

**“Problematiche relative alla nuova formulazione dell’art. 2 Legge Guarentigie. Interpretazione del nuovo testo dell’art. 2 L.G., così come modificato dal D.L.vo n. 109/2006”**  
(*Risoluzione del 6 dicembre 2006*)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 6 dicembre 2006, ha adottato la seguente delibera:

Con la risoluzione approvata nella seduta del 19 luglio 2006 il Consiglio ha adottato, con riferimento alle attribuzioni della Prima Commissione referente (e, segnatamente, all'istituto di cui all'art. 2, comma 2, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511), un primo e urgente intervento che teneva conto, per un verso, della disciplina modificativa dettata dal decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109 e, per altro verso, della possibile evoluzione della disciplina legislativa. Tale intervento era, quindi, mirato ad affrontare prevalentemente le questioni relative alla fase transitoria e alla relativa disciplina (art. 26, comma 2 decreto legislativo n. 109/2006).

Con l'approvazione della legge 24 ottobre 2006, n. 269, il quadro normativo delineato dal decreto legislativo n. 109/2006 appare stabilizzato e, pertanto, si rende necessario un compiuto intervento del Consiglio teso ad affrontare le molteplici problematiche connesse alla nuova formulazione dell'art. 2 legge guarentigie, fermo restando, salvo quanto stabilito al paragrafo 3, la disciplina procedimentale contenuta nella delibera del 18 dicembre 1991.

1. Le modifiche all'art. 2 legge guarentigie

Il decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109 [«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, pubblicato nella G.U. 21 marzo 2006, n. 67»] stabilisce, al primo comma dell'art. 26 (non modificato dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269), che all'articolo 2, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, le parole da: «per qualsiasi causa» a: «dell'ordine giudiziario» sono sostituite dalle seguenti: «per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità».

Nella formulazione originaria, dunque, la fattispecie di cui all'art. 2 legge guarentigie veniva a perfezionarsi «quando, per qualsiasi causa anche indipendente da loro colpa, [i magistrati] non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario»; secondo la formulazione vigente, invece, la fattispecie è integrata «quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa [i magistrati] non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità».

Elementi distintivi tra i diversi testi della disposizione di cui all'art. 2 legge guarentigie sono rappresentati, da una parte, dalla sostituzione dell'espressione «amministrare giustizia» con il riferimento allo svolgimento delle funzioni («svolgere le proprie funzioni») e, dall'altra, dall'abbandono del richiamo al prestigio dell'ordine giudiziario in favore della formula «con piena indipendenza e imparzialità».

Di notevole rilievo è poi la nuova definizione del presupposto del trasferimento d'ufficio, che viene delineato con esclusivo riferimento alle cause indipendenti da colpa del magistrato. Sul punto, il parere del Consiglio superiore della magistratura del 15 luglio 2004 («Parere ex art. 10, 2° comma, della legge n. 195/1958 richiesto dal Ministro della giustizia sul secondo "maxi-emendamento" al disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma dell'Ordinamento giudiziario", per quel che concerne le innovazioni introdotte dalla Commissione II - Giustizia della Camera dei Deputati rispetto al testo approvato dal Senato della Repubblica») aveva rilevato quanto segue: «Il testo contiene una radicale modificazione dell'art. 2 legge guarentigie, che si prevede possa essere

attivato "solo per una causa incolpevole tale da impedire al magistrato di svolgere le sue funzioni, nella sede occupata, con piena indipendenza ed imparzialità"; in tutti gli altri casi si dovrebbe invece provvedere in sede disciplinare, utilizzando uno strumento cautelare introdotto dal medesimo art. 7.1, lett. n), in relazione alla lett. m). La norma non può essere condivisa perché pone a fondamento della distinzione tra la competenza amministrativa e quella giurisdizionale la nozione di "incolpevolezza" che non è idonea ad essere utilizzata in una fase pregiudiziale, di valutazione della sussistenza dei requisiti di competenza, richiedendo invece una valutazione ex post all'esito di approfonditi accertamenti». La risoluzione consiliare del 18 gennaio 2006 ha poi evidenziato come l'opzione legislativa in esame postuli una «esaustiva conoscenza dei fatti già nel momento iniziale della procedura, sicché risulta ribaltato l'intero iter conoscitivo, richiedendosi subito una corretta valutazione delle condotte già ai fini dell'attribuzione della competenza» al Consiglio (per l'eventuale avvio del procedimento ex art. 2 legge guarentigie) e agli organi dell'iniziativa disciplinare.

Il nucleo essenziale della problematica in esame è rappresentato dalla definizione della portata del presupposto applicativo del trasferimento officioso ex art. 2 legge guarentigie e, quindi, dall'interpretazione della nozione di «causa indipendente da colpa».

Un corretto approccio a tale problematica deve prendere le mosse dalla considerazione di ordine sistematico del rapporto delineato dal decreto legislativo n. 109/2006 tra il trasferimento disposto in sede disciplinare e il trasferimento disposto nell'ambito del procedimento amministrativo ex art. 2 legge guarentigie. Vengono qui in rilievo, essenzialmente, le due fattispecie di trasferimento quale sanzione disciplinare accessoria e quale provvedimento cautelare di cui all'art. 13, commi 1 e 2 del decreto legislativo n. 109/2006.

Nel primo caso, il trasferimento ad altra sede o ad altro ufficio è, facoltativamente, disposto dal giudice disciplinare quando, irrogata una sanzione diversa dall'ammonimento e dalla rimozione, per la condotta tenuta dall'incolpato, la sua permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia; il trasferimento è inoltre obbligatoriamente disposto dalla Sezione disciplinare quando ricorre una delle violazioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera a), nonché nel caso in cui è inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni. Si tratta di una sanzione disciplinare accessoria analoga, quanto alla natura giuridica, al trasferimento d'ufficio ai sensi dell'art. 21 R.D.Lgs. n. 511/1946: nella norma di cui al D.Lgs. n. 109/2006 l'istituto, attraverso una più articolata disciplina, viene indubbiamente valorizzato e, soprattutto in considerazione della previsione di una serie di ipotesi di irrogazione obbligatoria, sarà verosimilmente destinato a conoscere uno sviluppo nell'applicazione concreta. Ai sensi dell'art. 13, comma 2, il trasferimento ad altra sede e la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato è disposto, in via cautelare e provvisoria, dalla Sezione disciplinare e su richiesta dei titolari dell'azione, nel caso di addebiti punibili con sanzioni diverse dall'ammonimento e qualora «sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare», ossia degli addebiti che ne formano oggetto, e «ricorrono motivi di particolare urgenza». Si tratta, in questo caso, di un istituto inedito nell'ordinamento giudiziario, che conferma l'indirizzo legislativo orientato ad ampliare i casi di allontanamento del magistrato (dalla sede, dall'ufficio o dalle funzioni svolte) disposto in sede disciplinare.

Tale indirizzo si completa con la rilevante riduzione dell'area di operatività del trasferimento officioso in sede amministrativa derivante dalle modificazioni normative sopra richiamate. La nozione di «causa indipendente da colpa» - o, come si esprimeva con maggiore chiarezza la legge delega [art. 2, comma 6, lettera n), della legge n. 150 del 2005], quella di «causa incolpevole» - deve pertanto essere interpretata rimarcando la distinzione tra l'ambito disciplinare e quello amministrativo. Il presupposto del trasferimento d'ufficio ai sensi dell'art. 2 legge guarentigie ricorre, pertanto, quando la situazione comportante l'impossibilità di svolgere le funzioni giudiziarie con piena indipendenza e imparzialità a1) non risulti sussumibile in alcuna delle fattispecie disciplinari delineate dal decreto legislativo n. 109/2006 ovvero a2) non risulti riconducibile a comportamenti del magistrato.

In relazione all'ipotesi sub a1) sarà necessaria un'attenta e rigorosa verifica degli elementi conoscitivi disponibili, verifica che, in aderenza all'impostazione sistematica propria della disciplina in esame, dovrà privilegiare opzioni valutative tese a valorizzare l'ambito disciplinare. L'ipotesi sub a2) non presenta particolari problemi, atteggiandosi, rispetto al piano disciplinare, in termini di netta alternatività rispetto alle varie fattispecie disciplinari. In entrambe i casi, resta ferma, in adesione ai canoni delineati dalla giurisprudenza amministrativa, la necessità di un rigoroso accertamento della sussistenza della situazione legittimante il trasferimento officioso, ossia l'impossibilità per il magistrato di svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità, accertamento che dovrà assumere una pregnanza del tutto particolare con riferimento all'ipotesi sub a2) attesa la sua evidente delicatezza.

## 2. Le informative al Consiglio superiore della magistratura

La segnalata possibile inidoneità, nella generalità dei casi, della nozione di «causa indipendente da colpa» a definire in via immediata la riconducibilità del singolo fatto nell'ambito di applicazione dell'art. 2 legge guarentigie, come modificato dall'art. 26, comma 1 D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, rappresenta il primo dato dal quale discende la necessità di non apportare modifiche alle disposizioni consiliari in tema di informative concernenti procedimenti penali a carico di magistrati, disposizioni contenute, principalmente, nella circolare n. 13682 del 5 ottobre 1995 (approvata nella seduta del 28 settembre 1995): invero, solo un esame della vicenda ancorato a una significativa base di elementi conoscitivi, può consentire una compiuta individuazione dei profili della fattispecie concreta e, dunque, di accertare la sussistenza dell'impossibilità di svolgere le funzioni del magistrato nelle condizioni richieste dall'art. 2 legge guarentigie derivante o meno da una «causa incolpevole».

A ulteriore conferma della necessità di non apportare modificazioni alle circolari in tema di informative all'organo di governo autonomo «di tutte le notizie di reato nonché di tutti gli altri fatti e circostanze concernenti magistrati che possono avere rilevanza rispetto alle competenze del Consiglio» (secondo le disposizioni di cui alla circolare n. 510 del 15 gennaio 1994), si deve richiamare l'art. 40 del decreto Presidente della Repubblica n. 516 del 1958 che attribuisce al Consiglio superiore della magistratura il potere di rivolgere richieste di accertamenti all'Ispettorato generale presso il Ministero della Giustizia: la norma, non modificata dalla legge 150 del 2005, è espressiva della perdurante titolarità in capo al Consiglio superiore della magistratura di un «potere strumentale di inchiesta» (sempre secondo l'espressione utilizzata dalla circolare n. 510 del 15 gennaio 1994), titolarità dalla quale discende appunto la stabilità del quadro delle disposizioni sulle informative al Consiglio superiore.

Infine, conduce alla stessa conclusione la considerazione che le informative in questione risultano funzionali allo svolgimento delle diverse funzioni riconducibili alle competenze del Consiglio, tali dovendosi considerare non solo quelle in materia di trasferimento d'ufficio sulle quali è venuta a incidere la normativa di cui al decreto legislativo n. 109/2006, ma l'insieme delle attribuzioni assegnate dalla Costituzione e dalla legge all'organo di governo autonomo della magistratura.

In questa prospettiva, va ricordato che la tabella A allegata al Regolamento interno del Consiglio definisce le attribuzioni della Prima Commissione («relazioni e proposte nelle seguenti materie») distinguendo analiticamente, nel corpo della lettera a), i «rapporti, esposti, ricorsi e doglianze concernenti magistrati», le «procedure di cui all'art. 2 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511» e le «richieste di tutela dell'indipendenza e del prestigio dei magistrati» [la lettera b) fa invece riferimento all'esame delle relazioni conclusive delle inchieste amministrative eseguite dall'Ispettorato presso il Ministero della Giustizia, mentre la lettera c) prende in considerazione le incompatibilità ex articoli 16, 18 e 19 O.G. 1941]. Nell'assetto complessivo delle attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura, l'esame di «rapporti, esposti, ricorsi e doglianze concernenti magistrati» rimesso alla Prima Commissione è, dunque, funzionale ad accertamenti e a

determinazioni rientranti non solo nella competenza "interna" della Prima Commissione e, comunque, non solo orientato all'eventuale trasferimento d'ufficio ex art. 2 legge guarentigie.

Infine, è opportuno rammentare che la circolare n. 13682 del 5 ottobre 1995 stabilisce che i Procuratori Generali della Repubblica e i Procuratori della Repubblica, questi ultimi per il tramite dei primi, “devono trasmettere immediatamente di loro iniziativa - con comunicazione separata per ciascun procedimento - al Consiglio Superiore della Magistratura, al Ministro di Grazia e Giustizia, al Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione, salvo che sussistano (e fino a quando sussistono) specifiche esigenze di segretezza” le notizie e i documenti indicati. La tempestiva segnalazione - oltre che al Consiglio - anche ai titolari dell'azione disciplinare risulta pienamente in linea con la norma di cui all'art. 14, comma 4, decreto legislativo n. 109/2006, come sostituito dall'art. 3, comma 1, lettera f), della legge n. 269/2006.

### 3. La delibera del 18 dicembre 1991 sull'applicazione della procedura dell'art. 2 legge guarentigie

Analoghe considerazioni devono essere svolte con riferimento alla delibera del 18 dicembre 1991 in tema di applicazione della procedura di cui all'art. 2 L.G.: il carattere prevalentemente procedurale delle disposizioni previste da detta delibera ne conferma la piena attualità.

Una sola precisazione deve essere svolta con riferimento al punto 1 della delibera citata, ai sensi del quale «ai fini ed agli effetti del trasferimento d'ufficio ex art. 2 R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511 non può essere presa in considerazione l'attività giurisdizionale del magistrato tranne che nei casi di dolo o di errore determinato da colpa grave»: l'individuazione del presupposto della fattispecie ex art. 2, comma 2 L.G. operata dall'art. 26, comma 1 del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109 con esclusivo riferimento alle cause indipendenti da colpa del magistrato sembra comportare l'inapplicabilità, con riferimento alla nuova disciplina del trasferimento d'ufficio, della deroga prevista dalla disposizione citata all'esclusione dell'attività giurisdizionale del magistrato dal novero dei fatti da valutare al fine del trasferimento stesso.

I «casi di dolo o di errore determinato da colpa grave», infatti, sono oggi suscettibili di acquisire rilevanza esclusivamente nell'ambito disciplinare [in particolare, ai sensi dell'art. 2, comma 1 lettere a), g), h) l), m) cc), ff) gg) D.Lgs. n. 109/2006], non potendosi, in relazione ad essi, configurare quella «causa incolpevole» idonea ad integrare il presupposto del provvedimento amministrativo di trasferimento d'ufficio. La conclusione circa l'assoluta irrilevanza dell'attività giurisdizionale del magistrato ai fini del trasferimento ex art. 2 L.G. si pone dunque come inevitabile corollario del nuovo assetto dei rapporti tra trasferimento officioso in sede disciplinare e trasferimento officioso in sede amministrativa, nel quadro dei limiti generali delle funzioni del Consiglio rispetto all'attività giudiziaria che derivano dai principi costituzionali di autonomia e di indipendenza della magistratura.

Pertanto, al punto 1 della delibera del 18 dicembre 1991 in tema di applicazione della procedura di cui all'art. 2 L.G. l'inciso «tranne che nei casi di dolo o di errore determinato da colpa grave» deve intendersi abrogato.

### 4. La definizione delle pratiche assegnate alla Prima Commissione.

La nuova disciplina del presupposto del trasferimento d'ufficio ex art. 2 legge guarentigie non comporta la necessità di rivedere le diverse tipologie di archiviazione utilizzate dalla Prima Commissione per la definizione delle pratiche ad essa assegnate; in via di fatto, comunque, è di tutta evidenza come il nuovo assetto dei rapporti tra trasferimento d'ufficio in sede amministrativa e iniziative disciplinari determinerà un sensibile incremento delle archiviazioni motivate con riferimento alla avvenuta informazione ai titolari dell'azione disciplinare (in quanto l'esposto o il

rapporto era agli stessi già indirizzato ovvero per avere la Commissione proceduto ai sensi dell'art. 27 del Regolamento interno).

Al riguardo, deve essere sottolineato il differente tenore letterale della norma sulla segnalazione ai titolari dell'azione disciplinare di cui all'art. 14, comma 4, decreto legislativo n. 109/2006, come sostituito dall'art. 3, comma 1, lettera f), della legge n. 269/2006 [«Il Consiglio superiore della magistratura, i consigli giudiziari e i dirigenti degli uffici hanno l'obbligo di comunicare al Ministro della giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione ogni fatto rilevante sotto il profilo disciplinare (...)»] e di quella ex art. 26, comma 2 del decreto legislativo n. 109: solo quest'ultima disposizione, disciplinando il regime transitorio relativo ai procedimenti amministrativi di trasferimento d'ufficio pendenti presso il Consiglio all'atto dell'entrata in vigore della novella, contiene un riferimento ai fatti «astrattamente» riconducibili alle fattispecie disciplinari di cui agli articoli 2 e seguenti. Si ricava da questo dato normativo un'indicazione a favore della possibilità, per la Prima Commissione, di espletare quella circoscritta attività di accertamento necessaria - ferma restando quanto disposto dall'art. 27, comma 3 Regolamento interno («La comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare non implica alcuna valutazione da parte del Consiglio sulle responsabilità disciplinare che possano eventualmente derivare») - alla delibazione dei fatti suscettibili di assumere rilevanza disciplinare in vista della segnalazione ai titolari dell'azione, ai quali comunque compete in via esclusiva l'apprezzamento di tale rilevanza.

È, naturalmente, possibile che una determinata vicenda non integri il presupposto di cui all'art. 2 legge guarentigie e, allo stesso tempo, non risulti riconducibile ad una delle figure di illecito disciplinare delineate dal catalogo introdotto dal decreto legislativo 23 febbraio 2006 n. 109: in tale ipotesi la pratica dovrà essere archiviata, non essendovi provvedimenti di competenza del Consiglio da adottare ai sensi dell'art. 2 legge guarentigie, come modificato dal decreto legislativo n. 109/2006. In particolare, è destinata a rilevare in questa direzione la definizione offerta dal novellato art. 2 legge guarentigie della situazione giustificatrice del trasferimento d'ufficio, situazione descritta non più attraverso il riferimento all'impossibilità di «amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario», bensì richiamando, in termini più restrittivi, lo svolgimento delle funzioni giudiziarie «con piena indipendenza e imparzialità».

Va, infine, sottolineato che, indipendentemente dalle determinazioni finali sulla singola pratica (trasferimento d'ufficio, intervento a tutela dell'indipendenza e del prestigio dei magistrati, risoluzione di carattere generale, archiviazione) e dalla eventuale segnalazione ai titolari dell'azione disciplinare, l'esame di «rapporti, esposti, ricorsi e doglianze concernenti magistrati» è funzionale non solo ad accertamenti rientranti nell'ambito dei provvedimenti adottabili su proposta della Prima Commissione, che, in relazione a una determinata vicenda, può ritenere di dover investire un'altra Commissione consiliare. In particolare, gli elementi acquisiti dalla Prima Commissione, eventualmente anche all'esito degli accertamenti svolti, potranno risultare di interesse sul piano dell'organizzazione dell'ufficio ovvero su quello delle valutazioni di professionalità del magistrato e, quindi, risulterà necessaria la segnalazione o la trasmissione degli atti, rispettivamente, alla Settima e alla Quarta Commissione. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, la normativa relativa alla tenuta dei fascicoli personali dei magistrati contiene la disciplina delle modalità attraverso le quali procedere, garantendo il contraddittorio con l'interessato, a inserire nel fascicolo «dopo l'esaurimento del relativo procedimento, le deliberazioni del Consiglio e gli atti delle procedure che riguardino comunque il magistrato e attengano a fatti o comportamenti rilevanti per le successive valutazioni» [art. 3, punto 2, lettera b), della circolare n. P-17728/98 del 28 luglio 1998 e succ. mod.]. Inoltre, la specifica disciplina concernente l'inserimento dei provvedimenti disciplinari [art. 3, comma 1, lettera d)] esclude che debba essere disposta la trasmissione degli atti alla Quarta Commissione nel caso in cui la vicenda oggetto della singola pratica di Prima Commissione assuma possibile rilevanza disciplinare."

I Capi degli uffici dovranno dare disposizioni affinché quanto sopra sia portato a conoscenza di tutti i magistrati in servizio presso i rispettivi uffici e distretti, informandoli, ai sensi del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che i dati inviati saranno oggetto di trattamento e verranno inseriti nella banca dati del Consiglio; dovranno, altresì, dare assicurazione a questo Consiglio dell'avvenuta comunicazione a mezzo fax ai n.ri 064457175 – 064452916.

Il Ministro della Giustizia dovrà disporre, altresì, che quanto sopra sia portato a conoscenza di tutti i magistrati collocati fuori dal ruolo organico della magistratura.