

Si trattò, tuttavia, di un intervento non del tutto rispondente agli obiettivi del referendum e, comunque, complessivamente insoddisfacente rispetto agli standard comunitari in relazione alla responsabilità eurounitaria dello Stato (cfr. CGCE, 13.06.2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A.*¹³).

Basti riflettere qui sulla marginalità (*rectius*, eccezionalità) delle ipotesi originarie di risarcibilità dei danni subiti a causa della privazione della libertà personale, limitate, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 18/2015), ai casi di dolo o colpa grave nell'esercizio delle funzioni giudiziarie o di diniego di giustizia¹⁴, che aveva dato luogo, peraltro, ad un'interpretazione oltremodo restrittiva della normativa in sede giurisprudenziale¹⁵.

¹³«Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operata da tale organo giurisdizionale». Si veda, in particolare, il punto 46, ove si statuisce che «il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza 30 settembre 2003, causa C 224/01, *Kobler*».

¹⁴Il terzo comma dell'art. 2 prevedeva le seguenti ipotesi di colpa grave: a) grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; e) negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. Tale tipizzazione, unitamente alla c.d. clausola di salvaguardia interpretativa di cui al secondo comma, determinava una sostanziale inutilizzabilità della disciplina di cui alla legge del 1988.

¹⁵Si veda, sul punto, Cass., I Sez. Civ., sent. n. 11859/2001, secondo la quale la colpa grave «postula una totale di mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi, una trascuratezza così marcata da non potere trovare alcuna plausibile giustificazione e da apparire espressione di assoluta incuria e mancanza di professionalità ... (essa si esprime) nella violazione evidente, grossolana e

Tale marginalità è anche dipesa da un approccio culturale, espresso in parte dagli stessi codici di rito e da alcuni risalenti orientamenti giurisprudenziali, tendenzialmente restio a riconoscere forme di responsabilità per danni causati dall'esercizio della funzione giurisdizionale a fronte del passaggio in giudicato della sentenza (c.d. intangibilità del giudicato). Si tratta di un approccio in una certa misura collegato con l'idea della funzione giurisdizionale quale attuazione diretta della sovranità dello Stato ed espressione, dunque, della volontà della legge, quasi che vi fosse un dogma per il quale lo Stato non può sbagliare.

Dal punto di vista tecnico-giuridico, si evidenzia che la c.d. clausola di salvaguardia contenuta nel secondo comma dell'art. 2 della l. n. 117/1988 (oggi modificata per effetto della l. n. 18/2015)¹⁶ aveva consentito un'interpretazione estensiva della nozione di «attività di interpretazione di norme di diritto» nonché di «valutazione del fatto e delle prove», tale da rendere sostanzialmente inutilizzabile la disciplina della responsabilità civile dei magistrati, perlomeno nella sua versione originaria. Si era determinata un'inaccettabile esclusione dall'ambito della responsabilità di attività che costituiscono di fatto il «cuore» dello *iusdicere*¹⁷.

macroscopica della norma, ovvero ... nella lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo, nello sconfinamento nel diritto libero ...» (conformi, Cass., sent. n. 11880/2001, sent. n. 15227/2007, sent. n. 7272/2008).

¹⁶Tale disposizione, così come modificata dall'art. 2 della l. n. 18/2015, prevede che «[f]atti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»

¹⁷Ed invero, nella citata sentenza Traghetti del Mediterraneo, la CGCE ha modo di affermare che l'interpretazione «rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale, poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti nazionali e/o comunitarie - al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta.

Pertanto, nell'interpretazione corrente, la disposizione di cui al secondo comma citato ha finito con l'attrarre a sé fattispecie apparentemente riconducibili alla nozione di «colpa grave» ai sensi del successivo terzo comma¹⁸, determinando una sostanziale sottrazione dalla responsabilità di un vastissimo novero di fattispecie.

Analoghe criticità sono state riscontrate in ordine all'applicazione della disciplina del c.d. diniego di giustizia (art. 3 1. n. 117/1988), che si è parimenti rilevata inadeguata a fornire sufficienti garanzie di effettività ed efficacia.

In concomitanza, tuttavia, con l'entrata in vigore della l. n. 117/1988 con i meccanismi tendenzialmente dissuasivi che si sono osservati, si registrava un progressivo inasprimento della giustizia disciplinare.

Per quanto attiene, poi, alla più volte richiamata questione del rapporto tra azione di responsabilità e mezzi di impugnazione, che rispondono ad obiettivi ben diversi, ma che pure necessitano di un coordinamento sul piano sistematico, occorre rilevare che, ai sensi del secondo comma dell'art. 4 1. n. 117/1988, «l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la

¹⁸Tale disposizione, così come modificata dall'art. 2 della l. n. 18/2015, prevede che «costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno ...».

Proprio alla luce delle criticità evidenziate dalla richiamata disciplina, emerse anche in sede comunitaria, con la l. n. 18/2015, recante la disciplina della responsabilità civile dei magistrati, sono state apportate alcune modifiche alla l. n. 117/1988, la cui efficacia sarà valutata alla prova dei fatti.

Ulteriori profili di novità introdotti dalla novella del 2015 consistono nell'abrogazione dell'art. 5 l. n. 117/1988, che prevedeva un filtro di ammissibilità per le azioni di responsabilità civile; nell'allungamento a due anni del termine per l'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato ai sensi dell'art. 4 l. n. 117/1988; nella configurazione del mancato esercizio dell'azione di regresso quale ipotesi di responsabilità contabile (art. 13, co. 2).

Resta, pertanto, il carattere indiretto della responsabilità civile, ma si attenuano le limitazioni di questa previste dall'impianto originario della legge.

3. Fondamenti e finalità della responsabilità disciplinare. Dalla supremazia speciale dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse generale al corretto esercizio della funzione giudiziaria

Infine, ed è questo l'ambito che costituisce l'oggetto principale della presente indagine, sussiste una responsabilità disciplinare, regolata dal d.lgs. n. 109/2006.

L'origine di questo tipo di responsabilità risiede, generalmente, nella relazione intersoggettiva (c.d. rapporto disciplinare), nella quale vengono in rilievo una situazione giuridica attiva (il potere disciplinare) ed una situazione giuridica passiva (la soggezione o responsabilità disciplinare, appunto), che fonda un habitus psicologico ed etico (prima ancora che giuridico) di osservanza di un complesso di regole, un vero e proprio dovere di comportamento (dovere di ufficio o simili).

La stessa radice della parola "disciplina" (*discere*, imparare) designa una certa idea di obbedienza e osservanza di un complesso di regole e precetti e, come si vedrà, l'edificazione di un correlativo vero e proprio diritto sanzionatorio.

Il potere disciplinare, pertanto, si rivela sempre accessorio o strumentale ad un rapporto giuridico sottostante (ad esempio, rapporto di impiego o di servizio).

Il rapporto disciplinare si presta ad essere ricondotto nello schema «potere-onere», piuttosto che in quello «diritto-obbligo», tipico dell'obbligazione.

Gli elementi qualificanti di tale tipologia di rapporti possono essere identificati nei seguenti: **permanenza**, **istituzione** e **preminenza**, laddove per «istituzione» si intenda l'esistenza di un'organizzazione (c.d. autonomia organizzativa), pubblica o privata (scuola, ente, ufficio, ecc.), con un insieme di regole proprie (contenute in regolamenti, circolari,

norme interne, istruzioni, ecc.) e l'appartenenza alla stessa con apprestamento di un correlativo sistema di giustizia domestica, affidato agli stessi organi dell'istituzione.

La posizione di tali regole, espressione dell'autonomia normativa dell'organizzazione, si rende indispensabile per il perseguimento dei fini istituzionali di questa.

Dall'inosservanza di tali regole da parte dei soggetti tenuti ai doveri di comportamento discende l'applicazione di sanzioni (pene disciplinari), la cui finalità principale è da rinvenire, in linea generale, nel mantenimento dell'ordine nell'istituzione e del prestigio di questa.

Nel caso dei magistrati (ma anche dei militari e dei pubblici impiegati), è stesso lo Stato, già titolare del potere di supremazia «generale» scaturente dalla sovranità, ad essere titolare anche di un potere di supremazia «speciale» (in ragione di una particolare qualità rivestita dal soggetto), espressione della potestà disciplinare (c.d. potestà punitiva), e, perciò, distinta dall'ordinamento generale dello Stato fondato sul potere sovrano.

Si può affermare che il sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati tragga il proprio fondamento non già e non tanto dalla supremazia speciale della pubblica amministrazione nei confronti dei propri dipendenti, ma in valori e finalità ancor più rilevanti, ossia il corretto esercizio della funzione giudiziaria e la qualità della giustizia, nel rispetto dell'indipendenza dell'esercizio della funzione stessa (basti pensare alla particolare posizione rivestita nell'ordinamento dal CSM).

In questa nuova prospettiva, la stessa nozione di «disciplina», utilizzata dalla Costituzione (artt. 105 e 107), si rivela parzialmente inadeguata, in quanto funzionale alla vecchia nozione corporativa.

A tal proposito, si dice che il magistrato in quanto tale non risponde “a qualcuno”, ma caso mai “di qualcosa”. Una conferma, sul piano sistematico, di tale circostanza (ossia del fatto che nella giustizia disciplinare si faccia valere anche una responsabilità verso l'ordinamento complessivamente inteso e verso i destinatari del servizio giustizia) deriva dalla titolarità dell'azione disciplinare in capo al Ministro della giustizia.

Ne scaturisce un sistema, che, nelle intenzioni del legislatore, mira a bilanciare *commoda ed incommoda* e consente di inquadrare apparenti privilegi attinenti allo status del magistrato come garanzie funzionali al corretto espletamento di una delicatissima attività. Si parla, difatti, più in modo più pertinente, di «prerogative» e non già di privilegi, in considerazione del collegamento teleologico di tali situazioni con l'interesse pubblico ad un migliore espletamento della funzione giudiziaria.

Il collegamento della responsabilità disciplinare dei magistrati con l'interesse generale rinviene il proprio fondamento nell'art. 101 Cost. e, segnatamente, nel richiamo al popolo ivi formulato. Come già osservato, si tratta, in realtà, di una forma di legittimazione del potere giurisdizionale in senso garantista e non già democratico-rappresentativo, alla stregua, ad esempio, del Parlamento. Tale collegamento costituisce un valore aggiunto rispetto alla mediazione con la sovranità popolare, operata indirettamente attraverso il richiamo alla legge di cui al secondo comma dell'art. 101 Cost.

5. Natura giuridica e inquadramento costituzionale della Sezione disciplinare del CSM. Verso il superamento dell'autotutela dell'ordine giudiziario

La previsione di un'apposita Sezione disciplinare in seno al Consiglio, a partire dalla legge n. 195/1958 (art. 4), nasce da motivazioni di carattere funzionale e, segnatamente, dall'esigenza di concentrare tale competenza in capo ad un organo composto da un minor numero di elementi.

La legittimità dell'istituzione della Sezione disciplinare risiede nella circostanza che i Costituenti non ritennero di disciplinare nel dettaglio tutti i profili del CSM, limitandosi a stabilirne la composizione (limitatamente alle proporzioni, art. 104 Cost.) e le competenze (artt. 105, 106 e 107 Cost.). Da tale considerazione, si evincerebbe una certa autonomia del legislatore nella determinazione dei singoli aspetti inerenti al funzionamento dell'organo.

Un'ulteriore conferma di ciò è costituita dai frequenti richiami al legislatore, con funzione integrativa delle disposizioni costituzionali, contenuti in tutto il titolo IV.

Un ulteriore argomento di ordine sistematico che consigliò l'istituzione di una Sezione disciplinare consisteva nella circostanza che, laddove il plenum fosse giudice disciplinare, il primo presidente della Cassazione cumulerebbe le due situazioni di giudice disciplinare e di giudice in sede di ricorso, in quanto presidente di diritto delle Sezioni Unite della Cassazione, contro i più elementari principi della giurisdizione.

In questa prospettiva, rispettosa del pluralismo dell'organo (ma non delle proporzioni previste dall'art. 104 Cost.), il legislatore ha previsto la composizione della Sezione disciplinare, con quindici membri, dei quali il vicepresidente del Consiglio, che la presiede; cinque magistrati di Cassazione di cui due con ufficio direttivo; tre magistrati di Corte d'appello; tre magistrati di tribunale e tre componenti eletti dal Parlamento (cfr. art. 11. n. 1198/1967); fino all'attuale composizione di sei membri effettivi e dieci supplenti (cfr. art. 2 1. n. 44/2002 e art. 3-bis Regolamento interno CSM).

La Sezione Disciplinare è oggi composta dal Presidente (di regola il Vice Presidente del C.S.M.) e cinque giudici (un laico e quattro membri togati, di cui uno proveniente dalla magistratura di legittimità, due dalla magistratura giudicante ed uno dalla magistratura requirente di merito).

Sono previsti dei sistemi di sostituzione dei componenti nelle ipotesi di impedimento ed incompatibilità. All'atto dell'elezione dei componenti titolari vengono, altresì, eletti dieci componenti supplenti, di cui sette togati e tre laici.

Si ritiene, pertanto, che la Sezione disciplinare costituisca un'articolazione del CSM, poiché «in base agli artt. 104 e 105 non è possibile affermare, ma anzi è da escludere, che la Costituzione abbia voluto che tutte le competenze elencate nell'art. 105 siano esercitate dal Consiglio nel suo plenum. E perciò legittimo che con la legge ordinaria siano poste norme attinenti all'organizzazione del Consiglio superiore della magistratura, come quelle relative alla istituzione di una apposita sezione disciplinare» (C. cost., sent. n. 12/1971).

Dalla configurazione della Sezione disciplinare emergono, tuttavia, le seguenti criticità: in primo luogo, la già accennata questione del mancato rispetto delle proporzioni richieste dall'art. 104 Cost. per il Consiglio; in secondo luogo, la previsione di un numero massiccio di componenti, il che vanifica in parte quell'aspirazione alla funzionalità insita nell'istituzione di una Sezione in seno al Consiglio.

In considerazione, poi, delle diverse attribuzioni del CSM (amministrative e giurisdizionali, ai sensi dell'art. 105 Cost.), la Sezione disciplinare non si configura come un'entità estranea o distinta dal Consiglio: è il Consiglio stesso in rapporto all'esercizio dell'attività disciplinare, il che vale a consolidare l'elemento dell'unità dell'organo sopra evidenziato.

Inoltre, sempre dal punto di vista dell'inquadramento costituzionale della Sezione disciplinare, è da considerare la questione dell'opportunità che la competenza disciplinare venga esercitata dallo stesso organo o comunque dagli stessi componenti del CSM cui sono affidate anche le competenze amministrative di autogoverno della magistratura. Tale questione acquista vieppiù rilevanza alla luce della disposizione di cui all'art. 3, co. 5, lett. f) d.l. n. 138/2011, ai sensi del quale “gli ordinamenti professionali dovranno prevedere l'istituzione di organi a livello territoriale, diversi da quelli aventi funzioni amministrative, ai quali sono specificamente affidate l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari e di un organo nazionale di disciplina. La carica di consigliere dell'Ordine territoriale o di consigliere nazionale è incompatibile con quella di membro dei consigli di disciplina nazionali e territoriali ...”.

Quest'ultima questione, tuttora irrisolta, tanto più in considerazione delle differenze di trattamento tra giudici ordinari e giudici speciali, ha ispirato, già da diversi anni, la proposta dell'unificazione dell'organo di giustizia disciplinare in un organo ad hoc, quale, ad esempio, un'Alta Corte di giustizia o la Corte di giustizia disciplinare di cui al progetto di riforma costituzionale formulato dalla Commissione bilaterale nella XIII legislatura (c.d. Bicamerale D'Alema) o ancora la Corte disciplina di cui al disegno di legge costituzionale n. 4275/2011, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri Berlusconi e dal Ministro della giustizia Alfano.

La revisione costituzionale, tuttavia, non è da intendersi quale unica via percorribile per superare tale criticità, essendo stata indicata anche la via alternativa di un intervento del legislatore ordinario volto a determinare un'effettiva "separazione" dell'attività della Sezione disciplinare dal CSM, in funzione del soddisfacimento di requisiti di terzietà e imparzialità della relativa funzione. Tuttavia, da altra prospettiva, sarebbe forse maggiormente auspicabile una revisione costituzionale, tenuto conto del fatto che il cumulo di funzioni amministrative e giurisdizionali è oggi previsto dalla stessa Costituzione (art. 105) e che tale previsione ha costituito l'argomento teorico (ovvero, «formalistico») per escludere l'irregolarità o l'illegittimità della composizione della Sezione disciplinare e delle relative decisioni, qualora, ad esempio, alcuni o tutti i suoi componenti abbiano partecipato al plenum del CSM, che aveva precedentemente disposto un trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale "senza colpa" ai sensi dell'art. 2 r.d. n. 511/1946 (cfr. Cass.,

S.U., sent. n. 16264/2002; Cass., S.U., sent. n. 1994/2003; Cass., S.U., sent. n. 27172/2006).

Ed invero, la riserva di legge espressa dall'art. 105 Cost. è stata interpretata dalla Corte costituzionale nei termini di un'ampia discrezionalità del legislatore ordinario in ordine alla «disciplina delle funzioni e della disciplina interna del Consiglio», tale da fondare la piena legittimità della composizione ristretta della Sezione disciplinare .

Anzitutto, è stata costantemente esclusa la sussistenza di ragioni di incompatibilità dei componenti dell'organo giudicante e, quindi, di astensione, nell'ipotesi in cui facciano parte della Sezione disciplinare consiglieri che abbiano già espresso il loro parere nell'esercizio dell'attività amministrativa del CSM nell'assemblea plenaria come nelle commissioni referenti, tenuto conto della natura giurisdizionale e non amministrativa della Sezione e della sua composizione secondo criteri predeterminati direttamente fissati dalla legge. Il problema è stato sollevato più di una volta con riferimento non solo al caso in cui l'incolpazione sia relativa a fatti per i quali già sia stato irrogato con delibera del plenum del Consiglio allo stesso magistrato il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale o funzionale ai sensi dell'art. 2 del r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, ma anche a fatti che già siano stati oggetto di valutazione di professionalità del magistrato, sotto i più diversi profili (valutazione periodica di professionalità, valutazione ai fini del conferimento di ufficio direttivo o semidirettivo, valutazione ai fini del trasferimento o dell'attribuzione delle funzioni di legittimità o dell'attribuzione di altro incarico, valutazione delle capacità organizzative

in sede tabellare, ecc.). Ed è stato in qualche occasione escluso che il predetto principio di piena compatibilità tra le funzioni di giudice della Sezione disciplinare e di componente del *plenum* consiliare (e delle relative commissioni referenti) sia in contrasto con i principi costituzionali posti a tutela del diritto alla difesa (art. 24) e della giurisdizione (artt. 101-109, 111), soprattutto in forza dell'argomentazione che l'indicato cumulo di funzioni giurisdizionali ed amministrative è previsto proprio dalla Costituzione (art. 105).

Se la fissazione costituzionale dei poteri del CSM consente che i componenti possano e debbano ricoprire in tempi diversi sia la funzione giurisdizionale, sia quella amministrativa con riferimento al medesimo fatto ed allo stesso magistrato, ci si è pure chiesti se, per un giusto ed imparziale giudizio disciplinare, possano far parte del collegio giudicante componenti che abbiano già fatto parte del collegio in altro procedimento, in precedenza promosso per fini diversi (ad esempio cautelari) nei confronti del medesimo magistrato. Anche in questo caso è stato costantemente escluso che possano sorgere profili di incompatibilità alla stregua di quanto previsto dalle norme del codice di procedura penale dopo plurimi interventi della Corte Costituzionale. Le norme del codice di procedura penale, invero, devono ritenersi incompatibili con le norme che regolano il giudizio disciplinare e, in particolare, con quelle che regolamentano, con criteri predeterminati, la composizione della Sezione disciplinare. Esse, d'altra parte, non sono espressione di un principio generale ed immanente nel nostro ordinamento, atteso che, ad esempio, non si dubita la conformità all'art. 24, secondo comma, Cost. dell'art. 52

c.p.c., nella parte in cui non impone l'obbligo di astensione al giudice della causa di merito che abbia concesso un provvedimento di urgenza *ante causam* ai sensi degli artt. 669 bis c.p.c., per la possibile mancanza di imparzialità del giudice.

L'incompatibilità, pertanto, non va estesa sino a collegarla a tutti i provvedimenti con contenuto valutativo emanati dal giudice competente, giacché altrimenti il processo - che per sua natura è costituito da una sequenza di atti - ne risulterebbe frammentato e si finirebbe col perdere la necessaria unità del giudizio e la sua intrasferibilità. Vale a dire che ipotesi di incompatibilità non sono nemmeno configurabili in astratto, quando il provvedimento "pregiudicante" e quello "pregiudicato" siano compresi in una medesima fase processuale, sicché l'uno svolge un ruolo preliminare, preparatorio o incidentale rispetto all'altro.

Con riferimento specifico al procedimento disciplinare, è stato ribadito che esso si svolge davanti ad un unico giudice ed in un'unica fase, con la conseguenza che non si pone alcun problema di incompatibilità con riferimento ad atti ed a provvedimenti del procedimento stesso, di contenuto valutativo, che, nell'unica fase, sono emessi via via dalla Sezione per esprimere giudizi incidentali o per adottare misure cautelari. Questi provvedimenti, invero, non costituiscono un'anticipazione della definitiva decisione di merito e si inseriscono, anzi, nel giudizio del quale il giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato.

Nemmeno costituisce motivo di incompatibilità la partecipazione dei componenti del collegio giudicante alla decisione con cui si sia

eventualmente disposto, con ordinanza, di non accogliere la richiesta di non luogo a procedere formulata dal Procuratore generale. E' stato sul punto più volte affermato che l'ordinanza di dar luogo a dibattimento adottata dalla medesima Sezione disciplinare si inserisce, con carattere di fisiologico esito delle indagini del Procuratore generale, nell'unico itinerario procedimentale proprio del giudizio disciplinare e con l'effetto di esaurire ogni sua intrinseca portata valutativa nell'adozione di un atto tipico - il rinvio a giudizio dell'incolpato - espressamente contemplato dalla legge quale unica via obbligata, adottabile dalla Sezione, in considerazione dell'implicito dissenso sulla richiesta del Procuratore generale.

Gli stessi principi che rendono inapplicabili, in via generale, al processo disciplinare le incompatibilità previste nel rito penale devono essere richiamati anche in relazione alle norme del codice di procedura penale che regolamentano gli istituti dell'astensione (art. 36) e della ricusazione (art. 37 ss.), che trovano un limite all'applicazione in materia a causa dell'inesistenza di altri organi competenti ad esercitare le funzioni di giudice disciplinare. Anzi, è stato affermato che deve escludersi l'estensibilità *tout court* al procedimento disciplinare delle norme di cui agli artt. 36 ss. c.p.p. e che, per tutte le attività che non risultino disciplinate espressamente o per specifico rinvio al codice di procedura penale, deve ritenersi applicabile la disciplina dettata dal codice di procedura civile.

Per la verità, nel procedimento disciplinare, gli istituti dell'astensione e della ricusazione non possono trovare ingresso solo quando riguardino un

numero di componenti della Sezione disciplinare tale da implicare una paralisi delle sue funzioni giurisdizionali, prioritarie rispetto ad ogni altra esigenza. In effetti, l'esigenza che anche il giudice disciplinare deve essere terzo ed imparziale (in conformità con la previsione generale degli artt. 24 e 111 Costituzione) deve essere assicurata in modo coerente con il sistema complessivo, cioè attraverso la previsione di garanzie ragionevolmente idonee a contemperare le esigenze in gioco, tutte egualmente protette dalla Costituzione.

Fuori di questi casi, i due istituti debbono trovare necessariamente ingresso nel procedimento disciplinare in quanto fondamentali canoni comuni ad ogni forma di giustizia e di giudizio che, anche nel silenzio della legge, devono ritenersi sempre invocabili, giacché l'imparzialità del giudice costituisce esigenza ineliminabile che attiene alla stessa capacità di svolgere tali delicate funzioni.

Coerentemente con questo assunto, è stato ritenuto applicabile in sede disciplinare l'art. 34, primo comma, c.p.p. laddove dispone che "il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può ... partecipare ... al giudizio per revisione". In particolare, è stato affermato che la specificità del giudice disciplinare non osta all'applicazione nel relativo giudizio della suddetta norma stante, in ogni caso, la possibilità di costituire una pluralità di collegi con la partecipazione dei componenti supplenti secondo forme e modalità predeterminate.

E' stato invece diversamente risolto il problema se nel processo disciplinare possa ricorrere la fattispecie dell'obbligo di astensione prevista nell'art. 36, primo comma, lett. a) c.p.p., non potendo ipotizzarsi nei componenti della Sezione disciplinare un interesse nel procedimento "giuridicamente rilevante" quali ipotetici soggetti danneggiati dal comportamento deontologicamente scorretto del magistrato incolpato. Essi, infatti, non potrebbero mai essere qualificati come danneggiati dal comportamento contestato che non costituisce un reato, ma un illecito amministrativo. Non sussiste, quindi, in simili casi alcun interesse diretto dei giudici alla definizione del procedimento disciplinare in una direzione piuttosto che in un'altra e neppure è ipotizzabile l'astratta possibilità che l'esito del suddetto procedimento possa arrecare ai componenti in ipotesi ricusati un qualsiasi tipo di vantaggio anche solo di natura morale.

E' stata in un caso ritenuta applicabile al procedimento disciplinare l'astensione per gravi motivi di convenienza, di cui all'art. 36, primo comma, lett. h) c.p.p. ed all'art. 51, ultimo comma, c.p.c. per tentato condizionamento di attività giurisdizionale operato dall'incolpato attraverso la memoria difensiva.

Il sistema descritto è stato più volte ritenuto conforme al dettato costituzionale da recenti pronunce della Sezione disciplinare che hanno ritenuto la questione di legittimità costituzionale manifestamente infondata con riferimento agli artt. 3, 24 e 111.

Proprio le procedure di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale o funzionale possono in taluni casi sovrapporsi ai procedimenti

disciplinari, dando luogo ad una possibile commistione di funzioni amministrative e giurisdizionali, con conseguenti criticità sul piano delle garanzie di terzietà, imparzialità e inamovibilità (e ciò malgrado l'art. 2 r.d. n. 511/1946 e il d.lgs. n. 109/2006 prevedano, in astratto, fattispecie del tutto distinte).

Basti pensare alla delibazione circa la non colpevolezza ai sensi dell'art. 2 r.d. n. 511/1946, che postula già, in una certa misura, uno scrutinio in ordine alla sussistenza di profili disciplinari, idonea a generare possibili invasioni di competenze.

6. La responsabilità disciplinare come responsabilità verso lo Stato: dall'autotutela corporativa ai connotati pubblicistici della normativa vigente

Una volta esaminato il tema della responsabilità disciplinare nell'ambito dei diversi livelli di responsabilità del magistrato riscontrabili nel nostro ordinamento, è opportuno soffermarsi sull'esercizio della corrispondente azione e sullo svolgimento del relativo procedimento.

In particolare, si è lungamente discusso in dottrina se la responsabilità disciplinare del magistrato debba essere concepita come una responsabilità verso lo Stato oppure semplicemente verso l'ordine di appartenenza.

Lo spirito del titolo IV della parte seconda della Carta sembra decisamente consigliare per la prima tesi (confermata dalla stessa giurisprudenza costituzionale), atteso che la magistratura, pur nel riconoscimento della relativa indipendenza, non è certo vista come un'entità avulsa dall'impianto

costituzionale, come dimostrano, ad esempio, la composizione plurale del CSM e la titolarità dell'azione disciplinare in capo al Ministro della giustizia (a nulla rilevando, sotto questo profilo, l'estensione del potere di iniziativa disciplinare al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione).

Nella medesima direzione milita anche la ricostruzione del procedimento disciplinare ai sensi del d.lgs. n. 109/2006 nelle forme che saranno viste infra, in ossequio ad un principio di pubblicità: queste ultime avrebbero assunto ben altri contorni se il procedimento disciplinare fosse stato concepito come fatto tutto interno all'ordine giudiziario.

L'argomento di ordine sistematico maggiormente convincente sul punto è rappresentato dalle riserve di legge di cui agli artt. 105, 107 e 108 Cost., le quali esprimono una *ratio* tesa ad evitare che la struttura giudiziaria si configuri come completamente separata dagli altri organi dello Stato e che, nello specifico, un organo di autogoverno possa anche individuare le condotte qualificate come illeciti disciplinari.

Ed anzi, su quest'ultimo punto, giova evidenziare che lo sforzo compiuto dal legislatore del 2005-2006 rivolto alla tipizzazione degli illeciti rappresenta pur sempre un'evoluzione rispetto alla precedente disciplina, improntata ad un'eccessiva vaghezza ed indeterminatezza (si veda il già citato art. 18 abr. r.d. n. 511/1946 ed i generici richiami ivi contenuti al «prestigio dell'ordine giudiziario»), che favoriva tentativi di "supplenza" da parte del Consiglio in sede di individuazione degli illeciti mediante apposite risoluzioni.

Alla luce di tali considerazioni, si può affermare che la responsabilità disciplinare dei magistrati persegue finalità di interesse generale e non già strettamente rinvenibili in motivazioni interne all'organizzazione giudiziaria.

L'elemento peculiare che distingue il modello di responsabilità disciplinare dei magistrati da quello degli altri dipendenti pubblici è costituito dalle competenze costituzionalmente attribuite al CSM, nel rispetto del principio di indipendenza, ma allo stesso tempo delle riserve di legge sopra richiamate.

Anche la progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento disciplinare, già osservata nel capitolo precedente, concorre a conferire ad esso dei connotati pubblicistici piuttosto che strettamente corporativi.

Tale fenomeno, già accolto dalla giurisprudenza e poi recepito dal legislatore (cfr. d.lgs. n. 109/2006), contribuisce a stabilire un nuovo equilibrio tra il prestigio dell'ordine giudiziario (già tutelato dall'art. 18 abr. r.d. n. 511/1946 ed espressione di una logica corporativa) e valori di natura costituzionale (indipendenza del magistrato-organo e diritti individuali del magistrato-persona fisica), con una tendenziale prevalenza dei secondi.

Ed invero, la precedente concezione «formale» del concetto di prestigio (alla stregua di un mero decoro esteriore) rischiava di condurre ad approdi poco coerenti con i principi costituzionali in tema di giurisdizione (in particolare, con il primo comma dell'art. 101 Cost.), ad esclusivo beneficio della protezione della categoria da scandali e non anche della fiducia dei

cittadini nei confronti di un esercizio corretto ed imparziale della funzione giurisdizionale, nonché, più in generale, del buon andamento degli uffici giudiziari.

A tal proposito, il valore della credibilità della funzione giurisdizionale si rivela già più ampio e coerente con i principi costituzionali in materia rispetto al parametro del prestigio dell'ordine giudiziario, oggi del tutto superato nell'accezione di cui all'art. 18 abr. r.d. n. 511/1946.

Da qui discende l'adozione di misure di carattere giurisdizionale, quali la previsione di termini di prescrizione e decadenza, le garanzie di difesa, l'estensione dei profili del giusto processo ex art. 111 Cost. e la stessa pubblicità delle udienze, più volte richiamata.

CAPITOLO 3

L'ILLECITO DISCIPLINARE DOPO LA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO DEL 2005-2006

1. Premessa

Come già ampiamente illustrato, la riforma introdotta con il d.lgs. n. 109 del 23 febbraio 2006¹⁹ ha profondamente modificato il sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari.

I dati salienti della riforma sono costituiti:

- Dal passaggio da un sistema caratterizzato dall'atipicità dell'illecito ad uno connotato da fattispecie tipiche di responsabilità;
- Dall'introduzione del principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, azione che aveva, nel precedente sistema, carattere discrezionale;
- Dall'applicabilità al nuovo processo disciplinare delle norme del vigente codice di procedura penale, in quanto compatibili.

L'insieme di queste novità ha prodotto l'effetto di un rafforzamento del carattere giurisdizionale del processo disciplinare, riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche prima della riforma in relazione al sistema abrogato. Ciò comporta per gli organi della giurisdizione disciplinare e per le stesse parti un diverso approccio al processo rispetto al

¹⁹“Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150”

passato, dovendosi tenere conto sia delle maggiori garanzie previste per l'incolpato, sia della necessità di considerare effettivamente separate le funzioni giurisdizionali dalle altre tipiche funzioni consiliari, esercitate dagli stessi componenti della Sezione Disciplinare.

La giustizia disciplinare é stata oggetto spesso di critiche, riconducibili essenzialmente all'accusa di *corporativismo*, connesso ad un atteggiamento *buonista* o di *protezionismo* che avrebbe connotato tale giurisdizione.

In realtà, queste critiche si sono rivelate infondate, ove si considerino i numeri delle condanne e dei provvedimenti cautelari, quale manifestazione di una tendenza rigorista, sconosciuta ad altri settori professionali, anche nell'ambito della pubblica amministrazione.

Certo, è vero che il metro di giudizio sulla qualità ed efficienza di qualsiasi settore della Giustizia non può rapportarsi alle percentuali di condanne e di assoluzioni pronunciate, però è anche vero che i dati riportati provano come siano immeritate le accuse di "*giustizia domestica*" e di "*corporativismo*".

Il maggior rigore da parte della Sezione disciplinare sembra comunque il frutto sia di una riforma che - con le opportune integrazioni della c.d. legge Mastella (n. 269/2006) - si è rivelata efficace, sia della maggior consapevolezza del vero significato della cultura dell'autogoverno della magistratura da parte dei componenti della Sezione disciplinare. Se è vero, infatti, che la difesa dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura e della giurisdizione è funzione essenziale tra le prerogative del CSM, è

pur vero che il controllo interno del CSM sulla professionalità dei magistrati e sul loro corretto operare sul piano deontologico rappresenta l'altra faccia della stessa medaglia. Di qui anche la considerazione della funzione sostanzialmente bicefala del procedimento disciplinare che, per un verso, ha natura giurisdizionale e, per altro verso, è parte integrante del sistema del governo autonomo della magistratura.

In una visione sistematica del nuovo procedimento disciplinare, non va poi pretermessa la legittima preoccupazione dei magistrati destinatari delle nuove regole, preoccupati del pericolo di un'esorbitanza del sindacato disciplinare sul contenuto dei provvedimenti giudiziari, senza però considerare che le motivazioni dei provvedimenti disciplinari - anche in considerazione della funzione bicefala della Giustizia disciplinare, cui si è fatto cenno - sono particolarmente attente nel tenere distinti i rispettivi ambiti di competenze, evitando ogni potenziale lesione dei principi di autonomia, indipendenza e terzietà della funzione giurisdizionale.

Questo timore ha indotto persino taluni magistrati ordinari ad auspicare il passaggio ad un sistema disciplinare che si ponga fuori dall'ambito della giurisdizione e che sia però garantito da un doppio grado di giurisdizione amministrativa, sul solco di quanto ancora avviene per la magistratura onoraria, senza tener conto che, proprio i magistrati onorari, auspicano invece il passaggio del sistema disciplinare che li riguarda nell'alveo della giurisdizione, evidentemente ritenendo, a buon diritto, di essere più garantiti da un giudice terzo nel merito e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di impugnazione.

La tematica in esame costituisce uno dei punti nevralgici nel contesto delle accese discussioni sul più ampio problema della riforma della giustizia e di ordinamento giudiziario.

Diversi progetti di riforma propongono di sottrarre al Consiglio Superiore della Magistratura la funzione giurisdizionale disciplinare sui magistrati ordinari. Ogni proposta, però, non può non tenere conto del necessario legame costituzionale tra la funzione di autogoverno della magistratura e quella giurisdizionale in materia di responsabilità disciplinare.

Si tratta, in altri termini, di una connessione che ha un saldo fondamento costituzionale nel principio di autonomia ed indipendenza della magistratura, sancito dall'art. 101 Cost.

Nell'ambito di tale rapporto non vanno, però, trascurati i problemi di immagine che una giurisdizione affidata all'organo di autogoverno può prospettare. In tale ottica, si sono, quindi, evidenziate, da un lato, l'esigenza di garantire una efficace separatezza, strutturale e logistica, dei componenti della Sezione Disciplinare rispetto ai soggetti che esercitano funzioni di alta amministrazione, nell'ambito dell'autogoverno e, dall'altro, la necessità di assicurare una tutela costante dei valori dell'autonomia ed indipendenza della magistratura.

Una delle soluzioni individuate è stata quella di istituire una nuova e diversa Alta Corte di Giustizia disciplinare dei magistrati, composta, in misura proporzionale, dai rappresentanti delle diverse magistrature, nel quadro di un progressivo riavvicinamento delle varie giurisdizioni nazionali, in vista dell'auspicata unificazione.

Si registra una crescente importanza della sanzione disciplinare, nel settore dei comportamenti illeciti di lavoratori pubblici, lavoratori privati o liberi professionisti, soprattutto a fronte della scarsa efficacia deterrente delle altre sanzioni dell'ordinamento (penale, civile, amministrativo – contabile).

Si ribadisce che la disciplina della giustizia disciplinare per i magistrati deve essere coordinata con il fondamentale principio costituzionale di indipendenza, per evitare un uso strumentale dei procedimenti e delle sanzioni disciplinari.

Il principio di tipicità delle fattispecie disciplinari, che caratterizza il nuovo sistema, è posto appunto a salvaguardia del valore dell'indipendenza, essendo finalizzato ad evitare il rischio di indebito condizionamento della funzione giurisdizionale, immanente nel sistema previgente, fondato su una sorta di clausola generale ed astratta contenuta nel già commentato art. 18 del r.d.lgs. 18 maggio 1946, n. 511²⁰.

A salvaguardia del medesimo valore dell'indipendenza sono, altresì, poste due norme fondamentali del d.lgs. n. 109 del 2006: *“l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”* (art. 2, comma secondo); *“l'illecito disciplinare non é configurabile quando il fatto é di scarsa rilevanza”* (art. 3-bis).

²⁰ Era sanzionabile *“il magistrato che manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario”*.

L'abrogazione dell'art. 18 r.d. n. 511/1946 segna, dunque, il superamento di una certa concezione dell'illecito disciplinare, improntata, come osservato in precedenza, non già alla tipizzazione, ma ad una vaghezza interpretativa che non giovava al perseguimento dell'obiettivo della certezza del diritto.

In particolare, nella nuova disciplina si attenua il richiamo al prestigio dell'ordine giudiziario di cui all'art. 18 cit., di cui resta traccia nell'art. 1 della legge delega (legge n. 150/2005).

Tale modifica è il segno della mutata sensibilità intorno alla funzione disciplinare, dapprima rivolta principalmente all'autotutela dell'ordine giudiziario ed oggi ispirata all'interesse generale ²¹ (*rectius*, alla fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria).

Del resto, la tipizzazione degli illeciti prodotta dalla nuova disciplina ridimensiona enormemente l'ambito di rilevanza del valore del prestigio dell'ordine giudiziario, relativizzandone la portata rispetto a quanto avveniva nel vigore dell'art. 18 abr., che definiva un modello di responsabilità disciplinare tutto incentrato su quel valore.

Una tale ricostruzione dell'illecito disciplinare, spogliata delle sfumature etiche e autoreferenziali di cui alla precedente normativa, si rivela più coerente con il senso della funzione giurisdizionale nel nostro Stato di diritto unicamente al servizio dei cittadini.

Va da sé che anche gli illeciti così come delineati dal d.lgs. n. 109/2006 integrano, in quanto tali, una certa lesione del prestigio e della credibilità

dell'ordine giudiziario e richiedono, pertanto, una sanzione a norma di legge.

Del resto, il richiamo contenuto dalla legge delega rivela pur sempre l'esigenza che la condotta dei magistrati, attesa l'estrema delicatezza della funzione, sia improntata ad una serie di doveri additivi, sia pure nel quadro di una normativa puntuale.

Tali doveri non consistono certo in un conformismo etico, né tantomeno giudiziario, ma nella consapevolezza dell'alta missione cui sono chiamati e nell'adeguamento ad essa dei comportamenti inerenti.

Tale operazione, come si vedrà meglio infra, è stata in parte compiuta dal legislatore del 2006, attraverso la sistematizzazione degli illeciti e delle relative sanzioni.

A ciò si aggiunga che la formulazione dell'art. 18 abr. appariva oramai del tutto insoddisfacente e inadeguata, anche e soprattutto in ragione della mutevolezza della nozione stessa di prestigio dell'ordine giudiziario, soggetta ad evoluzione alla stregua del concetto di buon costume.

Pertanto, in assenza di una tipizzazione quale quella introdotta dall'art. 2 d.lgs. n. 109/2006, il richiamo al prestigio dell'ordine giudiziario rischiava di apparire come anacronistico e suscettibile di produrre incertezze interpretative.

Un ulteriore elemento introdotto dall'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 è costituito dal nuovo equilibrio tra sindacato giurisdizionale e disciplinare.

In particolare, se è vero che il secondo comma introduce una clausola di esclusione della responsabilità disciplinare del magistrato in relazione all'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove²¹ e, dunque, un innegabile confine tra attività giurisdizionale e condotta professionale, è parimenti vero che in giurisprudenza si sono segnalate decisioni improntate ad una certa severità, tali da mettere parzialmente in discussione tale linea di confine.

Vi è alla base un'evidente diversità logico-giuridica tra prodotto dell'attività giurisdizionale e comportamento del magistrato, cui corrisponde una diversità di strumenti apprestati dall'ordinamento a presidio della relativa correttezza: da un lato, i mezzi di impugnazione previsti dai codici di rito e dall'altro, il procedimento disciplinare.

In altri termini, occorre preliminarmente fugare l'equivoco per il quale una decisione ribaltata in un successivo grado di giudizio possa dare automaticamente luogo ad un'ipotesi di responsabilità disciplinare.

E questa, del resto, la ratio del secondo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 109/2006, da ritenersi quale norma posta a garanzia dell'indipendenza funzionale del magistrato.

²¹ Tale disposizione sostituisce la possibilità, emersa in sede di lavori preparatori, di qualificare illecito disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo» (c.d. emendamento Bobbio). Si trattava di una forte limitazione dell'attività interpretativa dei giudici e di una sostanziale compressione della relativa indipendenza. Analogamente, ai sensi dell'originaria versione del secondo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 109/2006, poi sostituita per effetto dell'art. 1 legge n. 269/2006, non poteva dare luogo a responsabilità disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale». Si trattava di un parziale temperamento della disposizione sopra richiamata, ma pur sempre tendente a limitare l'attività interpretativa del giudice, vincolandola, peraltro, ad un parametro normativo che non tiene conto dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Proprio l'ambiguità di tale richiamo ha consigliato, poi, la soppressione del riferimento all'art. 12 disp. prel. c.c. e l'adozione del testo attuale.

Tuttavia, non mancano ipotesi nelle quali il prodotto dell'attività giurisdizionale esprima delle criticità tali (si pensi, ad esempio, alla lettera ff) del primo comma dell'art. 2 cit.²²) da postulare il compimento di un illecito disciplinare.

In questo caso, resta ferma la distinzione tra contenuto del provvedimento e comportamento del magistrato, essendo l'illecito (grave ed inescusabile negligenza) precedente all'adozione del provvedimento abnorme (si pensi a provvedimenti costituenti esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi o ad altri organi costituzionali o anche all'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione).

Va da sé che proprio dalla giurisprudenza di legittimità siano emersi indirizzi tendenti, di fatto, ad un controllo più severo sull'esercizio stesso della funzione giurisdizionale, in relazione all'identificazione della nozione di errore del giudice²³.

Si tratta di indirizzi che guardano non già al risultato dell'attività (provvedimento), ma al *quomodo* dell'esercizio della stessa, espresso dalla

²² «L'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza».

²³ Si veda sul punto Cass., S.U., sent. n. 1119/2000, nella parte in cui si afferma che «di errore del giudice si può parlare non sulla base del convincimento che il giudice disciplinare si faccia della non conformità della decisione a diritto, ma in quanto, tenuto conto delle ragioni con cui il giudice abbia motivato la decisione, quella operazione non riesca a trovare aggancio nella elaborazione giurisprudenziale e dottrinale dell'epoca od anche successiva né, in mancanza o in contrasto con quei referenti, una plausibile giustificazione sul piano logico». Si veda, altresì, Cass., S.U., sent. n. 12268/2004, che ha individuato nella «scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza» i profili di un comportamento di grave colpa. Conforme, Cass., I Sez. Civ., seni. n. 1257/1999. Si tratta, in tutti questi casi, di un parametro di giudizio che va oltre la nozione di colpa grave ai sensi dell'art. 2236 c.c.

motivazione delle decisioni, e che innalzano la misura della diligenza richiesta al magistrato, in ragione dell'elevato grado di professionalità a questi richiesto.

La disciplina del 2006 pone, invero, delle fattispecie problematiche in relazione alla definizione dei confini tra sindacato giurisdizionale e sindacato disciplinare dell'operato dei giudici.

In particolare, le previsioni dalle quali scaturiscono tali difficoltà interpretative sono quelle previste dalle lettere g), h) e m) del primo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 109/2006, aventi rispettivamente ad oggetto «la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile»; «il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile»; «l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali».

Si tratta di fattispecie che postulano tutte un'attività interpretativa da parte del giudice (in quanto tale, sottratta a responsabilità disciplinare, ai sensi del secondo comma dello stesso art. 2), ma con un elemento caratterizzante negativamente la condotta posta in essere da questo (un vero e proprio *quid pluris*).

La presenza di ciascuno di questi elementi nelle tre diverse fattispecie osservate fa spostare l'attenzione dal versante del provvedimento (tendenzialmente sottratto a responsabilità disciplinare, ai sensi della c.d. clausola limitativa di cui al secondo comma dell'art. 2) a quello del comportamento.

Le criticità sistematiche scaturenti da tali disposizioni ricalcano, in parte, gli stessi problemi posti dall'art. 2 l. n. 117/1988, in tema di colpa grave, laddove pure si presuppone un'attività di interpretazione da parte del giudice.

La distinzione tra i diversi ambiti di applicazione dipende e continuerà a dipendere, in concreto, dalla giurisprudenza disciplinare e di legittimità.

2. Fondamento e principi della responsabilità disciplinare

2.1) Fondamento del potere disciplinare

Il potere disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, al pari di quello riconosciuto ad altre istituzioni in diversi settori della pubblica amministrazione, rappresenta, secondo autorevole dottrina *“un mezzo di imparziale autoregolamentazione interna delle condotte patologiche che si realizzano nel “micro- ordinamento” di appartenenza del lavoratore (o del professionista) ostative al corretto raggiungimento dei fini istituzionali, attraverso un rapido ed efficace strumento punitivo, volto a prevenire, dissuadere e, nel contempo, sanzionare, dall’interno, violazioni di regole che sono i pilastri dello status del magistrato, del lavoratore (o del professionista)”*²⁴.

Il che significa che l'appartenenza all'ordine giudiziario implica l'osservanza di regole, legislative o regolamentari, la cui violazione determina delle reazioni interne, espressione della potestà disciplinare del

²⁴ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Giuffrè, 2010, p.1.

medesimo ordine.

Ed ancora, si è opportunamente precisato come tali regole non costituiscono *“un mero galateo del buon lavoratore o professionista, ma sono norme, riconducibili al principio del rispetto del “comportamento idoneo al fine istituzionale”, la cui inosservanza assume giuridica rilevanza sotto il profilo punitivo – disciplinare”*.²⁵

L'inosservanza di tali norme non ha rilievo, però, solo all'interno dell'ordinamento di appartenenza ma anche, e soprattutto, all'esterno, poiché l'interesse tutelato dal potere disciplinare è quello connesso al controllo del corretto esercizio della funzione giudiziaria ed a *“garantire la qualità della giustizia, senza però ledere o interferire con l'indipendenza dell'esercizio della funzione stessa o ingabbiare il magistrato nelle strette maglie di comportamenti giuridicamente imposti”*²⁶.

Il fondamento del potere disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura si trova nell'art. 105 Cost. che attribuisce a tale istituzione, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, i provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati. La norma è correlata all'art. 104 Cost. che, stabilendo che *“la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”*, individua nel Consiglio l'istituzione posta a tutela di tale principio.

Secondo autorevole dottrina, logico corollario di tale postulato è quello secondo cui per sottrarre al Consiglio Superiore della Magistratura la competenza in materia di provvedimenti disciplinari occorrerebbe

²⁵ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 2.

²⁶ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 7.

modificare non solo l'art. 105 ma anche l'art. 104 della Costituzione²⁷.

Il sistema disciplinare dei magistrati trovava la sua regolamentazione nella legge sulle guarentigie della magistratura del 31 maggio 1946 n. 511, nella legge istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura 24 marzo 1958 n. 195 e nel relativo regolamento di attuazione e coordinamento del 16 settembre 1958 n. 916.

Questo ordinamento era caratterizzato, fino al 2006, dai seguenti principi:

- Atipicità dell'illecito disciplinare;
- Discrezionalità nell'esercizio dell'azione disciplinare;
- Applicabilità delle regole processuali dell'abrogato sistema di tipo inquisitorio.

È, quindi, intervenuta la riforma del 2006, attuativa della legge delega del 25 luglio 2005 n. 150, prima con il decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109 (c.d. legge Castelli) e, poi, con le modificazioni apportate dalla legge 24 ottobre 2006 n. 269 (c.d. legge Mastella) e dalla legge 30 luglio 2007 n. 111.

Il nuovo sistema normativo si è sostituito al precedente per effetto dell'abrogazione delle precedenti disposizioni, con l'art. 31 del d.lgs. n. 109 del 2006.

Le finalità del nuovo sistema disciplinare sono quelle, da un lato, di prevedere l'effettiva sanzione per i magistrati responsabili di comportamenti scorretti e per gli abusi commessi nell'esercizio delle loro funzioni e, dall'altro, di evitare indebite strumentalizzazioni della funzione

²⁷ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 7, nota 10.

disciplinare nei confronti dei magistrati, tutte le volte che questi incidano, con i loro provvedimenti, su interessi di soggetti forti.

La riforma è stata, quindi, introdotta prevedendo: **a)** la tipicità delle fattispecie disciplinari; **b)** l'obbligatorietà dell'azione disciplinare del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione; **c)** l'operatività delle norme del vigente codice di procedura penale, in quanto applicabili.

Il procedimento disciplinare che riguarda i magistrati ha, secondo autorevole dottrina, una natura “*ibrida*” ma sempre accostata, dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità, a quella giurisdizionale e non amministrativa.²⁸

A conferma del carattere prevalentemente giurisdizionale del procedimento disciplinare che riguarda i magistrati vanno evidenziati alcuni profili normativi che valgono ad evidenziare la suddetta natura:

- Il richiamo alle norme del codice di procedura penale, contenuto nell'art. 16, commi 2 e 3, del d.lgs. n 109 del 2006, per le indagini preliminari, o quello contenuto nell'art. 18, commi 4 e 5, del medesimo d.lgs. per il dibattimento disciplinare;
- La possibilità di proporre questioni legittimità costituzionale da parte della Sezione disciplinare del C.S.M., oggi prevista espressamente dall'art. 15, comma 8, lett. b del d.lgs. 109 del 2006, ma ritenuta esperibile anche in passato²⁹;
- Natura pubblica delle udienze prevista dall'art. 18 d.lgs. n. 109 del 2006, ma “*la sezione disciplinare, su richiesta di una delle parti, può*

²⁸ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 14.
²⁹ Corte Cost., 26 ottobre 2007 n. 356, in *Foro it.*, 2007, I, 3333.

disporre che la discussione si svolga a porte chiuse se ricorrono esigenze di tutela della credibilità della funzione giudiziaria, con riferimento ai fatti contestati ed all'ufficio che l'incolpato occupa, ovvero esigenze di tutela del diritto dei terzi",

- La ricorribilità delle pronunce innanzi alla Cassazione a Sezioni Unite (art. 24 d.lgs. 109 del 2006);
- La possibilità della difesa tramite avvocati (art. 15, comma 4) d.lgs. n. 109 del 2006;
- La terzietà dei componenti della Sezione Disciplinare del C.S.M., sottolineata dalla Corte Costituzionale in una sentenza con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, legge 24 marzo 1958, n. 195, nel testo modificato dall'art. 2 legge 28 marzo 2002 n. 44, nella parte in cui non prevede l'elezione da parte del C.S.M. di ulteriori membri supplenti della sezione disciplinare, nell'ipotesi di annullamento con rinvio di una decisione della Sezione Disciplinare da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione;
- L'atto decisorio della Sezione Disciplinare del C.S.M. ha natura di sentenza ed il deposito dei motivi é previsto, di regola, entro trenta giorni dalla deliberazione (art. 19 d.lgs. n. 109 del 2006).

La fase che precede il procedimento disciplinare in senso stretto ha viceversa natura amministrativa³⁰.

Si è rilevata una sorta di cattivo funzionamento della macchina disciplinare nella pubblica amministrazione in generale e nella magistratura in particolare, evidenziando, tra le molteplici cause, soprattutto la “genericità

³⁰ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 16.

*di taluni precetti concernenti comportamenti sanzionabili, individuati in modo alquanto generico (rectius poco tassativo) e, come tale, suscettibile di utilizzi buonisti – perdonisti o, specularmente, di utilizzi persecutori intimidatori”*³¹, con riferimento all’art. 18 del r.d.lgs. n. 511 del 1946.

In proposito, appare significativo un caso deciso dalla Sezione Disciplinare nel quale l’avvio del procedimento é risultato opinabile, essendo stato fatto derivare in modo pressoché automatico dalla segnalazione effettuata al Procuratore Generale della Corte di Cassazione, a norma dell’art. 5 della legge 24 marzo 2001, n. 89. Si trattava della contestazione, ai sensi dell’art. 18 r.d.lgs. n. 511 del 1946, della violazione del dovere di diligenza mossa ad alcuni magistrati che, durante lo svolgimento di un processo civile, durato oltre trenta anni, avevano accordato dei rinvii su richiesta congiunta delle parti, senza provvedere alla sostituzione del consulente tecnico d’ufficio, gravemente inadempiente nel deposito della propria relazione. Si é accertato che due dei magistrati incolpati, in particolare, erano stati solo provvisoriamente destinati in supplenza a quel ruolo civile e si erano limitati ciascuno a disporre un singolo rinvio della causa³².

³¹ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 18.

³² “L’art. 5 della legge 24 marzo 2001, n. 89 impone al giudice che accoglie la domanda di equa riparazione un dovere di informativa ai titolari dell’azione disciplinare, ma non modifica la disciplina generale dell’illecito disciplinare, per la cui configurabilità resta pur sempre necessario che il magistrato abbia violato un dovere funzionale, quali il dovere di diligenza e il dovere di operosità, e che da tale violazione sia derivata una lesione della credibilità dell’Ordine Giudiziario. Non configura un illecito disciplinare la condotta dei magistrati che si siano succeduti nella trattazione di un procedimento civile - in relazione al quale sia stata accolta la domanda ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 - qualora, in considerazione della gestione complessiva di detto procedimento - avente ad oggetto una complessa divisione ereditaria, nel quale vi erano stati numerosi rinvii su accordo delle parti per tentare una bonaria composizione della lite - debba escludersi che tali ritardi siano derivati da un difetto di laboriosità e di diligenza degli incolpati. (Nel caso di specie la Sezione disciplinare ha evidenziato che gli incolpati avevano sempre ottenuto giudizi lusinghieri in ordine ai profili della diligenza e della laboriosità)” (Sez. disc., 24 febbraio 2006, n. 44).

L'esito assolutorio del giudizio dovrebbe indurre a riflettere sull'avvio di procedimenti disciplinari, effettuato senza tenere conto del gravissimo contesto complessivo dell'organizzazione giudiziaria italiana in cui l'eccessiva durata dei processi rappresenta, purtroppo, uno dei tratti caratterizzanti in senso negativo del sistema.

Ne consegue che, se la *ratio* del sistema disciplinare é quella di assicurare una reazione di fronte ai comportamenti illeciti o scorretti del magistrato a tutela del bene dell'efficienza e imparziale esercizio della funzione giurisdizionale, non sembra che il potere disciplinare possa essere attivato in modo avulso dalle globali condizioni del sistema giudiziario italiano.

2.2) Principi del procedimento disciplinare.

- Obbligatorietà dell'azione disciplinare, prevista per il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione³³, temperata dalla deroga nel caso della *scarsa rilevanza* del fatto³⁴.
- Tassatività e proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto ai fatti commessi, principio desumibile dal testo dell'art. 12 del d.lgs. n. 109 del 2006.
- Parità di trattamento in sede disciplinare implicante identità di soluzione rispetto a casi identici, anche se é oltremodo difficile individuare fattispecie perfettamente uguali; in ciò possono essere

³³ Art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 109 del 2006 per il quale “*Il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare, dandone comunicazione al Ministro della giustizia ed al Consiglio superiore della magistratura, con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede*”.

³⁴ Art. 3-bis, del citato d.lgs. n. 109 del 2006, secondo cui “*l'illecito disciplinare non é configurabile quando il fatto é di scarsa rilevanza*”.

d'ausilio le banche dati dei precedenti delle sanzioni disciplinari, tenendo conto che il giudizio risente inevitabilmente delle diverse sensibilità nei momenti storici³⁵.

- Tempestività dell'azione disciplinare, scandita dai termini di cui agli artt. 14 e 15 del d.lgs. n. 109 del 2006;
- Tendenziale tipicità degli illeciti disciplinari: si tratta dell'innovazione di segno più rilevante atteso che, nel sistema previgente, fondato, come si è visto sull'atipicità della condotta disciplinarmente rilevante, *“in concreto l'individuazione delle ipotesi di illecito spettava alla Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura”*³⁶, secondo il disposto del citato art. 18 della legge sulle guarentigie, ritenuto non in contrasto con i principi costituzionali³⁷; la tipizzazione ha, comunque, recepito in gran parte indirizzi della Sezione Disciplinare del C.S.M., orientamenti delle Sezioni Unite della Cassazione, del codice deontologico approvato dall'ANM nel 1994, del disegno di legge Flick del 1996;
- Contraddittorio procedimentale del quale sono espressione: la previa contestazione degli addebiti (art. 15, commi 4 e 5, d.lgs. n. 109 del 2006); la corrispondenza tra il fatto oggetto di contestazione e quello ritenuto in sentenza; la possibilità di chiedere l'ampia ammissione di mezzi istruttori (art. 18 d.lgs. n. 109 del 2006); il possibile ricorso,

³⁵ “Il riferimento, tra i tanti, è alle “relazioni extraconiugali” del magistrato con personale di cancelleria, condotta un tempo (anni '60) disciplinarmente censurata in quanto in contrasto con il generale (e generico) principio dell'art. 18, r.d. n. 511, ed oggi pacificamente irrilevante sotto il profilo disciplinare” M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 31, in nota n. 59.

³⁶ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 36.

³⁷ Corte Cost., 7 maggio 1981, n. 100, secondo cui ogni previsione normativa in materia non può non avere portata generale, poiché un'indicazione tassativa renderebbe legittimi comportamenti non previsti ma ugualmente riprovati dalla coscienza sociale.

per la difesa, sia a colleghi magistrati sia ad avvocati del libero foro (art. 14, comma 4, cit.)³⁸, intesa quale facoltà e non quale obbligo, essendo possibile l'autodifesa; il pieno accesso agli atti del fascicolo disciplinare (art. 17, comma 1).

- Trasparenza del procedimento disciplinare: l'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2006 prevede: *“compiute le indagini, il Procuratore Generale formula le richieste conclusive di cui ai commi 2 e 6 e invia alla Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura il fascicolo del procedimento, dandone comunicazione all'incolpato. Il fascicolo é depositato nella segreteria della Sezione a disposizione dell'incolpato che può prenderne visione ed estrarre copia degli atti”*; si ritiene, poi, sussistente un interesse giuridicamente rilevante all'accesso di atti di un procedimento disciplinare, qualora il richiedente (magistrato o difensore) formuli istanza di copia per difendersi o per prospettare le ragioni della difesa in analogo procedimento disciplinare.
- Corrispondenza tra contestazione degli addebiti e fatti sanzionati nel provvedimento disciplinare: é pacifica l'applicabilità degli artt. 521 e 522 c.p.p. nel procedimento disciplinare.

Una questione affrontata dalla dottrina é quella relativa alla permanenza del potere disciplinare nei confronti di magistrati cessati dall'ordine giudiziario.

³⁸ La Corte Costituzionale, con sentenza del 6 novembre 2000, n. 497, aveva dichiarato l'illegittimità del previgente art. 34, comma 2, r.d. 31 maggio 1946 nella parte in cui escludeva che il magistrato sottoposto a procedimento disciplinare potesse farsi assistere da un avvocato.

Secondo la giurisprudenza consolidata della Sezione Disciplinare, la cessazione per qualsiasi causa dall'ordine giudiziario determina l'estinzione del procedimento disciplinare³⁹. Analogamente, la cessazione nelle more del giudizio di legittimità fa venire meno la materia del contendere, con conseguente inammissibilità del ricorso⁴⁰.

Autorevole dottrina, sostiene, invece, che il procedimento disciplinare non verrebbe meno automaticamente ma sarebbero configurabili dei casi in cui sussisterebbe uno specifico interesse in capo alla pubblica amministrazione o allo stesso incolpato alla definizione del procedimento disciplinare con una statuizione di merito⁴¹. Infatti, *“non sempre la cessazione dell'appartenenza del magistrato all'ordine giudiziario è definitiva, ben potendo che questi, nella ipotesi di transito ad altre magistrature speciali, chiedere successivamente la riammissione nella magistratura ordinaria. Inoltre, con l'intervento della legge 24 dicembre 2003, n. 350, e successive modificazioni, e del decreto – legge 16 marzo 2004, n. 66, convertito, con*

³⁹ Sez. Disc., 6 novembre 2009, n. 164 *“Per principio consolidato in giurisprudenza, qualora l'incolpato non appartenga più per qualsiasi causa all'OrdineGiudiziario, nessun provvedimento inerente l'azione disciplinare (diverso dalla dichiarazione di estinzione del procedimento) può essere adottato, non potendosi configurare un permanente interesse giuridico delle parti alla prosecuzione del procedimento (nel caso di specie, causa della cessazione dell'appartenenza all'OrdineGiudiziario è stata l'intervenuta decadenza dall'impiego)”*.

⁴⁰ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26811: *“La cessazione dal servizio per collocamento a riposo del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare, sopravvenuta nelle more del giudizio di legittimità, e quindi prima del passaggio in giudicato della pronuncia che gli abbia irrogato una sanzione, comporta la cessazione della materia del contendere e, per l'effetto, l'inammissibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso per cassazione proposto contro la decisione della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. (Nella specie, avendo insistito il magistrato sulla persistenza dell'interesse alla definizione del ricorso, sotto il profilo della permanenza di effetti negativi su una carriera intemerata, conseguente al passaggio in giudicato della decisione disciplinare, la Corte ha chiarito che quest'ultimo non ha luogo nel caso di cessazione dal servizio prima della pronuncia definitiva, in quanto la fine dell'appartenenza all'ordinegiudiziario del magistrato determina l'estinzione del procedimento disciplinare, con la conseguente caducazione della sentenza disciplinare che, a sua volta, determina la cessazione della materia del contendere nel giudizio di impugnazione).*

⁴¹ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 49.

modificazioni, dalla legge 11 maggio 2004, n. 126 (note come leggi Carnevale, dal nome del magistrato sospeso che sarebbe stato poi tra i beneficiari delle previsioni) é oggi consentito ai magistrati, pubblici dipendenti, sospesi dal servizio e poi prosciolti in sede penale, con formule più o meno ampie, di ottenere, sulla base di certi presupposti, il ripristino del rapporto di impiego, nonché una piena e soddisfacente reintegrazione nel rapporto di servizio”⁴².

3. La vigilanza sui magistrati

Titolari dell'azione disciplinare sono il Ministro di Giustizia ed il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione. Il primo ha una facoltà di esercitare l'azione, per il secondo é un vero e proprio obbligo.

Il Ministro esercita un potere di vigilanza sui magistrati attraverso quattro forme di intervento:

- **Ispezione ordinaria:** costituisce una verifica disposta dal Capo dell'Ispettorato allo scopo di accertare se i servizi procedano secondo le leggi, i regolamenti e le istruzioni vigenti. Le ispezioni di luogo hanno luogo ogni triennio.
- **Ispezione straordinaria:** é ordinata dal Capo dell'Ispettorato prima dello scadere del termine triennale negli uffici in cui sono state riscontrate o vengono segnalate deficienze o irregolarità.
- **Ispezione mirata:** il Ministro può in ogni tempo, quando lo ritenga opportuno, disporre ispezioni parziali negli uffici giudiziari, al fine di

⁴² M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 408.

accertare la produttività degli stessi, nonché l'entità e la tempestività del lavoro svolto dai singoli magistrati.

- **Inchiesta amministrativa:** il Ministro si avvale dell'Ispettorato generale per l'esecuzione di inchieste sul personale appartenente all'ordine giudiziario e su qualsiasi altra categoria dipendente dal Ministero della giustizia.

Il potere di vigilanza spetta, poi, al Primo Presidente della Corte di Cassazione sugli uffici ed i magistrati della Corte, al Presidente della Corte d'Appello sugli uffici ed i magistrati della Corte e sui Tribunali del distretto, nonché al Presidente del Tribunale sugli uffici e sui magistrati che ne fanno parte (art. 14 r.d.lgs. n. 511 del 1946). Analogo potere di vigilanza spetta al Presidente del collegio giudicante sui magistrati che partecipano all'udienza (art. 15 r.d.lgs. n. 511 del 1946).

Spetta il potere di vigilanza al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione sugli uffici ed i magistrati della Procura Generale della stessa Corte, al Procuratore Generale presso la Corte d'Appello sugli uffici ed i magistrati della Procura Generale, su quelli delle Procure della Repubblica presso i tribunali ordinari e presso i tribunali per i minorenni del distretto, al Procuratore della Repubblica presso il tribunale ordinario ed al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni sui magistrati addetti ai rispettivi uffici (art. 16 r.d.lgs. n. 511 del 1946).

In correlazione a questo potere di vigilanza, la riforma del sistema disciplinare ha previsto un obbligo di comunicazione di "*ogni fatto rilevante sotto il profilo disciplinare*" in capo al Consiglio Superiore della Magistratura, ai consigli giudiziari, ai dirigenti degli uffici, ai presidenti di

sezione, ai presidenti di collegio ed ai procuratori aggiunti⁴³.

4. I doveri del magistrato

Nella vigenza del precedente sistema, attesa l'indeterminatezza della portata precettiva dell'art. 18 della legge sulle guarentigie, la Sezione Disciplinare del C.S.M. "era stata costretta ad individuare volta per volta i comportamenti disciplinarmente illeciti attraverso la specificazione, per un verso, dei doveri di ufficio o funzionali del magistrato e, per altro, dei doveri di condotta extrafunzionali; per gli uni come per gli altri si richiedeva, perché il fatto assumesse rilievo disciplinare, un concreto pregiudizio della "fiducia e della considerazione" di cui il magistrato deve godere o del prestigio dell'ordine giudiziario. Detto pregiudizio, per le violazioni dei doveri funzionali codificati (perché previsti da una specifica norma – per esempio quelle sul deposito dei provvedimenti) - era fattore di valutazione della gravità dell'inadempimento, ai fini della sua rilevanza disciplinare, per i comportamenti non espressamente prescritti e regolati dalla legge (per esempio: forme e contenuti della condotta del magistrato nei confronti delle parti; cc.dd. esternazioni del magistrato etc.) il pregiudizio assumeva il ruolo di elemento di qualificazione dell'illecito.

In ogni caso, la casistica giurisprudenziale aveva sviluppato un vero e proprio catalogo di illeciti disciplinari praticamente tipizzato.

⁴³ Art. 14, comma 4, d.lgs. n. 109 del 2006: "il Consiglio superiore della magistratura, i consigli giudiziari e i dirigenti degli uffici hanno l'obbligo di comunicare al Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione ogni fatto rilevante sotto il profilo disciplinare. I presidenti di sezione e i presidenti di collegio nonché i procuratori aggiunti debbono comunicare ai dirigenti degli uffici i fatti concernenti l'attività dei magistrati della sezione o del collegio o dell'ufficio che siano rilevanti sotto il profilo disciplinare".

La principale innovazione contenuta nella riforma del sistema disciplinare è stata l'introduzione di una vera e propria formalizzazione normativa dei doveri del magistrato, individuati dall'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006: “il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con **imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio** e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni”.

La previsione si rivela tuttavia per un verso sovrabbondante, data l'inutilità di espressa menzione del dovere di rispetto della dignità della persona, riconducibile al generale dovere di correttezza e del dovere di equilibrio, riconducibile ai doveri di imparzialità e correttezza; per altro verso incompleta nella misura in cui ignora, ad esempio, il dovere di indipendenza, che si riallaccia al principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, sancito dall'art. 101 della Costituzione ed il dovere di fedeltà, pure fissato dal secondo comma dell'art. 54 della Costituzione.

L'intera area delle fattispecie tipiche di illecito disciplinare, previste dal successivo art. 2 del d.lgs. n. 109, è integralmente riconducibile alla previsione dell'art. 1, al punto che deve ritenersi che ciascun illecito disciplinare commesso da un magistrato nell'esercizio delle funzioni sia estrinsecazione e puntualizzazione del generale divieto di violazione dei doveri sanciti nella prima norma del d.lgs. n. 109.

Ciò ha posto un primo problema ermeneutico: quello di stabilire il rapporto tra le previsioni contenute nell'art. 1 e le singole fattispecie tipiche di illecito disciplinare previste nelle successive norme (artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 109 del 2006); in particolare, se ed in quale misura le

violazioni dei doveri indicati nell'art. 1 possano assumere rilevanza disciplinare indipendentemente dalla riconducibilità delle stesse ad una delle fattispecie previste dalle successive norme.

Posto, cioè, che ciascuna fattispecie tipica di cui all'art. 2 può essere ricondotta alla violazione dei doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona in genere, e posto che anche le violazioni previste fuori dell'esercizio delle funzioni (art. 3 del d.lgs. n. 109) e quelle conseguenti a reati (art. 4 d.lgs. n. 109) sono riconducibili alla violazione dei doveri generali previsti dall'art. 1, il primo problema che si pone è quella di stabilire se una qualsiasi violazione dei doveri previsti dall'art. 1 possa costituire illecito disciplinare, anche se non previsto tra le fattispecie tipiche di illeciti nell'esercizio delle funzioni.

Sul punto è bene sottolineare che la versione originale del decreto legislativo n. 109 è stata sensibilmente modificata dalla legge n. 269. Infatti, l'art. 1, dopo il primo comma - che è rimasto immutato e che stabilisce che *“il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni”* – conteneva altri due commi che sono stati abrogati dalla legge n. 269 e che così disponevano:

2. Il magistrato, anche al di fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria.

3. Le violazioni dei doveri di cui ai commi 1 e 2 costituiscono illecito disciplinare perseguibile nelle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4.

Proprio il terzo comma rappresentava la fonte della regola della tassatività intesa come regola che si aggiunge e che qualifica la regola della tipizzazione.

La regola di cui al terzo comma rappresentava la fonte della regola della tassatività, temperata dall'ipotesi prevista dalla lett. l) dell'art. 3, secondo cui avrebbe potuto costituire illecito disciplinare, fuori dell'esercizio delle funzioni, “ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza”. Norma, quest'ultima, che apriva il varco ad interpretazioni in contrasto con il principio di tassatività.

Queste disposizioni sono state abrogate dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269 (c.d. legge Mastella”, per cui è adesso principio consolidato quello della tipicità degli illeciti disciplinari, che va inteso nel senso che una condotta può assumere rilevanza solo se in concreto sia lesiva di uno dei doveri previsti dall'art. 1 e rientri in una delle fattispecie contemplate dagli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 109 del 2006.

Il problema è stato risolto dalla Sezione disciplinare del Consiglio nel senso dell'assoluta tipicità degli illeciti previsti dagli artt. 2 e 3 della legge perché si è ritenuto che, nonostante l'abrogazione del terzo comma dell'art. 1, sia chiaro che il principio di tassatività possa in modo inequivoco desumersi dalla stessa previsione delle ipotesi di illecito

disciplinare e dalla mancanza nella legge di aperture che lascino spazio ad ogni diversa interpretazione.

Se così non fosse, si sarebbe reintrodotta nel sistema una clausola di chiusura che sarebbe divenuta, nei fatti, la chiave di volta per conservare il principio dell'atipicità dell'illecito disciplinare, previsto dall'abrogato art. 18 della legge sulle guarentigie.

Certo, è possibile che una certa violazione dei doveri di imparzialità, correttezza o altro, sanciti nell'art. 1, non sia prevista come illecito disciplinare tipizzato. E' ben possibile che vi siano lacune in una legislazione che si ispira alla tipizzazione dell'illecito. Di fatto, si sono potute riscontrare nel sistema incongruenze, illogicità, contraddittorietà nel prevedere o meno la sanzione di questa o quella condotta integrante la violazione dei generali doveri del magistrato. In questi casi, tuttavia, può essere auspicato un intervento correttivo del legislatore, ma non si può addivenire ad una condanna del magistrato se non in forza delle fattispecie tipiche previste dagli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 109 del 2006.

In concreto, la tipizzazione degli illeciti ha reso quindi in qualche caso più difficile l'inquadramento di fattispecie che, nel sistema abrogato, sarebbero state verosimilmente sanzionate.

Ne è un esempio la disposizione della lett. a) del primo comma dell'art. 2, che configura illeciti quei comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. Tale disposizione - che può farsi risalire a violazioni del dovere di

imparzialità inteso come valore cardine della funzione giudiziaria, nonché dei doveri di correttezza ed equilibrio - sanziona espressamente solo i comportamenti tenuti nei confronti di una delle parti.

Conseguentemente, la Sezione disciplinare - in un noto caso in cui in un'ordinanza avente ad oggetto l'acquisizione di intercettazioni telefoniche, un giudice si era lasciato andare ad apprezzamenti potenzialmente lesivi della dignità di alcuni parlamentari non indagati - ha affermato che il possibile danno arrecato a terzi e, nella specie, ai membri del parlamento oggetto di valutazioni fuor d'opera e forse superflue ai fini dell'ordinanza, non assume rilevanza disciplinare, e ciò ancorché la limitazione appaia di difficile comprensione, meritando i terzi tutela almeno pari a quella delle parti e pur ritenendo che si tratti di una lacuna legislativa nella tipizzazione degli illeciti disciplinari.

Detti parlamentari, che - secondo l'interpretazione seguita dalla Procura di Milano - non potevano neppure essere iscritti nel registro degli indagati (atteso che l'unica fonte del sospetto era costituita proprio dalle intercettazioni telefoniche delle quali si stava richiedendo l'autorizzazione all'utilizzazione), infatti, non erano parti nel procedimento penale oggetto dell'ordinanza.

Né la Sezione disciplinare avrebbe potuto far ricorso ad una nozione di "*parte*" in senso sostanziale o potenziale del procedimento penale, tale da comprendere non solo chi fosse già parte in senso tecnico (imputato, indagato, persona offesa, parte civile, ecc.), ma anche soggetti coinvolti a vario titolo nel procedimento, che in prospettiva ne avrebbero potuto

assumere la qualità (si pensi al soggetto denunciato ex art. 331 c.p.p., o al testimone la cui posizione si dubita di falsità, ecc.).

Infatti, un'operazione ermeneutica di tal fatta avrebbe lasciato margini di ambiguità non conciliabili con la necessaria, precisa delimitazione della fattispecie disciplinare, per la quale valgono principi simili a quelli in vigore nel diritto penale. In sostanza, si sarebbe trattato di un inammissibile ampliamento della nozione di "*parte*" prescelta dal legislatore, alla quale si sarebbero equiparate altre figure che parti non sono, facendo uso di un percorso interpretativo analogico, che la dottrina più attenta ritiene vietato nelle fattispecie disciplinari, così come lo è in quelle penali (art. 14 preleggi).

Questo approdo ermeneutico, però, non priva di rilevanza giuridica il catalogo dell'art. 1. I doveri del magistrato sanciti in via generale dalla norma in esame, costituiscono in qualche modo il parametro di riferimento utile a verificare se le violazioni commesse dal magistrato abbiano connotati di antigiuridicità e, in particolare, integrino violazioni deontologiche tali da essere sanzionate in via disciplinare.

Infatti, **in relazione ai fatti disciplinarmente irrilevanti** (poi espressamente previsti dall'art. 3 bis del d.lgs. n. 109, introdotto con la legge n. 269 del 2006), **deve ritenersi difficile immaginare che qualsiasi fattispecie tipica non debba essere ricondotta alla generale violazione dei doveri di cui all'art. 1.** Sfugge alla sensibilità di qualsiasi giurista ritenere che possa essere condannato in via disciplinare un magistrato che, nelle condotte poste in essere al di fuori delle funzioni, abbia sempre

conservato anche l'immagine di imparzialità, equilibrio, correttezza nei rapporti, rispetto della dignità umana, riserbo, ecc.

Non basta, dunque, rilevare in astratto che tutte le singole fattispecie di illecito disciplinare sono in qualche modo riconducibili alla violazione dei generali doveri di cui all'art. 1. Occorre anche che la condotta astrattamente riconducibile alla fattispecie tipica di illecito sia in concreto lesiva di uno dei doveri previsti dall'art. 1. **La norma di cui all'art. 1, in altri termini, deve essere interpretata come norma di carattere generale e parametro di riferimento di ogni violazione prevista dal sistema come illecito tipico disciplinare.**

In buona sintesi, se una qualsiasi violazione degli obblighi di cui all'art. 1 rimane priva di concreta sanzione quando non riconducibile ad alcuna delle fattispecie tipiche di cui ai successivi articoli, non ogni violazione delle fattispecie tipiche è passibile di sanzione disciplinare se non si riscontra, in concreto, la violazione dei doveri di cui all'art. 1 da parte del magistrato incolpato.

Altro e diverso problema ermeneutico che si è posto alla Sezione disciplinare è stato quello di stabilire se il principio di tassatività imponga l'interpretazione restrittiva delle norme incriminatrici (o costituenti fattispecie di illecito disciplinare) ovvero ne consenta, non certo l'interpretazione analogica ma, almeno, l'interpretazione estensiva. Ebbene questo problema è stato risolto dalla Sezione disciplinare nel senso che il principio di tassatività consenta l'interpretazione estensiva.

La possibilità di un'interpretazione estensiva, del resto, è stata più volte affermata anche con riferimento alle norme incriminatrici penali.

Com'è noto, la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva rappresenta un problema di difficilissima soluzione sul quale il dibattito - che pure ha sempre coinvolto i maggiori teorici del diritto - non è mai pervenuto a soluzioni chiare, certe e precise. E' probabilmente nel giusto chi dice che tra interpretazione estensiva ed analogia non vi è una differenza qualitativa, ma soltanto quantitativa e che la qualificazione in un modo o nell'altro deve essere effettuata caso per caso, senza poter fare ricorso a criteri oggettivi e predeterminati.

Quanto esposto potrebbe tra l'altro giustificare l'assenza di una specifica disposizione che in via generale determini i doveri del magistrato al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni.

4.1) Illeciti funzionali

Il d.lgs. n. 109 del 2006 ha posto la distinzione tra doveri c.d. *funzionali* e quelli c.d. *extrafunzionali*.

I primi derivano dal collegamento tipico con l'attività funzionale del magistrato, essendo strettamente correlati a quest'ultima, sicché gli illeciti posti in essere in violazione di tali doveri *funzionali* si considerano commessi durante e a causa dell'attività giurisdizionale.

I secondi sono connessi alla peculiare qualifica del magistrato, nel senso, cioè, che gli illeciti commessi in violazione di detti doveri *extrafunzionali*,

pur non essendo posti in essere nell'esercizio di una tipica attività giurisdizionale, si collegano pur sempre allo *status* magistratuale, quindi, ad esigenze di generica tutela della funzione giudiziaria.

4.1.1) Gli illeciti funzionali in violazione del dovere di imparzialità.

Il primo dovere previsto dall'art. 1 è quello di imparzialità. Si tratta, all'evidenza, di un concetto di difficile definizione. Essa fa riferimento alla capacità del magistrato di mantenersi estraneo ad interessi di parte e di valutare le cose con obiettività, equanimità, neutralità, equidistanza priva di pregiudizi.

Sul punto, si rileva come si tratti di un attributo che non può prescindere dalla considerazione secondo cui ogni magistrato è portatore di valori culturali che determinano il suo atteggiamento mentale.

Ed allora, l'imparzialità in senso tecnico viene collegata alla funzione del giudicare, nella quale il magistrato deve essere ed apparire portatore solo dell'interesse al corretto ed efficace svolgimento della funzione giudiziaria.

Si sottolinea, ancora, che l'imparzialità ha un aspetto oggettivo ed uno soggettivo: il profilo oggettivo è garantito dalle norme sull'incompatibilità; quello soggettivo attiene alle situazioni personali del giudice.

Alla violazione del dovere di imparzialità si riconducono essenzialmente le seguenti condotte tipiche:

- I comportamenti che arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad

una delle parti (art. 2, comma 1, **lett. a**). La disposizione sanziona i *comportamenti*, fonti di un ingiusto danno o indebito vantaggio per una delle parti. La nozione di comportamento é stata intesa dalla Sezione Disciplinare comprensiva anche dei *provvedimenti* dai quali scaturiscano gli effetti pregiudizievoli sopra evidenziati⁴⁴.

- L'omissione della comunicazione, al C.S.M. della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al r.d. n. 12 del 1941, e successive modificazioni, come modificati dall'art. 29 del d.lgs. n. 109 del 2006 (art. 2, comma 1, **lett. b**)⁴⁵. La comunicazione é stata

⁴⁴ Con ordinanza n. 102 del 26 settembre 2008, la Sezione Disciplinare del C.S.M., pronunciando sulla richiesta di applicazione della misura cautelare del trasferimento provvisorio dell'incolpato, ha ritenuto lesiva della norma la condotta del magistrato del lavoro che abitualmente e ripetutamente ha nominato, in controversie previdenziali, consulenti tecnici privi di specifiche competenze per il genere di indagini e a loro affidate, autorizzandoli a servirsi di altri medici specialisti e così arrecando danni all'istituto previdenziale a carico del quale sono state poste le spese della consulenza.

⁴⁵Art. 18 – *Incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense. - I magistrati giudicanti e requirenti delle corti di appello e dei tribunali non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, gli affini in primo grado, il coniuge o il convivente, esercitano la professione di avvocato. La ricorrenza in concreto dell'incompatibilità di sede è verificata sulla base dei seguenti criteri: a) rilevanza della professione forense svolta dai soggetti di cui al primo comma avanti all'ufficio di appartenenza del magistrato, tenuto, altresì, conto dello svolgimento continuativo di una porzione minore della professione forense e di eventuali forme di esercizio non individuale dell'attività da parte dei medesimi soggetti; b) dimensione del predetto ufficio, con particolare riferimento alla organizzazione tabellare; c) materia trattata sia dal magistrato che dal professionista, avendo rilievo la distinzione dei settori del diritto civile, del diritto penale e del diritto del lavoro e della previdenza, ed ancora, all'interno dei predetti e specie del settore del diritto civile, dei settori di ulteriore specializzazione come risulta, per il magistrato, dalla organizzazione tabellare; d) funzione specialistica dell'ufficio giudiziario.*

Ricorre sempre una situazione di incompatibilità con riguardo ai Tribunali ordinari organizzati in un'unica sezione o alle Procure della Repubblica istituite presso Tribunali strutturati con un'unica sezione, salvo che il magistrato operi esclusivamente in sezione distaccata ed il parente o l'affine non svolga presso tale sezione alcuna attività o viceversa.

I magistrati preposti alla direzione di uffici giudicanti e requirenti sono sempre in situazione di incompatibilità di sede ove un parente o affine eserciti la professione forense presso l'Ufficio dagli

ritenuta obbligatoria anche quando, per le notevoli dimensioni dell'ufficio, non sussista, in concreto, un pericolo per l'imparzialità del magistrato, poiché questi non può trincerarsi dietro

stessi diretto, salvo valutazione caso per caso per i Tribunali ordinari organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività civile e penale.

Il rapporto di parentela o affinità con un praticante avvocato ammesso all'esercizio della professione forense, è valutato ai fini dell'articolo 2, comma 2, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, e successive modificazioni, tenuto conto dei criteri di cui al secondo comma.

Art. 19 – Incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede.

I magistrati che hanno tra loro vincoli di parentela o di affinità sino al secondo grado, di coniugio o di convivenza, non possono far parte della stessa Corte o dello stesso Tribunale o dello stesso ufficio giudiziario.

La ricorrenza in concreto dell'incompatibilità di sede è verificata sulla base dei criteri di cui all'articolo 18, secondo comma, per quanto compatibili.

I magistrati che hanno tra loro vincoli di parentela o di affinità sino al terzo grado, di coniugio o di convivenza, non possono mai fare parte dello stesso Tribunale o della stessa Corte organizzati in un'unica sezione ovvero di un Tribunale o di una Corte organizzati in un'unica sezione e delle rispettive Procure della Repubblica, salvo che uno dei due magistrati operi esclusivamente in sezione distaccata e l'altro in sede centrale.

I magistrati che hanno tra loro vincoli di parentela o di affinità fino al quarto grado incluso, ovvero di coniugio o di convivenza, non possono mai far parte dello stesso collegio giudicante nelle corti e nei tribunali.

I magistrati preposti alla direzione di uffici giudicanti o requirenti della stessa sede sono sempre in situazione di incompatibilità, salvo valutazione caso per caso per i Tribunali o le Corti organizzati con una pluralità di sezioni per ciascun settore di attività civile e penale. Sussiste, altresì, situazione di incompatibilità, da valutare sulla base dei criteri di cui all'articolo 18, secondo comma, in quanto compatibili, se il magistrato dirigente dell'ufficio è in rapporto di parentela o affinità entro il terzo grado, o di coniugio o convivenza, con magistrato addetto al medesimo ufficio, tra il presidente del Tribunale del capoluogo di distretto ed i giudici addetti al locale Tribunale per i minorenni, tra il Presidente della Corte di appello o il Procuratore generale presso la Corte medesima ed un magistrato addetto, rispettivamente, ad un Tribunale o ad una Procura della Repubblica del distretto, ivi compresa la Procura presso il Tribunale per i minorenni.

I magistrati non possono appartenere ad uno stesso ufficio giudiziario ove i loro parenti fino al secondo grado, o gli affini in primo grado, svolgono attività di ufficiale o agente di polizia giudiziaria. La ricorrenza in concreto dell'incompatibilità è verificata sulla base dei criteri di cui all'articolo 18, secondo comma, per quanto compatibili.

apprezzamenti di convenienza che spettano al CSM.

- La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge (art. 2, comma 1, **lett. c**); le norme che prevedono l'obbligo di astensione sono quelle di cui agli artt. 36 c.p.p.⁴⁶ e 51 c.p.c.⁴⁷

⁴⁶ **Art. 36. Astensione.**

1. Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;

b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge;

c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;

d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private;

e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata;

f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero;

g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario;

h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza.

2. I motivi di astensione indicati nel comma 1 lettera b) seconda ipotesi e lettera e) o derivanti da incompatibilità per ragioni di coniugio o affinità, sussistono anche dopo l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

3. La dichiarazione di astensione è presentata al presidente della corte o del tribunale, che decide con decreto senza formalità di procedura.

4. Sulla dichiarazione di astensione del presidente del tribunale decide il presidente della corte di appello; su quella del presidente della corte di appello decide il presidente della corte di cassazione.

⁴⁷**Art. 51. (Astensione del giudice)**

Il problema fondamentale attiene ai casi in cui l'astensione sia giustificata da “*ragioni di convenienza*”, come nel caso previsto dall'art. 52 c.p.p. per il pubblico ministero che ha solo la facoltà e non l'obbligo di astenersi. La Sezione Disciplinare aveva tuttavia ritenuto, sotto la vigenza del precedente sistema, che, nei casi più gravi, sussistesse un vero e proprio obbligo anche per il pubblico ministero⁴⁸, come nell'ipotesi del consenso prestato da quest'ultimo

Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

1. se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;

2. se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;

3. se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;

4. se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;

5. se è tutore, curatore, amministratore di sostegno⁽²⁾, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore.

⁴⁸ Sez. Disc., 17 aprile 2009, n. 49 “*Configura illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, per consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge, la condotta del Procuratore della Repubblica che presti adesione ad una richiesta di patteggiamento presentata nell'interesse del fratello, imputato in un procedimento penale, in quanto la previsione di cui all'art. 52 cod. proc. pen., secondo la quale «il magistrato del pubblico ministero ha la facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza», è giustificata dalla previsione costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale e, pertanto, dall'esigenza di evitare il rischio della paralisi della stessa, ma non esclude il dovere di rilevare, caso per caso, quelle circostanze capaci di far apparire l'attività giudiziaria come dettata da fini diversi da quelli di giustizia ed in particolare dall'intento, o dalla inevitabilità oggettiva, del conseguimento di vantaggi personali o familiari: il principio di tassatività in materia di illeciti disciplinari, infatti, non impedisce l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica di norme diverse da quelle incriminative,*

per la richiesta di patteggiamento avanzata nell'interesse del proprio fratello; viceversa si è ritenuta non integrare la violazione in oggetto la condotta del magistrato che abbia ommesso di astenersi in procedimenti relativi a cause patrocinata da un avvocato che abbia uno stabile rapporto professionale con il figlio, in considerazione del numero limitato delle situazioni e per la scarsa rilevanza degli episodi verificatisi⁴⁹.

- L'omissione, da parte del dirigente dell'ufficio ovvero da parte del magistrato cui compete il potere di sorveglianza, della comunicazione al C.S.M. della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al r.d. n. 12 del 1941, e successive modificazioni, come modificati dall'art. 29 del d.lgs. n. 109 del 2006, ovvero delle situazioni che possono dare luogo all'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 2 e 3 del r.d. n. 511 del 1946⁵⁰, come modificati dagli

specie laddove si tratti di un principio fondamentale del processo, quale quello che si trae esplicitamente dall'art. 51, n. 2, cod. proc. civ., in base al quale nessun giudice può decidere nei confronti di un prossimo congiunto, sicché, quando non sussiste la necessità di evitare che in una situazione concreta l'azione penale possa essere paralizzata, prevale il criterio di indirizzo ribadito dal D.Lgs. n. 109/2006, all'art. 1, secondo cui il magistrato, senza distinzione di funzioni, esercita quelle a lui attribuite «con imparzialità».

⁴⁹ Sez. Disc., 13 ottobre 2009 n. 139: *“Non costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'art. 18 R.D.L. n. 511/1946, la condotta del magistrato che ometta di astenersi in procedimenti relativi a cause patrocinata da un avvocato che abbia uno stabile rapporto professionale con suo figlio, quando, per il numero limitato di situazioni e per la scarsa rilevanza degli episodi verificatisi, non vengano compromesse la fiducia e la considerazione di cui il primo deve godere, né il prestigio dell'ordine giudiziario (nel caso di specie, l'incolpato, omettendo di astenersi, aveva emesso, quando il figlio era ancora semplice praticante, tre decreti di archiviazione come G.I.P., un decreto di rinvio a giudizio come G.U.P. ed una sentenza dibattimentale, nonché, successivamente all'iscrizione dello stretto congiunto all'Albo degli avvocati, un decreto ingiuntivo).*

⁵⁰**2. Inamovibilità della sede.**

I magistrati di grado non inferiore a giudice, sostituto procuratore della Repubblica, non possono essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni, se non col loro consenso.

Essi tuttavia possono, anche senza il loro consenso, essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni, previo parere del Consiglio superiore della magistratura, quando si trovino in uno dei casi di incompatibilità previsti dagli artt. 16, 18 e 19 dell'Ordinamento giudiziario approvato con R. decreto 30 gennaio 1941, numero 12 (3), o quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità. Il parere del Consiglio superiore è vincolante quando si tratta di magistrati giudicanti.

In caso di soppressione di un ufficio giudiziario, i magistrati che ne fanno parte, se non possono essere assegnati ad altro ufficio giudiziario nella stessa sede, sono destinati a posti vacanti del loro grado ad altra sede.

Qualora venga ridotto l'organico di un ufficio giudiziario, i magistrati meno anziani che risultino in soprannumero, se non possono essere assegnati ad altro ufficio della stessa sede, sono destinati ai posti vacanti del loro grado in altra sede.

Nei casi previsti dai due precedenti commi si tiene conto, in quanto possibile, delle aspirazioni dei magistrati da trasferire.

3. Dispensa dal servizio o collocamento in aspettativa di ufficio per debolezza di mente od infermità.

Se per qualsiasi infermità, giudicata permanente, o per sopravvenuta inettitudine, un magistrato non può adempiere convenientemente ed efficacemente ai doveri del proprio ufficio, è dispensato dal servizio, previo parere conforme del Consiglio superiore della magistratura. Se l'infermità o la sopravvenuta inettitudine consentono l'efficace svolgimento di funzioni amministrative, il magistrato dispensato può essere destinato, a domanda, a prestare servizio, nei limiti dei posti disponibili, presso il Ministero della giustizia, secondo modalità e criteri di comparazione definiti con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica e il Ministro dell'economia e delle finanze, tenuto conto del tipo e della gravità dell'infermità o della sopravvenuta inettitudine. Il magistrato dispensato mantiene il diritto al trattamento economico in godimento, con l'eventuale attribuzione di un assegno ad personam riassorbibile, corrispondente alla differenza retributiva tra il trattamento economico in godimento alla data del provvedimento di dispensa e il trattamento economico corrispondente alla qualifica attribuita.

Se la infermità ha carattere temporaneo, il magistrato può, su conforme parere del Consiglio superiore, essere collocato di ufficio in aspettativa fino al termine massimo consentito dalla legge.

Decorso tale termine, il magistrato che ancora non si trovi in condizioni di essere richiamato dall'aspettativa, è dispensato dal servizio.

Le disposizioni precedenti per quanto concerne il parere del Consiglio superiore non si applicano agli uditori, i quali possono essere collocati in aspettativa o dispensati dal servizio con decreto del Ministro per la grazia e giustizia, previo parere del Consiglio giudiziario nel caso di dispensa.

Per gli uditori con funzioni giudiziarie la dispensa dal servizio è disposta con decreto Reale, su conforme parere del Consiglio giudiziario.

artt. 26, comma 1, e 27 del d.lgs. n. 109 del 2006 (art. 2, comma 1, **lett. ee**). Analogamente alla situazione evidenziata in precedenza, sussiste l'obbligo per il capo dell'ufficio anche nel caso di strutture giudiziarie di notevoli dimensioni.

4.1.2) Gli illeciti funzionali in violazione del dovere di correttezza

L'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006, annovera tra i doveri del magistrato quello della **correttezza**, inteso quale conformità alle regole di lealtà, educazione, onestà e convenienza sociale, ma con lo sguardo rivolto ai contenuti che esso può assumere nell'ambito dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Inoltre, al dovere di correttezza, però, il magistrato è, in generale, tenuto non solo nell'esercizio delle sue funzioni, ma anche al di fuori. Ne consegue che la violazione del dovere di correttezza potrà rilevare sia sul piano funzionale che su quello extrafunzionale, a condizione che la condotta dell'incolpato rientri in una di quelle tassativamente previste dagli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 109/2006.

È interessante segnalare alcuni esempi di violazione del dovere di correttezza, sul piano extrafunzionale, ravvisati sotto la vigenza del precedente sistema.

È stata ritenuta integrare una violazione del dovere di correttezza la condotta del magistrato, che alla guida della propria autovettura, dopo essere stato fermato dalle forze dell'ordine, aveva tenuto comportamenti

Avverso il parere del Consiglio giudiziario previsto nei due precedenti commi può essere proposto ricorso al Consiglio superiore della magistratura così dall'interessato come dal Ministro, entro dieci giorni dalla comunicazione. Il ricorso ha effetto sospensivo.

irriguardosi ed offensivi nei confronti dei Carabinieri, sottolineando la propria qualifica⁵¹.

È stata, per altro verso, esclusa la sussistenza dell'illecito disciplinare, con riferimento alla frequentazione di persona indagata da parte di un magistrato che, essendo estraneo alle indagini, continui a vedere detta persona in casa, senza ostentare pubblicamente gli incontri ma coprendoli con la necessaria riservatezza⁵².

È stata affermata la sussistenza dell'illecito disciplinare nella richiesta di informazioni riservate alla polizia giudiziaria nel corso di un procedimento penale, approfittando delle conoscenze del magistrato o dell'ufficiale, acquisite a causa delle funzioni esercitate⁵³.

La gran parte delle condotte disciplinarmente sanzionate sotto il

⁵¹ Sez. Disc., 4 aprile 2008, n. 25: “*configura illecito disciplinare la condotta del magistrato, alla guida della propria autovettura, che, dopo essere stato fermato dalle forze dell'ordine in ragione di una infrazione del Codice della Strada, ha tenuto comportamenti irriguardosi ed offensivi nei confronti dei carabinieri intervenuti, definendoli ignoranti e bugiardi nonché vantando amicizie e sottolineando la propria qualifica*”.

⁵² Sez. Disc. 9 maggio 1997, n. 63: “*non viene meno al dovere di correttezza il magistrato che essendo estraneo alle indagini ed avendo da tempo instaurato un rapporto di amicizia con la persona indagata, continui a vederla sporadicamente in casa senza, perciò, ostentare pubblicamente gli incontri, ma coprendoli, anzi, con la necessaria riservatezza*”.

⁵³ Sez. Disc. 21 ottobre 2005, n. 120: “*Deve essere condannato alla sanzione disciplinare della censura il magistrato che, avuto conoscenza che presso una Procura della Repubblica, ove egli aveva svolto in precedenza le funzioni di Sostituto Procuratore, si stavano svolgendo indagini nell'ambito di un procedimento penale relativo al rilascio di concessioni stagionali di aree demaniali, concessioni alle quali era interessato anche il proprio coniuge, si sia recato presso il magistrato che reggeva l'ufficio durante il congedo ordinario del dirigente, prospettando critiche sulla conduzione delle indagini del magistrato assegnatario e sulla complessiva professionalità del medesimo, e abbia cercato di interferire nelle indagini, recandosi presso alcuni ufficiali della Polizia Giudiziaria al fine di chiedere notizie riservate e copia di precedenti atti di indagine nei confronti di soggetti denunciati e di persone politicamente loro vicine. (La Sezione disciplinare, pur sottolineando la gravità del danno alla credibilità dell'ordine giudiziario del magistrato, anche a causa della ristrettezza dell'ambiente, la notorietà dell'incolpato e quella della vicenda, oggetto di aspre polemiche politiche e giornalistiche, ha ritenuto congruo irrogare al medesimo la sanzione disciplinare della censura, in considerazione della sua elevata professionalità e del suo impegno lavorativo)*”.

precedente sistema riguardava, soprattutto, violazioni del dovere funzionale di correttezza: a titolo di esempio si rammentano i comportamenti plateali, fortemente polemici e denigratori dei colleghi o del capo dell'ufficio⁵⁴ o le condotte gravemente sconvenienti o inurbane nei confronti delle parti o dei loro difensori durante le udienze⁵⁵.

Nel nuovo sistema, rientrano nella violazione del dovere di correttezza:

- I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti dei altri magistrati o collaboratori (art. 2, comma 1, **lett. d**). Si tratta di una disposizione elastica, che può apparire di incerto contenuto e che impone, dunque, l'onere per l'accusa di una precisa delimitazione dei fatti contestati, dovendosi escludere la rilevanza di

⁵⁴ Sez. Disc., 19 maggio 2008, n. 50: “Configura illecito disciplinare la condotta del presidente di sezione, presidente di collegio penale, che, in violazione dei doveri di correttezza nei confronti del dirigente dell'ufficio e delle parti processuali, in pubblica udienza, dia atto nel verbale di causa di formulare dichiarazione di astensione in aperta polemica con provvedimenti organizzativi del dirigente dell'ufficio, teso a disciplinare le dichiarazioni astensione, palesando pubblicamente un contrasto relativo alla organizzazione dell'ufficio stesso e determinando una disfunzione al regolare svolgimento dell'udienza, sì da portare alla attenzione del foro e degli ambienti esterni tematiche inerenti alla organizzazione dell'ufficio. In altri termini costituisce il fulcro della condotta illecita il contegno del magistrato improntato alla volontà di manifestare il proprio dissenso a tutti i costi e con modalità plateali rispetto ai provvedimenti organizzatori, utilizzando un atto di per se legittimo, la dichiarazione di astensione”.

⁵⁵ Sez. Disc. 11 novembre 1994, n. 97, “compito del giudice è indubbiamente la direzione dell'udienza, ma nell'esercizio della sua attività è suo dovere mantenere sempre la calma, non lasciarsi andare a comportamenti polemici o a discussioni vivaci con le parti o con i loro patrocinatori, cercare di trattare con il massimo garbo ed educazione possibile le parti e i loro patrocinatori, lasciando loro formulare le istanze difensive, ancorché infondate; nel dirigere l'udienza, il giudice non ha d'altronde il diritto di impedire ai patrocinatori delle parti di fare verbalizzare loro dichiarazioni attinenti all'andamento dell'udienza (nella specie, è stato ritenuto illecito disciplinare nella condotta del magistrato, con funzioni di pretore del lavoro, il quale in udienza si era lasciato andare a discussioni vivaci ed animate, aveva bloccato le istanze difensive di una delle parti, non aveva consentito ad uno dei patrocinatori di dettare a verbale le sue dichiarazioni e, quando questi si era allontanato per andare a protestare dal pretore dirigente ed ottenere un cancelliere verbalizzatore, aveva rinviato in sua assenza l'udienza)”

mere condotte inopportune o scortesi. Si è ritenuto non integrare la violazione in discorso, nonostante il diverso orientamento espresso sotto la vigenza del precedente sistema, la predisposizione della minuta del provvedimento prima dell'udienza⁵⁶. Viceversa, è stata ritenuta la configurabilità della violazione in oggetto, la condotta del giudice civile che redige una sentenza la cui parte motiva sia costituita sostanzialmente dalla pedissequa riproduzione del contenuto della comparsa conclusionale della parte vittoriosa⁵⁷.

La scorrettezza deve essere abituale o grave, con la conseguenza che

⁵⁶ Sez. Disc. ord. 11 febbraio 2008, n. 7: “*non costituisce illecito disciplinare la condotta del giudice relativa alla predisposizione di una bozza del possibile provvedimento, allorquando sia sintomo di ottimale organizzazione del proprio lavoro e della cui casuale diffusione il giudice stesso non sia responsabile*”.

⁵⁷ Sez. Disc. 18 marzo 2008, n. 38 : “*configura illecito disciplinare la condotta del giudice civile che redige sentenza la cui parte motiva sia costituita sostanzialmente dalla pedissequa riproduzione del contenuto della comparsa conclusionale della parte vittoriosa. L'obbligo della motivazione dei provvedimenti, infatti, è connaturato ad un sistema di esercizio della giurisdizione articolato per gradi ed esprime l'esigenza di rendere conoscibili le ragioni poste a base delle decisioni, sicchè non solo è strumentale a consentire l'impugnazione, ma anche a rendere noto alla collettività le modalità di esercizio del potere giurisdizionale, con la conseguenza che, in caso di percorso motivazionale chiaro e convincente possano essere scongiurate le impugnazioni. In altri termini la motivazione ha una funzione non solo endoprocessuale (tale da consentire il controllo sulla regolarità della decisione) ma anche extraprocessuale sì da far trovare conferma ai presupposti della legittimazione stessa dell'esercizio del potere giurisdizionale, funzione questa rafforzata dall'art. 111 Carta Costituzionale, che eleva a rango costituzionale l'obbligo di motivazione. Attraverso la motivazione, quindi, è possibile effettuare il controllo circa il rispetto delle garanzie fondamentali del processo, la verifica se il giudice abbia applicato la legge in conformità dell'obbligo di sudditanza esclusivamente ad essa, se, in sostanza, è stato attuato il "modello costituzionale" di giustizia. Ed allora per il corretto esercizio della giurisdizione è necessario che ci sia non solo l'affermazione, ma anche la percezione dell'alterità del giudice rispetto alle parti e della sua equidistanza da loro. Ragione per cui una decisione che si appropri, anche nella forma espositiva, della prospettazione di una delle parti, senza alcun autonomo passaggio valutativo tale da far evincere un autonomo iter motivazionale, fa perdere non solo nell'apparenza, ma anche nella sostanza, la posizione di terzietà e prima ancora di alterità del giudice rispetto alle parti, che è il fondamento della giurisdizione: una motivazione, autonomamente elaborata, anche nella forma esteriore, è una palpabile garanzia della maturazione della pausa di riflessione che l'ordinamento, imponendo la motivazione, richiede al giudice, mentre il mutare, integralmente o in grandissima parte, da una delle parti la costruzione logica e verbale, non consente di fare affidamento sul fatto che una autonoma elaborazione vi sia stata (nel caso di specie è emerso che un giudice civile, il cui profilo professionale e dal punto di vista qualitativo e dal punto di vista della produttività non è in discussione, ha frequentemente utilizzato il metodo del mutare pedissequamente nelle proprie motivazioni atti della parte vittoriosa)*”.

anche una sola condotta può rilevare ai fini della configurabilità dell'illecito in esame. La fattispecie non sembra applicabile nei casi di scorrettezze specificamente previste da altre disposizioni (come nei casi di ingiustificata interferenza nell'attività di altro magistrato dell'ufficio, specificamente considerata nella lett. e) o di violazione, in pregiudizio di altri magistrati dell'ufficio, di disposizioni interne regolamentari o delle circolari, prevista dalla lett. n).

- L'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato (art. 2, comma 1, **lett. e**). La condotta presa in esame da tale disposizione riguarda essenzialmente l'ipotesi di un'indebita intromissione da parte del magistrato funzionalmente e materialmente estraneo al processo cui l'interferenza si riferisce⁵⁸,

⁵⁸ Sez. Disc. 9 febbraio 2009, n. 28: “*Configura illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni per ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato, la condotta dell'appartenente all'ordine giudiziario che, rivestendo un importante incarico, e godendo quindi di notevole autorevolezza, chieda ed ottenga, da colleghi, cancellieri ed altri ufficiali di polizia giudiziaria, informazioni e previsioni sullo stato e l'esito di procedimenti giudiziari, così implicitamente segnalando, direttamente o indirettamente, al magistrato titolare del fascicolo, l'interessamento per le sorti processuali dell'una o dell'altra parte, giacché, muovendo dal significato lessicale delle espressioni impiegate dal legislatore, per ingiustificata interferenza giudiziaria deve intendersi ogni azione o iniziativa di intromissione o inframmettenza, diretta ad influire sull'autonomo percorso decisionale del magistrato o dei magistrati preposti alla trattazione di un processo in sede giurisdizionale, compiuta senza alcuna connessione con l'esercizio legittimo delle funzioni giudiziarie, e che può avvenire **tanto attraverso il contatto diretto con il magistrato assegnatario del processo, quanto attraverso persone che si trovino a diretto contatto con quest'ultimo, ed anche se la stessa non riesca ad incidere sull'ordinario iter decisionale.** Limiti alla nozione di ingiustificata interferenza rilevante ex art. 2, lett. e) D.L.gs. n. 109/2006, sono, da un lato, le pressioni atte a condizionare in concreto la corretta formazione dell'iter decisionale di un giudice o di un pubblico ministero e, semmai, anche a realizzare gli effetti distorsivi del condizionamento giudiziario, in quanto le stesse danno luogo alla fattispecie tipica di cui all'art. 4, lett. d) D.Lgs. n. 109/2006, e, dall'altro, la semplice ed isolata richiesta di informazioni, non determinata dall'esigenza di favorire qualcuno o di millantare credito, la quale, pur configurandosi la fattispecie tipica, rimane in genere qualificabile nell'ambito del fatto di scarsa rilevanza, e, quindi, nei limiti della condotta disciplinarmente irrilevante (nel caso di specie, l'incolpato, mentre svolgeva un alto incarico al Ministero della Giustizia, aveva manifestato una serie di interessamenti notevoli per numero e tipologia, concentrati nell'arco di alcuni mesi, anche se le sue*

mentre se si tratta di condotta connessa all'esercizio di funzioni giudiziarie in una determinata vicenda non potrà venire in rilievo detta disposizione.

Non possono farsi rientrare nell'alveo di tale disposizione le materie dei conflitti di competenza tra giudici o quella dei contrasti tra pubblici ministeri.

- L'omessa comunicazione al capo dell'ufficio, da parte del magistrato destinatario, delle avvenute interferenze (art. 2, comma 1, **lett. f**).

4.1.3) Gli illeciti funzionali in violazione dei doveri di diligenza e di laboriosità

La diligenza può essere definita come l'assiduità, precisione e scrupolo nello svolgimento di un lavoro, di un compito o di un'attività, mentre la laboriosità è sinonimo di operosità, in altri termini di intensa capacità di lavoro.

Sotto il precedente regime, nella giurisprudenza della Sezione Disciplinare e della Corte di Cassazione vi era già una relevantissima casistica con riferimento ai ritardi ingiustificati nel deposito o nell'adozione di provvedimenti. Meno numerosi i casi di contestazioni per scarso rendimento, tra cui rientravano quelle per insufficiente numero di presenze nell'ufficio⁵⁹, per inosservanza dell'orario di inizio delle udienze, per gli

condotte non avevano avuto effettiva influenza sui procedimenti penali o civili oggetto di attenzione)".

⁵⁹ Sez. Disc. n. 44 del 1991: "commette illecito disciplinare il magistrato che, quale Presidente del Tribunale, limiti la sua presenza in Tribunale a poco più di dieci ore la settimana,

eccessivi termini di rinvio delle udienze di trattazione dei processi civili, per omesso o rarefatto compimento degli atti di istruzione dei processi penali con conseguente prescrizione dei reati o scarcerazione di imputati in stato di custodia cautelare.

Una casistica interessante si è sviluppata anche in relazione alla errata applicazione di norme giuridiche.

Su tale aspetto era ovviamente pacifica la perseguibilità delle violazioni intenzionali mentre il problema si era posto avuto riguardo alle interpretazioni erronee delle norme giuridiche, ascrivibili ad una cattiva lettura del testo.

Sul punto, vi era stato un remoto orientamento che escludeva l'inculpazione disciplinare, sul fondamento di una pressoché assoluta incensurabilità delle decisioni giurisprudenziali. Tale orientamento è stato successivamente superato a fronte della considerazione che il principio di incensurabilità non può avere carattere assoluto e deve cedere di fronte ai casi estremi di decisioni palesemente ed incontestabilmente abnormi o arbitrarie perché frutto di un macroscopico errore di diritto o di fatto”.

Resta, tuttavia, il problema della esatta delimitazione dei confini tra interpretazione della norma giuridica ed il caso del macroscopico errore di diritto.

Si è, pertanto, ritenuto, dalla giurisprudenza più recente che la condotta del giudice deve essere apprezzata **considerando decisivo non tanto il**

protraendola solo in occasione dell'udienza penale (due volte al mese), in tale modo dedicando all'ufficio un tempo assolutamente insufficiente per consentire un'ordinata trattazione degli affari e determinando disfunzioni dell'ufficio sotto il profilo delle funzioni giudiziarie e di quelle inerenti ai compiti del dirigente”.

giudizio sulla scelta interpretativa del magistrato ma quello sull'impegno speso dal magistrato nella verifica di quella scelta, considerando pertanto suscettibili di rilievo disciplinare atti e provvedimenti resi nell'esercizio della funzione giurisdizionale quando, in contrasto con i principi fondamentali di autonomia, terzietà, correttezza ed equilibrio cui in ogni momento la condotta del magistrato deve uniformarsi, tali atti siano rivelatori di scarsa ponderazione, approssimazione, fretteolosità o limitata diligenza.

Sulla base di questo criterio generale, la giurisprudenza disciplinare ha ritenuto:

a) **abnorme** non solo il provvedimento emesso al di fuori di ogni schema processuale o, con altri termini, l'atto a tal punto anomalo da non essere inquadrabile in alcun modello legale ma anche il provvedimento frutto di un comportamento deviato per l'inescusabile negligenza che ha determinato l'errore; b) **arbitraria, per violazione di legge**, si è considerata la decisione o l'attività giurisdizionale dolosamente o colposamente fondata su un principio di diritto decisamente e manifestamente errato perché frutto di una gravemente negligente applicazione di una norma approssimativamente interpretata secondo un improbabile e poco plausibile iter logico in contrasto con consolidato contrario orientamento giurisprudenziale e del tutto ignaro di tale orientamento; nell'ambito dei provvedimenti arbitrari si sono ricondotti anche quelli frutto di un errore macroscopico, per inescusabile ignoranza di una norma di legge; c) **gravemente erroneo** nella ricostruzione del fatto si è considerato il provvedimento emesso sulla base di una ricostruzione

del fatto completamente e senza giustificato motivo ignara di una prova incontestabilmente presente (travisamento del fatto).

In tale categoria sono stati fatti rientrare i casi di omesso compimento di attività dovute per legge, quali l'omesso interrogatorio dell'indagato che gliene aveva fatto richiesta, o l'omesso compimento di atti di indagine richiesti dal G.I.P. e la ritardata iscrizione nel registro degli indagati.

Nel sistema vigente, preoccupazioni particolari sono state espresse da una parte del *Corpus* giudiziario in relazione alle norme che sanzionano i comportamenti scorretti nell'esercizio dell'attività giurisdizionale e gli errori di diritto e nella ricostruzione del fatto. Si è, ad esempio, contestato che il comportamento abitualmente o gravemente scorretto di cui alla lett. d) del primo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 possa essere individuato nell'ambito di un provvedimento giurisdizionale reso dal magistrato; parimenti, si è contestato che le fattispecie in qualche modo riconducibili alla tematica dell'atto abnorme (lett. g), h), l), m), cc), ff), gg) possano comprendere anche situazioni che esulano dal concetto di abnormità elaborato dalla dottrina in sede di valutazione di atti processuali (istituto, come noto, distinto dalle mere nullità processuali).

La giurisprudenza formatasi in sede disciplinare invece, già nel vigore dell'abrogato art. 18 r.dlg. n. 511/46, aveva ampliato il concetto della c.d. abnormità deontologica, sino a ricomprendervi anche i comportamenti di magistrati strettamente collegati all'attività giurisdizionale al punto da

estrinsecarsi proprio nel compimento di uno o più atti processuali (sentenze, ordinanze, decreti o altro).

Nella disciplina attuale rientrano negli illeciti funzionali per violazione del dovere di diligenza e laboriosità:

- La **grave** violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza **inescusabile** (art. 2, comma 1, **lett. g**); il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile (art. 2, primo comma, **lett. h**). In tali casi non trova applicazione, per espressa esclusione normativa, il comma 2 del citato art. 2, che prevede come “l’attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”.

La novità principale é data dall’assoluta mancanza che ricorra la concreta lesione del prestigio dell’ordine giudiziario; tuttavia, proprio i parametri della *gravità* della violazione e della colpa, previsti dalle disposizioni in esame, inducono a ritenere che la giurisprudenza della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura continua, conseguentemente a percorrere, talvolta semplificandoli, i percorsi motivazionali utilizzanti nel passato per la pronuncia sulle imputazioni legate alle macroscopiche violazioni di legge o alla abnormità dei provvedimenti commessi dal magistrato con i propri atti o le proprie attività giurisdizionali.

- L’emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai

quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione é richiesta dalla legge (art. 2, comma 1, **lett. l**). Talora le norme di legge prevedono espressamente l'obbligo della motivazione (esempio in materia di intercettazioni). Alla mancanza di motivazione é equiparata la motivazione apparente. Inoltre, é stata ritenuta illegittimo disciplinare una motivazione macroscopicamente inadeguata, nei provvedimenti in materia civile, se l'insufficienza sia tale da rendere l'iter logico seguito dal giudice del tutto incomprensibile⁶⁰.

- l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali (art. 2, comma 1, **lett. m**); adozione di provvedimenti non previsti dalle norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza (art. 2, comma 1, **lett. ff**). In tali casi si deve trattare di condotte del magistrato che si concretizzano in provvedimenti, posti in essere a causa di negligenza grave e inescusabile, con la precisazione che nell'ipotesi di cui alla lett. m) il provvedimento deve avere causato la lesione di diritti personali o, in modo rilevante, di diritti patrimoniali.

⁶⁰ Sez. Disc. 21 aprile 2008, n. 40: “*configura illegittimo disciplinare la condotta del giudice civile che, nell'ambito di un processo avente ad oggetto un sinistro stradale che ha dato causa al decesso di un soggetto, a causa di numerosi rinvii di udienza e ritardi nella trattazione, nello scioglimento di riservate e nel deposito delle motivazioni della sentenza ponga fine al processo trascorsi otto anni depositando una sentenza molto sintetica e superficiale nell'affrontare le problematiche giuridiche, in sostanza immotivata e poco comprensibile, a prescindere dal merito delle decisioni, oggetto di trattazione nel processo di appello. In tal modo infatti oltre alla violazione dei doveri di diligenza e laboriosità vengono disattesi i diritti delle parti che, a fronte di diritti personali e rilevanti diritti patrimoniali, risultano destinatari di provvedimento, immotivato e incomprensibile, sicché ne risulta scalfita l'immagine ed il prestigio del magistrato e dell'intero ordine giudiziario in ragione della gravità della condotta che si é prestata, per tempi e modalità, a sospetti di parzialità*”.

- Emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale, fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave e inescusabile (art. 2, comma 1, **lett. gg**). La colpa deve essere grave per rilevare ai fini della configurabilità dell'illecito. Non sembra rientrare in tale previsione il caso dell'omessa scarcerazione per decorrenza dei termini, inquadrabile piuttosto nella fattispecie di cui alla lett. q).

Come si vede, accanto ad una fattispecie tipica più propriamente riconducibile alla categoria dell'atto abnorme (lett. ff), vi sono fattispecie tipiche attinenti più genericamente agli errori di diritto (o nella ricostruzione del fatto) che si trovano tra loro in rapporto di specialità o di specialità reciproca e che sono caratterizzate dal comun denominatore della grave violazione di legge, determinata (quanto meno) da errore inescusabile.

La giurisprudenza formatasi in relazione a queste nuove fattispecie tipiche, per larga parte riprende orientamenti già pacifici nel sistema abrogato. Così, si è ribadito che il giudizio disciplinare non è la sede della disamina processuale di un provvedimento giudiziario, ma la garanzia dell'art. 101 Cost. non significa che il magistrato non possa essere giudicato per violazioni deontologiche comunque connesse all'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Si è anche ribadito che, ai fini della sussistenza della responsabilità disciplinare a carico di magistrati che sia riferibile ad addebiti riconducibili

alla loro attività giurisdizionale deve valutarsi la condotta complessivamente tenuta dal magistrato nella vicenda, cioè il suo **impegno intellettuale e morale** congiuntamente alla sua dedizione alla funzione giudicante svolta, che deve essere sempre esercitata rispettando i doveri d'ufficio e, quindi, nel rispetto dei diritti delle parti. L'insindacabilità in ambito disciplinare dei provvedimenti giurisdizionali e delle interpretazioni adottate esclude, infatti, che la loro inesattezza tecnico-giuridica possa di per sé sola configurare l'illecito disciplinare del magistrato, ma non quando essa sia la conseguenza di una grave negligenza e di una mancanza di ponderazione degli effetti del provvedimento, estranei alle logiche ed alle finalità della giurisdizione (che sono quelle di valutare adeguatamente ed autonomamente la fattispecie prospettata e dare conseguentemente una risposta conforme alle regole processuali e sostanziali) e sia indice di un comportamento arbitrario, con conseguente rischio di compromissione del prestigio dell'Ordine giudiziario.

Per stabilire allora se ricorra la responsabilità disciplinare dell'incolpato è necessario e sufficiente accertare se il provvedimento costituisca un sintomo di grave negligenza e di inammissibile imperizia del magistrato, come tale suscettibile anche di quella negativa incidenza sull'indicato prestigio dell'Ordine giudiziario.

Il concetto di provvedimento abnorme, sotto il profilo non processuale ma deontologico e disciplinare, viene pertanto in rilievo, non solo quando esso si pone del tutto al di fuori di ogni schema giuridico e processuale, ma ogni qualvolta esso sia stato emesso in violazione di legge, sulla base di un

errore macroscopico o di una grave ed inescusabile negligenza, ipotesi in cui viene ad assumere rilevanza disciplinare, appunto, non già il risultato dell'attività giurisdizionale, ma il comportamento deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nella sua funzione istituzionale.

Conformi a questi principi sono, costantemente, le decisioni della Sezione disciplinare che, ritenendo ipotesi di condotte negligenti di magistrati in sede giurisdizionale, hanno configurato l'ipotesi di illecito disciplinare di cui all'art. 2, lett. g) d.lgs. n. 109/2006, o altre analoghe; parimenti conformi sono anche quelle decisioni che, pur ritenendo le condotte negligenti, non hanno configurato la fattispecie oggi tipizzata dell'illecito (o quella atipica preesistente) per il solo motivo della mancanza del requisito della *"inescusabilità"* della negligenza stessa.

Ne consegue che in questi casi non viene intaccato il principio di cui all'art. 2, secondo comma, del d.lgs. n. 109/2006 secondo cui *"... l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare"*. Quando ci si trova di fronte ad un provvedimento che, indipendentemente dalle sue possibili sorti processuali, è conseguenza di un comportamento negligente, grave ed inescusabile al punto che non è dato apprezzare motivazione alcuna e non vi è alcuna corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, gravemente disattendendo con ciò le effettive esigenze di giustizia, il limite del secondo comma dell'art. 2 (che opera "Fermo restando quanto previsto dal comma 1, lett. g), h), i), l), m), n), o), p), cc) e ff)...") può dirsi superato, ben potendosi configurare la fattispecie tipica di cui al primo comma della medesima norma. Se così non fosse, il sistema disciplinare,

nel nome dell'equivoco su una malintesa insindacabilità dell'atto giurisdizionale, consentirebbe a magistrati gravemente negligenti di tenere qualsivoglia comportamento deontologicamente non corretto senza essere adeguatamente sanzionati.

In questi casi, **il requisito della gravità della scorrettezza o, comunque, del comportamento negligente**, deve essere correlato non tanto e non solo in riferimento alla rilevanza dell'errore nell'approccio giurisdizionale ed al "peso" che il provvedimento *de quo* ha in ipotesi avuto nella vicenda giudiziaria sottostante, quanto in riferimento proprio al comportamento dell'incolpato ed alla sua rilevanza in termini di disvalore deontologico, che diviene particolarmente apprezzabile in quanto espressione, appunto, della violazione di doveri fondamentali di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006, quali la correttezza nei rapporti con le parti istanti o con altri soggetti processuali, con gli avvocati difensori o con altri colleghi, e la diligenza, che impone sempre un'adeguata verifica dei presupposti di fatto e di diritto che consentono di emettere un provvedimento giurisdizionale.

Quanto al requisito dell'inescusabilità, esso deve essere pure correlato all'impossibilità di giustificare il comportamento del magistrato in relazione all'esigibilità della sua condotta nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, con riferimento agli stessi parametri di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006 (correttezza, diligenza, riserbo e altro).

In buona sintesi, è possibile estrapolare dalle fattispecie tipiche che attengono all'attività giurisdizionale del magistrato un principio generale

di diritto: l'errore nell'interpretazione ed applicazione della legge non è censurabile salvo che non sia grave e dovuto a negligenza inescusabile.

Sin qui, l'orientamento giurisprudenziale della Sezione disciplinare, del tutto condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, può dirsi un dato acquisito nell'ordinamento, che si ricollega direttamente alla giurisprudenza formatasi nel sistema abrogato.

Con la sola novità di ritenere la violazione di legge rilevante sul piano deontologico anche in ipotesi di provvedimenti con motivazione che, ancorché sovrabbondante - in quanto costituita dall'integrale riproduzione di relazioni, verbali di interrogatorio, articoli di stampa ed altro – si riveli sostanzialmente apparente ed incomprensibile per l'assenza totale di vaglio critico delle fonti di prova riprodotte con la nota tecnica del copia-incolla; nonché, di provvedimenti “eccedenti i limiti della proporzionalità rispetto al fine” in quanto produttivi di effetti giuridici eccessivamente lesivi dei diritti altrui o addirittura vietati, o contenenti riferimenti inutili a soggetti estranei al procedimento e perciò lesivi del loro diritto alla privacy e della loro reputazione.

Questi principi hanno trovato definitiva consacrazione, recentemente, nella pronuncia delle Sezioni Unite che ha definitivamente posto fine alla nota vicenda del sequestro e perquisizione disposti dai pubblici ministeri della Procura della Repubblica di Salerno nei confronti dei loro colleghi della Procura Generale di Catanzaro⁶¹.

⁶¹Cass., sez. un., 24 settembre 2010 n. 20159, dalla quale sono state estrapolate ben sei massime, tra cui si distingue la prima, che ha dato definitivo ingresso nell'ordinamento al concetto di abnormità

Nell'ultima fase del quadriennio trascorso, tuttavia, la Sezione disciplinare ha tentato di ampliare il concetto di inescusabilità dell'errore, estendendolo in modo da ricomprendervi anche ipotesi di errore che in passato erano rimaste confinate nell'ambito dell'incensurabilità.

In una prima decisione (che ha applicato l'art. 18 r.d.lg. n. 511/46, norma in genere ritenuta più favorevole di quelle vigenti), l'illecito disciplinare si è fatto dipendere dall'errore di aver valorizzato nel provvedimento solo gli elementi che sostenevano il provvedimento di concessione della semilibertà senza adeguata verifica degli altri elementi, desumibili in parte dall'efferatezza dei reati per i quali il detenuto era stato condannato, in parte da episodi verificatisi durante la detenzione e dalle relative valutazioni contenute nelle relazioni di servizio ed in provvedimenti precedentemente emessi⁶².

Il fulcro di questo orientamento evolutivo, che in questo caso ha trovato pieno riscontro in sede di legittimità⁶³, è costituito dal fatto che i giudici incolpati non avevano considerato, in motivazione, elementi di fatto che

deontologica, che si affianca e si aggiunge al concetto di abnormità processuale (“*L’insindacabilità del provvedimento giurisdizionale viene meno nei casi in cui il provvedimento sia abnorme, in quanto al di fuori di ogni schema processuale, ovvero sia stato adottato sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza, nel qual caso l’intervento disciplinare ha per oggetto non già il risultato dell’attività giurisdizionale ma il comportamento deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nell’esercizio della sua funzione*”).

⁶²CSM, sez. disc., 14 marzo 2008 n. 21, in fattispecie relativa al noto caso Izzo, già autore degli efferati crimini del Circeo che, posto nel regime di semilibertà, ha poi commesso altri omicidi.

⁶³Cass., sez. un., 17 febbraio 2009 n. 3759. Anche in questo caso, la Corte ha sottolineato come non si sia trattato di un sindacato sulla correttezza in sé del provvedimento emesso, ma al contrario di un sindacato sul comportamento negligente dei magistrati che hanno emesso il provvedimento, che può essere sanzionato ogni qualvolta sia il frutto di scarso impegno e ponderazione, o di approssimazione e limitata diligenza.

avrebbero potuto in ipotesi condurre ad una diversa decisione e che avevano l'obbligo di considerare; di qui, l'esercizio di una interpretazione non conforme ai protocolli della professione magistratuale e, quindi, la violazione del dovere di diligenza.

Nel solco di questo orientamento evolutivo, sempre in relazione al sindacato di un'interpretazione non conforme ai protocolli della professione magistratuale, la Sezione disciplinare ha adottato altra decisione in cui non ha negato al giudice il potere di discostarsi, nell'interpretazione della legge, dagli orientamenti consolidati della giurisprudenza, anche di legittimità, ma ha riaffermato il principio dell'obbligo di esternare, in motivazione, le ragioni della diversa scelta giurisprudenziale. In altre parole, la diversa ed originale opzione interpretativa deve essere sorretta da una motivazione non solo plausibile, ma anche consapevole dei diversi orientamenti. Il magistrato che dissente ha l'obbligo, anzitutto deontologico, di esprimere consapevolezza dell'opinione che non condivide e, dunque, delle ragioni per le quali ritiene di andare di avviso contrario. Deve trattarsi, in definitiva, di una scelta interpretativa autentica e non apparente, che dia conto di un'effettiva riflessione del magistrato sulla decisione adottata⁶⁴.

⁶⁴V. CSM, sez. disc., 29 settembre 2009 n. 122, in fattispecie in cui un PM era chiamato a rispondere della violazione della lett. g) art. 2, d.lgs. n. 109/2006 perché, dopo il rigetto dell'istanza di proroga delle indagini preliminari a carico di magistrati di altro distretto e la conseguente archiviazione, aveva iniziato per i medesimi fatti procedimento penale a carico di ignoti, in tal modo, per un verso, eludendo il provvedimento del gip che aveva negato la proroga delle indagini e, per altro verso, utilizzando la disposizione di cui all'art. 11 c.p.p. per indagare su fatti che le ordinarie regole procedurali sulla competenza avrebbero assegnato ad altro ufficio.

L'annullamento di questa sentenza in sede di legittimità dimostra come la Corte di cassazione stenti ad accettare definitivamente questa nuova prospettiva, ribadendo il principio che esclude la responsabilità disciplinare in tutti i casi di scelta plausibile, pur se non sorretta da adeguata motivazione.

Vero è che l'innovativo orientamento della Sezione disciplinare, pur discostandosi dai più rigidi e garantisti criteri in tema di responsabilità civile dello Stato e del magistrato per i danni prodotti da errore giudiziario, si avvicina agli orientamenti della Corte di Giustizia e della Corte Europea per i diritti dell'uomo (CEDU), i quali pongono un generale dovere per gli Stati di assicurarne la tutela con tutti i mezzi, anche sul piano procedimentale⁶⁵.

Da ultimo, va segnalato il più recente orientamento della Sezione disciplinare (quadriennio 2010/2014), che, dopo aver premesso che la fattispecie di cui alla lett. m) del cit. art. 2 si pone in rapporto di specialità tanto con la fattispecie di cui alla lett. g), tanto con la fattispecie di cui alla lett. a), ha ritenuto che **il provvedimento giurisdizionale illegittimo sia sindacabile soltanto quando abbia leso diritti personali o, in misura rilevanti, diritti patrimoniali.**

⁶⁵CEDU, 15 dicembre 2009 (Maiorano e altri c. Italia), in fattispecie legata proprio agli omicidi commessi da Izzo durante il periodo di semilibertà, in cui la Corte ha ribadito la manifesta insufficienza dell'azione disciplinare condotta contro i magistrati del tribunale di sorveglianza che avevano concesso la semilibertà solo su alcuni profili della negligenza e non su altri; v. anche CEDU 17 gennaio 2002 (Calvelli, Giglio c. Italia) con riferimento ad un caso di malasania.

Si prosegue nell'esame delle disposizioni relative agli illeciti funzionali per violazione del dovere di diligenza e laboriosità:

- La reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti (art. 2, comma 1, **lett. n**). È stato ritenuto integrare tale ipotesi il caso del pubblico ministero che abbia trasmesso ad altro ufficio di procura il fascicolo, dopo la revoca dell'assegnazione⁶⁶.
- L'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti (art. 2, comma 1, **lett. o**).

Gli altri cui fa riferimento la disposizione possono essere collaboratori del giudice (ad esempio, cancellieri), soggetti estranei all'amministrazione della giustizia, ma anche altri magistrati.

A proposito dell'affidamento al cancelliere del compito di redigere la sentenza, la Sezione disciplinare ha escluso che lo stesso integri un illecito, «ove il magistrato operi il necessario controllo sul contenuto e la forma degli atti redatti materialmente da altri prima di sottoscriverli. Si tratta di una modalità organizzativa che consente al magistrato di emettere un numero di provvedimenti superiore a quello che sarebbe in grado di predisporre personalmente ed è una prassi (...) del tutto, conforme a legge (tanto che in molti uffici le best practices che hanno consentito di incrementare l'efficienza operano proprio attraverso una moltiplicazione dei soggetti incaricati di

⁶⁶ Sez. Disc. 18 gennaio 2008, n. 3: “*costituisce illecito disciplinare la condotta del magistrato che, dopo una intervenuta revoca dell'assegnazione del fascicolo da parte del procuratore della Repubblica ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 20 febbraio 2006 n. 106 a causa di contrasti o comunque scarsa collaborazione tra i coassegnatari, trasmette gli atti del procedimenti di cui trattasi ad altro ufficio ritenendo sussistere la competenza dello stesso*”.

predispone le bozze dei provvedimenti) purché il magistrato conservi il controllo sul contenuto degli atti e sulla loro forma»⁶⁷.

È assolutamente necessario, pertanto, che il magistrato non faccia mai mancare il proprio controllo sul contenuto dei provvedimenti, per la cui stesura si sia avvalso di collaboratori.

Del resto, l'illecito previsto dalla lettera o) citata postula un atto volontario da parte del magistrato (l'affidamento, appunto), che integra un evidente *quid pluris* rispetto ad una mera condotta omissiva.

Proprio tale atto volontaristico costituisce, in una certa misura, una violazione di alcuni dei doveri del magistrato previsti dall'art. 1 d.lgs. n. 109/2006 ed, in particolare, dei doveri di diligenza, laboriosità ed eventualmente di correttezza e riserbo.

- L'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità (art. 2, comma 1, **lett. p**).

Tale disposizione va posta in relazione all'abrogazione (per effetto della riforma del 2006) dell'art. 12 r.d. n. 12/1941, ove si disponeva che «il magistrato ha l'obbligo di risiedere stabilmente nel comune ove ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale esercita le sue funzioni e non può assentarsene senza autorizzazione dei superiori gerarchici ...».

⁶⁷ CSM 13 aprile 2011, n. 59.

Si tratta di una contraddizione solo apparente, posto che la nuova disciplina subordina la configurabilità dell'illecito alla violazione dei doveri di diligenza e laboriosità, laddove l'art. 12 abr. inquadra l'obbligo di residenza come assoluto.

- Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto (art. 2, comma 1, **lett. q**).

Si presume non grave, salvo che sia diversamente ritenuto, un ritardo che non superi il triplo del termine assegnato dalla legge per il compimento di un determinato atto. Ai fini della configurabilità dell'illecito di cui alla lett. q) si richiede la reiterazione; **ma il ritardo di un singolo atto potrebbe rilevare ai sensi della lett. a)**. La reiterazione comporta non già la *sistematicità* del ritardo, “*quasi ad evocare una professionalità dell'illecito, pur occorrendo che si tratti di reiterazioni significative, tali da far apparire abituale la violazione dei termini previsti dalla legge. E ai fini di un tale accertamento risulterà determinante il rapporto tra l'arco di tempo considerato ed il numero di condotte reiterate, perché le frequenza é certamente il principale indice di abitualità*”⁶⁸

Il ritardo deve essere ingiustificato. Secondo il citato orientamento, “*l'eventuale giustificazione non può essere esterna alla fattispecie, come avviene quando un fatto, corrispondente alla fattispecie*

⁶⁸

Sez. Disc. 11 marzo 2011, n. 72.

illecita, risulti in concreto privo di anti giuridicità per il concorso di una causa tipica di giustificazione, come lo stato di necessità di cui all'articolo 54 codice penale o l'esercizio di un diritto come all'articolo 51 codice penale. Quella prevista dall'articolo 2, comma 1, lettera q) decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109 è infatti un'ipotesi di anti giuridicità speciale, interna alla stessa fattispecie tipica, come per gli illeciti penali avviene quando è la stessa norma incriminatrice ad esigere che il fatto venga commesso abusivamente, arbitrariamente o illegittimamente. E dunque risultano rilevanti tutte le situazioni idonee ad escludere che il ritardo sia dovuto ad un'effettiva violazione dei doveri del magistrato. Deve trattarsi perciò di circostanze che risultino in rapporto di causalità specifica con il ritardo, come le udienze tenute nell'arco di tempo considerato o l'impegno straordinario in processi di eccezionale importanza. Non è sufficiente la considerazione per la laboriosità personale del magistrato, perché non si tratta di valutare la persona ma comportamenti determinati. Lo stesso numero di processi di cui il magistrato è assegnatario non rileva di per sé, se non se ne dimostri l'incidenza specifica sui tempi disponibili per il compimento degli atti in discussione. Ed in tale situazione non può essere riconosciuta efficacia scriminante, come detto, alle condizioni di lavoro o a motivi di natura personale. Tale principio, affermato già in applicazione dell'art. 18 del R.d.l. 511/46, a norma del quale la lesione del prestigio della magistratura o della credibilità del magistrato è elemento costitutivo dell'illecito (tra le molte SS.UU. 4 ottobre 2005 n. 19347), a maggior ragione deve trovare applicazione nel sistema

*attuale, che prevede il ritardo nel deposito dei provvedimenti tra gli illeciti tipizzati*⁶⁹.

É stato, inoltre, ritenuto che non può valere ad escludere l'illecito in questione per il magistrato neppure *“l'affermazione dell'incolpato che avrebbe concentrato la sua attenzione sul momento della decisione, prendendo in decisione anche processi per i quali egli sapeva che non avrebbe potuto provvedere in tempo, piuttosto che su quello della redazione dei provvedimenti”*⁷⁰.

In sostanza, l'illecito appare configurabile ogni qualvolta il ritardo abbia superato la soglia di ragionevolezza, sì da tramutarsi in un'ipotesi di denegata giustizia.

- Il sottrarsi in modo abituale ed ingiustificato all'attività di servizio (art. 2, comma 1, **lett. r**). Tra queste attività rientrano anche quelle connesse agli incarichi di componente delle commissioni di esame per l'iscrizione all'albo degli avvocati, quella di coordinatore del tirocinio dei magistrati neo nominati, quella di referente per l'informatica e quella di componente del Consiglio Giudiziario.
- Per il dirigente dell'ufficio o il presidente di una sezione o il presidente di un collegio, l'omettere di assegnarsi affari e di redigere i relativi provvedimenti (art. 2, comma 1, **lett. s**).
- L'inosservanza dell'obbligo di rendersi reperibile per esigenze di ufficio quando esso sia imposto dalla legge o da disposizione legittima dell'organo competente. (art. 2, comma 1, **lett. t**).

⁶⁹ Sez. Disc. 11 marzo 2011, n. 72.

⁷⁰ Sez. Disc. 11 marzo 2011, n. 72.

- L'omissione da parte del dirigente dell'ufficio e del presidente di una sezione o di un collegio della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio (art. 2, comma 1, **lett. dd**).

4.1.4) Gli illeciti funzionali in violazione del dovere di riserbo.

Tra i doveri indicati dall'art. 1 d.lgs. n. 109/2006 figura anche il dovere di riserbo.

Si tratta di uno dei doveri maggiormente caratterizzanti la condotta dei magistrati e, in quanto tale, meritevole di particolare approfondimento.

Il dovere di riserbo impone discrezione e prudenza nell'esprimere i propri pensieri o nel manifestare le proprie opinioni.

Tale concetto è stato identificato in un'accezione più ampia rispetto alla mera riservatezza, elemento più ricorrente nello strumentario del giurista (si pensi al c.d. diritto alla riservatezza), assurgendo il primo alla stregua di un vero e proprio abito mentale, cui il magistrato è tenuto, in qualche misura, ad ispirare il proprio comportamento.

Tra le condotte sanzionate sotto la vigenza del precedente sistema sono state individuate quelle relative: *“a) le esternazioni sulla condotta di altri magistrati ancorché non appartenenti all'ufficio del dichiarante; b) la divulgazione di parti della motivazione di una sentenza prima del deposito della stessa; c) le dichiarazioni agli organi di stampa circa i particolari riservati (ma non segreti) delle indagini in corso tranne nei casi in cui*

esse siano funzionali ad una corretta informazione; d) le comunicazioni lesive del prestigio della magistratura o di singoli magistrati e, più in generale, delle istituzioni pubbliche quando espresse con toni particolarmente accesi e sostanzialmente diffamatori piuttosto che con le forme proprie di una critica anche accesa e virulenta”⁷¹.

Nel nuovo sistema sono inquadrabili nella violazione del dovere di riserbo le seguenti condotte:

- La divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimenti coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando é idonea a ledere indebitamente diritti altrui (art. 2, comma 1, **lett. u**).

In tale disposizione, pertanto, rileva la violazione del dovere di riservatezza (e non già di riserbo alla stregua dell'art. 1), il che autorizza a ritenere, sempre alla luce del distinguo sopra richiamato, che ad essere sanzionate siano soltanto le (più gravi) violazioni del dovere di riservatezza. In ossequio a tale prospettiva, il riserbo costituirebbe un dovere deontologico, mentre soltanto la violazione del dovere di riservatezza costituirebbe illecito disciplinare.

Al di là della previsione di cui alla lettera u) cit., il dovere di riserbo-riservatezza può trovare applicazione nelle manifestazioni estranee

⁷¹ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 223.

all'esercizio delle funzioni, in relazione a condotte della vita privata del magistrato⁷².

Come si è già avuto modo di osservare sopra, in relazione ad altre fattispecie, un'applicazione troppo restrittiva del dovere di riserbo in relazione alla vita privata del magistrato (come nel vigore dell'art. 18 abr. r.d. n. 511/1946) riceverebbe oggi una sicura attenuazione, alla luce del mutato contesto socio-culturale⁷³.

Come già verificato in relazione ad altri doveri di comportamento, il dovere di riserbo pone qualche questione di bilanciamento con (altri) valori costituzionalmente garantiti e, segnatamente, con la libertà di manifestazione del pensiero. La Consulta aveva ritenuto non fondata

⁷² La 1. n. 269/2009 ha, inoltre, abrogato l'art. 2, co. 1, lett. bb) e l'art. 3, lett. f) e 1) d.lgs. n. 109/2006, aventi rispettivamente ad oggetto «il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura»; «la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine a un procedimento in corso quando, per la posizione del magistrato o per le modalità con cui il giudizio è espresso, sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo»; «ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza».

⁷³ Si segnalano, in tal senso, alcune massime del periodo precedente. Si vedano, ex multis, CSM, 4 luglio 1964, in proc. n. 74 («il comportamento del magistrato, il quale mantenga una relazione intima con una donna, frequentandone assiduamente la casa e facendosi notare quasi quotidianamente con lei nella propria automobile - sì da ingenerare sfavorevoli e facili illazioni nell'opinione pubblica - non è consono ai doveri di un appartenente all'ordine giudiziario e pertanto costituisce illecito disciplinare»); CSM, 20 ottobre 1962, in proc. n. 19 («commette illecito disciplinare il magistrato il quale abbia numerose volte frequentato un casinò municipale sito nel territorio del mandamento di cui era pretore, qualificandosi per avvocato ed ottenendo così la relativa tessera d'ingresso»); CSM, 5 febbraio 1965, in proc. n. 85 («il fatto che un magistrato si faccia notare in stato di ebbrezza per le strade del luogo dove è unico pretore e frequenti dei bar fino a tarda notte, menoma in modo rilevante la fiducia e la considerazione di cui un giudice deve godere, ed è tale da compromettere gravemente il prestigio dell'ordine giudiziario»); CSM, 8 maggio 1965, in proc. n. 82 («commette illecito disciplinare il magistrato che intraprenda una relazione amorosa con l'amanuense addetta all'ufficio e mantenga tale relazione anche dopo il licenziamento della donna»); CSM, 14 luglio 1962, in proc. n. 36 («commette illecito disciplinare il magistrato che, nel luogo ove esercita le sue funzioni, pur essendo coniugato con figli, tenga una relazione amorosa con una ragazza diciottenne, con la quale pernotti anche in un pubblico esercizio ed usi incontrarsi con lei quasi quotidianamente in un vicino comune, così da trascurare gravemente il servizio e da suscitare pubblico scandalo e generale riprovazione»).

la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 r.d. n. 511/1946 (che già conteneva il richiamo al dovere di riserbo oggi contenuto nell'art. 1 d.lgs. n. 109/2006) in relazione all'art. 21 Cost., precisando che il primo non determina alcuna illegittima compressione della seconda, ma solo il divieto di un suo abuso⁷⁴.

Il CSM, nell'esercizio della propria attività regolamentare, ha avuto, poi, modo di offrire una definizione compiuta del dovere di riserbo nei seguenti termini: «... la discrezione e la prudenza non solo nell'esprimere ma anche nel far percepire i propri sentimenti e le proprie opinioni, sicché si possa dubitare delle doti di indipendenza e di imparzialità, danneggiando la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione»⁷⁵.

Tale definizione scolpisce il concetto di riserbo in termini negativi, ossia facendo richiamo ai limiti entro i quali deve muoversi la condotta del giudice, ispirata comunque ai valori (si potrebbe dire, alle virtù) della discrezione e della prudenza.

Ancora una volta emerge il riferimento alla pubblica opinione, quanto mai urgente nella società contemporanea, vista l'eco mediatica di numerosi processi, che, tuttavia, non identifica giammai i doveri del magistrato con aspetti meramente esteriori, ma ne fortifica il senso nella duplice accezione di forma e sostanza (si veda quanto osservato in precedenza circa la c.d. apparenza di imparzialità).

⁷⁴Cfr. C. cost., sent. n. 100/1981

⁷⁵ CSM, delibera 14 settembre 2001

Nella definizione sopra riportata si evidenzia, altresì, il carattere funzionale del dovere di riserbo rispetto alle prerogative indipendenza ed imparzialità alle quali deve necessariamente informarsi l'esercizio della funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento.

Tale rilievo vale anche per gli altri doveri espressi dall'art. 1 d.l. s. n. 109/2006, concorrendo ciascuno di essi a definire un corretto esercizio della funzione giurisdizionale, coerente con i principi dettati in materia dalla Costituzione.

- Le pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimenti non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106⁷⁶ (art. 2, comma 1, **lett. v**).
- Il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali

⁷⁶ **Art. 5. Rapporti con gli organi di informazione**

1. Il procuratore della Repubblica mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione.

2. Ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento.

3. E' fatto divieto ai magistrati della procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio.

4. Il procuratore della Repubblica ha l'obbligo di segnalare al consiglio giudiziario, per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto col divieto fissato al comma 3.

riservati o privilegiati (art. 2, comma 1, **lett. aa**).

Un'ulteriore limitazione dei diritti del magistrato può registrarsi in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero.

Anche in questo caso, prima dell'avvento della disciplina del 2006, in assenza di una puntuale tipizzazione degli illeciti, sussisteva incertezza in ordine all'equilibrio tra diritti di libertà e tutela dell'indipendenza-imparzialità e, comunque, le limitazioni elaborate dalla giurisprudenza destavano qualche perplessità in relazione all'indeterminatezza normativa.

Era affidata, pertanto, alla valutazione caso per caso l'individuazione delle condotte disciplinarmente rilevanti aventi ad oggetto l'esternazione di opinioni (ad esempio, in quanto organi pubblici o soggetti privati) da parte dei magistrati.

Nel quadro dell'attuale normativa, invece, rispondono a tale obiettivo le disposizioni di cui all'art. 2, co. 1, lett. u), v) e aa) d.lgs. n. 109/2006, aventi rispettivamente ad oggetto «la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui»; «pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto

legislativo 20 febbraio 2006, n. 106⁷⁷» e «il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati».

Si tratta di previsioni tese a limitare la sovraesposizione e il protagonismo mediatici dei magistrati, da ritenersi quanto mai opportune nell'era della comunicazione di massa.

La previsione di cui alla lettera aa) cit., peraltro, potrebbe trovare applicazione per censurare un uso disinvolto e smodato dei social network, nel frattempo invalsi nell'uso corrente.

Nel medesimo solco si inseriva la lettera bb) dello stesso articolo, avente ad oggetto «il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura», abrogata poi dall'art. 1, co. 3 l. n. 269/2006.

4.1.5) Gli illeciti funzionali in violazione del dovere di fedeltà

Sotto la vigenza del precedente sistema, le uniche condanne hanno riguardato l'appartenenza di magistrati alla Massoneria, per violazione del dovere di fedeltà, sulla base di principi estrapolati dall'art. 18 del r.d.lgs. n. 511 del 1946.

Tuttavia la CEDU, con alcune decisioni, ha ritenuto che le incolpazioni applicate prima del marzo 1993 – epoca dalla quale é entrata in vigore una

⁷⁷«Ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento».

circolare del C.S.M. – non fossero fondate su una disposizione sufficientemente chiara e precisa, atteso che la norma di cui al citato art. 18 appariva troppo generica per giustificare un divieto alla libertà di associazione.

Nel nuovo sistema, viene individuata quale condotta in violazione del dovere di fedeltà il seguente comportamento:

- L'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo (art. 2, comma 1, **lett. cc)**).

4.2) Illeciti extrafunzionali

Si tratta di illeciti connessi alla condotta privata del magistrato che, per la posizione ricoperta, ha l'obbligo di *“astenersi nella vita privata da comportamenti che possano minare la sua credibilità ed in particolare la fiducia nella sua imparzialità”*⁷⁸.

Accanto agli illeciti funzionali di cui all'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 sommarariamente osservati nei paragrafi precedenti, la normativa vigente prevede una puntuale tipizzazione degli illeciti c.d. extrafunzionali, ossia quelli compiuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni, sostanzialmente ricognitiva delle ipotesi di illecito individuate nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Sezione disciplinare.

⁷⁸ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 265.

Questi ultimi sono disciplinati dall'art. 3 del medesimo decreto legislativo, che prevede un catalogo di condotte contraddistinte da un tasso di specificità ancora superiore rispetto a quelle di cui all'art. 2 cit..

Si tratta, in effetti, di condotte maggiormente dettagliate rispetto a quelle costituenti illeciti funzionali che, contrariamente alla disciplina previgente (r.d. n. 511/1946), attengono per lo più ad aspetti diversi dalla mera vita privata del magistrato, visto l'emergere, nella società e nel diritto positivo, di uno spirito laico in relazione alle vicende coniugali.

Le condotte sono previste dall'art. 3 del D.Lgs. n. 109 del 2006: si tratta, a ben vedere, di illeciti del tutto estranei alla sfera privata (leggi: domestica) del magistrato.

4.2.1) L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri (art. 3, comma 1, **lett. a**).

4.2.2) Il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato, o persona che a questi consta essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza o aver subito condanna per delitti non colposi alla pena della reclusione superiore a tre anni o essere sottoposto ad una misura di prevenzione, salvo che sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'intrattenere rapporti consapevoli di affari con una di tali persone (art. 3, comma 1, **lett. b**).

4.2.3) L'assunzione di incarichi extragiudiziari senza la prescritta autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura (art. 3, comma 1, **lett. c**).

Il catalogo delle attività consentite é previsto dall'art. 53 del testo unico sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui al d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, stabilendo che *“l'attribuzione degli incarichi é consentita nei soli casi espressamente previsti dalla legge o da altre fonti normative”* e, in ogni caso, per tutti gli *“incarichi retribuiti”*, con esclusione di quelli per i quali sono previsti compensi derivanti: **a)** dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili; **b)** dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali; **c)** dalla partecipazione a convegni e seminari; **d)** da incarichi per i quali é corrisposto solo il rimborso delle spese documentate; **e)** d incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente é posto in posizione di aspettativa, di comando o do fuori ruolo; **f)** da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita; **f-bis)** da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione.

Una delle ultime circolari del Consiglio superiore ha stabilito la necessità dell'autorizzazione, tra gli incarichi previsti da leggi speciali, solo per quelli conferiti *ex lege* esclusivamente a magistrati non specificamente individuati con designazione non disciplinata dalla legge, gli incarichi conferiti *ex lege* conferiti a magistrati considerati fungibili, quelli conferiti

sulla base di legge regionale e della legge delle province autonome di Trento e Bolzano.

4.2.4) Lo svolgimento di attività incompatibili con la funzione giudiziaria di cui all'articolo 16, comma 1, del regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12, e successive modificazioni (*assunzione di impieghi pubblici o privati o di commercio o di incarichi*), o di attività tali da recare concreto pregiudizio all'assolvimento dei doveri disciplinati dall'articolo 1 (art. 3, comma 1, **lett. d**).

4.2.5) L'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti agevolazioni, a condizione di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti (art. 3, comma 1, **lett. e**).

4.2.6) La partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie (art. 3, comma 1, **lett. g**).

4.2.7) L'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato (art. 3, comma 1, **lett. h**)

Un tema dibattuto inerente agli illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni è quello relativo alle limitazioni all'esercizio di diritti costituzionalmente sanciti in nome della tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità della funzione giurisdizionale.

In particolare, le lettere g) e h) dell'art. 3 d.lgs. n. 109/2006, come modificate per effetto della l. n. 269/2006, rispettivamente prevedono quali illeciti extrafunzionali «la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie» e «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato», che costituisce un evidente temperamento della versione originaria sul divieto di partecipazione a partiti e centri politici.

Si tratta di due limitazioni a diritti costituzionalmente riconosciuti (la libertà di associazione ex art. 18 Cost. e il diritto di associarsi in partiti politici ex art. 49 Cost.), che trovano la propria ragion d'essere nella tutela dell'interesse generale all'indipendenza e all'imparzialità della funzione giurisdizionale, parimenti riconosciuto dalla Carta (artt. 101, 102, 104, 24, 25).

La tipizzazione compiuta dal legislatore del 2006, anche in relazione agli illeciti cc.dd. extrafunzionali, ha consentito di superare l'impasse sistematica di cui al regime precedente, che rimetteva alla clausola aperta dell'art. 18 abr. r.d. n. 511/1946 (e al generico richiamo ivi formulato al prestigio dell'ordine giudiziario) l'aggancio logico-giuridico per sanzionare disciplinarmente tali condotte.

Difatti, prima dell'introduzione dell'art. 3 d.lgs. n. 109/2006, gli strumenti giuridici per sanzionare l'affiliazione ad associazioni segrete o l'iscrizione a partiti politici erano da ritenersi piuttosto deboli, vista e considerata la più volte osservata vaghezza dell'art. 18 cit. e non potendo, del resto, delle risoluzioni del CSM (cfr., in particolare, risoluzioni 22 marzo 1990 e 14 luglio 1993) assolvere al principio di legalità richiesto dalla materia disciplinare.

In quella fase era stata la giurisprudenza costituzionale ad avvalorare interpretazioni restrittive della libertà di associazione, sebbene in violazione del principio di legalità, non ostando espressamente a quel tempo alcuna disposizione di legge all'appartenenza dei giudici ad associazioni segrete e a partiti politici⁷⁹.

⁷⁹Cfr. C. cost., sent. n. 100/1981. Relativamente alla vicenda scaturita dalla scoperta, nel 1981, degli elenchi degli iscritti alla loggia "Propaganda due" (la c.d. P2), il CSM statuiva che l'art. 18 Cost. « è norma immediatamente precettiva, che richiede una legge di attuazione al fine di determinare - quando già non ricavabili dal sistema normativo vigente - le sanzioni derivanti dalla sua violazione. Ma, quanto alla disciplina dei magistrati, una norma del genere è del tutto superflua, non potendosi dubitare che, nel quadro delineato dall'art. 18, r.d. 31 maggio 1946, n. 511, rientri a pieno titolo, e con connotazione di speciale gravità, la condotta del magistrato che si ponga in contrasto con norme fondamentali della Costituzione» (CSM, 9 febbraio 1983, in proc. n. 57/81 e n. 4/82). «Commette illecito disciplinare il magistrato dell'ordine giudiziario che aderisce all'associazione segreta denominata loggia P2 nella piena consapevolezza della natura e dei fini del sodalizio, ovvero, ignorandoli per imprudenza e mancanza di cautela, non si è dissociato quando era diventato obiettivamente il carattere segreto dell'associazione stessa» (Cass., S.U., sent. n. 557/1985).

In questo senso, è da salutare senz'altro con favore l'innovazione apportata dal d.lgs. n. 109/2006, che ha consentito di censurare condotte idonee a minacciare l'indipendenza e l'imparzialità della funzione giurisdizionale.

Ed invero, l'affiliazione ad un'associazione segreta o anche l'iscrizione ad un partito politico, sia pure a livelli diversi, comportano per il magistrato associato dei doveri di fedeltà o di disciplina altri rispetto a quelli inerenti alla funzione e, anzi, potenzialmente suscettibili di condizionarne l'operato.

Basti pensare, a tal proposito, ai vincoli intensi di fedeltà alla causa determinati, ad esempio, dall'adesione alla massoneria, che ben potrebbero comportare in capo al magistrato associato l'assunzione di comportamenti di segno diverso rispetto a quelli ad esso richiesti dal corretto esercizio della funzione (si vedano, sul punto, le risoluzioni del CSM del 22 marzo 1990 e del 14 luglio 1993).

Gli argomenti costituzionali posti alla base della previsione dell'art. 3, lett. g), h) d.lgs, n. 109/2006 possono essere identificati nell'art. 18, co. 2 Cost. e nell'art. 98, co. 3 Cost.

Il primo fa riferimento al divieto di associazioni segrete, che si presume perseguano scopi illeciti o comunque non compatibili con un esercizio indipendente e imparziale della funzione giurisdizionale.

Il secondo fa riferimento, invece, alla possibilità di stabilire con legge limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati, i militari

di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero.

Alla luce di tali disposizioni, si può affermare che l'art. 3, lett. h) cit. risponda pienamente all'opzione prevista dall'art. 98, co. 3 Cost..

Vi è da aggiungere che nella previsione di cui alla lettera h) cit. si parla non solo di iscrizione, ma anche di partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici, nonché di coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato.

Si tratta, invero, di fattispecie ulteriori, che possono essere ricondotte nell'alveo dell'art. 98, co. 3 Cost. o comunque tali da determinare una limitazione del diritto di associazione del magistrato giustificabile in ragione della protezione dell'interesse generale all'indipendenza e all'imparzialità della funzione.

4.2.8) L'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretta a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste (art. 3, comma 1, **lett. i**).

Un'ulteriore disposizione, che, sia pure in via residuale, potrebbe trovare applicazione in una chiave di eventuale limitazione della libertà di manifestazione del pensiero è rappresentata dall'art. 3, lett. i) d.lgs. n.

109/2006, avente ad oggetto «l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste».

Si tratta di una disposizione dal contenuto invero piuttosto vago, che potrebbe fare riferimento proprio all'espressione di determinate opinioni lesive da parte del magistrato al di fuori dell'esercizio delle funzioni.

Gli illeciti sopra richiamati attengono prevalentemente alla sfera economica, piuttosto che a quella personale, il che evidenzia la nuova dimensione della rilevanza disciplinare delle condotte poste in essere al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, spogliata delle implicazioni morali di cui al regime previgente.

La motivazione giuridica di tale mutamento di rotta nell'individuazione degli illeciti risiede non tanto nella mutata sensibilità sociale sopra osservata, quanto nell'abrogazione dell'art. 18 r.d. n. 511/1946, recante il riferimento al prestigio dell'ordine giudiziario, originariamente al centro della materia disciplinare.

Era proprio il riferimento alla lesione del prestigio dell'ordine a giustificare la censura di condotte inerenti alla sfera privata dei magistrati, in ossequio a parametri allora invalsi nella giurisprudenza disciplinare, quali la dubbia moralità o la discutibilità sociale.

Per quanto concerne l'illecito di cui alla lettera b) dell'art. 3 cit., si segnala l'eventuale bilanciamento con valori costituzionali, in relazione agli artt. 29 ss. della Carta, nel caso in cui la frequentazione sia giustificata da

rapporti familiari. In questi casi, si deve ritenere che la frequentazione, trovando giustificazione in valori riconosciuti dall'ordinamento e non già in una mera relazione sociale, sia del tutto legittima. La frequentazione di cui alla disposizione citata deve, inoltre, connotarsi per il carattere dell'assiduità, mentre l'espressione « intrattenere rapporti consapevoli di affari» implica un rapporto continuativo inerente ad operazioni di una certa consistenza che eccedano le necessità della vita quotidiana.

4.3) Illeciti disciplinari conseguenti a reato

Sono previsti dall'art. 4 del d.lgs. n. 109 del 2006 con riferimento a quattro categorie di reati:

“a) i fatti per i quali e' intervenuta condanna irrevocabile o e' stata pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto doloso o preterintenzionale, quando la legge stabilisce la pena detentiva sola o congiunta alla pena pecuniaria;

b) i fatti per i quali e' intervenuta condanna irrevocabile o e' stata pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto colposo, alla pena della reclusione, sempre che presentino, per modalità e conseguenze, carattere di particolare gravità;

c) i fatti per i quali e' intervenuta condanna irrevocabile o e' stata pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, alla pena dell'arresto, sempre che presentino, per le modalità di esecuzione, carattere di particolare gravità;

d) qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato e' estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o proseguita.

4.4) La condotta disciplinarmente rilevante

La norma di cui all'art. **3-bis** del d.lgs. n. 109 del 2006 si riferisce solo agli illeciti funzionali ed extrafunzionali, come si ricava, tra l'altro, dal fatto di essere collocata prima dell'art. 4, che riguarda gli illeciti disciplinari conseguenti a reato.

La scarsa rilevanza del fatto deve essere considerata con riferimento a tutti gli aspetti, oggettivi e soggettivi, della condotta nonché agli effetti della stessa.

É stata ritenuta l'applicabilità della disposizione in ordine all'adozione di un provvedimento giudiziario affetto da errore riparabile con gli ordinari mezzi di impugnazione⁸⁰.

4.5) Le sanzioni

Le sanzioni disciplinari sono previste dall'**art. 5** del d.lgs. n. 109 del 2006 e sono costituite dall'ammonimento, dalla censura, dalla perdita di

⁸⁰ Sez. Disc. 9 novembre 2009 n. 153: *“Non configura illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, per grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, la condotta del magistrato che, nell'adozione di un provvedimento giudiziario, violi una disposizione il cui significato non possa essere superato da alcuna interpretazione, quando il suo errore sia perfettamente riparabile attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione e la vicenda non cagioni alcun effetto ulteriore a quello, appunto, di una impugnazione vincente, perché tali circostanze integrano gli estremi della scarsa rilevanza del fatto (nel caso di specie, l'incolpato aveva pronunciato una condanna al pagamento delle spese processuali in misura notevolmente superiore ai limiti fissati dalla legge)”*.

anzianità, dall'incapacità temporanea ad esercitare un ufficio direttivo o semidirettivo, dalla sospensione dalle funzioni, dalla rimozione.

La legge definisce il contenuto di ammonimento, censura, sospensione dalle funzioni e rimozione mentre per le altre due sanzioni il contenuto risulta evidente dalla stessa rubrica delle relative norme (artt. 6-11 del d.lgs. citato).

Art. 6. Ammonimento. – 1. *L'ammonimento è un richiamo, espresso nel dispositivo della decisione disciplinare, all'osservanza, da parte del magistrato, dei suoi doveri, in rapporto all'illecito commesso.*

Art. 7. Censura. – 1. *La censura è una dichiarazione formale di biasimo contenuta nel dispositivo della decisione disciplinare.*

Art. 8. Perdita dell'anzianità. – 1. *La perdita dell'anzianità non può essere inferiore a due mesi e non può superare i due anni.*

Art. 9. Temporanea incapacità ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo. – 1. *La temporanea incapacità ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo non può essere inferiore a sei mesi e non può superare i due anni. Se il magistrato svolge funzioni direttive o semidirettive, debbono essergli conferite di ufficio altre funzioni non direttive o semidirettive, corrispondenti alla sua qualifica. 2. Applicata la sanzione, il magistrato non può riprendere l'esercizio delle funzioni direttive o semidirettive presso l'ufficio ove le svolgeva anteriormente al provvedimento disciplinare.*

Art. 10. Sospensione dalle funzioni. – 1. *La sospensione dalle funzioni consiste nell’allontanamento dalle funzioni con la sospensione dallo stipendio e il collocamento del magistrato fuori dal*

ruolo organico della magistratura. 2. *Al magistrato sospeso è corrisposto un assegno alimentare pari ai due terzi dello stipendio e delle altre competenze di carattere continuativo, se il magistrato sta percependo il trattamento economico riservato alla prima o seconda o terza classe stipendiale; alla metà, se alla quarta o quinta classe; a un terzo, se alla sesta o settima classe.*

Art. 11. Rimozione. – 1. *La rimozione determina la cessazione del rapporto di servizio e viene attuata mediante decreto del Presidente della Repubblica.*

Lo stesso art. 5, al comma 2, precisa che “*quando per il concorso di più illeciti disciplinari si debbono irrogare più sanzioni di diversa gravità, si applica la sanzione prevista per l’infrazione più grave; quando più illeciti disciplinari, commessi in concorso tra loro, sono puniti con la medesima sanzione, si applica la sanzione immediatamente più grave. Nell’uno e nell’altro caso può essere applicata anche la sanzione meno grave se compatibile*”.

L’art. 12 precisa l’entità della sanzione applicabile in relazione a determinati illeciti (ad esempio per il reiterato e grave ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni é stabilita la

sanzione minima della censura)⁸¹.

⁸¹**Art. 12. Sanzioni applicabili.**

1. Si applica una sanzione non inferiore alla censura per:

- a) i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio a una delle parti;
- b) la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge;
- c) l'omissione, da parte dell'interessato, della comunicazione al Consiglio superiore della magistratura della sussistenza di una delle cause di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come modificati dall'articolo 29 del presente decreto;
- d) il tenere comportamenti che, a causa dei rapporti comunque esistenti con i soggetti coinvolti nel procedimento ovvero a causa di avvenute interferenze, costituiscano violazione del dovere di imparzialità;
- e) i comportamenti previsti dall'articolo 2, comma 1, lettere d), e) ed f);
- f) il perseguimento di fini diversi da quelli di giustizia;
- g) il reiterato o grave ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni;
- h) la scarsa laboriosità, se abituale;
- i) la grave o abituale violazione del dovere di riservatezza;
- l) l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti;
- m) lo svolgimento di incarichi extragiudiziari senza avere richiesto o ottenuto la prescritta autorizzazione dal Consiglio superiore della magistratura, qualora per l'entità e la natura dell'incarico il fatto non si appalesi di particolare gravità.

2. Si applica una sanzione non inferiore alla perdita dell'anzianità per:

- a) i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano grave e ingiusto danno o indebito vantaggio a una delle parti;

- b) l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti, se abituale e grave;

D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109;

- c) i comportamenti previsti dall'articolo 3, comma 1, lettera b).

3. Si applica la sanzione della incapacità a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo per

l'interferenza, nell'attività di altro magistrato, da parte del dirigente dell'ufficio o del presidente della sezione, se ripetuta o grave.

4. Si applica una sanzione non inferiore alla sospensione dalle funzioni per l'accettazione e lo

svolgimento di incarichi e uffici vietati dalla legge ovvero per l'accettazione e lo svolgimento di incarichi per i quali non è stata richiesta o ottenuta la prescritta autorizzazione, qualora per l'entità e la natura dell'incarico il fatto si appalesi di particolare gravità.

5. Si applica la sanzione della rimozione al magistrato che sia stato condannato in sede disciplinare per i fatti previsti dall'articolo 3, comma 1, lettera e), che incorre nella interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici in seguito a condanna penale o che incorre in una condanna a pena detentiva per delitto non colposo

É anche prevista la sanzione accessoria del **trasferimento d'ufficio** dall'**art. 13, comma 1**, del D.lgs.: *“La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, nell'infliggere una sanzione diversa dall'ammonimento e dalla rimozione, può disporre il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia. Il trasferimento e' sempre disposto quando ricorre una delle violazioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera a), nonché nel caso in cui e' inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni”*.

5) Il procedimento disciplinare

Si sono già esaminati i principi del procedimento disciplinare ed occorre adesso analizzare la struttura del procedimento, avuto riguardo ai soggetti titolari dell'azione, ai termini di esercizio, alle varie fasi in cui il procedimento di articola.

5.1) I titolari dell'azione disciplinare.

Titolari dell'azione disciplinare sono il Ministro di Giustizia ed il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione. Il primo ha una facoltà di esercitare l'azione, per il secondo é un vero e proprio obbligo.

non inferiore a un anno la cui esecuzione non sia stata sospesa, ai sensi degli articoli 163 e 164 del Codice penale o per la quale sia intervenuto provvedimento di revoca della sospensione ai sensi dell'articolo 168 dello stesso Codice.

“La ratio della duplice titolarità – oggi come ieri – mira a garantire l’apporto di diverse sensibilità culturali e sociali in una materia centrale nel sistema del governo autonomo della magistratura, evitando il rischio di qualsiasi forma di separatezza e di autoreferenzialità nella consapevolezza che non vi può essere indipendenza senza responsabilità”⁸².

Tratto caratteristico della disciplina previgente era quello della discrezionalità nell’esercizio della relativa azione, la cui titolarità - ieri come oggi - era sia del Procuratore generale della Corte di cassazione, sia del Ministro della giustizia.

Anche questo aspetto, in stretto collegamento all’altro dell’assenza di ogni tipizzazione dell’illecito, aveva suscitato ampio dibattito in dottrina ed in sede politica.

I sostenitori del principio di obbligatorietà dell’azione disciplinare ritenevano che, in una situazione ove i confini del lecito e dell’illecito erano sfumati per l’assenza di un codice dei fatti disciplinarmente rilevanti, l’attribuzione di un potere discrezionale nell’esercizio dell’azione rischiasse di compromettere la certezza del diritto e la parità di trattamento di tutti i magistrati e potesse favorire i meccanismi di difesa o di persecuzione a seconda dei motivi più vari, per nulla inerenti al profilo deontologico, quali l’appartenenza a certe correnti dell’A.N.M., a certe ideologie, a certe posizioni politiche (o di politica giudiziaria).

⁸² M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 350.

Altri invece ammonivano sui rischi insiti nel principio di obbligatorietà dell'azione ed anche il CSM aveva espresso dubbi in ordine all'introduzione del principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare per il Procuratore generale. Tra i pericoli insiti nel nuovo sistema il CSM aveva rappresentato: **a)** un effetto incentivante delle denunce e degli esposti dei privati che possono essere indotti a vedere nel procedimento disciplinare un improprio mezzo di gravame nei confronti dei provvedimenti non graditi, mentre un'ulteriore dilatazione del numero delle notizie deriva anche dalla previsione dell'ampio obbligo di rapporto; **b)** un conseguente aumento del carico di lavoro della Procura generale e della Sezione disciplinare; **c)** un aumento del numero di magistrati colpiti da azioni disciplinari, con effetto intimidatorio e di spinta al conformismo giurisprudenziale; **d)** un inevitabile aumento delle richieste e delle pronunce di proscioglimento rispetto alle affermazioni di responsabilità, con pregiudizio della credibilità della stessa funzione giudiziaria.

Il d.lgs. n. 109 del 2006, mentre ha continuato a prevedere per il Ministro della giustizia la mera facoltà di promuovere l'azione disciplinare mediante la richiesta di indagini al Procuratore generale presso la Corte di cassazione e la contestuale comunicazione al Consiglio superiore della magistratura, con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede, ha imposto al Procuratore generale l'obbligo di esercitare l'azione medesima, dandone comunicazione - nelle stesse forme - al Ministro della giustizia ed al Consiglio superiore.

Per di più, ha reso concreto il perseguimento di tutti i fatti di rilevanza disciplinare con l'obbligo di comunicazione di detti fatti imposto al CSM,

ai Consigli giudiziari e ai dirigenti degli uffici. A loro volta, i presidenti di sezione ed i presidenti di collegio, nonché i procuratori aggiunti hanno l'obbligo di comunicare ai dirigenti degli uffici *“i fatti concernenti l'attività dei magistrati della sezione o del collegio o dell'ufficio che siano rilevanti sotto il profilo disciplinare”*.

L'omissione di questa comunicazione, da parte dei dirigenti degli uffici o dei presidenti di sezione o di collegio, è prevista come illecito disciplinare tipizzato ai sensi dell'art. 2, lett. dd) del d.lgs. n. 109.

La previsione di un obbligo di rapporto a carico dei predetti soggetti è una scelta legislativa che non costituisce necessaria conseguenza del dovere di vigilanza. L'enfaticizzazione del ruolo di controllo dei titolari di uffici direttivi e semidirettivi, ha invece un duplice effetto negativo, evidenziato dallo stesso CSM: da un lato, rischia di introdurre nella vita degli uffici un clima generalizzato di sfiducia e di diffidenza e, dall'altro, rende difficile che i dirigenti (o i loro diretti collaboratori) possano conseguire quel livello di autorevolezza che solo può riuscire ad ottenere la necessaria collaborazione di tutti i componenti dell'ufficio, unica garanzia di un efficiente esercizio del servizio giudiziario.

In ordine all'obbligo di segnalazione da parte del Consiglio superiore della magistratura, si rileva che la Prima commissione, competente in materia di esame di esposti, denunce e procedimenti ex art. 2 della legge sulle Guarentigie (r.d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511), provvede alla trasmissione delle delibere di archiviazione quando in esse si ravvisi una condotta colpevole da parte del magistrato interessato.

Viceversa, le altre commissioni non sempre segnalano fatti di possibile rilevanza disciplinare ai titolari dell'azione.

A sua volta il Ministro della Giustizia, *“piuttosto che promuovere l'azione, può segnalare al Procuratore Generale un fatto di possibile rilevanza disciplinare, avvalendosi dell'operato del suo Ispettorato per un triplice profilo: quello delle ispezioni degli uffici giudiziari; quello delle ispezioni ministeriali parziali e quello delle inchieste amministrative”*⁸³.

E' bene tuttavia precisare che non vi è, né può esservi, alcun automatismo tra le segnalazioni dei soggetti a ciò abilitati e l'esercizio dell'azione disciplinare, che è sempre preceduta da un preventivo vaglio circa la sussistenza effettiva degli elementi costitutivi della notizia di illecito disciplinare.

Quanto all'obbligo di segnalazione al titolare dell'azione disciplinare da parte del medesimo CSM, esso è risultato sinora interpretato elasticamente dall'organo di governo autonomo, riconoscendosi i pericoli di strumentalizzazioni anche politiche che potrebbero derivare da un'interpretazione rigorosa di ciò che deve intendersi per *“fatto rilevante sotto il profilo disciplinare”*.

Costantemente, vengono comunque trasmesse al Procuratore generale le delibere di archiviazione, su proposte della Prima commissione, competente in materia di esame di esposti, denunce e procedimenti ex art. 2 L.G. (r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511), quando in esse si ravvisi una

⁸³ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 355.

condotta colpevole da parte del magistrato interessato che possa essere oggetto di una valutazione disciplinare.

La relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo ha evidenziato che l'obbligatorietà dell'azione disciplinare per il Procuratore generale trova il suo fondamento nel fatto che si tratta di un organo "*non solo politicamente irresponsabile*", ma anche "*vincolato al canone dell'uguaglianza ed imparzialità*", mentre la facoltatività per il Ministro è ricondotta al fatto che l'esercizio dell'azione disciplinare "*può riposare anche su ragioni politiche*". L'affermazione suscita il dubbio se il Ministro della giustizia, nell'agire in sede disciplinare, possa o debba davvero prescindere dal rispetto dei valori costituzionali dell'uguaglianza e dell'imparzialità.

Invero, in un'ottica di equo bilanciamento dei principi costituzionali fondamentali, deve più ragionevolmente ritenersi che l'esercizio dell'azione disciplinare da parte del Ministro sia una determinazione di carattere politico non libera in via assoluta nei fini ma, al contrario, ristretta in un ambito ove operano precisi criteri di orientamento di origine costituzionale, quali, appunto, quelli costituiti dagli artt. 97, 110, 101, secondo comma, della Costituzione.

Nel caso in cui ad esercitare l'azione disciplinare sia il Procuratore Generale, il Ministro, se ritiene che l'azione debba essere estesa ad altri fatti ne fa richiesta, nel corso delle indagini al Procuratore Generale (art. 14, comma 5, d.lgs. n. 109 del 2006).

5.2) Il termine annuale di decadenza dell'azione disciplinare

Il principio di tempestività regola l'esercizio dell'azione disciplinare la quale deve essere promossa “*entro un anno dalla notizia del fatto*” (art. 15, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2006), pena l'estinzione del procedimento, se l'incolpato vi consenta (art. 15, comma 7, d.lgs. n. 109 del 2006).

La norma individua **tre tipologie di notizie** costituite da una denuncia circostanziata o da una segnalazione del Ministero o, ancora, dall'espletamento di sommarie indagini preliminari.

L'esistenza di una notizia generica non può determinare il decorso del termine di decadenza annuale per giurisprudenza disciplinare pacifica⁸⁴.

Anche l'azione disciplinare del Ministero é assoggettata al medesimo termine.

Il termine di promovimento decorre in modo autonomo per i titolari dell'azione disciplinare, precisamente dalla rispettiva conoscenza che uno dei due uffici abbia del fatto suscettibile di assumere rilevanza disciplinare, sicché l'eventuale decorso per uno di essi non comporta l'estinzione del procedimento⁸⁵.

⁸⁴ Sez. Disc. 8 gennaio 2010, n. 14 “*atteso il disposto dell'art. 59 D.P.R. n. 916/1958, il decorso del termine di un anno dalla notizia del fatto, che determina la decadenza dell'azione disciplinare, non può essere computato a far data dalla ricezione di una notizia generica dell'accadimento, poiché tale circostanza non consente al titolare dell'azione disciplinare una sufficiente conoscenza dello stesso. N. 14 del 2010 8 gennaio 2010*”.

⁸⁵ Sez. Disc. n. 43 del 2010: “*é infondata l'eccezione di decadenza dell'azione disciplinare per decorso del termine di un anno dalla notizia del fatto quando la stessa sia stata promossa esclusivamente dal Ministro della Giustizia e non anche dal Procuratore Generale, poiché l'attribuzione dell'iniziativa in via autonoma a ciascuno dei due soggetti non implica che, laddove uno di essi abbia esercitato l'azione, l'altro debba formalizzare o esplicitare la propria adesione a quell'iniziativa o marcare il momento dal quale intenda esercitare ed esaurire il proprio autonomo potere di promovimento, in quanto, pur nella duplicità della titolarità e nella autonoma decorrenza*

“La determinazione del dies a quo non presuppone una conoscenza diretta di quel fatto da parte del Procuratore Generale, essendo sufficiente che essa sia acquisita, per ragioni di ufficio, da uno dei magistrati addetti alla Procura Generale, sempre che allo stesso sia stata delegata la funzione di promovimento delle azioni disciplinari. Per quanto attiene al Ministro, la piena conoscenza del fatto si considera acquisita quando del fatto sia stata appresa la notizia dall’Ispettorato ministeriale, in quanto la comunicazione dell’ispezione al Ministro é fatto interno e, come tale, non produttivo di effetti processuali”⁸⁶.

Per verificare la data di decorrenza del termine, occorre fare riferimento alla data di annotazione della richiesta, istanza o denuncia nel registro di protocollo che costituisce atto pubblico che fa fede fino a querela di falso.

L’eccezione di estinzione del procedimento per decorso del termine annuale può essere sollevata anche in via subordinata dall’incolpato e, in tal caso, il giudice disciplinare dovrà prima esaminare il merito e, gradatamente, l’eccezione.

Qualora l’eccezione sia sollevata in sede di ricorso per Cassazione, la Corte dovrà essere posta nelle condizioni di verificare documentalmente la fondatezza della doglianza.

Si é posta la questione della tempestività dell’esercizio dell’azione disciplinare con specifico riferimento al caso di una pluralità di ritardi nel

del termine d’esercizio, l’azione disciplinare mantiene la propria unitarietà, e la previsione di un’autonoma decorrenza del termine per i due diversi soggetti significa soltanto che ognuno di essi conserva per intero il termine che decorre dalla propria conoscenza circostanziata del fatto, indipendentemente dallo spirare dello stesso per l’altro titolare”.

⁸⁶ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 357.

deposito di provvedimenti, oggetto di distinte contestazioni, formulate in tempi successivi.

In particolare, l'azione era stata esercitata tempestivamente in ordine ai ritardi maturati presso un determinato ufficio giudiziario. Nelle more del procedimento disciplinare, l'incolpato si era trasferito presso altro ufficio giudiziario del medesimo distretto, dove erano maturati altri ritardi. Sennonché, l'estensione dell'incolpazione alla seconda serie di ritardi era avvenuta oltre il termine annuale dalla conoscenza degli stessi da parte del titolare dell'azione disciplinare.

La Sezione Disciplinare ha ritenuto che l'estensione dell'incolpazione ai ritardi maturati presso il secondo ufficio non potesse considerarsi tardiva, dovendo essere valutate unitariamente tutte le condotte *“non sussistendo nella specie alcuna interruzione tra i vari ritardi ad opera di una sentenza di condanna ovvero di un notevole intervallo di tempo che potrebbe condurre a ravvisare due serie autonome di ritardi”*⁸⁷.

Il superamento del termine di decadenza é, comunque, rilevabile anche d'ufficio.

Accanto a detto termine, é previsto un termine di prescrizione di dieci anni dalla data del fatto (art. 15, comma 1 bis, d.lgs. n. 109 del 2006), anch'esso rilevabile d'ufficio.

Il corso dei termini previsti dall'art. 15 d.lgs. n. 109 del 2006, compreso quello di cui al comma 1-bis, é sospeso ove sussista taluna delle cause indicate dal comma 8 della medesima disposizione.

⁸⁷ Sez. Disc. 11 marzo 2011 n. 72

5.3) L'inizio del procedimento

Nel caso in cui sia il Ministro della Giustizia ad esercitare l'azione, l'inizio del procedimento é determinato dalla richiesta di indagini rivolta al Procuratore Generale, mentre nel caso in cui sia quest'ultimo ad esercitare l'azione, il procedimento inizia con la comunicazione al Consiglio Superiore della Magistratura (art. 15, comma 3, d.lgs. n. 109 del 2006).

Il Procuratore Generale, quando esercita l'azione, formula il capo di incolpazione.

Il Procuratore Generale può estendere l'incolpazione ad altri fatti che siano emersi dalle indagini ed analogamente il Ministro può chiedere al Procuratore Generale che l'azione sia estesa ad altre condotte (art. 14, commi 3 e 5, d.lgs. n. 109 del 2006).

Dalla data di inizio del procedimento decorre il termine di **due anni** entro il quale il Procuratore Generale deve formulare le sue richieste: non luogo a procedere ovvero, previa formulazione dell'incolpazione, di fissazione dell'udienza di discussione (art. 15, comma 2, d.lgs. n. 109 del 2006).

L'inizio del procedimento deve essere comunicato nel termine di trenta giorni all'incolpato; questi, inoltre, deve ricevere, entro lo stesso termine, comunicazione delle estensioni degli addebiti (art. 15, comma 4, d. lgs. n. 109 del 2006).

Da tale momento, l'incolpato diventa formalmente parte del procedimento e può nominare il difensore.

Gli atti di indagine non preceduti dalla comunicazione all'incolpato o da avviso al difensore, quando e' previsto, se già designato, sono nulli, ma la nullità non può essere più rilevata quando non e' dedotta con dichiarazione scritta e motivata nel termine di **dieci giorni** dalla data in cui l'interessato ha avuto conoscenza del contenuto di tali atti o, in mancanza, da quella della comunicazione del decreto che fissa la discussione orale davanti alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura (art. 15, comma 5, d.lgs. n. 109 del 2006). L'eccezione di nullità, dunque, è soggetta al termine decadenziale di dieci giorni previsto dalla disposizione in esame.

Si é posto il problema se il superamento del termine di trenta giorni previsto per la comunicazione dell'inizio del procedimento possa determinare l'estinzione del procedimento medesimo, ai sensi dell'art. 15, comma 7, d.lgs. n. 109 del 2006, *“poiché é frequente il caso che, specie in prossimità del periodo feriale, molti magistrati restano irreperibili a lungo e, comunque, ben oltre il termine di poco più di venti giorni di cui dispongono i capi degli uffici che devono provvedere alla comunicazione dal momento in cui ricevono gli atti dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione”*⁸⁸.

Autorevole dottrina ha escluso tale possibilità, rilevando come *“l'interpretazione più corretta sembra essere, comunque, nel senso che il settimo comma dell'art. 15 citato (estinzione del procedimento per inosservanza dei termini) non si riferisce all'ipotesi di cui al quarto comma (comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento), ma a*

⁸⁸ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 363.

quelle di cui al primo comma (c.d. attività predisciplinari da espletarsi nel termine di decadenza di un anno), secondo comma (attività di indagine ed attività dibattimentale, da espletarsi, ciascuna, nel termine di decadenza di due anni) e sesto comma (giudizio di rinvio da definirsi nel termine di decadenza di un anno). Conforta questa interpretazione la circostanza che il quarto comma prevede, altresì, che “deve procedersi ad analoga comunicazione per le ulteriori contestazioni”, essendo evidente che, in questo caso, deve escludersi che possa dichiararsi estinto l’intero processo”⁸⁹.

5.4) La difesa

L’imputato può farsi difendere da altro magistrato, anche in quiescenza, o da un avvocato, designati in qualsiasi momento. Non può farsi assistere da due difensori (art. 15, comma 4, d.lgs. n. 109 del 2006).

Tale normativa adegua la disciplina dell’esercizio del diritto di difesa dell’imputato a quanto statuito dalla Consulta (sent. n. 497/2000), in punto di incostituzionalità del divieto per il magistrato imputato di farsi assistere da un avvocato⁹⁰.

⁸⁹ M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, S. Vitello op. cit., p. 363.

⁹⁰ La Corte costituzionale, con sentenza n. 97/2009, ha sancito l’illegittimità costituzionale del divieto posto ai magistrati amministrativi e contabili di avvalersi di un avvocato di fiducia nel procedimento disciplinare (ai sensi dell’art. 10, co. 9 1. n. 117/1988 e dell’art. 34, co. 2 1. n. 186/1982), in relazione agli artt. 108 e 24 Cost. In particolare, l’esigenza di indipendenza dei magistrati amministrativi e contabili, espressa dall’art. 108 Cost., impone, tra le altre cose, che al magistrato sia riconosciuto il diritto di scegliere il difensore ed esclude la legittimità di disposizioni che lo limitino. Da ciò si evincerebbe un’aspirazione ad una certa unità della giurisdizione (rectius, dei principi concretamente operanti in materia di giurisdizione), in termini di pari dignità difensiva in sede disciplinare ai vari ordini giudiziari.

Il precedente divieto trovava giustificazione nell'antico carattere corporativo del procedimento, posto a presidio del valore del prestigio dell'ordine giudiziario, configurandosi quale logica conseguenza dell'esclusione di estranei da un procedimento interno ed autocorrettivo.

Il superamento di tale divieto si è reso necessario in ragione dell'acquisita giurisdizionalizzazione del procedimento, che ha richiesto un più effettivo esercizio (*rectius*, godimento) dei diritti di difesa daparte dell'incolpato.

Del resto, ferma restando l'opzione dell'autodifesa (sottesa alla non obbligatorietà della nomina di un difensore espressa dalla norma) e pur considerata l'elevata competenza tecnico-giuridica del magistrato, la possibilità di avvalersi di un avvocato del libero foro può rivelarsi particolarmente preziosa per le esigenze dell'incolpato, viste le peculiarità e le attitudini richieste dalle attività difensive⁹¹.

Infine, occorre rilevare che all'incolpato non è consentito di avvalersi di due difensori, né tantomeno di un avvocato e dell'autodifesa contemporaneamente.

Come detto, è anche possibile che l'incolpato si difenda da solo, come si

⁹¹ Precedentemente, in considerazione della concezione corporativa del procedimento disciplinare, in vigore prima dell'introduzione della nuova disciplina, si riteneva che l'assistenza di un difensore libero professionista minacciasse, in qualche modo, il valore della riservatezza (*rectius*, segretezza) delle procedure. Sul punto, si veda CSM, 28 maggio 1974, ove, giustificando il divieto di assistenza tecnica professionistica di cui all'art. 34 abr. r.d. n. 511/1946, si affermava: «La difesa tecnica del magistrato nel procedimento disciplinare è adeguatamente assicurata mediante l'assistenza di un altro magistrato, tenuto anche conto che il soggetto sottoposto a procedimento disciplinare, per la sua stessa qualità di operatore del diritto, è in grado di dare un personale contributo alla propria difesa, mentre la stessa cosa non può dirsi per altri sottoposti a procedimento penale o disciplinare. Inoltre la limitazione di cui innanzi trova ragionevole giustificazione nell'esigenza di salvaguardare un interesse che travalica quello del singolo magistrato, quello cioè di assicurare allo stesso procedimento disciplinare la maggiore riservatezza possibile a tutela del prestigio dell'intero Ordine giudiziario».

evince dal testo della norma: *“l’incolpato può farsi assistere da altro magistrato, anche in quiescenza, o da un avvocato, designati in qualunque momento dopo la comunicazione dell’addebito, nonché, se del caso, da un consulente tecnico”* (art. 15, comma 4, d.lgs. n. 109 del 2006).

Nel caso che l’incolpato abbia nominato un difensore di fiducia e questo non sia comparso ovvero abbia chiesto un rinvio del procedimento e l’istanza sia stata rigettata, deve essere nominato un difensore d’ufficio.

5.5) Titolarità delle indagini e audizione dell’incolpato

Le indagini sono svolte dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione o da altro magistrato del suo ufficio appositamente delegato. Per gli atti da compiersi fuori dal suo ufficio, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione può chiedere la collaborazione di altro magistrato in servizio presso la Procura Generale della Corte d’Appello nel cui distretto l’atto deve essere compiuto.

L’audizione dell’incolpato non é obbligatoria anche se appare oltremodo utile procedervi, soprattutto nell’interesse della parte.

Si rammenta che nell’impiego pubblico in genere l’audizione dell’incolpato é atto indefettibile (art. 55, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2011 n. 165).

5.6) Applicabilità delle norme del codice di procedura penale

L’art. 16, comma 2, d.lgs. n. 109 del 2006 stabilisce che *“per l’attività di*

indagine si osservano, in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale, eccezione fatta per quelle che comportano l'esercizio di poteri coercitivi nei confronti dell'imputato, delle persone informate sui fatti, dei periti e degli interpreti. Si applica, comunque, quanto previsto dall'articolo 133 del codice di procedura penale”.

Trovano applicazione anche varie disposizioni incriminatrici nei confronti delle persone informate sui fatti, i periti ed interpreti (art. 16, comma 3).

In tema di intercettazioni telefoniche ed ambientali é stato affermato l'orientamento che le considera utilizzabili, senza le preclusioni poste dall'art. 270 c.p.p.⁹².

⁹² Sez. Disc. 9 febbraio 2009 n. 28 “nel procedimento disciplinare, sono utilizzabili le intercettazioni telefoniche ed ambientali legittimamente eseguite nel procedimento penale, in quanto i meccanismi di preclusione all'impiego di determinate fonti di prova hanno una peculiare ragion d'essere solo nell'ambito del processo penale, le cui garanzie devono essere massime, secondo i canoni di ragionevolezza ed i principi fondamentali dell'ordinamento, essendo massimo il bene, quello della libertà, sacrificato con l'applicazione della sanzione e massimo il disvalore sociale e le conseguenze giuridiche legate alla condanna, anche quando questa non implica una privazione potenziale od effettiva della libertà personale, ma non operano quando siano in gioco interessi individuali di diversa natura, come nel giudizio civile o disciplinare; in queste sedi, invero, la preclusione sussiste solo nel caso in cui l'acquisizione del contenuto della conversazione sia frutto ab origine di una violazione dei diritti fondamentali, giacché non soltanto l'interesse dell'incolpato non ha più ragione di essere recessivo rispetto all'interesse dell'ordinamento ad accertare l'illecito, ma anzi la rimozione in radice di qualunque effetto della condotta illecita diventa esigenza primaria, prevalente su quella dell'accertamento della condotta sanzionabile. In particolare, il divieto previsto dall'art. 270 c.p.p. è funzionale alla garanzia dei diritti fondamentali, ma non discende da una loro originaria indebita violazione, poiché presuppone comunque un originario legittimo provvedimento dell'autorità giudiziaria rispetto al quale l'emersione di fatti o circostanze rilevanti ai fini disciplinari appare come una conseguenza secondaria o eventuale; la sua applicazione ai procedimenti disciplinari non può discendere dal rinvio operato dall'art. 16, comma 2, e 18, comma 4, D.Lgs. n. 109/2006 alle norme del codice di procedura penale “in quanto compatibili”, sia perché tale rinvio non determina la trasformazione del procedimento disciplinare in procedimento penale, ma implica solamente l'adozione del modello processuale sotto un profilo funzionale, non anche sostanziale, tanto più che il giudizio di impugnazione si svolge davanti alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, sia perché l'indicata soluzione produrrebbe una incomprensibile ed ingiustificata diversità di trattamento rispetto a quello riservato a tutte le altre categorie di soggetti sottoposti a procedimenti disciplinari, nei confronti dei quali, in forza del consolidato orientamento giurisprudenziale amministrativo, il divieto non opera”.

In particolare, si é ritenuto che *“non possono avere ingresso nel procedimento disciplinare soltanto i risultati delle intercettazioni telefoniche (telematiche ed ambientali) disposte fuori dai casi consentiti dalla legge, quelle disposte in assenza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria o lesive del segreto professionale oltre, naturalmente, alle intercettazioni illegali, mentre negli altri casi esse possono essere legittimamente acquisite”* (Sez. Disc. 9 febbraio 2009 n. 28, in motivazione).

Sono state ritenute compatibili con il procedimento disciplinare le norme sulle investigazioni difensive e, più in generale, sono state escluse quelle che richiedono la figura del giudice per le indagini preliminari.

Ad esempio, la norma di cui all'art. 415 bis c.p.p. non é applicabile al procedimento disciplinare, trattandosi di norma non compatibile con la struttura di tale giudizio. Si è, altresì, osservato che nella fase delle indagini risultano assicurate all'incolpato le necessarie garanzie difensive già con l'obbligo di comunicazione dell'inizio del procedimento⁹³.

5.7) Il potere di archiviazione del Procuratore Generale

La c.d. legge Mastella, come noto, ha attenuato il principio di obbligatorietà, con alcune modifiche, tra le quali la previsione di una

⁹³ “Sez. Disc. 6 giugno 2008, n. 60 *“l’istituto dell’avviso di deposito degli atti di indagine, previsto dall’art. 415 bis c.p.p., non è applicabile al procedimento disciplinare, poiché i rinvii al codice di procedura penale compiuti dal D. Lgs. n. 109/2006 sono espressamente subordinati al limite della compatibilità, e, quindi, non operano per le fasi che nell’ambito del processo disciplinare hanno una loro propria specifica regolamentazione: in particolare, la disciplina della fase delle indagini, all’art. 15 D.Lgs. n. 109/2006, prevede adeguate garanzie di difesa in favore del magistrato incolpato di illecito disciplinare”*.”

soglia relativa al c.d. minimo etico, che è quella dell'inconfigurabilità dell'illecito disciplinare quando il fatto sia di scarsa rilevanza (art. 3 bis d.lgs. n. 109) e del potere di archiviazione del Procuratore generale (art. 16, comma 5 bis d.lgs. n. 109).

Il potere di archiviazione, infatti, si inserisce nella fase preliminare al procedimento disciplinare, all'esito dello svolgimento delle preliminari attività di indagine e non nella fase successiva alla promozione dell'azione.

I casi di archiviazione sono tassativi (art. 16, comma 5 bis, del d.lgs. n. 109 del 2006) ed il Procuratore generale vi provvede con apposito provvedimento:

a) quando il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'art. 3 bis, pure introdotto con la medesima legge del 24 ottobre 2006 (*"L'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza"*)⁹⁴;

b) quando il fatto addebitato forma oggetto di denuncia non circostanziata, che non contiene, quindi, tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare;

c) quando il fatto addebitato non rientra in alcuna delle ipotesi di illecito disciplinare, tassativamente previste dagli artt. 2, 3 e 4;

⁹⁴Secondo CSM, sez. disc., 21 settembre 2007 n. 84 ai fini della configurabilità del fatto come di scarsa rilevanza assume rilievo non solo la natura dell'atto o del comportamento e la sua astratta offensività, ma un ulteriore elemento estrinseco, ovvero la sua dimensione.

d) quando il fatto addebitato risulta inesistente o non commesso a seguito delle indagini svolte.

Il provvedimento di archiviazione, provvisoriamente improduttivo di effetti, è comunicato al Ministro della giustizia. Il Ministro può rimanere inerte oppure, **entro dieci giorni** dal ricevimento della comunicazione, può richiedere al Procuratore generale la trasmissione di copia degli atti. Quindi, **nei sessanta giorni successivi** alla ricezione degli stessi, può richiedere al Presidente della Sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando provvisoriamente l'incolpazione.

Il provvedimento di archiviazione acquista efficacia solo se il termine predetto sia interamente decorso senza che il Ministro abbia avanzato la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale davanti la Sezione disciplinare. All'esito della discussione orale, la Sezione disciplinare può accogliere la richiesta di archiviazione, oppure può rigettarla. In quest'ultimo caso, il Procuratore generale formula l'incolpazione definitiva e chiede al Presidente della sezione la fissazione dell'udienza di discussione.

La norma attribuisce al Procuratore generale un'amplissima discrezionalità, fondata com'è su un'attività di interpretazione che pone delicati problemi i quali, nella possibile inerzia del Ministro, non sono risolvibili da alcun organo giurisdizionale, né dalla Sezione disciplinare del CSM, né dalle Sezioni unite della Corte.

Anzitutto, ogni qualvolta una segnalazione di fatti di rilevanza disciplinare non integri una denuncia circostanziata, il Procuratore generale è libero di decidere se svolgere indagini o archiviare *tout court*. In ogni caso, svolte le indagini, il Procuratore generale può ritenere - con poteri decisionali amplissimi non sindacabili - che il fatto addebitato sia inesistente o non commesso, o non configurabile in alcuna delle fattispecie tipizzate di illecito disciplinare o, pur configurabile in una di esse, di scarsa rilevanza. Vale a dire che il Procuratore generale può fare tutto quello che, in ipotesi, potrebbe fare la Sezione disciplinare all'esito di un ordinario dibattimento.

Particolarmente delicato è il compito di verificare l'irrilevanza del fatto ex art. 3 bis, e cioè se, *ex post* ed in concreto, vi sia stata una lesione del bene giuridico; quindi, di interpretare le fattispecie alla luce del principio di offensività, attraverso una considerazione congiunta dell'aspetto oggettivo, avente riguardo all'esiguità del danno o del pericolo, e dell'aspetto soggettivo, costituito dal grado della colpevolezza.

Pur condividendosi, pertanto, la scelta del legislatore di attenuare alcuni effetti negativi del principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare, resta il dubbio che sarebbe stata più opportuna una scelta nel senso di prevedere l'obbligo di comunicazione del provvedimento anche alla Sezione disciplinare.

Vige, infatti, nel nostro ordinamento il principio generale del controllo giurisdizionale sulle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio o meno dell'azione; questo principio generale trae il suo fondamento nell'interesse della collettività ad un pieno accertamento dei

fatti, sancito con un *dictum* di un giudice, la cui valenza non si esaurisce nel singolo caso concreto, ma assurge a più ampio parametro regolatore di condotte. Sul piano disciplinare, è pacifico che la tutela dei valori concernenti il corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie ed il prestigio della magistratura sia un bene della collettività, che non può essere garantito solo da un controllo, eventuale e comunque di natura politica, del Ministro, ma che deve essere assicurato attraverso un pieno controllo giurisdizionale.

Vi è poi un'altra ragione che milita nel senso dell'opportunità che il CSM venga posto a conoscenza del provvedimento di archiviazione del Procuratore generale e si giustifica in forza dell'argomentazione che l'organo di governo autonomo può e deve prendere in considerazione i comportamenti dei propri amministrati sotto diverse angolazioni e per diversi fini. Sicché lo stesso fatto che, all'evidenza, non sia suscettibile di alcuna valutazione disciplinare, può rilevare, ad esempio, per i profili di incompatibilità ambientale o funzionale, di valutazione periodica di professionalità, di valutazione specifica per il conferimento di uffici direttivi o semidirettivi o di altri incarichi, anche extragiudiziari, ecc. Non pare perciò coerente con il sistema sottrarre al CSM segmenti non indifferenti di possibile conoscenza al fine dell'effettuazione di ogni possibile valutazione dei magistrati amministrati.

Per altro versante, il procedimento di archiviazione non tiene in conto nemmeno l'interesse dell'incolpato ad esercitare le proprie difese e ciò nel caso in cui via sia l'opposizione del Ministro. L'opposizione, infatti, non restituisce il procedimento alla fase istruttoria ed impedisce di acquisire

ulteriori elementi probatori in ipotesi esistenti e che il Procuratore generale ha ritenuto di non acquisire, valutando gli elementi in suo possesso come sufficienti a chiedere l'archiviazione per inesistenza o non commissione del fatto. In questo caso, è evidente che con il processo già trasferito in sede dibattimentale il materiale probatorio tenderà a restringersi e, comunque, a non raggiungere quella completezza che avrebbe potuto realizzarsi in caso di chiusura formale delle indagini.

In generale, sul piano più strettamente processuale, nel caso di opposizione del Ministro all'archiviazione, il dibattimento si rivela meno garantito, atteso che l'udienza di discussione non è preceduta dal deposito del fascicolo del procedimento e dalla conseguente facoltà di estrarne copia da parte dell'incolpato⁹⁵. In tal caso, dunque, l'incolpato è costretto ad affrontare il dibattimento senza la formale conoscenza del contenuto delle indagini svolte, né del provvedimento di archiviazione, trattandosi di dati cui potrà accedere solo in sede di discussione orale.

L'archiviazione in oggetto non può essere pertanto ritenuta equivalente all'archiviazione processuale che, in ogni caso, è oggetto di un provvedimento giurisdizionale ed è rimessa alla valutazione del giudice terzo, mentre un provvedimento giurisdizionale liberatorio, assunto allo stato degli atti, è soltanto quello emesso in camera di consiglio dalla Sezione disciplinare ai sensi del successivo art. 17, sesto comma.

⁹⁵In questo senso Cass., sez. un., 19 dicembre 2009 n. 26809, secondo cui il Procuratore generale che intenda iniziare l'azione disciplinare dopo aver disposto l'archiviazione, è tenuto a motivarne le ragioni.

5.8) La chiusura delle indagini e gli esiti

Al termine delle indagini – che devono svolgersi nell’arco di due anni – il Procuratore Generale può chiedere la declaratoria di non luogo a procedere ovvero formulare l’inculpazione. Si ribadisce che il termine biennale é previsto a pena di decadenza, pena l’estinzione del procedimento.

Contestualmente alla chiusura, il Procuratore Generale deve provvedere: a) ad inviare alla Sezione Disciplinare il fascicolo delle indagini, che rimane qui depositato a disposizione dell’imputato, il quale può prenderne visione ed estrarre copia degli atti; b) a comunicare contestualmente questi adempimenti all’imputato ed al suo difensore”.

Se il Procuratore Generale formula la richiesta di non luogo a procedere, deve darsene comunicazione al Ministro della Giustizia nel solo caso in cui questi abbia esercitato l’azione disciplinare (art. 17, comma 6, d.lgs. n. 109 del 2006).

Si coglie all’evidenza la distinzione con l’ipotesi dell’archiviazione disposta direttamente dal Procuratore Generale ai sensi dell’art. 16, comma 5-bis, del d.lgs. citato, poiché in tal caso é sempre data comunicazione al Ministro del provvedimento di archiviazione.

Sulla richiesta di non luogo a procedere la Sezione Disciplinare decide in camera di consiglio con ordinanza ricorribile per Cassazione. Se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza di non luogo a procedere per essere rimasti esclusi gli addebiti o perché il fatto non costituisce illecito disciplinare.

Se rigetta la richiesta, il Procuratore generale formula l'incolpazione e chiede al Presidente della Sezione Disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale.

Il Presidente della Sezione Disciplinare fissa con suo decreto il giorno della discussione orale, con avviso ai testimoni ed ai periti. Se ne deve dare comunicazione almeno dieci giorni prima dell'udienza all'incolpato, al difensore, se già nominato, al pubblico ministero, nonché al Ministro se questi abbia chiesto l'integrazione dell'incolpazione.

5.9) Il dibattimento e la sentenza

L'udienza davanti alla Sezione Disciplinare é pubblica secondo quanto stabilito dall'art. 1 della legge n. 74 del 1990, salvo le deroghe previste.

Nella fase preliminare si procede al controllo della costituzione delle parti. In tale fase, possono essere presentate delle istanze di rinvio per impedimento, dell'incolpato o del difensore (essendo applicabili le relative norme del processo penale) di riunione di procedimenti, di immediata declaratoria di proscioglimento per la sussistenza di cause di non punibilità.

Si ritiene inapplicabile l'art. 431 c.p.p. – che attiene alla formazione del fascicolo per il dibattimento – in quanto il procedimento disciplinare prevede, all'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2006, che il Procuratore Generale, all'atto di formulare le richieste conclusive – di non luogo a procedere o di fissazione dell'udienza di discussione orale – “*invia alla Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura il*

fascicolo del procedimento, dandone comunicazione all'incolpato”.

Al fine di tutelare il diritto di difesa dell'incolpato, é fondamentale che l'incolpazione sia enunciata in forma precisa e specifica. Naturalmente valgono in materia i principi elaborati nel processo penale dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui la genericità del capo di incolpazione si ritiene esclusa quando l'incolpato é stato in grado di difendersi nel merito dalle accuse, essendo stato posto a conoscenza del contenuto degli addebiti.

In ossequio ai principi di cui agli artt. 521 e 522 c.p.p., dovendo essere assicurato il pieno rispetto del principio di correlazione tra accusa e sentenza, il pubblico ministero ha la possibilità di procedere a modifica dell'incolpazione o a formulare contestazione suppletiva, sia prima dell'inizio del dibattimento che nel corso dello stesso.

Correlativamente é riconosciuto alla Sezione Disciplinare il potere di una diversa qualificazione giuridica del fatto, purché non risulti violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza.

Possono essere escussi testimoni nella forma dell'esame incrociato, salva la possibilità di acquisire le dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti nel corso delle indagini preliminari.

L'incolpato ha la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee in ogni stato del dibattimento e deve essergli garantita la possibilità di prendere la parola per ultimo (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2006).

La Sezione Disciplinare del Consiglio superiore della magistratura delibera immediatamente dopo l'assunzione delle prove e le conclusioni del pubblico ministero e della difesa dell'incolpato. I motivi della sentenza sono depositati entro trenta giorni dalla deliberazione (art. 19, comma 2, d.lgs. n. 109 del 2006).

Ai sensi dell'art. 24 d.lgs. n. 109/2006, «l'incolpato, il Ministro della giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di cassazione possono proporre, contro i provvedimenti in materia di sospensione di cui agli articoli 21 e 22 e contro le sentenze della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, ricorso per cassazione, nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale. Nei confronti dei provvedimenti in materia di sospensione il ricorso non ha effetto sospensivo del provvedimento impugnato [co. 1]. La Corte di cassazione decide a sezioni unite civili, entro sei mesi dalla data di proposizione del ricorso [co. 2]».

La disposizione citata disciplina il ricorso per cassazione avverso le sentenze ed i provvedimenti cautelari resi dalla Sezione disciplinare.

I soggetti legittimati a proporlo sono l'incolpato, unitamente ai titolari dell'azione disciplinare, il Ministro della giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

I termini di impugnazione sono quelli previsti dal codice di procedura penale: quindici giorni per le sentenze la cui motivazione é depositata immediatamente; trenta giorni per le sentenze la cui motivazione é

depositata entro trenta giorni; quarantacinque giorni per le sentenze la cui motivazione é depositata con la fissazione di un termine maggiore di trenta giorni.

Il termine per impugnare decorre dalla scadenza del termine previsto per il deposito o dalla data di comunicazione del provvedimento, se questo é depositato fuori termine.

Il ricorso deve essere proposto alle Sezioni unite civili con il patrocinio di difensore abilitato.

L'elemento di novità introdotto per effetto della l. n. 269/2006 consiste nella c.d. struttura bifasica, emergente dall'apparente discrasia tra primo e secondo comma dell'art. 24, in forza della quale si applicano le norme processuali penali nella fase introduttiva e quelle processuali civili nella fase del giudizio, in considerazione del giudice adito (le Sezioni Unite civili, appunto).

In particolare, nella fase introduttiva sono ricompresi i soggetti ammessi a presentare il ricorso, le formalità di presentazione, gli incumbenti relativi alla notificazione; mentre nella fase del giudizio vero e proprio (regolata dalle norme processuali civili) sono ricompresi la notificazione e il deposito del ricorso, la notificazione e il deposito del controricorso, il ricorso incidentale e l'integrazione del contraddittorio.

Il modello bifasico descritto è stato favorevolmente giudicato dalla dottrina, in quanto idoneo a coniugare le qualità di entrambi i riti dai quali attinge, in relazione a tempi e garanzie. Diversamente, vi sarebbe stata una evidente contraddizione tra il rito e l'organo giurisdizionale, che non

avrebbe avuto alcuna razionalità sul piano sistematico: la soluzione attuale è da ritenersi preferibile rispetto alle formule precedentemente in vigore, ai sensi dell'art. 60 d.p.r. n. 916/1958 e della versione originaria dell'art. 24 d.lgs. n. 109/2006 (rispettivamente, rito civile - Sezioni Unite civili; rito penale - Sezioni Unite penali).

In particolare, è il caso di evidenziare il termine di sei mesi previsto per la decisione del ricorso, che risponde, evidentemente, ad obiettivi di celerità, funzionali alla credibilità della funzione giurisdizionale e dell'ordine giudiziario.

5.10) Le nuove regole processuali: principali problematiche emerse

Sempre negli anni addietro, il terzo profilo di ampio dibattito nelle sedi politiche (dopo quello relativo alle questioni tipicità/atipicità dell'illecito e discrezionalità/obbligatorietà azione disciplinare), così come in dottrina e nella magistratura, era quello inerente le regole del procedimento disciplinare, ancora governato dall'applicazione delle norme del codice di procedura penale di tipo inquisitorio degli anni trenta in forza di espresso rinvio, da molti ritenuto recettizio, disposto dagli artt. 32 e 34 del r.d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511.

Invero, al momento del varo del nuovo codice di procedura penale, proprio al fine di fugare il dubbio che le norme contenenti riferimenti al codice del 1930 dovessero ritenersi abrogate assieme a quest'ultimo, il legislatore si premurò di emettere un'apposita statuizione, contenuta nell'art. 17 del d.lgs. 28 luglio 1989 n. 273, poi rinnovata dall'art. 8 del decreto legge 28

agosto 1995 n. 361, in forza della quale “*fino all’entrata in vigore della legge di riforma della procedura relativa alla responsabilità disciplinare dei magistrati continuano ad applicarsi il r.d. 31 maggio 1946, n. 511 ed il d.p.r. 16 settembre 1958, n. 916 e successive modificazioni ed integrazioni, e i rinvii al codice di procedura penale si intendono riferiti al codice abrogato*”.

Dunque, sino all’avvento della riforma del 2006, l’intera assunzione dei mezzi di prova e l’intera conduzione del procedimento avvenivano ad opera della Procura generale presso la Corte di cassazione, vale a dire del pubblico accusatore.

Il Procuratore generale aveva il potere discrezionale ed insindacabile di scegliere per l’istruzione formale o per quella sommaria e provvedeva direttamente all’escussione delle prove ed a concretizzare il diritto al contraddittorio che all’incolpato è riconosciuto.

Dinanzi alla Sezione disciplinare del CSM la regola era quella della *non ripetizione* degli atti istruttori assunti dalla Procura generale e, per quanto le Sezioni unite della Corte di cassazione avessero costantemente cercato di mitigare questo principio, accadeva che in sede dibattimentale le parti potevano solo esporre le loro ragioni e concludere, ma non ottenere, nel rispetto del pieno contraddittorio, la ripetizione dell’attività di accertamento dei fatti.

Molti quindi auspicavano che anche al processo disciplinare venissero applicate le regole del nuovo codice di procedura penale, con un diritto

pieno alla difesa e la previsione che la prova non si formasse più dinanzi alla Procura generale, ma esclusivamente dinanzi all'organo giudicante.

La Riforma del 2006, in forza degli espressi rinvii operati con gli artt. 16, secondo comma e 18, quarto comma del d.lgs. n. 109 (rispettivamente, per le attività di indagine e per le attività dibattimentali), ha finalmente reso applicabile al procedimento disciplinare, pur con particolari limiti, le regole del vigente codice Vassalli, approvato con d.p.r. 22 settembre 1988 n. 447.

Sicché può affermarsi che le regole del procedimento disciplinare - soprattutto alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 269 del 2006 all'originario impianto - sono oggi in sintonia con i principi costituzionali e con le esigenze di un processo rapido e giusto ed integrano un sistema *“severo ma chiaro, conservato all'interno del circuito dell'autogoverno”*⁹⁶.

Vero è che, sia per le attività di indagine che per ogni altra attività dibattimentale, le norme del codice di procedura penale si applicano solo in quanto compatibili. Vero è che il processo disciplinare è strutturato diversamente dal processo penale: manca un GIP; vi è un fascicolo del PG che finisce automaticamente nel fascicolo della Sezione disciplinare. Vi sono poteri officiosi in materia di acquisizione di prove da parte della

⁹⁶Come auspicato dal Presidente dell'A.N.M., RIVIEZZO, nel discorso inaugurale del XXVIII Congresso nazionale tenutosi a Roma, il 24-26 febbraio 2006, in *Cento anni di associazione magistrati*, a cura di BRUTI LIBERATI-PALAMARA, Milano, 2009, 278.

Sezione disciplinare. Il giudice è unico di primo grado ed ha copertura costituzionale quanto alla connessione con il governo autonomo.

Dunque, si sono posti molteplici problemi di applicabilità di norme del rito penale nel procedimento disciplinare, laddove essa non sia espressamente disposta o vietata dalle norme del d.lgs. 109/2006.

Tra le norme del processo penale che sono state ritenute compatibili con il procedimento disciplinare vi sono quelle relative al divieto di utilizzazione delle **denunce anonime**, che non possono essere acquisite né in alcun modo utilizzate, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'incolpato (art. 240, primo comma, c.p.p. con riferimento generale ai documenti anonimi). L'unico effetto che può scaturire da una denuncia anonima è quello di stimolare gli organi titolari dell'azione disciplinare onde assumere dati conoscitivi, diretti a verificare se dall'anonimo possano trarsi gli estremi utili all'individuazione di una notizia di illecito disciplinare. E' discusso se, in questo caso, il termine annuale di decadenza dall'esercizio dell'azione disciplinare (art. 15, secondo comma, d.lgs. n. 109 del 2006) decorra dalla ricezione dell'anonimo.

In tema di **intercettazioni telefoniche ed ambientali**, nel sistema abrogato un orientamento della Corte Suprema non più recente era nel senso di ritenere compatibile il generale divieto di inutilizzabilità, in processi diversi da quello penale, sancito dall'art. 270 c.p.p. con l'unica deroga dell'utilizzabilità in caso di indispensabilità per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Detto uso si riteneva però

consentito al Procuratore Generale per poter assumere informazioni su circostanze utili ai fini dell'indagine (artt. 326, 358 e 362 c.p.p.), nonché per verificare la credibilità della persona interrogata anche nella fase dibattimentale. Secondo la più recente giurisprudenza della Sezione disciplinare, tuttavia, i meccanismi di preclusione all'utilizzazione di determinate fonti di prova, quali le intercettazioni di conversazioni, hanno una peculiare ragion d'essere solo nell'ambito del processo penale, le cui garanzie devono essere massime, secondo i canoni di ragionevolezza ed i principi fondamentali dell'ordinamento, essendo massimo il bene, quello della libertà, sacrificato con l'applicazione della sanzione e massimo il disvalore sociale e le conseguenze giuridiche legate alla condanna, anche quando questa non implica una privazione potenziale od effettiva della libertà personale. Deve ritenersi, quindi, che queste preclusioni non operino quando siano in gioco interessi individuali, se non di diverso rango, certo di diversa natura, come nel giudizio civile o disciplinare. Solo nel caso in cui l'acquisizione del contenuto della conversazione sia frutto *ab origine* di una violazione dei diritti fondamentali, non soltanto l'interesse dell'incolpato non ha più ragione di essere recessivo rispetto all'interesse dell'ordinamento ad accertare l'illecito, ma anzi la rimozione in radice di qualunque effetto diventa esigenza primaria⁹⁷.

⁹⁷Cass., sez. un., 23 dicembre 2009 n. 27292; 29 maggio 2009 n. 12717 secondo le quali non operano nel procedimento disciplinare i limiti di cui all'art. 270 c.p.p. e dunque non è preclusa l'utilizzazione esterna delle risultanze delle intercettazioni quale *notitiacriminis* di un diverso reato; v. anche, con ampio approfondimento storico e sistematico, CSM, sez. disc., 9 febbraio 2009, n. 28; v. ancora, CSM, sez. disc., 29 maggio 2009 n. 86; ord. 26 settembre 2008 n. 84; 15 settembre 2007 n. 82; 11 maggio 2007 n. 52; 14 febbraio 2006 n. 27; ord. 3 agosto 2004 n. 5; *contra*, nel senso dell'inutilizzabilità nel procedimento disciplinare delle intercettazioni telefoniche, telematiche o

Compatibili sono, certamente, quelle norme del rito penale relative alle **investigazioni difensive** (art. 391 bis ss. c.p.p.), che sono espressione del più generale principio di parità tra accusa e difesa, con il solo limite di applicabilità per quelle norme che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, quali l'assunzione di informazioni da una persona sottoposta ad indagini (art. 391 bis, quinto comma, c.p.p.), la richiesta di incidente probatorio (art. 391 bis, undicesimo comma, c.p.p.), l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico (art. 391 septies, primo comma, c.p.p.), in considerazione del fatto che, nel procedimento disciplinare, manca la figura del giudice per le indagini preliminari.

Proprio per la mancanza nel procedimento disciplinare della figura del giudice per le indagini preliminari, sono viceversa incompatibili tutte quelle norme del processo penale che presuppongono la presenza di questo giudice ai più diversi fini (incidente probatorio, udienza preliminare, ecc.).

Ad esempio, tra gli adempimenti cui è tenuto il Procuratore Generale al momento della chiusura delle indagini, per costante giurisprudenza della

ambientali, CSM, sez. disc., 20 ottobre 2006 n. 149. In sede di contenzioso amministrativo ed in relazione a procedimenti disciplinari nel pubblico impiego è pacifica l'utilizzabilità delle intercettazioni: Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2007 n. 1426; TAR Calabria, n. 1170 del 2005; TAR Calabria, n. 454 del 2005; TAR Sicilia, sez. distaccata di Catania, 4 giugno 2002; TAR Piemonte, 22 novembre 2006; TAR Lazio, 10 febbraio 2005; v. nel medesimo senso anche Garante della privacy, decisione 27 giugno 2001 n. 21. Con riferimento all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nel processo civile, v. poi Cass., sez. III civ., 26 giugno 2007 n. 14766; 15 ottobre 2004 n. 20335; 9 settembre 2004 n. 18131; 1° marzo 2004 n. 4118; 17 febbraio 1998 n. 1670; v. inoltre, per le misure di prevenzione in sede penale, Cass, sez. II pen., 28 maggio 2008 n. 25919; sez. I pen., 13 giugno 2007 n. 27665; sez. VI pen., 30 settembre 2005 n. 39953; 29 aprile 1999 n. 718; sez. I pen., 31 ottobre 1994 n. 4967; v. infine, per il procedimento di equa riparazione, Cass., sez. IV pen., 1° luglio 2008 n. 32367; 6 maggio 2008 n. 26674; 17 aprile 2008 n. 25574; 25 settembre 2003 n. 42708.

Sezione disciplinare, non vi sono quelli ai sensi dell'**art. 415 bis c.p.p.**, dovuti in sede penale a conclusione delle indagini preliminari e nel solo caso di richiesta di rinvio a giudizio. L'obbligo per il pubblico ministero di notificare l'avviso della conclusione delle indagini preliminari all'indagato ed al suo difensore - con conseguente avvertimento che l'indagato ha facoltà, nel termine di venti giorni, di presentare memorie, produrre documenti, ecc. - non ha portata generale, ma è limitato solo al caso in cui il pubblico ministero si determini a richiedere la celebrazione dell'udienza preliminare.

Manca, evidentemente, nel procedimento disciplinare, ancora improntato alla vecchia normativa che prevedeva, a seguito dell'istruzione sommaria del pubblico ministero, la richiesta di rinvio a giudizio direttamente indirizzata al Presidente del Tribunale, un filtro predibattimentale, qual è nel procedimento penale quello del giudice dell'udienza preliminare.

Invero, i rinvii al codice di procedura penale, disposti dall'art. 16 del d.lgs. n. 109 del 2006 con riferimento alla "attività di indagine", sono espressamente subordinati al limite della compatibilità, sicché non operano per le fasi che nella disciplina dei giudizi disciplinari trovano già una propria specifica e completa diversa regolamentazione. Tale è appunto quella stabilita dall'art. 17 del d.lgs n. 109 del 2006, il quale prescrive che il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, compiute le indagini, senz'altro presenta alla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura le sue richieste - di non luogo a procedere o di fissazione dell'udienza di discussione orale - inviando il fascicolo del

procedimento e dandone comunicazione all'incolpato, al quale non è dunque stabilito che debba essere trasmesso altro preventivo avviso.

E' stato dubitato che gli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 109 del 2006 siano contrastanti con i principi costituzionali di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge (art. 3), di inviolabilità del diritto di difesa (art. 24) e di garanzia del contraddittorio tra le parti (art. 111), poiché non consentirebbero al magistrato incolpato di un illecito disciplinare, come invece alla persona sottoposta alle indagini per un'ipotesi di reato, di interloquire sulla completezza delle investigazioni svolte, prospettando argomenti ed elementi di prova idonei ad evitare un rinvio a giudizio che risulterebbe per lui comunque pregiudizievole, anche nel caso di successiva esclusione dell'addebito.

Tuttavia, la netta diversità di natura e gravità tra gli illeciti disciplinari e quelli penali, come anche tra le relative sanzioni, già di per sé giustifica una differenziazione tra i rispettivi ordinamenti processuali e fa risultare non costituzionalmente imposta una generale ed automatica estensione all'uno di ogni singola norma dell'altro.

D'altra parte, anche per la fase delle indagini preliminari sono apprestate al magistrato incolpato di un illecito disciplinare adeguate garanzie di difesa, essendo previsto dall'art. 15 del d.lgs. n. 109 del 2006 che entro trenta giorni gli debba essere data comunicazione dell'inizio del procedimento e che egli fin da allora possa farsi assistere da un difensore e se del caso da un consulente tecnico.

In linea generale, può dirsi dunque che il rinvio degli artt. 16 e 18 del d.lgs. n. 109 del 2006 alle norme del codice di procedura penale, che devono trovare applicazione “*in quanto compatibili*”, non determina la trasformazione del procedimento disciplinare in procedimento penale, ma implica solamente l’adozione di un modello processuale, sia pure quello più consono alla piena giurisdizionalizzazione del giudizio disciplinare e più adatto alle esigenze di accertamento che gli sono proprie. Permane la più ampia autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, che ben giustifica, tra l’altro, l’utilizzazione in sede disciplinare di mezzi di prova non utilizzabili in sede penale.

La possibilità che il procedimento disciplinare si svolga davanti alla Sezione disciplinare secondo i moduli procedimentali del processo penale e in sede di impugnazione davanti alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione (art. 24, secondo comma, del d.lgs. n. 109 del 2006) conferma la natura funzionale e non sostanziale dell’adozione del modello processuale.

Nonostante il richiamo contenuto alle disposizioni del codice di procedura penale, il procedimento disciplinare non ha natura accusatoria, per come si evince dall’art. 18, comma 3, d.lgs. n. 109 del 2006. Infatti, “*la Sezione Disciplinare può: a) assumere, anche d'ufficio, tutte le prove che ritiene utili; b) disporre o consentire la lettura di rapporti dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia, dei consigli giudiziari e dei dirigenti degli uffici, la lettura di atti dei fascicoli personali nonché delle prove acquisite nel corso delle indagini; c) consentire l'esibizione di*

documenti da parte del pubblico ministero, dell'incolpato e del delegato del Ministro della giustizia”.

5.11) Cenni sulle misure cautelari

Le misure cautelari previste dall'ordinamento sono quelle della sospensione obbligatoria dalle funzioni e dallo stipendio (art. 21)⁹⁸, della sospensione facoltativa (art. 22)⁹⁹, del trasferimento ad altra sede o

⁹⁸Art. 21. Sospensione cautelare obbligatoria.

1. A richiesta del Ministro della giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura sospende dalle funzioni e dallo stipendio e colloca fuori dal ruolo organico della magistratura il magistrato, sottoposto a procedimento penale, nei cui confronti sia stata adottata una misura cautelare personale.

2. La sospensione permane sino alla sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione o alla sentenza irrevocabile di proscioglimento.

3. La sospensione è revocata, anche d'ufficio, dalla sezione disciplinare, allorché la misura cautelare è revocata per carenza di gravi indizi di colpevolezza. Negli altri casi di revoca o di cessazione degli effetti della misura cautelare, la sospensione può essere revocata.

4. Al magistrato sospeso è corrisposto un assegno alimentare nella misura indicata nell'articolo 10, comma 2.

5. Il magistrato riacquista il diritto agli stipendi e alle altre competenze non percepite, detratte le somme corrisposte per assegno alimentare, se è prosciolto con sentenza irrevocabile ai sensi dell'articolo 530 del codice di procedura penale. Tale disposizione si applica anche se è pronunciata nei suoi confronti sentenza di proscioglimento per ragioni diverse o sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione, qualora, essendo stato il magistrato sottoposto a procedimento disciplinare, lo stesso si sia concluso con la pronuncia indicata nell'articolo 22, comma 5.

⁹⁹Art. 22. Sospensione cautelare facoltativa.

1. Quando il magistrato è sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva, o quando al medesimo possono essere ascritti fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare che, per la loro gravità, siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni, il Ministro della giustizia o il Procuratore generale presso la Corte di cassazione possono chiedere alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura la sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio, e il collocamento fuori

destinazione ad altre funzioni, nei casi di minore gravità (art. 22 comma 1 ultima parte).

Nel corso del procedimento disciplinare é previsto il trasferimento ad altra sede o ad altra funzione per addebiti punibili con sanzione diversa dall'ammonimento (art. 13, comma 2)¹⁰⁰.

L'elemento di distinzione tra le fattispecie di cui agli artt. 13 e 22, che talora possono prestarsi a confusioni, è rappresentato dalla circostanza che in un caso (art. 13) la misura è disposta dopo l'inizio del procedimento,

dal ruolo organico della magistratura, anche prima dell'inizio del procedimento disciplinare. Nei casi di minore gravità il Ministro della giustizia o il Procuratore generale possono chiedere alla sezione disciplinare il trasferimento provvisorio dell'incolpato ad altro ufficio di un distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato nell'articolo 11 del codice di procedura penale.

2. La Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura convoca il magistrato con un preavviso di almeno tre giorni e provvede dopo aver sentito l'interessato o dopo aver constatato la sua mancata presentazione. Il magistrato può farsi assistere da altro magistrato o da un avvocato.

3. La sospensione può essere revocata dalla Sezione disciplinare in qualsiasi momento, anche d'ufficio.

4. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 21, commi 4 e 5.

5. Se è pronunciata sentenza di non luogo a procedere o se l'incolpato è assolto o condannato ad una sanzione diversa dalla rimozione o dalla sospensione dalle funzioni per un tempo pari o superiore alla durata della sospensione cautelare eventualmente disposta, sono corrisposti gli arretrati dello stipendio e delle altre competenze non percepiti, detratte le somme già riscosse per assegno alimentare.

¹⁰⁰**Art. 13. <Trasferimento d'ufficio> e provvedimenti cautelari.**

1. Omissis

2. Nei casi di procedimento disciplinare per addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonimento, su richiesta del Ministro della giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, in via cautelare e provvisoria, può disporre il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato.

mentre l'altra (art. 22) può essere disposta anche prima dell'inizio del procedimento disciplinare.

Per quanto attiene al procedimento cautelare, il secondo comma dell'art. 22 dispone che «la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura convoca il magistrato con un preavviso di almeno tre giorni e provvede dopo aver sentito l'interessato o dopo aver constatato la sua mancata presentazione. Il magistrato può farsi assistere da altro magistrato o da un avvocato».

La disposizione evidenzia le garanzie di difesa per l'incolpato nel caso in cui ricorrano le esigenze cautelari.

Tali garanzie sono da considerarsi operanti anche in relazione alle ipotesi di trasferimento provvisorio (art. 13) e finanche di sospensione obbligatoria, laddove vi sono sì minori margini di discrezionalità nell'applicazione della misura, ma deve pur sempre essere garantita la difesa dell'incolpato, nel quadro dei presupposti di cui all'art. 21.

Tale lettura sistematica del procedimento cautelare consente di escludere la possibilità di disporre la c.d. sospensione de plano, senza, cioè, sentire il magistrato. Nella medesima direzione militano le regole del processo penale (cfr. art. 127 c.p.p.), al cui schema si rifà il procedimento disciplinare.

Il procedimento cautelare si apre su richiesta di uno dei due titolari dell'azione disciplinare, il Ministro della giustizia o il Procuratore generale presso la Cassazione (cfr. artt. 21, co. 1; 22, co 1).

Fino a quando il procedimento non è terminato con una decisione divenuta definitiva, la richiesta può essere sempre presentata e le misure cautelare possono essere sempre disposte.

Tale orizzonte temporale è, del resto, del tutto coerente con la natura e le finalità delle misure cautelare, sopra descritte.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 24 e 22, le misure cautelari hanno immediata esecutività e l'eventuale ricorso per cassazione non ne sospende l'efficacia; tale soluzione, del resto, appare conforme alla ratio delle misure cautelare disciplinari sopra evidenziata.

Le misure cautelari disposte dalla Sezione disciplinare devono essere poi recepite in decreti ministeriali, ai sensi dell'art. 17, co. 1 l. n. 195/1958, tale recepimento è giustificato in considerazione degli effetti che le misure hanno sul rapporto di impiego e che non sono di pertinenza del CSM.

Anche alle misure cautelare disciplinari si applica l'art. 299 c.p.p., in tema di sostituzione delle misure, nei casi di attenuazione o aggravamento delle esigenze cautelare.

6. La revisione quale mezzo di impugnazione straordinario. La prevalenza delle esigenze di giustizia sostanziale sulle esigenze di certezza dei rapporti giuridici presidiate dal giudicato

Ai sensi del primo comma dell'art. 25 d.lgs. n. 109/2006, «è ammessa, in ogni tempo, la revisione delle sentenze divenute irrevocabili, con le quali è stata applicata una sanzione disciplinare quando: a) i fatti posti a

fondamento della sentenza risultano incompatibili con quelli accertati in una sentenza penale irrevocabile ovvero in una sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione; b) sono sopravvenuti o si scoprono, dopo la decisione, nuovi elementi di prova, che, soli o uniti a quelli già esaminati nel procedimento disciplinare, dimostrano l'insussistenza dell'illecito; c) il giudizio di responsabilità e l'applicazione della relativa sanzione sono stati determinati da falsità ovvero da altro reato accertato con sentenza irrevocabile».

Tale rimedio, alla stregua di quello previsto dall'art. 630 c.p.p., si configura quale mezzo di impugnazione straordinario, non soggetto a termini di decadenza, esperibile nelle ipotesi qualificate in cui il legislatore ha ritenuto che le esigenze di giustizia sostanziale debbano prevalere sulle esigenze di certezza dei rapporti giuridici presidiate dal giudicato.

La giurisprudenza, disciplinare e di legittimità, ha avuto modo di chiarire la portata applicativa delle ipotesi previste dall'art. 25 cit.

In particolare, l'incompatibilità di cui alla lettera a) deve risiedere in un elemento oggettivo e non già in una diversa valutazione da parte dei giudici.

Analogamente, i nuovi elementi di prova di cui alla lettera b) devono risultare estranei al contenuto della precedente decisione e rivelarsi idonei ad incidere su circostanze rilevanti e non marginali.

Infine, si è sostenuta in dottrina l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 cit. in relazione all'art. 117 Cost., nella parte in cui non prevede la revisione nel caso di condanna all'esito di un giudizio disciplinare ritenuto non equo

dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. art. 6 CEDU in tema di processo equo)».

7. Il principio di autonomia del procedimento disciplinare rispetto all'azione civile e all'azione penale

L'art. 20 d.lgs. n. 109/2006 afferma il principio di autonomia del procedimento disciplinare rispetto all'azione civile e all'azione penale.

In particolare, ai sensi del primo comma della disposizione citata, «l'azione disciplinare è promossa indipendentemente dall'azione civile di risarcimento del danno o dall'azione penale relativa allo stesso fatto, ferme restando le ipotesi di sospensione dei termini di cui all'articolo 15, comma 8».

L'autonomia del procedimento disciplinare discende dall'autonomia strutturale e funzionale dell'illecito disciplinare rispetto alle altre categorie di illecito (penale, civile, amministrativo -contabile).

Dalla richiamata autonomia consegue l'esclusione di un automatismo sanzionatorio in forza del quale i risultati del processo penale possano portare automaticamente all'applicazione di una sanzione disciplinare.

Tale profilo è stato viepiù accentuato dalla tipizzazione di cui alla disciplina del 2006, che ha rinforzato il dato dell'autonomia strutturale dell'illecito disciplinare.

Una parziale deroga a tale principio è costituita dalla previsione di cui alla lettera a) dell'art. 4 d.lgs. n. 109/2006, ai sensi della quale costituiscono

illeciti disciplinari conseguenti al reato «i fatti per i quali è intervenuta condanna irrevocabile o è stata pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto doloso o preterintenzionale, quando la legge stabilisce la pena detentiva sola o congiunta alla pena pecuniaria».

Si tratta di un automatismo stabilito dal legislatore del 2006, in ragione della particolare gravità e rilevanza delle fattispecie ivi previste.

In considerazione della possibile sovrapposizione delle attività istruttorie e ferma restando l'autonomia descritta, l'art. 20 cit. fa salve le ipotesi di sospensione dei termini di cui all'art. 15, co. 8¹⁰¹.

In tali ipotesi, la sospensione dei termini opera ex lege, senza necessità di un provvedimento che la dichiari.

8. Il trasferimento d'ufficio. Il nuovo art. 2 L.G. ed il suo controverso ambito applicativo

¹⁰¹ «a) se per il medesimo fatto è stata esercitata l'azione penale, ovvero il magistrato è stato arrestato o fermato o si trova in stato di custodia cautelare, riprendendo a decorrere dalla data in cui non è più soggetta ad impugnazione la sentenza di non luogo a procedere ovvero sono divenuti irrevocabili la sentenza o il decreto penale di condanna; b) se durante il procedimento disciplinare viene sollevata questione di legittimità costituzionale, riprendendo a decorrere dal giorno in cui è pubblicata la decisione della Corte costituzionale; e) se l'incolpato è sottoposto a perizia o ad accertamenti specialistici, e per tutto il tempo necessario; d) se il procedimento disciplinare è rinviato a richiesta dell'incolpato o del suo difensore o per impedimento dell'incolpato o del suo difensore; d-bis) se, nei casi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere g) ed h), all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo; d-ter) se il procedimento è sospeso a seguito di provvedimento a norma all'articolo 16».

Il nuovo sistema disciplinare ha inciso fortemente sugli istituti dei trasferimenti d'ufficio che derogano al principio di inamovibilità dei magistrati (art. 107 Cost.).

Nel vecchio sistema disciplinare, il trasferimento d'ufficio era previsto soltanto quale sanzione accessoria nelle ipotesi di condanna del magistrato incolpato ad una “*sanzione superiore all'ammonimento*” (art. 21, sesto comma, r.d.lgs. n. 511/46). Il presupposto di tale sanzione accessoria consisteva in una situazione in atto, tale da non rendere possibile per il magistrato medesimo di continuare ad esercitare le sue funzioni nella stessa sede, senza pregiudizio del prestigio dell'Ordine giudiziario e da determinare un alto grado di compromissione dell'immagine del magistrato in ambito locale e nei rapporti con i colleghi e gli avvocati.

In sede amministrativa, il vecchio disposto dell'art. 2, secondo comma, del r.d.lgs. n. 511/46 stabiliva poi il trasferimento d'ufficio dei magistrati ad altra sede o ad altra funzione quando, “*per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario*”.

La circostanza che la causa del trasferimento potesse dipendere o meno da colpa del magistrato ha fatto sì che, nella prassi, l'istituto del trasferimento ex art. 2 L.G. abbia assunto spesso una funzione impropriamente “*paradisciplinare*” ogni qualvolta la situazione di incompatibilità fosse dipesa da colpa. In molti casi, dunque, il rimedio del trasferimento amministrativo e di quello disciplinare si cumulavano, con ovvia

commistione di competenze tra Prima Commissione del CSM e Sezione disciplinare e possibili problemi di effettiva terzietà dell'organo giurisdizionale.

La riforma del 2006, proprio al fine di separare in maniera più marcata le competenze giurisdizionali da quelle amministrative in tema di trasferimento d'ufficio e nell'ottica di giurisdizionalizzare, quanto più possibile, una procedura che incide fortemente sulla garanzia costituzionale dell'inamovibilità, ha per un verso codificato e circoscritto le ipotesi di trasferimento d'ufficio in sede disciplinare, estendendole anche in sede cautelare (art. 13 d.lgs. n. 109/2006)¹⁰² e, per altro verso, ha sensibilmente ridotto l'ambito di applicazione dell'art. 2 L.G. ai soli casi in cui i magistrati ***“per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza ed imparzialità”***.

¹⁰²Art. 13: *“1. La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, nell'infliggere una sanzione diversa dall'ammonimento e dalla rimozione, può disporre il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia. Il trasferimento è sempre disposto quando ricorre una delle violazioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera a), nonché nel caso in cui è inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni.*

2. Nei casi di procedimento disciplinare per addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonimento, su richiesta del Ministro della giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, in via cautelare e provvisoria, può disporre il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato.”

Il nuovo sistema ordinamentale - in un'ottica che a prima vista appare, al contempo, garantista ed efficientista - pone dunque una distinzione netta tra competenze ex art. 2 L.G. ed illeciti disciplinari tipici.

Vero è che, mentre sul versante disciplinare i problemi interpretativi ed applicativi che si sono posti si sono rivelati del tutto fisiologici e propri di ogni modifica ordinamentale e processuale, sul versante amministrativo essi stanno determinando, per certi versi, un vero e proprio *impasse* nelle corrispondenti prerogative del CSM in tema di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale.

Evidenti sono i punti modificati dell'art. 2 L.G.: per un verso, il trasferimento d'ufficio richiede che l'incompatibilità non sia dipendente da colpa del magistrato e, per altro verso, l'incompatibilità non si collega più alla caduta delle "condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario", ma al requisito dell'indipendenza ed imparzialità, che d'altra parte è anche preconditione dell'esercizio della funzione giudiziaria.

Per quest'ultimo profilo, parte della dottrina tende a sminuire la rilevanza della modifica, ritenendo, sulla scia di quanto affermato in tempi risalenti dalla Corte costituzionale, che il sistema non solo garantisce l'indipendenza e l'imparzialità, ma anche l'apparenza di indipendenza e di imparzialità: la credibilità, appunto, del magistrato, della funzione e dell'istituzione, intesa come qualunque fatto o situazione che oggettivamente offuschi tale apparenza, che mini la possibilità per i cittadini di avere una ragionevole fiducia nell'essere terzo e imparziale del giudice. Il valore tutelato, allora, è la salvaguardia di quelle condizioni che

rendono possibile la fiducia dei cittadini nei giudici e nella loro indipendenza ed imparzialità.

In questo contesto, può spiegarsi perché il legislatore della riforma non abbia più fatto riferimento al prestigio dell'Ordine giudiziario genericamente riferito all'istituzione, ma al nucleo forte della credibilità nei confronti dei cittadini, quali utenti del servizio giustizia, costituito dall'indipendenza e imparzialità del singolo e, attraverso di esso, dell'intero Ordine giudiziario.

La rilevanza della modifica è invece evidenziata dal CSM in considerazione della differenza radicale tra l'interesse tutelato nella precedente versione della norma e quello preso in considerazione nella nuova¹⁰³.

Osserva il CSM, sul piano letterale, che la lesione dell'indipendenza e/o dell'imparzialità, anche per il profilo dell'immagine, va collegata ad una situazione assai più pregnante della perdita di prestigio e, sul piano sistematico, che, proprio il confronto tra disciplina previgente e disciplina vigente, con riferimento sia all'art. 13 d.lgs. n. 109/2006 che all'art. 2 L.G., evidenzia la diversità di piani tra i concetti di indipendenza e imparzialità e quello del prestigio dell'Ordine giudiziario. In altri termini, se ogni lesione di indipendenza e imparzialità mina il prestigio giudiziario,

¹⁰³CSM, delibera del 22 luglio 2008, in fattispecie di trasferimento d'ufficio di un GIP milanese in conseguenza di un'intervista televisiva che aveva suscitato scalpore e disagio tra i colleghi in sede locale; nello stesso senso, v. anche CSM, delibera del 1° aprile 2009, in altra fattispecie di trasferimento d'ufficio per incompatibilità funzionale di un Presidente di tribunale.

non ogni lesione del prestigio dell'Ordine giudiziario provoca una lesione di indipendenza e/o imparzialità, anche sotto il profilo dell'immagine e dell'apparenza.

Vero è che non sempre è agevole poter affermare che la lesione dell'immagine di indipendenza e imparzialità in un certo contesto ambientale non si riverberi in una lesione dell'immagine di indipendenza e imparzialità *tout court* del magistrato, a prescindere dal contesto in cui operi. Ciò, soprattutto in considerazione del fatto che, come prima accennato, l'indipendenza e l'imparzialità, anche per previsione costituzionale (art. 101) e dettato normativo, costituiscono una vera e propria preconditione dell'esercizio della giurisdizione, in mancanza della quale la valutazione di professionalità del magistrato stesso non può essere che negativa (e, come si sa, due consecutive valutazioni di professionalità negative comportano oggi l'estromissione del magistrato dall'Ordine giudiziario).

Per il primo e più rilevante profilo di modifica dell'art. 2 L.G., si è posto invece un problema interpretativo di vitale importanza ai fini della delimitazione delle sfere di competenze proprie dell'organo di governo autonomo della magistratura in tema di deroghe al principio di inamovibilità.

Secondo l'interpretazione fornita dal CSM in una delle prime attuazioni pratiche della norma riformata, **la linea di demarcazione tra competenze amministrative e competenze giurisdizionali è rappresentata dalla sussumibilità o meno del fatto che ha determinato la situazione di**

potenziale incompatibilità nell'alveo delle fattispecie tipizzate di illecito disciplinare.

Dunque, fermo restando che, nei casi di comportamenti volontari di magistrati riconducibili agli illeciti previsti negli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 109/2006, l'istruttoria compete al Procuratore generale presso la Corte di cassazione e l'accertamento della responsabilità - anche per i profili del *fumus boni juris* del *periculum in mora* in sede cautelare - compete alla Sezione disciplinare, permane invece la competenza della Prima commissione e del CSM in sede amministrativa non solo nelle ipotesi in cui il fatto che determina l'incompatibilità ambientale e/o funzionale non sia ascrivibile ad un comportamento cosciente e volontario del magistrato, ma anche nelle ipotesi in cui, pur potendosi ricondurre la causa dell'incompatibilità ad un comportamento cosciente e volontario del magistrato, questo non si traduca in un fatto di rilievo disciplinare.

Vale a dire che, una volta esclusi dall'area di pertinenza del trasferimento ex art. 2 L.G. i comportamenti tipizzati nelle fattispecie disciplinari, l'ampia area residua non può essere delimitata soggettivamente, ma solo funzionalmente rispetto all'effetto della lesione dell'indipendenza e imparzialità nello svolgimento delle funzioni giudiziarie. Conseguentemente, quando rilevano comportamenti volontari non riconducibili nell'ambito di quelli tipizzati dalle fattispecie disciplinari, resta fuori da ogni indagine, ai fini dell'accertamento dei presupposti del trasferimento, l'elemento soggettivo della rilevanza dell'elemento psicologico a titolo di colpa.

Da questa impostazione deriva che l'istituto del trasferimento per incompatibilità ambientale e/o funzionale opera come clausola di chiusura di un sistema a tutela dell'indipendenza e imparzialità della giurisdizione.

La fattispecie in esame è nota, anche all'opinione pubblica. Si trattava di un'intervista resa da un Gip milanese alla trasmissione televisiva "*Anno Zero*" e di altre interviste connesse, in violazione dei criteri di equilibrio e misura, tali da aver causato allarme e disagio nell'ambiente per la gravità delle dichiarazioni formulate. In merito alle indagini per la cosiddetta "scalata BNL", il magistrato aveva denunciato l'esistenza di "poteri forti" che, anche per il tramite di soggetti istituzionali, avrebbero interferito sull'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali. Inoltre, aveva mosso rilievi ai pubblici ministeri preposti alle stesse indagini manifestando, dapprima, allarme per un asserito "rallentamento delle indagini" e, poi, protesta per un supposto "insabbiamento in corso". Il Consiglio aveva ritenuto la propria competenza in sede amministrativa a trasferire il magistrato anche in quanto il rilascio di dichiarazioni e le interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura, originariamente previste come illecito disciplinare dalla lett. bb) dell'art. 2 del d.lgs. n. 109/2006, non sono più previste come illecito disciplinare per effetto dell'abrogazione della norma avvenuta con la legge n. 269/2006.

Il giudice amministrativo di primo grado, come pure è noto, non ha condiviso l'interpretazione della nuova formulazione dell'art. 2 L.G.

fornita dal CSM.¹⁰⁴, ritenendo che sia da escludere l'applicabilità della norma in esame in ogni caso in cui al comportamento del magistrato, anche non ascrivibile ad ipotesi disciplinari, possa essere attribuita una potenzialità colposa¹⁰⁵.

La sentenza del TAR non nega certo la possibilità di esistenza di condotte imputabili a colpa del magistrato non previste come illecito disciplinare, ma - limitandosi ad una mera interpretazione letterale della norma - si riconosce impotente di fronte ad una sorta di incompletezza del sistema.

Se così fosse, ogni causa di incompatibilità ambientale e/o funzionale non prevista come fattispecie disciplinarmente rilevante, in quanto attribuibile al magistrato, anche solo astrattamente, a titolo di colpa, resterebbe priva di qualsivoglia rimedio, pur a fronte di una concreta lesione dei valori dell'indipendenza ed imparzialità nello svolgimento della funzione giudiziaria. Di qui, molteplici cause di sofferenza degli uffici giudiziari in

¹⁰⁴TAR Lazio, 29 aprile 2009 n. 4454, che ha conseguentemente annullato la delibera CSM di trasferimento d'ufficio del magistrato. La sentenza è stata impugnata dall'amministrazione dello Stato ed è stata successivamente confermata dal Consiglio di Stato con una sentenza emessa nel giugno del 2011.

¹⁰⁵Paradossalmente, il TAR trae argomenti per confutare l'interpretazione consiliare proprio dall'abrogazione – ad opera della legge n. 269/2006 – della fattispecie disciplinare di cui alla lett. bb). Secondo il TAR il comportamento colposo, non più punibile con sanzione disciplinare, non potrebbe essere “sanzionato” con il trasferimento amministrativo. Vero è che l'eliminazione della fattispecie dal catalogo degli illeciti disciplinari verosimilmente trova fondamento proprio nella difficoltà di una valutazione oggettiva in termini di colpa dei criteri di “equilibrio” e “misura”, caratterizzati da estrema soggettività. Del resto, esistono diversi comportamenti che prima potevano essere sanzionati in forza della fattispecie atipica di cui all'art. 18 r.d.lgs. n. 511/46 e che oggi non hanno trovato riscontro nella tipizzazione operata in sede di riforma. Tutti questi comportamenti ben possono rendere incompatibile la presenza del magistrato in una certa sede o per una certa funzione.

termini di efficace esercizio della giurisdizione resterebbero prive di qualsiasi tutela.

Ne conseguirebbe un problema di irragionevolezza intrinseca della norma rispetto al nuovo sistema, che determinerebbe un'evidente lacuna nel sistema costituzionale delle garanzie di indipendenza ed imparzialità della giurisdizione e delle corrispondenti prerogative del CSM, unico organo deputato alla salvaguardia di tali principi¹⁰⁶.

L'interpretazione fornita dal CSM in sede di attuazione dell'art. 2 L.G. è stata del resto successivamente coerente rispetto al precedente *sub iudice*, al punto che, ad esempio, è stato trasferito il Presidente di un tribunale che, nella gestione dell'ufficio, aveva posto in essere condotte connotate da superficialità e sostanziale disinteresse ad una corretta gestione, tra le quali la mancata adozione dei cosiddetti “*programmi organizzativi*” concordati con il Procuratore della Repubblica della stessa sede per garantire la presenza in udienza dei pubblici ministeri che avevano esercitato l'azione penale, così compromettendo la piena indipendenza e imparzialità nello svolgimento della funzione, come percepita oggettivamente all'interno dell'ufficio di appartenenza e dell'ufficio di procura.

¹⁰⁶Per questa ragione, in sede di impugnazione della sentenza del TAR, l'amministrazione dello Stato ha sollevato pure l'eccezione di illegittimità costituzionale per compressione delle competenze e attribuzioni costituzionali del CSM. A questo, infatti, sono affidati, sia l'adozione dei provvedimenti disciplinari a carico dei magistrati (art. 105 Cost.), sia la destinazione dei magistrati ad altre sedi o funzioni, per i motivi e con le garanzie di difesa previste dall'ordinamento giudiziario, in presenza di circostanze che determinano una situazione di incompatibilità (art. 107 Cost.).

Del resto, se già con riferimento all'incompatibilità ambientale riesce difficile immaginare ipotesi concrete di trasferimento d'ufficio che prescindano da comportamenti coscienti e volontari del magistrato e che potrebbero identificarsi, al più, con ipotesi di relazioni parentali non rientranti nelle fattispecie di cui agli artt. 18 e 19 O.G.¹⁰⁷, con riferimento all'incompatibilità funzionale – che pure è tuttora prevista dall'art. 2 L.G. – quale conseguenza dell'interpretazione del TAR del Lazio, si sarebbe determinata una vera e propria abrogazione implicita della norma, dal momento che non si ravvede alcuna ipotesi in astratto degna di essere valutata ai fini del trasferimento d'ufficio che prescinda da un comportamento cosciente e volontario del magistrato.

L'interpretazione fornita dal CSM alla nuova formulazione dell'art. 2 L.G. implica però un ulteriore e delicato profilo interpretativo con riferimento al nuovo sistema di riparto di competenze tra amministrazione e giurisdizione in materia di trasferimento d'ufficio; tale profilo riguarda più propriamente i limiti che si pongono alla Prima commissione del CSM che si accinga a valutare una causa di potenziale incompatibilità relativamente ad un fatto per il quale ancora non sia intervenuto un accertamento in sede disciplinare.

¹⁰⁷Cfr. CSM, delibera del 27 maggio 2009 (archiviazione), ove si pone attenzione alla relazione parentale del Procuratore della Repubblica di una sede particolarmente esposta ai crimini organizzati con un soggetto sospettato di essere contiguo all'associazione criminale denominata Cosa Nostra.

Se invero non può dubitarsi che, prima dell'inizio dell'azione disciplinare, un fatto, ritenuto dalla Prima commissione del CSM non sussumibile tra le fattispecie tipizzate in sede disciplinare, possa essere oggetto di accertamenti in sede amministrativa per i profili di cui all'art. 2 L.G., l'inizio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale o del Ministro della giustizia potrebbe essere ritenuto, di per sé solo, idoneo a “congelare” ogni ipotesi di competenza amministrativa. Vero è che l'inizio di azione disciplinare non implica ancora che quel fatto sia sicuramente sussumibile in una delle fattispecie tipizzate dal d.lgs. n. 109/2006, ma solo che così ha prospettato chi abbia esercitato l'azione disciplinare.

L'interpretazione seguita dalla Prima commissione del CSM è tendenzialmente sempre quella di sospendere ogni attività istruttoria sino all'esito del procedimento disciplinare. Questa interpretazione risponde, tra l'altro, a criteri di opportunità, volti ad evitare in nuce ogni ipotesi di contrasto tra autorità amministrativa ed autorità giurisdizionale in sede di governo autonomo della magistratura. Tuttavia, in ipotesi del genere, potrebbe avvenire che, magari dopo anni e comunque senza alcun preventivo intervento in sede cautelare, il procedimento disciplinare si definisca nel senso che il fatto addebitato al magistrato non sia sussumibile in alcuna delle fattispecie tipizzate dal legislatore e, ciò nonostante, emerga che esso sia stato causa di impossibilità, per il magistrato stesso, di svolgere, nella sede occupata, le proprie funzioni con piena indipendenza ed imparzialità.

Anche in questi casi, il sistema della tutela dell'indipendenza ed imparzialità della giurisdizione, potrebbe essere destinato a rimanere

incompiuto, con grave danno per l'immagine della magistratura e del suo organo di governo autonomo.

9. Prospettive di riforma della c.d. incompatibilità ambientale

Il controverso ambito applicativo dell'art. 2 L.G. nella formulazione vigente ha determinato il CSM a sollecitare più volte al Ministro della giustizia una modifica normativa che renda più razionale il sistema dei trasferimenti d'ufficio.

In particolare il CSM, in una delibera di carattere generale, ha segnalato al Ministro della giustizia le principali lacune che si sono aperte nell'ambito degli strumenti ordinamentali in tema di incompatibilità ambientali e/o funzionali. Preso atto che l'esperienza ha dimostrato un ridimensionamento dei poteri di ufficio del Consiglio, così *“privando l'organo di autogoverno di strumenti incisivi di intervento proprio nelle situazioni più delicate e nelle "zone grigie" (caratterizzate dalla compresenza di comportamenti di diversa rilevanza), il cui permanere mina (o rischia di minare) la credibilità della giurisdizione”*, il CSM ha sottolineato *“che a tale carenza non pongono sufficiente rimedio le nuove disposizioni relative alle misure cautelari, adottabili in sede di procedimento disciplinare, sia per la diversità dei relativi presupposti che per la più ristretta area di applicazione di queste ultime”* ed ha conseguentemente segnalato al Ministro della giustizia *“l'opportunità di reintrodurre strumenti attivabili d'ufficio, idonei ad attribuire al Consiglio, in sede di amministrazione*

della giurisdizione, un potere di intervento su situazioni oggettivamente pregiudizievoli della fiducia dei cittadini nei confronti dell'autorità giudiziaria e nella credibilità di essa più incisivo e di maggiore portata di quello configurato dall'attuale art. 2 legge guarentigie"; e ciò, appunto, "per assicurare all'organo di governo autonomo adeguati meccanismi di intervento in contesti di rilevante compromissione dei valori connessi alla funzione giudiziaria".

Purtroppo, l'auspicio del CSM è rimasto inascoltato e, anche a causa del recente, citato orientamento del giudice amministrativo, si sta determinando, come in precedenza accennato, un vero e proprio *impasse* nelle prerogative del CSM in tema di trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale. Situazioni in ordine alle quali si dovrebbe intervenire con fermezza ed urgenza, pur nel più ampio e ovvio rispetto delle garanzie degli interessati, rischiano di incancrenirsi in attesa dello scioglimento di un ingarbugliato nodo interpretativo, cui forse soltanto il legislatore può porre definitivo rimedio. Ne consegue un forte discredito della funzione giurisdizionale proprio in quegli uffici giudiziari ove si sono maggiormente determinate situazioni potenzialmente idonee a ledere l'immagine di indipendenza ed imparzialità di magistrati.

Dinanzi a questo immobilismo riformista in tema di trasferimenti d'ufficio in via amministrativa, potrebbe a prima vista stupire la sete di cambiamento che, a soli quattro anni dall'entrata in vigore di una riforma epocale sulla materia disciplinare, sembra pervadere il mondo politico.

Invero, l'assetto normativo della responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari può oggi considerarsi compiuto ed aderente alle esigenze di controllo deontologico delle condotte degli appartenenti all'Ordine giudiziario (funzionali e non funzionali). Certo, sono ancora necessari aggiustamenti integrativi delle tipologie di illecito ed alcune modifiche procedurali si rendono opportune, ma il passo è compiuto e non credo davvero che si possano oggi addebitare al legislatore quei vuoti normativi che sono invece rilevabili in altri settori e, per rimanere nell'ambito delle carriere magistratuali, per i magistrati amministrativi e contabili, ai quali tra l'altro non si applica il d.lgs. n. 109/2006 e si applica invece un procedimento amministrativo e non giurisdizionale, privo del tutto di reale efficacia.

Solo un punto tormenta oggi i sogni dei fautori del riformismo ad ogni costo: quello del carattere domestico del giudice deontologico. Lo stesso problema non è invece avvertito per il giudice disciplinare dei magistrati amministrativi, per quello delle professioni, a cominciare dagli avvocati, per quello dei notai, per quello dei medici. Certo, non può ignorarsi che alle origini della sensibilità che alimenta le azioni del legislatore vi può essere la ricerca di un diverso equilibrio nei rapporti tra potere politico e giurisdizione.

Ora, senza dietrologie, è vero che il carattere domestico del giudice disciplinare stride con l'esigenza di garanzia della terzietà ed indipendenza dello stesso anche dai condizionamenti culturali e di "colleganza", ma il problema dovrebbe essere allora comune in tutti i casi ed anche quindi per

le altre categorie, comprese quelle dei magistrati amministrativi e contabili che pure esercitano delicate funzioni costituzionalmente previste.

Senza dire che, proprio per i magistrati ordinari, la composizione della Sezione disciplinare non è affatto interamente domestica, se è vero che l'organo giurisdizionale è presieduto dal Vice presidente del CSM ed è anche composto, per un terzo dai componenti "laici", ossia dai consiglieri di nomina politica.

E' poi forse vero che nel passato ormai non più recente la Sezione disciplinare del CSM ha usato criteri lassisti che molto hanno contribuito a diffondere tra i magistrati un'errata visione dell'impegno da loro dovuto nell'esercizio della delicata funzione. Ma da diversi anni la situazione si è capovolta, le iniziative disciplinari si sono moltiplicate ed il rigore della Sezione disciplinare non è più seriamente discutibile.

Questo non vuol dire che le sanzioni in concreto applicate dalla Sezione disciplinare siano state sempre adeguate alla gravità dei fatti disciplinarmente illeciti; ancora si registrano sentenze che potrebbero apparire miti per la modesta entità delle sanzioni. Ma qui il discorso si fa complesso.

Oggi, ad esempio, i ritardi nel deposito dei provvedimenti - che rappresentano l'illecito disciplinare di gran lunga statisticamente predominante - sono sistematicamente perseguiti e spesso sanzionati con la sanzione minima che, per tale fattispecie, è quella della censura; spesso,

ma non sempre, perché la sanzione è stata, in alcuni casi più gravi, quella della perdita dell'anzianità e, in due casi, quella della rimozione¹⁰⁸.

Si tratta di un rigore sconosciuto in ogni altro settore disciplinare. E, comunque, non è certo con il metro del rigore che si misura la qualità e l'efficienza della Giustizia. In ogni caso, l'assurdo sarebbe quello della creazione, solo per la magistratura ordinaria, di un giudice esterno al CSM di nomina politica.

Certo, in un'ottica riformista che non è sconosciuta ai magistrati ordinari, si potrebbe pensare alle funzioni di giudice disciplinare del tutto scollegate rispetto a quelle amministrative consiliari. Auspicando un aumento dell'organico dei componenti del CSM - che potrebbe essere riportato al numero di venti togati e dieci laici, oltre ai membri di diritto - si potrebbe pensare ad un'elezione dei giudici della Sezione disciplinare, sempre all'interno dell'organo del governo autonomo, ma capace di separare definitivamente le competenze degli uni e degli altri componenti.

Non sarebbe improprio nemmeno parlare di unificazione del sistema disciplinare composto dalle diverse rappresentanze delle stesse magistrature, con creazione di una sorta di Alta Corte di Giustizia disciplinare comune ad ogni ordine magistratuale. Il tutto, però, a patto

¹⁰⁸CSM 16 giugno 2008 n. 70, che ha sanzionato con la rimozione un giudice che, per diversi anni, non aveva depositato alcune sentenze relative a maxi processi a carico di membri di associazioni di stampo mafioso; CSM 21 aprile 2008 n. 40, che, in applicazione della disciplina previgente, ha pure sanzionato con la rimozione un giudice che si era reso responsabile di gravi, reiterati e ingiustificati ritardi.

della necessaria permanenza nel sistema del governo autonomo della magistratura dell'organo preposto alla Giustizia disciplinare, nel rispetto delle prerogative costituzionali.