

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

ANTONIO MURA

LA DISCIPLINA DEI MAGISTRATI.
TIPICITÀ DEGLI ILLECITI E STRUMENTI CAUTELARI

SOMMARIO: 1. Le criticità della materia e l'esigenza di trasparenza. – 2. Responsabilità del magistrato e sua legittimazione. – 3. Sistema disciplinare, deontologia e responsabilità. – 4. Questioni problematiche. - 4.1. I limiti della tipizzazione. - 4.2. Le zone grigie degli strumenti cautelari.

1. *Le criticità della materia e l'esigenza di trasparenza*

Il dibattito sulla “disciplina” dei magistrati ordinari non di rado si connota, nell'esperienza italiana, di valenze in senso lato politiche e non va esente dall'assoggettamento a giudizi “di parte”. Condivide, in sostanza, la sorte che caratterizza – in misura decisamente più marcata rispetto alla gran parte degli altri Paesi occidentali – il confronto su molti temi inerenti alla giustizia.

Forse per ciò i punti di vista dei commentatori si collocano per lo più agli estremi delle contrapposte prospettive: da un lato la natura (parzialmente) “domestica” della giustizia disciplinare è assunta dai critici come *ex se* dimostrativa della non piena imparzialità di tale giurisdizione e, dunque, di un suo carattere “corporativo”; per converso, i sostenitori della bontà del sistema ne vantano i risultati statistici, per numero di condanne, incomparabilmente superiori – sia in termini assoluti, sia in percentuale – a qualsiasi altro sistema sanzionatorio relativo a pubblici funzionari in generale, ad ordini o professioni, ovvero alle altre magistrature.

Si tratta di posizioni che – se pure colgono spunti meritevoli di attenzione – peccano spesso perché informate a pre-concetti, in ragione dei quali assumono a base dell'argomentare giudizi di valore che dovrebbero, piuttosto, costituire l'approdo conclusivo di un'analisi.

Da ciò il pregio intrinseco del lavoro di Daniela Cavallini [*Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Cedam, 2011], anzitutto sul versante metodologico. L'approccio scientifico alla materia dà spunto – e solida base – ad una trattazione le cui conclusioni, talora marcatamente critiche, non sono il frutto di opzioni preconcepite. Per altro verso, la sua

elaborazione offre strumenti utili alla corretta lettura dei dati statistici, come laddove l'Autrice nota che le statuizioni sanzionatorie più gravi (rimozione e destituzione) non esauriscono in realtà le ipotesi nelle quali il procedimento disciplinare consegue l'effetto "espulsivo" dalla magistratura, dovendosi annoverare nella medesima prospettiva anche i non pochi casi di decisione volontaria del magistrato di abbandonare l'ordine giudiziario proprio a seguito dell'iniziativa disciplinare che lo concerne (la quale, in tal caso, sfocia normalmente in una pronuncia di non doversi procedere, che come tale figura poi nelle rilevazioni statistiche).

In altra prospettiva, è motivo di soddisfazione per gli operatori il fatto che, a livello istituzionale, abbia già ricevuto risposta l'esigenza – enunciata dall'Autrice – di piena conoscibilità della giurisprudenza disciplinare: conoscibilità intesa come fattore di trasparenza nella concreta gestione di questo delicato settore. È vero, infatti, che la natura pubblica delle sentenze della sezione disciplinare del CSM non vale di per sé ad assicurare un'effettiva diffusione – né, tanto meno, l'esautività della conoscenza – neppure tra gli addetti ai lavori, specie per la non agevole reperibilità dei testi. D'altro lato, la tradizionale pubblicazione cartacea, da parte del Consiglio superiore, delle massime estratte dalle sue sentenze limitava la diffusione ai principi ispiratori delle decisioni, raramente consentendo un utile raffronto tra le concrete fattispecie oggetto di trattazione. Soprattutto, la pubblicazione aveva luogo con considerevole ritardo, spesso nel corso del quadriennio consiliare successivo a quello nel quale le decisioni erano state emesse: quando, cioè, era ormai integralmente mutata la composizione del collegio giudicante dei cui indirizzi la pubblicazione intendeva dare notizia.

Il nuovo archivio informatico realizzato grazie alla collaborazione del CED della Corte di cassazione, della Procura generale e del Consiglio superiore della magistratura consente oggi l'accesso in tempo reale a tutti gli utenti del noto sistema *Italgjure Web*, via *internet*, tanto ai testi integrali quanto alle massime delle decisioni concernenti la responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari: cioè a tutte le sentenze emesse dalla sezione disciplinare del CSM, dalle sezioni unite della Cassazione e dalla Corte costituzionale. I molteplici canali di accesso, tipici della ricerca giurisprudenziale (e, dunque, anche di carattere testuale e per riferimenti normativi), consentono la selezione dei documenti d'interesse, peraltro arricchiti da *link* funzionali alla navigazione fra documenti correlati.

Nella stessa linea di sensibilità per le esigenze di conoscenza, all'interno ed all'esterno della magistratura, del concreto impiego dello strumento disciplinare si colloca l'iniziativa (senza precedenti) assunta a fine 2009 dalla Procura generale della Corte di cassazione. Nel volume *Contributi alla giurisprudenza di*

legittimità, edito come “Quaderno speciale del Consiglio superiore della magistratura”, la Procura generale ha reso note le proprie linee d’indirizzo interpretative e valutative. Il significato dell’iniziativa – la quale non inerisce soltanto ai casi nei quali è stata promossa l’azione disciplinare, ma comprende anche la presentazione di argomentate richieste di non luogo a procedere e provvedimenti di archiviazione – si coglie appieno se si considera che ad assumerla è stato l’ufficio cui la legge conferisce un ruolo basilare in materia, affiancando alla titolarità dell’azione disciplinare in capo al Procuratore generale la funzione inquirente e requirente, cioè di pubblico ministero in senso proprio, ai sensi dell’art. 16 comma 1 del decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109.

2. Responsabilità del magistrato e sua legittimazione

Sul piano sostanziale, opportunamente lo studio di Daniela Cavallini colloca al centro della riflessione – con le sue molteplici sfaccettature – quel concetto di “responsabilità” in senso ampio che l’esperienza anglosassone definisce col termine *accountability*. È questo un concetto delicato, specie per la possibile frizione rispetto al valore dell’indipendenza del magistrato. Tuttavia la responsabilità non si contrappone affatto, ma piuttosto è complementare proprio all’indipendenza ed all’autonomia, intese come caratteri strumentali all’imparzialità del giudizio. Per le sue importanti implicazioni anche in relazione alla fiducia della collettività nei propri magistrati, una responsabilità ampia ed effettiva è strumento che concorre a fondare la legittimazione della magistratura, quale corpo professionale selezionato ed investito della funzione giudiziaria.

Del modello costituzionale di magistratura, basato su una selezione squisitamente tecnico-professionale (peraltro essenzialmente teorica) e su omologhi meccanismi di sviluppo della carriera, sono noti i pregi (ad iniziare dall’apoliticità ed imparzialità del metodo selettivo e dall’ampiezza della base di reclutamento), ma non devono sfuggire le ricadute problematiche. Prima tra tutte è la possibile “tensione” fra l’assenza d’investitura democratica della magistratura ordinaria ed il suo statuto d’indipendenza ed ampia autonomia. Da queste premesse discende l’esigenza che una magistratura di carriera ed indipendente dal potere politico si caratterizzi per una forte legittimazione sostanziale: la quale deriva in primo luogo dalla professionalità, non limitata al profilo tecnico, ma coinvolgente doti di equilibrio, di dedizione alle funzioni giudiziarie e d’imparzialità.

Tutto ciò postula una responsabilità professionale, ovviamente di natura non politica ma che sia e appaia effettiva. La responsabilità del magistrato – in senso

ampio – risulta, in questa prospettiva, connaturata all'autonomia e all'indipendenza: è funzionale a che queste non siano privilegi, ma garanzie per la giurisdizione e, quindi, per i cittadini.

È interessante il “profilo” del magistrato che la sezione disciplinare del CSM ha tracciato nella sentenza n. 106 emessa il 7 dicembre 2007. Essa muove dalla considerazione che vietare al giudice o al pubblico ministero, fuori dall'esercizio delle funzioni, comportamenti che possano compromettere la sua credibilità personale, il prestigio e il decoro ovvero il prestigio dell'istituzione giudiziaria, non corrisponde ad esigenze di estetica o di eleganza o di stile esteriore. Piuttosto, quei divieti corrispondono all'esigenza di garantire la credibilità del magistrato e la possibilità per i cittadini di confidare nel fatto che egli sia capace e pronto ad esercitare le sue funzioni con indipendenza, imparzialità e terzietà: caratteri che la sentenza mutua dall'articolo 101 della Costituzione, laddove è definito un magistrato soggetto soltanto alla legge, il quale pronuncia le sue sentenze “in nome del popolo italiano”. La sezione disciplinare nota, quindi, che decoro, misura ed equilibrio sono, in quest'ottica, non gradevoli doti personali, ma condizioni atte a garantire, anche sul piano dell'apparenza, la serietà con cui il magistrato è in grado di impegnarsi nell'essere imparziale, indipendente e terzo. Lo stesso CSM, nella circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007, le considera quali “vere e proprie pre-condizioni dell'attività giurisdizionale”, la mancanza di una sola delle quali impone *tout court* un giudizio negativo di professionalità.

Muovendo dai presupposti sopra sintetizzati, la sentenza citata definisce pure il senso dell'agire terzo, imparziale e indipendente del giudice, quale capacità non di operare con arbitrio, ma di effettuare ogni volta scelte autonome, consapevoli e responsabili. E l'impostazione concerne tutti i magistrati, posto che l'intera dimensione deontologica che attiene ai giudicanti vale del pari riguardo ai rappresentanti del pubblico ministero, la cui posizione processuale di parte non ne riduce i doveri, ma piuttosto li integra.

3. Sistema disciplinare, deontologia e responsabilità

Tutte queste premesse concorrono a porre in luce le potenzialità positive che un efficace sistema disciplinare presenta per la conformazione del corretto modo d'essere e d'agire del magistrato. Ciò non deve, però, far velo sui limiti intrinseci alla materia.

Se l'apprestamento di un apparato disciplinare efficace è basilare per promuovere il fisiologico espletamento delle funzioni giudiziarie, tuttavia le linee

di condotta per tal modo tracciate – essenzialmente delineate “per contrasto”, rispetto a quelle normativamente vietate e sanzionate, in un sistema che è codificato in assonanza con quello penale – costituiscono soltanto il *minimo etico* che l'ordinamento pretende dal magistrato. Restano da ricercare in altre fonti, quindi, più pregnanti indicazioni circa il modello ideale di riferimento deontologico cui il comportamento di ogni singolo magistrato dovrebbe informarsi, sia in ambito strettamente professionale sia al di fuori di esso.

Per altro verso, l'esperienza dimostra come la responsabilità disciplinare risulti poco idonea a promuovere la fisiologia nel quotidiano, per quanto attiene a laboriosità, impegno, accuratezza nell'espletamento delle funzioni. Si tratta, infatti, di settori positivamente influenzabili, piuttosto che mediante la comminazione di sanzioni, per varie altre vie, che includono l'accentuazione del rigore dei momenti valutativi nel percorso professionale del magistrato e la responsabilizzazione dei dirigenti riguardo ai risultati conseguiti dagli uffici giudiziari da loro condotti.

Non deve sfuggire, d'altro lato, la delicatezza dello strumento sanzionatorio, per l'incidenza su soggetti il cui operare si caratterizza in modo essenziale per l'autonomia. La sanzione disciplinare - e, ancor prima, la mera sottoposizione al relativo procedimento – riveste un rilievo speciale dal punto di vista del singolo magistrato: la sensibilità è sempre elevata anche rispetto ad un'indagine disciplinare, notevoli essendo i riflessi che potenzialmente essa può esplicare tanto sull'immagine dell'interessato, quanto sullo sviluppo della sua carriera. Com'è noto, a fini di valutazione della professionalità, il CSM ritiene valutabili i fatti in sé, anche in caso di assoluzione disciplinare; ed è intuitivo come tutto ciò possa riflettersi addirittura sui modelli comportamentali dei magistrati.

Né si può registrare disinvoltamente come elemento positivo la già menzionata entità delle condanne disciplinari, pur se – come s'è detto – esse offrono solidi argomenti per contrastare la tesi che si tratti di una giustizia “domestica”. Esse suonano, piuttosto, come serio campanello d'allarme, in quanto sanzionano – pur in un panorama di encomiabile impegno della generalità dei magistrati – conclamate violazioni dal modello comportamentale che è coesistente all'attribuzione di funzioni di assoluta delicatezza, quali sono tutte quelle giudiziarie.

Dovrebbe conseguirne un rinnovato impegno per la messa a punto di più efficaci strumenti – conoscitivi, valutativi e di controllo, ma soprattutto di formazione professionale continua – atti a promuovere nella magistratura una diffusa consapevolezza del proprio ruolo e, quindi, la naturale adesione di ciascun giudice e pubblico ministero alla gamma di doveri deontologici connaturati alla

rispettiva funzione. Non sembra eccessivo auspicare che ciò determini anche quale conseguenza che la riprovazione delle condotte devianti da parte della stessa magistratura si estrinsechi in primo luogo nel ripudiare reazioni di difesa corporativa più o meno esplicita; e che, tanto in ambito istituzionale quanto in ambito associativo, l'attenzione per la c.d. questione morale – da tutta la magistratura, senza eccezioni, riconosciuta come d'attualità – si rispecchi coerentemente nelle prassi.

4. *Questioni problematiche*

Tra i vari profili d'interesse nella materia disciplinare, come conformata dalla novella legislativa del 2006, si concentrerà qui l'attenzione su due temi indiscutibilmente problematici: il primo concerne la cosiddetta tipizzazione delle condotte disciplinarmente illecite; il secondo inerisce all'efficacia "reattiva" del sistema ordinamentale complessivo, come risultante dalla riforma, a fronte di comportamenti di magistrati suscettibili di mettere a rischio l'adeguato espletamento della funzione giudiziaria.

4.1. *I limiti della tipizzazione*

Per oltre sessant'anni il concetto-cardine intorno al quale ha ruotato il sistema disciplinare della magistratura è stato sancito dall'articolo 18 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511, che assoggettava a sanzione le condotte dal magistrato "che lo rendano immeritevole di fiducia e considerazione o che compromettano il prestigio dell'ordine giudiziario".

Il testo suscitava due interrogativi di fondo: l'attualità dei valori enunciati – la "fiducia" individuale e il "prestigio" dell'ordine giudiziario – e, per altro verso, la compatibilità della generica formulazione normativa col principio di legalità e con la tutela dell'indipendenza della magistratura.

Il valore del prestigio, in realtà, è suscettibile anche in tempi moderni di una lettura costituzionalmente orientata ed esente da interpretazioni formalistiche o da inclinazioni corporative. Esso costituisce, infatti, un presupposto per la credibilità della funzione giudiziaria, tanto da legittimare la definizione di quel concetto come formula "a forte contenuto sociale" e la classificazione – ad esso attribuita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 145 del 1976 – tra "i più rilevanti beni costituzionalmente protetti".

Si trattava, del resto, di un termine la cui effettiva portata era il risultato

dell'accurata e progressiva opera di definizione da parte della giurisprudenza disciplinare.

Rispetto ad esso, l'alternativa da molti e per lungo tempo invocata – in nome di una più rigorosa attuazione del principio di legalità – era costituita dalla cosiddetta “tipizzazione” delle condotte suscettibili di sanzione sul piano disciplinare.

Sulla tassatività della tipizzazione si sono avvicinate formulazioni differenti: dal disegno di legge Flick, che escludeva la tassatività prevedendo una formula di chiusura “aperta”, alla riforma Castelli, la quale enunciava una tipizzazione tassativa degli illeciti commessi dal magistrato nell'esercizio delle funzioni ed una tipizzazione, invece, aperta per gli illeciti al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, sino alla riforma Mastella che, escludendo ogni disposizione “aperta”, introduce nell'ordinamento una tipizzazione degli illeciti connotata da piena tassatività.

Evidentemente non può sfuggire l'obiettivo difficoltà di redigere un codice comportamentale esaustivo e assoggettato a sanzione. Ma nell'ordinamento giudiziario oggi vigente, per effetto del decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109, l'infelice formulazione di alcune disposizioni si aggiunge al problema di definire le infrazioni a regole di condotta che constano spesso non di un'attività in sé impropria, ma piuttosto del *modo* in cui l'attività è compiuta, o che richiedono una valutazione rispetto a parametri di valore (quale, ad esempio, la violazione sostanziale della terzietà).

Dalla riforma disciplinare – piuttosto frammentaria nell'indicazione delle condotte – non è dato trarre compiutamente il profilo di un “modello di magistrato”; ma questo non pare motivo di critica, non essendo funzione propria di un sistema sanzionatorio la definizione di un generale modulo comportamentale. Balza agli occhi, piuttosto, la complessiva inadeguatezza della tipizzazione come normativamente definita, in quanto non poche condotte vistosamente connotate da oggettivo disvalore rispetto alla funzione giudiziaria sfuggono alle previsioni sanzionatorie.

La giurisprudenza s'è opportunamente data carico del problema, laddove lo spazio interpretativo lo consentiva, come – ad esempio – riguardo alla mancata astensione del magistrato del pubblico ministero in ipotesi in cui essa appaia doverosa. Si trattava certamente di un illecito disciplinare nella vigenza dell'articolo 18 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511 [cfr. Cass. S.U., sentenza n. 1821 del 2007], mentre qualche problema s'è posto per il suo inquadramento nel dettato dell'articolo 2 comma 1 lettera c) del decreto legislativo n. 109 del 2006. Esso sanziona “la consapevole inosservanza dell'*obbligo* di astensione nei

casi previsti dalla legge”: suscita, perciò, l’interrogativo circa la riferibilità alla mancata astensione del pubblico ministero, in quanto facoltativa – dunque, non oggetto di un “obbligo” giuridico, bensì correlata all’apprezzamento di “gravi ragioni di convenienza” – ai sensi dell’articolo 52 comma 1 del codice di procedura penale.

La mancata astensione è stata, in effetti, qualificata in termini d’illecito disciplinarmente rilevante pure rispetto al magistrato del pubblico ministero, in ragione del ravvisato suo “dovere” – benché per esso sia prevista nella normativa processuale solo la facoltà di astenersi – “di valutare, nell’esercizio delle sue funzioni, le ragioni di grave convenienza per non trattare cause in cui egli o suoi stretti congiunti abbiano interessi e quello di astenersi nel caso di verificata esistenza di tali ragioni, con particolare riguardo a interessi propri o personali dello stesso magistrato” [Cass., S.U., sentenza n. 11431 del 2010].

L’inadeguatezza della formulazione normativa non ne ha precluso in tal caso una lettura coerente con la *ratio* della disposizione. La decisione delle sezioni unite dà corpo al principio che già la sezione disciplinare del CSM aveva avuto modo di chiarire riguardo alla tipizzazione, subito dopo la sua introduzione. Con la sentenza n. 106 del 2007 il giudice disciplinare di prima istanza, infatti, aveva escluso la possibilità di applicazione analogica delle norme disciplinari, ma aveva ritenuto compatibile col sistema la loro interpretazione estensiva, coerentemente con quanto la giurisprudenza ammette rispetto alle norme incriminatrici penali.

Non sempre, tuttavia, la dizione legislativa consente di includere e sanzionare opportunamente aspetti comportamentali del magistrato pur idonei a cagionare seria compromissione al corretto espletamento della funzione.

Così, l’articolo 2 comma 1 lettera *v*) del decreto legislativo n. 109/2006 (come modificato *ex* L. n. 269/2006), enuncia tra gli illeciti disciplinari “nell’esercizio delle funzioni” le “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. 106”. Secondo quest’ultima disposizione, che figura sotto la rubrica “Rapporti con gli organi di informazione”, “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”.

Ora, mentre risulta per tal modo punito il magistrato che violi detta prescrizione di “spersonalizzazione” delle informazioni concernenti le attività d’uffi-

cio, il richiamo del solo comma 2 dell'art. 5 lascia fuori dall'area della sanzione disciplinare la violazione del divieto sancito dal comma immediatamente successivo (art. 5 comma 3 D. L.vo 106/2006: "È fatto divieto ai magistrati della procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio"). Ne discende un'incongruità evidente, per la mancata comminazione di sanzioni nei confronti della violazione di quest'ultimo divieto normativo, nonostante la sua naturale maggiore gravità – nella generalità dei casi – rispetto alla prescrizione di spersonalizzare l'informazione, che invece è disciplinarmente rilevante.

La giurisprudenza, in questo caso, ha ritenuto di non poter ovviare alla discrasia ed ha escluso che le dichiarazioni rese senza la delega del procuratore rilevino disciplinarmente poiché, appunto, "la norma sanziona la violazione del comma 2 dell'art. 5 il quale tuttavia non riguarda il divieto, per i magistrati delle procure, di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio, previsto invece dal successivo terzo comma" [sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 3 del 2008].

Allo stesso modo, l'articolo 2 comma 1 lettera *a*) del decreto legislativo n. 109/2006 sanziona, fra l'altro, "i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti". Pur prendendo le mosse dall'ampio enunciato dell'art. 1 – secondo il quale "il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni" – la norma lascia impunte le violazioni dei doveri di correttezza e di rispetto della dignità della persona se commesse in danno di soggetti non qualificati come parti processuali.

La stessa basilare prescrizione di esercizio delle funzioni con equilibrio, rispetto e correttezza non risulta in effetti assistita dalla comminatoria di sanzioni disciplinari in rapporto ad eventuali condotte smodate (ad esempio, nello sfogo dialettico) od irrispettose, se non attingono il livello della grave scorrettezza definito dall'art. 2 comma 1 lett. *d*), così come al di fuori del perimetro sanzionato restano quelle manifestazioni soggettive – anche di orientamento politico – che pure possono seriamente appannare l'immagine d'imparzialità del singolo magistrato e dell'ufficio di appartenenza.

L'esigenza di garanzia e di certezza che ha ispirato l'assetto tipizzato della materia sembra essersi tradotto, in sostanza, in un meccanismo di particolare rigidità. Così l'analisi teorica come l'esperienza pratica dimostrano che il sistema che ne risulta non è, nel suo complesso, del tutto idoneo a presidiare integralmente le impegnative prescrizioni funzionali al corretto esercizio del-

la giurisdizione. Ciò per la difficoltà di definire normativamente una casistica esauriente di comportamenti impropri, tale da garantire – sul versante sanzionatorio – un’adeguata reazione a manifestazioni pur all’evidenza devianti rispetto alla fisiologia delle condotte funzionali o extra-funzionali dei magistrati.

Un’accorta modifica normativa, tesa ad introdurre una disposizione “di chiusura” – appropriatamente ancorata ai valori d’imparzialità e correttezza che lo stesso decreto legislativo n. 109 del 2006 definisce e valorizza – costituirebbe rimedio adeguato. Gli aspetti d’incongruità del sistema sono destinati, altrimenti, ad affiorare in molte situazioni di tensione, con pregiudizio per il complessivo assetto della funzione giudiziaria e per la percezione di essa da parte della collettività.

4.2. Le zone grigie degli strumenti cautelari

Al quadro sanzionatorio definito dalla riforma disciplinare del 2006 (articoli 5 e seguenti) si affianca, ai sensi dell’articolo 13 comma 1, il trasferimento d’ufficio come (unica) sanzione accessoria. Il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio può essere inflitto – unitamente a ciascuna sanzione principale diversa dall’ammonimento e dalla rimozione – quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appaia in contrasto con il buon andamento dell’amministrazione della giustizia.

Il comma 2 del medesimo articolo prevede un’altra figura di trasferimento d’ufficio, la quale ha però natura di misura cautelare. Essa può essere adottata – per fatti puniti con sanzione superiore all’ammonimento – sul presupposto dell’esistenza di “gravi elementi di fondatezza dell’azione disciplinare”, quando ricorrano motivi di particolare urgenza, in casi di procedimento disciplinare già iniziato. Altri strumenti cautelari sono previsti dagli articoli 21 e 22, che definiscono i casi di sospensione – obbligatoria e facoltativa – dalle funzioni e dallo stipendio: la prima deve essere disposta nei confronti del magistrato sottoposto in sede penale ad una misura cautelare personale; la seconda può essere adottata in caso di sottoposizione a procedimento penale per delitto non colposo punito con pena detentiva, ovvero di sottoposizione a procedimento disciplinare per fatti la cui gravità è incompatibile con l’esercizio delle funzioni giudiziarie.

La sospensione dalle funzioni e dallo stipendio determina il collocamento fuori ruolo del magistrato. L’articolo 22 ha cura, peraltro, nella parte finale del comma 1, di dedicare una specifica previsione ai casi di “minore gravità”, nei quali i titolari dell’azione disciplinare possono invece chiedere alla sezione disciplinare del CSM il trasferimento provvisorio dell’incolpato ad altro ufficio di

un distretto limitrofo (diverso da quello indicato nell'articolo 11 c.p.p.).

I meccanismi cautelari apprestati dalla riforma innovano in modo significativo il sistema previgente, che per tutte le necessità di intervento urgente – tanto nei casi di procedura disciplinare in corso, quanto durante le relative indagini – prevedeva lo strumento del trasferimento d'ufficio ai sensi dell'articolo 2 della cosiddetta legge sulle Guarentigie della magistratura (regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511).

Si trattava di uno strumento amministrativo – attribuito al *plenum* del CSM su proposta della prima commissione referente – atto ad incidere direttamente sulla inamovibilità del magistrato, costituzionalmente presidiata (articolo 107 comma 1 della Costituzione), “quando, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, [i magistrati] non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario”. Lo strumento – definito nella prassi “para-disciplinare”, o “a configurazione ibrida” – era complementare al sistema disciplinare e si inquadrava nella funzione di governo autonomo della magistratura, quale mezzo di “tutela oggettiva della giurisdizione e dei principi costituzionali ad essa afferenti”, rappresentando negli anni “un rilevante strumento di intervento del Consiglio superiore su situazioni oggettive di grave malessere della giurisdizione” [così la risoluzione adottata dal CSM il 24 gennaio 2007].

Nel testo originario, l'articolo 2 L.G. ricomprendeva espressamente ogni situazione “anche indipendente” da colpa del magistrato: col risultato di rendere particolarmente flessibile l'impiego del trasferimento d'ufficio, non essendo necessario, per attivare la procedura, appurare i profili di colpevolezza della condotta, a fronte di una situazione oggettiva di incompatibilità (d'ufficio o funzionale) nella quale un magistrato fosse incorso.

L'articolo 26 comma 1 del decreto legislativo n. 109 del 2006 ha significativamente innovato la disposizione in esame, che limita ora l'intervento del CSM in sede amministrativa ai casi in cui, “per qualsiasi causa *indipendente da loro colpa*, [i magistrati] non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità”.

In ambito disciplinare, invece, il nuovo trasferimento cautelare definito dalla riforma è di competenza della sezione disciplinare in primo grado e delle sezioni unite della Corte di cassazione in sede d'impugnazione. Presenta, infatti, natura giurisdizionale. Ciò immuta (in senso positivamente apprezzabile) il relativo regime di impugnazione, sottraendolo alla giurisdizione amministrativa che ha competenza sui ricorsi avverso i provvedimenti di trasferimento d'ufficio disposti ai sensi dell'articolo 2 della legge sulle Guarentigie.

Tuttavia, un problema di utilizzabilità dei nuovi strumenti cautelari si pone, a fronte di situazioni di incompatibilità ambientale nelle quali non emerga con immediatezza il carattere colpevole o meno della causa che le ha determinate. Nelle situazioni di dubbio, la risoluzione adottata dal Consiglio superiore della magistratura il 6 dicembre 2006 propendeva per “privilegiare opzioni valutative tese a valorizzare l’ambito disciplinare”. In effetti, risulta statisticamente in crescita il numero delle richieste cautelari e delle decisioni di accoglimento. Anche di recente il CSM (oltre a rimarcare l’innovazione legislativa circa i beni protetti dallo strumento “amministrativo” del trasferimento d’ufficio per incompatibilità di sede o di funzioni: l’indipendenza e l’imparzialità in concreto, non più il “prestigio dell’ordine giudiziario”) ha considerato come la nuova normativa abbia “determinato un ridimensionamento dei poteri del Consiglio, in favore dell’intervento dei titolari dell’azione disciplinare” [così la deliberazione 18 gennaio 2012 concernente le “linee-guida per l’inaugurazione dell’anno giudiziario”].

All’atto pratico, però, l’urgenza di porre argine a casi piuttosto delicati – nei quali la funzione giudiziaria era pregiudicata o, comunque, esposta a rischio da condotte di magistrati ancora da definire nei particolari e da accertare sul piano probatorio – ha spinto il CSM in diversa direzione. Il Consiglio, infatti, non ha esitato ad aprire procedure *ex art. 2 L.G.*, pur in concomitanza con l’attenzione che i titolari dell’azione disciplinare prestavano alle medesime vicende anche nella prospettiva dell’eventuale richiesta di interventi cautelari. Da ciò, fra l’altro, la conseguenza che spesso risulta di fatto più celere l’attivazione della procedura amministrativa di competenza del Consiglio superiore in casi di incompatibilità determinata da cause (che dovrebbero essere) “indipendenti da colpa” del magistrato. Proprio per tale carattere, però, tali casi presentano – in linea di massima – profili di gravità e di urgenza meno marcati rispetto a situazioni colpevolmente causate: sarebbero, quindi, queste ultime a richiedere, piuttosto, la massima tempestività dell’intervento cautelare.

In effetti la definizione di “causa indipendente da colpa” del magistrato suscita non pochi problemi, anche per la difficoltà di accertare rapidamente tale requisito negativo nella fase di avvio delle indagini, rispetto a situazioni che spesso necessitano d’immediata reazione. Altro esempio problematico è quello di un fatto che sia stato volontariamente commesso dal magistrato ma non rientri tra gli illeciti tipizzati. Lo stesso CSM, nella risoluzione approvata il 24 gennaio 2007, prospettava l’opportunità di un nuovo intervento del legislatore, considerando che l’assetto della riforma “priva, di fatto, l’autogoverno di strumenti incisivi di intervento proprio nelle [...] zone grigie”. Il Consiglio di Stato

ha rimarcato che l'eventuale "vuoto normativo" – che preclude adeguati interventi rispetto "alle plurime condotte scorrette astrattamente ipotizzabili, che tuttavia non rientrano nelle analitiche previsioni degli illeciti disciplinari" – "... se esistente, può al più essere colmato dal legislatore conferendo rilevanza disciplinare ad ulteriori condotte riprovevoli, ma non può autorizzare un'interpretazione che, restituendo al C.S.M. un generale potere di trasferimento coattivo dei magistrati per qualsiasi condotta non individuata quale illecito disciplinare, finisce per aggirare il principio di tipicità su cui si basa il nuovo sistema" [Sez. IV, sent. n. 3587 del 10 maggio 2011, ric. Min. Giust. e CSM c/ Forleo].

Se, dunque, nel complesso, i meccanismi processuali definiti dalla riforma ordinamentale sono volti a razionalizzare il sistema cautelare della materia disciplinare, tuttavia, al di fuori di essa, resta assai dubbia l'adeguatezza del nuovo testo dell'articolo 2 della legge sulle Guarentigie, come modificato dall'articolo 26 comma 1 del decreto legislativo n. 109 del 2006. Risulta problematico, in particolare, affermare che la norma valga a legittimare una reazione effettivamente adeguata del Consiglio superiore rispetto a tutte le situazioni critiche che esulano dall'ambito propriamente disciplinare.

Un'alternativa più nitidamente delineata dalla legge – nel senso di utilizzare come elemento discrezionale (piuttosto che la dipendenza della situazione da colpa del magistrato) la rapportabilità o meno del fatto ad una fattispecie tipica sanzionata – costituirebbe già un passo in avanti verso un sistema idoneo a reagire (con lo strumento cautelare disciplinare, oppure amministrativamente *ex* articolo 2 L.G.) a tutte le situazioni d'urgenza con maggiore tempestività, eliminando le c.d. zone grigie che rendono oggi problematico ogni intervento.

Per altro verso, l'auspicata introduzione di un'appropriata disposizione "di chiusura" nel catalogo delle condotte disciplinarmente sanzionate (come delineata nel precedente paragrafo 4.1.) si rifletterebbe anche sugli strumenti cautelari. Varrebbe, infatti, a definire più chiaramente e ad ampliare gli spazi d'intervento della sezione disciplinare, su iniziativa del Procuratore generale o del Ministro, per fronteggiare – con uno strumento d'urgenza di natura giurisdizionale, come tale assistito dalle opportune garanzie – situazioni di seria crisi del corretto svolgimento della funzione giudiziaria.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012