

**Quesito posto con nota in data 24 ottobre 2006 dal Capo dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia, avente ad oggetto: "Dovere di astensione di componenti dei Consigli giudiziari."**

*(Risposta a quesito del 23 luglio 2007)*

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 23 luglio 2007, ha adottato la seguente delibera:

«**1.** Il dott. ...., Capo dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia, ha inoltrato al Consiglio un quesito avente ad oggetto la questione relativa al dovere di astensione dei componenti dei Consigli giudiziari. In particolare, il Capo dell'Ispettorato con nota del 7 maggio 2007 chiedeva riscontro a due precedenti note, rispettivamente del 14 aprile 2005 e del 24 ottobre 2006, nelle quali faceva presente che pendeva presso il loro Ufficio l'esposto di un magistrato che ipotizzava nella mancata astensione di un collega membro di un Consiglio giudiziario la violazione del dovere di astensione. Si precisava che all'Ufficio richiedente interessava solo il problema di carattere generale, rappresentando che nel caso di specie il Consiglio giudiziario era chiamato a pronunciarsi sulla ritualità dell'assegnazione da parte di un Procuratore della Repubblica di un procedimento ex art. 11 c.p.p., ove figurava come parte lesa un magistrato fratello di un componente del Consiglio giudiziario che non aveva ritenuto di astenersi, esprimendo formalmente il suo parere in merito.

In relazione al quesito è stato chiesto uno specifico parere all'Ufficio studi.

**2.** Rivestendo il quesito tale natura, il Consiglio deve necessariamente limitarsi ad una ricognizione generale, senza compiere approfondimenti specifici su una questione che potrebbe avere rilevanza sul piano disciplinare.

La disciplina legislativa sulla composizione e sul funzionamento dei Consigli giudiziari non dispone nulla circa l'astensione del componente e pertanto sembra opportuno dare conto sinteticamente delle soluzioni interpretative al problema generale della applicabilità dell'istituto dell'astensione agli organi collegiali, per i quali questa non è espressamente prevista. In dottrina sono state prospettate due diverse posizioni. Da un lato, muovendo dalla premessa che l'incompatibilità del funzionario rispetto alla deliberazione collegiale ne determina l'illegittimità e quindi l'annullabilità, si è sostenuto che la legge deve indicare con precisione i casi di incompatibilità e di obbligo di astensione. D'altro lato si è ritenuto che l'obbligo di astensione può trarsi anche dal sistema normativo come principio generale, secondo il quale chi ha un interesse personale alla deliberazione deve astenersi, perché è contrario al senso giuridico che questi possa intervenire e pronunciarsi sulla pubblica utilità, anche in conformità al principio costituzionale di imparzialità ex art.97 Cost..

E' stato avanzato il dubbio che l'obbligo di astensione non sia in gioco quando si sia in presenza di attività vincolata, che non lasci alcun margine di apprezzamento al funzionario o al componente di un collegio, anche se sia interessata la sua sfera individuale. La giurisprudenza sul punto, però, ha ritenuto che non sempre la circostanza della adozione di atti di natura sostanzialmente vincolata escluda in radice la possibilità stessa della incompatibilità dei membri. In alcune pronunce del giudice amministrativo si ravvisa l'incompatibilità non solo quando il provvedimento da adottare può giovare o nuocere al soggetto in modo diretto, ma anche quando gli effetti che ne derivano possono incidere sull'interesse del funzionario in modo indiretto. Si è ulteriormente specificato che la sussistenza della situazione di incompatibilità è configurabile in presenza di una qualsiasi situazione obiettiva che possa suscitare dubbi sulla posizione di assoluta serenità rispetto alla decisione del titolare o del componente dell'organo amministrativo, ritenendo così rilevante ai fini dell'obbligo di astensione anche una situazione di comprovata inimicizia con il destinatario del provvedimento, tale da pregiudicare l'obiettività e l'imparzialità della decisione.

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 7797/2004 ha ritenuto che fosse individuabile una lesione dell'imparzialità amministrativa, nella forma dell'interesse indiretto, anche in presenza di un possibile scambio incrociato di favori. "In tali condizioni - afferma il Consiglio di Stato - esiste

quindi un obbligo di astensione riconducibile alle ipotesi tassative di cui all'art. 51 c.p.c., nella forma dell'interesse indiretto poiché il possibile scambio di favori od anche la sua mera astratta ipotizzabilità, determina una obiettiva lesione dell'imparzialità". Il richiamo effettuato alle previsioni dell'art. 51 c.p.c., come specificazione del bene costituzionale dell'imparzialità tutelato dall'art. 97 Cost, intende dare rilievo oggettivo, a garanzia dell'imparzialità amministrativa, anche alle ragioni di convenienza, "che devono sempre essere dichiarate in modo trasparente tanto che la loro mancata dichiarazione può determinare un vizio nella composizione del collegio".

In definitiva si deve ritenere che, pur in assenza di una esplicita previsione legislativa in materia, sulla scorta delle opinioni presenti in dottrina e anche degli orientamenti manifestati dal giudice amministrativo si configuri un dovere di astensione del componente di un Consiglio giudiziario in tutte le situazioni in cui sussistano serie ragioni che pongano in dubbio l'imparzialità del componente rispetto al contenuto della decisione da adottare.

**3.** La dottrina amministrativista distingue l'astensione in ragione della sua natura obbligatoria o volontaria. L'astensione obbligatoria, che ricorre nella situazione, anche potenziale, di mancanza di imparzialità di un membro del collegio rispetto all'oggetto di una deliberazione, impedisce di computare i membri, che di essa si avvalgano, ai fini sia del quorum strutturale sia del quorum funzionale, anche quando siano fisicamente presenti.

Il problema diviene più complesso in presenza di un organo amministrativo previsto dalla legge in forma di collegio perfetto, come nel caso dei Consigli giudiziari. Infatti, la disposizione di cui all'art. 6 del R. D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511, come sostituito dall'art. 1 L. 12 ottobre 1966, n. 825, prescrive che l'elezione dei componenti del Consiglio giudiziario avvenga in proporzione di un componente effettivo ed uno supplente per la qualifica di magistrato di cassazione e di due componenti effettivi ed uno supplente sia per la qualifica di magistrato di corte di appello che per quella di magistrato di tribunale. Il Consiglio superiore della magistratura, con deliberazione del 21 novembre 1979, ha affermato che il Consiglio giudiziario è "un collegio perfetto con rappresentanza elettiva di categorie di magistrati in numero prestabilito, oltre i membri di diritto. Non è previsto, cioè, un quorum per la validità delle sedute.....; anzi, prevedendosi l'elezione di magistrati supplenti.....e persino la sostituzione del presidente della Corte di appello e del Procuratore generale in caso di impedimento...., la legge ha inteso garantire la partecipazione alle sedute dell'intero numero di rappresentanti delle singole categorie.....". Da tale premessa il Consiglio superiore della magistratura ha contestualmente tratto l'impossibilità "di tenere sedute del Consiglio giudiziario quando il collegio non sia completo" e di ricorrere alla sostituzione "di un componente eletto in rappresentanza di una categoria di magistrati con il rappresentante (effettivo o supplente) di altra categoria." Tale orientamento è stato ribadito il 21 maggio 1986, in occasione della risposta ad un quesito, rilevando come l'assenza di uno dei membri del Consiglio giudiziario ne impedisca la regolare costituzione, con compromissione della validità degli atti eventualmente assunti. La presenza alla seduta di tutti i componenti, requisito di validità dell'adunanza, è perciò condizione della legittimità delle deliberazioni, in relazione alle quali si fa poi riferimento al cd. quorum funzionale, che indica il numero di voti richiesto per l'approvazione. Secondo un indirizzo interpretativo la necessaria coincidenza tra quorum strutturale e totalità dei componenti del collegio richiesta per i collegi perfetti implica che costoro debbano non solo essere presenti, ma anche prendere parte alla discussione ed alla formazione del deliberato.

Tuttavia, secondo un indirizzo giurisprudenziale recente, nell'ipotesi di collegio perfetto il componente incompatibile non solo deve astenersi dalla seduta, ma deve essere sostituito da un supplente. Quindi l'obbligo di astensione comporterebbe quello di non prendere parte alla seduta ed ai lavori del collegio, in quanto la mera presenza del componente incompatibile potrebbe influenzare le determinazioni del collegio e pertanto si tradurrebbe in una causa di illegittimità della deliberazione per irregolare composizione dell'organo, quale che sia stata l'effettiva incidenza, sulla formazione della comune volontà, della partecipazione del componente astenuto.

Un diverso orientamento dottrinale distingue tra due tipi di astensione: l'astensione dalle discussioni preliminari e l'astensione dalla votazione. Il primo tipo, che si sostanzia in un'assenza spirituale dai lavori, equivale all'assenza fisica ed ha rilievo sulla stessa composizione numerica del collegio, che risulta alterata con violazione, nel caso di collegio perfetto, della integrità del quorum strutturale. Il secondo tipo di astensione, invece, non ha incidenza sul quorum strutturale ma solo sul quorum funzionale, non dando luogo ad un problema di legittimità della seduta. La premessa argomentativa si rinviene nell'osservazione che il collegio perfetto è connotato dalla stretta correlazione tra discussione e votazione, ma ciò non significa che alla votazione, necessariamente preceduta dalla discussione, non si possa prendere parte anche con la mera astensione.

Maggiori incertezze si registrano nelle soluzioni interpretative relative all'astensione volontaria, che comporta la libertà di espressione della volontà da parte del componente dell'organo collegiale. Vi è chi opta per il computo degli astenuti volontari ai fini della determinazione sia del quorum strutturale che di quello funzionale e chi ritiene che il componente astenuto concorra alla formazione del quorum strutturale ma non anche di quello funzionale, attribuendo all'astenuto la qualità di non votante.

4. Il problema che si pone con riferimento ai Consigli giudiziari è quello delle forme in cui deve manifestarsi il dovere di astensione del componente, ed in particolare se questi ha l'obbligo di non partecipare alla seduta, che ne comporterebbe la sostituzione, o solo quello di non prendere parte al voto.

Il Consiglio superiore della magistratura con la delibera del 19 gennaio 2000 si è occupato della questione relativa alle conseguenze dell'astensione nell'ambito dell'attività di un Consiglio giudiziario ed ha pertanto fornito una risposta al quesito che chiedeva se era possibile provvedere alla sostituzione di due componenti del Consiglio, derogando all'ordinaria partecipazione secondo le qualifiche, in presenza di una causa di incompatibilità.

Muovendo dalla premessa che i Consigli giudiziari hanno natura di collegi perfetti, per quanto riguarda sia gli effettivi sia i supplenti, il Consiglio superiore della magistratura ha affermato che è impossibile per il Consiglio giudiziario tenere sedute quando il collegio non sia completo e ricorrere alla sostituzione “di un componente eletto in rappresentanza di una categoria di magistrato con il rappresentante (effettivo o supplente) di altra categoria”.

Di conseguenza, in presenza di una situazione di incompatibilità che intercorre fra il componente del Consiglio giudiziario ed il parere da redigere, e che riguardi anche il componente supplente, la soluzione non si prospetta semplice, tenendo in particolare considerazione le peculiarità dei Consigli giudiziari che sono organismi elettivi la cui composizione è distinta per qualifiche professionali.

Sulla base, dunque, di queste considerazioni, il Consiglio ha ritenuto di sottolineare che “appare ragionevole individuare una soluzione che salvaguardi l'interesse prioritario all'efficienza del sistema di autogoverno locale evitandone la paralisi”. In definitiva - conclude la delibera in parola - “l'unico modo per evitare la paralisi dell'organo è quello di consentire la presenza del componente “incompatibile” partendo dalla distinzione tra partecipazione alla discussione preliminare e partecipazione alla votazione in modo da assicurare, al componente con un indiretto personale interesse alla trattazione di un affare, di astenersi soltanto dalla votazione in modo da assicurare l'integrità del quorum strutturale e, quindi, la validità dell'adunanza, pena altrimenti la paralisi dell'organo”.

Tale soluzione, che contempera l'esigenza di salvaguardia dell'imparzialità dell'organo con quella della funzionalità del collegio, in modo da evitare che ne possa essere paralizzata l'attività, pare la più adeguata a risolvere la questione della modalità con la quale deve manifestarsi l'astensione del componente che si trovi in situazione di non imparzialità.

Il Consiglio superiore della magistratura pertanto  
delibera

di rispondere al quesito nei termini di cui sopra.».