



Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 8

Volume a cura di: Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello e Gianluca Grasso, componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura, e Giuseppe Campanelli, Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa

Contributo redazionale: Ilaria Laezza *addetta all'ufficio per il processo*

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:

Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:

Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022

ISBN 9791280600080

I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.

I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori



Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 8

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione «un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario» (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (D.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Giuseppe Campanelli	
Presentazione	11
Roberto Romboli	
La responsabilità disciplinare del magistrato nel quadro dei principi e dei valori costituzionali	15
Elisabetta Cesqui	
Il giudizio disciplinare: l'esercizio dell'azione tra poteri, limiti e linee guida. Il ruolo della Procura generale e del Ministro della giustizia	25
Alberto Giusti	
Il giudizio disciplinare: l'appello alle sezioni unite della Corte di cassazione	39
Antonio Patrono	
Il giudizio disciplinare: la fase del dibattimento	53
Salvatore Filippo Vitello	
Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura	63
Luigi Ferrajoli	
Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione	85
Guido Raimondi	
Il patrimonio e l'impatto della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul giudizio disciplinare dei magistrati	95
Renato Balduzzi	
Alcune domande sulla giustizia disciplinare	111

Margherita Cassano	
Gli illeciti disciplinari dei magistrati	125
Giovanni Salvi	
La giustizia disciplinare dei magistrati	137

Gli autori

Renato Balduzzi

*Professore ordinario di diritto costituzionale e di diritto pubblico comparato
all'Università Cattolica del Sacro Cuore*

Margherita Cassano

Presidente aggiunto della Corte di cassazione

Elisabetta Maria Cesqui

Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

Luigi Ferrajoli

Professore emerito di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi Roma Tre

Alberto Giusti

Consigliere della Corte di cassazione

Antonio Patrono

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di La Spezia

Guido Raimondi

Presidente titolare della sezione lavoro della Corte di cassazione

Roberto Romboli

Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Pisa

Giovanni Salvi

Procuratore generale presso la Corte di cassazione

Salvatore Filippo Vitello

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Siena

Presentazione

1. – L'evoluzione della giurisdizione disciplinare ha scandito tappe importanti della storia della magistratura italiana, imponendosi all'attenzione dell'opinione pubblica per note vicende di cronaca.

La Scuola ha realizzato corsi specifici la materia del disciplinare nel 2014 (P14054 *La responsabilità disciplinare dei magistrati*) e nel 2019 (P19049 *Codice e procedimento disciplinare*), riservando la trattazione di argomenti a essa relativi in altre iniziative di formazione permanente legate ai temi dell'imparzialità, dell'etica giudiziaria o dell'ordinamento giudiziario più in generale.

2. – Il tema del procedimento disciplinare risulta evidentemente connesso alla questione più generale relativa alla *ratio* e alle variabili della responsabilità disciplinare; tuttavia, la Scuola ha inteso giustamente dedicare un corso e, dunque, un volume specifico agli aspetti legati più in concreto alla sola fase processuale disciplinare, considerando l'iter che conduce dall'esercizio dell'azione fino al possibile ricorso dinanzi alle Sezioni Unite che, di fatto, chiude il circuito procedimentale.

Da un punto di vista generale, l'argomento si colloca in un quadro teorico interessante, all'interno del quale si è a lungo discusso sulla natura processuale o procedimentale descritta dal dlgs. 109/2006 per poi spostarsi sull'analisi delle garanzie e delle tutele accordate al magistrato incolpato, anche alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali di riferimento.

Tale ultima considerazione, legata alla posizione del magistrato, si spiega pensando, da un lato, alla oggettiva "tenuta costituzionale" della normativa di riferimento che, in pochissimi casi, è stata lambita da decisioni particolarmente significative della Consulta e, dall'altro, alle valutazioni che possono emergere analizzando i più noti casi giurisprudenziali e le sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU.

3. – Passando ad un piano evidentemente più pratico, va segnalato, nella sua ovvietà, come, considerato il periodo storico, il tema del procedimento disciplinare risulti piuttosto delicato e "scivoloso". Proprio in forza di tale constatazione, il Comitato direttivo non si è sottratto alla responsabilità "formativa" di pensare ad un corso, *rectius* a una pubblicazione espressamente calibrata su queste problematiche.

Il fatto che siano trascorsi quindici anni dall'entrata in vigore della normativa di riferimento consente di ragionare, per un verso, sul consolidamento di alcuni istituti e di alcuni passaggi procedimentali e, per altro verso, di riflettere sulle criticità finora emerse.

In tal senso è indubbio che la tipizzazione degli illeciti, la sistematizzazione delle sanzioni e la formalizzazione del procedimento abbiano contribuito al conseguimento, almeno dal punto di vista formale, di una certezza normativa che apre ad un'analisi maggiormente approfondita.

Analisi che deve spingersi, secondo alcune direttrici principali che si è provato a trasporre nel presente Volume, ossia una prima legata alla prospettiva della connessione tra regolamentazione normativa e riscontri giurisprudenziali e una seconda orientata all'identificazione delle principali criticità e, dunque, delle possibili riforme, al momento in cui si scrive, ancora in discussione.

Il momento attuale è particolare poiché i fatti di cronaca a tutti noti, hanno posto all'attenzione, non tanto e non solo il merito politico delle varie vicende, che esula da questa trattazione e rimane nella sfera personale della sensibilità rispetto a questi temi, ma piuttosto hanno richiamato l'interesse verso rilevanti questioni tecniche, sostanziali e processuali, che finora non erano state completamente affrontate.

Mi riferisco, solo per fare un esempio, al tema della composizione del collegio giudicante e, dunque, all'ambito di applicazione di alcuni istituti dell'astensione e della ricusazione, al ruolo dei supplenti, alla questione dell'utilizzo delle intercettazioni nel procedimento disciplinare, all'autosufficienza delle fattispecie di illecito presenti, alla loro adattabilità a situazioni che il legislatore non aveva ipotizzato (tanto che alcune erano state abrogate), all'adozione di linee guida specifiche da parte della Procura generale presso la Corte di Cassazione etc.

4. – Da un punto di vista metodologico, il volume, ripercorrendo l'andamento del Corso, ha inteso proporre alcune direttrici secondo le quali il procedimento disciplinare può essere preso in considerazione.

L'idea è stata quella di fornire più prospettive di analisi possibili, anche sullo stesso argomento, con il fine di ritenere che il confronto tra voce diverse costituisca il metodo di analisi migliore per comprendere dove si è arrivati, dal punto di vista normativo e giurisprudenziale, e per ragionare su cosa è cambiato e in che termini.

Per questo motivo si sono "incrociate" la prospettiva accademico-scientifica con quella istituzionale, ponendo in contatto chi esercita l'azione disciplinare, con chi giudica il magistrato incolpato e con chi assiste lo stesso.

In concreto, tale metodologia si è realizzata, in via preliminare, affidando al prof. Romboli la trattazione introduttiva, ancorata all'inquadramento dei principi e dei valori costituzionali in gioco.

Di seguito l'idea è stata quella di "sezionare" il procedimento disciplinare poiché ogni fase restituisce una sua peculiarità e presenta difficoltà applicative e

interpretative. In questa direzione vanno gli interventi relativi all'esercizio dell'azione disciplinare da parte della Procura generale (Elisabetta Cesqui).

Sempre proseguendo nell'iter procedimentale è risultato importante evidenziare le molteplici problematiche che possono emergere nell'espletamento del giudizio disciplinare, sia nella fase del dibattimento, sia in quella di connessione tra la sentenza della sezione disciplinare e quella delle sezioni unite (Alberto Giusti e Antonio Patrono).

Nel percorso argomentativo si è cercato di non perdere mai di vista il legame tra la prospettiva processuale e quella sostanziale e quindi si è pensato di approfondire anche la questione relativa al quadro degli illeciti disciplinare, ragionando sulle dinamiche e sulle conseguenze della tipizzazione degli stessi e, soprattutto, sulla nota tematica relativa all'assenza di clausole di chiusura (Salvatore Vitiello).

È chiara, comunque, la necessità di non perdere mai di vista il contesto teorico all'interno del quale emerge l'argomento al fine di "mediare" tra l'inevitabile tecnicismo del processo disciplinare e il quadro generale di riflessione.

In quest'ottica va letto l'intervento di Luigi Ferrajoli sulla relazione tra etica e funzioni giurisdizionali.

L'ultima tappa del percorso sul tema del volume è volutamente proiettata verso le dinamiche diverse o *de jure condendo*.

Da un lato, infatti, l'analisi sul procedimento disciplinare non può prescindere dalla dimensione sovranazionale perché dalla stessa si raccolgono sollecitazioni ulteriori in grado di fornire un maggiore grado di completezza alla questione in esame. Per questo motivo si parla di patrimonio a cui attingere e di impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulle dinamiche del giudizio disciplinare dei magistrati (Guido Raimondi).

Dall'altro lato, infine, è necessario interrogarsi su quali possano essere i margini di miglioramento delle attuali criticità e quindi quali siano gli spazi di riforma che possano realmente condurre a modifiche capaci di attribuire maggiore efficacia al procedimento disciplinare (Giovanni Salvi, Margherita Cassano e Renato Balduzzi).

Si tratta, però, di percorso ancora *in itinere* rispetto al quale ci auguriamo che questo volume possa concretamente contribuire.

Giuseppe Campanelli

La responsabilità disciplinare del magistrato nel quadro dei principi e dei valori costituzionali¹

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Come conciliare i principi di responsabilità e di indipendenza? – 3. Le fonti primarie di fronte ai principi costituzionali. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Buonasera a tutti e grazie innanzitutto ai responsabili del corso e all'esperto formatore di aver pensato a me per questa relazione introduttiva che riguarda il quadro dei principi e dei valori costituzionali relativamente alla responsabilità dei giudici.

Credo che la ragione di questa mia relazione introduttiva stia nel fatto che il problema della responsabilità del giudice non è solo o, direi quasi, non è tanto un problema di ordinamento giudiziario, quanto piuttosto un problema di ordinamento costituzionale.

Questo perché il problema della responsabilità del giudice porta necessariamente con sé problematiche come quelle relative alle garanzie costituzionali della magistratura, in particolare la garanzia di indipendenza ed il ruolo che la Costituzione assegna al giudice. Quando, attraverso la previsione di illeciti disciplinari si indica cosa il magistrato non deve fare pena l'apertura di un procedimento disciplinare, si esprime in senso negativo quale deve invece essere in positivo il corretto comportamento del magistrato.

Parlare dei principi costituzionali relativi alla responsabilità dei magistrati si pone in definitiva in stretta connessione con il tema più generale della legittimazione del giudice nel sistema costituzionale.

L'aspetto della responsabilità, come noto, viene declinato secondo diverse tipologie: la responsabilità civile, penale, contabile, politica e costituzionale, ma sicuramente il nucleo essenziale della problematica della responsabilità del giudice è sicuramente rappresentato dalla responsabilità disciplinare e questo dà ra-

¹ Testo risultante dalla sbobinatura della lezione e rivisto dall'Autore.

gione e spiega perché nella Costituzione due disposizioni parlano espressamente della sola responsabilità disciplinare.

Il fondamento della responsabilità disciplinare del magistrato, al pari di qualsiasi altro pubblico dipendente, risiede nel rapporto di lavoro svolto alle dipendenze dello Stato.

Nonostante ciò, la Costituzione si occupa in maniera espressa solo della responsabilità disciplinare dei magistrati, in quanto il procedimento disciplinare e l'applicazione di sanzioni disciplinari a chi svolge attività giurisdizionale, data la natura e le caratteristiche di quest'ultima, produce evidenti ripercussioni sulla fondamentale garanzia di indipendenza del giudice. Pertanto risulta evidente come il problema della responsabilità disciplinare dei giudici, non può ridursi ad un aspetto concernente l'ordinamento interno della magistratura, venendo a svolgere effetti importanti sul buon funzionamento della giustizia e quindi riguardo ad un interesse fondamentale dello Stato.

Nei suoi interventi sulla conformità alla Costituzione della normativa sulla responsabilità disciplinare dei magistrati, sui quali mi soffermerò in seguito, la Corte costituzionale si è espressa nel senso che il procedimento disciplinare dei magistrati è volto a garantire il rispetto dell'esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, che è uno degli aspetti fondamentali della vita democratica del nostro paese e della realizzazione dello stato di diritto.

Questa la ragione dell'interesse mostrato dalla Costituzione per la responsabilità disciplinare dei magistrati.

Parlare dei principi costituzionali in materia di responsabilità dei magistrati è un tema che non può però essere affrontato in astratto, sulla sola base del classico principio della separazione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario), ma deve essere necessariamente rapportato ad un concreto modello di ordinamento giudiziario. Nel senso che la riflessione non può svolgersi sulla base del solo disegno costituzionale, ma anche e soprattutto di come questo è stato poi effettivamente realizzato. Nel nostro caso quello che Alessandro Pizzorusso ha definito il modello italiano di ordinamento giudiziario, cioè il modello che concretamente realizzatosi negli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione e che oggi possiede caratteri tali che lo distinguono da qualsiasi altro modello e che pure ha funzionato, se mi è permesso il bisticcio di parole, da modello per altre esperienze costituzionali (come ad esempio quella spagnola).

Chiaramente il modello prescelto influenza notevolmente i contenuti e la maniera come affrontare un tema quale quello in esame, basti pensare ai contrapposti modelli anglosassone oppure francese. Per il primo, infatti, di responsabilità disciplinare del giudice non se ne parla quasi per niente, non esiste proprio come problema, mentre per il secondo la responsabilità disciplinare assume un significato prevalentemente relativo all'ordine interno della magistratura.

Fatte queste premesse, affronterò il problema della responsabilità disciplinare dei magistrati nel nostro modello di ordinamento giudiziario, partendo dalle puntuali previsioni costituzionali, per poi analizzare la disciplina a livello di fonti primarie, valutando la conformità delle stesse ai principi costituzionali, anche con riguardo ai casi ed alle questioni di costituzionalità che in questi hanno sono state giudicate dalla Corte costituzionale.

2. Come conciliare i principi di responsabilità e di indipendenza?

Un primo problema è sicuramente quello di conciliare i due principi di responsabilità da un lato e di indipendenza dall'altro.

Certamente si tratta di principi tra loro non inconciliabili, ma che pongono la necessità nella loro pratica attuazione di definire il tipo di responsabilità disciplinare, cioè quali sono gli illeciti disciplinari, qual è il giudice che giudica sugli stessi, qual è il procedimento che si segue e ancora quali sono i valori che si vogliono perseguire con la responsabilità disciplinare.

Così, ad esempio, sembra certamente da escludere che la finalità possa essere quella di spingere i giudici verso un tipo particolare di interpretazione, conformando i loro comportamenti, anziché quella di applicare una sanzione per aver compiuto o tenuto dei comportamenti vietati dalla legge e da questa considerati quali illeciti disciplinari.

Le due disposizioni costituzionali alle quali facevo riferimento danno in proposito alcune indicazioni proprio nel senso di conciliare i due concetti di responsabilità e di indipendenza.

La prima (art. 107) dedicata all'indipendenza del giudice, all'inaffidabilità, alla distinzione dei magistrati solo per diversità di funzioni, contiene un terzo comma, il quale stabilisce che "il ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare". Questo in considerazione del fatto che se l'attività del magistrato è un'attività che incide sui diritti del cittadino è logico che ci sia un soggetto politicamente responsabile, quale il ministro, che sia in grado di poter far valere, attraverso il potere d'iniziativa, la responsabilità dei magistrati.

La seconda (art. 105) tutela invece l'altro valore, ossia quello della indipendenza, nell'individuare il giudice competente a decidere in ordine alla responsabilità disciplinare nel Consiglio superiore della magistratura, il cui principale compito è appunto quello di garantire la indipendenza esterna della magistratura.

3. Le fonti primarie di fronte ai principi costituzionali

Passando adesso ad analizzare la legislazione ordinaria, il dott. Grasso nella sua introduzione faceva riferimento ad un'epoca in cui c'era una disposizione

estremamente vaga e ha giustamente sottolineato che l'illecito disciplinare finiva con poter fare riferimento a condotte, in astratto di impossibile definizione.

L'art. 18 r.d.lgs. 511/1946 infatti prevedeva una responsabilità disciplinare per il magistrato che tenesse, in ufficio o fuori, una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere e che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario. Una previsione, pertanto, assolutamente generica sotto la quale potevano cadere i comportamenti più diversi e che è restata in vigore per oltre mezzo secolo, dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Con riguardo a questa disposizione, della quale molto si è discusso, vorrei in questa sede limitarmi a sottolineare due aspetti: uno di natura sostanziale, l'altro invece di carattere funzionale.

Per il primo la genericità della previsione normativa ed il riferimento al prestigio dell'ordine giudiziario verso l'esterno e in particolare verso quanti chiedono di usufruire di quello che, con formula orribile, viene chiamato il "servizio giustizia", conduceva a giudicare i comportamenti non tanto in sé e per sé, quanto per il clamore che, di fatto, avevano avuto nella opinione pubblica. Di conseguenza lo stesso comportamento poteva essere giudicato diversamente a seconda che fosse risultato conosciuto anche al di fuori dell'ordine giudiziario oppure fosse rimasto al suo interno.

In questo senso il prof. Pizzorusso mi ricordava il caso di un magistrato che andava a suonare di notte i campanelli dei colleghi per svegliarli e per i quale il relativo procedimento disciplinare si svolse fondandosi principalmente sulla notorietà del fatto e sul danno arrecato al prestigio dell'ordine.

Con riguardo all'aspetto funzionale, la genericità della formula utilizzata finiva, di fatto, per riconoscere un potere interpretativo enorme alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura. Quali fossero in concreto le fattispecie di illecito disciplinare venivano di fatto individuate, di volta in volta, dalla giurisprudenza della sezione, che pure veniva così a determinare una qualche forma di diritto vivente in materia disciplinare.

Questo chiaramente caricava di enorme importanza l'attività della sezione disciplinare e, di conseguenza, costituiva una ragione di ulteriore rilievo la legge elettorale del Csm ed i criteri di composizione della sezione disciplinare.

Per queste ed altre considerazioni l'art. 18 r.d.lgs. 511/46 è stato oggetto di una questione di costituzionalità, affrontata dalla Corte nel 1981.

In dottrina furono in molti a giudicare la norma palesemente incostituzionale e Pizzorusso definì "una cosa abnorme" il fatto che il legislatore ancora non fosse intervenuto a indicare le ipotesi di illecito disciplinare.

La Corte costituzionale dichiarò infondata la questione con una decisione veramente molto discutibile, specie per le motivazioni espresse a sostegno della infondatezza.

In estrema sintesi la Corte ritenne che, dal momento che le ipotesi di illecito disciplinare possono essere le più diverse, non sarebbe stato possibile, per il legislatore, prevederle tutte. Di conseguenza era da ritenere preferibile una previsione generica, che potesse poi essere specificata caso per caso da parte della sezione disciplinare del Csm.

Il fatto stesso che attualmente, come sappiamo, le ipotesi di illecito disciplinare sono state tipizzate costituisce la prova più evidente che questo era possibile anche al momento della decisione della Corte costituzionale.

A parte questa ovvia considerazione, ci potremmo chiedere a chi spetti, seguendo i principi costituzionali ed *in primis* quello della divisione dei poteri, individuare le ipotesi di illecito disciplinare.

Alla domanda credo si debba rispondere che trattasi di un compito spettante proprio al legislatore, il quale lo fa, nel rispetto dei principi costituzionali ed assumendosi la responsabilità politica della scelta. L'iniziativa per mettere in moto il procedimento disciplinare viene poi riconosciuta al potere esecutivo e la decisione al soggetto che garantisce la indipendenza esterna del giudice.

La riforma Castelli-Mastelli introduce, come noto, la tipizzazione degli illeciti disciplinari, in ciò accogliendo una richiesta per molto tempo avanzata dalle associazioni dei magistrati.

La indicazione dei comportamenti costituenti illecito disciplinare non contiene alcuna norma di chiusura, nel senso di considerare tali "ogni altro comportamento che....".

Molti hanno ritenuto questo un elemento negativo della riforma, in quanto si è detto che allora tipizzazione significa tassatività perché, se mancano le norme di chiusura, vuol dire che sono solo quelle previste le ipotesi di illecito disciplinare e non possono essercene altre.

Se questa è la volontà del legislatore, personalmente non ci trovo niente di discutibile o di negativo perché, come dirò tra un momento, io credo che l'azione disciplinare dovrebbe essere l'*extrema ratio* e non dovrebbe rappresentare una forma di sostituzione di quello che avrebbe dovuto essere una corretta valutazione della professionalità ed i comportamenti inopportuni, ma non previsti nella legge, dovrebbero essere previsti nel codice etico e non formare oggetto di un procedimento disciplinare.

La tassatività anche senza clausola di chiusura, infatti, è un elemento che a mio avviso dovrebbe produrre il benefico effetto di distinguere nettamente il piano della deontologia, da quella della valutazione di professionalità e quindi da quello della responsabilità disciplinare.

La relazione, e soprattutto la distinzione tra questi diversi momenti, risulta poco chiara nella giurisprudenza costituzionale, la quale nelle tre ipotesi durante le quali ha avuto occasione di pronunciarsi, pare confondere l'aspetto discipli-

nare con quello deontologico, facendo riferimento alla regola deontologica a proposito della responsabilità disciplinare (sent. 224/2009).

L'aspetto della responsabilità disciplinare deve, a mio avviso rimanere assolutamente distinto da quello deontologico e non è un caso che il codice etico approvato dall'associazione nazionale magistrati ha rilievo solo all'interno dell'associazione e può contenere (e contiene), come accade ad esempio pure per il codice deontologico approvato dalla mia università, il divieto di atteggiamenti che, al di fuori da un determinato ordinamento, sono del tutto legittimi e che sono invece indicati come obblighi deontologici all'interno di un codice deontologico.

Al tempo stesso il controllo di professionalità, se correttamente funzionante, non dovrebbe scaricare sul procedimento disciplinare tutta una serie di comportamenti che dovrebbero essere invece trovare la loro sanzione indiretta nella progressione in carriera a seguito del controllo di professionalità.

Tutta una serie di casi che sono esaminati in ambito disciplinare e sono risolti nel senso della scarsa rilevanza del fatto, potrebbero più opportunamente essere esaminati, ed eventualmente sanzionati, nell'ambito del controllo di professionalità, lasciando al giudizio disciplinare solo quei casi più gravi che non trovano in quello una adeguata soluzione. Per questo ho parlato del procedimento disciplinare come *extrema ratio*.

Ritengo pertanto assolutamente necessario che le ipotesi di illecito disciplinare siano stabilite dal legislatore, le cui scelte potranno essere sindacate dalla Corte costituzionale sotto il profilo della loro ragionevolezza e più specificamente della loro proporzionalità.

Il controllo delle scelte del legislatore può avere due differenti finalità: quella di evitare che nella sostanza si possa passare da un controllo del comportamento del magistrato ad un controllo del provvedimento giurisdizionale e quella di tutelare i diritti fondamentali del cittadino-magistrato.

Nel primo senso intendo riferirmi alla necessità di escludere che la sanzione disciplinare possa essere uno strumento per incidere sulla libertà di interpretazione del giudice.

Al proposito possono essere ricordate le ipotesi di sanzioni disciplinari previste nella stesura originaria della riforma dell'ordinamento giudiziario dove era previsto come illecito disciplinare il compimento, da parte di un magistrato, di atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali, con chiaro riferimento a quella che è stata chiamata l'interpretazione "creativa" dei giudici.

Ancora più evidente risultava la clausola di salvaguardia, secondo la quale l'attività interpretativa del giudice non può dare luogo a responsabilità disciplinare, se esercitata ai sensi dell'art. 12 delle preleggi.

Secondo tale disposizione “nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore”. Un criterio quindi di carattere letterale e storico-originalista, ritenuto ormai generalmente del tutto superato e molto lontano dalle esigenze reali dell’interprete.

L’altro aspetto in base al quale valutare le scelte del legislatore, come detto, è quello della tutela dei diritti fondamentali del cittadino che svolge attività giurisdizionale e che impone quindi un adeguato bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che vengono in gioco.

La Corte costituzionale ha specificamente affrontato il tema del rapporto tra responsabilità disciplinare e libertà di manifestazione del pensiero dei magistrati, sostenendo che questi ultimi non possono avere nessuna limitazione ulteriore rispetto a quelle valide per tutti gli altri consociati.

Non possono infatti, a giudizio della Corte, nutrirsi dubbi sul fatto che i magistrati debbano godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino anche se deve però ammettersi che essi svolgono una funzione delicata, per cui è necessario un bilanciamento alla ricerca di un giusto equilibrio.

Uguualmente, ed ancora più frequentemente, il problema si è posto con riferimento ai possibili limiti al diritto di associazione nei riguardi dei magistrati.

L’Italia, come noto, nel 2001 è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo per la previsione di una sanzione disciplinare ad un magistrato in quanto era iscritto a una loggia massonica, non segreta. La Corte europea condannò lo stato italiano per la genericità delle ipotesi di responsabilità disciplinare, tale da non consentire al magistrato di sapere che l’adesione ad un’associazione massonica non segreta poteva costituire illecito disciplinare.

Successivamente del diritto di associazione da parte dei magistrati si è occupata pure la Corte costituzionale, una prima volta nel 2009 a proposito del caso Bobbio ed una seconda nel 2018 con riguardo al caso Emiliano.

In entrambi i casi veniva in considerazione la sanzione disciplinare relativa alla iscrizione a partiti politici ed alla partecipazione sistematica e continuativa alla vita degli stessi.

Nel primo caso si trattava di un magistrato fuori ruolo, in quanto addetto ad attività di consulenza parlamentare.

La Corte costituzionale ha affrontato tre distinti problemi.

Il primo circa la legittimità del divieto di iscrizione a partiti politici quando la Costituzione parla solo di possibili limitazioni. La risposta della Corte è stata affermativa, rilevando come se il divieto di iscrizione ai partiti politici

non può ritenersi imposto dal dettato costituzionale, questo non può neppure dirsi escluso, ma deve ritenersi rientrare nello spazio che la Costituzione lascia alle scelte discrezionali del legislatore.

Il secondo problema era invece relativo alla applicabilità del divieto di iscrizione ai magistrati fuori ruolo. La Corte dà nuovamente una risposta positiva, dal momento che il soggetto in questione deve ritenersi pur sempre un magistrato, anche se al momento fuori ruolo e quindi il valore che la norma intende tutelare vale pure in questa situazione.

Il terzo problema era relativo alla eventuale contraddittorietà tra il consentire a un magistrato di partecipare a una elezione politica e poi qualificare come passibile di sanzione disciplinare la partecipazione sistematica e continuativa alla vita dei partiti politici. La Corte risponde in questo caso in senso negativo, trattandosi a suo giudizio di situazioni diverse: una cosa è l'elettorato passivo, altra cosa è invece la partecipazione continuata alla attività dei partiti politici.

Il secondo caso riguarda una situazione in cui la suddetta contraddittorietà appare ancora più evidente, mi riferisco al noto caso Emiliano, il quale pure si trovava in una posizione di fuori ruolo, ma per motivi politici, in quanto era stato eletto ad una carica pubblica. La Corte costituzionale ribadisce comunque la propria posizione, aggiungendo che la partecipazione ai partiti e alla competizione elettorale non determina in maniera automatica l'applicazione di una sanzione disciplinare, ma rientra nell'ambito di scelta del giudice disciplinare.

Il problema a mio avviso è quello che viene affrontato nel progetto Bonafede presentato alle camere al quale faceva riferimento, nella sua introduzione, il prof. Campanelli, vale a dire la possibilità, per il magistrato eletto ad una carica pubblica (parlamentare, consigliere regionale, sindaco di una grance città, presidente della regione), di tornare, una volta terminato il mandato, a fare il magistrato. Questo il tema che la Corte costituzionale non ha affrontato.

A mio avviso se si consente al magistrato eletto di tornare a fare il magistrato, appare come una evidente ipocrisia, l'applicazione di una sanzione disciplinare in ragione della esistenza di un rapporto continuativo con partiti politici.

Chi può pensare che un candidato possa essere eletto senza avere rapporti con le forze politiche e con i partiti politici? Basti pensare ad una persona come Emiliano, il quale addirittura è stato candidato alla segreteria nazionale del partito democratico. Tra l'altro si potrebbe correre il rischio di una spirale di condanne disciplinari nei confronti del magistrato che continua nella sua carica politica e quindi, inevitabilmente, nei suoi rapporti con le attività dei partiti politici.

Una chiara soluzione al problema discenderebbe dalla approvazione del disegno di legge Bonafede, dove è previsto che, cessato il mandato, il magistrato non torna più ad esercitare funzioni giurisdizionali.

4. Conclusioni

Concludo con una ultima riflessione, che si fonda sulla osservazione, comunemente condivisa, che oggi il ruolo del giudice è profondamente cambiato, basti pensare alle conseguenze derivanti dal controllo di costituzionalità delle leggi prima e dai rapporti con le corti sovranazionali dopo, in particolare con la Corte di giustizia dell'unione europea attraverso l'utilizzo del rinvio pregiudiziale.

Nella realizzazione dello stato sociale costituzionale è di tutta evidenza il formidabile ruolo svolto dal giudice nella sua figura di giudice dei diritti e dei diritti sociali in particolare, oltre che di giudice della legalità.

Sulla base di questa osservazione, una parte, anche autorevole, della dottrina sostiene che questa espansione del ruolo del giudice debba comportare un aumento di responsabilità. In applicazione del principio secondo cui dove c'è scelta c'è responsabilità, l'aumento della possibilità di scegliere derivante dal riconoscimento di un diritto del diritto giurisprudenziale, accanto al diritto politico, dovrebbe comportare un aumento di responsabilità.

A mio avviso trattasi di affermazione pericolosa e fuorviante, in quanto il principio secondo cui dove c'è discrezionalità c'è responsabilità, è un principio utilizzato correttamente per fondare la legittimazione dei soggetti politici, per indicare la responsabilità (politica) del parlamento, del governo e così via.

Per ricercare il fondamento della legittimazione dell'attività giurisdizionale non debbono invece essere seguite le regole della responsabilità politica, in quanto l'attività del giudice trova la sua legittimazione nel principio di legalità e non nel principio del consenso popolare. Una legge si rispetta perché è approvata dai rappresentanti del corpo elettorale, i quali pertanto sono responsabili nei confronti dei propri elettori, per le scelte politiche che fanno attraverso l'approvazione delle leggi. Per questo la legge deve essere rispettata.

Al contrario una sentenza del giudice non viene rispettata perché è una verità assoluta, né perché è una scelta politica, ma perché esprime il rispetto della legalità, in quanto è pronunciata da un soggetto tecnicamente preparato, professionalmente capace.

Il medico, l'avvocato, il notaio, possiamo sceglierli e lo si fa su una base fiduciaria, mentre, come noto, il giudice non può essere scelto ed il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge tende proprio ad escludere questa possibilità.

Ma allora si pone un obbligo per lo Stato di garantire la professionalità del magistrato per fondare la fiducia dei destinatari delle decisioni pronunciate da quel magistrato.

La sentenza quindi si rispetta perché proviene da un soggetto indipendente e imparziale e, nei limiti previsti dalla legge, giuridicamente responsabile.

Ecco perché a mio avviso, i controlli di professionalità e le forme di responsabilità, come dicevo all'inizio, non rappresentano un tema di interesse solamente all'interno dell'ordinamento giudiziario, ma riguardano la realizzazione dell'ordinamento costituzionale, perché è sull'esistenza e la efficacia di questi strumenti che si fonda la legittimazione dell'attività giurisdizionale ed il rispetto delle sentenze del giudice.

Il giudizio disciplinare: l'esercizio dell'azione tra poteri, limiti e linee guida.

Il ruolo della Procura generale e del Ministro della giustizia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Problemi posti dalla natura bifasica del procedimento – 3. Problemi posti dalla natura ancipite dell'azione disciplinare.

1. Premessa

L'inquadramento costituzionale dell'azione disciplinare è stato affrontato dal prof. Romboli e sarebbe velleitario da parte mia riprendere quel tema.

Intorno all'art. 105, che attribuisce al CSM i provvedimenti disciplinari, al secondo comma del 107, che riconosce al ministro la facoltà di esercitare l'azione disciplinare e all'art. 10 c. 1 n. 3 della legge istitutiva del CSM¹ che attribuisce il potere di iniziativa al procuratore generale, il sistema costituzionale disegna un equilibrio per certi versi perfetto, ma estremamente² delicato, che presuppone e tende ad una figura di magistrato indipendente e responsabile al tempo stesso.

L'iniziativa del ministro non è la perpetuazione costituzionalizzata del potere disciplinare come era disegnato nella relazione ministeriale dell'ordinamento Grandi del '41 per il quale l'indipendenza era solo esclusione di interferenza *“nei giudizi”* senza che questo comportasse che la *“la giurisdizione costituisca un potere autonomo dello stato dovendo anch'esso uniformare la sua attività alle direttive generali segnate dal Governo per l'esercizio di ogni pubblica funzione”*, ma è invece la proiezione della responsabilità di un giudice indipendente non solo nei confronti dell'ordine di appartenenza, ma di tutta la collettività.

¹ Art. 10 c. 1 n. 3 l. 24 marzo 1958 n. 195: “Spetta al Consiglio superiore dei deliberare...3) sulle sanzioni disciplinari a carico dei magistrati, in esito ai procedimenti disciplinari iniziati su richiesta del Ministro o del procuratore generale presso la Corte suprema di cassazione

² Art. 14 d.lgs 109/06: “c. 1: L'azione disciplinare è promossa dal Ministro della giustizia e dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione; c. 2: il ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare mediante richiesta di indagini al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Dell'iniziativa il Ministro dà comunicazione al Consiglio superiore della magistratura con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede...”

Allo stesso modo l'iniziativa del PG riporta all'interno dell'ordine di appartenenza il presidio dei valori deontologici fondamentali e segna la piena giurisdizionalizzazione dell'esercizio dell'azione, che, come prevede l'art. 14 del d.lgs. 109/06 appartiene all'iniziativa di entrambe, ma che il ministro promuove, come dice il secondo comma "*mediante richiesta di indagini*".

Quindi entrambe hanno la titolarità dell'azione quanto alla proposizione, ma solo alla PG spetta il suo esercizio, cioè lo svolgimento delle indagini e la rappresentanza avanti al CSM.

L'attuale assetto sostanziale e processuale è quello del d.lgs. 109/2006 che disegna un sistema disciplinare giurisdizionalizzato, quindi un processo presidiato dalle garanzie del giusto processo ed in particolare dall'art. 111 1 e 2 comma, ma non un processo criminale, dal momento che il richiamo alle norme del codice di procedura penale, nei limiti in cui siano compatibili, vale solo per quanto riguarda le indagini (art. 16 c. 2) e il dibattimento (art. 18 c. 4), e che il ricorso si propone avanti alle SS UU civili della Corte di cassazione; tipizzato quanto alle condotte rilevanti (principio di tipicità che per gli illeciti extrafunzionali sembra atteggiarsi quasi secondo un criterio di tassatività, per l'avvenuta esclusione della clausola di chiusura e l'abrogazione del secondo comma dell'art. 1), con una doppia ed autonoma titolarità dell'azione disciplinare, obbligatoria per il PG e discrezionale per il ministro, che applica sanzioni tipiche, di natura amministrativa.

Il sistema disciplinare è perciò un sistema complesso che possiamo definire ancipite e bifasico

Ancipite proprio per il riconoscimento del potere d'azione sia al ministro che al procuratore generale, bifasico perché conosce una fase, quella predisciplinare, di natura più amministrativa, ed una fase pienamente giurisdizionale.

1. Problemi posti dalla natura bifasica del procedimento

La distinzione tra una fase predisciplinare ed una disciplinare non può però essere schematicamente ricondotta ad una fase puramente amministrativa ed una totalmente giurisdizionale (v., più orientata in questo senso sent. SS.UU. 26809/09 Clemente), essendo generalmente riconosciuto come anche la fase predisciplinare "gravita in un'area "giurisdizionalizzata" (in questo senso è chiara SS UU 5 luglio 2011 n. 14664), poiché il legame strumentale tra la fase di accertamento predisciplinare e la successiva fase disciplinare attrae la fase predisciplinare nell'ambito della giurisdizione, definibile come una fase "giustiziale" o "paragiurisdizionale" (come pure si è espresso il giudice amministrativo) che assolve ed esaurisce la sua funzione in rapporto agli sbocchi possibili: archiviazione o esercizio dell'azione.

Non è necessario, ma forse non del tutto superfluo richiamare sinteticamente il meccanismo normativo:

Ricevuta la notizia circostanziata o all'esito dei sommari accertamenti il PG, secondo quanto previsto dall'art. 15³ deve, entro l'anno, o promuovere l'azione disciplinare dandone notizia al CSM ed al ministro (oltre che naturalmente all'incolpato), o può archiviare direttamente gli atti, anche ove ritenga che il fatto non costituisca condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'art. 3 *bis* (cioè l'illecito è integrato in tutti gli elementi costitutivi, ma il fatto è di scarsa rilevanza perché, come ha precisato da ultimo la cassazione, è irrilevante il danno al bene giuridico tutelato e la condotta non è risultata, per la sua proiezione esterna, lesiva del prestigio dell'ordine e della credibilità del magistrato), secondo quanto previsto dall'art. 16 c. 5 *bis* del d.lgs. 109/08. In questo secondo caso (cioè l'archiviazione), deve dare comunicazione al solo ministro. Si instaura così un dialogo a due tra PG e ministro e questi può o prendere atto o, entro dieci giorni dalla comunicazione, chiedere gli atti ed entro i sessanta successivi chiedere la fissazione dell'udienza, formulando l'incolpazione (su questo punto torneremo poi).⁴

Nessuna informazione viene inviata al CSM e nessuna comunicazione è dovuta all'incolpato.

La compiuta disciplina dell'art. 16 c. 5 *bis* (per il quale quando il PG archivia comunica il provvedimento solo al ministro, che esercita se vuole le facoltà previste) sottrae la materia all'applicazione delle regole che nel procedimento pena-

³ Art. 15 c. 1 d.lgs 109/06: "L'azione disciplinare è promossa entro un anno dalla notizia del fatto, della quale il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha conoscenza a seguito di sommarie indagini preliminari o di denuncia circostanziata o di segnalazione del Ministro della giustizia. La denuncia è circostanziata quando contiene tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare. In difetto di tali elementi, la denuncia non costituisce notizia di rilievo disciplinare"

⁴ Art. 16 c. 5 *bis* d.lgs 109/06: "5-bis. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione procede all'archiviazione se il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3-bis o forma oggetto di denuncia non circostanziata ai sensi dell'articolo 15, comma 1, ultimo periodo, o non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4 oppure se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso. Il provvedimento di archiviazione è comunicato al Ministro della giustizia, il quale, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, può richiedere la trasmissione di copia degli atti e, nei sessanta giorni successivi alla ricezione degli stessi, può richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Sulla richiesta si provvede nei modi previsti nei commi 4 e 5 dell'articolo 17 e le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto. Il provvedimento di archiviazione acquista efficacia solo se il termine di cui sopra sia interamente decorso senza che il Ministro abbia avanzato la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale davanti alla sezione disciplinare. In tale caso è sospeso il termine di cui al comma 1 dell'articolo 15."

le disciplinano l'istituto analogo dell'archiviazione secondo le previsioni dell'art. 408 e sg. Cpp, che peraltro è logicamente e strutturalmente incompatibile con il procedimento disciplinare, che non conosce parti offese rappresentate nel giudizio. Per le stesse ragioni di compiutezza della disciplina, non trova neanche applicazione l'art. 116 cpp.

È giurisprudenza consolidata, da ultimo dalle decisione del TAR (5714 del 2019) confermata dal Consiglio di Stato con la sent. n. 2309 del 6 aprile del 2020, che l'attività di accertamento preliminare e lo stesso provvedimento di archiviazione (non il solo esito), per l'attinenza del procedimento alla natura giurisdizionale del processo disciplinare, sono sottratti alla disciplina dell'accesso amministrativo, sia nella forma dell'accesso documentale della l. 241/9 (e le commissioni per l'accesso si sono pronunciate in tal senso), che dell'accesso civico come disciplinato dal d.lgs. 33 del 2013, che dell'accesso civico generalizzato come introdotto con le modifiche alla legge del 2013 con il d.lgs 97/16. Con riferimento alle modifiche del 2016 si è espressa l'ANAC escludendo dall'accesso ex art. 5 c. 2 del d.lgs 33/13 a *“gli atti giudiziari, cioè gli atti processuali o quelli che siano espressione della funzione giurisdizionale, ancorché non immediatamente collegati a provvedimenti che siano espressione dello “ius dicere”, purché intimamente e strumentalmente connessi a questi ultimi. L'accesso e i limiti alla conoscenza degli atti giudiziari, ovvero di tutti gli atti che sono espressione della funzione giurisdizionale, anche se acquisiti in un procedimento amministrativo, sono infatti disciplinati da regole autonome previste dai rispettivi codici di rito”*.

Sulla base di tale orientamento la materia è regolata da ultimo in procura generale dall'OdS 44/19 per il quale è la stessa segreteria che comunica ai privati che intendano sapere l'esito dei loro esposti la pendenza o la definizione del procedimento, senza ulteriore specificazione, mentre le richieste provenienti dai magistrati attinti dall'esposto la richiesta è sottoposta all'avvocato generale dirigente del servizio disciplinare che sottopone un parere motivato al Procuratore per la decisione.

Anche per il ministero, come afferma la sentenza del TAR richiamata, trova ancora applicazione il DM 115/96 ed in particolare l'art. 4 c. 1 lett i), sulla base del quale non è consentito l'accesso agli accertamenti in fase preliminare propeudetici alle determinazioni del ministro.

È innegabile che la fase predisciplinare è assistita così da garanzie difensive affievolite ed è soggetta ad un diverso regime di ostensibilità degli atti, mentre esiste ampia possibilità di acquisizione agli atti del dibattimento di quelli formati nella fase precedente all'esercizio dell'azione (come le segnalazioni in sede di ispezione e tutti quelli atti del predisciplinare che si ritiene di riversare nel fascicolo istruttorio).

Per evitare però che si crei una zona grigia nella quale si affievolisca il principio di legalità che deve governare il procedimento in ogni sua fase, occorre l'individuazione di criteri predeterminati e conoscibili che governino l'iniziativa della Procura generale. In questa direzione la Procura si è mossa con due iniziative significative quali quella della individuazione dei criteri per l'esame degli atti provenienti dalla Procura di Perugia con riferimento alla nota vicenda Palamara, ma che vanno nettamente al di là di questa, e con la scelta di massimare, e sotto tale forma comunicare, le decisioni di archiviazione diretta ex art. 16 .

La Procura ha poi inteso valorizzare l'attività di accertamento in fase predisciplinare, concentrando l'attenzione sulle situazioni meritevoli di effettivo approfondimento, decongestionando il carico dagli esposti, generici, seriali, non circostanziati, di mera critica di provvedimenti giurisdizionali e privi di risvolti di natura deontologica.

Un banco di prova significativo è stato quello posto dalla grande mole di materiale esaminato con la trasmissione dall'autorità di Perugia dell'imponente materiale acquisito al procedimento lì pendente a carico, tra gli altri, del collega Luca Palamara. Per la prima volta non è pervenuta da quell'ufficio solo la doverosa comunicazione disciplinata dalla circolare 1100/95 del CSM relativa alla pendenza di un procedimento penale a carico di un magistrato, ma anche una grande massa di documentazione riferibile ad un numero rilevante ed imprecisato di colleghi e non immediatamente collocabile nella cornice dell'art. 15 c. 1 d.lgs 109/06 quale "denuncia circostanziata" quale condizione per l'esercizio dell'azione o già adeguata per poter disporre l'espletamento di quelle sommarie indagini che, sempre secondo il primo comma dell'art. 15, consentono l'apertura del procedimento

Con le due direttive del 22 giugno del 4 settembre 2020⁵ sono state date le linee per lo scrutinio del materiale pervenuto. La prima indica i criteri generali, quella integrativa di settembre riguarda in particolare l'art. 3 *bis* del d.lgs. applicabile anche in sede predisciplinare per la espressa previsione, come si è visto, dell'art. 16 c. 5 *bis*.

Prima di accettare la vulgata giornalistica, non sempre disinteressata, o le sintesi semplificate e suggestive che viene a volte fatta nelle nostre mailing-list delle due direttive può essere un utile esercizio quello di leggerle con attenzione. La direttiva di giugno da una parte esse delimitano lo spazio di intervento della Procura dal punto di vista soggettivo ai soli magistrati, il che non è ovvio rinvio al dettato normativo, ma indicazione operativa, nel senso che non possono e non devono essere espresse valutazioni o giudizi su soggetti o fatti estranei al

⁵ https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/d_altra_documentazione.page

perimetro disciplinare. Richiama poi i diversi piani sui quali le medesime condotte possono avere rilievo, quello penale (che compete al giudice in sede di accertamento della responsabilità), quello disciplinare (che compete al PG e nella sua autonomia al ministro e poi al CSM), quello deontologico (che compete agli organismi associati) quello ordinamentale (che compete al CSM in prima, in terza, in quarta ed in quinta commissione), quello della responsabilità civile (il cui accertamento è demandato al giudice e solo in sede di rivalsa investe direttamente il magistrato che ha tenuto la condotta lesiva). In tale quadro è stata operata la distinzione doverosa tra condotte qualificabili disciplinarmente, la maggior parte delle quali sono sembrate riconducibili all'ipotesi della grave scorrettezza nei confronti di altri magistrati, da quelle violazioni del codice etico, penso in particolare all'art. 10⁶, che non abbiano tale connotato di scorrettezza. Fissa poi i confini, secondo i termini stabiliti dalla corte costituzionale e dalla giurisprudenza delle sezioni unite⁷, dell'estensione dell'insindacabilità delle espressioni di opinione riconosciuto ai componenti del CSM dall'art. 32 *bis* della l. 195/58, come modificata dall'art. 5 della l. 1 del 1981, rimanendo ovviamente anche i consiglieri soggetti alla giurisdizione disciplinare.

Se sia troppo, troppo poco, se l'interpretazione sia corretta non sta scritto nella pietra, certo la Procura generale ritiene di poter affermare di aver fatto le sue scelte con piena consapevolezza e ritenendo di aver fatto rigorosa applicazione delle regole, senza sottrarsi alle proprie responsabilità ma senza farsi prendere dalla reazione emotiva e dal disagio conseguente al disvelamento di un così vasto e profondo fenomeno, nella certezza che, come sempre nella giurisdizione, sono i fatti e non i fenomeni a dover essere oggetto di sanzione.

Come è noto dalle prime comunicazioni pervenute dalla Procura di Perugia nel 2019 e poi dalla trasmissione del contenuto delle chat e dell'ulteriore messaggistica dal 22 aprile al 9 giugno del 2020, sono derivati ad oggi 29 procedimenti

⁶ Art. 10 – Obblighi di correttezza del magistrato

Il magistrato non si serve del suo ruolo istituzionale o associativo per ottenere benefici o privilegi per sé o per altri.

Il magistrato che aspiri a promozioni, a trasferimenti, ad assegnazioni di sede e ad incarichi di ogni natura non si adopera al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione, né accetta che altri lo facciano in suo favore.

Il magistrato si astiene da ogni intervento che non corrisponda ad esigenze istituzionali sulle decisioni concernenti promozioni, trasferimenti, assegnazioni di sede e conferimento di incarichi.

Si comporta sempre con educazione e correttezza; mantiene rapporti formali, rispettosi della diversità del ruolo da ciascuno svolto; rispetta e riconosce il ruolo del personale amministrativo e di tutti i collaboratori.

⁷ Corte cost 148/83; SS UU 3527/2002; 25955/07 e 4854/13.

disciplinari nei confronti di 24 magistrati, per 1 vi è stata sentenza di primo grado; per 6 è in corso il dibattimento, 6 sono sospesi per pregiudiziale penale. In fase predisciplinare sono aperti 14 fascicoli, 2 dei quali sospesi per pregiudiziale penale, per gli altri sono in corso gli accertamenti all'esito dei quali l'ufficio assumerà determinazioni conclusive, archiviando o promuovendo l'azione. Per 2 è stata già disposta l'archiviazione. Si tratta all'evidenza di dati in evoluzione e non definitivi.

Anche in questo caso la giustezza delle scelte e l'adeguatezza delle risposte non è scritta nella pietra, ma non si sottrarrà al confronto e alla verifica, sia in sede processuale che nel giudizio pubblico.

In termini più generali (valendo peraltro le indicazioni contenute nelle direttive citate ben al di là dell'occasione che le ha generate) la Procura generale ha ritenuto di procedere alla comunicazione delle massime tratte dai provvedimenti di archiviazione predisciplinare. Lo sforzo è stato quello di coniugare il massimo di specificità con la necessaria anonimizzazione, non solo dei dati anagrafici, ma di tutti i marcatori di riconoscibilità dei protagonisti, ciò il massimo di concretezza con il massimo di rispetto delle posizioni individuali.

Il risultato ha portato sul sito della Procura generale ad una prima immissione di 278 massime che coprono gli ultimi cinque anni⁸ (la cui classificazione ha seguito la divisione nelle principali categorie di illeciti: funzionale, extrafunzionali, da reato, più quelle relativi a problemi generali e procedurali), che costituiscono una griglia significativa per orientare i colleghi, i difensori, ma soprattutto, nella collettività, chiunque abbia interesse o voglia di capire quali siano i criteri di valutazione, il metro di giudizio dei comportamenti, le condotte che in concreto assumono rilevanza in riferimento alla loro astratta indicazione nella fattispecie disciplinare. In un sistema "piccolo" (per ambito numerico di riferimento e per tipologia delle condotte rilevanti) come quello disciplinare, fortemente dominato dalla casistica e regolato da un sistema di illeciti che potremmo definire "imperfetta" per le aree che la tipizzazione lascia scoperte e "a soffietto" per la variabilità della tecnica di redazione che vede ipotesi praticamente formali e assai delimitate ed altre governate da clausole aperte (dalla mancata autorizzazione all'incarico extragiudiziale alla "grave scorrettezza" nei confronti dei colleghi) riteniamo di aver fornito uno strumento molto utile che responsabilizza molto la PG.

Un'altra scelta strategica è stata quella della riorganizzazione dell'esame delle segnalazioni.

Ogni anno giungono alla Procura generale, così come al ministero, esposti e segnalazione nell'ordine delle migliaia. Facendo riferimento solo al 2019, sono

⁸ https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/d_giuris_costituz_e_di_legit.page

arrivate 1.898 “notizie di illecito disciplinare” che vanno dall’esposto del singolo, più o meno circostanziato, all’informativa dell’iscrizione da parte degli uffici giudiziari, il 90% sono state oggetto di archiviazione. Sul lungo periodo, dal 2012 al 2018 il 91,6% degli esposti è stato archiviato. Si tratta perciò di un dato strutturale che determina un fastidioso rumore di fondo rispetto alla sostanza della materia disciplinare e nella rappresentazione pubblica si presta a letture fuorvianti di una giustizia eccessivamente domestica e di una magistratura eccessivamente trasgressiva, assorbendo oltre misure le non sovrabbondanti risorse all’impegno richiesto dalle vicende che sono effettivamente rilevanti. A partire dallo scorso luglio, facendo seguito agli OdS n. 33 e n. 34 del 22 giugno scorso⁹, preceduto da intese raggiunte con il ministro, gli esposti vengono esaminati preliminarmente da un gruppo di lavoro coordinato da un sostituto a ciò designato, composto di tre magistrati con rotazione tendenzialmente ogni otto mesi, che rileva gli esposti che non contengono una notizia disciplinare circostanziata secondo la previsione dell’art. 15 c. 1 del d.lgs. o ragionevolmente passibile di diventare tale a seguito di sommari accertamenti. In particolare gli esposti del tutto generici, quelli ossessivi e seriali, quelli che contengono mere critiche a provvedimenti giurisdizionali e che palesemente rientrano nella clausola di esclusione dell’art. 2 c. 2 del d.lgs 109/06¹⁰, quelli per i quali unitamente all’esposto viene comunicata la richiesta di archiviazione o l’intervenuto provvedimento del GIP, quelli relativi a magistrati usciti dall’ordine giudiziario, vengono, previa una succinta motivazione che deve in ogni caso dare atto dell’avvenuto esame nel merito del contenuto dell’esposto, inseriti in un apposito spazio di archiviazione nel registro informatico del servizio disciplinare e conservati agli atti della segreteria. Mensilmente l’elenco contenente gli estremi essenziali dell’esposto viene inoltrato al ministro che può, a sua discrezione, acquisire presso la Procura maggiori informazioni. Anche in questo caso il gruppo di lavoro si è dato dei criteri operativi condivisi in base ai quali il criterio di selezione deve essere rigoroso, privilegiando, nel dubbio, la scelta di iscrivere il procedimento predisciplinare e procedere ad accertamenti preliminari; di procedere a motivazioni sintetiche, ma che non si esauriscono in rinvii formali a norme e clausole di stile, di prestare particolare attenzione a quegli esposti che contengano doglianze che lasciano intravedere possibili prassi *contra legem* o gravi disfunzioni funzionali nell’organizzazione del lavoro del

⁹ https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/OS_34-2020_.pdf

¹⁰ Art. 2 c. 2 d.lgs 109/06: “fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g),h),i),l),m),n),o), p),cc),ff), l’attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”

magistrato o una qualche superficialità o sottovalutazione nella tutela di diritti fondamentali di particolare rilievo. Nonostante tali criteri ristrettivi i risultati del lavoro svolto, iniziato nel luglio scorso, sono particolarmente significativi 533 (circa cento al mese) esposti sono stati conservati agli atti di segreteria recuperando energie indispensabili e fornendo una rappresentazione della situazione più corrispondente alla realtà.

Non riguarda l'oggetto dell'esposizione odierna, ma può essere utile ricordare che a fronte dell'elevato numero di esposti e segnalazioni pervenute nel 2019 sono state promosse 159 azioni disciplinari e nel 2020, alla data del 27 novembre, 138.

La natura bifasica del procedimento pone un ulteriore problema che costituisce in qualche modo l'altra faccia della esclusione del diritto all'accesso decisa dal giudice amministrativo nei termini sopra sommariamente richiamati ed è quello della sottrazione, a cagione di tale separatezza, di elementi di conoscenza significativi con riferimento a fatti e circostanze, emersi nel corso degli accertamenti preliminari, che potrebbero avere rilevanza in una diversa sede, come ad esempio, ai fini della valutazione di professionalità o del conferimento di funzioni direttive o di valutazione di incompatibilità ambientale. Sul punto la Procura generale ha avviato una riflessione che non è ancora pervenuta ad una valutazione conclusiva, che non potrà non tener conto dei molteplici profili che vengono in evidenza, alcuni dei quali oggetto di attenzione anche in questa sommaria esposizione.

2. Problemi posti dalla natura ancipite dell'azione disciplinare

Come abbiamo detto Ministro e Procuratore generale hanno pari titolarità nella promozione dell'azione disciplinare, che il PG esercita d'iniziativa (obbligatoriamente) e il ministro promuove con la richiesta di indagini al PG (facoltativamente), ma l'azione disciplinare rimane una, conservando la sua natura "una" e "bina". La titolarità dell'uno (il ministro) serve a evitare l'autoreferenzialità dell'ordine e a chiamarlo alla responsabilità nei confronti dello stato-persona, la titolarità dell'altro (il PG) è imposta dalla natura giurisdizionale del procedimento, esprime la capacità di reazione della stessa magistratura per condotte lesive del prestigio provenienti dal suo interno e bilancia il rischio di condizionamento che potrebbe discendere dalla esclusiva titolarità di un potere così incisivo in mano al ministro.

Ognuno dei titolari conserva intatto il potere di promovimento (anche rispetto ai tempi) ma l'assunzione dell'iniziativa da parte dell'uno non è priva di effetti nei confronti dell'altro.

È evidente che tale duplice impulso e tale duplice, pur se differente, potere di controllo non è difficile da governare nell'ordinaria fisiologia dell'azione, ma certamente determina momenti di inevitabile frizione quando la valutazione dei due "titolari" non siano convergenti. La disciplina positiva non aiuta molto a risolvere queste *empasse* e la prassi ha almeno in un caso corretto alcune evidenti "zoppie" della legge.

Per quanto riguarda i termini di esercizio dell'azione non si pongono nella pratica grossi problemi. Ai fini della decadenza per decorrenza del termine annuale previsto dall'art. 15 d.lgs 109/06, l'autonomia delle due azioni è piena e ciascuno la può esercitare a partire dal momento dell'acquisizione della notizia circostanziata, che ben può pervenire però dall'altro interlocutore istituzionale. L'esaurimento del potere di iniziative dell'uno non può avere ricadute e riflesso sull'autonomo potere dell'altro.

Qualche problema invece si pone a fronte dell'intervenuta archiviazione del PG ai sensi dell'art. 16 comma 5 *bis* sopra richiamato, quando il ministro non condivida tale conclusione.

In questo caso, secondo il tenore testuale dell'art. 16 c. 5 *bis*, il ministro ha la sola possibilità di chiedere gli atti e all'esito chiedere la fissazione dell'udienza. Si pone il problema se possa invece esercitare la "sua" azione disciplinare per lo stesso fatto. In un ipotesi in cui ciò è avvenuto a distanza di mesi, cioè ben oltre il termine di 10 e di 60 gg. cui fa riferimento l'art. 16, le SS UU hanno escluso che l'azione fosse tempestivamente esercitata (14664/2011), ma deve ritenersi al contrario che possa legittimamente farlo nei confini temporali segnati dall'art. 16, anzi in tal caso il ricorso all'esercizio della "sua" azione disciplinare fornisce una soluzione di maggior garanzia dell'incolpato che, in caso contrario, si troverebbe a giudizio con l'udienza fissata senza aver mai avuto alcuna contezza del procedimento predisciplinare, del quale non riceve alcuna comunicazione. Questa è anzi la "prassi virtuosa" cui prima si faceva riferimento, già adottata nella pratica (v. ord SD 87/2010, 123 e 128/2012) e certamente sostenuta da un'interpretazione, costituzionalmente orientata, più rispettosa del principio di ragionevolezza e proporzionalità e del diritto di difesa.

Può essere interessante rilevare come la commissione Vietti, in sede di revisione del sistema disciplinare, si fosse posto il problema (come altri di cui brevemente si dirà) e avesse proposto una modifica dell'art. 16 c. 5 *bis* in base alla quale il ministro poteva, a fronte di una richiesta di archiviazione, chiedere gli atti entro dieci giorni "per le sue determinazioni" così riferendosi al pieno esercizio delle sue prerogative di promozione.

Si è posto il problema della possibilità per il ministero di presentare memorie direttamente avanti alla sezione disciplinare.

Come è noto la presenza diretta del ministero avanti alla sezione disciplinare, prevista dall'originaria stesura del d.lgs., è stata poi esclusa dalle modifiche introdotte con la l.269/06 prima che la Corte costituzionale decidesse la questione di legittimità costituzionale, pure immediatamente sollevata dalla sezione disciplinare. Deve perciò riersi escluso che, richiesta la fissazione dell'udienza, il ministero abbia facoltà di presentazione di memorie avanti al giudice disciplinare, potere che squilibrerebbe la posizioni delle parti in giudizio a danno della difesa dell'incolpato.

Ne' vale l'obiezione che tale sbilanciamento vi sarebbe in sede di legittimità, specie quando ricorrente sia il ministro della giustizia. Va ricordato infatti che le SU hanno affermato che è insussistente nella fase di legittimità. E ciò in quanto, nonostante la previsione del potere di impugnazione sia del MG, sia del PG, nel relativo giudizio in materia disciplinare il PG, anche se abbia proposto ricorso, interviene davanti alle SU sempre e comunque a tutela dell'interesse superiore al rispetto delle leggi (SU n. 759 del 2006; n. 1994 del 2003; n. 12751 del 1997), al punto che può chiedere il rigetto del ricorso proposto dal suo stesso ufficio (SU n. 12751 del 1997). Ed è soltanto per detta considerazione le SU hanno ritenuto manifestamente infondata la questione di l.c. sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 107, comma terzo, Cost..

Parimenti problematico può divenire il profilo relativo ai rapporti con la sezione disciplinare quando il ministro, promossa l'azione disciplinare di propria iniziativa o comunque avendo integrato la contestazione, non condivide la richiesta di non farsi luogo a procedere che il PG formula ai sensi dell'art. 17 c. 6¹¹.

¹¹ Art. 17 d.lgs. 109/06: Art. 17

Chiusura delle indagini

1. 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 è depositato nella segreteria della sezione a disposizione dell'incolpato, che può prenderne visione ed estrarre copia degli atti.

2. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, al termine delle indagini, se non ritiene di dover chiedere la declaratoria di non luogo a procedere, formula l'incolpazione e chiede al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione dà comunicazione al Ministro della giustizia delle sue determinazioni ed invia copia dell'atto.

3. Il Ministro della giustizia, entro venti giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, può chiedere l'integrazione e, nel caso di azione disciplinare da lui promossa, la modificazione della contestazione, cui provvede il Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

4. Il presidente della sezione disciplinare fissa, con suo decreto, il giorno della discussione orale, con avviso ai testimoni e ai periti.

Secondo il comma 7 il Ministro può chiedere gli atti entro dieci giorni e nei successivi venti chiedere la fissazione dell'udienza, formulando l'incolpazione.

Nel caso in cui tuttavia l'udienza sia fissata su richiesta del ministro a fronte di una posizione della Procura nel senso del non farsi luogo, il ministero si trova oggettivamente in una situazione di svantaggio, essendo la posizione dell'accusa affidata ad un ufficio che non la condivide (o comunque non la condivideva prima che il ministro formuli la sua contestazione). Dopo un'oscillazione nella prassi, orientata originariamente a veicolare le istanze del ministero tramite la procura generale e a non escludere la proposizione diretta di memorie al consiglio, la conclusione non può che essere negativa poiché la fase processuale dell'azione disciplinare è affidata in via esclusiva alla Procura generale. Tuttavia la norma non preclude che la richiesta di fissazione dell'udienza (come a volte succede per gli atti di promovimento dell'azione disciplinare da parte della PG) sia accompagnata, in modo contestuale con argomenti a sostegno, che sia, cioè, una richiesta motivata, anche *per relationem*, ad esempio, ad atti provenienti dalle articolazioni ministeriali, come l'OG o l'Ispettorato. In uno spirito di leale collaborazione questi non solo possono costituire un utile elemento per la sezione disciplinare, ma, ancora di più, possono svolgere una funzione di approfondimento per la stessa Procura generale, che potrebbe riconsiderare le proprie precedenti conclusioni.

((5. Il decreto di cui al comma 4 è comunicato, almeno dieci giorni prima della data fissata per la discussione orale, al pubblico ministero e all'incolpato nonché al difensore di quest'ultimo, se già designato, e, nelle ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare o abbia richiesto l'integrazione o la modificazione della contestazione, al Ministro della giustizia.))

6. Il Procuratore generale, nel caso in cui ritenga che si debba escludere l'addebito, fa richiesta motivata alla sezione disciplinare per la declaratoria di non luogo a procedere. Della richiesta è data comunicazione al Ministro della giustizia, nell'ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare, ovvero richiesto l'integrazione della contestazione, con invio di copia dell'atto.

7. Il Ministro della giustizia, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 6, può richiedere copia degli atti del procedimento, nell'ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare, ovvero richiesto l'integrazione della contestazione, e, nei venti giorni successivi alla ricezione degli stessi, può chiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Sulla richiesta, si provvede nei modi previsti nei commi 4 e 5 e le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto. *(periodo soppresso dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269).*

8. Decorsi i termini di cui al comma 7, sulla richiesta di non luogo a procedere la sezione disciplinare decide in camera di consiglio. Se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza di non luogo a procedere. Se rigetta la richiesta, il Procuratore generale formula l'incolpazione e chiede al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale. Si provvede nei modi previsti dai commi 4 e 5.

Un ultimo profilo si pone per quanto riguarda la limitazione dei poteri di intervento sulla richiesta di non farsi luogo del Procuratore e sui poteri di ricorso in cassazione quando l'azione disciplinare non sia promossa dal ministro, ma dal Procuratore generale.

Spesso accade che il mancato autonomo esercizio dell'azione disciplinare dall'altro titolare dell'azione si colleghi ad una posizione di piena condivisione dell'azione promossa, stante, come si diceva all'inizio, la natura "una" e "bina" dell'azione disciplinare. Questo non determina alcun problema quando l'iniziativa sia del ministro, poiché la PG è titolare delle indagini e legittimata alle richieste, può esserlo invece quando il ministro condivide l'iniziativa assunta dal PG e non proceda ad integrazioni. Questo lo esclude dalla comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza (che nella formulazione ante legge Mastella preludeva alla facoltà di designare un proprio rappresentante in udienza), ma soprattutto gli preclude la possibilità di chiedere l'udienza ai sensi del comma 7 sopra esaminato.

Per evitare una duplicazione nell'esercizio dell'azione diretto a conservare le facoltà dell'art. 17 c.7, la commissione Vietti aveva introdotto un idoneo correttivo: nell'art. 14 veniva introdotta la possibilità che il ministro, quando il Procuratore generale gli comunicava l'esercizio dell'azione, potesse fare richiesta di comunicazione in ogni caso dell'esito delle indagini, (richiesta con la quale il Ministro in qualche modo fa propria, con una manifestazione adesiva, l'iniziativa del Procuratore generale) e in virtù di tale richiesta dovesse essere destinatario dell'avviso previsto dall'art. 17 c 6 (in tal senso modificato) potendo conseguentemente esercitare il potere di richiesta dell'udienza.

Quanto al potere di ricorso per cassazione del ministro che non sia stato promotore dell'azione e non abbia chiesto l'integrazione della contestazione, basterà prendere atto allo stato del difetto di coordinamento tra l'art. 19 c. 3 che prevede che i provvedimenti adottati dalla sezione disciplinare sono comunicati al ministro della giustizia nell'ipotesi in cui egli abbia promosso o integrato la contestazione anche ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso (previsione che farebbe pensare che negli altri casi non abbia diritto all'avviso perché non legittimato all'impugnazione) e l'art. 24 c. 1 che riconosce senza distinzioni il diritto di impugnazione all'incolpato, al PG e al ministro.

Essendo l'art. 24 la norma cardine sull'impugnazione, ed attenendo il 19 solo alla notificazione, sembrerebbe potersi sostenere (non ne rammento però casi concreti) che il Ministro possa fare ricorso anche quando non sia promotore dell'azione, proprio per ragioni di carattere sistematico, che altrimenti condurrebbero ad una inutile duplicazione di iniziative.

Anche a tale incongruenza la proposta della commissione Vietti poneva rimedio, nel senso sopra indicato, equiparando i poteri di ricorso di Ministro e Procura generale

Il giudizio disciplinare: l'appello alle sezioni unite della Corte di cassazione

SOMMARIO: 1. Introduzione: le caratteristiche del procedimento disciplinare. – 2. Le impugnazioni delle decisioni della Sezione disciplinare del CSM: la disciplina di riferimento. – 2.1. Il carattere misto o bifasico. – 2.2. Il ricorso per cassazione proposto dall'incolpato. – 2.3. L'interesse a ricorrere: l'impugnazione, da parte dell'incolpato, della sentenza di assoluzione per scarsa rilevanza del fatto. – 2.4. Il giudizio dinanzi alle Sezioni Unite. – 2.5. La decisione delle Sezioni Unite. – 2.6. Il regime delle spese. – 2.7. Il rimedio esperibile contro le pronunce delle Sezioni Unite. – 3. Le questioni processuali sul giudizio disciplinare nelle pronunce delle Sezioni Unite.

1. Introduzione: le caratteristiche del procedimento disciplinare

Il procedimento disciplinare per i magistrati ordinari è configurato dal legislatore secondo paradigmi di carattere giurisdizionale.

La giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 497 del 2000) ha chiarito che le ragioni di questa scelta possono cogliersi sotto un duplice profilo: da un lato nell'opportunità che l'interesse pubblico al regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e lo stesso prestigio dell'ordine giudiziario siano tutelati nelle forme più confacenti alla posizione costituzionale della magistratura e al suo statuto di indipendenza; dall'altro nell'esigenza che alla persona del magistrato raggiunto da incolpazione disciplinare sia riconosciuto quell'insieme di garanzie che solo la giurisdizione può assicurare.

Il giudizio disciplinare si svolge, dunque, con le garanzie del giusto processo regolato dalla legge: a tutela, innanzitutto, del magistrato incolpato, ma anche in consonanza con la funzione propria della responsabilità disciplinare e con la sua vocazione a oltrepassare la ristretta cerchia di un corpo professionale organizzato. Il processo disciplinare reca con sé la pubblicità delle udienze e la trasparenza del procedimento e l'apertura al controllo da parte della pubblica opinione: difatti, l'accertamento della responsabilità disciplinare riguarda non soltanto l'ordine giudiziario, ma la generalità dei soggetti, posto che il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie da parte del magistrato è un bene a presidio dei diritti e delle libertà dei cittadini.

C'è un altro aspetto che caratterizza il procedimento disciplinare. Tale aspetto è rappresentato dall'interesse costituzionalmente protetto a che il procedimento stesso "si svolga in modo tale da non ostacolare l'indefettibilità e la continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione direttamente al Consiglio superiore" (Corte cost., sentenza n. 262 del 2003).

2. Le impugnazioni delle decisioni della Sezione disciplinare del CSM: la disciplina di riferimento

In questo contesto di garanzia giurisdizionale si colloca l'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, dedicato alle impugnazioni delle decisioni della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura.

Tale disposizione:

- individua le pronunce impugnabili nei provvedimenti in materia di sospensione cautelare, obbligatoria e facoltativa, e nelle sentenze della Sezione disciplinare del CSM;
- prevede che il rimedio esperibile è il ricorso per cassazione;
- stabilisce che i soggetti legittimati a proporre l'impugnazione sono l'incolpato, il Ministro della giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di cassazione;
- rinvia, quanto ai termini e alle forme dell'impugnazione, a quelli previsti dal codice di procedura penale;
- stabilisce che la Corte di cassazione decide a sezioni unite civili;
- fissa in sei mesi dalla data di proposizione del ricorso il termine entro il quale la Corte decide il ricorso;
- prevede che nei confronti dei provvedimenti in materia di sospensione il ricorso per cassazione non ha effetto sospensivo.

2.1. Il carattere misto o bifasico

Ad uno sguardo d'insieme, il primo aspetto che viene in rilievo è la previsione di un sistema misto o bifasico, dove si combinano e convivono regole del processo penale e norme del processo civile.

Da un lato, infatti, il ricorso per cassazione va proposto "nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale".

Dall'altro lato, l'individuazione delle Sezioni unite civili come giudice competente a decidere il ricorso per cassazione implica un rinvio generalizzato alle disposizioni del codice di procedura civile che disciplinano lo svolgimento del giudizio davanti alla Corte di cassazione, giacché le norme del procedimento

non possono essere diverse da quelle dell'organo giurisdizionale al quale il legislatore ha demandato di conoscere, con il rito che gli è proprio, in ordine al rimedio consentito in sede di impugnazione.

In tal modo, l'art. 24 del d.lgs. 109 del 2006, nel testo risultante dalla riforma introdotta dalla legge n. 269 del 2006, distingue la fase di proposizione del ricorso, soggetta alla normativa processuale penale, in cui è perciò operante il complesso delle disposizioni risultanti dagli artt. 544, 548, 581, 582, 584 e 585 cod. proc. pen., dalla fase della trattazione del ricorso fino alla sua decisione, alla quale si applica il rito del giudizio civile di cassazione.

La fase di proposizione del ricorso, disciplinata dalle norme del processo penale, comprende le modalità di presentazione dell'impugnazione (artt. 582 e 583 cod. proc. pen.) e gli adempimenti successivi a cura della cancelleria del giudice *a quo* (comunicazione o notificazione ex art. 584 cod. proc. pen. e trasmissione degli atti alle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione). Resta, di conseguenza, esclusa, in tale fase, la disciplina del processo civile, che pone invece a carico del ricorrente l'onere della notificazione dell'impugnazione alle controparti, e del suo deposito, e, specularmente, a carico di queste ultime, quello della notificazione e del deposito del controricorso (Cass., Sez. Un., 4 novembre 2020, n. 24631).

Il problema che si è posto nell'esperienza pratica è quello di consentire, non appena inizia la fase regolata dal codice di procedura civile, l'effettiva partecipazione al giudizio di cassazione dei soggetti che, nella fase iniziale, non sono ammessi a proporre il controricorso. La questione è sorta perché, per il combinato disposto degli artt. 136 e 377 cod. proc. civ., le comunicazioni in corso di causa, ivi compresa quella relativa all'udienza di trattazione del ricorso, si fanno esclusivamente alla parte costituita. Il problema è stato risolto dalla giurisprudenza stabilendosi che della fissazione dell'udienza sia data comunicazione, al fine di consentire il deposito di memorie e la partecipazione all'udienza, oltre che al ricorrente, anche alle parti non costituite, e ciò perché tale condizione non discende da una scelta, ma dalla preclusione del controricorso (Cass., Sez. Un., 31 luglio 2007, n. 16873; Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2007, n. 20844).

2.2. Il ricorso per cassazione proposto dall'incolpato

Come si è visto, il ricorso per cassazione può essere proposto dall'incolpato, dal Ministro della giustizia e dal Procuratore generale della Corte di cassazione.

Quanto all'incolpato, dall'applicazione al ricorso delle norme processuali penali si faceva discendere la possibilità di proporre l'impugnazione personalmente, ai sensi dell'art. 571 cod. proc. pen. (così nel caso esaminato da Cass., Sez. Un., 16 ottobre 2009, n. 16558).

È tuttavia sopravvenuta la modifica dell'art. 613 cod. proc. pen., introdotta dall'art. 1, comma 63, della legge n. 103 del 2017, che ha eliminato la possibilità per la parte di presentare ricorso per cassazione personalmente. Poiché in tema di procedimento disciplinare concernente i magistrati l'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006 rinvia alla disciplina generale del codice di procedura penale, risulta applicabile, anche al procedimento disciplinare, il novellato art. 613 cod. proc. pen., con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione presentato dall'incolpato personalmente (Cass., Sez. Un., 21 settembre 2018, n. 22427).

2.3. L'interesse a ricorrere: l'impugnazione, da parte dell'incolpato, della sentenza di assoluzione per scarsa rilevanza del fatto

Un tema in ordine al quale si registra una evoluzione nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è rappresentato dalla impugnabilità, da parte dell'incolpato, della sentenza della Sezione disciplinare che, in applicazione dell'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006, lo abbia assolto dall'illecito disciplinare per scarsa rilevanza del fatto.

Inizialmente le Sezioni Unite (con le sentenze 21 giugno 2010, n. 14889, e 23 settembre 2014, n. 19976) hanno escluso l'ammissibilità del ricorso.

Nel pervenire a tale conclusione, la Corte di cassazione ha evidenziato: che l'interesse all'impugnazione presuppone, da un lato, la soccombenza e, dall'altro lato, una utilità concreta derivabile dall'eventuale accoglimento del gravame; che l'interesse non può essere meramente astratto, volto cioè ad ottenere soltanto una più corretta soluzione di una questione giuridica, priva di rilievo pratico; che l'interesse non può consistere nella sola correzione della motivazione; che quando assolve il magistrato dalla incolpazione in quanto il fatto è di scarsa rilevanza il giudice disciplinare riconosce che il fatto contestato non costituisce illecito disciplinare; che la formula assolutoria in questione non lascia sussistere alcun giudizio di anti-giuridicità della condotta, sicché non è configurabile l'interesse ad impugnare (da valutare in prospettiva utilitaristica, come nel sistema processuale penale), non potendo derivare dal ricorso alcun risultato praticamente e concretamente vantaggioso.

Mutando orientamento, le Sezioni Unite, con la sentenza 13 dicembre 2017, n. 29914, hanno riconosciuto che l'assoluzione con la formula di cui all'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006 non è tale da escludere qualsiasi effetto svantaggioso per il magistrato assolto ed è, pertanto, idonea a radicare il suo interesse a impugnare la sentenza al fine di ottenere una pronuncia, totalmente liberatoria, di esclusione dell'addebito (per insussistenza del fatto o perché il fatto non è a lui attribuibile).

Il nuovo indirizzo prende le mosse dalla considerazione che l'esistenza dell'interesse ad impugnare deve essere accertata in base alla nozione che di tale interesse è adottata nel sistema processuale penale, rispetto alla quale si rivela inadeguato il concetto di soccombenza, tipico del processo contenzioso (cioè di una lite intesa come conflitto di interessi contrapposti). Le Sezioni Unite valorizzano inoltre la circostanza che, nell'ambito delle varie formule assolute previste dall'art. 530 cod. proc. pen., le uniche totalmente liberatorie, in quanto escludono ogni pregiudizio, attuale o potenziale, sono quelle "perché il fatto non sussiste" e "perché l'imputato non lo ha commesso", le quali indicano, rispettivamente, l'insussistenza materiale del fatto storico e la totale estraneità ad esso dell'imputato, laddove con riguardo a tutte le altre, compresa quella "perché il fatto non costituisce reato", non può negarsi il diritto dell'imputato di impugnare per ottenere una delle anzidette formule più favorevoli. Sulla base di queste premesse, il nuovo approdo giurisprudenziale esclude che l'assoluzione del magistrato perché, ai sensi del citato art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006, l'illecito disciplinare non è configurabile in quanto "il fatto è di scarsa rilevanza", sia totalmente liberatoria, cioè inidonea ad arrecare un qualsiasi pregiudizio, attuale o potenziale, al magistrato assolto.

2.4. Il giudizio dinanzi alle Sezioni Unite

Con riguardo al giudizio che si svolge dinanzi alle Sezioni Unite, c'è da registrare una novità normativa avente ad oggetto l'art. 379 cod. proc. civ. con riguardo all'ordine degli interventi nella discussione davanti al collegio.

Fino al 2016, infatti, il pubblico ministero esponeva per ultimo le sue conclusioni motivate e rispetto ad esse la difesa dell'incolpato poteva presentare nella stessa udienza brevi osservazioni scritte.

La Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 379, terzo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui consentiva al pubblico ministero di esporre per ultimo le sue conclusioni anche quando avesse proposto il ricorso per cassazione, l'aveva dichiarata non fondata con la sentenza n. 403 del 1999.

La Corte costituzionale aveva rilevato che "l'ordine della discussione finale, ed in particolare il fatto che il pubblico ministero presso la Corte, anche quando riveste il ruolo di ricorrente, concluda all'udienza dopo che gli avvocati delle parti private hanno illustrato le loro difese, non comporta alcuna violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.". Tale diritto – aveva osservato la Corte costituzionale – "può dispiegarsi pienamente nei modi previsti dalla vigente legge, senza che dall'ordine degli interventi possa derivare alcun

pregiudizio alla difesa delle parti; infatti, vertendo la discussione solo sulle difese già proposte, non è consentito alle parti, e perciò anche al pubblico ministero, portare alla cognizione del giudice fatti o motivi nuovi e diversi da quelli trattati, onde l'assoluta irrilevanza, sotto il profilo del parametro costituzionale invocato, dell'ordine della discussione orale". La Corte costituzionale aveva infine sottolineato che "le conclusioni motivate del pubblico ministero, così come le difese svolte dagli avvocati delle parti, hanno una funzione semplicemente illustrativa delle posizioni già assunte negli atti precedenti, secondo uno schema nel quale il principio del contraddittorio è pienamente rispettato", tanto più che – si faceva osservare – "le osservazioni scritte (di cui è consentito il deposito ex art. 379, quarto comma, cod. proc. civ.) costituiscono l'ultimo atto inserito nel fascicolo processuale e configurano un mezzo non inidoneo per portare a conoscenza del giudice le considerazioni difensive delle parti private sulle conclusioni orali del pubblico ministero".

La disciplina della discussione nel processo civile di cassazione è mutata per effetto della riforma del 2016 (decreto-legge n. 168 del 2016, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 197 del 2016).

Infatti, l'art. 379 cod. proc. civ. prevede ora che, al termine della relazione, prende la parola prima il procuratore generale e quindi parlano gli avvocati delle parti. La riforma del 2016, recependo una sollecitazione proveniente dalla dottrina e dall'avvocatura, ha posticipato l'intervento dei difensori delle parti a quello del procuratore generale, conseguentemente eliminando anche la possibilità, prevista dal precedente testo dell'art. 379 cod. proc. civ., che i difensori delle parti depositino brevi osservazioni scritte sulle conclusioni del pubblico ministero.

2.5. La decisione delle Sezioni Unite

Il comma 2 dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006 prevede che le Sezioni Unite decidano "entro sei mesi dalla data di proposizione del ricorso".

Nella pratica questo termine è generalmente osservato.

Si tratta, peraltro, di un termine avente natura ordinatoria, non assistito da una sanzione di estinzione del procedimento. Lo ha recentemente stabilito la giurisprudenza (Cass., Sez. Un., 6 ottobre 2020, n. 21432), rilevando che la mancata decisione, da parte delle Sezioni Unite, nel termine di sei mesi dalla data di proposizione del ricorso non determina la sopravvenuta inefficacia della misura cautelare del trasferimento ad altra sede o della destinazione ad altre funzioni eventualmente disposta, a carico dell'incolpato, giacché, per un verso, la fase di legittimità del giudizio disciplinare è esclusa dal regime estintivo-decadenziale contemplato dall'art. 15 del d.lgs. n. 109 del 2006 e, per l'altro, il carattere spe-

ziale della disciplina del relativo procedimento si traduce, sul piano sostanziale, nell'applicazione di sanzioni che non hanno natura penale ma amministrativa e, sul piano processuale, nell'operatività – salvo che per la fase strettamente introduttiva e di instaurazione del contraddittorio nel giudizio di legittimità – della disciplina dettata dal codice di procedura civile. Si è anche osservato che non è evocabile un effetto estintivo della misura cautelare in analogia a quanto espressamente previsto dall'art. 309, comma 10, cod. proc. pen., per la tardiva decisione del tribunale investito del riesame di misure coercitive nel procedimento cautelare penale, e si è escluso che la mancata previsione di tale effetto possa suscitare fondati dubbi di legittimità costituzionale del citato comma 2 dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., dovendosi ritenere rispondente al non arbitrario esercizio di una tipica discrezionalità legislativa la valutazione che la stringente scansione temporale decadenziale di cui al precedente art. 15 sia bastevole a stabilire un congruo punto di equilibrio tra l'interesse dello Stato al completo e ponderato accertamento della responsabilità e l'interesse dell'incolpato a non vedersi sottoposto *sine die* a giudizio disciplinare.

Quando decidono il ricorso, le Sezioni Unite pronunciano applicando le formule del processo civile di cassazione. Il giudizio può pertanto concludersi con una pronuncia di inammissibilità o di rigetto del ricorso; ovvero, in caso di accoglimento del ricorso, con una pronuncia di cassazione con rinvio o, quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, con una pronuncia di cassazione e decisione nel merito, ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ.

La Corte di cassazione può quindi, ove accolga il ricorso del magistrato incolpato, cassare la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, assolvere l'incolpato stesso dall'illecito disciplinare a lui ascritto, per essere rimasto escluso l'addebito.

Un esempio in questo senso è offerto da Cass., Sez. Un., 2 maggio 2019, n. 11586.

Nella vicenda oggetto di quella pronuncia, un sostituto procuratore della Repubblica e un giudice per le indagini disciplinari erano stati ritenuti, entrambi, responsabili dell'illecito di cui all'art. 2, primo comma, lettera d), del d.lgs. n. 109 del 2006, e, il primo, anche dell'illecito di cui all'art. 2, primo comma, lettera g), dello stesso decreto legislativo, per avere, nell'ambito di un procedimento penale per associazione a delinquere della quale sarebbero stati partecipi pubblici ufficiali, leso la reputazione di un questore, facendo ricorso, sulla base di mere conversazioni telefoniche, lasciate prive di ogni approfondimento investigativo, ad una motivazione che evocava la copertura istituzionale assicurata agli indagati dal predetto soggetto, senza averlo mai considerato indiziato di reato ai sensi dell'art. 335 cod. proc. pen. La Sezione disciplinare aveva inflitto agli incolpati la sanzione della censura, ritenendo che l'indicazione di un soggetto come parteci-

pe di attività delittuose riferibili ad altri o come autore di una sorta di favoreggiamento avrebbe imposto l'iscrizione dello stesso nel registro degli indagati, la cui omissione era configurabile come una grave violazione di legge.

La Corte ha accolto il ricorso degli incolpati: rilevando, per un verso, che, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di iscrizione, non basta un generico e personale sospetto, ma occorre che sia acquisita una notizia di reato in termini di configurabilità quanto meno oggettiva, laddove la Sezione disciplinare non aveva indicato che gli elementi a disposizione del pubblico ministero fossero sufficienti ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 335 cod. proc. pen.; ricordando, per l'altro verso, che la condotta del magistrato può essere censurata sul piano disciplinare anche con riguardo all'attività interpretativa e applicativa delle norme di diritto, ma solo nel caso in cui tale attività rilevi scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza, idonee a riverberarsi negativamente sulla credibilità del magistrato o sul prestigio dell'ordine giudiziario (ipotesi, queste, che nella specie non erano state neppure prospettate, essendosi la sentenza impugnata limitata ad addebitare agli incolpati il pregiudizio subito dal terzo estraneo in conseguenza della menzione del suo nominativo nella richiesta e nell'ordinanza cautelare).

In questo contesto, le Sezioni Unite hanno cassato la pronuncia e, non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto, hanno appunto deciso la causa nel merito con l'assoluzione degli incolpati dagli illeciti disciplinari a loro rispettivamente ascritti, per essere rimasti esclusi gli addebiti.

2.6. Il regime delle spese

Il regime delle spese che consegue alla pronuncia della Corte è disciplinato dall'art. 385 cod. proc. civ. (v., in dottrina, in questo senso, Di Amato, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013, 560).

Non mancano, tuttavia, adattamenti di questa regola.

Le particolarità sono rappresentate dal fatto, innanzitutto, che il Procuratore generale (sulla scia di Cass., Sez. Un., 12 marzo 2004, n. 5165) non può essere condannato alle spese, e neppure essere destinatario di una pronuncia attributiva della rifusione delle stesse, in quanto parte solo in senso formale, essendo un organo propulsore dell'attività giurisdizionale, che ha la funzione di garantire la corretta applicazione della legge, con poteri meramente processuali, diversi da quelli svolti dalle parti, esercitati per dovere di ufficio e nell'interesse pubblico e dei quali non può disporre.

La disciplina delle spese viene allora in rilievo nei rapporti tra l'incolpato e il Ministro della giustizia. Se il magistrato incolpato è soccombente e il Ministro ha

proposto ricorso o ha svolto attività difensiva nel giudizio di cassazione come resistente, le spese vengono liquidate in favore del Ministro (cfr. Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2020, n. 741). Quando, viceversa, è il Ministro ad essere soccombente, sono poste a suo carico le spese processuali sostenute dal magistrato incolpato.

Un altro adattamento della regola sulle spese riguarda la pronuncia di cassazione con rinvio. In tal caso, la Corte non si avvale della facoltà di rimettere la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione alla Sezione disciplinare come giudice del rinvio, ma provvede essa stessa alla relativa regolamentazione. La ragione di ciò è da rintracciare nel fatto che nel giudizio che si svolge dinanzi alla Sezione disciplinare del CSM non si applica la regola della soccombenza con le conseguenze in ordine alle spese, sicché non sarebbe coerente con la disciplina che in quella fase viene in rilievo rimettere alla Sezione disciplinare come giudice del rinvio la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

Un'ultima particolarità concerne la non applicabilità, a carico del magistrato incolpato il cui ricorso per cassazione sia stato rigettato o dichiarato inammissibile, della normativa sul raddoppio del contributo unificato. Si tratta, infatti, di una disciplina che riguarda le sole impugnazioni civili, laddove l'impugnazione per cassazione delle decisioni della Sezione disciplinare avviene con le forme previste dal codice di procedura penale.

2.7. Il rimedio esperibile contro le pronunce delle Sezioni Unite

Avverso la sentenza della Corte di cassazione è ammessa l'impugnazione per revocazione, ai sensi dell'art. 391-*bis* cod. proc. civ. Difatti, il rinvio alle forme ed ai termini del codice di procedura penale è stato effettuato dal d.lgs. n. 109 del 2006 soltanto con riferimento ai ricorsi avverso i provvedimenti della Sezione disciplinare, per cui esso non vale per le impugnazioni delle sentenze o delle ordinanze delle Sezioni Unite, in ordine alle quali vigono, in difetto di specifiche norme in contrario, le comuni disposizioni del codice di procedura civile. La Corte ha pertanto dichiarato l'improponibilità, contro le proprie sentenze, del ricorso straordinario per errore di fatto di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen., escludendone anche la convertibilità in ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 391-*bis* cod. proc. civ. quando il magistrato ricorrente non abbia provveduto a notificarlo ad alcuna delle controparti (Cass., Sez. Un., 1° dicembre 2010, n. 24305; Cass., Sez. Un., 11 aprile 2012, n. 5706).

Recentemente la Corte di cassazione (Cass., Sez. Un., 4 marzo 2020, n. 6074) ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – per asserita violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. – dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006 e dell'art. 391-*bis* cod. proc. civ., in relazione alla mancata estensione

alla revocazione delle forme prescritte per il ricorso per cassazione. Si è al riguardo evidenziato che, nell'ambito del sistema bifasico per l'instaurazione e la decisione del giudizio di legittimità in materia disciplinare, l'assoggettamento del ricorso alle forme e ai termini previsti dal codice di procedura penale trova giustificazione nella duplice esigenza di accelerare la fase introduttiva e di assicurare la compatibilità dei motivi di gravame con la disciplina di un procedimento che, nel grado di merito, è regolato dalle norme del medesimo codice, in quanto compatibili, mentre l'applicabilità del rito civile, nella fase decisoria, coerentemente con l'attribuzione della competenza alle Sezioni Unite civili, consegue alla cessazione delle predette esigenze in sede di impugnazione delle relative pronunce, il cui oggetto, costituito da sanzioni ritenute tradizionalmente estranee alla materia penale, consente di ritenere ragionevole l'esclusione dell'ulteriore operatività delle forme prescritte dal citato art. 24.

3. Le questioni processuali sul giudizio disciplinare nelle pronunce delle Sezioni Unite

La giurisprudenza della Corte ha avuto occasione di enunciare importanti principi di diritto su questioni processuali riguardanti il giudizio disciplinare in generale.

(a) Un primo gruppo di pronunce ha declinato in termini operativi il principio di indefettibilità e continuità della funzione disciplinare.

Con riguardo alla composizione della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, la sentenza n. 741 del 15 gennaio 2020 ha affermato che, nell'ipotesi in cui, per effetto di astensione, ricusazione o dimissioni di consiglieri appartenenti alla categoria dei magistrati requirenti, il collegio non possa essere integrato da un supplente avente pari funzioni e sia necessario procedere a nuove elezioni, con i relativi tempi tecnici ed il conseguente blocco dell'attività disciplinare cui il Consiglio è tenuto *ex art. 105 Cost.*, deve darsi un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 6 della legge n. 195 del 1958, intendendosi estensivamente il concetto di "supplente corrispondente", in modo da salvaguardare l'indefettibilità e la continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione direttamente al Consiglio superiore; ne consegue che, in tale situazione, legittimamente il CSM può procedere alla sostituzione di un componente requirente, che sia stato ricusato, con un componente giudicante, atteso che l'unico limite va ravvisato nel fatto che la sostituzione non può avvenire con un componente laico se il ricusato è un togato, o viceversa, perché la Costituzione impone una determinata proporzione tra laici e togati e tale equilibrio non può essere alterato.

Nello stesso ordine di idee si muove l'ordinanza 22 settembre 2020, n. 19893, con cui le Sezioni Unite hanno stabilito che nel procedimento dinanzi alla Sezione disciplinare del CSM, qualora la ricusazione di più componenti renda impossibile al suo interno formare un collegio che rispetti l'indefettibile proporzione tra membri laici e membri togati, la competenza a decidere sulla relativa istanza spetta alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, atteso che in difetto di una disposizione di legge che disciplini espressamente tale ipotesi o della concreta possibilità di estensione analogica di altra norma, la lacuna va colmata secondo i principi generali che regolano la materia della ricusazione del giudice, tra i quali vi è anche quello per cui la competenza a conoscerne è sempre attribuita o ad un collegio dello stesso ufficio o al giudice superiore. Ne consegue che ove la soluzione interna all'ufficio, disciplinata per il CSM dall'art. 6 della legge n. 195 del 1958, non sia realizzabile per mancanza di un numero sufficiente di giudici rispettoso della proporzione fra laici e togati, non resta che investire della decisione il giudice superiore. La configurata attrazione in sussidiarietà risponde all'esigenza di evitare una paralisi del sistema, che sarebbe in manifesto contrasto con le esigenze di effettività e di continuità del potere disciplinare del CSM.

Espressione dello stesso principio di indefettibilità e continuità della funzione disciplinare è la sentenza delle Sezioni Unite 29 ottobre 2019, n. 27741, la quale ha convalidato l'utilizzo da parte della Sezione disciplinare, per superare una situazione di stallo, del videocollegamento a distanza ai sensi dell'art. 146-*bis* disp. att. cod. proc. pen. Al riguardo, la Corte ha precisato: (a) che i limiti applicativi dell'istituto della partecipazione a distanza valgono per il processo penale, ma non sono estensibili anche al processo disciplinare, per il quale non sussistono le ragioni che giustificano la relativa applicazione nelle sole ipotesi eccezionali specificamente previste dalla legge; (b) che l'interesse pubblico al corretto esercizio della giurisdizione, che deve essere sollecito, non può rimanere pregiudicato da situazioni personali dell'incolpato tali da non compromettere il pieno esercizio dei suoi diritti di difesa, sicché l'impedimento a comparire nel giudizio disciplinare è giustificato allorché vi sia impossibilità non solo di recarsi personalmente all'udienza, ma anche di partecipare attivamente alla stessa.

(b) Un secondo gruppo di pronunce ha delineato il procedimento che si svolge dinanzi alla Sezione disciplinare come formalmente e sostanzialmente monofasico.

Questa caratteristica si manifesta attraverso il principio secondo cui l'adozione di un provvedimento cautelare nel corso delle indagini non determina incompatibilità a partecipare al successivo giudizio per i componenti della Sezione disciplinare, in quanto l'articolazione in organi distinti è del tutto estranea al procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati, nel quale tutti i provvedimenti sono attribuiti alla competenza di quello stesso giudice che deve pronunciare

la decisione conclusiva (Cass., Sez. Un., 19 agosto 2009, n. 18374; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2010, n. 20159; Cass., Sez. Un., 26 novembre 2014, n. 25136).

In questa prospettiva, si è affermato che, poiché il provvedimento di trasferimento cautelare emesso nei confronti dell'incolpato da parte dei componenti della Sezione disciplinare nell'ambito di un procedimento formalmente e sostanzialmente monofasico non equivale all'aver conosciuto della causa in altro grado dello stesso processo, non rileva – e non determina alcuna mancanza di imparzialità oggettiva – la circostanza che le espressioni utilizzate nell'ordinanza cautelare abbiano condiviso, nel valutare la sussistenza del *fumus* di gravi elementi di fondatezza degli illeciti disciplinari contestati, l'impostazione dell'ipotesi dell'accusa disciplinare, né che talune di queste affermazioni si ritrovino, senza significative variazioni lessicali, nella sentenza con cui, all'esito della discussione, il collegio della Sezione disciplinare, composto dai medesimi membri, ha deciso, nel merito, in ordine alla sussistenza di taluni degli addebiti contestati (Cass., Sez. Un., 24 aprile 2017, n. 10415).

(c) In tema di sospensione *ex lege* dei termini del procedimento disciplinare se per il medesimo fatto è stata esercitata l'azione penale, Cass., Sez. Un., 3 settembre 2020, n. 18302, ha chiarito che la disposizione dell'art. 15, comma 8, del d.lgs. n. 109 del 2006, che tale sospensione prevede, è destinata ad operare non solo in caso di identità tra i fatti oggetto dei due procedimenti, ma anche in presenza della loro comune riferibilità ad una medesima vicenda storica, escludendo che la sospensione *ex lege* dei termini del procedimento disciplinare esiga la contestazione di un reato pure in sede disciplinare. Su questa base, le Sezioni Unite hanno confermato la pronuncia della Sezione disciplinare del CSM che, ai fini dell'operatività della sospensione *ex lege* dei termini del procedimento disciplinare, aveva affermato la coincidenza della condotta di omessa astensione rilevante sotto tale profilo con l'identica condotta posta, unitamente ad altre, a fondamento dell'imputazione penale, con cui era stato contestato al magistrato il reato di cui all'art. 323 cod. pen.

(d) In tema di corrispondenza tra fatto addebitato e fatto ritenuto, quando tra il fatto contestato nel capo d'incolpazione e quello ritenuto nel provvedimento decisorio esiste un rapporto di continenza, nel senso che gli elementi costituenti il fatto ritenuto sono tutti inclusi tra gli elementi costituenti il fatto contestato, non è configurabile la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza e legittimamente la Sezione disciplinare può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto. È quanto ha precisato Cass., Sez. Un., 28 maggio 2020, n. 10086, chiarendo anche che il rispetto del principio della necessaria correlazione va valutato non in senso rigorosamente formale, ma con riferimento alla finalità cui esso è diretto, cosicché la sua violazione è ipotizzabile esclusivamente in presenza di un effettivo pregiudizio per la possibilità di difesa.

In applicazione di tale principio, le Sezioni Unite, con la citata sentenza, hanno escluso che ricorresse la denunciata violazione del principio di corrispondenza in una fattispecie cautelare nella quale la Sezione disciplinare – una volta caduti in sede penale i gravi indizi di colpevolezza in ordine all'ipotizzato delitto di corruzione (con particolare riferimento alla sussistenza del nesso sinallagmatico che, in ipotesi, avrebbe legato la dazione o la promessa delle utilità all'esercizio delle funzioni) e una volta venuto meno il *fumus* dell'illecito disciplinare di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 109 del 2006 – aveva ritenuto che il fatto costituisse comunque l'illecito disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lettera a), dello stesso decreto legislativo.

A tale conclusione le Sezioni Unite sono giunte dopo aver rilevato che la Sezione disciplinare non aveva operato alcuna trasformazione o sostituzione degli elementi costitutivi dell'addebito, né aveva considerato elementi di fatto non contestati, ma aveva considerato un'area più ristretta del fatto contestato: sussisteva, pertanto, un rapporto di continenza, nel senso che gli elementi costituenti il fatto ritenuto erano tutti inclusi tra gli elementi costituenti il fatto contestato.

Lo stesso principio in tema di correlazione tra fatto addebitato e fatto ritenuto, con la differenza tra rapporto di continenza e di eterogeneità, ha condotto le Sezioni Unite – nel caso esaminato con la sentenza 30 luglio 2019, n. 20502 – a cassare la pronuncia in una vicenda nella quale la Sezione disciplinare aveva apprezzato come comportamento configurante la grave ed inescusabile violazione di legge un fatto, cioè un comportamento dell'incolpato, diverso da quello contestato, giacché mentre nel capo di incolpazione l'addebito disciplinare era ipotizzato sull'ignoranza della regola procedurale che avrebbe imposto al magistrato di celebrare l'udienza di convalida nonostante l'impossibilità di reperire un interprete, la responsabilità era stata poi basata sul non avere il giudice esperito tutti i tentativi necessari per la celebrazione dell'udienza, tra cui una più accurata e approfondita ricerca dell'interprete.

(e) Quanto, infine, agli effetti che il sopravvenuto collocamento a riposo dell'interessato produce sul procedimento disciplinare, per regola generale esso determina la cessazione della materia del contendere, con conseguente caducazione delle sentenze nel frattempo pronunciate. Infatti, la fuoriuscita dell'incolpato dall'ordine giudiziario comporta il venir meno di ogni interesse alla prosecuzione del giudizio disciplinare, che tanto per il magistrato quanto per l'amministrazione nasce e vive soltanto nell'ambito e per le finalità del rapporto di impiego, con la conseguenza che una volta cessato quest'ultimo, deve terminare anche il primo perché a quel punto insuscettibile di spiegare alcuno degli effetti suoi propri (Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2010, n. 3245; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2019, n. 16980).

La giurisprudenza ha anche precisato i limiti di questa regola generale.

Si è così stabilito che, nella vigenza delle norme anteriori al d.lgs. n. 109 del 2006, la cessazione dal servizio per collocamento a riposo del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare che nel frattempo sia stato sospeso cautelatamente dalle funzioni e dallo stipendio in pendenza di un giudizio penale, non determina il venir meno dell'interesse dell'amministrazione alla prosecuzione del giudizio disciplinare. Infatti, gli effetti prodotti dal provvedimento di sospensione cautelare di natura provvisoria non possono cristallizzarsi in conseguenza della cessazione dal servizio avvenuta nel corso del procedimento penale, tenuto altresì conto del principio di buon andamento dell'amministrazione della giustizia, in virtù del quale persiste l'interesse a una pronuncia sul merito in considerazione non solo dell'elevato onere finanziario cui sarebbe esposta la stessa amministrazione in caso di una pronuncia di improcedibilità che comporterebbe la ricostruzione economica e giuridica della carriera del magistrato incolpato, ma anche dell'interesse a tutelare l'immagine ed il prestigio della magistratura (Cass., Sez. Un., 8 luglio 2019, n. 18264).

Inoltre, l'intervenuta definitiva estinzione del rapporto di impiego ai sensi dell'art. 32-*quinquies* cod. pen. non fa "decadere" la giurisdizione disciplinare. Si è infatti affermato (Cass., Sez. Un., 29 febbraio 2016, n. 4004) che il procedimento disciplinare nei confronti del magistrato incolpato di corruzione in atti giudiziari può proseguire e condurre all'irrogazione della sanzione della rimozione anche dopo il giudicato penale di condanna con pena accessoria di estinzione del rapporto d'impiego, atteso che gli effetti della sanzione disciplinare permangono, mentre quelli della sanzione penale possono estinguersi per amnistia o riabilitazione.

Il giudizio disciplinare: la fase del dibattimento

SOMMARIO: 1. La fase del dibattimento nel procedimento disciplinare. – 2. Le situazioni di incompatibilità e i conseguenti obblighi di astensione e le possibilità di ricusazione. – 3. Le conseguenze della coincidenza tra procedimento penale e disciplinare.

1. La fase del dibattimento nel procedimento disciplinare.

La fase del dibattimento nel procedimento disciplinare è regolata dall'art. 18 del d.lgs. n. 109/06 e si regge su due principi fondamentali stabiliti rispettivamente al comma 3 e al comma 4.

Conviene esaminare prima il comma 4 che prevede che si debbano osservare le norme del codice di procedura penale sul dibattimento, in quanto compatibili.

Come è noto il dibattimento nel processo penale italiano è ispirato al sistema accusatorio e, conseguentemente, alla formazione della prova direttamente dinanzi al giudice con recupero solo eventuale, e comunque in termini limitati, del contenuto delle indagini preliminari svolte dal p. m., e quindi il richiamo al codice di procedura penale sembrerebbe estendere anche al giudizio disciplinare i principi fondanti del sistema accusatorio. Senonché il precedente comma 3 smentisce questo assunto prevedendo che la sezione disciplinare può assumere anche d'ufficio tutte le prove che ritiene utili (l'art. 507 c.p.p. lo prevede invece solo per le prove assolutamente necessarie) e, soprattutto, può disporre o consentire la lettura dei rapporti dell'ispettorato generale del Ministero della Giustizia e addirittura la lettura non solo dei fascicoli personali dei magistrati ma anche "delle prove acquisite nel corso delle indagini".

È evidente, pertanto, l'impronta assolutamente inquisitoria del processo disciplinare e l'efficacia solo residuale, limitata per lo più alle forme, del richiamo alle norme del codice di procedura penale, in quanto compatibili. Per questo, quindi, l'abituale affermazione per cui il processo disciplinare sarebbe ispirato a un sistema misto, in parte accusatorio e in parte inquisitorio, deve essere precisata, a scanso d'equivoci, specificando che per sistema misto deve intendersi nella fattispecie un sistema nella forma accusatorio ma nella sostanza inquisitorio, nel quale non vi è spazio per la prevalenza del contraddittorio ma, al contrario, nel

quale tutto ciò che riguarda la formazione e l'utilizzazione della prova è ispirato al più puro principio inquisitorio.

La spiegazione di ciò si ravvisa forse nella particolare natura del rapporto istituzionale che lega il giudice disciplinare e il magistrato incolpato, laddove costui non è un estraneo ma un intraneo allo stesso sistema giudiziario che lo giudica, ragion per cui si è evidentemente ritenuto che il suo dovere di lealtà e rispondenza alle leggi sia rafforzato e tale da indurlo ad accettare un particolare affidamento in tutti gli organi, amministrativi come il Ministero della Giustizia o giudiziari come la procura generale della Corte di Cassazione, che abbiano un ruolo nel procedimento a suo carico.

E in effetti la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, quando in sede di ricorso contro le sentenze della Sezione Disciplinare si è trovata ad esaminare il tema dell'utilizzabilità delle prove nel processo disciplinare, ha generalmente adottato le soluzioni ritenute più efficaci in vista dell'accertamento della verità, benché meno attente alle garanzie individuali di difesa.

Due esempi valgano per tutti.

In materia di utilizzabilità delle dichiarazioni rese da persone comunque coinvolte nella vicenda in termini tali da poter essere equiparati agli indagati o imputati in un procedimento penale connesso, la cassazione ha affermato l'inapplicabilità del criterio restrittivo di valutazione della prova di cui all'art. 192, comma 3 c.p.p., e finanche della modalità garantita di assunzione della prova stessa con la presenza del difensore di cui all'art. 210 c.p.p.:

Sez. U, Sentenza n. 17585 del 04/09/2015 (Rv. 636141)

In tema di procedimento disciplinare a carico di magistrati, i richiami al codice di procedura penale contenuti nell'art. 16, comma 2 (per l'attività di indagine), ed art. 18, comma 4 (per il dibattimento), del d.lgs. n. 109 del 2006 devono interpretarsi restrittivamente e solo nei limiti della compatibilità, dovendo applicarsi, per il resto, le regole del codice di procedura civile, sicché resta esclusa l'applicabilità delle norme del codice di procedura penale sull'assunzione e valutazione delle dichiarazioni rese da persone imputate in procedimenti connessi o di reati collegati, trattandosi di disposizioni riferibili esclusivamente ai rapporti tra procedimenti penali, le cui specifiche finalità giustificano limitazioni all'acquisizione della prova in deroga al principio fondamentale di ricerca della verità materiale."

Il secondo esempio è ancor più evidente e riguarda il criterio di utilizzabilità nel processo disciplinare delle intercettazioni assunte in un procedimento penale.

La Corte di Cassazione ha ripetutamente e chiaramente affermato il principio della piena utilizzabilità nel procedimento disciplinare delle intercettazioni svol-

te nel procedimento penale, senza alcun limite, risultando incompatibile (per la verità si potrebbe anche dire inapplicabile) il criterio limitativo previsto dall'art. 270 c.p.p.:

Sez. U, Sentenza n. 741 del 15/01/2020 (Rv. 656792)

Nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati sono pienamente utilizzabili le intercettazioni telefoniche o ambientali effettuate in un procedimento penale, purché siano state legittimamente disposte nel rispetto delle norme costituzionali e procedurali, non ostandovi i limiti di cui all'art. 270 c.p.p., riferibile ai soli procedimenti deputati all'accertamento delle responsabilità penali, nei quali si giustificano limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale; ne consegue che, nel procedimento disciplinare, risulta irrilevante l'omessa trascrizione integrale delle intercettazioni suddette, essendo sufficiente anche quella riassuntiva, pur in assenza del consenso dell'incolpato, salva la specifica contestazione di quest'ultimo circa la sussistenza di qualche difformità rispetto ai supporti audio (bobine o cassette).

Emerge quindi, da tale giurisprudenza, la piena utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento disciplinare con l'unico limite della loro legittimità originaria in base alle norme del codice di procedura penale, e ciò è stato ribadito anche di recente in una nota pronuncia che ha riguardato specificamente l'uso del captatore informatico sui telefoni cellulari:

Sez. U, Sentenza n. 741 del 15/01/2020 (Rv. 656792)

Nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati sono utilizzabili le intercettazioni effettuate in un procedimento penale, anteriormente al 1° gennaio 2020, con captatore informatico (cd. "trojan horse") su dispositivo mobile nella vigenza ed in conformità della disciplina introdotta dall'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017 (che ha parzialmente esteso ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la disciplina delle intercettazioni prevista per i delitti di criminalità organizzata dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, conv., con modif., dalla l. n. 203 del 1991 ed integrato con d.l. n. 306 del 1992, conv., con modif., dalla l. n. 356 del 1992) e dall'art. 1, comma 3, della l. n. 3 del 2019 (la quale, abrogando il comma 2 dell'art. 6 del citato d.lgs. n. 216 del 2017, ha eliminato la restrizione dell'uso del captatore informatico nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., così consentendo l'intercettazione in tali luoghi anche se non vi è motivo di ritenere che vi si stia svolgendo attività criminosa), atteso che la prima di tali norme, non rientrando tra quelle per le quali l'art. 9 del medesimo d.lgs. n. 216 del 2017 ha disposto il differimento dell'en-

trata in vigore, è efficace dal 26 gennaio 2018, mentre la seconda (a differenza di altre disposizioni della medesima legge per le quali il legislatore ha differito l'entrata in vigore al 1° gennaio 2020) è efficace dal decimoquinto giorno dalla pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 16 gennaio 2019.

L'estrema semplificazione del rito ha comportato, come ovvia conseguenza, la scarsità di argomenti utilizzabili per proporre questioni interpretative di natura procedurale.

Oltre alle due sopra ricordate, come si è visto ormai superate da giurisprudenza costante, le uniche questioni che sono state sollevate hanno riguardato da un lato l'individuazione di situazioni di possibile incompatibilità e i conseguenti obblighi di astensione e le possibilità di ricasazione, e dall'altra i rapporti tra il processo penale e quello disciplinare nei casi di coincidenza delle fattispecie concrete e le conseguenze di ciò in tema di sospensione del procedimento disciplinare in pendenza di quello penale.

2. Le situazioni di incompatibilità e i conseguenti obblighi di astensione e le possibilità di ricasazione.

Sotto l'aspetto delle possibili incompatibilità è da osservare preliminarmente che le esigenze di terzietà del giudice nel processo disciplinare si scontrano inevitabilmente con il numero ridotto di alternative disponibili per la sostituzione, limitate ai soli componenti del CSM, e quindi a un numero esiguo di giudici potenzialmente disponibili. A pena, quindi, di impedire l'esercizio della giurisdizione, anche le soluzioni alle questioni in ipotesi prospettabili hanno da sempre dovuto subire un temperamento che ha portato a soluzioni forse non sempre ideali, ma comunque ragionevoli.

In quest'ottica si inquadra, ad esempio, la soluzione a questioni che sono state spesso proposte riguardo la ventilata incompatibilità tra l'essere componenti della Sezione Disciplinare e componenti di alcune commissioni referenti del CSM che, funzionalmente, possono essere chiamate a tener conto incidentalmente degli stessi fatti attribuiti agli stessi magistrati, ad esempio in sede di valutazioni di professionalità, di incompatibilità ambientale e funzionale o di conferimento di incarichi direttivi o di altra specie.

Al fine di escludere tale incompatibilità è stata quindi molto valorizzata la differenza tra attività amministrativa e attività giudiziaria, con argomentazioni talvolta dall'apparenza eccessivamente formale o addirittura semplicistica, ma giustificate dalla sostanziale impossibilità di diverse soluzioni. V. per esempio la seguente decisione dalla sezione disciplinare del CSM:

Ordinanza n. 105 del 2018 – RGN 40/2017

Nell'ambito del procedimento disciplinare non sussiste incompatibilità e quindi di ricasazione nell'ipotesi in cui facciano parte della sezione disciplinare consiglieri che abbiano già espresso il loro parere in ordine alla condotta oggetto di incolpazione nell'esercizio dell'attività amministrativa del CSM, ciò tenuto conto della natura giurisdizionale e non amministrativa della sezione e della irrilevanza in sede giurisdizionale di valutazioni svolte in sede amministrativa.

Maggiori aperture si sono avute in materia di incompatibilità manifestatesi all'interno del medesimo procedimento disciplinare per precedenti giudizi espressi nella stessa sede. È stata ritenuta, ad esempio, già in vigore del precedente sistema disciplinare l'incompatibilità per il giudizio di rinvio dei giudici che abbiano partecipato ad un giudizio conclusosi con sentenza di annullamento in sede di Cassazione:

Sez. U, Sentenza n. 9727 del 21/05/2004 (Rv. 573017)

In applicazione dei principi di imparzialità – terzietà del giudice e del giusto processo, tutelati dall'art. 111 Cost., e del "dictum" di cui alla sentenza n. 262 del 2003 della Corte costituzionale – con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 24 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura), nel testo modificato dall'art. 2 della legge 28 marzo 2002, n. 44, nella parte in cui non prevedeva l'elezione da parte del Consiglio superiore della magistratura di ulteriori membri supplenti della Sezione disciplinare, stante il contrasto con la Costituzione (artt. 3, 24 e 111, sotto il profilo della imparzialità della giurisdizione) della mancata previsione di una soluzione organizzativa che impedisse, nelle ipotesi di annullamento con rinvio di una decisione della Sezione disciplinare da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che lo stesso collegio giudicante si pronunciasse due volte sulla medesima "res iudicanda" – va, alla stregua del disposto dell'art. 383 cod. proc. civ., cassata con rinvio alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, in quanto viziata da nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio, la sentenza emessa in giudizio di rinvio dalla suddetta Sezione qualora uno o più suoi componenti abbiano già preso cognizione della medesima "res iudicanda" per aver partecipato al precedente giudizio definito con decisione poi annullata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Non è stata invece ritenuta l'incompatibilità con il giudizio di merito del giudice disciplinare che abbia contribuito ad emettere una misura cautelare durante la fase delle indagini, sulla base del presupposto, per la verità alquanto opinabile e sinceramente un po' artificioso, costituito dall'applicabilità in materia di asten-

sione e ricusazione (conseguenze processuali dell'incompatibilità) delle norme del codice di procedura civile e non di quelle del codice di procedura penale. Da ciò discenderebbe il principio seguente reso dalla sezione disciplinare del CSM:

Ordinanza n. 133 del 2013 – RGN 131/2012

Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'astensione e la ricusazione sono regolate dalla disciplina del codice di procedura civile, con la conseguenza che l'incompatibilità si configura solo ove il giudice abbia conosciuto del merito della causa in un altro grado del processo e non quando si sia pronunciato sul provvedimento cautelare emesso nell'ambito di un'altra fase della medesima procedura.

E, ancor più esplicitamente, dal seguente, della medesima sezione:

Ordinanza n. 65 del 2017 – RGN 13/2016

Deve respingersi la istanza di ricusazione avanzata avverso i componenti della sezione disciplinare impegnati nel dibattimento i quali, nel medesimo procedimento, abbiano adottato il provvedimento applicativo di una misura cautelare, non sussistendo alcuna incompatibilità per costoro a partecipare al successivo giudizio di merito, atteso che procedimento disciplinare nei confronti di magistrati ha natura eminentemente "monofasica".

Benché ampiamente argomentate, le sentenze appena ricordate appaiono mosse, più che da una radicata convinzione giuridica, dalla necessità di evitare il moltiplicarsi di situazioni di incompatibilità a giudicare che, a causa della già ricordata esigua possibilità di sostituzione dei giudici, in ultima analisi potrebbero portare in qualche caso all'impossibilità di celebrare il giudizio.

3. Le conseguenze della coincidenza tra procedimento penale e disciplinare.

Altro tema talvolta dibattuto è quello delle conseguenze della coincidenza tra procedimento penale e procedimento disciplinare quando entrambi vertano sui medesimi fatti.

Conviene, per chiarezza, distinguere due diverse ipotesi, la prima relativa a un procedimento penale già concluso e la seconda al procedimento penale ancora in corso.

La prima situazione riguarda gli effetti del giudicato penale sul processo disciplinare, ed è regolata dall'art. 20 del d.lgs. n. 109/06, in base al quale nel giudizio disciplinare hanno autorità di cosa giudicata, oltre alle sentenze irrevocabili di condanna e di patteggiamento, anche le sentenze penali di assolu-

zione quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso.

Da ciò discende che, al di fuori di tali ipotesi tassative, una sentenza di assoluzione, che però non abbia escluso il fatto materiale o abbia accertato che l'incolpato non lo ha commesso, non impedisce che lo stesso fatto, benché non tale da dar luogo a responsabilità penale, possa però dar luogo a responsabilità disciplinare se sia idoneo a ledere comunque il bene protetto del prestigio della magistratura.

Il principio è affermato anch'esso più volte e chiaramente dalla giurisprudenza in materia disciplinare. Si veda per tutte:

Sez. U, Sentenza n. 14344 del 09/07/2015 (Rv. 635922)

In tema di rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare riguardante magistrati, il giudicato penale non preclude, in sede disciplinare, una rinnovata valutazione dei fatti accertati dal giudice penale attesa la diversità dei presupposti delle rispettive responsabilità, fermo solo il limite dell'immutabilità dell'accertamento dei fatti nella loro materialità – e dunque, della ricostruzione dell'episodio posto a fondamento dell'incolpazione – operato nel giudizio penale. (Nella specie, relativa ad una condotta di abusivo uso personale del telefono cellulare di servizio per numerose chiamate a servizi di astrologia e cartomanzia, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, evidenziando che la definizione del procedimento penale con la formula "perché il fatto non sussiste" per difetto di danno economico tale da configurare l'elemento materiale del delitto di peculato non precludeva la valutazione ai fini disciplinari delle condotte effettivamente accertate, attesa la diversità di bene giuridico tutelato, l'una il principio di buona amministrazione, l'altro l'immagine e il prestigio della magistratura).

La seconda situazione è più complessa e concerne invece il rapporto tra i due procedimenti, penale e disciplinare, entrambi in corso.

In questo caso è stata spesso dibattuta l'interpretazione da dare all'espressione contenuta alla lettera a) del comma 8 dell'art. 15, che prevede che il decorso dei termini del procedimento disciplinare, e quindi in buona sostanza il procedimento stesso, deve essere sospeso "se per il medesimo fatto è stata esercitata l'azione penale".

Si sono contrapposte al riguardo interpretazioni più o meno restrittive, talune affermanti che il fatto, per produrre la sospensione dei termini del giudizio disciplinare, debba essere assolutamente lo stesso, ed altre che invece per "medesimo fatto" debba intendersi la medesima vicenda storica, comunque essa sia qualificata nei diversi ordinamenti giuridici.

Le S.U. civili della Cassazione, dopo alcuni tentennamenti, sembrano avere imboccato ormai con decisione la strada della soluzione più ampia, meno restrittiva, e quindi più garantista, ad esempio con la seguente sentenza:

Sez. U, Sentenza n. 24630 del 04/11/2020 (Rv. 659451 – 01)

In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, la disposizione di cui all'art. 15, comma 8, lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006 – secondo cui il corso dei termini del procedimento disciplinare resta sospeso nel caso in cui per il medesimo fatto sia stata esercitata l'azione penale – non può essere interpretata restrittivamente, come riferita unicamente all'identità tra i fatti oggetto dei due procedimenti, ma deve essere letta in senso più ampio, comprensivo della comune riferibilità degli stessi ad una medesima vicenda storica, avuto riguardo all'esigenza, conforme alla *ratio* della norma in esame, di assicurare l'unitarietà del procedimento disciplinare e di evitare per quanto possibile che l'esercizio dell'azione penale per alcuni soltanto dei fatti complessivamente addebitati all'incolpato possa determinarne il frazionamento.

La soluzione sembra stavolta veramente esatta, innanzitutto perché idonea ad evitare situazioni problematiche, prevenendo un possibile contrasto di giudicati sulla ricostruzione dello stesso fatto materiale che potrebbe aversi se i due processi seguissero invece contemporaneamente la loro strada arrivando a conclusioni contraddittorie e incompatibili.

In secondo luogo la sospensione del procedimento disciplinare consente di celebrare, all'esito del processo disciplinare e tenendo conto del risultato definitivo di esso, un unico processo per tutti i fatti comunque collegati tra loro, evitando una pluralità di processi per vicende sostanzialmente unitarie. Ciò consente, oltre che un risparmio di tempi processuali, anche di infiggere in caso di condanna una sola pena all'incolpato, evitando l'iniquità di più condanne in pratica per la stessa vicenda in casi analoghi a quelli in cui, nel processo penale, la sanzione risulta mitigata dall'istituto della continuazione, non previsto invece, e quindi non applicabile nell'ordinamento disciplinare. Di ciò sembra essersi resa consapevole, infine, anche la giurisprudenza di legittimità con la massima che segue:

Sez. U, Sentenza n. 9277 del 20/05/2020 (Rv. 657659)

In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, ove il corso dei termini del procedimento disciplinare sia restato sospeso a causa dell'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto, ai sensi dell'art. 15, comma 8, del d.lgs. n. 109 del 2006, il giudice del merito, quando le parti abbiano sollecitato la verifica dell'eventuale estinzione del procedimento medesimo per illegittimità della disposta sospensione, è tenuto a verificare in concreto la sussistenza del presupposto del-

la “medesimezza” del fatto, indagando sull’identità della vicenda storica dalla quale abbiano tratto origine il procedimento penale e quello disciplinare, che giustifica la necessaria sospensione del secondo in attesa della definizione del primo, tenendo conto che nelle due ipotesi i criteri di accertamento della responsabilità sono diversi in ragione della diversità del bene tutelato, e senza trascurare di considerare che un’eccessiva limitazione nell’applicazione dell’istituto della sospensione potrebbe determinare una frammentazione dei processi con effetti negativi sotto il profilo dell’economia processuale e dell’interesse dell’incolpato ad un processo unitario rispetto a fatti complessivamente addebitati e maturati in un unico contesto.

Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura

SOMMARIO: 1. Tassatività delle sanzioni e (tendenziale) tipicità degli illeciti. – 2. Il quadro degli illeciti disciplinari. – 3. Gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni. – 3.1. l'inosservanza dell'obbligo di astensione. – 3.2. il dovere di diligenza – 3.3. la laboriosità. – 3.4. il dovere di riserbo. – 4. Gli illeciti disciplinari commessi fuori dall'esercizio delle funzioni. – 4.1. lo svolgimento di attività incompatibili con la professione di magistrato (art. 3 lett. d). – 4.2. il divieto di iscrizione a partiti politici (art. 3 lett. h). – 5. La direttiva n. 493/20/SD2 del 22.6.2020 della Procura Generale della Corte di Cassazione. – 6. L'interpretazione evolutiva di alcune norme concernenti illeciti disciplinari. – 7. Gli elementi di contrappeso ai limiti della tipizzazione. – 7.1. L'art. 1 del D.lgs. 109/2006. – 7.2. L'art. 3 bis D.lgs. 109/2006. – 8. Conclusioni.

1. Tassatività delle sanzioni e (tendenziale) tipicità degli illeciti

Nel regime disciplinare concernente i magistrati ordinari, si lamentava il fatto che la precedente disciplina anteriore alla novella del 2006 – basata sulla c.d. atipicità dell'illecito disciplinare – non indicasse quali potessero essere i fatti costituenti infrazione ai doveri deontologici.

La norma fondamentale era l'art. 18 r.d.lgs. 511/1946: *“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, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti”*.

L'indeterminatezza della portata precettiva dell'art. 18 della legge sulle guarantee, imponeva alla Sezione Disciplinare del CSM di definire, 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.

In sostanza, la casistica giurisprudenziale aveva sviluppato un catalogo degli illeciti disciplinari, quale surrogato della tipizzazione normativa.

Tale norma – che era stata contestata proprio sotto il profilo della sua atipicità – è stata ritenuta costituzionalmente legittima da Corte Cost. 7 maggio 1981, n. 100¹

Successivamente la legge delega 150/2005 all'art. 1 ha previsto: *“1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei principi e dei criteri direttivi di cui all'articolo 2, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, uno o più decreti legislativi diretti a:...*

f) individuare le fattispecie tipiche di illecito disciplinare dei magistrati, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione, nonché modificare la disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio

In attuazione della suddetta delega è stato emanato il d.lgs. 109/2006 che ha introdotto un sistema ispirato al principio di legalità, attraverso la tipizzazione che ha recepito in gran parte gli indirizzi della sezione disciplinare del CSM, orientamenti delle Sezioni Unite della Cassazione, del codice deontologico approvato dall'ANM del 1994.

Non è stata prevista una “norma di chiusura”, auspicata da parte della dottrina secondo la rigorosa tassatività renderà non punibili fatti (soprattutto extralavorativi) ritenuti eticamente e socialmente disdicevoli, ma non censiti nelle norme predette che potranno essere oggetto in futuro solo di eventuali integrazioni e rettifiche. Del resto il rischio di una rigorosa tipizzazione degli illeciti era stata ben evidenziata nella sentenza 100/1981 della Corte Costituzionale.

2. Il quadro degli illeciti disciplinari

Come noto, gli illeciti disciplinari sono oggi previsti dagli artt. 2 e 3 D.Lgs. 109/2006, che pone una distinzione tra illeciti commessi nell'esercizio delle fun-

¹ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 100 (pd. 10026): *«Quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma proibitiva (fiducia e considerazione di cui il magistrato deve godere; prestigio dell'ordine giudiziario) è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli, trattandosi di principi deontologici che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati, le previsioni normative in materia non possono non avere portata generale perché una indicazione tassativa renderebbe legittimi comportamenti non previsti ma ugualmente riprovati dalla coscienza sociale; e il principio di legalità si attua anche con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato. (Non fondatezza – in riferimento agli artt. 25, secondo comma, 101, secondo comma, e 108, primo comma, Cost. – della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del r.d.l. 31 maggio 1946 n. 511)».*

zioni e fuori dall'esercizio delle funzioni. L'art. 4 prevede poi illeciti disciplinari conseguenti a reato.

I primi derivano dal collegamento tipico con l'attività funzionale del magistrato, essendo strettamente correlati all'attività giurisdizionale o giudiziaria.

I secondi sono connessi allo *status* del magistrato e sono posti a tutela dell'immagine e del prestigio della funzione giudiziaria.

3. Gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni

Scandagliando alcuni illeciti disciplinari funzionali, si evidenzia come le clausole generali di cui all'art. 1 abbiano significativa incidenza nell'estensione della portata del precetto a situazioni apparentemente non ricomprese nello stesso.

3.1. L'inosservanza dell'obbligo di astensione

Si pensi, ad esempio, all'inosservanza dell'obbligo di astensione, che per il pubblico ministero viene configurato dal codice di rito penale in termini di facoltà.

La giurisprudenza della Sezione Disciplinare anche, sotto la vigenza del precedente sistema, ha ritenuto la configurabilità dell'illecito anche nei confronti del p.m., ritenendo sussistesse, come per il giudice, un vero e proprio obbligo di astensione², argomentando dal fatto che il principio di tassatività in materia

² 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 incriminatrici, 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».

di illeciti disciplinari non impedisce l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica di norme diverse da quelle incriminative, specie laddove si tratti di un principio fondamentale del processo, quale quello contenuto nel dovere di imparzialità.

3.2. Il dovere di diligenza

Del pari assume un'importante valenza interpretativa il dovere di diligenza e la tutela della funzione giudiziaria, nel valutare le condotte che attengono più propriamente all'attività giurisdizionale.

Così, l'insindacabilità in ambito disciplinare dei provvedimenti giurisdizionali e delle interpretazioni adottate esclude 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 (in tal senso SS.UU. Sent. N. 20159/2010, riguardanti le perquisizioni disposte dai sostituti di Salerno nei confronti di magistrati degli uffici giudiziari di Catanzaro, dove si fa riferimento a provvedimenti aventi funzione divulgativa e mediatica di propalazione di notizie, proceduralmente irrilevanti). Si noti che nella vicenda presa in considerazione dalla sentenza delle Sezioni Unite ora citata, la fattispecie cui viene ricondotta l'abnormità c.d. deontologica non è quella di cui all'art. 2, 1 co lett. ff) (l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti) bensì la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, prevista dall'art. 2, c. 1 lett. g). Ciò in quanto, secondo le SS.UU., tale fattispecie non costituisce l'unica disposizione che fa riferimento al concetto di abnormità in senso tecnico, poiché l'abnormità ai fini deontologici esprime anche la qualità generale del comportamento del magistrato (desumibile dal provvedimento, giuridicamente non abnorme) ed evidenzia il grado di inescusabilità della negligenza dimostrata *da e/o insita in quel comportamento*. In altre parole, l'abnormità ben può connotare il grado di negligenza inescusabile riscontrata (non già in un provvedimento) ma in un comportamento, così da integrare l'illecito ipotizzato all'art. 2, 1^{co}. lett. a).

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.

3.3. La laboriosità

Insieme alla diligenza, altra regola generale di condotta è la laboriosità, il cui dovere evoca immediatamente la problematica dei ritardi nell'adozione dei provvedimenti.

I ritardi nel deposito di provvedimenti, normalmente rilevati all'esito delle ispezioni ordinarie, per assumere rilievo disciplinare devono essere reiterati, gravi e privi di giustificazione. La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione e del giudice disciplinare (SU, 9 ottobre 2012, depositata il 25 gennaio 2013; Sez. Disc. del CSM, sentenze 5 febbraio 2013, nn. 22, 24 e 25 e sentenze 7 marzo 2013, nn. 36 e 37) considera, al fine di un'adeguata valutazione dei suddetti requisiti:

- l'entità del ritardo, in termini temporali;
- l'importanza dei procedimenti interessati dal ritardo;
- l'incidenza percentuale dei provvedimenti depositati in ritardo rispetto a quelli complessivamente depositati, avuto in particolare riguardo al rapporto percentuale tra arco di tempo considerato e numero dei ritardi, alla durata media dei ritardi ed alle punte massime di ritardo;
- la contestualizzazione dei ritardi rilevati.

In presenza di ritardi di una certa consistenza, l'ipotesi di produttività superiore alla media del magistrato interessato, di per sé non giustifica, poiché viene in rilievo, quale espressione di un principio generale inderogabile di diligenza proprio di ciascun magistrato, un limite oltre il quale il non evadere la domanda di giustizia compromette in modo "irreversibile" il prestigio dell'ordine giudiziario e del sistema nel suo complesso (cfr., *ex plurimis* Sez. un., 13 settembre 2011, n. 18697), così che il magistrato deve assegnare la precedenza alla definizione di quei procedimenti rispetto ai quali il termine per il deposito trascorso ha raggiunto limiti tali da rendere improcrastinabile ed urgente la stesura della relativa motivazione.

La giurisprudenza, poi, è concorde nel ritenere che il ritardo nel compimento di atti relativi alle funzioni proprie del pubblico ministero non integra l'illecito disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lett. g) del d.lgs. 109 del 2006, bensì l'illecito disciplinare di cui all'art. 2 comma, 1 lett. q)., sempre che siano integrati gli elementi costitutivi dell'illecito, ovvero che si tratti di ritardi gravi, reiterati ed ingiustificati.

Infatti, "poiché entrambe le disposizioni indicate presuppongono una grave violazione di legge, che nella fattispecie prevista dalla lettera q) ricorre quando il ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni ecceda "il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto", la fattispecie descritta da quest'ultima disposizione deve essere considerata speciale rispetto a

quella contemplata dalla lettera g), a pena di vanificare l'esigenza della reiterazione imposta dalla legge quale elemento di integrazione dell'illecito disciplinare previsto dalla disposizione introdotta con la lettera q) (Sez. Disc., sent. n. 43 del 2011)".

L'applicazione della fattispecie disciplinare dei ritardi al P.M. è stata, inoltre, indirettamente affermata dalla Sezione disciplinare del CSM con la sentenza 8.3.2013 n. 53, nella quale si è sostenuto che condotta del pubblico ministero che disponga l'archiviazione per la sopravvenuta prescrizione di un reato una volta che i termini delle indagini siano scaduti, rientra nell'ambito del ritardo disciplinarmente rilevante, sempre che sia reiterato, ai sensi dell'art. 2 comma 1, lett. q del d.lgs. n. 109/2006.

Altra questione che si è posta, a seguito di una pronuncia delle Sezioni Unite, riguarda la natura della giustificazione e, per l'effetto, il soggetto a cui incombe dimostrarla. Ed invero la sentenza SU n. 528/12 depositata il 17 gennaio 2012, affronta specificatamente il problema su chi incomba, nel procedimento disciplinare, l'onere probatorio in ordine alla ingiustificabilità del ritardo. La Cassazione afferma che la "ingiustificatezza" non è elemento costitutivo della fattispecie, da cui deriverebbe l'onere probatorio a carico dell'accusa, ma causa di giustificazione e quindi, di conseguenza, incombe sull'incolpato l'onere di allegazione di elementi che escludano l'antigiuridicità. Poi aggiunge che le allegazioni devono avere il carattere della "...pregnanza, della conferenza, della oggettività, della idoneità concreta ad escludere il ritardo ...", richiamando peraltro il concetto della inesigibilità.

Tale rigido orientamento, che richiamava addirittura il concetto di inesigibilità, è stato molto attenuato nelle pronunce successive. Si veda al riguardo Sez. U, Sentenza n. 2948 del 16/02/2016, ove viene affermato che in tema di responsabilità disciplinare del magistrato, qualora l'incolpato giustifichi i gravi e reiterati ritardi nel compimento degli atti relativi alle funzioni (nella specie, deposito di sentenze civili) sulla base di una precisa scelta organizzativa (nella specie, intesa alla proficua gestione del ruolo decisorio), il giudice disciplinare deve valutare in concreto la fondatezza e serietà della giustificazione addotta, non potendo quei ritardi (nella specie, ultrannuali) essere imputati al magistrato a titolo di responsabilità oggettiva, fermo l'onere dell'interessato di fornire al giudice disciplinare tutti gli elementi per valutare la fondatezza e serietà della giustificazione addotta.

Altro aspetto del profilo della diligenza (e non solo di quello ma anche della dignità della persona e del prestigio della funzione) riguarda i ritardi nelle scarcerazioni.

Secondo una consolidata giurisprudenza della sezione disciplinare confermata dalle Sezioni Unite, sussiste un obbligo di vigilanza continua sul rispetto dei termini e dell'adozione delle misure organizzative idonee a mantenere sempre sotto controllo i termini di scadenza.

La verifica della scadenza dei termini massimi di custodia cautelare è un adempimento imprescindibile che grava sul giudice procedente per tutto il tempo della permanenza in regime custodiale dell'imputato (adempimento addirittura "diuturno" secondo la giurisprudenza, cfr. SU 507/11), senza alcuna possibilità di ritenere che il ritardo sia ascrivibile a fisiologiche disfunzioni operative ovvero a disguidi di cancelleria, atteso che l'assolvimento del dovere di controllo in materia *de libertate* assume certamente un rilievo di priorità tale da prevalere rispetto a qualsiasi altro incombente gravante sull'organizzazione dell'ufficio.

Tale comportamento integra la fattispecie disciplinare di cui agli artt.1, 2, lett. a) e g) del d.lgs. 109/06, quando il magistrato con la propria omissiva condotta dell'obbligo di vigilare circa la persistenza delle condizioni, anche temporali, per la protrazione della misura cautelare, non soltanto è incorso in grave violazione di legge (di cui alla lett. g) dell'art. 2), ma ha anche arrecato un ingiusto danno alla persona dell'indagato, che si è visto indebitamente privare della libertà personale per un periodo di apprezzabile entità (di cui alla lett. a) dell'art.2).

Il ritardo nelle scarcerazioni anche se breve è quindi una violazione disciplinare grave in astratto – in quanto attinente alla libertà personale degli indagati – ed inescusabile. Nell'accertamento della responsabilità conta molto però l'assenza di offensività della condotta, per la mancanza di un concreto pregiudizio per la libertà personale degli imputati.

3.4. Il dovere di riserbo

Il rispetto del dovere di riserbo viene declinato, nella articolazione degli illeciti disciplinari funzionali, principalmente (ma non solo) sotto forma di dovere di riservatezza, nei termini descritti dall'art. 2 lett. u) (ma anche dal medesimo art. 2 lett. v) -pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardano affari in corso, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui- e aa) – sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio o utilizzare canale informativi privilegiati) , che prevede la divulgazione, anche dovuta a negligenza, di atti del procedimento:

- a) coperti da segreto;
 - b) di cui sia previsto il divieto di pubblicazione;
- ovvero
- c) la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui.

Si è posto il problema se la riproduzione in altri atti penali di atti di procedimenti penali ancora coperti da segreto o comunque divieto di pubblicazione possa integrare tale illecito disciplinare.

Le SS.UU. con la sentenza 20159/2019 hanno escluso che ciò possa avvenire specificando che la propagazione di atti di indagine coperti da segreto non fa venir meno la segretezza e, quindi, il divieto di pubblicazione.

Secondo le SS.UU. per divulgazione, ai fini della norma disciplinare, deve intendersi la diffusione delle notizie in ambito esterno alla cerchia dei soggetti autorizzati dell'atto processuale che richiami notizie di atti di indagine coperti da segreto di altro procedimento penale.

La violazione del dovere di riserbo, inoltre – secondo l'espressa formulazione letterale dell'art. 2, comma 1, lett. u), d.lgs. n. 109/2006 – costituisce illecito disciplinare non in quanto tale, ma in quanto realizza la lesione di diritti altrui o, almeno, si presenti astrattamente idonea a tale lesione. Gli interessi oggetto della protezione normativa devono considerarsi strettamente legati alla "riservatezza" cautelatamente imposta al magistrato. In tal senso occorre evitare indebite confusioni tra interessi al riserbo, e interessi altri, che potrebbero trovare considerazione in altre fattispecie di illecito disciplinare. Sulla base di tale ragionamento, nel caso preso in considerazione della sezione disciplinare, è stato escluso l'illecito, trattandosi di rappresentazione esterna (seppure in forma scenica) delle modalità di ricostruzione dell'ipotesi accusatoria penale, quale effettivamente poi sottoposta al vaglio dell'autorità, poiché si trattava di fatti che risultavano ormai pubblicamente noti e ampiamente discussi, anche al di fuori della sede processuale (Sezione disciplinare n. 138/2019).

Sempre con riferimento al dovere di riserbo, l'orientamento della Sezione Disc., riguardo a pareri dati nell'ambito di un rapporto amicali, è nel senso che i pareri espressi nell'ambito di un legame di amicizia non possono essere fonte di responsabilità non essendo sussumibili in alcuna fattispecie disciplinare (Sezione disciplinare n. 93 del 2020).

4. Gli illeciti disciplinari commessi fuori dall'esercizio delle funzioni

Accanto agli illeciti funzionali di cui all'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 sinteticamente analizzati nella parte precedente, 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.

Si tratta di illeciti connessi alla condotta privata del magistrato che, per la posizione ricoperta, ha l'obbligo di *"astenersi nella vita privata da comporta-*

menti che possano minare la sua credibilità ed in particolare la fiducia nella sua imparzialità”³.

Si tratta comunque di condotte maggiormente dettagliate rispetto a quelle costituenti illeciti funzionali.

Nelle vicende esaminate dalla Sezione disciplinare, tra le più rilevanti, vengono in rilievo, almeno due fattispecie di illecito extrafunzionale, che in qualche modo delineano un modello di magistrato a servizio esclusivo della giurisdizione, quale garanzia massima della sua imparzialità, lasciando però aperte questioni attinenti a quel difficile equilibrio tra le limitazioni imposte dall’esercizio della funzione e l’esercizio di diritti costituzionali propri di ogni persona.

43.1. Lo svolgimento di attività incompatibili con la professione di magistrato (art. 3 lett. d)

La prima questione attiene allo svolgimento di attività incompatibili con la professione di magistrato (art. 3 lett. d). La giurisprudenza di legittimità, nel chiarire il significato tipico della nozione di attività incompatibili con lo svolgimento della funzione giudiziaria, precisa come non sia necessario che “l’attività di cui si tratta sia stata svolta in forma di impresa, che abbia cioè riprodotto per complessità una struttura imprenditoriale”. È, infatti, “sufficiente che essa si sia articolata in modo continuativo e professionale”.

Ciò in quanto “lo svolgimento da parte del magistrato con continuità e con un tornaconto sul piano economico, di una seconda attività professionale, anche se non realizzata in forme imprenditoriali, compromette il primato della funzione di servizio del magistrato per i cittadini e per la Repubblica, finendo per incidere sull’interesse pubblico al regolare svolgimento della funzione giudiziaria”(v. Cass., S.U., n. 27493/2013). Ne deriva che anche l’attività didattica del magistrato, con la gestione sistematica e continuativa, da parte dello stesso, in forma di lavoro autonomo, attraverso la tenuta di lezioni a pagamento, di un servizio di formazione di più discenti finalizzato all’accesso a professioni del settore giuridico, costituisce, in via di principio e in astratto, esercizio di attività libero professionale, come tale rientrante nel divieto di cui all’art. 16 ord. giud., comma 1, per l’incompatibilità con l’esercizio delle funzioni di magistrato (cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 11372/16, e Cass. civ., Sez. Un. 27493/13). A riguardo, la circolare del Consiglio Superiore della Magistratura

³ M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE, S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuale. Magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, onorari, Avvocati dello Stato*, Milano 2010, 265.

sugli incarichi extragiudiziari n. 22581 del 9 dicembre 2015 al Capo 3.3 prevede espressamente che “sono vietate l’organizzazione di scuole private di preparazione a concorsi o esami per l’accesso al pubblico impiego, alle magistrature e alle altre professioni legali nonché la preparazione sotto qualsiasi forma ed indipendentemente dalle caratteristiche dimensionali, alla gestione economica, organizzativa e scientifica di tali scuole ovvero lo svolgimento presso di esse di attività di docenza, anche in via occasionale”. Dunque, sono espressamente vietate, in quanto incompatibili con la funzione giudiziaria, l’organizzazione di scuole private, la partecipazione alla gestione economica, organizzativa e scientifica delle stesse, lo svolgimento presso di esse di attività di docenza, anche in via occasionale. La giurisprudenza di legittimità (v. Cass. civ., Sez. Un. n. 27493/2013) ha ulteriormente chiarito che “la presa d’atto, da parte della circolare del Consiglio superiore, del contenuto del divieto dell’esercizio di certe attività, dà la misura di quali incarichi extragiudiziari i magistrati siano abilitati, previa autorizzazione dello stesso Consiglio superiore, a svolgere”. Infatti, “nel contesto del sistema ordinamentale, il regime delle attività vietate, di cui all’art. 16, comma 1, si collega alla disciplina dettata dal citato art. 16, comma 2, il quale (...) prescrive che i magistrati “non possono... accettare incarichi di qualsiasi specie... senza l’autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura”: una disciplina, dunque, che, nel determinare la possibilità, ma anche i limiti, le condizioni e le modalità per l’attribuzione ai magistrati di incarichi estranei ai loro compiti di istituto, attribuisce un potere di intervento al Consiglio superiore”. Peraltro è di tutta evidenza che non può essere vietata ogni attività che sia espressione di libertà fondamentali, costituzionalmente garantite, atteso che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, come è stato ribadito autorevolmente dalla Corte Costituzionale (cfr. Corte cost., sentenze n. 100 del 1981) e come cittadini e come persone, essi hanno certamente il diritto ed il dovere di contribuire alla vita intellettuale e culturale del Paese. Per tale ragione la richiamata circolare n. 22581 all’art. 1.1 individua le attività “libere” e prevede che “sono liberamente espletabili e non richiedono alcuna autorizzazione o preventiva comunicazione”, tra le altre: “le attività che costituiscono espressione di diritti fondamentali, quali la libertà di manifestazione scritta e verbale del pensiero, di associazione, di esplicazione della personalità; la pubblicitaria, la collaborazione in qualsiasi forma a giornali, riviste, enciclopedie e simili, la produzione artistica e scientifica ancorché dia luogo a compensi; le attività di creazione di opere dell’ingegno e di invenzioni industriali col relativo sfruttamento economico; la partecipazione, come relatori, a seminari, convegni, incontri di studio o attività similari se non retribuita. In tali casi, la cessione onerosa del diritto d’autore integra una forma di retribuzione.” (sez. Disc. 57/2020).

4.2. Il divieto di iscrizione a partiti politici (art. 3 lett. h)

La seconda questione riguarda il divieto di iscrizione a partiti politici (art. 3 lett. h). Si tratta di disposizione che si fonda sull'art. 98, comma 3, Cost., laddove si stabilisce che “si possono con legge stabilire limitazione a diritto d'isciversi ai partiti politici”, per alcune categorie di dipendenti pubblici, fra cui i magistrati.

Sulla norma è intervenuta La Corte Costituzionale con la sentenza n. 224/2009. La Corte ha dichiarato infondata la questione: pur riconoscendo che i magistrati debbano godere in linea di principio degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e possano dunque non soltanto condividere un'idea politica ma anche manifestare espressamente le proprie opinioni al riguardo, la stessa ha tuttavia ribadito, sulla scia del precedente rappresentato dalla sent. n. 100/1981, che “le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale”, come peraltro si desume dalla disciplina costituzionale, che, “da un lato, assicura [ai magistrati] una posizione peculiare, e dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri”.

La Corte Costituzionale è ritornata sull'argomento con la sentenza n. 170/2018, nella quale ha ribadito che “sostanza e apparenza” sono valori entrambi “alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica”. E tanto l'iscrizione al partito politico quanto la partecipazione continuativa alla vita dello stesso incidono sia sull'imparzialità del magistrato sia sulla sua apparenza.

La Corte poi specifica che, a parte l'iscrizione, che da sola costituisce violazione del divieto, il carattere di “stabilità” del legame costituisce linea di confine tra partecipazione legittima e partecipazione illegittima alla vita di un partito.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 8906/2020 affermano che il giudice “ha il dovere non soltanto di essere imparziale ma anche di apparire tale”, ovvero essere “al di sopra di ogni sospetto di parzialità”; con la differenza che, mentre l'essere parziale si declina in relazione al concreto processo, “l'apparire imparziale costituisce, invece, un valore immanente alla posizione istituzionale del magistrato, indispensabile per legittimare, presso la pubblica opinione, l'esercizio della giurisdizione come funzione sovrana”.

In definitiva l'interesse tutelato, sottostante al divieto, è, per le Sezioni Unite, la salvaguardia dell'immagine pubblica di imparzialità. Se questo deve essere quindi lo scopo della normativa, appare necessario rivedere, in un contesto unitario, tutta la normativa che riguarda l'intero sistema del rapporto del magistrato con la politica.

5. La direttiva n. 493/20/SD2 del 22.6.2020 della Procura Generale della Corte di Cassazione

Appare evidente, da questa breve carrellata di illeciti, che la scelta legislativa della tipizzazione è il binario principale su cui si svolge la valutazione dei fatti rimessi allo scrutinio disciplinare, con limitate ma significative correzioni, in sede applicativa, in forza delle clausole di cui all'art. 1, quali regole generali immanenti in ogni singola fattispecie .

Infatti, la Procura Generale della Corte di Cassazione ha emanato la direttiva n. 493/20/SD2 del 22.6.2020 nella quale a pag. 9, 3° paragrafo, è scritto espressamente: *“Ad esempio, molte conversazioni che riguardano magistrati, a volte con sollecitazioni per sé stesso e altre che riguardano terzi, rispetto ai conversanti, possono rilevare solo quando violino precetti tipizzati.*

Rilevano a tal fine le ipotesi previste dall'art. 2, lett. d) (“comportamenti abitualmente o gravemente scorretti”) quando dalle conversazioni emergono accordi al fine di favorire magistrati per la sola appartenenza ad una corrente, quando non addirittura a fini di spartizione (grave scorrettezza nei confronti dei danneggiati) o quando vengono utilizzate informazioni riservate o vengono attuati “dossieraggi” al fine di danneggiare o favorire;.....”

Le condotte che non raggiungono questi standard, con giudizio di fatto, non possono rilevare in questa sede”

E prosegue la direttiva della Procura Generale a pag. 10: *“Nella valutazione delle comunicazioni verranno applicati innanzitutto i criteri guida delle libertà costituzionali, che impongono di non sottoporre ad alcuna censura la libertà di manifestazione del pensiero, anche se espressa in maniere sgradevoli o moralmente censurabili.*

La soglia di rilevanza è costituita dalle condotte che siano direttamente offensive dei valori tutelati anche sotto il profilo della loro idoneità (l'accordo, non mera manifestazione di pensiero, può raggiungere tale livello, con valutazione operata caso per caso)

La idoneità dunque va valutata sempre in rapporto al principio di tipicità e con quello di offensività.

Dalla tipizzazione è ricavabile da un lato la condotta rilevante e dall'altro l'interesse protetto.

Valutazioni di carattere politico, che incidono fortemente anche sull'immagine di imparzialità ed equilibrio (art. 1 d.lgs. 109/2006) per assurgere a condotta punibile devono ricollegarsi a ipotesi di illecito previste dalla legge.

In caso contrario restano censurabili solo ad altri fini (deontologici e di professionalità)....”

La Procura Generale della Cassazione, con questa direttiva, ha individuato un ragionevole equilibrio nel senso di mitigare la rigidità della tipizzazione, evitando di attribuire rilevanza disciplinare a comportamenti astrattamente sus-

sumibili nell'ambito applicativo della norma ma inoffensivi oppure non meritevoli di sanzione.

6. L'interpretazione evolutiva di alcune norme concernenti illeciti disciplinari

Tornando al tema principale della tipizzazione, essa, come già accennato all'inizio, ha il pregio di una maggior certezza e prevedibilità ma rischia di peccare per difetto lasciando fuori dall'ambito della punibilità comportamenti non espressamente previsti ma che sarebbero comunque da censurare.

Per ovviare a tale grave inconveniente, la giurisprudenza, sia della sezione disciplinare che della Cassazione, ha adottato in talune ipotesi una sorta di interpretazione evolutiva (o per meglio dire estensiva), se non analogica di alcune norme concernenti illeciti disciplinari.

Un esempio recente della prima opzione interpretativa è dato dall'evoluzione esegetica che ha riguardato la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) ad opera della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che il concetto di "grave scorrettezza"⁴ richiamato dall'art. 2 lett. d) d.lgs. 109/2006, ha carattere "elastico", in funzione del giudizio di sussunzione dei fatti accertati nella norma che tipizza il predetto illecito, cosicché il giudice disciplinare deve attingere sia ai principi

⁴ V. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 novembre 2019, n. 31058 (Rv. 656167-01): «La nozione di "grave scorrettezza" cui fa riferimento la previsione normativa di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, nel rendere sanzionabili disciplinarmente i comportamenti del magistrato nei confronti delle parti, dei difensori, di altri magistrati e di chiunque abbia con esso rapporti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ha carattere "elastico"; pertanto, in funzione del giudizio di sussunzione dei fatti accertati nella norma che tipizza il predetto illecito, il giudice disciplinare deve attingere sia ai principi che la disposizione (anche implicitamente) richiama (tra i quali si iscrive il dovere del magistrato di improntare la propria condotta con i superiori, i colleghi e il personale dell'ufficio di appartenenza al canone di leale collaborazione), sia a fattori esterni presenti nella coscienza comune, così da fornire concretezza alla parte mobile della disposizione che, come tale, è suscettibile di adeguamento rispetto al contesto storico sociale in cui deve trovare operatività. (il principio è stato applicato dalle Sezioni Unite in relazione al comportamento di un sostituto procuratore, il quale, dopo avere ricevuto, nel corso di una riunione con tutti i colleghi investiti della trattazione di un procedimento di grande rilevanza mediatica, la raccomandazione di mantenere il più assoluto riserbo con gli organi di informazione, non solo aveva taciuto la circostanza di avere già avuto un colloquio con un giornalista, ma aveva invitato il medesimo procuratore f.f. a rispondere ad una telefonata dello stesso giornalista, così ponendolo nella condizione di interloquire senza avere un quadro completo degli accadimenti e senza potersi determinare in modo consapevole circa le dichiarazioni da rilasciare o decidere di non rilasciarle affatto). (Cassa con rinvio, Consiglio sup. magistratura, 20 maggio 2019)»

che la disposizione (anche implicitamente) richiama (tra i quali si iscrive il dovere del magistrato di improntare la propria condotta con i superiori, i colleghi e il personale dell'ufficio di appartenenza al canone di leale collaborazione), sia a fattori esterni presenti nella coscienza comune, così da fornire concretezza alla parte mobile della disposizione che, come tale, è suscettibile di adeguamento rispetto al contesto storico sociale in cui deve trovare operatività.

Per comprendere meglio lo sviluppo interpretativo conviene soffermarsi sulla fattispecie qui presa in considerazione.

La struttura della fattispecie porta a inquadrarlo come illecito di pericolo.

Recentemente Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27-11-2019, n. 31058 (rv. 656167-02)) ha affermato che il bene interesse tutelato dalla suddetta disposizione è il *“buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale”*⁵.

Quindi, riepilogando, la stessa fattispecie, viene intesa inizialmente come illecito volto alla tutela del dovere di correttezza nei confronti dei colleghi e del personale dell'ufficio di appartenenza; più avanti si allarga la portata della tutela al buon andamento dell'ufficio (pur rimanendo comunque la portata dell'offesa circoscritta all'ufficio giudiziario di appartenenza), ed oggi l'interesse tutelato si dilata fino a ricomprendere la messa in pericolo di beni-interessi generali (prestigio della magistratura e dello stesso organo di autogoverno), beni che però non si individuano in modo esplicito nella lettera dell'art. 2 comma 1 lett. d) D.lgs. 109/2006.

⁵ Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 novembre 2019, n. 31058 (Rv. 656167-02): *«In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, l'accertamento della condotta disciplinarmente irrilevante in applicazione dell'esimente di cui all'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006 (da identificarsi in quella che, riguardata “ex post” ed in concreto, non comprometta l'immagine del magistrato), deve compiersi senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari; pertanto, nell'ipotesi in cui il bene giuridico individuato specificamente dal legislatore in rapporto al singolo illecito disciplinare non coincida con quello protetto dal citato art. 3 bis, il giudizio di “scarsa rilevanza del fatto” dovrà anzitutto tenere conto della consistenza della lesione arrecata al bene giuridico “specifico” e, solo se l'offesa non sia apprezzabile in termini di gravità, occorrerà ulteriormente verificare se quello stesso fatto, che integra l'illecito tipizzato, abbia però determinato un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato, risultando applicabile la detta esimente in caso di esito negativo di entrambe le verifiche. (Nella specie, relativa ad un giudizio disciplinare riguardante un sostituto procuratore incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del procuratore della Repubblica ff., la S.C. ha cassato la sentenza della sezione disciplinare, la quale aveva escluso l'applicabilità dell'esimente senza esprimere il necessario giudizio, da effettuarsi in concreto ed “ex post”, sulla “non scarsa rilevanza”, in primo luogo, della lesione del bene giuridico direttamente tutelato ex art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, consistente nel buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale, e, in secondo luogo, di quella dell'immagine del magistrato, tutelata dall'art. 3 bis dello stesso decreto, rimanendo invece su un piano di non consentita astrattezza nel postulare soltanto una potenziale lesione dell'immagine dell'ufficio giudiziario). (Cassa con rinvio, Consiglio sup. magistratura, 20 maggio 2019)».*

Così, la fattispecie da illecito di pericolo offensivo del buon andamento del singolo ufficio giudiziario e quindi lesivo di interessi di singole persone fisiche che devono essere ben individuate e/o individuabili (“*..delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell’ambito dell’ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori*”) diviene un illecito di pericolo astratto o presunto.

Tale illecito di pericolo astratto viene posto a presidio di un bene-interesse generale (come il prestigio della magistratura) e diviene lesivo di interessi di non meglio precisati magistrati (che non occorrerebbe più neppure identificare).

È questo il senso di quanto recentemente statuito da Cass. S.U. 15 gennaio 2020, n. 741⁶ che estende l’ambito applicativo dell’art. 2 comma 1 lett. d) alle condotte volte a screditare, o valorizzare, colleghi, anche al fine di interferire con l’attività del Consiglio Superiore della Magistratura.

Tuttavia, rimane il fatto che sulla condotta di indebita interferenza nell’attività di un componente del Consiglio Superiore della magistratura, togato o laico, non sembra sussistere la necessaria copertura normativa (tant’è che si discute di implementare il catalogo delle fattispecie disciplinari con una modifica legislativa, *ad hoc*). Come già condivisibilmente sostenuto⁷ è escluso infatti che l’attuale previsione normativa dell’art. 2 comma 1, lett. E) (ingiustificata interferenza nell’attività giudiziaria di altro magistrato), possa adattarsi ai tentativi di condizionamento di uno o più componenti del CSM.

7. Gli elementi di contrappeso ai limiti della tipizzazione

A mio parere, tali contrappesi possano individuare negli artt. 1 e 3 *bis* d.lgs. 109/2006 nei termini che seguono.

⁶ V. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 15 gennaio 2020, n. 741 (rv. 656792-05): «*La previsione di cui all’art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006 – la quale dà rilievo come illecito disciplinare ai “comportamenti abitualmente e gravemente scorretti” anche quando tenuti nei confronti di “altri magistrati” – deve essere interpretata nel senso che tali comportamenti non debbono necessariamente essere frutto del concreto esercizio della giurisdizione ma possono investire anche i rapporti che si instaurano con altri magistrati in ragione della funzione che l’incolpato svolge proprio in quanto tale. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che costituiscono violazione dei doveri di correttezza ed equilibrio propri del magistrato, sì da rientrare della fattispecie disciplinare di cui al citato art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, le condotte volte a screditare, o valorizzare, colleghi, anche al fine di interferire con l’attività del Consiglio superiore della magistratura).* (Rigetta, Consiglio sup. magistratura, 9 luglio 2019)».

⁷ L. D’ANCONA, *Nuove ipotesi di illecito disciplinare*, in *Questione giustizia*.

7.1. L'art. 1 d.lgs. 109/2006

Riprendendo il discorso iniziale, è opportuno tornare alla norma di carattere generale, l'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006, che enuclea e riassume i singoli doveri del magistrato nell'esercizio delle funzioni, individuandoli in quelli di imparzialità, correttezza, diligenza, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona.

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; 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. 269/2006. 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.

Rigore, questo della tipizzazione tassativa, che, per gli illeciti commessi fuori dall'esercizio delle funzioni, era solo attenuato attraverso la previsione di una norma c.d. di chiusura (lett. l)), secondo cui costituisce illecito disciplinare anche *“ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza”*. Norma poi abrogata dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269 (c.d. legge Mastella).

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. È 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.

Infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità⁸ questo illecito consta dei seguenti elementi costitutivi:

- violazione colposa di legge o comunque dei doveri generici di cui all'art. 1 D.lgs. 109/2006;
- l'ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti;
- nesso causale tra condotta ed evento (esso deve essere la conseguenza diretta, voluta o comunque prevista dall'agente, dell'azione o dell'omissione vietate)

Questo approccio 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 anti giuridicità 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.

Non basta, dunque, rilevare in astratto che tutte le singole fattispecie di illecito disciplinare sono in qualche modo riconducibili alla violazione dei generali

⁸ Cass. civ. Sez. Unite Sent., 15 febbraio 2011, n. 3669 (Rv. 616656): *"In tema di responsabilità disciplinare del magistrato, le ipotesi di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006 configurano fattispecie di illecito cosiddetto di evento, per le quali, non diversamente da quanto si verifica nell'ambito del diritto penale, la consumazione non si esaurisce con la condotta tipica, ma esige la verifica di un concreto accadimento lesivo, in danno del soggetto passivo, che costituisca la conseguenza diretta, voluta o comunque prevista dall'agente, dell'azione o dell'omissione vietate. Ne consegue che, ai fini dell'integrazione dell'illecito contestato, è necessario che la condotta non si esaurisca con la violazione dei doveri di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006 ma che arrechi anche un "ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti". (Nella specie, la contestazione aveva ad oggetto il comportamento omissivo, in violazione dei doveri di diligenza, operosità e imparzialità, tenuto da un sostituto procuratore nello svolgimento di attività d'indagine, senza che, nella sentenza, fosse stato individuato l'ingiusto danno a favore di una parte ovvero l'indebito vantaggio a favore dell'altra derivanti dalla ritardata celebrazione del processo; le S.U., in applicazione del principio di cui alla massima, hanno annullato con rinvio la decisione rilevando che per la parte offesa, a sua volta imputata di gravissimi reati di criminalità organizzata, il pregiudizio poteva apparire solo teorico, mentre, sull'altro versante, l'incolpato aveva dedotto che le risultanze già in atti erano sufficienti alla definizione del processo, il che aveva trovato conferma nel successivo esito del giudizio, svoltosi con le forme del giudizio abbreviato). (Cassa con rinvio, CSM 5 luglio 2010)."* In senso conforme ex multis Cassazione Civile Sez. Unite, sent. n. 3669 del 15 febbraio 2011 (ud. del 11 gennaio 2011), *Cutroneo c. Min. Giustizia e altri* (rv. 616656).

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. È 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.

Su questa scia si pone l'evoluzione giurisprudenziale delle Sezioni Unite, da ultimo ribadite nella sentenza 741/2020, dove al paragrafo 5 si afferma che possa essere chiamato a rispondere delle ipotesi di cui agli artt. 1 e 2 (lett. d), pure, chi in atto non eserciti funzioni giudiziarie, in quanto ciò che rileva, ai fini della responsabilità disciplinare, è lo *status* dell'appartenenza all'Ordine giudiziario.

Il dovere di correttezza assume pertanto un contenuto notevolmente ampio in quanto inscindibilmente connesso all'essere magistrato, ovunque egli svolga la sua attività, così divenendo parametro di riferimento concreto per le fattispecie tipiche, ma anche parametro esegetico per un'interpretazione estensiva delle stesse.

7.2. L'art. 3 *bis* d.lgs. 109/2006

La Cassazione ha dato conto di alcuni principi ormai consolidatisi in giurisprudenza relativamente all'esimente dell'art. 3 *bis*, vale a dire quello per cui

essa sia applicabile a tutte le ipotesi di illecito previste negli artt. 2 e 3, “*anche quando la gravità del comportamento è elemento costitutivo del fatto tipico e perfino quando integri la commissione di un reato*”, nonché quello per cui la valutazione sulla scarsa rilevanza del fatto deve essere “globale” e diretta a riscontrare se l’immagine del magistrato sia stata effettivamente compromessa dall’illecito. Conseguentemente, la Suprema Corte ha ribadito il principio ormai pacifico per cui, tramite l’art. 3-*bis*, ha trovato ingresso nella materia disciplinare il principio di offensività, proprio del diritto penale, secondo il quale la sussistenza dell’illecito va, comunque, riscontrata alla luce della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, con accertamento in concreto, effettuato ex post; tale bene giuridico va considerato unico per tutte le ipotesi di illecito disciplinare ed è identificabile con la compromissione dell’immagine del magistrato, ossia con il prestigio di cui il medesimo deve godere nell’ambiente in cui lavora, e, in senso lato, nella “giustizia” e, quindi, nel “prestigio dell’ordine giudiziario”.

Tanto chiarito, le Sezioni Unite, hanno operato poi una vera e propria sintesi nomofilattica fra due orientamenti, sostanzialmente in contrasto fra loro, emersi nella giurisprudenza precedente, ossia quello per cui la scarsa rilevanza deve basarsi solo sull’assenza di compromissione dell’immagine del magistrato e dunque dell’intero ordine giudiziario (quale bene giuridico protetto in generale dall’ordinamento disciplinare: v., *ex multis*, S.U., sentenza n. 22557/2019; S.U., sentenza n. 19228/2019; S.U., sentenza n. 24672/2018) e quello che invece ha talvolta valorizzato, per assolvere ai sensi dell’art. 3-*bis*, anche la minima offensività del fatto rispetto al bene giuridico a tutela del quale un determinato comportamento è stato in astratto considerato dal legislatore disciplinare idoneo ad integrare un illecito tipizzato (v., fra le altre, S.U., sentenza n. 17327/2017; S.U., sentenza 8896/2017; S.U., sentenza n. 7934/2013).

Nel compiere tale opera di sintesi, le Sezioni Unite hanno affermato che la valutazione sulla scarsa rilevanza del fatto – onde non violare il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari e renderlo compatibile con la valutazione circa la compromissione dell’immagine del magistrato quale bene tutelato dall’ordinamento disciplinare sotteso alla valutazione ex art. 3-*bis* – deve avvenire su due piani, distinti ma comunicanti: si deve prima valutare che la lesione al bene giuridico tutelato direttamente dalla norma sull’illecito disciplinare che viene in rilievo (ove tale bene sia diverso dalla immagine del magistrato) non sia stata grave e solamente ove tale valutazione dia esito positivo, si deve passare a valutare se allora la condotta abbia ridonato effetti di scarsa rilevanza sull’immagine del magistrato.

Se infatti la lesione del bene direttamente tutelato dalla norma è già essa stessa grave, non vi potrà essere spazio per applicare l’art. 3-*bis*, che risulterà da subito escluso.

Se invece non è grave, si potrà passare a valutare il profilo dell'immagine del magistrato. Con riferimento specifico all'illecito di cui all'art. 2, lett. d), le Sezioni Unite hanno affermato che il bene giuridico tutelato è da rinvenirsi nel "buon andamento dell'ufficio giudiziario" e nella "sua stessa unitarietà funzionale", la cui lesione dovrà dunque essere accertata ex post, non già in astratto ed ex ante. Superata positivamente tale verifica si potrà passare' alla valutazione circa la scarsa rilevanza del fatto, secondo il giudizio "bifasico" tratteggiato dalle Sezioni Unite.

In conclusione, può senz'altro affermarsi che la norma dell'art. 3 bis mitiga il principio di tipicità e tassatività dell'illecito disciplinare attraverso l'introduzione del principio di offensività del medesimo illecito.

La valutazione discrezionale rimessa al giudice riguarda la rilevanza del fatto illecito intesa come offesa al bene giuridico tutelato dall'art. 3 bis (tutela dell'immagine del magistrato) e del bene giuridico tutelato dalla singola fattispecie contestata nel caso concreto.

La giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che la valutazione discrezionale di scarsa rilevanza del fatto vada compiuta "senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari"

Inoltre la giurisprudenza afferma che la valutazione in ordine alla condotta disciplinarmente irrilevante va effettuata con giudizio ex post ed in concreto e deve riguardare congiuntamente due aspetti diversi e sui quali occorre motivare:

- a) consistenza della lesione al bene giuridico specifico tutelato dal singolo illecito disciplinare contestato al magistrato che deve avere come esito una valutazione di non gravità e, successivamente
- b) la non compromissione dell'immagine del magistrato⁹.

⁹ Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 novembre 2019, n. 31058 (Rv. 656167-02): "In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, l'accertamento della condotta disciplinarmente irrilevante in applicazione dell'esimente di cui all'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006 (da identificarsi in quella che, riguardata "ex post" ed in concreto, non comprometta l'immagine del magistrato), deve compiersi senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari; pertanto, nell'ipotesi in cui il bene giuridico individuato specificamente dal legislatore in rapporto al singolo illecito disciplinare non coincida con quello protetto dal citato art. 3 bis, il giudizio di "scarsa rilevanza del fatto" dovrà anzitutto tenere conto della consistenza della lesione arrecata al bene giuridico "specifico" e, solo se l'offesa non sia apprezzabile in n. mini di gravità, occorrerà ulteriormente verificare se quello stesso fatto, che integra l'illecito tipizzato, abbia però determinato un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato, risultando applicabile la detta esimente in caso di esito negativo di entrambe le verifiche. (Nella specie, relativa ad un giudizio disciplinare riguardante un sostituto procuratore incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del procuratore della Repubblica ff, la S.C. ha cassato la sentenza della sezione disciplinare, la quale aveva escluso l'applicabilità dell'esimente senza esprimere il necessario giudizio, da effettuarsi in concreto ed "ex post", sulla "non scarsa rilevanza", in primo luogo, della lesione del bene giuridico

8. Conclusioni

In definitiva, rispetto al tema della relazione, ci sembra di poter affermare quanto segue:

in ambito disciplinare vige il principio di tipizzazione e tassatività dell'illecito che pur in assenza di clausole di chiusura è mitigato, a monte, dal ruolo di parametro che svolge l'art. 1 d.lgs. 109/2006 (il quale nel richiamare i doveri del magistrato impone di valutare se le condotte contestate abbiano violato quei doveri), ed a valle, dall'art. 3 *bis* d.lgs. 109/2006 (il quale nel prevedere il principio di offensività impone di valutare se le condotte contestate abbiano compromesso in maniera grave il bene giuridico tutelato dalla norma violata e l'immagine del magistrato).

direttamente tutelato ex art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, consistente nel buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale, e, in secondo luogo, di quella dell'immagine del magistrato, tutelata dall'art. 3 bis dello stesso decreto, rimanendo invece su un piano di non consentita astrattezza nel postulare soltanto una potenziale lesione dell'immagine dell'ufficio giudiziario). (Cassa con rinvio, Consiglio sup. magistratura Roma, 20 maggio 2019)"

Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione

SOMMARIO: Premessa. 1. Il rispetto delle garanzie. – 2. L’etica del dubbio. – 3. L’ascolto delle opposte ragioni. – 4. L’imparzialità del giudizio. – 5. Il rifiuto del creazionismo giudiziario. – 6. La comprensione e la valutazione equitativa della singolarità di ciascun caso. – 7. Nolite iudicare: giudizi su fatti e non su persone. – 8. Il rispetto per tutte le parti del processo. – 9. I giudici non devono ricercare il consenso della pubblica opinione, ma solo la fiducia delle parti del processo. – 10. Il rifiuto del carrierismo quale regola di stile.

Premessa

Qualunque discorso sulla deontologia dei magistrati deve muovere, a mio parere, da un presupposto elementare: la consapevolezza, che sempre dovrebbe assistere qualunque giudice e qualunque pubblico ministero, che il potere giudiziario è un “potere terribile”, come scrisse Montesquieu¹, o peggio “odioso”, come lo chiamò Condorcet². Tutti i poteri, del resto, sono odiosi. Ma più di tutti lo è il potere giudiziario, soprattutto quello penale, giacché, più direttamente di qualunque altro potere pubblico, esso è un potere dell’uomo sull’uomo, il cui esercizio incide sulla libertà, sulla reputazione e perciò sulla vita delle persone.

Ma il potere giudiziario è un potere terribile anche per un’altra ragione: per il carattere sempre imperfetto della sua fonte di legittimazione. Questa fonte consiste nella cosiddetta “verità processuale”. Diversamente da tutte le altre attività giuridiche precettive – le leggi, i provvedimenti amministrativi, i negozi privati, la cui validità non ha nulla a che vedere con la verità – la giurisdizione è un’attività teoretica, oltre che pratica o prescrittiva. Diciamo che una sentenza o una misura comunque restrittiva della libertà personale sono giuste, oltre che valide, se e solo se riteniamo che siano “vere”, in fatto e in diritto, le loro motivazioni. E in

¹ *De l’esprit des lois* (1748), in *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris 1951, II, XI, 6, 398.

² *Idées sur le despotisme* (1789), in *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, Paris 1847, t. IX, 155.

tanto possiamo parlare di “verità” di tali motivazioni, in quanto il diritto applicato sia stato tassativamente positivizzato dalla legge, a sua volta vincolata alle norme costituzionali e ai diritti fondamentali in esse stabiliti.

Ma di “verità”, come ben sappiamo, può parlarsi, sul piano epistemologico, soltanto in senso relativo, non essendo predicabile, di nessuna tesi empirica, la verità assoluta. La legittimazione delle pronunce giudiziarie è sempre, quindi, imperfetta ed incerta. Assolutamente vere, semplicemente perché tautologiche, sono solo le tesi della logica e della matematica. Le tesi giudiziarie, al pari di tutte le tesi empiriche, incluse perfino quelle scientifiche, sono solo accettate come vere sulla base della loro più o meno plausibile motivazione. Precisamente, la loro verità fattuale, argomentata da prove e non smentita da controprove, è una verità solo probabilistica, mentre la loro verità giuridica, argomentata dall’interpretazione delle norme applicate ai fatti accertati, è una verità soltanto opinabile.

Ebbene, tutte le regole della deontologia giudiziaria sono a mio parere derivabili, direttamente o indirettamente, da questa natura cognitiva della giurisdizione. Il giudizio – sia esso penale, o civile, o amministrativo, o costituzionale – è sempre il frutto di un sapere-potere: tanto più legittimo quanto più prevale il sapere, tanto più illegittimo quanto maggiore è lo spazio, fino all’arbitrio, ha in esso il potere. Al punto che – possiamo ben dire – le regole della deontologia dei magistrati risultano tutte dirette a ridurre il potere e ad ampliare il sapere. Proporrò qui di seguito dieci regole di deontologia giudiziaria a mio parere essenziali.

1. Il rispetto delle garanzie

È quanto può dirsi, ovviamente, della prima delle nostre regole deontologiche: il rigoroso rispetto delle *garanzie* del corretto giudizio a causa del loro valore epistemologico, etico e politico, oltre che giuridico. Tutte queste garanzie sono infatti *garanzie di verità*, oltre che di libertà. Precisamente, nel diritto penale sono *garanzie di verificabilità* e *di falsificabilità in astratto* le garanzie sostanziali, cioè il principio di stretta legalità o tassatività delle figure di reato, il principio della materialità dell’azione, quello dell’offensività dell’evento e quello della responsabilità dell’autore; mentre sono *garanzie di verifica* e *di falsificazione in concreto* le garanzie processuali, cioè la pubblicità del giudizio, l’onere della prova e il diritto di difesa. E tuttavia, benché in grado di limitare e vincolare il potere punitivo, queste garanzie non bastano ad annullarlo. Resta sempre, comunque, un margine di arbitrio, legato all’insopprimibile discrezionalità giudiziaria nella valutazione delle prove e nell’interpretazione della legge.

2. L'etica del dubbio

Di qui la seconda regola deontologica: la consapevolezza epistemologica del carattere solo relativo della verità processuale, e perciò l'etica del dubbio quale elemento essenziale della deontologia giudiziaria. Questa etica del dubbio comporta il rifiuto di ogni arroganza cognitiva, la prudenza del giudizio – da cui il bel nome “giuris-prudenza” – come stile morale e intellettuale della pratica giudiziaria e, in generale, delle discipline giuridiche. Ne consegue un'ulteriore consapevolezza che sempre dovrebbe assistere l'esercizio della giurisdizione: quella di un margine irriducibile di illegittimità del potere giudiziario dovuto alla permanente possibilità dell'errore; una possibilità che il rigoroso rispetto delle garanzie può ridurre, ma non certo eliminare. Tutti i poteri, del resto hanno un margine irriducibile di illegittimità connesso al carattere sempre imperfetto della loro fonte di legittimazione, sia essa la rappresentatività politica delle funzioni di governo o il perseguimento dei pubblici interessi da parte delle funzioni amministrative.

3. L'ascolto delle opposte ragioni

Da questa consapevolezza consegue una terza regola deontologica: la disponibilità dei giudici, ma anche dei pubblici ministeri, all'ascolto di tutte le diverse ed opposte ragioni e l'esposizione delle loro ipotesi alla confutazione e alla falsificazione, sia giuridica che fattuale. È in questa disponibilità sia del giudizio che della pubblica accusa ad esporsi e a sottoporsi alla confutazione da parte di chi viene convenuto in giudizio – secondo il classico principio formulato da Karl Popper della falsificabilità quale banco di prova della consistenza e della plausibilità di qualunque tesi empirica – che risiede il valore etico, oltre che epistemologico, del pubblico contraddittorio nella formazione della prova. Tale disponibilità esprime un atteggiamento di onestà intellettuale e di responsabilità morale, basato sulla consapevolezza della natura non più che probabilistica della verità fattuale. Essa esprime lo spirito stesso del processo accusatorio, in opposizione all'approccio inquisitorio, il cui tratto inconfondibile e fallace è invece la resistenza del pregiudizio colpevolista a qualunque smentita o controprova: cioè la petizione di principio, in forza della quale l'ipotesi accusatoria, che dovrebbe essere suffragata da prove e non smentita da controprove, risulta di fatto infalsificabile perché assunta apoditticamente come vera e funziona perciò da criterio di orientamento delle indagini e da filtro selettivo delle prove: credibili se la confermano, non credibili se la contraddicono.

4. L'imparzialità del giudizio

Questa disponibilità all'ascolto di tutte le opposte ragioni è l'elemento costitutivo di una quarta regola deontologica: l'imparzialità e la terzietà del giudizio ed anche delle indagini istruttorie. Il processo, come scrissero Cesare Beccaria e ancor prima Ludovico Muratori, deve consistere nell'"indifferente ricerca del vero". È su questa indifferenza, che è propria di ogni attività cognitiva e comporta la costante disponibilità a rinunciare alle proprie ipotesi di fronte alle loro smentite, che si fonda il tipo di processo che Beccaria chiamò "informativo", in opposizione a quello che chiamò invece "processo offensivo", nel quale, egli scrisse, "il giudice diviene nemico del reo" e "non cerca la verità del fatto, ma cerca nel prigioniero il delitto, e lo insidia, e crede di perdere se non vi riesce, e di far torto a quell'infalibilità che l'uomo s'arrogava in tutte le cose"³. È chiaro che questa quarta regola deontologica esclude l'idea dell'imputato come nemico ma anche, più in generale, ogni spirito partigiano o settario. Ma essa esclude anche l'idea, frequente nei pubblici ministeri, che il processo sia un'arena nella quale si vince o si perde. Il Pubblico Ministero non è un avvocato. E il processo non è una partita nella quale, per riprendere le parole di Beccaria, l'inquirente perde se non riesce a far prevalere le proprie tesi.

Ne consegue il valore della riservatezza del magistrato riguardo ai processi di cui è titolare. Ciò che i magistrati devono aver cura di evitare, nell'odierna società dello spettacolo, è qualunque forma di protagonismo giudiziario e di esibizionismo che ne compromette, inevitabilmente, l'imparzialità. Si capisce la tentazione, per quanti sono titolari di un così terribile potere, di cedere alle lusinghe degli applausi e all'autocelebrazione come potere buono, depositario del vero e del giusto. Ma questa tentazione vanagloriosa va fermamente respinta. La figura del "giudice star" o "giudice estella", come viene chiamato in Spagna, è la negazione del modello garantista della giurisdizione. Essa non solo contraddice quel costume del dubbio di cui ho prima parlato, ma rischia di piegare il lavoro del giudice alla ricerca demagogica della notorietà e della popolarità. Sappiamo bene, per averlo sperimentato in questi anni, quanto il populismo politico sia una minaccia per la democrazia rappresentativa. Ma ancor più intollerabile è il populismo giudiziario. Quanto meno il populismo politico punta al rafforzamento, sia pure demagogico, del consenso, cioè della fonte di legittimazione che è propria dei poteri politici. Ben più grave è il populismo giudiziario, soprattutto allorquando serve da trampolino per carriere politiche.

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1766), a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino 1981, § XVII, 4546; L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Rizzoli, Milano 1953, cap. XII, 130141.

5. Il rifiuto del creazionismo giudiziario

Dal carattere cognitivo del giudizio consegue poi una quinta regola deontologica: il rifiuto del creazionismo giudiziario. Come ben sappiamo, gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione normativa, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione, contribuisca ad accrescere questi squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi potestativi già amplissimi della discrezionalità e dell'argomentazione giudiziaria, fino alla vanificazione della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge.

È precisamente questa legittimazione che viene oggi prestata all'espansione extra-legale del potere giudiziario da molteplici ed eterogenei approcci dottrinari: dagli orientamenti kelseniani e post-kelseniani di tipo paleo-giuspositivistico a quelli principialisti di tipo neo-giusnaturalistico, dagli indirizzi dell'ermeneutica giuridica a quelli neo-pandettisti, fino alle varie correnti del realismo giuridico, tutte a sostegno dello sviluppo di un diritto giurisprudenziale disancorato dal diritto legislativo. Alla base di tutti questi diversi orientamenti c'è un equivoco epistemologico, consistente in una concezione ristretta e insostenibile della cognizione giudiziaria quale conoscenza oggettiva e della verità giuridica come verità assoluta. A questo equivoco occorre opporre due tesi. La prima è quella già illustrata del carattere solo relativo, probabilistico in fatto e opinabile in diritto, della verità processuale, la cui accettazione richiede sempre una decisione. La seconda è l'identificazione di un'ulteriore dimensione cognitiva del giudizio, in aggiunta a quella probatoria della verità fattuale e a quella interpretativa della verità giuridica, che dà conto dei suoi spazi cosiddetti "creativi": la dimensione equitativa del giudizio, pienamente compatibile, come ora vedremo, con il principio di legalità e con la soggezione dei giudici alla legge.

6. La comprensione e la valutazione equitativa della singolarità di ciascun caso

Vengo così alla sesta regola della deontologia giudiziaria: il compito dei giudici di valutare e di comprendere, volta a volta, i connotati specifici e singolari dei fatti sottoposti al giudizio, in aggiunta alla loro prova fattuale e alla loro qualificazione giuridica. C'è un equivoco epistemologico che pesa da sempre sulla concezione dell'equità, concepita, da Aristotele fino ai giorni nostri, come deroga alla legge, cioè come eccezione, o correzione, o mitigazione della sua durezza

o simili. Al contrario la dimensione equitativa appartiene, inevitabilmente e fisiologicamente, ad ogni giudizio penale, corrispondendo anch'essa a un'attività conoscitiva: alla comprensione dei connotati specifici e irripetibili che, al di là del giudizio di verità o falsità fattuale e giuridica sulle tesi che accertano la responsabilità, rendono diverso ogni fatto da qualunque altro pur se tutti sussumibili entro la medesima fattispecie legale: il furto di mele è diverso dal furto di un miliardo; la rapina in stato di bisogno è diversa da quella del puro sopraffattore.

Questa sesta regola deontologica è dunque quella dell'equità, che è una dimensione conoscitiva del giudizio, di solito ignorata, che non ha nulla a che vedere con le altre due tradizionali dimensioni conoscitive del ragionamento giudiziario, cioè con la corretta interpretazione della legge nell'accertamento della verità giuridica e con l'argomentata valutazione delle prove nell'accertamento della verità fattuale. Essa riguarda la comprensione e la valutazione delle circostanze singolari e irripetibili che fanno di ciascun fatto, di ciascun caso sottoposto al giudizio un fatto e un caso irriducibilmente diversi da qualunque altro, pur se sussumibile – per esempio il furto di una mela rispetto al furto di un diamante – nella medesima fattispecie legale. Giacché ogni fatto è diverso da qualunque altro, e il giudice, ma ancor prima il Pubblico Ministero non giudica e non indaga i fatti di reato in astratto ma i fatti in concreto, con i loro specifici e irripetibili connotati che vanno perciò sottoposti alla loro comprensione equitativa. È poi evidente che la comprensione del contesto, delle concrete circostanze, delle ragioni singolari del fatto comporta sempre un atteggiamento di indulgenza, soprattutto a favore dei soggetti più deboli⁴.

7. Nolite iudicare: giudizi su fatti e non su persone

Questa dimensione equitativa della giurisdizione suggerisce una settima regola deontologica, connessa anch'essa alla legittimazione della giurisdizione, soprattutto penale, quale attività cognitiva. Proprio perché fonda il giudizio sull'accertamento come veri o come falsi dei fatti empirici previsti dalla legge come reati, il modello garantista penalizza azioni e non autori, fatti e non sog-

⁴ Rinvio, per una riformulazione teorica del rapporto tra legalità ed equità, al mio *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), 11^a ed., Laterza, Bari-Roma 2018, § 11, 135-147; in particolare, per una critica della nozione aristotelica di equità, ripresa dalla filosofia giuridica fino ai giorni nostri, si vedano, ivi, le 137-138 e le note 94-104 alle 181-183. Sulla questione, oltre che sulla critica del creazionismo giudiziario, si vedano anche i miei *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari 2013, cap. III, 95-137, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2017 e *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2021, § 3.7, 155-160.

getti, comportamenti e non identità. Il giudice non deve perciò inquisire l'anima dell'imputato, ma solo pronunciarsi sulla verità dei fatti a lui contestati. In forza del principio di legalità, si può insomma giudicare e punire *per quel che si è fatto* e non *per quel che si è*. Anche perché solo i fatti, e non anche la moralità o il carattere o altri aspetti della personalità del reo sono passibili di prova e di confutazione empirica e, conseguentemente, di giudizio.

Sotto questo aspetto il modello garantista condivide con l'etica cristiana la massima *nolite iudicare*, almeno se per "giudicare" s'intende il giudizio sull'identità immorale o malvagia del soggetto e non l'accertamento probatorio e la qualificazione giuridica del fatto da lui commesso e previsto dalla legge come reato. Con in più una specifica connotazione etica di tipo laico e liberale, che all'insindacabilità giuridica e morale delle coscienze proviene proprio dal principio di stretta legalità: l'uguale dignità di persone riconosciuta ai rei come ai non rei, e perciò il rispetto dovuto alla loro identità per quanto malvagia, nonché il diritto di ciascuno di essere come è.

8. Il rispetto per tutte le parti del processo

È questo rispetto per tutte le parti del processo – a cominciare dall'imputato, chiunque egli sia, soggetto debole o forte, perfino se è un mafioso o un terrorista o un politico corrotto – l'ottava regola del decalogo qui proposto della deontologia giudiziaria. Il diritto penale, nel suo modello garantista, equivale alla legge del più debole, che se nel momento del reato è la parte offesa, nel momento del processo è sempre l'imputato, i cui diritti e le cui garanzie sono altrettante leggi del più debole.

Questa regola del rispetto delle parti in causa, e in particolare dell'imputato, è un corollario del *principio di uguaglianza*, dato che equivale al postulato della "pari dignità sociale" di tutte le persone, inclusi quindi i rei, enunciato dalla nostra Costituzione. Ma essa è anche un corollario *del principio di legalità*, in forza del quale, ripeto, si è puniti per quel che si è fatto, e non per quel che si è, e si giudica il fatto e non la persona, il reato e non il suo autore la cui identità e interiorità sono sottratte al giudizio penale. Aggiungo che nel processo penale questo rispetto per l'imputato vale a fondare quell'asimmetria che sempre deve sussistere tra la civiltà del diritto e l'inciviltà del delitto e che è la principale forza della prima quale fattore di delegittimazione morale e di isolamento sociale della seconda.

È questa una regola deontologica proveniente dall'assunzione del punto di vista del cittadino. Nella loro lunga carriera ciascun giudice incontra migliaia di persone: come imputati, come parti offese, come testimoni, come attori come convenuti. Ho più volte consigliato ai giudici un esercizio mentale: quello di mettersi sempre dal punto di vista dei loro imputati, degli attori e dei convenuti

coinvolti nel giudizio. È da questi punti di vista che i giudici saranno sempre, a loro volta, severamente giudicati. Essi non ricordano quasi nessuno di costoro. Ma ciascuno di essi si ricorderà dei suoi giudici e ricorderà il suo processo come un'esperienza indimenticabile: ricorderà la loro imparzialità o la loro partigianeria, il loro equilibrio o la loro arroganza, la loro sensibilità o la loro ottusità burocratica, la loro umanità o la loro disumanità, la loro capacità di ascolto o la loro supponenza. Ricorderà, soprattutto, se quei giudici gli hanno fatto paura.

9. I giudici non devono ricercare il consenso della pubblica opinione, ma solo la fiducia delle parti del processo

Ne consegue, quale ulteriore regola deontologica, uno specifico rapporto dei giudici con l'opinione pubblica e con le parti in causa. Il magistrato non deve cercare il consenso della pubblica opinione: un giudice deve anzi essere capace, sulla base della corretta cognizione degli atti del processo, di assolvere quando tutti chiedono la condanna e di condannare quando tutti chiedono l'assoluzione. Proprio perché la fonte di legittimazione della giurisdizione consiste nell'accertamento dei fatti sottoposti al giudizio, il potere giudiziario è un potere contro-maggioritario, non meno dei diritti da essi garantiti i quali, come ha scritto Ronald Dworkin, sono diritti della persona quale singolo individuo e sono sempre, perciò, virtualmente contro la maggioranza⁵. “Quando sento la mano del potere che mi preme sul collo”, scrisse Tocqueville, “poco m'importa di sapere chi è che mi opprime; e non sono maggiormente disposto a chinare la testa sotto il giogo per il solo fatto che questo mi viene presentato da milioni di braccia”⁶. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, possiamo dire a proposito della giurisdizione, grazie all'opposto principio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem* che vale invece per la legislazione. Non si può punire un cittadino solo perché la sua punizione risponde alla volontà o all'interesse della maggioranza. Nessuna maggioranza, per quanto schiacciante, può rendere legittima la condanna di un innocente. E nessun consenso politico – del governo, o della stampa, o dei partiti o della pubblica opinione – può surrogare la prova mancante o screditare la prova acquisita di un'ipotesi accusatoria. In un sistema penale garantista il consenso maggioritario o l'investitura rappresentativa del giudice non aggiungono nulla alla legittimità della giurisdizione, dato che non possono rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. È questo nesso tra verità e validità degli atti giurisdizionali.

⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), tr. it. a cura di G. REBUFFA, Il Mulino, Bologna 1992, 274-278 e 318-323.

⁶ A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835), in Id., *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, Utet, Torino 1969, lib. II, parte I, cap. III, 500.

zionali il principale fondamento teorico della separazione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario nello stato di diritto. Un'attività cognitiva non può, per principio, sottostare a imperativi che non siano quelli inerenti alla ricerca del vero. E qualunque condizionamento di potere non solo non contribuisce al raggiungimento della verità ma è al contrario a tal fine fuorviante.

Le sole persone di cui i magistrati devono riuscire ad avere non già il consenso, ma la fiducia, sono le parti in causa e principalmente gli imputati: fiducia nella loro imparzialità, nella loro onestà intellettuale, nel loro rigore morale, nella loro competenza tecnica e nella loro capacità di giudizio. Ciò che infatti delegittima la giurisdizione è non tanto il dissenso e la critica, che non solo sono legittimi ma operano come fattori di responsabilizzazione, bensì la sfiducia nei giudici e ancor peggio la paura, generate dalle violazioni delle garanzie stabilite dalla legge proprio da parte di chi la legge è chiamato ad applicare e che dalla soggezione soltanto alla legge ricava la sua legittimità. Per questo la fiducia delle parti in causa nei loro giudici è il principale parametro e il miglior banco di prova del tasso di legittimità della giurisdizione. Se è vero che l'indipendenza dei giudici è una condizione del loro ruolo garantista, è anche vero il contrario: solo se i giudici praticheranno effettivamente questo loro ruolo garantista, i cittadini difenderanno l'indipendenza della giurisdizione come una loro garanzia.

10. Il rifiuto del carrierismo quale regola di stile

È chiaro che questa indipendenza, necessaria perché la giurisdizione possa svolgere il suo ruolo di garanzia dei diritti, va a sua volta garantita non soltanto da poteri esterni, ma anche da poteri interni all'ordine giudiziario, quali sono quelli che attualmente governano le carriere dei magistrati. Di qui la decima regola della deontologia giudiziaria: il rifiuto del carrierismo e di tutte le norme e le prassi che in questi ultimi anni lo hanno alimentato, a cominciare dalle valutazioni di professionalità al momento degli avanzamenti nello *status* dei magistrati; le quali, oltre ad essere di solito poco credibili e talora arbitrarie, finiscono per condizionare la funzione giudiziaria, per deformare la mentalità dei giudici e per minarne l'indipendenza interna.

Dobbiamo essere consapevoli del fatto che qualunque forma di carriera dei magistrati è in contrasto con il principio della loro uguaglianza stabilito dall'art. 107, comma 3 della nostra Costituzione secondo cui "i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni". Si tratta di un principio basilare, la cui lesione ad opera delle carriere e del carrierismo mina da una lato l'indipendenza interna dei magistrati, che l'articolo 101, comma 2 della Costituzione vuole che siano "soggetti *soltanto* alla legge", e, dall'altro, la credibilità dell'intera istituzione giudiziaria.

In primo luogo queste valutazioni di professionalità oltre a sollecitare il carrierismo dei giudici, rischiano sempre di produrre l'omologazione degli orientamenti giurisprudenziali e perciò, di fatto, il conformismo e la sudditanza dei magistrati ai capi degli uffici, abilitati alle valutazioni del loro lavoro. Esse contraddicono una regola basilare della deontologia dei magistrati: il principio che essi devono svolgere le loro funzioni *sine spe et sine metu*: senza speranza di vantaggi o promozioni e senza timore di svantaggi o pregiudizi per il merito dell'esercizio delle loro funzioni.

In secondo luogo il carrierismo è la vera origine delle degenerazioni delle correnti interne all'Associazione Nazionale Magistrati e del discredito della magistratura e del suo organo di autogoverno, quali sono emersi con il recente scandalo delle spartizioni degli uffici direttivi sollevato dal caso Palamara. Queste degenerazioni sono state attribuite, nel dibattito pubblico, anziché al carrierismo e ai suoi presupposti, all'associazionismo giudiziario e al pluralismo delle correnti. L'associazionismo dei giudici è stato al contrario un fattore decisivo della democratizzazione della magistratura⁷. E le correnti sono rese rese indispensabili dal carattere elettivo del Consiglio Superiore della Magistratura. È inoltre chiaro che in decisioni tipicamente discrezionali quali sono le nomine dei capi degli uffici ad opera di un organo collegiale e rappresentativo come è il CSM, è inevitabile un qualche tipo di compromesso tra i diversi gruppi in esso rappresentati. Ciò che è intollerabile e scandaloso è la pratica delle raccomandazioni, delle auto-raccomandazioni e degli scambi originati appunto dal carrierismo, a sua volta determinato dall'indebita violazione del principio di uguaglianza dei magistrati.

Contro questa pratica mi pare che si possano suggerire quattro rimedi, l'uno consistente in una regola deontologica, gli altri in riforme istituzionali idonee a favorire l'effettività di tale regola. La regola deontologica, per così dire di stile, dovrebbe consistere, ripeto, nel rifiuto della carriera: nell'aspirazione, più che ai ruoli dirigenti, al miglior esercizio dei ruoli giurisdizionali, a garanzia dei diritti fondamentali delle persone. Le riforme dovrebbero consistere nella soppressione dei presupposti delle carriere: in primo luogo la limitazione dei giudizi di professionalità alla sola segnalazione dell'idoneità, o meglio dell'inidoneità dei magistrati al lavoro giudiziario, senza l'indicazione di improprie gerarchie; in secondo luogo la massima riduzione dei poteri dei ruoli dirigenti degli uffici – a cominciare dai poteri di assegnazione dei processi, sostituiti da meccanismi quanto più possibile automatici – onde ridurre le ragioni delle ambizioni a ricoprirli; in terzo luogo la riabilitazione, quale criterio privilegiato di assegnazione di tali ruoli, del vecchio principio oggettivo dell'anzianità.

⁷ Rinvio, in proposito, al mio *Associazionismo dei magistrati e democratizzazione dell'ordine giudiziario*, in "Questione giustizia", 2015, n. 4, 178-184.

Il patrimonio e l'impatto della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul giudizio disciplinare dei magistrati

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Molto opportunamente, credo, gli organizzatori di questo corso hanno voluto inserire, in questa ampia riflessione sulla responsabilità disciplinare dei magistrati ed i suoi risvolti processuali, una sezione dedicata alla deontologia del magistrato, con l'autorevole intervento del Professor Ferrajoli, che si è diffuso sul tema *“Etica e funzioni giurisdizionali”*.

In effetti il corso ha abbracciato una vasta serie di questioni, che vanno al di là, e direi felicemente, del suo titolo generale, che sembra restringere il dibattito al processo disciplinare dei magistrati.

Il tema della dimensione etica e quindi della deontologia giudiziaria è di straordinaria importanza precisamente in rapporto a quello che è, almeno a giudizio di chi vi parla, il nucleo fondamentale della giurisprudenza e della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema che ci interessa, e che spiega perché la disciplina dei magistrati tocca interessi che vanno ben al di là della ristretta cerchia degli appartenenti a questa categoria professionale.

Mi riferisco al concetto, ben presente sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale sia in quella della Corte di Strasburgo della assoluta necessità, per la preservazione dello Stato di diritto e della democrazia, della fiducia dei consociati nell'indipendenza e nell'imparzialità del sistema giudiziario.

Tutto il sistema disciplinare dei magistrati è teso certamente a proteggere l'integrità dell'ordine giudiziario, inteso come corpo, ma questo si può considerare un obiettivo minore e tutto sommato accessorio rispetto a quello più alto che ho appena enunciato.

Sul punto è tornata di recente la Corte costituzionale con la sua sentenza n. 197 del 2018, che ha escluso l'illegittimità costituzionale della automatica irrogazione della sanzione massima della rimozione per il magistrato che sia stato condannato in sede disciplinare per aver ottenuto, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti coinvolti a vario titolo in procedimenti pendenti presso il suo ufficio e quelli del distretto (art. 3, comma 1, lett. E) del d.lgs. n. 109 del 2006). In questa pronuncia la Corte ha concluso nel senso della ragionevolezza della disposizione (art. 12, comma 5, dello stesso D.lgs.) e quindi della sua conformità a Costituzione, proprio facendo leva, da una parte, sulla idoneità della disposizione oggetto dell'esame di costituzionalità a raggiungere lo scopo di preservare la fiducia dei consociati nell'indipendenza e l'imparzialità del sistema giudiziario e, dall'altra, nella mancata dimostrazione che misure meno afflittive della rimozione siano altrettanto efficaci nel perseguire il medesimo obiettivo.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il ruolo fondamentale dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che prevede le garanzie del giusto processo, tra le quali l'indipendenza e l'imparzialità delle corti, nell'ambito del fondamentale principio della preminenza del diritto (*Rule of Law*) è sottolineato con grande forza. E a sua volta la preminenza del diritto è condizione indispensabile della democrazia per come questa è intesa nella Convenzione. In alcune sue celebri pronunce, come *Delcourt c. Belgio* del 17.1.1970 (§ 25), *De Cubber c. Belgio* del 26.10.1984 (§ 30), *Moreira de Azevedo c. Portogallo* del 23.10.1990 (§ 66), la Corte ha detto con chiarezza che, in una società che possa dirsi democratica ai sensi della Convenzione, il diritto a un'equa amministrazione della giustizia occupa un posto di tale rilievo che un'interpretazione restrittiva dell'articolo 6 non corrisponderebbe allo spirito e alla *ratio* di questa disposizione. Nell'altrettanto celebre caso *Sunday Times c. Regno Unito*, sentenza del 26.4.1979, la Corte ha detto che il diritto a un'equa amministrazione della giustizia "consacra la preminenza del diritto in una società democratica".

Tutto si tiene. Se le corti non sono credibili e indipendenti, e soprattutto non sono percepite come tali, è l'intero edificio democratico, su cui la Convenzione si basa, e che essa tende in qualche modo a preservare, che comincia a vacillare.

Nel suo preambolo, la Convenzione, nel riaffermare l'attaccamento degli Stati firmatari alle libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo, dice con chiarezza che il loro mantenimento "... si fonda essenzialmente, da una parte, su un *regime politico effettivamente democratico* [corsivo aggiunto] e dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo...". La Convenzione è stata concepita come uno strumento di concordia tra gli Stati europei intorno a un patrimonio comune d'ideali e di tradizioni politiche, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto, uno stru-

mento fondato sul concetto di società effettivamente democratica, caratterizzata dalla preminenza del diritto e sul rispetto dei diritti umani.

I rischi per l'indipendenza e l'imparzialità delle corti non si traducono quindi in una semplice violazione della Convenzione, ma rivelano un problema di sistema che alla lunga rende incompatibile l'ordinamento del Paese interessato con le premesse indispensabili per la partecipazione al meccanismo europeo di tutela dei diritti umani.

Questi sono quindi gli alti ideali che il sistema disciplinare dei magistrati è chiamato a servire, e in relazione ai quali, come accennavo, la dimensione etica e deontologica delle funzioni giudiziarie è forse anche più importante.

Affrontiamo questo tema in un momento difficile per la magistratura, sulla quale si è abbattuta una tempesta mediatica in seguito allo scandalo delle nomine al CSM. Il discredito che indubbiamente è piovuto sui giudici non è però un problema della sola magistratura. Una giustizia autorevole, autonoma e indipendente è condizione dell'esistenza di una moderna democrazia liberale, che è la forma di governo stabilita dalla nostra Costituzione e nella quale, fino a prova contraria, vogliamo vivere. Sessant'anni di giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le cui sentenze si indirizzano a 47 Stati europei, dimostrano che il progetto europeo è costruito a partire dal valore della democrazia liberale, condizione essenziale della quale è una giustizia autonoma, indipendente e credibile. Conferma eloquente di ciò vi è nell'appropriazione di questa giurisprudenza da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, come si è visto con la serie di sentenze, relative alle recenti riforme del sistema giudiziario polacco, con le quali i giudici di Lussemburgo hanno ribadito l'imprescindibilità, per la costruzione europea, di una giustizia della qualità che ho indicato.

In questo quadro, un credibile sistema disciplinare è indispensabile, ma ancora di più lo è la spontanea adesione dei magistrati a un rigoroso codice etico oltre al fatto che, e questa è una condizione imprescindibile, che questa spontanea adesione venga *riconosciuta* dai consociati. Per questo ritengo importante questo corso, al di là dei suoi indubbi meriti nella diffusione delle conoscenze tecniche sul sistema disciplinare dei magistrati e sui suoi aspetti processuali. È fondamentale che, con la relazione del Prof. Ferrajoli, si sia dato spazio alla dimensione etica e deontologica della questione. La credibilità del sistema giudiziario e la fiducia che i cittadini debbono necessariamente nutrire in esso se si vuole preservare lo stato democratico sono certamente un interesse dei magistrati, ma vanno molto al di là di questo. Tutti noi magistrati siamo quindi chiamati ad un estremo rigore nei nostri comportamenti, consapevoli del loro peso sulla tenuta del sistema democratico.

Il tempo a mia disposizione non mi consente certamente una disamina della giurisprudenza delle due Corti che possa avere una qualche pretesa di

completezza. Mi limiterò perciò ad alcune brevi osservazioni che spero siano di vostro interesse.

2. La giurisprudenza della Corte costituzionale

Cominciando dalla giurisprudenza costituzionale, una prima pronuncia importante della Consulta, non espressamente dedicata alla responsabilità disciplinare, ma alla responsabilità dei magistrati in generale, la n. 2 del 1968, a proposito dell'applicabilità ai magistrati dell'art. 28 della Costituzione, secondo il quale "i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici." La Corte costituzionale ha chiarito che la norma si applica anche ai magistrati, in quanto "autonomia e indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dell'organizzazione statale. Il magistrato è e deve essere indipendente dai poteri e interessi estranei alla giurisdizione; ma questa è funzione statale e i giudici, esercitandola, svolgono attività abituale al servizio dello Stato."

Al momento dell'entrata in vigore della Costituzione il regime della disciplina dei magistrati era contenuto essenzialmente nella legge sulle guarentigie della magistratura del 1946 (r.d.lgs. 31 Maggio 1946, n. 511), tramite la quale venne richiamata la vecchia legge Orlando del periodo liberale.

Già nel 1971, con la sentenza n. 12, la Corte costituzionale interveniva, confermando la legittimità costituzionale dell'istituzione con legge della Sezione disciplinare del CSM e la sua natura pienamente giurisdizionale, pur non trovando conforme a costituzione la composizione della Sezione che era stata fissata a quel tempo.

Un'altra importante sentenza della Corte costituzionale è intervenuta dieci anni dopo, nel 1981, con la pronuncia n. 100 di quell'anno, relativa alla grande questione della tipizzazione degli illeciti disciplinari. La legislazione del tempo aveva escluso la tipizzazione, optando per una definizione dell'illecito che faceva riferimento alla "violazione del prestigio dell'ordine giudiziario" (art. 18 r.d.lgs. n. 511/1946, legge sulle guarentigie della magistratura). Oggi come sappiamo questo approccio è stato abbandonato, il D.lgs. N. 109 del 2006, la cosiddetta "riforma Mastella" ha optato per una abbastanza rigida tipizzazione degli illeciti, evitando anche l'introduzione di una norma di chiusura.

Il vecchio approccio venne considerato conforme a Costituzione. In questa occasione, nel dichiarare l'infondatezza della questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 18 della legge n. 511/1946, la Consulta ha dichiarato espressa-

mente che “il potere disciplinare è volto a garantire – ed è rimedio insostituibile – il rispetto dell’esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, che è uno degli aspetti fondamentali dello Stato di diritto”.

Risultava assente nella conformazione del procedimento disciplinare, pur dopo l’entrata in vigore della Costituzione, la previsione di termini di prescrizione dell’illecito e di termini di decadenza per l’esercizio dell’azione e per lo svolgimento del procedimento; a questo problema, oggi risolto dalla legislazione vigente, si ovviò parzialmente tramite la legge n. 1/1981 e grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 579 del 1990, ha osservato che “Il procedimento di rinvio – originato dall’azione disciplinare per sua natura imprescrittibile, a differenza dell’azione penale prescrittibile – che non sia sollecitato da un termine di decadenza e che può in ipotesi non avere mai inizio, vanificandosi così l’effetto estintivo, riconosciuto invece dalla norma impugnata all’inutile decorso dei termini stabiliti per il procedimento di prima e unica istanza, non soltanto viola l’art. 24 della Costituzione nel contenuto innanzi delineato, ma menoma la posizione di affidabilità sociale del magistrato che continui ad esercitare la giurisdizione nello *status sine die* di incolpato, con evidente lesione altresì dei valori di cui agli artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, della Costituzione”.

Un altro punto dolente era la disciplina della riservatezza del procedimento, cui la regolamentazione previgente largamente si ispirava, con risvolti su vari aspetti, come la pubblicità dell’udienza davanti alla Sezione disciplinare e la possibilità per il magistrato incolpato di farsi assistere, invece che da un collega, da un avvocato del libero foro.

Proprio facendo leva sulla funzione “alta” del sistema disciplinare dei magistrati, funzione che va oltre la tutela dell’ordine giudiziario, la Corte costituzionale ha sottolineato che la procedura disciplinare è configurata “secondo paradigmi di carattere giurisdizionale”, perché i valori in gioco “non riguardano soltanto l’ordine giudiziario riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini”. Queste affermazioni si ritrovano nella sentenza n. 479 del 2000, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma che impediva al magistrato incolpato di farsi assistere da un avvocato del libero foro, dopo che era stata introdotta la regola della pubblicità delle udienze della Sezione disciplinare, anticipata in via di prassi nella giurisprudenza ispirata ai principi risultanti dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo, e formalizzata poi nell’art. 1 della legge 12 aprile 1990, n. 74.

Sempre nello stesso senso vanno le affermazioni ripetute della Corte costituzionale nell’approvare pienamente la scelta legislativa di giurisdizionalizzare

il procedimento disciplinare dei magistrati. Nella stessa sentenza 479 si può leggere che “Le ragioni che hanno indotto il legislatore a configurare il procedimento disciplinare per i magistrati secondo paradigmi di carattere giurisdizionale sono state più volte esaminate da questa Corte: da un lato l’opportunità che l’interesse pubblico al regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e lo stesso prestigio dell’ordine giudiziario siano tutelati nelle forme più confacenti alla posizione costituzionale della magistratura e al suo statuto di indipendenza; dall’altro l’esigenza che alla persona del magistrato raggiunto da incolpazione disciplinare sia riconosciuto quell’insieme di garanzie che solo la giurisdizione può assicurare (cfr. sentenze nr. 71 del 1995, 289 del 1992 e 145 del 1976).

Sulla pienezza della garanzia giurisdizionale la Consulta è tornata nel 2003, quando con la sentenza n. 262 di quell’anno ha affermato la necessità della nomina di un numero sufficiente di supplenti dei componenti della Sezione disciplinare.

Nella vigenza dell’attuale normativa, quindi essenzialmente il d.lgs. n. 109 del 2006, ho già ricordato la sentenza n. 197 del 2018 sulla rimozione automatica. Ne menzionerei altre due, la n. 170 del 2015 che ha ritenuto non conforme a Costituzione l’automatismo del trasferimento d’ufficio in seguito alla condanna per determinate violazioni e la n.170 del 2018. Con quest’ultima sentenza, relativa al cosiddetto “caso Emiliano”, La Corte ha confermato l’orientamento espresso con la sentenza n. 224 del 2009 per cui il collocamento in aspettativa, financo per un incarico politico elettivo, non rende inesigibili i divieti di iscrizione e partecipazione sistematica e continuativa alla vita di partito. Sicché la sospensione dalla funzione non libera il magistrato dal dovere di rispettare gli obblighi inerenti al suo *status*, perché la loro inosservanza sarebbe idonea a recare pregiudizio ai valori dell’indipendenza e dell’imparzialità, indipendentemente dall’effettivo esercizio delle funzioni giurisdizionali.

3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo

Passando alla Corte europea dei diritti dell’uomo, dal punto di vista processuale due pronunce in particolare presentano un certo interesse, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, sentenza del 2013, e *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, sentenza della Grande Camera del 2018.

Nel caso ucraino si trattava della rimozione in sede disciplinare del ricorrente dal suo posto di giudice della Corte suprema. Nel sistema ucraino la decisione del Consiglio superiore della magistratura doveva essere prima confermata dal Parlamento, ed era poi possibile un ricorso alla Corte amministrativa

superiore, cosa che si era verificata nel caso portato all'attenzione della Corte europea.

Al livello dell'esame del caso da parte del Consiglio superiore della magistratura, la Corte trovava varie criticità rispetto alle esigenze dell'art. 6 della Convenzione, relativo al giusto processo, qui applicabile sotto l'aspetto civile, specialmente sotto il profilo dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice.

In primo luogo la Corte notava che solo una minoranza di magistrati professionali sedeva al Consiglio superiore della magistratura, in particolare nell'organo disciplinare, notando la necessità, invece, che nelle procedure disciplinari dirette contro dei magistrati un numero importante dei membri dell'organo disciplinare siano essi stessi magistrati, come è riconosciuto dalla Carta europea sullo status dei giudici. Inoltre problematico era che solo una minoranza dei membri del CSM lavorasse a tempo pieno, mentre gli altri avevano altri incarichi, la perdita dei quali comportava automaticamente la cessazione delle loro funzioni, con *vulnus* della loro indipendenza. Inoltre veniva considerata preoccupante la partecipazione alla decisione del Procuratore generale, membro di diritto, e la confusione dei ruoli, giacché i membri che avevano partecipato alle indagini e avevano formulato l'inculpazione avevano poi partecipato anche alla decisione.

Il passaggio parlamentare aveva contribuito alla politicizzazione della procedura e all'aggravamento della sua incompatibilità con il principio della separazione dei poteri.

Al livello della Corte superiore amministrativa, che in teoria avrebbe potuto sanare le criticità in questione, secondo la giurisprudenza, esercitando un "controllo sufficiente" sulle decisioni precedenti, la Corte europea constatava che in realtà questa giurisdizione non lo aveva fatto e, considerazione interessante, vi era un difetto di indipendenza e imparzialità dei componenti della Corte amministrativa, perché anche questi ultimi magistrati erano soggetti al potere disciplinare del CSM.

Per la verità, la Corte di Strasburgo ha relativizzato quest'ultima statuizione, osservando che tenuto conto dei vasti poteri del CSM sulla carriera dei magistrati (nomina, sanzioni, revoca), e al fatto che tale organo non presentava tutte le garanzie di indipendenza e imparzialità, la Corte non si è detta convinta che i giudici della Corte amministrativa superiore potessero dirsi "indipendenti e imparziali".

Questa relativizzazione e contestualizzazione nella realtà ucraina ha permesso alla Corte di giungere ad una soluzione apparentemente diversa nell'altro caso che ho menzionato, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá*.

In quest'ultimo caso si trattava di una sanzione disciplinare conservativa, dunque meno grave, che era stata inflitta dal Consiglio superiore della magistra-

tura. In Portogallo le decisioni in materia disciplinare del CSM sono considerate di natura amministrativa, ed è possibile un ricorso alla Corte suprema.

Nel caso portoghese la Corte è giunta all'affermazione della violazione dell'art. 6 della Convenzione, ma solo perché la Corte suprema non aveva tenuto una pubblica udienza. Viceversa si doveva ritenere che l'alta giurisdizione avesse esercitato un "controllo sufficiente" sulle decisioni del CSM e che, riguardo a quest'ultimo, peraltro organo amministrativo, come si è detto, non sussistevano le criticità che si erano riscontrate nel caso ucraino.

Quanto alla posizione dei magistrati della Corte suprema, non si poteva dubitare della loro indipendenza e della loro imparzialità, pur essendo anch'essi soggetti al potere disciplinare del CSM. Sul punto la Corte ha osservato che il fatto che i giudici siano soggetti alla legge in generale e alle regole di disciplina e di deontologia professionale non potrebbe mettere in dubbio la loro imparzialità. La sentenza aggiunge che i giudici della Corte suprema sono magistrati molto qualificati spesso a fine carriera, non sono più soggetti a valutazione e normalmente non sono alla ricerca di promozioni, per cui la competenza disciplinare del CSM nei loro confronti appare piuttosto teorica che pratica.

Sempre sul piano processuale, era stata sottoposta all'esame della Corte, poi, in un caso italiano, una diversa questione che metteva in gioco la non esclusività delle funzioni giurisdizionali dei componenti della Sezione disciplinare del CSM, giacché la ricorrente aveva dedotto un difetto d'imparzialità in capo ad alcuni consiglieri il cui esposto aveva provocato l'inizio dell'indagine e poi del procedimento disciplinare, procedimento nel quale essi si erano trovati poi a sedere come giudici, ma su questa questione la Corte non si è pronunciata, giacché non erano stati esauriti i ricorsi interni, perché la ricorrente non aveva ricusato i consiglieri interessati.

Su di un piano sostanziale, va detto che le questioni concernenti il funzionamento della giustizia, "istituzione essenziale per ogni società democratica", formano quindi oggetto di una particolare attenzione da parte della Corte europea. Bisogna tener conto, dice la Corte, della missione particolare del potere giudiziario nella società.

Il tema è stato approfondito in particolare a proposito della libertà di espressione, pilastro della Convenzione, ma che richiede un trattamento particolare in materia di giustizia. La giurisprudenza può quindi ritenere necessario proteggere la giustizia contro attacchi infondati, ma dando per presupposto il dovere deontologico dei magistrati di mantenere il riserbo e quindi di non reagire (*Prager e Oberschlick c. Austria* del 1995).

L'espressione "autorità del potere giudiziario" riflette principalmente l'idea che i tribunali sono gli organi preposti a risolvere le controversie giuridiche e a pronunciarsi sulla colpevolezza o l'innocenza delle persone accusate in materia

penale, che i consociati li considerino come tali e che la loro attitudine ad assolvere questa funzione suscitino in essi “rispetto e fiducia” (*Worm c. Austria* del 1997). Ne va della considerazione di cui i tribunali di una società democratica devono godere non solo presso gli utenti della giustizia, ma anche presso l'opinione pubblica (*Koudecbkina c. Russia* del 2009; *Fey c. Austria* del 1993). In particolare, dice la Corte, ci si deve attendere dai magistrati che essi facciano uso con ritegno della loro libertà di espressione tutte le volte che l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario siano a rischio (*Wille c. Liechtenstein* del 1999).

Il tema della fiducia di cui i tribunali devono godere affinché lo Stato di diritto funzioni regolarmente, e dunque gli scopi della Convenzione siano adeguatamente realizzati, abbraccia anche quello della professionalità del magistrato, sempre tenendo a mente che questa esigenza riguarda non solo coloro che sono direttamente esposti ad una decisione giudiziaria, cioè gli utenti della giustizia, ma anche la società in generale. Questo è un tema, evidentemente, maggiormente rilevante nel quadro del “giusto processo” tutelato dall'articolo 6 della Convenzione, ma che trascende questa disposizione, elevandosi al rango dei principi fondamentali che innervano il sistema di tutela messo in piedi dalla Convenzione europea.

A proposito della professionalità e della sua garanzia la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di esprimersi anche partendo dal tema della libertà di espressione, escludendo che certe misure, volte al legittimo controllo della professionalità del magistrato e della sua attitudine ad esercitare le funzioni giudiziarie, potessero qualificarsi come ingerenza nella libertà di espressione.

Quindi, se non si può dire che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si sia occupata *ex professo* della deontologia e della professionalità del magistrato, importanti indicazioni sono ricavabili specialmente dalle decisioni della Corte in tema di libertà di espressione. Rileva anche la giurisprudenza sull'equo processo, relativa all'articolo 6 della Convenzione europea.

A proposito della professionalità, la Corte di Strasburgo ha detto che le misure volte alla preservazione e al controllo della professionalità dei magistrati non costituiscono ingerenze nella libertà di espressione, protetta dall'articolo 10 della Convenzione. Ad esempio, nella decisione *Harabin c. Slovacchia* del 2004, la Corte ha considerato che la determinazione del Governo convenuto di destituire il ricorrente dalle sue funzioni di Presidente della Corte suprema, sulla base di un rapporto del Ministero della giustizia, riguardava essenzialmente l'attitudine dell'interessato ad esercitare le sue funzioni. Si trattava cioè dell'apprezzamento delle sue competenze professionali e delle sue qualità personali nel quadro delle sue attività e comportamenti concernenti l'amministrazione della Corte suprema. Il rapporto del Ministero della giustizia menzionava in particolare, tra altri addebiti, il fatto che il ricorrente non avesse iniziato una procedura di destituzione

contro un giudice della Corte suprema che aveva attaccato un funzionario del Ministero della giustizia e, inoltre, l'accusa di non applicare criteri professionali nell'esercizio delle sue funzioni nel quadro della selezione di candidati al posto di componente della Corte suprema. Anche se dal procedimento emergeva che il ricorrente aveva commentato un progetto di emendamento costituzionale esprimendo delle preoccupazioni quanto al rispetto del principio della separazione dei poteri e all'indipendenza della giustizia, i documenti in possesso della Corte non permettevano di stabilire che la proposta di destituirlo dalle sue funzioni fosse stata "esclusivamente o principalmente motivata da questi commenti". Allo stesso modo, era il comportamento del ricorrente nel quadro dell'amministrazione della giustizia che costituiva l'aspetto essenziale del caso. La procedura disciplinare che era stata iniziata contro il ricorrente, dopo il suo rifiuto di consentire a dei funzionari del Ministero delle finanze una verifica (*audit*) che a suo giudizio sarebbe spettata alla Corte di conti, riguardava la maniera nella quale il giudice Harabin esercitava la sua funzione di Presidente della Corte suprema e quindi apparteneva alla sfera del suo impiego nella funzione pubblica. Inoltre, l'infrazione disciplinare della quale egli era stato ritenuto responsabile non si riferiva a dichiarazioni o opinioni espresse nel contesto di un pubblico dibattito, per cui la Corte ha concluso che la misura litigiosa non costituiva un'ingerenza nell'esercizio del diritto garantito dall'articolo 10 della Convenzione, e ha quindi dichiarato il ricorso manifestamente infondato.

La Corte è tornata sulla questione di recente in un caso molto conosciuto, quello della signora Kovesi, che in Romania era stata destituita dalla sua carica di Procuratore anticorruzione. La Corte si è pronunciata nel caso *Kovesi c. Romania* nel maggio di quest'anno 2020, con una sentenza che è oramai definitiva. In questo caso, nel quale pure veniva in rilievo la violazione della libertà di espressione, il Governo convenuto si è difeso sostenendo che la destituzione della Signora Kovesi si doveva a motivi professionali. La Corte, pur ribadendo il principio espresso nella decisione *Harabin*, ha ritenuto che in questo caso fosse mancata la prova dell'asserzione del Governo, per cui la misura sofferta dalla ricorrente doveva considerarsi la conseguenza dell'esercizio della sua libertà di espressione.

In tema di libertà di espressione, esprimendosi in generale sulla funzione pubblica, la Corte ha ammesso che è legittimo per lo Stato di imporre ai funzionari, in ragione del loro *status*, un dovere di riserbo, ma ha anche detto che la protezione dell'articolo 10 della Convenzione spetta anche a loro (*Vogt c. Germania* del 1995, *Guja c. Moldova* del 2008). In questi casi, dunque, la Corte deve, tenendo conto delle circostanze specifiche di ogni fattispecie, valutare se sia stato rispettato un giusto equilibrio tra il diritto fondamentale dell'individuo alla libertà di espressione e l'interesse legittimo di uno Stato democratico a che

la funzione pubblica operi ai fini enunciati nel secondo comma dell'articolo 10, cioè la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale e la sicurezza pubblica, la prevenzione dei disordini e dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti di altri, per la prevenzione della diffusione di informazioni riservate o per mantenere l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario. Nell'esercizio di questo controllo la Corte deve tener conto del fatto che, quando è in gioco la libertà di espressione dei funzionari, i "doveri e responsabilità" pure evocati dal secondo comma dell'articolo 10 rivestono un'importanza particolare che giustifica il riconoscimento alle autorità nazionali di un margine di apprezzamento per giudicare se l'ingerenza denunciata sia proporzionata allo scopo (*Vogt*, cit., e *Albayrak c. Turchia* del 2008).

Per quanto riguarda in particolare la magistratura, la Corte precisa che, tenuto conto del posto eminente di questa istituzione in una società democratica, questo approccio si applica anche nel caso di restrizioni relative alla libertà di espressione di un giudice nell'esercizio delle sue funzioni, anche se i magistrati non appartengono, in senso stretto, all'amministrazione (*Albayrak*, cit.).

La giurisprudenza riconosce, come dicevo, che ci si può attendere dai magistrati un uso moderato ("avec retenue") della loro libertà di espressione quando l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario possano essere messi in causa (*Wille*, cit., *Kayasu c. Turchia* del 2008, *Koudechkina*, cit., e *D.G. c. Italia* (n. 51160/06), del 2013). La divulgazione di certe informazioni, anche se esatte, deve avvenire con moderazione e discrezione (*Koudechkina*). In più occasioni la Corte ha sottolineato il ruolo particolare del potere giudiziario nella società: come garante della giustizia, valore fondamentale in uno Stato di diritto. Quindi, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, la più grande discrezione s'impone alle autorità giudiziarie quando esse sono chiamate a rendere giustizia, al fine di garantire la loro immagine di giudici imparziali (*Olujić c. Croazia*, del 2009).

Allo stesso tempo, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che, a proposito dell'intervento di magistrati nel dibattito sulla giustizia, l'importanza crescente che viene attribuita alla separazione dei poteri e alla necessità di preservare l'indipendenza della giustizia impone ad essa di esaminare con la massima attenzione ogni ingerenza nella libertà di espressione di un giudice che si trovi in una tale situazione (*Harabin*, cit. e *Baka c. Ungheria* del 2016 (GC)). Inoltre, le questioni inerenti al funzionamento della giustizia sono di interesse generale e quindi godono di una protezione elevata nel quadro dell'articolo 10 (*Koudechkina*, cit., e *Morice c. Francia* del 2015 (GC)). Anche se un dibattito ha delle implicazioni politiche, ciò non è sufficiente di per sé per vietare a un giudice di pronunciarsi sull'argomento. In una società democratica, le questioni relative alla divisione dei poteri possono riguardare degli argomenti molto importanti per i quali il pubblico ha un legittimo interesse ad essere informato.

Un caso nel quale, tenuto conto delle valutazioni delle istanze disciplinari nazionali, che avevano sanzionato un magistrato per alcune dichiarazioni rilasciate ad un giornale quotidiano, la Corte di Strasburgo ha ritenuto, nel giudizio di proporzionalità quanto alla giustificabilità dell'ingerenza nella libertà di espressione del magistrato, che in quel caso dovesse prevalere la tutela dei doveri deontologici del magistrato sulla protezione del suo diritto alla libertà di espressione.

Si tratta di un caso che interessa il nostro Paese, il ricorso D.G. c. Italia (n. 51160/06), deciso dalla Corte europea con una sentenza del luglio 2013, e che è forse opportuno guardare un po' più da vicino.

In questo caso i fatti erano i seguenti. Nel gennaio 2003 si svolse in Italia un concorso pubblico per l'assunzione di magistrati. In seguito, fu avviata un'indagine penale nei confronti di un membro della commissione di detto concorso, accusato di aver falsificato i risultati allo scopo di favorire un candidato.

Il 28 maggio 2003 il quotidiano *Libero* pubblicò un'intervista rilasciata dalla ricorrente, nella quale quest'ultima dichiarava quanto segue:

«Il lettore comune potrebbe chiedersi perché, se il fine dell'ANM (Associazione Nazionale Magistrati) è quello di salvaguardare l'integrità dei principi sacrosanti della giustizia e dei suoi funzionari, esistono cinque fazioni ideologiche in forte disaccordo su come raggiungere questo scopo. Esse sono strutturate sul modello dei partiti politici: le toghe rosse a Napoli, le toghe verdi a Milano. Assistiamo a una perdita di pluralismo quando l'egemonia di una minoranza trascende l'interesse della maggioranza e si avvale dell'attività associativa per salvaguardare il proprio potere e i propri interessi. In questi ultimi giorni, abbiamo appreso la notizia, di gravità estrema, dell'intervento di un membro della commissione dell'ultimo concorso di accesso alla magistratura a favore del familiare di un noto magistrato napoletano, naturalmente già membro del CSM (Consiglio Superiore della Magistratura) e, ancor più naturalmente, attuale membro autorevole dell'ANM.»

Il 4 giugno 2003 quindici membri del Consiglio Superiore della Magistratura (il «CSM») trasmisero al Comitato di presidenza una nota il cui contenuto era il seguente:

«Richiesta di apertura di una pratica. Nel quotidiano *Libero* del 28 maggio 2003 la dott.ssa ... (omissis), ha dichiarato: In questi ultimi giorni, abbiamo appreso la notizia, di gravità estrema, dell'intervento di un membro della commissione dell'ultimo concorso di accesso alla magistratura a favore del familiare di un noto magistrato napoletano, naturalmente già membro del CSM e, ancor più naturalmente, attuale membro autorevole dell'ANM. Rispetto a tale dichiarazione i consiglieri sottoscritti chiedono che sia aperta una pratica allo scopo di verificare se si tratti di una informazione effettiva e, all'esito delle verifiche, di adottare le misure necessarie.»

Il 12 giugno 2003 il quotidiano *Libero* pubblicò una seconda intervista della ricorrente nella quale quest'ultima precisava le sue precedenti dichiarazioni. L'articolo conteneva i passaggi seguenti:

«Mi dispiace che le dichiarazioni contenute nel recente articolo di *Libero* abbiano potuto urtare la sensibilità di qualche collega. È evidente che non mi sono espressa chiaramente. Mi riferivo a un nuovo giornalismo, che è cosa diversa rispetto a un dato oggettivo (...). Il riferimento ai probabili soggetti attivo e passivo coinvolti nei fatti era quantomeno generico (in proposito potrei citare tutta una serie di colleghi che possono rientrare nella tipologia indicata) e doveva essere letto nel contesto delle mie dichiarazioni, riguardanti la stigmatizzazione di una possibile convergenza di interessi tra l'ANM e il CSM. La mia iniziativa e le mie dichiarazioni sono volte a mettere in evidenza l'esistenza di probabili centri di potere che rischiano di offuscare l'immagine del giudice autonomo e indipendente che quotidianamente difendiamo nella nostra attività professionale.

A seguito di tali interviste, sulla stampa furono pubblicati altri articoli che associavano la persona di E.F., un magistrato napoletano, ai fatti delittuosi legati al concorso pubblico di gennaio 2003.

Il Procuratore generale della Corte di cassazione iniziò un procedimento disciplinare, che si concluse con l'affermazione della responsabilità disciplinare della ricorrente, alla quale venne irrogata la sanzione dell'ammonimento. Il suo ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione venne respinto.

La Sezione disciplinare del CSM considerò anzitutto che le critiche della ricorrente relative all'attività e al funzionamento del CSM e dell'ANM costituissero la libera espressione di una convinzione personale, che non poteva in quanto tale essere oggetto di sanzioni. Invece, le affermazioni della ricorrente relative a un suo collega presentavano tutti gli elementi di un illecito disciplinare. Secondo la sezione, i dettagli forniti dalla ricorrente si riferivano senza dubbio alla persona di E.F., unico ex magistrato del CSM e attuale membro autorevole dell'ANM la cui figlia avesse partecipato al concorso per l'assunzione di magistrati in questione. Le dichiarazioni contestate tendevano dunque a confermare presso l'opinione pubblica delle voci diffamatorie, prive di fondamento, riguardanti un collega. La sezione disciplinare affermò che la ricorrente era venuta meno al suo dovere di discrezione inerente alle sue funzioni di magistrato e al suo dovere di lealtà e rispetto nei confronti di un collega. La sezione considerò infine che il fatto che le dichiarazioni in contestazione rientrassero in un contesto più generale permetteva tuttavia di infliggere solo un ammonimento, ossia la sanzione meno grave.

È di un certo interesse notare il ragionamento usato dalla Corte per escludere in questo caso la violazione dell'articolo 10. Dopo aver ricordato i principi fondamentali a proposito della libertà di espressione dei magistrati, principi che ho già evocato e che in definitiva richiedono che i magistrati facciano uso della loro libertà di

espressione con riserbo ogniqualvolta l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario possano essere chiamati in causa (*Wille*, cit.), la Corte rammenta che il suo compito non è sostituirsi ai giudici nazionali, ma verificare sotto il profilo dell'articolo 10 le decisioni che questi ultimi hanno emesso in virtù del loro potere discrezionale. Per questo essa deve considerare l'«ingerenza» controversa alla luce di tutta la causa per stabilire se fosse «fondata su bisogni sociali imperativi» e se i motivi invocati dalle autorità nazionali per giustificarla appaiano «pertinenti e sufficienti» (*Laranjeira Marques da Silva c. Portogallo* del 2010), tenendo conto anche della gravità della sanzione irrogata (*Ceylan c. Turchia* [GC], del 1999-IV; *Tammer c. Estonia*, del 2001; *Skatka c. Polonia*, del 2003; *Lešník c. Slovacchia*, del 2003; e *Perna c. Italia* [GC], del 2003).

Detto tutto questo, sottolineando che la massima discrezione si addice ai magistrati, la Corte rammenta che questa discrezione deve indurli a non utilizzare la stampa, neanche per rispondere alle provocazioni. Così vogliono gli imperativi superiori della giustizia e l'importanza della funzione giudiziaria (*Buscemi c. Italia*, del 1999; *Kayasu*, cit., e *Poyraz c. Turchia*, del 2010).

Le dichiarazioni in questione facevano riferimento a reati gravi che sarebbero stati commessi da un collega magistrato. La ricorrente non contestava che le voci di manovre illecite da parte di E.F. non erano state confermate da alcun elemento oggettivo. La Corte ha rammentato l'importanza per i magistrati di beneficiare della fiducia del pubblico nell'esercizio delle loro funzioni (*Poyraz*, cit.).

La Corte ha poi ricordato che nelle cause, come quella di cui stiamo parlando, nelle quali è necessario, tra l'altro, trovare un equilibrio tra il diritto al rispetto della vita privata, in questo caso sotto l'aspetto della reputazione, e il diritto alla libertà di espressione, l'esito del ricorso non può, in linea di principio, variare a seconda che il ricorso sia stato proposto dalla persona oggetto di affermazioni ritenute diffamatorie dalla Corte, sotto il profilo dell'articolo 8 della Convenzione, o dall'autore delle stesse affermazioni, sotto il profilo dell'articolo 10. In effetti, questi diritti meritano a priori pari rispetto.

In queste circostanze, la Corte ha ritenuto che i motivi invocati dalla sezione disciplinare per giustificare la sanzione fossero al tempo stesso pertinenti e sufficienti. Peraltro questa sanzione era la più lieve tra quelle previste dal diritto nazionale, ossia un ammonimento. Pertanto essa non poteva essere considerata sproporzionata.

Non è senza rilievo, poi, che in chiusura della sentenza la Corte di Strasburgo abbia voluto distinguere questo caso italiano da quello *Koudechkina c. Russia*, cit., nel quale essa aveva concluso per la violazione dell'articolo 10 della Convenzione. In effetti, a differenza della ricorrente nel caso italiano, la sig.ra *Koudechkina*, giudice del Tribunale di Mosca, che si era presentata alle elezioni generali alla Duma, era stata sanzionata per aver espresso, nell'ambito della sua campagna elettorale, delle critiche sul funzionamento dei tribunali di Mosca e

del sistema giudiziario. I fatti che aveva attribuito a degli individui identificati o identificabili (in particolare, il presidente del tribunale di Mosca) rientravano nella sua diretta esperienza ed erano stati in parte confermati da alcuni testimoni. Inoltre, la sanzione inflitta alla sig.ra Koudechkina aveva comportato per lei la perdita del suo posto e di qualsiasi possibilità di esercitare la funzione di giudice.

4. Considerazioni conclusive

Come dicevo, non vi è nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo una disamina articolata della deontologia giudiziaria, ma dalle affermazioni che si è cercato di porre in rilievo emerge con cristallina chiarezza la grande preoccupazione della istituzione di Strasburgo perché venga preservato un bene indispensabile a quella "democrazia effettiva", a sua volta premessa imprescindibile del sistema, cioè la credibilità della giustizia, vale a dire la fiducia di cui essa deve godere, sia presso i suoi utenti sia presso il pubblico in generale. Emblematico il caso italiano del quale abbiamo parlato, nel quale la Corte ha fatto prevalere le esigenze deontologiche che accompagnano la funzione giurisdizionale persino sul diritto che molti commentatori considerano quello ad essa più caro, cioè quello alla libertà di espressione.

Ne è implicazione certa il dovere degli Stati di provvedere in modo adeguato alla tutela dei due pilastri sui quali risposa la credibilità della funzione giurisdizionale, da una parte la professionalità e dall'altra l'assoluta integrità di coloro che sono chiamati ad amministrare la giustizia.

Di qui, la necessità, anche nell'ottica della Corte, di un credibile sistema disciplinare per i magistrati.

Abbiamo anche visto che la giurisprudenza della Corte costituzionale è esattamente sulla stessa lunghezza d'onda.

Mi pare appena il caso di aggiungere che uno Stato nel quale i cittadini hanno fiducia nella giustizia non è solo uno Stato che rispetta i propri obblighi internazionali, ma è uno Stato dove si vive meglio. Mi permetto di dire anche che il nostro impianto costituzionale e la qualità umana e professionale della nostra magistratura sono tali da permetterci di pensare che non è irraggiungibile il traguardo di una piena riconquista della fiducia nella giustizia da parte dei cittadini sia sotto l'aspetto professionale sia sotto quello deontologico, e ciò indipendentemente dagli obblighi internazionali che il nostro Paese ha assunto in tema di diritti umani. Il risultato sarà raggiunto tanto più facilmente quanto più i magistrati sapranno veramente interiorizzare il codice etico che essi stessi si sono dati attraverso l'ANM e, cosa, ancora più importante, questa interiorizzazione sarà stata riconosciuta all'esterno del nostro mondo.

Alcune domande sulla giustizia disciplinare

SOMMARIO: 1. È un giusto processo regolato dalla legge, per impiegare la terminologia dell'art. 111, co. 1, Cost.? – 2. In relazione alla domanda di cui al punto 1., a quali conclusioni permette di giungere l'effettività dell'esperienza della sezione disciplinare? – 3. In quale rapporto sta il "disciplinare" con il resto delle regole e delle procedure che concernono lo status dei magistrati ordinari? – 4. Sono fondate le accuse, che risuonano sovente nel dibattito pubblico non specialistico, relativamente al carattere eccessivamente "lassista" della giustizia disciplinare? – 5. L'introduzione dell'istituto della riabilitazione e di altre forme di estinzione dell'illecito disciplinare in quale senso potrebbe concorrere a migliorare il rendimento della responsabilità disciplinare? – 6. Quali ulteriori interventi sulle fattispecie di illecito disciplinare e sul relativo procedimento potrebbero essere auspicabili?

1. È un giusto processo regolato dalla legge, per impiegare la terminologia dell'art. 111, co. 1, Cost.?

La domanda non è così scontata come potrebbe sembrare, e conseguentemente neppure la risposta.

Nel momento in cui la legislazione ordinaria, in stretta attuazione dei principi e delle regole costituzionali, concepisce il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati ordinari come un vero e proprio "processo", di cui il rinvio che la legge delega e il relativo decreto legislativo compiono alle norme del codice di procedura penale "in quanto applicabili" costituisce al tempo stesso il titolo legittimante e il limite operativo, diventa spontanea la domanda circa la compatibilità con il parametro costituzionale della natura e della composizione del giudice disciplinare, oltre che delle regole processuali che essa applica.

Se è vero che la scelta del legislatore ordinario (ammessa, e forse favorita, ma non strettamente obbligata, dalle disposizioni costituzionali) di assegnare natura e caratteri giurisdizionali al relativo procedimento, ove riferito ai magistrati ordinari, è stata avallata dalla giurisprudenza costituzionale e come tale non appare, almeno nell'immediato, suscettibile di reversibilità, è altrettanto vero che, rispetto ai tre principali criteri connotanti la funzione giurisdizionale nell'ordinamento italiano (terzietà, indipendenza e imparzialità del giudice, obbligatorietà del pro-

movimento dell'azione penale, garanzie di difesa in ogni stato e grado del procedimento), la giustizia disciplinare presenta scostamenti piuttosto significativi, circa i quali non è impensabile che eventuali future sollecitazioni nei confronti della Corte costituzionale o della Corte europea dei diritti dell'uomo possano evidenziarne l'incompatibilità con le disposizioni costituzionali e convenzionali in materia (in particolare, con l'art. 6 Cedu).

Rispetto al primo di quei criteri (terzietà, indipendenza e imparzialità: artt. 101, co. 2, 104 e 111, co. 2, Cost.), rilevano in particolare sia la circostanza che i componenti della sezione disciplinare possono avere avuto l'occasione di esaminare e valutare i medesimi fatti oggetto del procedimento disciplinare, sia l'ancora imperfetta attuazione del principio costituzionale del giudice naturale (nonostante l'introduzione, con la modifica del Regolamento interno adottata nel 2016, di un abbozzo di principio tabellare, cui tuttavia non sono seguite adeguate decisioni applicative)¹, per non parlare del rispetto della riserva di legge in tema di giusto processo, la quale – ancorché relativa, secondo il lessico della prevalente lettura dottrinale e giurisprudenziale – esigerebbe una più esplicita e chiara disciplina di fonte primaria.

Quanto al secondo criterio (obbligatorietà del promovimento dell'azione penale *ex art.* 112 Cost.), l'analogia tra azione disciplinare concernente i magistrati ordinari e azione penale viene generalmente condivisa, e d'altra parte già l'art. 14, n. 1, della legge n. 195/1958, sulla costituzione e il funzionamento del Con-

¹ Si veda l'art. 4, comma 3: "Il Presidente della Sezione, con proprio decreto, determina i criteri oggettivi e predeterminati per l'individuazione dei componenti supplenti, in caso di assenza o impedimento, dei componenti effettivi per qualsiasi causa, anche connessa agli impegni di questi ultimi nello svolgimento delle altre funzioni all'interno del Consiglio. Il decreto e le sue eventuali variazioni successive sono comunicate al Consiglio per la presa d'atto"; come chiarisce la relazione illustrativa, la novità introdotta prevede sia la possibilità che le tabelle di organizzazione della sezione disciplinare possano contenere criteri di sostituzione dei componenti effettivi collegati non necessariamente a cause di impedimento soggettivo, ma anche ad esigenze oggettive, da ricollegarsi a ragioni di maggiore efficienza della sezione stessa; sia, per altro verso, ai fine di una migliore valorizzazione del criterio della collegialità e di centralità del Consiglio, la sottoposizione all'assemblea plenaria, per la presa d'atto, del decreto del presidente della sezione contenente le tabelle di organizzazione. Recentemente, il Governo ha presentato, come emendamento all'art. 22 dell'A.C. 2681, la seguente formulazione: "Il Consiglio superiore determina i criteri per la sostituzione dei componenti della sezione disciplinare, che può essere disposta solo in caso di incompatibilità o impedimento assoluto. Il Presidente della sezione disciplinare predetermina i criteri per l'assegnazione dei procedimenti ai componenti effettivi della sezione e li comunica al Consiglio": l'emendamento, a tutta evidenza, responsabilizza il Consiglio (la materia disciplinare non è prerogativa esclusiva e gelosa della sola sezione: in senso conforme, si v. Corte cost., sentt. n. 270 del 2002 e 262 del 2003)) e valorizza la trasparenza nell'attività della sezione stessa.

siglio superiore della magistratura, qualificava il Procuratore generale presso la Corte di cassazione come “pubblico ministero presso la sezione disciplinare” del Consiglio stesso (si veda ora l’art. 16 del d.lgs. n. 109/2006), Se non fa, sul punto, problema l’esercizio dell’azione disciplinare da parte del Ministro della giustizia in forza dell’esplicita attribuzione di competenza prevista nell’art. 107 co. 2 Cost., più delicata si presenta l’azione disciplinare obbligatoria da parte del Procuratore generale ai sensi, oggi, dell’art. 14 del menzionato d.lgs.: sia la circostanza che si tratti di un’obbligatorietà temperata in quanto (art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109/2006) l’illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza, sia il largo potere di archiviazione in capo al medesimo Procuratore generale, costituiscono attenuazioni significative della portata del criterio, ancorché, come si vedrà, strettamente coesenziali al modello italiano.

Circa infine il terzo criterio (diritto di difesa, art. 24 Cost.), rileva la previsione, anteriormente all’avvio del procedimento, del potere, in capo al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, di effettuare sommarie indagini preliminari: se l’esercizio di un tale potere *inaudita altera parte*, anteriormente alla comunicazione, da parte del Procuratore generale, al Ministro della giustizia e al Consiglio superiore della magistratura dell’esercizio dell’azione disciplinare, si comprende – secondo un orientamento politico-culturale peraltro assai risalente e da tempo messo in discussione (per un esempio assai significativo, Corte cost., sent. n. 497/2000, rel. Mezzanotte: si veda anche, *infra*, n. 2) – al fine di non fare derivare al magistrato interessato, ma non ancora incolpato e che potrebbe non diventarlo, conseguenze sgradite dovute all’eventuale pubblicità delle indagini stesse (e pertanto finire per indebolire la reputazione del magistrato e conseguentemente la sua serenità), non v’è dubbio che la cosiddetta fase predisciplinare ponga, per il suo carattere inquisitorio, problemi di coerenza sistemica con il procedimento penale e di compatibilità con l’impianto costituzionale².

Ecco allora una possibile risposta al quesito iniziale: il procedimento disciplinare concernente i magistrati ordinari non può, e forse non deve, essere assimilato *in toto* al modello di giusto processo delineato in via generale. Ancorché (Corte europea dei diritti dell’uomo, *Di Giovanni c. Italia*, n. 51160/06, 9 luglio 2013, § 53) la sezione disciplinare costituisca un “organo giudiziario di piena giurisdizione” e il diritto italiano presenti “garanzie sufficienti in materia di indipendenza dei componenti della sezione disciplinare nell’esercizio delle loro funzioni” (*ivi*, § 57), qualche ritocco legislativo permetterebbe di qualificarne meglio il carattere di unicità, tale da ricomprendere in sé connotati propri a un

² Sui “rimedi” escogitati dalla procura generale per rafforzare la prevedibilità delle decisioni, v. *infra*.

tempo del procedimento amministrativo, del processo penale e di quello civile, consentendo altresì al potere regolamentare del Consiglio di mantenere uno spazio di movimento, nel quadro di una flessibilità ineludibile. Anzi, la stessa abitudine invalsa di parlare di “processo disciplinare”, in luogo di “procedimento disciplinare”, potrebbe opportunamente essere rimeditata: se si vuole mantenere al giudizio disciplinare la propria fisionomia, è importante anzitutto de-drammatizzarlo, sia in capo all’opinione pubblica, sia in capo ai magistrati, e il lessico conta molto quando è in gioco la percezione dei fenomeni e non soltanto la loro consistenza ontologica.

2. In relazione alla domanda di cui al punto 1., a quali conclusioni permette di giungere l’effettività dell’esperienza della sezione disciplinare?

Per rispondere alla domanda, anche sulla base dell’esperienza realizzata nella consiliatura di cui sono stato componente, mi riferirò ai tre criteri dianzi sottolineati.

Sul primo, la circostanza che il collegio giudicante sia composto da soggetti che possono essersi (e, in fatto, sovente si sono) occupati, in relazione ad altri procedimenti, delle stesse persone e degli stessi fatti oggetto del procedimento disciplinare, porta con sé l’inevitabile rischio di una minore imparzialità percepita, specialmente laddove il componente della sezione abbia avuto occasione di svolgere attività istruttoria od organizzativa relativamente a procedimenti (valutazioni di professionalità, incompatibilità funzionale o ambientale, nomine a incarichi direttivi o semidirettivi) nel cui iter siano venuti in considerazione i fatti oggetto, in tutto o in parte, del procedimento disciplinare. A maggior ragione ove la coincidenza sia stata e sia tra l’esercizio delegato della presidenza della sezione disciplinare e la presidenza della prima commissione, competente appunto sul procedimento ex art. 2 della legge sulle guarentigie, non casualmente definito come para-disciplinare³.

³ La contiguità tra i due procedimenti, inevitabilmente accresciuta a seguito della ulteriore proceduralizzazione deliberata con la circolare del Csm approvata il 26 luglio 2017, in attuazione dell’art. 42 del nuovo Regolamento interno, potrebbe oggi essere chiarita attraverso l’approvazione della proposta, formulata in seno alla Commissione Luciani e ripresa nel maxi-emendamento governativo al d.d.l. A.C. n. 2682, che sopprime, al secondo comma dell’art. 2 del r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, le parole “per qualsiasi causa indipendente da loro colpa” e precisa che il trasferimento per incompatibilità ambientale o funzionale non può operare quando “per lo stesso fatto sia promosso procedimento disciplinare”: in tal modo, si mantiene la possibilità, per il Consiglio superiore, di fare fronte autonomamente a situazioni di possibile turbamento della vita degli uffici giudiziari, senza d’altro canto la commistione impropria tra procedimenti di diversa natura.

Sul secondo criterio, non v'è dubbio che, essendo la circostanza della particolare tenuità del fatto elemento rilevante oggi in ordine alla responsabilità penale (art. 131-*bis* c.p.), la sua previsione in campo disciplinare ne sia uscita certamente rafforzata e venga vista quasi come un'anticipazione di una tecnica deflattiva piuttosto che come conferimento di un peculiare potere discrezionale in capo all'autorità giudiziaria procedente. Proprio tale parallelismo, tuttavia, dovrebbe indurre a prendere in considerazione qualche forma di attenuazione della clausola dell'art. 3-*bis*, o almeno ad aumentarne le garanzie di pubblicità e la conoscenza dei criteri di esercizio, in quanto la discrezionalità così conferita tanto al giudicante quanto alla Procura generale della Cassazione porta con sé la possibilità di orientamenti disomogenei con conseguenti disparità di trattamento, almeno percepite. Sul punto, peraltro, sono da considerarsi con favore le iniziative poste in essere negli ultimi anni dalla procura generale presso la Corte di cassazione volte a rendere maggiormente trasparente e prevedibile, attraverso il ricorso a una attenta opera di massimazione dei provvedimenti di archiviazione predisciplinare, il comportamento dell'ufficio⁴; analoghe iniziative si auspica possano essere adottate sia dal Consiglio stesso, in relazione all'attività della sezione disciplinare, sia dalla Corte di cassazione in relazione alla giurisprudenza delle sezioni unite.

Quanto infine al terzo criterio, sono certamente commendevoli le iniziative adottate dalla Procura generale al fine di organizzare la fase predisciplinare e renderne trasparenti (al netto dell'ineliminabile componente di segretezza della medesima) all'interno le relative articolazioni, nonché, come si è appena accennato, al fine di rendere meno sconosciuti gli orientamenti nella fase predisciplinare (e a ciò appunto soccorre la pubblicazione sul sito Internet della Procura generale delle massime dei provvedimenti di archiviazione). Rimane tuttavia aperta la domanda di fondo introdotta dalla già menzionata sentenza Mezzanotte: è preferibile recuperare quegli "schemi obsoleti, ereditati dalla legislazione anteriore e ancora attivi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, imperniati sull'idea, che rimandava ad antichi pregiudizi corporativi, secondo cui la miglior tutela del prestigio dell'ordine giudiziario era racchiusa nel carattere di riservatezza del procedimento disciplinare", oppure rovesciare tali schemi e correlare la nozione di prestigio dell'ordine giudiziario "non alla segretezza del procedimento disciplinare, ma alla trasparenza, valore portante di ogni sistema autenticamente democratico"?

La giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 497 del 2000) ha chiarito che le ragioni della scelta di configurare in termini così peculiari la responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari possono cogliersi sotto un duplice profilo: da un

⁴ Circa la quale si fa rinvio alle considerazioni, in *questo Volume*, svolte da Elisabetta Cesqui.

lato nell'opportunità che l'interesse pubblico al regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e lo stesso prestigio dell'ordine giudiziario siano tutelati nelle forme più confacenti alla posizione costituzionale della magistratura e al suo statuto di indipendenza; dall'altro nell'esigenza che alla persona del magistrato raggiunto da incolpazione disciplinare sia riconosciuto quell'insieme di garanzie che solo la giurisdizione può assicurare.

Ribadire che il giudizio disciplinare si svolge con le garanzie del giusto processo regolato dalla legge a tutela, innanzitutto, del magistrato incolpato, ma anche in consonanza con la funzione propria della responsabilità disciplinare e con la sua vocazione a oltrepassare la ristretta cerchia di un corpo professionale organizzato, è pertanto doveroso. Ne consegue che il procedimento disciplinare reca con sé la pubblicità delle udienze, la trasparenza e l'apertura al controllo da parte della pubblica opinione: accertare la responsabilità disciplinare riguarda non soltanto l'ordine giudiziario, ma la generalità dei soggetti, posto che il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie da parte del magistrato è un bene a presidio dei diritti e delle libertà dei cittadini. Così pure, va recuperato quel passaggio della menzionata decisione della Corte costituzionale in cui si richiama che "all'inquadramento concettuale della responsabilità disciplinare secondo logiche corrispondenti all'autentico significato che l'indipendenza della magistratura assume nel sistema costituzionale (come presidio e garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini), si è pervenuti attraverso un ampio dibattito, che ha visto impegnata anche la magistratura in molte delle sue componenti e che ha propiziato l'abbandono di schemi obsoleti (...), imperniati sull'idea, che rimandava ad antichi pregiudizi corporativi, secondo cui la miglior tutela del prestigio dell'ordine giudiziario era racchiusa nel carattere di riservatezza del procedimento disciplinare", per poi concludere che "il massimo di incisività delle garanzie accordate al magistrato sottoposto a procedimento disciplinare, infatti, non può che convertirsi in un'altrettanto incisiva tutela del prestigio dell'ordine giudiziario e del corretto e regolare svolgimento delle funzioni giudiziarie".

3. In quale rapporto sta il "disciplinare" con il resto delle regole e delle procedure che concernono lo status dei magistrati ordinari?

L'osservatore esterno viene colpito dal forte rilievo che la materia disciplinare viene ad avere nei confronti dei magistrati ordinari: sia sul piano quantitativo (procedimenti avviati, provvedimenti adottati), sia sul piano qualitativo, nel senso tanto della percezione da parte dei singoli magistrati degli effetti pregiudizievoli che una sanzione disciplinare ha sul percorso professionale, quanto della

notevole attenzione che alla materia disciplinare viene dedicata in sede scientifica e nel dibattito interno ed esterno alla magistratura.

A questa situazione concorrono plurimi fattori: il sistema di tipizzazione dell'illecito introdotto dalla riforma del 2006, caratterizzato da numerosità e relativa analiticità delle fattispecie previste, di fatto foriero, almeno all'inizio, di un aumento del contenzioso disciplinare (tale caratteristica del sistema è, in qualche modo, "confessata" dal legislatore, quando prevede la già menzionata clausola dell'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 sulla condotta disciplinare irrilevante); la circostanza che, nel quadro di una tensione assai elevata tra settori del mondo politico e magistratura, specialmente penale, un apparato disciplinare "pesante" sia potuto o possa apparire idoneo a influire sul magistrato circoscrivendone il ruolo e l'eventuale "attivismo"⁵; la sottovalutazione di altri strumenti volti a migliorare il rendimento dell'attività giurisdizionale, quali il sistema delle valutazioni di professionalità⁶.

Una siffatta situazione, da tempo suggestivamente qualificata come "gigantismo disciplinare"⁷, non sembra tuttavia del tutto conforme ai principi costituzionali: se costitutiva della funzione giurisdizionale è la posizione di autonomia e indipendenza della magistratura nel suo insieme e del singolo magistrato in quanto tale, e se ingrediente determinante dell'indipendenza è la serenità dell'agente, un sistema disciplinare costruito e percepito come eccessivamente pervasivo non rappresenta il contesto ideale per l'attuazione di tali principi.

L'esemplificazione non è difficile, basti pensare all'annosa questione della differenza tra ritardi nel compimento degli atti disciplinarmente rilevanti e non (la lettera *q*) dell'art. 2, co. 1, del dlgs.): quanto abbiano inciso su tali fattispecie i profili organizzativi, le responsabilità dirigenziali, la tendenza a intervenire solo *ex post* e a non dare rilievo adeguato ai profili preventivi è ben noto, e non a caso tutte le proposte di riforma hanno in questi anni insistito su questi profili.

⁵ Si vedano sul punto le riflessioni di G. CAMPANELLI, *Il sistema disciplinare*, in *Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario*, a cura di G. GRASSO, in *Foro it*, 2016, V, 231.

⁶ Il rilievo è molto frequente: v., per tutti, incisivamente, E. Bruti Liberati, *Associazionismo dei magistrati italiani: virtù, vizi e problemi aperti*, in *Codice dell'ordinamento giudiziario*, a cura di A. IACOBONI, G. GRASSO e M. CONVERSO, Piacenza, 2020, 920. Quanto ai legami tra le valutazioni di professionalità e il procedimento disciplinare, paiono opportuni i ritocchi previsti nel maxi-emendamento governativo all'A.C. n. 2681, nel senso di impedire che possano darsi zone "franche" tra le due procedure: i fatti accertati in via definitiva in sede di giudizio disciplinare devono divenire oggetto di valutazione ai fini del conseguimento della valutazione di professionalità successiva all'accertamento, anche se il fatto illecito si colloca in un quadriennio precedente, salvo che non sia già stato considerato ai fini della valutazione di professionalità relativa al quadriennio.

⁷ G. SALVI, *L'iniziativa disciplinare: dati e valutazioni*, in *Questione giustizia*, 5/2010, 69 ss.

La proposta più recente, sulla scia delle indicazioni della “commissione Luciani”, prevede l’estinzione dell’illecito disciplinare relativo al “reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni” quando il magistrato rispetti il “piano di smaltimento” redatto dal dirigente dell’ufficio: saggia previsione, in linea con l’introduzione del più generale istituto della riabilitazione, come si vedrà più oltre, ma che ha portato con sé la proposta di introduzione di nuove fattispecie di illecito disciplinare (a carico del dirigente che non si sia fatto carico delle situazioni di difficoltà organizzativa interna all’ufficio e non abbia predisposto interventi risolutivi, del magistrato che non abbia collaborato nella risoluzione, e persino del presidente di sezione che non abbia segnalato tali difficoltà), a conferma che la tendenza a trasformare in responsabilità disciplinare questioni attinenti all’organizzazione degli uffici giudiziari e dunque rilevanti in sede di valutazione della professionalità (o di conferma negli incarichi di funzioni direttive o semidirettive) è assai radicata e non facile da modificare.

4. Sono fondate le accuse, che risuonano sovente nel dibattito pubblico non specialistico, relativamente al carattere eccessivamente “lassista” della giustizia disciplinare?

Non vi sono evidenze che comprovino tale valutazione⁸, anzi la già accennata pervasività della giustizia disciplinare legittima affermazioni di segno diverso nella dottrina specialistica⁹.

Il recente avvio, da parte della Procura generale presso la Corte di cassazione, della massimazione dei provvedimenti di archiviazione predisciplinare¹⁰, permette di disporre di un *corpus* quanto mai utile per testare la bontà di alcune ricostruzioni correnti: dalla loro lettura si ricava la rappresentazione di un complessivo contesto di forte attenzione nei confronti degli atti e dei comportamenti dei magistrati, di una tendenza a prospettare il rilievo disciplinare degli stessi in misura ampia, nonché della preoccupazione della procura generale di non sovrapporre l’inosservanza di regole deontologiche rispetto ai comportamenti

⁸ Sul punto, per una conferma vista dall’angolatura del giudizio di cassazione, si v. G. GRASSO, A. IACOBONI, U. GIACOMELLI, *Rassegna di giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (2006-2013)*, in *Foro it.*, 2014, I, 1913 e 2195.

⁹ Sul punto, v. il giudizio secco di E. BRUTI LIBERATI, *Associazionismo*, cit., sulla “troppa e mal gestita severità nella promozione dell’azione disciplinare (e nella stessa prassi del Csm)”: il rilievo, almeno quanto alla parte che concerne la Procura generale, andrebbe comunque temperato tenendo conto che la deliberazione sulla richiesta del procuratore generale di non luogo a procedere è comunque riservata alla sezione disciplinare, in procedura camerale (sul punto, si vedano, in *questo Volume*, le considerazioni del procuratore generale Giovanni Salvi)

¹⁰ *Retro*, nt. 4.

rientranti nelle fattispecie di illecito disciplinare, e nel contempo di circoscrivere l'illecito stesso a quei fatti e atti indizio al tempo stesso di un cattivo andamento dell'ufficio giudiziario e di una compromissione dell'immagine del magistrato.

Anche le peculiarità dell'attuale momento storico nel nostro Paese, che denotano un evidente crollo della fiducia nei confronti dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura, cooperano nella direzione di un più frequente ricorso all'incolpazione disciplinare, attraverso esposti e reclami provenienti sia dall'interno sia dall'esterno della giurisdizione, così da fare apprezzare positivamente l'orientamento complessivo della procura generale, tendente a realizzare un equilibrio tra l'esigenza di assicurare il più attento rispetto dei doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio da parte del magistrato, da un lato, e la necessità di evitare il rischio di piegare lo strumento disciplinare al perseguimento di finalità ad esso estrinseche, quale quella di costituire il rimedio a disfunzioni organizzative o a degenerazioni etiche all'interno della magistratura.

Anche sotto questo punto di vista, dunque, viene rafforzato quanto già prima auspicato: l'orientamento della procura generale, volto a investire sulla massimazione, ove condiviso dal Consiglio superiore della magistratura il quale ne potrebbe investire l'ufficio studi oltre che, naturalmente, la stessa sezione disciplinare, porterebbe beneficio all'intero sistema della responsabilità disciplinare, nel senso della maggiore prevedibilità e della trasparenza nei confronti della collettività delle relative decisioni.

5. L'introduzione dell'istituto della riabilitazione e di altre forme di estinzione dell'illecito disciplinare in quale senso potrebbe concorrere a migliorare il rendimento della responsabilità disciplinare?

Sulla opportunità di introdurre, accanto alla revisione (art. 25 d.lgs. n. 109/2006, le cui interpretazione e applicazione in sede giurisprudenziale non sono andate nel senso dell'ampliamento della portata dell'istituto), l'estinzione dell'illecito e la riabilitazione in caso di condanna (trattasi di figure che presentano molti profili comuni, circa le quali pertanto sarebbe opportuna una maggiore precisione in sede legislativa), si è creato, in questi anni, un vasto consenso, per lo più incentrato sull'esigenza di sopperire agli effetti preclusivi, di diritto e di fatto, che la sanzione disciplinare esercita sulla cosiddetta carriera del magistrato (promozioni, incarichi extragiudiziari, valutazioni di professionalità). Personalmente mi ritrovo d'accordo nell'auspicare l'introduzione di tali istituti, mentre avrei qualche dubbio circa le ragioni ispiratrici: in particolare, la previsione della riabilitazione trova fondamento anzitutto nell'esigenza di de-drammatizzare lo

stigma della sanzione disciplinare in capo al magistrato, prima ancora che in quella di non comprometterne la “carriera”: sembra infatti preferibile, tanto più nel contesto di questi anni, segnato dalla sconcertante vicenda nota come caso Palamara, tornare a una lettura del percorso professionale dei magistrati orientata dal principio scolpito nell’art. 107, co. 3, Cost., secondo cui essi si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni, e pertanto leggere le “promozioni” di cui all’art. 107 Cost. non come l’ineludibile costruzione a gradi cui ogni magistrato deve aspirare pena il venir meno della reputazione professionale, quanto la mera possibilità, per quanti siano in possesso di attitudini e competenze organizzative spiccate, di assumere le relative funzioni.

Ciò premesso, appare saggio prevedere l’estinzione dell’illecito disciplinare quando il magistrato abbia rispettato le previsioni e gli obiettivi del piano di smaltimento dei ritardi, e parimenti sembra congrua la possibilità di ottenere la riabilitazione nei casi di ammonimento o censura cui sia seguita una valutazione di professionalità positiva: in tali casi, è importante non prevedere automatismi, ma assegnare al Consiglio superiore della magistratura il compito di stabilire forme e modi per l’accertamento delle condizioni dettate¹¹. Sembra questa una strada pienamente compatibile anche con la giurisprudenza della Corte costituzionale (sent. n. 289 del 1992), che ha espressamente ammesso sul punto l’esercizio, da parte del legislatore, di una discrezionalità politica non irragionevole.

6. Quali ulteriori interventi sulle fattispecie di illecito disciplinare e sul relativo procedimento potrebbero essere auspicabili?

La discussione di questi anni e l’attività delle diverse commissioni di studio chiamate ad elaborare proposte di riforma della responsabilità disciplinare hanno focalizzato l’attenzione sulla possibilità, per quanto attiene alle fattispecie di illecito disciplinare, di reintrodurre clausole generali caratterizzate da un basso tenore di tipicità e determinatezza, quale ad esempio, l’originaria formulazione dell’art. 3, co. 1, lett. *l*) del d.lgs. n. 109/2006, che, all’interno degli illeciti disciplinari al di fuori dell’esercizio delle funzioni, contemplava “ogni altro comportamento tale da compromettere l’indipendenza, la terzietà e l’imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell’apparenza”.

Ora, se il punto centrale, tanto per i magistrati quanto per l’opinione pubblica, sta nella prevedibilità delle decisioni del giudice disciplinare, la reintroduzione di tali clausole non sembra una risposta adeguata. Meglio allora proseguire

¹¹ Si veda il già menzionato maxi-emendamento governativo al cosiddetto d.d.l. Bonafede.

sulla strada più volte qui richiamata, quella di un aumento della trasparenza e della capacità di *accountability* da parte di tutti i soggetti che concorrono nel sistema della giustizia disciplinare (procura generale, sezione disciplinare, sezioni unite). Senza contare che l'eventuale reintroduzione di siffatte clausole generali, all'interno di un *corpus* di fattispecie tipiche, ancorché a diverso grado di determinatezza, potrebbe essere censurato in sede di giudizio di costituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza¹².

L'esigenza di prevedibilità e di tendenziale uniformità di interpretazione e applicazione delle fattispecie di illecito disciplinare risulterebbe più facile da soddisfare attraverso modifiche all'organizzazione della sezione disciplinare che ne permettano un funzionamento ottimale.

Va in proposito sottolineata la considerazione secondo cui le caratteristiche di varietà, delicatezza e complessità delle questioni sottoposte al giudice disciplinare richiedono la continuità nello svolgimento della funzione di presidente del collegio disciplinare allo scopo di garantire la coerenza e l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali¹³. Tale considerazione costituisce l'ostacolo più rilevante nei confronti di proposte volte a considerare con favore una rotazione, tra i componenti non togati, nella presidenza della sezione disciplinare, anche in forza della notevole estensione delle attribuzioni spettanti al vicepresidente del Consiglio superiore che potrebbero non consentirgli di dedicare la necessaria attenzione alla funzione di presidente della sezione disciplinare. Nella stessa direzione di dare maggiore stabilità al funzionamento della sezione disciplinare sembrano andare, oltre alle richiamate proposte concernenti il regime "tabellare" della sezione, anche le previsioni di una maggiore precisazione della distinzione tra componenti effettivi e componenti supplenti, nonché della possibilità, per i componenti effettivi, di entrare a far parte di una sola commissione ulteriore e di escluderne comunque l'inclusione nelle commissioni prima e quinta, nelle quali – come con finezza si esprime la relazione illustrativa al maxi-emendamento governativo all'A.C. n. 2681 – "vi potrebbero essere interferenze con le attività svolte in sede disciplinare".

Sullo sfondo di tale tematica, c'è la proposta da tempo avanzata di una revisione costituzionale volta a esternalizzare il giudizio disciplinare nei confronti di tutti i magistrati presso un'Alta Corte: scelta che offre il vantaggio di superare

¹² Molti anni sono passati dalla sent. n. 100 del 1981 della Corte costituzionale, in cui venne dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale avente per oggetto l'art. 18 del r.d.lgs. n. 511/1946, che condensava l'illecito disciplinare nella violazione del prestigio dell'ordine giudiziario.

¹³ Si vedano, in *questo Volume*, le considerazioni svolte sul punto da Margherita Cassano.

taluni dei problemi segnalati di funzionamento dell'attuale sistema, ma che deve essere ben ponderata, al fine di evitare una diminuzione del connotato di garanzia del vigente sistema, il quale prevede, tra l'altro, un regime di impugnazione delle decisioni delle sezioni disciplinari che non è agevolmente riproducibile adottando un diverso modello.

Fatta salva una tale proposta, il cui esame puntuale fuoriesce dall'obiettivo delle presenti considerazioni, va comunque ribadito il punto centrale: il giudizio disciplinare va reso più trasparente e nel contempo dev'esserne ridotta la percezione di evento drammatico all'interno del percorso professionale del magistrato. Vi è un nesso stretto tra questi due profili. Proprio perché il bene tutelato in sede di responsabilità disciplinare (cioè il buon andamento dell'ufficio giudiziario) è pienamente sovrapponibile all'interesse dell'ordinamento giuridico a un rapporto di fiducia tra la generalità dei cittadini e le magistrature, la trasparenza del giudizio disciplinare, intesa come qualche cosa di più della mera pubblicità delle udienze, sia all'interno del Consiglio superiore, sia all'esterno di esso, appare come la premessa per de-drammatizzare il giudizio stesso, consentendo ai magistrati di affrontare i procedimenti disciplinari senza la percezione di uno stigma insostenibile e alla generalità dei cittadini di potersi meglio rendere conto dell'effettività di tali procedimenti, nonché dei valori e degli interessi che vengono in rilievo in esso. Sotto questo profilo, appare di grande interesse la già più volte ricordata attività di massimazione dei provvedimenti di archiviazione pre-disciplinare, avviata dalla Procura generale presso la Corte di cassazione: la loro lettura, oltre a fare giustizia (è il caso di dirlo ...) di un certo numero di idee ricevute, disvela un universo composito, nel quale, accanto a comportamenti, degli istanti o della stessa procura generale, che appaiono il sintomo della crescente diffidenza, all'interno del corpo sociale, nei confronti di qualunque autorità, troviamo conferma della natura profonda del giudizio disciplinare nei confronti dei magistrati ordinari, non riducibile né a un momento deontologico rafforzato *ab externo*, né ad un insieme di istituti rivolti a mimare forme e percorsi di responsabilità penale, e tanto meno a surrogare le obiettive e probabilmente necessitate strette della responsabilità civile nella materia *de qua*, ma che costituisce un *unicum* nel panorama degli strumenti volti ad assicurare il buon andamento di un pubblico ufficio.

Andando verso la conclusione, è proprio la consapevolezza di questa peculiarità del giudizio disciplinare che deve costituire il perno per ogni futura riflessione e decisione legislativa. Com'è stato ancora recentemente osservato, il procedimento disciplinare non ha la funzione di garantire correttezza ed esattezza delle decisioni giudiziarie, né va visto come un presidio, immediato e diretto, dei diritti dei cittadini in un determinato processo civile o penale (in proposito vale il regime delle impugnazioni e, sotto altro profilo, quello della responsabilità

civile), e nemmeno come strumento di verifica della professionalità dei magistrati: esso serve unicamente ad accertare se il magistrato abbia tenuto condotte che integrano una fattispecie di illecito disciplinare, così contribuendo al buon andamento degli uffici giudiziari e alla salvaguardia dei valori della giurisdizione¹⁴.

Commentando le riforme del Guardasigilli Vittorio Emanuele Orlando, il più autorevole commento allo Statuto del Regno d'Italia così chiosava la posizione costituzionale del magistrato: "Nessun funzionario dello Stato deve essere più indipendente del giudice, e nessuno più disciplinato"¹⁵. In modo non troppo dissimile, un autorevole commentatore dei nostri tempi così concludeva una fine analisi sul tema: "Ai magistrati si chiede di più che a tutti gli altri soggetti investiti di funzioni o cariche pubbliche, burocratiche o elettive, perché essi sono svincolati da ogni forma di eterocontrollo, a salvaguardia dell'indipendenza del loro operare"¹⁶. Nonostante sia trascorso oltre un secolo, la singolare assonanza delle due citazioni conferma la crucialità del tema e, all'interno del medesimo, la centralità della responsabilità disciplinare.

¹⁴ Così Giovanni Salvi, in *questo Volume*, che opportunamente legge in tal senso una recente pronuncia del giudice amministrativo in tema di accesso agli atti del procedimento disciplinare (Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2593).

¹⁵ I. BRUNELLI, in F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. III, Torino, 1909, 576.

¹⁶ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 158.

Gli illeciti disciplinari dei magistrati

SOMMARIO: Premessa. 1. I valori costituzionali sottesi alla vicenda disciplinare. – 2. Codice etico e responsabilità disciplinare. – 3. Illeciti disciplinari ed effettività dell'azione di governo autonomo della magistratura. – 4. L'illecito disciplinare quale eventuale indice di carenze nella direzione dell'ufficio giudiziario. – 5. Alcune questioni aperte in tema di procedimento disciplinare. 5.1. Applicabilità al procedimento disciplinare dell'obbligo di comunicazione all'incolpato dell'avviso di conclusione delle indagini. – 5.2. La difesa tecnica nel procedimento disciplinare. 6. Il rilievo delle incompatibilità nel procedimento disciplinare. – 7. Il regime di pubblicità. – 8. La presidenza della Sezione disciplinare. – 9. Questioni aperte in tema di composizione della Sezione disciplinare. – 10. Elaborazione e conoscenza della produzione giurisprudenziale in materia disciplinare.

1. Premessa

Ringrazio il Prof. Campanelli, esperto formatore, e i componenti della Scuola della Magistratura per l'occasione di confronto a più voci su un tema così rilevante come quello della responsabilità disciplinare dei magistrati.

Le brevi riflessioni che svolgerò scaturiscono dalla pregressa esperienza di componente della Sezione disciplinare nella consiliatura 1889-2002, dall'attività professionale svolta, in particolare quella di Presidente di Corte d'Appello, nonché dall'approfondimento scientifico dell'argomento.

2. I valori costituzionali sottesi alla vicenda disciplinare

Il suo corretto inquadramento implica una premessa metodologica, necessaria per dare conto dell'ampiezza della materia in questione che investe plurimi, distinti ambiti.

- la riconducibilità della condotta contestata ad una delle fattispecie tipiche di illecito disciplinate dalla legge;
- il procedimento disciplinare;
- i presidi posti dall'ordinamento per prevenire situazioni idonee a sfociare nella commissione di un illecito disciplinare.

Il terzo profilo è anch'esso riconducibile al tema generale della responsabilità disciplinare, in quanti talora l'illecito rappresenta il possibile indice di carenze nel sistema di reclutamento, nelle attività di formazione, nei controlli della professionalità, nelle attività di organizzazione e di vigilanza da parte dei soggetti investiti di funzioni direttive, nel funzionamento dell'articolata struttura del governo autonomo della magistratura, deputato a garantire l'effettività di alcuni valori costituzionalmente presidiati come quelli di autonomia, indipendenza, soggezione esclusiva alla legge, strettamente correlati ad altri sanciti nella prima parte della Carta fondamentale.

La dimensione disciplinare può, quindi, costituire il riflesso patologico dell'omesso o carente funzionamento di uno o più degli aspetti in precedenza indicati e dell'incapacità di garantire l'effettività dei valori che intergrano lo statuto costituzionale della magistratura. Un efficace sistema ordinamentale dovrebbe, infatti, essere in grado di cogliere con immediatezza specifiche situazioni problematiche e di porvi rimedio prima ancora che esse sfocino in comportamenti disciplinarmente rilevanti.

I valori cui faccio riferimento sono quelli di autonomia, indipendenza (interna ed esterna), imparzialità, soggezione esclusiva alla legge.

Il requisito essenziale posto dalla Costituzione a presidio del coretto esercizio della funzione giurisdizionale è quello dell'indipendenza del giudice, la cui attività deve essere immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi e deve essere altresì libera da prevenzioni, timori, influenze, che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza. Il principio dell'indipendenza è il presupposto di quello dell'imparzialità. È il giudice indipendente quello che assolve in mancanza di prove, quando l'opinione comune vorrebbe la condanna, o condanna in presenza di prove, quando la medesima opinione pubblica invoca, invece, l'assoluzione. Ciò significa che i magistrati sono autonomi e liberi nella loro quotidiana attività di interpretazione e applicazione della legge, non possono essere sottoposti a influenze interne o esterne, hanno la potestà di organizzarsi al di là di ogni eventuale condizionamento.

L'indipendenza e l'imparzialità non costituiscono prerogative di casta, ma sono funzionali all'inveramento di altri precetti fondamentali: l'uguaglianza sostanziale di tutti i cittadini dinanzi alla legge; l'osservanza del metodo del contraddittorio quale valore fondante della ricerca della verità nel processo; il rispetto delle parti, protagoniste ineliminabili della dialettica processuale; la legalità e la razionalità quale indispensabile tessitura della decisione giudiziaria; l'attenzione a nuove forme partecipative di organizzazione interna, dirette all'attuazione concreta dei principi contenuti nell'art. 111 Cost, a partire da quello di ragionevole durata del processo.

Tali valori, la cui tutela rientra nelle attribuzioni del Csm, non riguardano solo l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità degli individui e costituiscono il presidio dei diritti dei cittadini. L'interesse pubblico in gioco riguarda il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, assistito dalla speciale garanzia di autonomia e indipendenza ex art. 101, comma secondo, Cost.

La magistratura trova nella professionalità la sua esclusiva legittimazione e, pertanto, per la sua credibilità è essenziale, per un verso, la salvaguardia di questi valori, insieme a quelli di diligenza, laboriosità, lealtà, probità, correttezza, e, per altro verso, la consapevolezza della dimensione di servizio insita nell'attività giudiziaria. Essa è funzionalmente proiettata a rendere effettivi i diritti dei cittadini, con conseguente definitivo superamento dell'idea del magistrato burocrate e valorizzazione, invece, di una prospettiva dinamica in cui assumono preminente rilievo l'impegno a rispondere alla domanda di giustizia con efficienza, qualità, efficacia, il contributo fornito all'organizzazione dell'ufficio quale espressione di uno sforzo ideativo comune, l'elaborazione di prassi e iniziative idonee a fornire un servizio più efficiente e a promuovere l'inserimento di coloro che hanno appena iniziato l'attività giudiziaria, la partecipazione ad iniziative formative comuni anche agli altri operatori del diritto.

2. Codice etico e responsabilità disciplinare

In chiave propositiva i suddetti valori sono espressi dal c.d. codice etico, ossia dal complesso delle regole morali che, pur se prive del carattere di vincolatività proprio normalmente delle norme giuridiche, costituiscono l'espressione del comune sentire della magistratura, la quale, attraverso la loro enunciazione, indica i valori cui devono ispirarsi, in una continua tensione verso i livelli più elevati, lo svolgimento della funzione giudiziaria e la complessiva condotta professionale dei magistrati.

Si tratta di disposizioni dotate di valenza biunivoca, in quanto volte, da un lato, a fungere da canoni di riferimento per il corpo professionale, chiamato al perseguimento degli obiettivi fissati dal precetto etico-professionale e alla verifica di adeguatezza degli stessi rispetto alla continua evoluzione della sensibilità culturale e, dall'altro, a indicare agli utenti della giustizia e, più in generale, all'intera collettività i parametri cui conformare il giudizio e il controllo sociale sull'operato dei magistrati.

Il precetto etico-professionale è ontologicamente diverso, per funzione e per natura, dal precetto giuridico; pertanto, anche quando il piano etico e quello giuridico-disciplinare si intersecano, non sussiste necessaria coincidenza fra i due

tipi di norme. In alcune fattispecie la violazione del codice etico può costituire l'indice o il riscontro di una violazione di regole disciplinari (si pensi ai precetti del codice etico in materia di indipendenza, imparzialità e correttezza), mentre in altre la violazione delle norme etiche si pone al di sotto della soglia dell'illecito disciplinare (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla prescrizione di comportamenti di disponibilità nei confronti degli utenti o di obblighi di aggiornamento professionale e di oculata utilizzazione delle risorse o all'obbligo del dirigente dell'ufficio di consultare il personale amministrativo, gli avvocati e gli stessi magistrati sulle questioni d'ufficio).

La sanzione disciplinare è giustificata per la violazione, per così dire, del minimo etico, mentre il precetto etico-professionale indica agli associati obiettivi che comportano la tensione verso i livelli più elevati, appunto, di etica professionale (Sez. Un. 12 aprile 2005, n. 7443).

3. Illeciti disciplinari ed effettività dell'azione di governo autonomo della magistratura.

Sulla base delle considerazioni sinora svolte è evidente che il piano etico-professionale deve essere tenuto ben distinto dalla dimensione disciplinare che investe, in chiave patologica, tutti gli aspetti sinora indicati. Di conseguenza la sede disciplinare non può costituire la sede di elaborazione di valori idonei, in chiave propositiva, a fungere da solido e condiviso parametro di riferimento cui i magistrati possano ispirare le loro condotte.

L'illecito disciplinare è suscettibile di diverse letture: può integrare la violazione di uno specifico precetto e, al contempo, su di un piano più generale, può costituire l'indice della mancata presa di coscienza del proprio ruolo

Al contempo, in taluni casi, è, come detto, l'indice di criticità nel funzionamento dell'organo di governo autonomo della magistratura che, muovendo dagli uffici quale prima e fondamentale esplicazione dell'esercizio della funzione giudiziaria, si esprime attraverso i Consigli giudiziari e trova, quindi, la sua sintesi nel Consiglio superiore e richiama tutti i diversi protagonisti ad un alto senso di responsabilità istituzionale e di rigore morale. In tale prospettiva l'illecito disciplinare può essere l'epilogo di carenze o disattenzioni in sede di: valutazione della professionalità e attività istruttorie conseguenti a segnalazioni dell'utenza o dei Consigli degli Ordini degli Avvocati; individuazione di attendibili criteri di misurazione del lavoro destinato ad essere svolto dalle diverse articolazioni dell'ufficio e dai singoli magistrati; insufficiente attenzione agli aspetti organizzativi da parte dei magistrati investiti di responsabilità incarichi semidirettivi e direttivi; risoluzione di conflitti interni all'ufficio o tra uffici.

4. L'illecito disciplinare quale eventuale indice di carenze nella direzione dell'ufficio giudiziario

Come in precedenza accennato, può esistere una stretta correlazione tra responsabilità disciplinare e ruolo della dirigenza giudiziaria nell'attuale assetto ordinamentale.

Gli illeciti disciplinari contestati al singolo possono essere la spia di forme di organizzazione del lavoro non efficaci o di carenze di attenzione della dirigenza giudiziaria nell'individuare tempestivamente situazioni problematiche, prodromiche alla loro consumazione. Da questo punto di vista assume rilievo centrale l'attività di vigilanza del magistrato investito di funzioni direttive e semidirettive che deve essere attento a cogliere situazioni critiche e a porre loro rimedio in via preventiva, tutelando l'efficacia e l'efficienza del servizio, e ad adottare ogni misura opportuna. Questo comporta un radicale mutamento culturale del dirigente dell'ufficio giudiziario la cui preoccupazione principale deve essere quella di assicurare un coerente e incisivo assetto organizzativo, ispirato alle regole del giusto processo, della ragionevole durata dei procedimenti, al rispetto del metodo del confronto e del contraddittorio, all'attenzione alle esigenze di tutte le parti, alle istanze della collettività nel cui nome viene amministrata giustizia.

Possono confliggere con tali finalità alcune delle vigenti previsioni normative in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati che, imponendo a coloro che esercitano funzioni semidirettive o direttive obblighi di tempestiva segnalazione di situazioni idonee ad integrare illeciti disciplinari e configurando anche a loro carico ipotesi di responsabilità derivanti da un'omessa sollecita informativa, rischiano di privilegiare una dimensione burocratica del ruolo a detrimento, invece, dell'adozione di efficaci misure organizzative tese a risolvere i problemi, a supportare il magistrato che versi in situazioni di momentanea difficoltà lavorativa, a prevenire comportamenti di possibile rilievo disciplinare. Emblematico, in proposito, è il tema dei ritardi nel deposito dei provvedimenti in cui le due prospettive confliggono tra di loro e il presidente di sezione o il dirigente dell'ufficio giudiziario possono effettuare scelte in chiave meramente "difensiva".

Sarebbe auspicabile scongiurare, al riguardo, ogni possibile forma di automatismo e riconoscere al capo dell'ufficio giudiziario uno spazio di discrezionalità. Emblematica, al riguardo, è l'ipotesi dei ritardi nel deposito dei provvedimenti giudiziari: rispetto ad essa assume rilievo prioritario l'adozione di altre misure (piani di rientro, esoneri temporanei dalle assegnazioni in forma integrale o parziale) idonee a consentire al singolo magistrato di superare situazioni critiche momentanee ed eccezionali. Uso scientemente questi due aggettivi per diversificare questa ipotesi dai casi connotati da sistematicità o abitualità nei ritardi.

Un altro esempio emblematico del fatto che l'illecito disciplinare può costituire l'epilogo di carenze di organizzazione dell'ufficio è costituito dalle ritardate scarcerazioni di imputati detenuti. La casistica giurisprudenziale evidenzia che queste situazioni si verificano in uffici in cui il dirigente:

- non ha provveduto a dettare disposizioni ai fini della predisposizione, per ciascun fascicolo a carico di imputati sottoposti a misure cautelari personali, di schede sintetiche contenenti l'annotazione della data dell'avvenuta privazione della libertà personale, del titolo del reato per cui si procede, l'emissione di eventuali plurime ordinanze custodiali, la scadenza dei termini di fase stabiliti dalla legge;
- ha omesso di impartire le necessarie direttive sulla necessità – richiamata, oltre che nella normativa primaria, in plurime circolari ministeriali – di redigere, contestualmente alla stesura del dispositivo, il separato provvedimento con il quale si indica alle competenti autorità penitenziarie, o alle autorità preposte ai controlli dell'imputato in regime di arresti domiciliari, il termine di scadenza della misura cautelare personale, tenuto conto della data della privazione della libertà personale, del titolo (o dei titoli di reato) per il quale è intervenuta condanna, dei termini (di fase o massimi) previsti dalle disposizioni processuali.
- non ha previsto forme di vigilanza sull'effettivo rispetto di quanto previsto dall'art. 165 bis disp. att. c.p.p.

5. Alcune questioni aperte in tema di procedimento disciplinare

Vorrei, a questo punto, introdurre alcune considerazioni sul procedimento disciplinare che riflette il *proprium* dell'ordine giudiziario in cui devono trovare un ragionevole bilanciamento l'interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, assistito dalla speciale garanzia di autonomia e indipendenza *ex art. 101, comma 2, Cost.*, la tutela del singolo, la salvaguardia del dovere di imparzialità, la credibilità che deve permeare l'esercizio della funzione giurisdizionale

Il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono, quindi, il momento di concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione e non riguardano solo l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma attengono alla generalità degli individui e costituiscono il presidio dei diritti dei cittadini.

L'inquadramento concettuale della responsabilità disciplinare secondo logiche corrispondenti all'autentico significato che l'indipendenza della magistratura assume nel sistema costituzionale, come garanzia dei diritti e delle libertà

dei cittadini, consente di superare visioni obsolete, ereditate dalla legislazione anteriore, basate sull'erronea convinzione che l'intera problematica disciplinare costituisca una questione interna al corpo professionale e che la miglior tutela del prestigio dell'ordine giudiziario sia racchiusa nel carattere della riservatezza del procedimento disciplinare.

La Corte Costituzionale, con plurime decisioni, ha sollecitato una lettura adeguata della normativa in tema di procedimento disciplinare coerente con i principi del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost. e con l'effettività del diritto di difesa.

5.1. Applicabilità al procedimento disciplinare dell'obbligo di comunicazione all'incolpato dell'avviso di conclusione delle indagini

Con riguardo al primo profilo, ritengo opportuno affrontare una questione che, forse, merita un ripensamento in sede interpretativa: alludo alla configurabilità o meno dell'obbligo della comunicazione dell'avviso di conclusione delle indagini all'incolpato ai sensi dell'art. 415-*bis* cod. proc. pen. in forza del generale rinvio contenuto nell'art. 16, comma 2, del d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 alle norme del codice di rito penale con il solo limite della loro compatibilità con la peculiare fisionomia e funzione del procedimento disciplinare. Sono consapevoli che la tematica è già stata esaminata in sede giurisdizionale e in sede di scrutinio di legittimità. Ciononostante penso che sussistano margini per approfondirla ulteriormente.

Da un punto di vista sistematico l'adempimento in questione appartiene ancora alla fase delle indagini preliminari e assolve ad una duplice funzione: a) la tutela del diritto di difesa dell'incolpato, mediante la *discovery* anticipata del fascicolo delle indagini in modo da consentire una conoscenza completa di tutti gli elementi raccolti e da permettere un contributo consapevole ed effettivo allo svolgimento delle eventuali, ulteriori attività istruttorie; b) la garanzia di completezza delle indagini quale preconditione per l'assunzione delle determinazioni di competenza del titolare dell'azione in merito alla sussistenza dei presupposti per il passaggio alla successiva fase giurisdizionale.

In tale contesto è indiscutibile che l'omissione dell'adempimento previsto dall'art. 415-*bis* cod. proc. pen., accompagnato dal deposito degli atti, incide sull'effettività del diritto di difesa nel procedimento disciplinare, perché preclude al magistrato incolpato di conoscere le risultanze acquisite a suo carico e di fornire elementi a sua discolpa, astrattamente idonei a fondare la formulazione, da parte del Procuratore generale, di una richiesta di sentenza di non doversi procedere.

Appare irragionevole e lesiva delle prerogative difensive la conoscenza dei risultati istruttori solo nel momento in cui, formulate da parte del Procuratore generale le richieste conclusive *ex art. 17, comma 1, d. lgs. n. 109 del 2006*, il fascicolo si trova depositato presso la Sezione disciplinare del Csm.

Un tale approdo esegetico contrasta, inoltre, con le esigenze di celerità e di economia processuale, atteso che l'omesso contraddittorio nella fase delle indagini finisce inevitabilmente per incidere sulla corretta definizione del procedimento e può dar luogo a dibattimenti inutili con intuibili ricadute negative sulla funzionalità della Sezione disciplinare e sulla stessa credibilità della funzione disciplinare.

5.2. La difesa tecnica nel procedimento disciplinare

Sul terreno della difesa del magistrato incolpato meritano di essere segnalate l'abolizione della autodifesa – in precedenza consentita – e la previsione che il magistrato incolpato possa avvalersi dell'assistenza di un altro magistrato (anche in quiescenza), di un avvocato del libero foro o di entrambi contemporaneamente.

La modifica normativa recepisce l'insegnamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 497 del 2000) che, nell'accogliere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge sulle guarentigie – sollevata dalla Sezione disciplinare del Csm che aveva ravvisato un contrasto della disciplina con gli artt. 3 e 24 Cost. (ordinanza 18 febbraio 2000) – e nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, della legge sulle guarentigie nella parte in cui escludeva che il magistrato sottoposto a procedimento disciplinare potesse farsi assistere da un avvocato del libero foro, ha delineato una nozione del diritto di difesa, comprensivo del diritto di assistenza tecnica e ha argomentato che la difesa assicurata da un avvocato è, nel nostro sistema giuridico, la forma usuale dell'assistenza tecnica in giudizio.

L'abbandono dell'autodifesa e della regola corporativa dell'assistenza riservata ai soli magistrati è coerente con la natura giurisdizionale del procedimento disciplinare, con una lettura costituzionalmente corretta della nozione di assistenza tecnica in giudizio, nonché con i principi di pubblicità e trasparenza della procedura.

Risponde, infine, ai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, in plurime occasioni, ha affermato che l'art. 6 della Convenzione trova applicazione anche nei procedimenti disciplinari, stante il loro possibile esito sanzionatorio.

Così ricostruita la generi della disposizione normativa, è possibile affermare che l'uso della disgiuntiva "o", contenuta nell'art. 14, comma 5, del d. lgs n. 109

del 2006, non comporta, nel caso della designazione di un collegio di difesa, un'alternativa nel ricorso ai rappresentanti dell'una o dell'altra categoria professionale, ben potendo lo stesso collegio di difesa essere composto, in maniera pluralistica, da un avvocato del libero foro e da un magistrato.

6. Il rilievo delle incompatibilità nel procedimento disciplinare

La nuova normativa non affronta la questione della eventuale incompatibilità del giudice disciplinare, che applica la misura cautelare, a conoscere del merito della controversia.

Pur consapevole della giurisprudenza formatasi sul punto, ritengo utile tornare ad interrogarci sulla questione che si pone alla luce della configurazione del procedimento disciplinare secondo paradigmi giurisdizionali, tenuto conto dell'esigenza di tutelare in forma incisiva specifici interessi e situazioni connessi allo statuto di indipendenza della magistratura, nonché del generale rinvio operato dalla legge delega e dal decreto delegato alle norme del codice di rito penale "in quanto compatibili".

È indubbio che i caratteri giurisdizionali del procedimento disciplinare non comportano, in base alle sue peculiarità e finalità, un recepimento automatico di tutte le norme del processo penale, l'utilizzo dei cui moduli procedurali non è affatto sintomatico di una coincidenza che abiliti ad assimilarne i presupposti e a confrontarne gli esiti, come ci ricorda la Corte Costituzionale. È pacifico, inoltre, che il procedimento disciplinare, pur ispirandosi ad un modello giurisdizionale, ha profili strutturali e funzionali del tutto atipici e peculiari che trovano giustificazione essenzialmente nel fatto che esso si incentra sulla Sezione disciplinare – diretta emanazione del Csm – cosicché sussiste un interesse costituzionalmente protetto a che il procedimento stesso, comunque configurato dal legislatore ordinario, si svolga in modo da non ostacolare l'indifferibilità e la continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione al Consiglio.

A questi principi, però, si affianca quello di imparzialità-terzietà della giurisdizione che ha pieno valore costituzionale ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost. con riferimento a qualunque tipo di processo, pur nella diversità delle rispettive discipline connesse alle peculiarità proprie di ciascun tipo di procedura, e che esiste un nucleo minimo di garanzie, ragionevolmente idonee allo scopo, che devono essere assicurate. Ne consegue che in tutti i tipi di processo, compreso quello disciplinare a carico dei magistrati, debbono essere previste regole sull'esercizio delle funzioni giudicanti, valide a tutelare in ogni caso il valore fondamentale della imparzialità del giudice, in particolare impedendo che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda*.

Il legislatore ha omesso di valutare, alla luce della accentuata giurisdizionalizzazione del procedimento disciplinare, questa articolata cornice di principi costituzionali e di trarne le debite conseguenze, in particolare rivisitando in modo critico la scelta legislativa di riduzione del membri del Csm al fine di prevenire, mediante l'elezione di un adeguato numero di componenti supplenti, eventuali situazioni di incompatibilità sia rispetto alle procedure incidentali cautelari sia ad eventuali giudizi di rinvio e di assicurare, per tale via, in maniera effettiva, l'imparzialità e la terzietà del giudice disciplinare.

7. Il regime di pubblicità

Sul tema della pubblicità, opportunamente richiamato dal Prof. Balduzzi, mi pare utile ricordare che il regime di pubblicità previsto dall'art. 18, comma 2, del d. lgs. n. 109 del 2009 costituisce l'approdo di un lungo e complesso percorso in cui, ancora una volta, l'azione autoriformatrice del Csm ha anticipato l'intervento del legislatore ordinario. L'art. 34, comma 2, della legge sulle guarentigie prevedeva che l'udienza disciplinare si svolgesse in regime di segretezza a porte chiuse. La Corte Costituzionale, investita, con riferimento alla previgente normativa, della questione di legittimità costituzionale del principio di pubblicità, ha avuto modo di osservare che le deroghe al regime di pubblicità del dibattimento sono disposte a garanzia di beni costituzionalmente protetti solo nel processo penale, mentre, negli altri casi, al legislatore deve essere riconosciuto un più ampio potere discrezionale nella valutazione degli interessi che legittimano lo svolgimento del dibattimento a porte chiuse.

La questione ha trovato una soluzione a livello pratico-applicativo prima ancora che legislativo. Infatti, il 6 luglio 1985 la Sezione disciplinare del Csm, in accoglimento dell'istanza avanzata dal magistrato incolpato per "una esigenza di verità e di chiarezza", disponeva la pubblicità del dibattimento in base al duplice rilievo che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con la legge n. 848 del 1955, aveva abrogato l'art. 34 della legge sulle guarentigie e che la regola della pubblicità del dibattimento deve trovare applicazione piena anche nel giudizio disciplinare, in quanto nel magistrato incolpato s'incentra un duplice interesse: quello al libero e indipendente esercizio dell'attività professionale e quello al buon andamento della giustizia, particolarmente evidente nella materia penale il cui ordinamento è richiamato dalla normativa sulla giustizia disciplinare.

A distanza di circa cinque anni, l'art. 1 della legge n. 74 del 1990 introduceva la regola in base alla quale dinanzi alla Sezione disciplinare del Csm "il dibattito si svolge in pubblica udienza". La deroga era consentita solo nel caso in cui una

delle parti ne avesse fatto richiesta e ricorressero le seguenti condizioni: estraneità dei fatti oggetto dell'incolpazione all'esercizio della funzione giudiziaria, oppure esigenze di tutela del diritto dei terzi o esigenze di tutela della credibilità della funzione giudiziaria.

La successiva disciplina contenuta nel d. lgs. n. 109 del 2006 ha riaffermato la regola della pubblicità del dibattimento disciplinare e ha introdotto clausole derogatorie ancorate a rigidi parametri che si pongono in una linea di continuità con la normativa abrogata. Infatti, la Sezione disciplinare, su richiesta di una delle parti, può disporre che la discussione si svolga a porte chiuse in presenza di una delle seguenti condizioni, alternativamente previste: a) esigenze di tutela della credibilità della funzione giudiziaria correlate alle contestazioni disciplinari e all'ufficio ricoperto dal magistrato incolpato; b) esigenze di tutela del diritto dei terzi.

8. La presidenza della Sezione disciplinare

Di particolare rilievo è l'ulteriore tema introdotto dal prof. Balduzzi in tema di presidenza della Sezione disciplinare.

La varietà, la delicatezza, la complessità delle questioni sottoposte al giudice disciplinare richiedono la continuità nello svolgimento della funzione di presidente del Collegio disciplinare allo scopo di garantire la coerenza e l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali. Sono consapevole che questo comporta un aggravio d'impegno per il vice-presidente del Csm che tradizionalmente presiede la Sezione (o per il membro laico da lui stabilmente delegato), ma, ad assetto ordinamentale invariato, l'alternativa della rotazione dei Collegi da parte dei diversi membri laici può essere foriera di disarmonie e incoerenze dei processi decisionali.

Unica eccezione a tale ipotesi dovrebbe, ovviamente, essere costituita dai casi di annullamento con rinvio disposti dalle Sezioni Unite civili che richiedono un mutamento del Collegio.

9. Questioni aperte in tema di composizione della Sezione disciplinare

Merita un ampio approfondimento, che non può essere esaurito in questa sede, il problema della composizione dei Collegi della Sezione disciplinare del Csm e delle incompatibilità derivanti dalla partecipazione alla Prima Commissione, dotata di competenza in materia disciplinare.

Ragioni di opportunità suggeriscono, a mio avviso, che i membri della Prima Commissione non compongano la Sezione disciplinare e non partecipino al

voto nelle sedute plenarie in cui vengano trattate proposte formulate dalla Prima Commissione: ciò al fine di garantire nella massima espressione le esigenze di imparzialità e di terzietà del giudice disciplinare. In tal senso si orientò il Csm di cui sono stata componente nel quadriennio 1998-2002 e penso che tal scelta abbia contribuito alla serenità e al corretto funzionamento della Sezione disciplinare.

Sono ben consapevole che si tratta, in ogni caso, di una soluzione parziale che rischia di sottrarre all'assemblea plenaria il contributo dialettico di idee sulle pratiche di Prima Commissione – talora assai articolate – di una parte dei componenti dell'organo di governo autonomo della magistratura, ma sono altrettanto convinta che, nel doveroso bilanciamento tra le diverse esigenze, debba essere data la precedenza a quelle inerenti alla giurisdizione disciplinare.

L'esigenza di prevenire o, comunque, contenere al massimo eventuali forme di "pregiudizio" derivanti dalla conoscenza maturata in un'altra articolazione del Csm dei medesimi fatti posti a base della procedura disciplinare e l'obiettivo di garantire nella massima espressione eventuali forme di inconsapevole contrasto giurisprudenziale su questioni analoghe sconsigliano, a mio sommesso avviso, l'accoglimento dell'ipotesi di rotazione di tutti i componenti dell'organo di governo autonomo quali membri della Sezione disciplinare

10. Elaborazione e conoscenza della produzione giurisprudenziale in materia disciplinare

Raccogliendo le ulteriori sollecitazioni del Prof. Balduzzi, riterrei, infine, utile la predisposizione da parte del Csm di rassegne ragionate di giurisprudenza della Sezione disciplinare suddivise per temi e sotto-temi, sul modello dell'archivio delle massime della Corte di cassazione curato dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo. Tali rassegne dovrebbero dare conto non solo degli orientamenti espressi dalla Sezione disciplinare sui singoli temi, ma anche di eventuali difformità maturate in ordine agli stessi dalle Sezioni unite civili, in modo da delineare un contesto unitario che possa consentire la ricostruzione del sistema disciplinare nel suo complesso, di cogliere le relative linee di tendenza, di promuovere un costante confronto critico.

Preziosa sarebbe, inoltre, la predisposizione da parte dell'ufficio studi del Csm di segnalazioni di contrasto giurisprudenziale sorto sui medesimi temi all'interno della Sezione disciplinare. Tali segnalazioni, destinate alla consultazione da parte del Collegio disciplinare, permetterebbero di scongiurare difformità interpretative che nuocciano alla leggibilità e alla coerenza degli orientamenti in un settore così delicato come quello della responsabilità disciplinare dei magistrati.

La giustizia disciplinare dei magistrati

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La netta delimitazione della sfera del disciplinare. – 3. Le ragioni del gigantismo e dell'espansione del disciplinare. – 4. Le modifiche all'organizzazione del settore disciplinare. – 5. Le linee guida per la demarcazione dell'illecito disciplinare da altre tipologie di rilievo etico o deontologico. – 6. Quali riforme per il procedimento disciplinare?

1. Premessa

Grazie per avermi invitato a questo stimolante incontro. Sono gravato da un onere diverso da quello degli altri partecipanti alla tavola rotonda, perché sono titolare dell'azione disciplinare e quindi mi trovo a dover fare scelte che da questo ruolo derivano. Il professor Balduzzi ha affermato che la giustizia disciplinare dei magistrati soffre di gigantismo. Condivido questo giudizio, anche se esso è in contrasto con l'opinione corrente, secondo la quale la giustizia disciplinare sarebbe una giustizia domestica, intendendosi con questo lassista, "addomesticata". In realtà la giustizia disciplinare non può non essere domestica, nel senso di vivere nella deontologia della professione e di essere amministrata dai suoi componenti. Nel nostro ordinamento questa referenzialità interna è attenuata dalla composizione della Sezione disciplinare, che è parte del Consiglio Superiore, e dal ruolo del Ministro della Giustizia. Il gigantismo disciplinare emerge dal numero dei procedimenti iscritti e delle azioni esercitate; esso è attestato anche dalla severità delle decisioni della Sezione, che non ha pari in altre amministrazioni. Non sempre questo aspetto è percepito, a volte per una cattiva lettura del dato statistico, come quando si fa riferimento all'alta percentuale di assoluzioni e proscioglimenti, senza considerare che nel disciplinare non vi è una fase di filtro da parte di un giudice diverso da quello del dibattimento; cosicché, una volta esercitata l'azione, atto indispensabile per poter procedere ad indagini, la deliberazione sulla richiesta del procuratore generale di non luogo a procedere è comunque riservata alla Sezione del CSM, in procedura camerale. Analoga incomprendenza si ha a proposito delle dimissioni dall'ordine giudiziario, spesso motivate proprio dalla volontà di evitare il giudizio, e che invece vengono assimilate alle assoluzioni.

Questa situazione si riflette sulle scelte, anche organizzative, della Procura generale. Intendo quindi soffermarmi essenzialmente su questo aspetto, che rimane poco conosciuto tra i magistrati.

La professoressa Biondi ha messo in luce alcune cause del gigantismo. Sulla disciplina si è infatti riversato il cattivo funzionamento – a volte il mancato funzionamento – di altri meccanismi che avrebbero dovuto presidiare la professionalità e la deontologia del magistrato. Non dimentichiamo, infatti, che anche i parametri indicati dall'art. 1 dl d.lgs. 109/2006, che delineano i valori sottesi alla tipizzazione degli illeciti, quali l'equilibrio o l'imparzialità, fanno parte di quelli che il consiglio superiore della magistratura è chiamato a valutare in tutta una serie di casi, dalla progressione in carriera alla selezione in occasione di nomine o del conferimento di incarichi.

È questa una delle ragioni per cui sul disciplinare si è scaricato un enorme peso, che già potete vedere semplicemente dai numeri. Non vi affliggo con le statistiche, perché le potete trovare sul sito della Procura generale, nel quale vi è molto materiale. Oltre alle statistiche, troverete le relazioni per le inaugurazioni dell'Anno giudiziario, frutto della elaborazione comune dell'ufficio e che dedicano una larga parte all'esame dettagliato del settore disciplinare.

Vorrei invece fornire alcune informazioni sulle scelte che la Procura generale ha operato per rendere più efficace la propria azione, ispirandosi al principio di trasparenza.

2. La netta delimitazione della sfera del disciplinare

La Procura generale è sommersa dalle notizie di illecito, che solo in piccola parte vengono dagli organi preposti alla segnalazione qualificata, le procure generali d'appello, la corte d'appello o l'Ispettorato generale del Ministero della Giustizia. Gli esposti provengono in larga parte da cittadini che vedono nel procedimento disciplinare la possibilità di ottenere una sorta di ulteriore grado di giudizio e a volte anche di rivalersi rispetto a condotte ritenute non adeguate professionalmente, ma che non hanno trovato risposta in altra sede.

Essi chiedono che il magistrato venga punito in sede disciplinare e ciò il più delle volte per comportamenti che non rientrano nella tipicità della previsione normativa; molto spesso gli esposti sono esclusivamente mirati a una nuova valutazione della decisione sgradita. In maniera sempre più aggressiva, alcuni esposti colpiscono progressivamente tutti coloro che di volta in volta si occupano del caso, dando torto all'esponente.

La Procura generale, dunque, non è solo l'organo dell'azione; essa è anche organo di garanzia, per evitare che l'azione disciplinare finisca per essere stru-

mento di pressione e di condizionamento della libertà morale dei magistrati, parte essenziale della loro effettiva indipendenza.

L'azione disciplinare già di per sé determina effetti negativi per l'incolpato, perché essa va comunicata al Consiglio Superiore e al Ministro e la sua pendenza incide sulla vita professionale. Essa ha delle conseguenze, per esempio, in sede di autorizzazione agli incarichi extragiudiziari o per il conferimento di incarichi direttivi e nella progressione nella carriera.

È dunque della massima importanza individuare con precisione qual è l'ambito che spetta al disciplinare, il discrimine tra la violazione di una fattispecie tipizzata ed altri aspetti di valutazione della vita professionale di un magistrato.

La disciplina non è infatti l'unica sede nella quale debbano essere valutati i comportamenti del magistrato, nell'esercizio e fuori della professione.

La sede principale è costituita evidentemente dal CSM, nelle sue varie articolazioni; questo dovrebbe essere l'ordinario luogo ove, nelle progressioni di professionalità e nell'autorizzazione o conferimento di incarichi, si valuta il complesso del comportamento del magistrato, dalla sua capacità di svolgere adeguatamente le funzioni giudiziarie, all'equilibrio e alla indipendenza che il magistrato dimostra nella vita professionale e in quella di relazione¹.

Il d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, all'art. 58 *bis*², ha poi attribuito all'Associazione Nazionale Magistrato l'adozione del Codice etico, previsto per tutti coloro che esercitano una pubblica funzione. Il codice etico rinviene quindi la sua base giuridica in una norma primaria (ciò che, peraltro, ne evidenzia importanza ed efficacia). La violazione delle regole etiche non è affatto priva di sanzione. L'A.N.M., per statuto (artt. 9, 10 e 11), può infatti procedere a biasimare, con provvedimenti sanzionatori, il magistrato che ponga in essere condotte connotate da disvalore etico. Le ricadute sono di non poco momento.

Ad esempio, esse possono contribuire a dare contenuto alle clausole generali, che integrano le fattispecie tipiche. Come precisato nelle Linee Guida, su cui oltre, la distinzione tra deontologia e responsabilità disciplinare comporta che, nel sistema dell'illecito tipizzato, l'individuazione dei valori tutelati e delle condotte che li vulnerano, disciplinarmente sanzionabili, è riservata al legislatore, spettando poi al giudice l'interpretazione delle disposizioni che prevedono gli illeciti disciplinari; ma il giudice, nel procedere al riempimento

¹ Questi valori sono ben sintetizzati nell'art. 1 del d.lgs. 109/2006, nella imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona nell'esercizio delle funzioni.

² In seguito, art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001.

delle residue clausole generali del sistema tipizzato, non di rado previste anche dal diritto c.d. punitivo, consistendo tali clausole in un rinvio ad elementi extra o meta-giudici, può avvalersi dei precetti recati dal codice etico ai fini della loro concretizzazione.

3. Le ragioni del gigantismo e dell'espansione del disciplinare

La sanzione disciplinare dovrebbe dunque svolgere un ruolo marginale, riservato solo alle violazioni più gravi, previste dalla legge in fattispecie tipiche. Quando funzionano male i meccanismi ordinari di valutazione della professionalità o dei comportamenti, sotto i profili etici o deontologici, l'area della disciplina tende naturalmente ad espandersi.

Aumenta di conseguenza il numero delle segnalazioni e al tempo stesso se ne modifica la sostanza, con la pretesa di ottenere attraverso la procedura disciplinare il controllo sulla professionalità o sull'etica, che gli ordinari meccanismi a ciò preposti non sono stati in grado di assicurare.

È una deriva che abbiamo già sperimentato nell'affine campo del diritto penale e della sua tendenza a divenire un diritto etico. Se il diritto penale rischia di essere – secondo un'acuta lettura – il nuovo ed unico paradigma dell'etica pubblica, in maniera analoga sembra che alla sola sanzione disciplinare sia oggi riservato il metronomo etico del magistrato: le scelte etiche condivise risulterebbero riconoscibili solo attraverso la silloge delle punizioni e la gravità della sanzione. Non esisterebbe, insomma, una 'terra di mezzo', alcuna etica non giuridica socialmente rilevante: cosicché, si potrebbe dire parafrasando Donini, "si passa immediatamente da ciò che è [reato] *illecito* a ciò che è lecito in quanto non [delitto] *sanzionato disciplinarmente*"³.

A ciò si aggiunga che il cattivo funzionamento degli istituti a presidio della professionalità del magistrato contribuisce a determinare la convinzione che il disciplinare sia la sede nella quale far valere i propri diritti, da parte dei cittadini o dei professionisti che ritengono di non avere avuto giustizia nel processo, o di affermare principi etici di comportamento professionale.

Non è un caso che le segnalazioni provenienti da privati si appuntino ormai, più che sul pubblico ministero, come in passato avveniva, sul giudice civile e soprattutto nei settori sensibili della crisi di impresa, delle esecuzioni immobiliari e della famiglia. Non sempre è distinguibile, in queste segnalazioni, la pretesa di

³ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Mucchi Editore, Modena, 2014, p. 3.

ottenere giustizia in una sede impropria, dalla volontà di esercitare pressione e di condizionare l'esercizio della giurisdizione.

4. Le modifiche all'organizzazione del settore disciplinare

Il gran numero di segnalazioni e le loro caratteristiche, secondo quanto appena accennato, hanno reso necessarie alcune modifiche organizzative, volte a rendere il più possibile omogenea la selezione di quelle che richiedevano l'esercizio dell'azione o approfondimenti istruttori.

Il settore disciplinare è diviso in due aree. Alla prima è attribuito l'esame preliminare delle segnalazioni, che vengono distribuite ai s.procuratori generali, componenti l'articolazione del disciplinare. Possono essere svolte sommarie indagini, finalizzate alla valutazione sull'esercizio dell'azione, ma non atti di indagine veri e propri, in quanto l'art. 15, comma 5 del d.lgs. 109/2006 ne prevede la nullità se non preceduti dalla comunicazione all'incolpato dell'esercizio dell'azione. Questa fase si conclude con l'archiviazione oppure con l'esercizio dell'azione disciplinare.

Nel primo caso, il provvedimento motivato di archiviazione viene mandato al Ministro della Giustizia, che può chiedere ulteriori informazioni e assumere determinazioni diverse, esercitando l'azione. Questa fase è riservata. Il provvedimento di archiviazione, infatti, è comunicato al solo Ministro, per le sue autonome valutazioni. Vedremo tra breve le implicazioni di tale impostazione.

Quando l'azione è esercitata, o per impulso del Ministro oppure direttamente dal Procuratore generale, il procedimento viene assegnato ad un magistrato del settore, di norma lo stesso che ha curato l'esame preliminare. Si può ora procedere alle opportune indagini, che seguono le norme del codice di procedura penale, in quanto compatibili. Si procede quindi all'interrogatorio dell'incolpato, atto certamente molto importante anche se non previsto quale necessario ai fini dell'apertura della fase successiva.

Completate le indagini, la Procura generale può richiedere alla Sezione disciplinare che essa dichiari in camera di consiglio il non farsi luogo a dibattimento. In alternativa, a richiesta del Procuratore generale o del Ministro, si procede al giudizio. Il p.m. è sempre rappresentato dalla Procura generale.

Da quanto sin qui detto è evidente che la fase di selezione delle notizie di illecito è di grande importanza. Essa si conclude infatti con un provvedimento interno al circuito degli organi dell'azione (Ministro e Procuratore generale) e non è conoscibile al di fuori dei due organi. Le scelte operate devono, di conseguenza, essere ispirate alla massima omogeneità e coerenza.

A tal fine è stata recentemente costituita una articolazione del settore predisciplinare volta alla selezione preliminare delle notizie di illecito, che vengono di conseguenza incanalate verso la diretta archiviazione, quando esse siano palesemente infondate e non possano essere approfondite, oppure verso l'ordinaria trattazione da parte del magistrato designato per la fase predisciplinare.

Oltre a far sì che la selezione avvenga in maniera omogenea, questa struttura consente di concentrare le energie dell'ufficio sui casi, non pochi, che richiedono approfondimenti o l'immediato esercizio dell'azione.

Al fine di consentire un controllo indiretto sulle scelte dell'ufficio, poi, si è previsto che la massimazione dei provvedimenti di archiviazione, che già veniva fatta per esigenze interne, venisse resa pubblica, attraverso il sito della Procura generale.

Con la pubblicazione delle massime (più di 300 e in continuo aggiornamento) si è voluto porre parziale rimedio alla segretezza della fase, che non consente una piena valutazione delle scelte operate. Attraverso le massime, prive di riferimenti che consentano di individuare i soggetti coinvolti, ma che indicano i fatti e la soluzione giuridica percorsa, il pubblico e in particolare i magistrati possono comprendere il percorso argomentativo che la Procura ha seguito nel non esercitare l'azione.

La questione della riservatezza della fase predisciplinare si collega alla funzione del procedimento disciplinare. Esso, infatti, non configura un rimedio ordinato a garantire correttezza ed esattezza delle decisioni e non costituisce il presidio, immediato e diretto, dei diritti dei cittadini in un determinato processo civile o penale, la cui tutela è assicurata esclusivamente all'interno di questo, attraverso gli strumenti previsti dalla legge processuale, ovvero, nei casi nei quali sia ipotizzabile la responsabilità del magistrato, ai sensi della legge n. 117 del 1988, mediante la proposizione della relativa azione in sede civile. Esso non è poi strumento preordinato a verificare e garantire la professionalità dei magistrati. Il procedimento disciplinare è volto esclusivamente ad accertare se il magistrato abbia tenuto condotte che integrano gli elementi costitutivi di uno degli illeciti tipizzati ed a sanzionarle, ai fini e con gli effetti stabiliti dal d.lgs. n. 109 del 2006, con ciò contribuendo alla salvaguardia dei valori della giurisdizione.

Su questo vi è stata recentemente qualche confusione determinata da una decisione della giustizia amministrativa di primo grado, fino alla decisione del Consiglio di Stato, che ha ribadito il carattere giudiziario e non amministrativo della procedura, escludendo quindi il diritto di accesso agli atti del denunciante⁴.

⁴ Cons. Stato 29.03.21, n. 2593/2021. Nel ritenere inammissibile il ricorso dell'Avvocatura generale nell'interesse del Ministero della Giustizia e della Procura generale, essendo stata data esecuzione

Al di là del caso concreto, che non si prestava ad alcuna dietrologia, visto che il provvedimento di archiviazione si limitava a prendere atto della cessazione dell'incolpato dall'appartenenza all'ordine giudiziario, l'affermazione del Consiglio di Stato risolve una questione di principio, per il riconoscimento che nel procedimento disciplinare non agiscono interessi diversi da quelli della tutela dei valori che presidiano l'esercizio della giurisdizione.

5. Le linee guida per la demarcazione dell'illecito disciplinare da altre tipologie di rilievo etico o deontologico

Questo impianto normativo pone alcuni problemi non di poco momento. Il primo, e lo si è appena visto, è quello della impossibilità di dar pieno conto delle scelte operate. Per porvi parziale rimedio si è fatto ricorso alla pubblicazione di massime delle più significative decisioni.

Ancora più rilevante è forse però il tema della conoscenza da parte delle diverse articolazioni del circuito del governo autonomo (in primis il CSM, ma anche i dirigenti degli uffici interessati e i consigli giudiziari) delle informazioni raccolte nella fase riservata e che potrebbero essere di notevole rilievo ai fini delle valutazioni di professionalità e del conferimento di incarichi.

La separatezza che attualmente si verifica tra le due grandi aree di valutazione, quella disciplinare e quella di competenza del governo autonomo, concorre forse a rendere meno efficace il complesso del sistema valutativo.

La necessità di distinguere con chiarezza tra condotte rientranti nella previsione di ipotesi tipiche di illecito e altre, che pure potrebbero essere eticamente disdicevoli o rilevanti ai fini delle valutazioni consiliari, è emersa nel recente caso

alla decisione del Tar, il CdS ha infatti disposto la compensazione delle spese, così motivando: «alla soccombenza virtuale; va infatti, seppure a questi fini, affermato che nel merito l'appello della Procura Generale appariva meritevole di accoglimento, giacché gli atti del procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati ordinari non sono atti amministrativi secondo la disciplina sull'accesso ex art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ma casomai giurisdizionali, sulla scorta degli artt. 15 e 16 del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 Sicché rispetto ad essi non valgono le esigenze di ordine generale a fondamento dell'accesso nei confronti dell'attività di pubblico interesse dell'amministrazione, consistenti nel *«favorire la partecipazione e (...) assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»* (art. 22, comma 2, l. n.241 del 1990). La decisione segue l'orientamento precedente della giurisprudenza amministrativa, che aveva appunto riconosciuto il carattere giudiziario della procedura, escludendo il diritto di accesso; v. TAR Lazio, Sez. I, 7 maggio 2019, n. 5714 e Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2309. Dal carattere giustiziale della procedura, discende poi anche la non impugnabilità del decreto di archiviazione dinanzi alla giustizia amministrativa, conseguenza di non poco momento.

che ha portato alle dimissioni dal CSM di alcuni consiglieri e all'azione disciplinare nei confronti di molti altri magistrati.

Il caso costituisce quasi una prova di resistenza del sistema disciplinare, prova che meriterebbe un'autonoma riflessione, non coartata nei limiti temporali e di argomento di questo incontro.

La Procura generale non ha un proprio Ispettorato e non è attrezzata per la ricerca della notizia di illecito. In genere, la Procura riceve una notizia già circostanziata e definita. Anzi, il Legislatore ha ritenuto che questi caratteri siano necessari perché si proceda all'azione, dovendosi in caso contrario archiviare il procedimento, salvo l'integrazione della notizia con sommarie indagini. Sono invece precluse attività di indagine vere e proprie, non precedute dall'esercizio dell'azione (art. 15 d.lgs. 106/2006).

La Procura di Perugia trasmise un numero enorme di informazioni, tratte dal procedimento penale a carico del dr. Luca Palamara e di altri. Si trattava di informazioni grezze, senza una valutazione della loro rilevanza disciplinare o anche semplicemente l'attribuzione di condotte determinate a singoli magistrati.

Da qui la necessità di una valutazione preliminare che distinguesse tra ciò che rientrava nella previsione tipica del codice disciplinare e ciò che invece riguardava altri profili, dalla totale irrilevanza di conversazioni meramente private, alla rilevanza ai fini del codice etico della magistratura o per le valutazioni del consiglio superiore della magistratura nelle sue varie articolazioni e responsabilità. È stato dunque necessario innanzitutto costituire un gruppo di lavoro composto da più magistrati e coordinato da un avvocato generale. Questo gruppo ha elaborato delle linee guida, che consentissero da un lato una valutazione omogenea da parte dell'ufficio e poi la trasparenza del nostro percorso decisionale. L'elaborazione comune è poi stata fatta propria dall'ufficio, attraverso un provvedimento del Procuratore generale, poi integrato da un secondo provvedimento⁵. Le linee guida possono piacere o non piacere, possono essere condivisibili o meno ma il senso è questo: omogenea trattazione e trasparenza.

Il provvedimento integrativo del 4 settembre 2020, poi, intende delimitare in via generale i casi in cui può farsi ricorso ad archiviazione diretta, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 109/2006⁶ e cioè quando il fatto è di scarsa rilevanza. L'art. 16, comma 5 *bis*, del medesimo decreto legislativo⁷, infatti, prevede che si possa procedere all'archiviazione, senza dunque l'esercizio dell'azione, anche nei casi in cui sia ravvisabile un illecito disciplinare, ma il complesso delle circostanze valutate

⁵ Le linee guida possono essere lette sul sito della Procura generale.

⁶ Introdotto dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269

⁷ Anch'esso introdotto con la legge n. 269/2006

consenta di escludere la necessità della sanzione. Si tratta di un potere assai significativo, anche per via della segretezza della fase, che rende difficile che si possa render conto nel singolo caso delle ragioni dell'applicazione della norma liberatoria. Tanto più che l'orientamento costante dell'ufficio, confermato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite è nel senso della possibilità di applicazione dell'art. 3 *bis* e dunque dell'affermazione della scarsa rilevanza del fatto, quando la gravità è elemento costitutivo della fattispecie, come nelle ipotesi di cui all'art. 2, lettera d, del d.lgs. 109/2006, che punisce i comportamenti "gravemente" scorretti, o di cui alla lettera q, ove è il "grave" ritardo ad essere perseguito⁸.

Non vi è dunque contraddizione alcuna tra la gravità, come elemento costitutivo dell'illecito, e la scarsa rilevanza del fatto, che attiene alla valutazione complessiva della condotta, delle sue cause e ricadute e della vita professionale del magistrato.

La previsione della possibilità di applicare l'esimente anche con il provvedimento di archiviazione ha reso necessario indicare in quali casi ciò possa essere fatto, senza dunque procedere alla contestazione dell'illecito, con ciò che ne consegue pure sotto il profilo della sottoposizione della scelta alla valutazione del giudice disciplinare. Per tale ragione le direttive integrative limitano i casi in

⁸ Cass., Sez. U civili, Sentenza 10 settembre 2019, n. 22577 (Rv. 655113) ha affermato che *"la previsione di cui all'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006, secondo cui l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza, è applicabile, sia per il tenore letterale della disposizione che per la sua collocazione sistematica, a tutte le ipotesi previste negli artt. 2 e 3 del medesimo decreto, anche quando la gravità del comportamento è elemento costitutivo del fatto tipico, e perfino quando integri la commissione di un reato"*. Ma già, nell'identico senso, Sez. U, Sentenza 23 aprile 2012, n. 6327 (Rv. 622237)]. Tra i molti possibili esempi, per un'ipotesi di applicazione dell'esimente di cui all'art. 3 *bis* d.lgs. n. 109 del 2006 alla fattispecie in tema di illecito ex art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006 (sostituto procuratore incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del procuratore della Repubblica ff.), v. Cass. Sez. U civili, Sentenza 27 novembre 2019, n. 31058, (Rv. 656167), che ha cassato la sentenza della sezione disciplinare, la quale aveva escluso l'applicabilità dell'esimente senza esprimere il necessario giudizio, da effettuarsi in concreto ed "ex post", sulla "non scarsa rilevanza" della lesione del bene giuridico direttamente tutelato ex art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, consistente nel buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale, e, in secondo luogo, di quella dell'immagine del magistrato. Per la compatibilità dell'applicazione dell'esimente al reiterato, grave ed ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni, v. tra le altre CSM, sez. disc., Sentenza n. 140 del 2020 – RGN 54/2019, secondo cui non integra tale illecito disciplinare, per scarsa rilevanza del fatto, "la condotta del magistrato il quale ha depositato alcuni provvedimenti con ritardi reiterati e gravi laddove, effettuando una valutazione *ex post* e in concreto, la condotta posta in essere risulta inoffensiva per non aver leso l'immagine e il prestigio di cui deve godere il magistrato e per essere stata posta in essere in un contesto di eccezionale difficoltà organizzativa dell'ufficio".

cui procedere senza esercizio dell'azione a quelli in cui i presupposti di applicazione della norma emergano "con chiara evidenza"⁹.

Anche in questo caso, dunque, con le direttive si è inteso offrire ai magistrati dell'ufficio una chiara cornice di riferimento, entro la quale operare scelte uniformi, e al tempo stesso dare conto pubblicamente delle ragioni di quelle scelte.

6. Quali riforme per il procedimento disciplinare?

Un problema nuovo, l'esame di un materiale grezzo e molto vario, ha fatto emergere i problemi antichi di cui parlava la professoressa Biondi. Tra questi, certamente, alcuni che esulano dallo spazio di questo intervento, perché richiederebbero modifiche costituzionali, come il tema della creazione di un organo di disciplina unico per tutte le magistrature. Lo stesso sistema delle sanzioni è apparso rigido, determinando persino questioni di legittimità costituzionale¹⁰. Altri aspetti attengono alla compatibilità dello svolgimento della funzione di giudice disciplinare con le ordinarie attribuzioni del consigliere superiore; questione che si è posta con veemenza, per la particolarità di contestazioni mosse ad ex consiglieri.

La contestazione di ipotesi di grave scorrettezza e di interferenza con le procedure consiliari ha reso infatti di grande attualità il tema del rapporto tra lo svolgimento delle funzioni del Consiglio e la partecipazione in qualità di giudice nella Sezione disciplinare. Questa tensione è stata alla base delle continue ricusazioni che hanno segnato l'anno trascorso e che, pur se tutte respinte dalle Sezioni Unite della Corte, hanno molto rallentato i lavori della Sezione disciplinare, causando incompatibilità a catena e costringendo di conseguenza addirittura alle elezioni suppletive di membri della Sezione disciplinare.

Da ciò alcuni commentatori hanno tratto il rafforzamento della convinzione che l'intero settore disciplinare debba essere portato fuori del Consiglio, con la

⁹ Così SSUU, 14664/2011, che ha espressamente affrontato il tema dell'applicazione dell'art. 16, comma 5 *bis*, d.lgs. 109/2006 e succ. mod. e int.

¹⁰ Con la decisione n. 197 del 4/07/2018 la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura con le ordinanze del 12 luglio 2017, dell'art. 12, comma 5, del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, recante la "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", nella parte in cui prevede in via obbligatoria la sanzione della rimozione per il magistrato che sia stato condannato in sede disciplinare per i fatti previsti dall'art. 3, lett. e).

creazione di organi esterni, magari coprenti l'intera magistratura, nelle sue articolazioni amministrativa, contabile e militare.

Le proposte di riforma in discussione tentano di affrontare questo tema, costruendo una incompatibilità dei giudici disciplinari con alcune commissioni e con alcuni ruoli consiliari. Non so se questa strada sarà praticabile e utile.

La vastità dei temi impone però di rimanere rigorosamente ancorati ai limiti del mio intervento, concernente il ruolo della Procura generale. Mi concentrerò qui sugli aspetti che più direttamente riguardano l'approccio della Procura generale all'esercizio dell'azione e alle scelte – anche organizzative – che ne seguono.

Premessa necessaria è però la questione delle fattispecie di illecito sanzionabili.

L'azione disciplinare è vincolata alle ipotesi tipiche, previste dalla legge. Non sempre è facile sussumere le condotte che emergono nella varietà della vita professionale, nei margini ristretti della tipizzazione.

La stagione di riforme che si è aperta potrebbe essere l'occasione per valutare l'effettiva adeguatezza della tipizzazione operata ormai quindici anni fa. Quella tipizzazione risentì molto di vicende che si agitavano nel dibattito pubblico, con le quali alcune ipotesi di illecito finirono per rapportarsi direttamente. Ciò portò ad interventi correttivi nello spazio di pochi mesi. Il principio di tipicità, e quello di determinatezza che ad esso si collega, richiedono invece il carattere astratto e generale della norma, in grado di delimitare con precisione i contorni dell'illecito e quindi delle condotte vietate.

Premessa di ogni seria riforma è la ricognizione approfondita dei problemi che si intendono affrontare. In tema di tipizzazione dell'illecito occorre dunque partire dall'esperienza maturata in questi quindici anni di applicazione del nuovo sistema disciplinare, basato sulla tipicità dell'illecito.

Gli sforzi della Procura generale per un'uniforme esercizio dell'azione hanno trovato riscontro nell'opera di sistematizzazione delle Sezioni Unite della Corte. Da questo patrimonio occorre partire.

Basti pensare al tema dei ritardi nel deposito di provvedimenti, che a lungo è stato oggetto di preoccupazione tra i magistrati ma che ha ormai trovato un buon equilibrio applicativo, attraverso l'interpretazione adeguatrice della Corte, sostenuta dalla Procura generale. Alla meccanica applicazione di criteri numerici si è sostituita la valutazione del ritardo nella cornice complessiva delle difficoltà dell'ufficio, delle ragioni che a quei ritardi contribuirono e infine alla vita professionale del magistrato.

Questa interpretazione si è riflessa anche in tema di art. 3 *bis* del d.lgs. 109/2006, pacificamente ritenuta applicabile anche nel caso di gravità dei ritardi.

Ha retto alle prime verifiche l'interpretazione che l'ufficio ha dato dell'art. 2, lett. d) del d.lgs. 109/2006, ritenendo che tali norme possano essere applicate

a condotte che attengono alle procedure consiliari, considerando anche queste come strettamente attinenti all'ufficio del magistrato. Analoghe considerazioni valgono per l'illecito di cui all'art. 3, lett. i, del d.lgs. 109/2006, con riferimento alle interferenze operate nelle procedure consiliari di nomina di dirigenti.

In altre ipotesi di illecito, invece, l'interpretazione si scontra con il divieto di analogia *in malam parte*, come nell'applicazione dell'art. 3, comma 1, lett. e, ove si è verificato il caso di vantaggio percepito non dal magistrato ma da uno stretto congiunto, ritenuto dalle Sezioni Unite come non rientrante nel parametro di tipicità della norma incriminatrice.

La tipizzazione degli illeciti disciplinari rende concreto il rischio di impunità per condotte non rientranti nelle fattispecie tassativamente descritte e tuttavia lesive del bene protetto dalle stesse. A detta lacuna non sopperisce l'elencazione dei doveri contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006, in quanto – hanno affermato le Sezioni Unite (sentenza 24 marzo 2014, n. 6827) – ha una «funzione prevalentemente simbolica (o se si vuole “pedagogica”) e deontologica [...] che può assumere rilievo solo nell'ambito delle valutazioni rimesse al giudice in presenza di clausole generali quali quelle della scarsa rilevanza del fatto, della giustificabilità o della scusabilità della condotta».

Senza approfondire le note questioni in ordine alla compatibilità con i parametri costituzionali (in particolare, con il principio di legalità) della formulazione del precetto mediante una clausola generale (affermata da Corte cost. n. 100 del 1981) ed all'opportunità di privilegiare la tipizzazione (accolta nel 2006 e definitivamente rafforzata dall'abrogazione, da parte della legge n. 269 del 2006, delle due clausole generali previste negli artt. 2, lettera i, e 3, lettera l, del d.lgs. n. 109 del 2006), le soluzioni ipotizzabili sembrano due. La prima vedrebbe la reviviscenza delle clausole generali, introducendo tuttavia specificazioni in grado di scongiurare una surrettizia restaurazione del previgente sistema dell'illecito atipico. È questa, tuttavia, una strada non priva di rischi.

Sembra quindi necessario che a tali difficoltà si faccia fronte con una più attenta formulazione delle norme e non con il ricorso ad attenuazioni della tipizzazione.

Per restare all'esempio sopra ricordato, basterebbe integrare – naturalmente per il futuro – il precetto, prevedendo come illecito il fatto di «e) l'ottenere, direttamente o indirettamente, per sé stesso o per altri, prestiti o agevolazioni [...]»

L'opera di precisazione della determinatezza delle fattispecie deve però partire da una seria ricognizione dell'esistente, degli orientamenti consolidati, dei problemi concretamente emersi nell'applicazione delle norme. È rischioso, invece, cercare di inseguire sul piano della formulazione di nuovi illeciti, ogni nuova manifestazione di condotte riprovevoli o che richiedano interventi correttivi.

Non si non si può scaricare, ad esempio, sul disciplinare l'organizzazione degli uffici, in qualche maniera così supplendo all'inadeguatezza dell'intervento consiliare, prevedendo come illecito il mancato rispetto di attribuzioni organizzative dei dirigenti.

A proposito dell'intreccio di attribuzioni, tra sede consiliare propria e sede disciplinare, dalle recenti vicende è riemerso il tema, postosi in passato ma non con questa evidenza: cosa comunicare al Consiglio superiore della magistratura, per lo svolgimento delle sue molteplici attribuzioni. Tema delicatissimo, che si dipana tra la segretezza della fase pre-disciplinare dell'archiviazione, la pubblicità di fatto delle informazioni, diffuse dalla stampa, e le esigenze di garanzia del magistrato che ha diritto al previo contraddittorio.

In conclusione, il disciplinare non può divenire il luogo onnivoro nel quale si scarichino tutte le tensioni, persino quelle organizzative. Esso deve restare *ultima ratio*, la cui ragione è delimitata dalla tipicità dell'illecito, quale individuata dal Legislatore. Il rischio è che queste aspettative esorbitanti finiscano per disegnare un diritto disciplinare etico, ben al di là di ciò che deve chiedersi alla sanzione. Al Legislatore e all'interprete va chiesta la chiara definizione dell'area della disciplina e la sua distinzione da altri settori di rilievo per le valutazioni del circuito del governo autonomo. In questa direzione va la pretesa della chiarezza della tipizzazione, della determinatezza delle fattispecie, che consenta di coprire le condotte più gravi e che persegua l'eguale trattamento di situazioni analoghe.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

- Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto
- Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura
- Quaderno 3 – Comunione e condominio
- Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID
- Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario
- Quaderno 6 – Storia della magistratura
- Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale



Finito di stampare nel mese di aprile 2022
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

