

## **Incompatibilità tra lo svolgimento delle funzioni di sostituto addetto alla Direzione Nazionale Antimafia e l'applicazione extradistrettuale.**

*(Risposta a quesito del 28 luglio 2009)*

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 28 luglio 2009, ha adottato la seguente delibera:

“- visto il quesito formulato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di ... in ordine alla nomina della dott.ssa ... alla Direzione Nazionale, diretto a conoscere se *“la presa di possesso presso la D.N.A della dott.ssa ... sia compatibile con l'applicazione extradistrettuale attualmente in atto alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di ...”*, così come integrato con nota del 20 luglio 2009;

- letto il parere n. 363 dell'Ufficio Studi e Documentazione, che di seguito si riporta per intero:

*<<La Settima Commissione, a seguito di richiesta, formulata dal Procuratore della Repubblica di ... in ordine alla nomina della dott.ssa ... alla Direzione Nazionale, diretta a conoscere se “la presa di possesso presso la D.N.A della dott.ssa ... sia compatibile con l'applicazione extradistrettuale attualmente in atto alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di ...”.*

### *1. - Evoluzione dell'istituto dell'applicazione.*

*Preliminarmente ed in sintesi, prima di affrontare la questione oggetto del quesito, occorre esaminare l'evoluzione dell'istituto dell'applicazione, la ratio ad esso sottesa, i principi costituzionali che ne hanno condizionato la regolamentazione e le diverse finalità in relazione alle quali detto istituto, per successivi interventi legislativi o prassi applicative, è stato utilizzato.*

*L'istituto dell'applicazione è regolamentato dalle disposizioni di cui all'art. 110 Ord. giud., come integralmente modificato dalla legge 21 febbraio 1989 intitolata “Nuova disciplina dell'applicazione dei magistrati” e successive integrazioni, e dall'art. 110 bis Ord. giud., come introdotto dall'art. 11 del D.L. 20 novembre 1991, n. 367.*

*Originariamente l'istituto era regolato dagli artt. 110 – 114 Ord. giud.; l'art. 110 Ord. giud. previgente, nell'affermare il principio dell'inapplicabilità temporanea, consentiva l'applicazione nei casi previsti dall'art. 223 Ord. giud., ovvero casi di “applicazione di magistrati inamovibili di grado non superiore a quello di consigliere di Corte di cassazione, od equiparato, disposta dal Ministro di grazia e giustizia in sedi vacanti per le quali non fosse possibile provvedere diversamente”; quest'ultimo articolo fu abrogato dalla legge sulle Guarentigie. L'istituto dell'applicazione, privato della possibilità “di applicazione ministeriale”, sopravvisse nella connotazione limitata risultante dalle disposizioni di cui agli artt. 111, 112, 113 e 114 Ord. giud. L'abrogazione pura dell'art. 223 Ord. giud. aveva sostanzialmente reso l'istituto strumentale a situazioni di carenza di organico relative solo ad uffici di dimensioni ridotte, con possibilità di utilizzo di risorse esclusivamente endo-distrettuali.*

*In questo contesto di residualità e scarsa operatività dell'istituto si innesta la legge n. 58 del 1989, storicamente da collocarsi in una fase in cui l'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 ed una serie di maxiprocessi contro la criminalità organizzata rendevano impellente l'introduzione di strumenti organizzativi che consentissero elasticità nella gestione delle risorse umane. Detta legge, composta di due articoli, con il primo articolo ha modificato l'art. 110 Ord. giud. e con il secondo ha abrogato gli artt. 111- 114 Ord. giud.*

*La ratio legis era quella di creare uno strumento duttile e di generale ricorribilità attraverso il quale risolvere concretamente e celermente i disservizi determinati da carenze temporanee di organico, strumento che fosse in armonia con il principio del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. e con il principio dell'inamovibilità del giudice di cui all'art. 107 della Cost.*

*Le possibilità di ricorrere all'istituto sono state ampliate con l'estensione dell'ambito da cui attingere i magistrati, degli uffici che possono farvi ricorso e della durata dell'applicazione; è stato mantenuto il presupposto della “imprescindibilità e prevalenza” delle esigenze di servizio.*

*Ad esigenze connesse, da un lato, al rispetto dei principi del giudice naturale e, dall'altro, ad esigenze organizzative si ricollegano le disposizioni di cui agli ultimi tre commi dell'art. 110 Ord. giud.*

*La disposizione riguardante la durata dell'applicazione, fissata ad un anno e prorogabile una sola volta, è connessa alla natura temporanea dell'istituto, finalizzato ad esigenze di temporanea carenza di organico e la temporaneità dell'istituto garantisce anch'essa il rispetto del principio di cui all'art. 25 Cost. e dell'art. 107 Cost.*

*La disposizione che stabilisce che se le esigenze di servizio imprescindibili e prevalenti sono determinate dalla pendenza di uno o più procedimenti penali di durata particolarmente lunga, il magistrato applicato non può svolgere attività in tali procedimenti, trova la sua ragion d'essere nell'intento del legislatore di preservare il principio di cui all'art. 25 Cost., come si legge nella relazione al disegno di legge "il magistrato applicato non può essere impiegato in attività relative ai processi penali di lunga durata, il magistrato applicato non può essere impiegato in attività relative ai "maxiprocessi", e ciò nel rispetto della giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 156 del 1963, n. 173 del 1970 e n. 52 del 1977), secondo cui il principio dell'inderogabilità del giudice naturale impedisce che un provvedimento di supplenza, sostituzione o applicazione possa essere emesso riguardo a determinati processi."*

*L'assetto dell'istituto dell'applicazione, come delineato dalla legge n. 58 del 1998, è stato poi modificato dall'art. 2 del D.Lvo 23 ottobre 1992, n.416, che ha introdotto la possibilità di applicazione mirata in relazione a processi di cui all'art. 51, comma 3 bis, del codice di procedura penale.*

*Tale modifica distonica rispetto alla filosofia sottesa all'istituto dell'applicazione, come disciplinato dalla legge n. 58 del 1989, si ricollega all'istituto dell'applicazione introdotto all'art. 110 bis Ord. giud., intitolato "Applicazione di magistrati del pubblico ministero in casi particolari", introdotto dalla legge D.L. 20 novembre 1991, 367. Nel caso dell'applicazione di cui all'art. 110 bis Ord. giud., in ragione della tipologia del reato contro il quale si procede, il legislatore ha optato per la prevalenza dell'esigenza organizzativa sul principio di cui all'art. 25 Cost.*

*Alla luce dell'art. 110 bis Ord. giud. risulta evidente che l'inciso di cui all'art. 110 Ord. giud., che fa salva l'applicazione ad hoc nel caso di procedimenti di cui all'art. 51, comma terzo bis, c.p.p., introduce un diverso tipo di applicazione, distinto da quello di cui all'art. 110 Ord. giud. per la prevalenza riconosciuta alle esigenze organizzative rispetto al principio di cui all'art. 25 Cost. L'art. 110 bis è stato introdotto dall'art. 11 della legge 267/91, legge istitutiva della direzione nazionale antimafia e delle direzioni distrettuali antimafia.*

*In base a quanto stabilito dall'art. 110 bis per la trattazione dei procedimenti relativi ai delitti indicati nell'articolo 51 comma 3-bis del codice di procedura penale, il procuratore nazionale antimafia può, quando si tratta di procedimenti di particolare complessità o che richiedono specifiche esperienze e competenze professionali, applicare temporaneamente alle procure distrettuali i magistrati appartenenti alla Direzione nazionale antimafia e quelli appartenenti alle direzioni distrettuali antimafia nonché, con il loro consenso, magistrati di altre procure della Repubblica presso i tribunali. L'applicazione è disposta anche quando sussistono protratte vacanze di organico, inerzia nella conduzione delle indagini, ovvero specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali. L'applicazione è disposta con decreto motivato. Il decreto è emesso sentiti i procuratori generali e i procuratori della Repubblica interessati. Quando si tratta di applicazioni alla procura distrettuale avente sede nel capoluogo del medesimo distretto, il decreto è emesso dal procuratore generale presso la corte di appello. In tal caso il provvedimento è comunicato al procuratore nazionale antimafia.*

*Il medesimo articolo al comma 4 prevede che il capo dell'ufficio al quale il magistrato è applicato non può designare il medesimo per la trattazione di affari diversi da quelli indicati nel decreto di applicazione.*

Dalle disposizioni richiamate si desume l'insuscettibilità dell'applicazione ordinaria dei magistrati che svolgono funzioni di sostituto presso la Direzione nazionale antimafia e magistrati che svolgono le funzioni presso la Distrettuale antimafia, la ratio è da rinvenirsi nelle necessità che tali magistrati rimangano disponibili per le applicazioni relative alla materia dell'antimafia.

### **3. - Applicazione del magistrato trasferito in altra sede.**

Accanto all'istituto generale dell'applicazione ed all'istituto dell'applicazione in casi particolari, sul piano strettamente applicativo va rilevata l'esistenza di un terzo tipo di applicazione ovvero l'applicazione di magistrati determinata dall'esigenza "imprescindibile e prevalente" di consentire al magistrato trasferito in altre sede la prosecuzione e la definizione di un procedimento già incardinato, come si legge nelle delibere consiliari relative.

Tale applicazione, come quella prevista in relazione a procedimento per reati di cui all'art. 51, comma terzo bis, cpp si caratterizza per essere disposta per un procedimento determinato, ma a differenza della precedente non risponde ad esigenze organizzative di senso contrario rispetto al principio di cui all'art. 25 Cost., bensì, tale principio preserva insieme quello dell'immutabilità del giudice, della conservazione degli atti e del giusto processo.

Tale applicazione si distingue, altresì, dall'istituto generale in considerazione della diversa esigenza ad essa sottesa; mentre infatti, come si è detto, l'istituto tipico sopperisce a temporanee carenze di organico, attraverso la predisposizione di risorse umane per procedimenti indeterminati da iniziare, l'applicazione nelle ipotesi di trasferimento presuppone per sua natura un procedimento già incardinato. Essa è disciplinata dalla lett. h della Circolare n. 4920 del 22 marzo 1996. Non vi sono norme che prevedono invece la prosecuzione dell'applicazione ordinaria in caso di tramutamento del magistrato.

### **4. - La Direzione nazionale antimafia.**

L'art. 5 della legge 267/91 ha introdotto l'art. **70-bis Ord. giud.:** l'articolo prevede che per la trattazione dei procedimenti relativi ai reati indicati nell'articolo 51 comma 3-bis del codice di procedura penale il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto costituisce, nell'ambito del suo ufficio, una direzione distrettuale antimafia designando i magistrati che devono farne parte per la durata non inferiore a due anni. Per la designazione, il procuratore distrettuale tiene conto delle specifiche attitudini e delle esperienze professionali. Della direzione distrettuale non possono fare parte uditori giudiziari. La composizione e le variazioni della direzione sono comunicate senza ritardo al Consiglio superiore della magistratura. Il procuratore distrettuale o un suo delegato è preposto all'attività della direzione e cura, in particolare, che i magistrati addetti ottemperino all'obbligo di assicurare la completezza e la tempestività della reciproca informazione sull'andamento delle indagini ed eseguano le direttive impartite per il coordinamento delle investigazioni e l'impiego della polizia giudiziaria. Salvi casi eccezionali, il procuratore distrettuale designa per l'esercizio delle funzioni di pubblico ministero, nei procedimenti riguardanti i reati indicati nell'articolo 51 comma 3-bis del codice di procedura penale, i magistrati addetti alla direzione. Salvo che nell'ipotesi di prima costituzione della direzione distrettuale antimafia la designazione dei magistrati avviene sentito il procuratore nazionale antimafia. Delle eventuali variazioni nella composizione della direzione, il procuratore distrettuale informa preventivamente il procuratore nazionale antimafia. Con l'art. 6 della legge n. 267/91 è stato introdotto l'art. **76-bis Ord. giud.** che prevede che nell'ambito della procura generale presso la Corte di Cassazione è istituita la Direzione nazionale antimafia. Alla Direzione è preposto un magistrato di Cassazione scelto tra coloro che hanno svolto anche non continuativamente, per un periodo non inferiore a dieci anni, funzioni di pubblico ministero o giudice istruttore, sulla base di specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti relativi alla criminalità organizzata. L'anzianità nel ruolo può essere valutata solo ove risultino equivalenti i requisiti professionali. Alla nomina del procuratore nazionale antimafia si provvede con la procedura prevista dall'articolo 11, terzo comma, legge 24

marzo 1958 n. 195. L'incarico ha durata di quattro anni e può essere rinnovato una sola volta. Alla Direzione sono addetti, quali sostituti, magistrati con funzione di magistrati di corte di appello, nominati sulla base di specifiche attitudini ed esperienze nella trattazione di procedimenti relativi alla criminalità organizzata. Alle nomine provvede il Consiglio superiore della magistratura, sentito il procuratore nazionale antimafia. Il procuratore nazionale antimafia designa uno o più dei sostituti procuratori ad assumere le funzioni di procuratore nazionale antimafia aggiunto. Per la nomina dei sostituti, l'anzianità nel ruolo può essere valutata solo ove risultino equivalenti i requisiti professionali. Al procuratore nazionale antimafia sono attribuite le funzioni previste dall'articolo 371-bis del codice di procedura penale. Prima della nomina disposta dal Consiglio superiore della magistratura, il procuratore generale presso la Corte di cassazione applica, quale procuratore nazionale antimafia, un magistrato che possenga, all'epoca dell'applicazione, i requisiti previsti dal comma 2.

La previsione per tali magistrati di un istituto di applicazione tipico quale quello introdotto con l'art. 110 bis Ord. giud., come si è detto, induce a ritenere che tali magistrati non possano essere soggetti ad applicazione ordinaria, considerazione che trae ulteriore argomento dal divieto di assegnare a tali magistrati procedimenti diversi da quelli per i quali c'è stata l'applicazione speciale.

Svolte le premesse che precedono sull'istituto dell'applicazione in generale e quindi sull'applicazione di cui all'art. 110 bis, Ord. giud. relativo all'applicazione dei sostituti addetti alla distrettuale antimafia, occorre esporre alcune riflessioni sulla presa di possesso di un magistrato trasferito ad altra funzione. La presa di possesso è disciplinata dall'art. 10 Ord. giud. la quale prevede che i magistrati debbano assumere le loro funzioni nel termine di giorni trenta "dalla data del bollettino ufficiale che pubblica la registrazione alla corte dei conti del decreto di nomina o destinazione".

Tale termine non può essere prorogato per nessuna ragione, ma può essere abbreviato dal Ministro della giustizia per necessità di servizio.

Il Ministro può anche ordinare, per ragioni di servizio, che il magistrato tramutato o promosso continui ad esercitare il precedente suo ufficio per un periodo di tempo non superiore a sei mesi.

Nei casi di necessità di servizio, il Ministro può disporre che i magistrati promossi o tramutati assumano servizio presso il nuovo ufficio anche prima della registrazione del relativo decreto alla Corte dei conti. Nel caso di revoca del decreto per mancata registrazione, il magistrato è considerato come in missione, ed ha il diritto alla corrispondente indennità per il tempo in cui ha prestato servizio in esecuzione del decreto stesso attraverso la previsione che dopo la delibera consiliare e la pubblicazione del relativo decreto ministeriale nell'apposito bollettino del Ministero della giustizia. L'art. 11 disciplina i casi di decadenza per inosservanza del termine per assumere le funzioni. In base a quanto stabilito in tale articolo il magistrato che non assume le funzioni nel termine stabilito all'art. 10 Ord. giud., o in quello che gli è stato assegnato con disposizione del Ministro, decade dall'impiego.

Può essere disposta dal Ministro la posticipazione della presa di servizio per ragioni che riguardano l'ufficio di provenienza ma non si conoscono posticipazioni determinate dall'ufficio di applicazione, comunque secondo il tenore della disciplina eventuali partecipazioni dovrebbero essere disposte dal Ministro.

Senza un formale atto di posticipazione il magistrato deve necessariamente prendere servizio.

Le esposte osservazioni consentono di affermare che non può sostenersi in astratto un'incompatibilità tra applicazione e presa di possesso in quanto la presa di possesso riguarda l'assunzione del servizio da parte del magistrato presso un determinato ufficio entro i termini previsti a pena di decadenza dall'impiego mentre l'applicazione riguarda la temporanea assegnazione a svolgere funzioni in un determinato ufficio.

*Si ritiene pertanto, che a prescindere dall'applicazione, stante la disposizione di cui all'art. 11 il magistrato trasferito debba prendere servizio ancorché soggetto ad applicazione.*

*La presa di possesso determina poi l'incompatibilità dell'applicazione con il nuovo ufficio per l'assunzione da parte del medesimo di funzioni che impediscono nei suoi confronti l'applicazione ex art. 110 Ord. giud.*

*In base alle argomentazioni esposte alla luce del combinato delle disposizioni di cui agli articoli 10, 11, 110, 110 bis Ord. giud. si ritiene che il magistrato trasferito ad altro ufficio - a prescindere da eventuale applicazione disposta nei suoi confronti - debba prendere possesso a pena di decadenza, "entro trenta giorni dalla data del bollettino ufficiale che pubblica la registrazione alla Corte dei Conti del decreto di nomina o destinazione" salvo eventuali proroghe o anticipazioni disposte dal Ministro; in base a quanto previsto dall'art. 110 bis Ord. giud. si ritiene altresì che lo svolgimento delle funzioni di sostituto addetto alla Direzione nazionale antimafia sia incompatibile con eventuale applicazione ordinaria.">>*

Alla luce di quanto sopra esposto

delibera

di rispondere al quesito nel senso che lo svolgimento delle funzioni di sostituto addetto alla Direzione Nazionale Antimafia sia incompatibile con l'applicazione extradistrettuale, che cesserà automaticamente nel momento stesso dell'immissione in possesso presso tale ufficio."