

Parere reso ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del disegno di legge in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e di trasferimento di ufficio – (n. 112 Senato della Repubblica XVII legislatura).

(Delibera del 6 marzo 2014)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 6 marzo 2014, ha adottato la seguente delibera:

«Il disegno di legge in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e di trasferimento d'ufficio (n. 112 Senato della Repubblica XVII legislatura), è stato presentato al Senato della Repubblica in data 15 marzo 2013. Esso ha ad oggetto l'introduzione di disposizioni in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati e di trasferimento d'ufficio e si compone di tre articoli.

Il primo articolo, sviluppato in due commi, è volto all'introduzione di due nuove ipotesi di fattispecie di illecito disciplinarmente rilevante.

Con il secondo articolo si intende riscrivere parzialmente le disposizioni di cui all'articolo 2 del D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511.

Infine, il terzo articolo introduce una disposizione intertemporale, volta a sospendere per sei mesi i procedimenti pendenti, alla data di entrata in vigore della novella, ai sensi dell'art. 2 R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511, in quanto, nel frattempo, rimessi al Ministro della Giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione per le proprie determinazioni in ordine all'eventuale esercizio dell'azione disciplinare.

La relazione di presentazione del disegno di legge muove dal rilievo secondo cui, nell'Ordinamento disciplinare introdotto con il D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, difetta una disposizione che valga a sanzionare le esternazioni di appartenenti all'Ordine giudiziario che risultino palesemente in contrasto con i doveri di imparzialità, terzietà e indipendenza richiesti per il credibile esercizio delle funzioni giurisdizionali, e si propone di porre appunto rimedio ad esternazioni pubbliche che possano incidere sulla immagine di terzietà che deve assistere ciascun magistrato con riguardo al concreto esercizio delle sue funzioni, come regola deontologica che va osservata in ogni comportamento, onde evitare che possa dubitarsi della indipendenza e imparzialità di chi giudica o indaga.

Altro rilievo evidenziato nella relazione introduttiva attiene all'avvenuta abrogazione di una clausola di chiusura della tipologia degli illeciti disciplinari, che avrebbe privato i titolari dell'azione disciplinare del potere di richiedere la sanzione di condotte *atipiche*, che pure suscitano grave allarme e sconcerto nella pubblica opinione.

La relazione individua, infine, la necessità di riscrivere il testo dell'articolo 2 del R.D.Lgs. n. 511/46 nell'esigenza di evitare che, attraverso il trasferimento d'ufficio per condotte incolpevoli, in realtà si sottopongano a grave sanzione comportamenti volontari del magistrato, con menomazione della titolarità dell'azione disciplinare che la Costituzione affida al solo Ministro della Giustizia e al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Il disegno di legge è stato approvato, con modificazioni rispetto al testo originario, dalla seconda Commissione in sede referente, nella seduta dell'undici settembre 2013, ed allo stato non è stato calendarizzato per i lavori d'aula.

Articolo 1, comma primo.

L'articolo 1, comma I, del disegno di legge n. 112 propone, nel testo approvato dalla Commissione, l'inserimento, all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, dopo la lettera i), della seguente lettera:

« i-bis) il rendere dichiarazioni che nel contesto in cui sono rese rivelano l'assoluta e oggettiva assenza dell'indipendenza, della terzietà e dell'imparzialità necessarie per il corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali».

L'intervento legislativo appare in palese controtendenza rispetto all'assetto attuale della materia disciplinare.

E' infatti evidente il difetto di tassatività della previsione, proprio in considerazione dell'assoluta genericità della locuzione utilizzata e dell'assenza di qualsivoglia aggancio utile per

cogliere inequivocabilmente, con una valutazione effettuabile a priori, l'*ubi consistam* dell'indice rivelatore dell'*assoluta e oggettiva assenza dell'indipendenza, della terzietà e dell'imparzialità necessarie per il corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali*.

A tal fine non può neppure soccorrere l'incerto riferimento al "contesto", in cui tali dichiarazioni sono state rese; anzi, se possibile, il testo approvato in Commissione ha accentuato il difetto di tipicità della fattispecie disciplinare che si vorrebbe introdurre, posto che il disegno di legge, con una formulazione comunque inappagante, faceva originariamente riferimento al *contesto sociale, politico o istituzionale* in cui le dichiarazioni disciplinarmente rilevanti sarebbero state rese.

Parimenti inidoneo a superare il *deficit* di tassatività è il riferimento alla qualificazione come *assoluta e oggettiva dell'assenza dell'indipendenza ed imparzialità* ricavabile dalle dichiarazioni rese. Infatti, si tratterebbe d'introdurre comunque un giudizio rimesso alla mera sensibilità individuale e di per sé non agganciabile ad alcun parametro oggettivamente apprezzabile.

Tale rilievo trova conforto in un'ulteriore notazione.

Il vuoto di tutela che la previsione in commento tenderebbe a coprire è più apparente che reale, posto che le pubbliche dichiarazioni o interviste che, sotto qualsiasi profilo, riguardino i soggetti a qualsivoglia titolo coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, sono prese in considerazione dall'art. 2 D.Lgs. lett. v) del D.Lgs. 109/06; le dichiarazioni che possano comportare la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, ovvero la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui possono essere disciplinarmente valutabili ex lett. u) art. 2 D.Lgs. n. 109/06; o, ancora, che le dichiarazioni possono assumere consistenza di illecito disciplinare quando siano riconducibili all'ipotesi di reato di cui all'art. 594 co. IV c.p., traducendosi nella violazione del combinato disposto degli artt. 1, 4 del D.Lgs. n. 109/06¹. Peraltro, giova rammentare che la Sezione disciplinare, in caso di mancato esercizio dell'azione penale, ha facoltà di valutare, in via incidentale, la sussistenza dei presupposti che integrano la fattispecie delittuosa che determina l'applicazione della sanzione disciplinare. Allo stesso modo, se le dichiarazioni del magistrato sono reiterate nel tempo e sono caratterizzate da faziosità e partigianeria, assumono rilevanza disciplinare ex lett. h), parte prima, art. 3 D.Lgs. n. 109/06, quando sono indice della partecipazione sistematica e continuativa ad un partito politico.

La disposizione in parola, dunque, per il tenore vago, se non indeterminato, della fattispecie sanzionatoria, suscettibile di possibili contrastanti opzioni ermeneutiche, può dar la stura ad una funzione pretoria della Sezione disciplinare, antistoricamente riportata alla funzione di giudice non vincolato a fattispecie sufficientemente determinate, in quanto tale somigliante *ad un piccolo legislatore, ad un legislatore del caso concreto*².

Per altro verso, la proposta non appare utile a dare effettivo, ragionato e bilanciato riscontro all'invito che il Presidente della Repubblica, quale Presidente del C.S.M., ha rivolto ai magistrati di *"ispirare le proprie condotte a criteri di misura e di riservatezza e a non cedere a fuorvianti esposizioni mediatiche che possano mettere in discussione l'imparzialità dei singoli o dell'ufficio giudiziario cui appartengono o della magistratura in generale"*³. E per le medesime considerazioni la proposta di legge non è in grado di *rendere effettive le regole e i codici deontologici che vietano al magistrato un uso improprio e personalistico dei mezzi di comunicazione*, di cui al punto 28 della recente relazione finale del gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali, istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica.

Articolo 1, comma II.

Considerazioni generali

¹ Sul punto, cfr. C.S.M. Sez. disc. depositata il 7 aprile 2009 e Cass., Sez. Un., 24 novembre 2009, n. 24666, con riguardo *ad affermazioni volte a rappresentare la Corte Costituzionale come condizionata e contigua – quantomeno in alcuni suoi esponenti – ad un diverso potere dello Stato*.

² Pignatelli, *Tipizzazione degli illeciti e titolarità dell'azione disciplinare*, Milano, 1986, 215

³ In data 21 luglio 2011, in occasione del discorso rivolto dal Presidente della Repubblica ai magistrati in tirocinio.

Il disegno di legge n. 112, in oggetto, prevedeva originariamente l'introduzione al comma 1 dell'art. 3 del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 del seguente comma:

“i-ter ogni altro comportamento idoneo a compromettere gravemente l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza, nel contesto sociale o nell'ufficio giudiziario in cui il magistrato esercita le proprie funzioni”.

Nel testo approvato dalla Commissione in Senato il testo è:

“ogni altro comportamento idoneo a compromettere in modo concreto, reale e grave l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza nel contesto o nell'ufficio giudiziario in cui il magistrato esercita le proprie funzioni”.

L'indicata disposizione andrebbe ad incidere sull'attuale art. 3 del D.Lgs. n. 109 cit., rubricato “*Illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni*”.

In via di prima approssimazione, deve precisarsi che la norma, come attualmente delineata, definisce un sistema atipico dell'illecito disciplinare extrafunzionale, incentrato sull'elemento costitutivo centrale dell'idoneità del comportamento a ledere, in maniera qualificata, l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, nel contesto ove questi esercita le proprie funzioni.

La disposizione costituisce la sostanziale riproduzione della norma contenuta nella primigenia lettera l) del medesimo articolo 3, che mirava a sanzionare “ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza”⁴. Tale lettera l) è stata poi abrogata dall'art. 1, comma 3, lettera d) numero 4) della legge n. 269 del 24 ottobre 2006.

La disposizione di cui al disegno di legge n. 112, qui in commento, rende necessarie alcune considerazioni critiche sulle seguenti aree tematiche, che saranno di seguito approfondite:

- i caratteri della condotta sanzionata
- la questione dell'atipicità e non tassatività
- il profilo dell'apparenza ed i diritti costituzionali del magistrato *civis*
- la rilevanza del contesto

Gli elementi costitutivi dell'illecito

Nella nuova figura di illecito disciplinare, la prima espressione usata “ogni altro comportamento” lascia chiaramente intendere che la norma ha la funzione di norma di chiusura, indirizzata a coprire tutta l'area del possibile illecito atipico.

Il novero delle condotte sanzionabili in forza di questa norma incriminatrice diviene ampio già per il riferimento al “comportamento” e non, come in altre fattispecie disciplinari, all’”attività”, con ciò attribuendo rilevanza anche solo ad azioni episodiche e contingenti.

Circa i caratteri dell'azione punita, la stessa deve essere idonea a compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità. La norma, quindi, non richiede, a rigore, l'effettiva consumazione della lesione, dando rilievo alla semplice potenzialità lesiva, valutata prognosticamente *ex ante*, a prescindere dall'effettiva compromissione reale dei beni giuridici protetti. Trattasi dunque di un illecito di pericolo.

Potrebbe al riguardo profilarsi un margine di disarmonia tra un illecito totalmente atipico, costruito sulla mera idoneità lesiva, ed il principio di offensività in concreto, che costituisce, allo stato, uno dei capisaldi regolativi del vigente sistema disciplinare.

Si consideri, infatti, che il previgente art. 18 del R.D.Lgs. n. 511/1946 sanzionava il magistrato che “comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario” e, dunque, la realtà dell'effetto pregiudizievole, come effettivamente prodottosi, era un elemento costitutivo essenziale dell'illecito⁵.

Col D.Lgs. n. 109/2006 e soprattutto a seguito dell'introduzione dell'art. 3-bis ad opera della legge n. 269/2006, conseguente ad un acceso dibattito interpretativo, può dirsi recepito nel sistema

⁴ Sullo schema di decreto legislativo attuativo della legge n. 150 del 2005, relativo alla riforma del procedimento disciplinare per i magistrati, il Consiglio si era espresso con il parere del 18 gennaio 2006, le cui condivisibili argomentazioni possono essere qui, come si vedrà, richiamate, approfondite e soprattutto portate a conseguenze ulteriori.

⁵ Pacificamente, vd. Cass., Sez. Un., 30 luglio 1998, n. 7476.

il canone di offensività in concreto, proprio del diritto penale.

Orbene, la norma del disegno di legge n. 112, nei limiti in cui non richiede, ai fini del perfezionamento dell'illecito, la produzione della reale compromissione del bene, ed alla luce degli altri elementi d'indeterminatezza oggettiva, potrebbe ingenerare un effetto eccessivamente espansivo della soglia di punibilità o, comunque, un alto tasso di incertezza, data la controvertibilità del parametro base su cui dovrebbe vertere lo scrutinio prognostico di offensività.

Nel dibattito parlamentare sul disegno di legge in oggetto verosimilmente è stato avvertito questo *deficit* della norma, visto che è stato aggiunto in Commissione al testo originario l'inciso "in modo concreto, reale e grave", al chiaro scopo delimitativo dell'area della punibilità, ma senza tuttavia che tale ultima interpolazione giovi alla risoluzione della criticità segnalata.

Proseguendo nell'analisi del testo della norma, occorre accennare al profilo soggettivo della condotta.

La disposizione del disegno di legge, infatti, tace del tutto sull'elemento soggettivo e tuttavia va segnalato che l'atipicità e la non tassatività dell'illecito (v. *infra*) imporrebbero quantomeno di attribuire un adeguato valore selettivo anche alla componente psicologica della condotta, mediante una più chiara precisazione del grado minimo di colpevolezza, data l'incompatibilità col sistema di forme oggettive di responsabilità.

La questione dell'atipicità nell'evoluzione del sistema

Per intendere a pieno la portata del disegno di legge, non può essere omissivo il richiamo alla disciplina vigente prima dell'entrata in vigore della legge di riforma n. 150/2005, disciplina costituita dalla norma dell'art. 18 del R.D.Lgs. n. 511/46, fondante il cd. sistema disciplinare atipico.

Come è noto, tale ultima disposizione riconosceva la sussistenza dell'illecito tutte le volte che "il magistrato 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".

Rispetto a tale ultima norma, le Sezioni Unite della Cassazione avevano precisato che "la ragione di tale scelta di formulazione normativa viene generalmente indicata nel fine di evitare che violazioni dei doveri anche gravi possano sfuggire alla sanzione disciplinare"⁶, ciò, data l'impossibilità di "prevedere tutti i comportamenti che possono lederli; si tratta, infatti, di principi deontologici che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati, non essendo identificabili e catalogabili tutti i possibili comportamenti con essi contrastanti e che potrebbero provocare una negativa reazione dell'ambiente sociale... Le previsioni normative in materia non possono non avere portata generale perchè una indicazione tassativa renderebbe legittimi comportamenti non previsti ma egualmente riprovati dalla coscienza sociale."⁷.

Poiché l'art. 18 conformava il paradigma dell'illecito disciplinare secondo lo schema proprio delle clausole generali, l'individuazione delle condotte sanzionabili è stata rimessa, per oltre un cinquantennio, alle valutazioni della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura.

E' stato osservato che "l'applicazione di norme di tale specie può dar luogo a valutazioni che – pur rimanendo distinte dal campo della c.d. discrezionalità, intesa come ponderazione comparativa d'interessi – finiscono con l'attribuire all'organo decidente un margine di apprezzamento non controllabile in cassazione... Non fornendo la norma, per sua intrinseca natura, elementi tassativi per la definizione delle condotte disciplinarmente illecite, il sindacato di legittimità sulla sussunzione non può non tener conto del fatto che la categoria normativa impiegata finisce con l'attribuire al giudice di merito un compito di individuazione concreta delle condotte sanzionabili, rispetto al quale non può ammettersi una sostituzione da parte del giudice di legittimità..."⁸.

⁶ Cass. S.U. n. 5/2001.

⁷ Corte Cost. n. 100/1981.

⁸ Ed ancora: "S'intende facilmente come tale giudizio, di natura non prettamente sillogistica, ma, in certa misura, assiologica, ancor meno si presta, per la sua intrinseca natura, ad un riesame di legittimità che non si limiti alla sua ragionevolezza, ma comporti una diretta definizione e valutazione della condotta da parte della Corte di Cassazione.

Nella realtà applicativa, dunque, la Sezione disciplinare, pur tenendo conto dei suoi stessi precedenti giurisprudenziali e delle prassi interpretative, si è comunque trovata a dover provvedere sia all'individuazione delle fattispecie punitive, sia all'applicazione delle relative sanzioni, assolvendo al duplice ruolo di giudice e di "legislatore del caso concreto", con ogni possibile corollario⁹.

Ampia dottrina ha, al riguardo, osservato che l'assenza di una tipizzazione degli illeciti, per un verso, poteva impedire di perseguire effettivamente e di sottoporre a sanzione i magistrati che avessero commesso abusi o scorrettezze disciplinarmente rilevanti, nell'esercizio o fuori delle loro funzioni¹⁰; per altro verso, poteva anche consentire che i magistrati fossero arbitrariamente perseguiti attraverso un uso distorto, intimidatorio e persecutorio dell'illecito disciplinare¹¹.

Un forte contributo all'avvio dell'azione riformatrice del legislatore nazionale è pervenuto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo¹², laddove ha affermato che il principio di legalità esige che la sanzione disciplinare abbia fondamento in una normativa statale caratterizzata dai requisiti della accessibilità, da parte dei propri destinatari, e della prevedibilità degli effetti che ne possono scaturire¹³.

Dunque, anche a seguito dell'intervento della CEDU, la tipizzazione degli illeciti disciplinari è stata avvertita come un'imprescindibile esigenza di razionalità del sistema, idonea, al contempo, a garantire e ad assicurare la certezza del diritto, nonchè, a ciascun magistrato, la piena indipendenza, esterna come interna, al sistema del governo autonomo.

La riforma del sistema disciplinare, come è noto, è stata avviata con la legge delega n. 150/2005, cui sono seguiti i decreti legislativi n. 109/2006 ed il 106/2006, con le modifiche poi introdotte dalle leggi nn. 269/2006 e 111/2007 (cd. prima e seconda legge Mastella).

Il sistema prescelto, attualmente vigente, è incardinato sui principi di tipicità e tassatività.

L'art. 1 del D.Lgs. n. 109/2006 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.

Gli artt. 2, 3 e 4 del medesimo decreto contengono, quindi, la tipizzazione rigida degli illeciti disciplinari, funzionali, extrafunzionali e conseguenti a reato, definendo un *numerus clausus* rigidamente strutturato.

La tipizzazione dell'illecito, così strutturata, costituisce un indefettibile momento di garanzia del sistema di responsabilità disciplinare, perché attua il principio *nullum crimen sine lege*, non essendovi peraltro dubbio sul fatto che "per quanto concerne la materia disciplinare riguardante i magistrati, il principio di legalità trova egualmente piena applicazione, oltre che come fondamentale esigenza dello Stato di diritto, come conseguenza necessaria del nuovo assetto dato alla magistratura dal legislatore costituente, del quale sono puntuali espressioni la garanzia di

Deve, infatti, ritenersi assolutamente estranea alla struttura di tale giudizio una diretta operazione di contemperamento d'interessi, quale è quella che il Giudice disciplinare è chiamato a compiere per tracciare, nel caso concreto, i limiti dell'esercizio del diritto di fornire informazioni sull'attività giudiziaria"(Cass., sez. un., 18 gennaio 2001 n.5).

⁹ DEVOTO, *Il ruolo del C.S.M.*, in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di PIZZORUSSO, 1974, 279 ss. e, per certi aspetti, ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 416 ss.; *contra* Cass., Sez. Un., 20 novembre 1998, n. 11732, che ha tentato di respingere l'idea teorica di una funzione sostanzialmente paranormativa da parte della Sezione disciplinare, trattandosi di attività autenticamente ermeneutica, dovendo il giudice disciplinare limitarsi a valutare se, nel caso concreto, il comportamento contestato sia sussumibile alla fattispecie astratta descritta dall'art. 18.

¹⁰ Cfr. BRUTI LIBERATI, PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, 1998, 150 ss.

¹¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2008, Bari, 615 s.. Anche l'A.N.M. si era espressa, già nel lontano 1975, in senso favorevole all'obbligatorietà dell'azione disciplinare, attraverso un'apposita proposta che prevedeva una serie di ipotesi tipizzate di illecito disciplinare.

¹² Sentenza 17 febbraio 2004 resa sul ricorso n. 39748/98, in tema di partecipazione del magistrato a loggia massonica.

¹³ Per usare le parole dei giudici di Strasburgo: "The Court reiterates that the expressions "prescribed by law" and "in accordance with the law" in Articles 8 to 11 of the Convention not only require that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refer to the quality of the law in question. The law should be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail" (paragrafo 30).

indipendenza (artt. 101 e 104 Cost.) e di inamovibilità, se non a seguito di deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura per motivi previsti (art. 107 Cost.) dall'Ordinamento giudiziario, le cui norme sono stabilite con legge (art. 108 Cost.)¹⁴.

Nella scelta del legislatore, le violazioni dei doveri indicati nell'art. 1 possono assumere rilevanza disciplinare solo se riconducibili ad una delle fattispecie tipiche previste dalle norme successive.

Si tratta, dunque, di un sistema imperniato su tipicità ed anti giuridicità, nominate ed interdipendenti¹⁵.

In argomento è, anzi, essenziale tener presente che, nella versione originaria, l'art. 1 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” (così, C.S.M., Sez. disc., n. 106/2007).

La Sezione disciplinare del Consiglio ha sempre insistito nell'affermare l'assoluta tipicità degli illeciti previsti dagli artt. 2 e 3 della legge, ritenendosi desumibile, nonostante l'abrogazione del terzo comma dell'art. 1, il principio di tassatività dalla stessa previsione delle ipotesi di illecito disciplinare e dalla mancanza nella legge di aperture che lascino spazio ad ogni diversa interpretazione¹⁶.

Ora, la disposizione dell'originaria lettera l) dell'art.3 del dlgs. N. 109/2006 è stata riprodotta quasi letteralmente nel disegno di legge in esame¹⁷.

La prima riflessione, che deve essere svolta, attiene alla struttura ed alla funzione della norma della lettera i-ter) come proposta all'approvazione del Parlamento.

La locuzione utilizzata, “ogni altro comportamento..”, esprime chiaramente una tecnica normativa di segno opposto rispetto al principio di tipicità e tassatività, in quanto indirizzata proprio ad assegnare rilievo ad una serie indeterminabile di condotte non puntualmente individuate nei relativi contenuti.

La struttura della nuova fattispecie incriminatrice vuole chiaramente assegnare alla disposizione la valenza funzionale di norma di chiusura, mirando a sanzionare qualsivoglia comportamento lesivo degli interessi protetti, anche se non ricompreso e non contenibile in una previsione astratta e preventiva di fattispecie limitate e nominate.

Ora, la reintroduzione nel sistema di una clausola sanzionatoria del tipo indicato va a minare il cardine portante del sistema disciplinare tipizzato, come voluto dal legislatore, vanificandolo totalmente.

La nuova norma può costituire la chiave di volta per riprodurre nel sistema il principio dell'atipicità dell'illecito disciplinare, pur dopo la formale abrogazione dell'art. 18 della legge sulle guarentigie. Il rischio è quello di una regressione dell'Ordinamento ad una fase regolativa già da tempo superata, in ragione di fondanti esigenze avvertite nella comunità scientifica e sostenute con fermezza dalla giurisprudenza, anche sovranazionale.

Si rammenti, peraltro, che le S.U. della Corte Suprema di Cassazione hanno recentemente ravvisato il precetto della soggezione del giudice soltanto alla legge posto dall'art. 101 Cost. come ostativo alla possibilità che alla giurisprudenza venga attribuito il ruolo di fonte del diritto, in base alla tripartizione dei poteri, viceversa di “competenza esclusiva” degli Organi del “potere

¹⁴ Corte cost. n. 100/81.

¹⁵ FRESA-FIMIANI, op. cit., 30 e s.

¹⁶ C.S.M., Sez. disc., 7 dicembre 2007 n. 106.

¹⁷ A norma della lettera l) dell'art. 3, comma 1 del d.lgs. 109/2006, abrogata dall'art. 1, comma 3, lettera d), numero 4) della legge 24 ottobre 2006, n. 269, costituiva illecito extrafunzionale “ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza”.

legislativo”, laddove i giudici sono “estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche”¹⁸.

Non possono perciò essere obliterate le gravi e molteplici criticità che il percorso storico ha già posto in luce nel passato come conseguenze immanenti ad un sistema disciplinare atipico.

Il prefigurato *vulnus* al principio di tassatività ed antigiuridicità nominata ingenera effetti collaterali chiaramente gravi e molteplici; di fondo, ciò che ne viene intaccato è il principio di legalità e di certezza del diritto, a tutto detrimento sia del magistrato, che non saprebbe più esattamente delimitare i confini del mandato di cui è investito, sia della collettività tutta, non più in grado di identificare con certezza le condotte esigibili dal magistrato e quelle illecite.

Il rischio che va segnalato è che l’indebolimento del principio di tassatività implichi che il giudice disciplinare possa porre divieti, ora per allora, sanzionando condotte non percepite dagli agenti come illeciti quando poste in essere.

A confutazione dell’asserita esistenza dei cd. vuoti di tutela, va reiterato che il sistema punitivo attuale appare già pienamente rispondente all’esigenza di completezza dell’Ordinamento. Invero, le norme degli artt. 2, 3 e 4 dettano un’elencazione molto ampia di fattispecie, delineate anche in termini piuttosto elastici, tanto che la stessa Cassazione ha di recente parlato di “forza espansiva” degli illeciti previsti attualmente.

Occorre tenere in debito conto, infatti, che, nell’interpretazione corrente, il principio di tassatività viene ritenuto compatibile con l’interpretazione estensiva delle norme, con ogni conseguenza anche in termini di adattabilità ed elasticità delle svariate fattispecie tipiche¹⁹.

In particolare, può allora rimarcarsi che l’illecito previsto dall’attuale lettera d) seconda parte, 2° comma, dell’art. 3 è in grado di coprire l’intera area delle condotte extra funzionali che incidano negativamente sui doveri di servizio; la norma prevede, infatti, la sanzione di tutti i comportamenti che siano “*tali da recare concreto pregiudizio all’assolvimento dei doveri disciplinati dall’articolo 1*”. La norma, nella stessa applicazione giurisprudenziale, risulta avere un ambito applicativo piuttosto elastico ed ampio, mirando alla tutela dei valori fondanti il comportamento della “*persona magistrato*”, nella loro valenza trasversale²⁰.

Il dato di sintesi è, dunque, che, alla luce di un impianto improntato alla tipizzazione degli illeciti, non è registrabile neppure in astratto il sospetto del vuoto di tutela.

Invero: o la condotta non reca un concreto pregiudizio all’assolvimento dei doveri, ed allora nessun illecito è configurabile, ovvero, se raggiunge tale soglia di offensività, inevitabilmente finisce per essere inquadrata in una delle fattispecie tipiche già previste, anche tenuto conto che le condotte magistratali neutre sotto il profilo disciplinare possono, comunque, assumere rilevanza ai sensi dell’art. 2 della legge sulle guarentigie.

Il punto di equilibrio tra tensioni ed esigenze di segno opposte appare quindi adeguatamente raggiunto dal sistema vigente, tanto da non richiedere, anzi da rifiutare, qualsivoglia intervento correttivo.

Le considerazioni testè svolte introducono un’ulteriore riflessione critica sulla norma di cui alla lettera *i-ter*, inerente i prevedibili riflessi negativi che essa potrebbe svolgere sui diritti, anche costituzionalmente garantiti, del magistrato, considerato *uti civis*.

Infatti, la disposizione in discorso dovrebbe in linea teorica implicare l’esistenza di un obbligo generalizzato del magistrato di astenersi dal compiere qualsivoglia condotta idonea a compromettere i valori della giurisdizione, anche solo nell’apparenza, nell’ambito del contesto di esercizio delle funzioni, con un’estensione degli obblighi di servizio nella sfera privata che potrebbe comportare il rischio di una forte compromissione delle libertà e dei diritti che il magistrato vanta, al pari di qualsiasi altro cittadino²¹.

¹⁸ Nella sentenza si afferma altresì: “il “diritto vivente”, quale “fenomeno oggettivo” complesso, “legato alla natura assiologica della norma” e “determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale”, richiede in effetti la “mediazione accertativa” della giurisprudenza, ma in tale attività essa meramente “lo disvela” e “non per questo lo crea” (così Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144).

¹⁹ C.S.M., Sez. disc., 7 dicembre 2007 n. 106, relativa proprio ad un caso di condotta extrafunzionale. Rispetto alle norme incriminative penali, cfr. Cass., 10 marzo 1992 n. 5332; Cass., 29 aprile 1974 n. 1041.

²⁰ Cfr. C.S.M., Sez. disc., n. 76/2009, n. 31/2011 e n. 1/2012.

²¹ Vd. Corte cost, sent. 7 maggio 1981, n. 100, per la quale “..deve riconoscersi e non sono possibili dubbi in proposito

Il rilievo dell'apparenza

Ed invero, la norma di chiusura inserita nel disegno di legge contiene il riferimento all'*apparenza* come fattore da tutelare rispetto ai valori finali propri della funzione giudiziaria.

La criticità dell'uso giuridico dell'*apparenza* risiede, come è immediatamente evidente, intorno all'impalpabilità di questo concetto, la cui essenza è prettamente soggettiva.

Che il criterio selettivo di un illecito disciplinare atipico possa risiedere in un concetto tanto evanescente, non può non destare perplessità giacchè, così operando, si viene ad introdurre un criterio che potrebbe spostare il fulcro della giustizia disciplinare verso un giudizio della mera sembianza e parvenza, in contrasto con il principio di legalità e con la tipizzazione degli illeciti, divelto peraltro il cardine dell'antigiuridicità nominata.

Ovviamente, non si vuole sostenere che l'immagine dell'imparzialità non sia un valore tutelato nel nostro Ordinamento, chè, anzi, il concetto di "prestigio dell'Ordine", è un caposaldo fondante, sul piano costituzionale, del sistema giudiziario²². E non vi è dubbio che il concetto di prestigio involga il piano della percezione esterna dell'essere, cioè della credibilità, come dato non intrinseco ed effettivo, ma puramente soggettivo.

Tuttavia, non può essere trascurato che il valore dell'*apparenza* riceve, nell'attuale sistema, una protezione soprattutto preventiva ed orientativa, nei termini della delimitazione aprioristica delle condotte magistratuali, anche extra funzionali. Il canone dell'*apparenza* gioca cioè un ruolo nevralgico nella prodromica fase regolamentativa e delimitativa delle libertà e dei diritti del magistrato, e cioè in quell'aprioristico e fisiologico stadio che è il momento autorizzatorio e orientativo, non anche in quello punitivo²³. In tale senso, la tutela, a livello sanzionatorio esiste, ma è assicurata dalle specifiche norme disciplinari che puniscono le singole condotte violative delle regole poste a tutela dell'*apparenza* (es. lo svolgimento di incarichi soggetti ad autorizzazione senza il relativo provvedimento consiliare).

Inoltre, quando l'*apparenza* diviene elemento incriminante di una fattispecie già totalmente destrutturata, il livello di evanescenza diviene davvero grave e allarmante, non essendo possibile alcun "recupero di tassatività in via interpretativa"²⁴.

Anche *in parte qua* la norma presenta quindi seri elementi di criticità, quanto meno ingenerando l'alta probabilità di orientamenti giurisprudenziali ondivaghi e risposte punitive irragionevolmente differenziate, evenienze tutte che, a tutta evidenza, ledono i fondamentali principi di eguaglianza dinanzi alla legge, di legalità e di certezza del diritto.

Del testo proposto deve, infine, essere messo in luce quell'ulteriore profilo di grave vaghezza inerente l'ambito oggettivo di accertamento della potenzialità offensiva.

Si consideri che mentre l'originaria formulazione faceva richiamo al "contesto sociale e all'ufficio giudiziario", nell'iter parlamentare è stato espunto l'attributo "sociale".

Dunque, il raggio di valutazione della condotta è il vaghissimo contesto entro cui il

che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni cittadino".

²² Cfr., Corte Cost. n. 100/1981.

²³ Giusto *ad exemplum* si pensi alla Risoluzione del 28 aprile 2010, relativa alla Partecipazione dei magistrati al governo degli enti locali e all'esercizio di Uffici politico-amministrativi da parte di magistrati che svolgono o non svolgono funzioni giurisdizionali. In tale occasione, ribadendosi che il compito fondamentale del Consiglio Superiore della Magistratura, derivante direttamente dal ruolo assegnatogli dalla Costituzione, è tutelare l'indipendenza e l'autonomia della magistratura, è stato precisato che "tale tutela involge necessariamente anche l'immagine di terzietà ed imparzialità che deve assistere ciascun magistrato nell'esercizio concreto delle sue funzioni". Nei termini riportati il Consiglio riconosce come "diritto vivente" che "l'immagine dell'imparzialità" è un valore indispensabile, perché traduce in una forma esterna immediatamente percepibile il contenuto sostanziale di detto valore. D'altra parte, la fiducia che i cittadini ripongono nella magistratura si nutre anche della percezione che gli stessi hanno della indipendenza e dell'imparzialità dei singoli magistrati nell'amministrazione della giustizia". Come di recente rilevato dalla Corte costituzionale, "i magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost.), debbono essere imparziali ed indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità (C. Cost. n. 224/2009).

²⁴ Cass. Sez. Un. 11 giugno 2013.

magistrato esercita le proprie funzioni, quindi un *range* assolutamente indefinito, che potrebbe involgere gli ambiti più diversi, quali quello amicale, locale, massmediatico, professionale, associativo, relazionale in senso lato²⁵.

E', dunque, chiara l'incerta verificabilità degli elementi dell'illecito e la mutevolezza del possibile giudizio, con l'inaccettabile conseguenza di risposte punitive troppo differenziate, pur a fronte di azioni di consistenza identica.

Conclusivamente, la nuova norma, se approvata, sarebbe in grado di minare alle fondamenta l'attuale sistema, realizzando, all'interno di una vera e propria eterogenesi dei fini, un effetto esattamente opposto a quello voluto dal legislatore della riforma.

Articoli 2 e 3.

Il Disegno di legge n. 112 in esame, propone, inoltre, la modifica del testo dell'art. 2 nel senso di sostituire, alle parole contenute nell'attuale formulazione "*per qualsiasi causa indipendente da loro colpa*", la dizione "*per qualsiasi situazione non riconducibile ad un comportamento volontario del magistrato*".

La materia costituisce un tema di estremo rilievo, con riferimento all'ambito ed all'estensione dei poteri del Consiglio Superiore della Magistratura, interpellando da un lato l'effettività delle prerogative amministrative di governo autonomo della magistratura sancite dall'art. 105 della Costituzione a tutela della funzionalità degli uffici giudiziari – sotto il profilo dell'autonomia e dell'indipendenza della loro azione –, e, dall'altro, il principio di inamovibilità dei magistrati codificato nella Carta costituzionale all'art. 107.

Sinteticamente, deve darsi atto che la disciplina in questione è già stata oggetto di recenti interventi modificativi dai contenuti e dalle conseguenze ordinali tuttora controverse.

Il trasferimento d'ufficio del magistrato ai sensi dell'articolo 2, R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511 c.d. "legge sulle guarentigie", fino all'entrata in vigore della riforma dell'Ordinamento giudiziario del 2006 era previsto per i magistrati "*quando per qualsiasi causa, anche indipendentemente da loro colpa, non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'Ordine giudiziario*". Esso era rappresentato, nella interpretazione consolidata, e nella prassi consiliare, quale unico strumento amministrativo per intervenire in situazioni che, per la loro consistenza obbiettiva, potevano mettere in discussione la credibilità dell'esercizio funzione giudiziaria in uno specifico contesto.

Nel tempo, lo strumento ha assunto i caratteri di una misura para disciplinare, e, pur essendo nelle sue finalità prevalentemente orientato alla tutela della "credibilità" della funzione giudiziaria, in un'ottica di svalutazione della dimensione soggettiva del magistrato, si è connotato per i suoi caratteri afflittivi²⁶.

La parallela esistenza di un sistema disciplinare connotato dalla atipicità delle fattispecie rilevanti, e di un intervento amministrativo che non si poneva limiti di sistema all'accertamento dei profili soggettivi di condotta dei magistrati interessati²⁷ ha provocato una obbiettiva sovrapposibilità dell'istituto del trasferimento per incompatibilità settore amministrativo con quello giurisdizionale²⁸.

²⁵ I confini della illiceità della condotta sono definiti, nel regime attuale, dalla giurisprudenza disciplinare nei termini espressi da Sez. Disc. CSM. 8 aprile 2011, n. 82; Cass., Sez. Un. 6 dicembre 2012, n. 28813; Sez. Disc. CSM 19 gennaio 2010, n. 33.

²⁶ Da ciò, il consolidarsi della giurisprudenza amministrativa, che ha posto sempre più l'accento sulla necessità di assicurare una garanzia difensiva adeguata al magistrato sottoposto alla procedura *ex art. 2*, R.D.Lgs. n. 511 del 1946. In risposta a tali sollecitazioni, il C.S.M., pur in assenza di una piena giurisdizionalizzazione, ha disciplinato un procedimento rigoroso e garantito per assicurare, a norma dell'art. 107 della Costituzione, le "garanzie di difesa" del magistrato a tutela del principio di inamovibilità dei magistrati (l'applicazione della procedura è disciplinata dalla circolare del 18 dicembre 1991).

²⁷ Per il riconoscimento in giurisprudenza della possibile coesistenza degli istituti in presenza di comportamenti colpevoli, in ragione della differenza di natura e funzione degli istituti, tra le altre Cass. sez. un. n. 1994/2003.

²⁸ MAZZAMUTO, *L'incompatibilità ambientale e funzionale*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura, aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino 2001, 103 e ss.

La misura di cui all'art. 2 è stata talvolta utilizzata in maniera oggettivamente suppletiva rispetto ad un esercizio dell'azione disciplinare spesso inefficace o tardivo, rimesso all'iniziativa, generalmente facoltativa e discrezionale, di soggetti esterni all'Organo di governo autonomo, soprattutto con riferimento a situazioni riguardanti l'integrità dell'esercizio della funzione giudiziaria²⁹.

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*» ha modificato sostanzialmente l'articolo 2, secondo comma, del Regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, mediante una formulazione per la quale la fattispecie è integrata «*quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa [i magistrati n.d.r.] non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità*». La innovazione principale, sotto il profilo dell'oggetto della presente relazione³⁰ è la nuova definizione del presupposto del trasferimento d'ufficio, che viene delineato con esclusivo riferimento alle cause indipendenti da colpa del magistrato.

Il Consiglio Superiore ha esaminato gli effetti delle modifiche legislative in diversi interventi regolamentari ed interpretativi³¹. Tra questi, la risoluzione del 6 dicembre 2006 che, preso atto che in seguito all'approvazione della legge 24 ottobre 2006, n. 269, il quadro normativo delineato dal decreto legislativo n. 109/2006 si era sul punto stabilizzato, ha ritenuto necessario elaborare un compiuto intervento teso ad affrontare le molteplici problematiche connesse alla nuova formulazione dell'art. 2 legge guarentigie. In essa, in particolare, si legge che «*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*».

Si è reso, quindi, da subito evidente l'effetto perseguito dal legislatore di promuovere la netta distinzione tra procedimento disciplinare giurisdizionale e procedura amministrativa di trasferimento, affidando solo al primo la sanzione dei comportamenti rilevanti disciplinarmente a titolo di dolo o colpa, riservando al secondo solo le situazioni obiettive incidenti sulla funzionalità dell'attività giudiziaria al di fuori di ogni sindacato di colpevolezza del magistrato.

D'altra parte, l'interpretazione più rigorosa e limitante della nuova definizione dei poteri di intervento amministrativi ha sollecitato la preoccupazione del Consiglio che, nella delibera adottata il 24 gennaio 2007, ha esaminato la situazione determinatasi ed ha rilevato che «*l'esperienza del primo periodo di applicazione della nuova normativa ha dimostrato che tale ridimensionamento dei poteri di ufficio del Consiglio priva, di fatto, l'autogoverno di strumenti incisivi di intervento proprio nelle situazioni più delicate e nelle "zone grigie" (caratterizzate dalla compresenza di comportamenti di diversa rilevanza), il cui permanere mina (o rischia di minare) la credibilità della giurisdizione, e che a tale carenza non pongono sufficiente rimedio le nuove disposizioni*

²⁹ In tal senso, ERBANI *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Il nuovo Ordinamento giudiziario*, a cura di D. Carcano, Milano, 2006, 322 ss.

³⁰ Ulteriori 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*».

³¹ Oltre a quelli citati nel testo si segnala la risoluzione approvata nella seduta del 19 luglio 2006, contenente il primo e urgente intervento mirato ad affrontare prevalentemente le questioni relative alla fase transitoria e alla relativa disciplina (art. 26, comma 2 decreto legislativo n. 109/2006). In particolare il Consiglio ha disposto nel senso che la Prima Commissione, doveva procedere all'esame delle singole pratiche pendenti all'entrata in vigore del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, verificando, al fine delle valutazioni concernenti la segnalazione al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, a) l'astratta riconducibilità della fattispecie concreta alle diverse ipotesi di illecito disciplinare previste dalla normativa e b) che la condotta ascritta al magistrato non appaia incolpevole *ictu oculi* ovvero all'esito di un accertamento preliminare. All'esito di tale valutazione, la Commissione doveva quindi assumere le necessarie determinazioni al fine di adottare i provvedimenti di competenza del Consiglio.

relative alle misure cautelari adottabili in sede di procedimento disciplinare, sia per la diversità dei relativi presupposti che per la più ristretta area di applicazione di queste ultime”.

Di qui, il Consiglio ha avvertito l'urgenza di segnalare al Ministro della Giustizia, per le sue valutazioni, l'opportunità di reintrodurre strumenti attivabili d'ufficio idonei ad attribuire al Consiglio, in sede di amministrazione della giurisdizione, un potere di intervento su situazioni oggettivamente pregiudizievoli della «*fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa*» (secondo l'espressione della Corte Costituzionale nella sentenza n. 100 del 1981) più incisivo e di maggiore portata di quello configurato dall'attuale art. 2 legge guarentigie.

Sul piano dell'elaborazione applicativa, il Consiglio Superiore ha ravvisato una radicale cesura tra il trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale ed i comportamenti disciplinarmente rilevanti, predicando, in relazione al primo istituto, l'assoluta irrilevanza dell'elemento soggettivo della condotta del magistrato. In sostanza, l'area delle situazioni rilevanti ex art. 2 L.G. è stata definita in funzione anche del comportamento individuale del magistrato coinvolto, ma con riferimento esclusivo alla lesione obbiettiva della indipendenza e imparzialità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie che ne sia derivata .

In concreto, in occasione di fattispecie caratterizzate da comportamenti volontari dei magistrati, è stato pretermesso dall'indagine sulla sussistenza dei presupposti del trasferimento ex art. 2 l'elemento psicologico colposo.

L'approdo decritto è stato, ad esempio, da ultimo sviluppato nella delibera del 16 giugno 2011, con la quale è stato deliberato il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale di un magistrato dirigente di un ufficio giudiziario requirente.

In quella sede, il Consiglio Superiore, premesso che *“la riforma del 2006, proprio al fine di separare in maniera più marcata le competenze giurisdizionali da quelle amministrative in tema di trasferimento d'ufficio e nell'ottica di giurisdizionalizzare, quanto più possibile, una procedura che incide fortemente sulla garanzia costituzionale dell'inamovibilità, ha per un verso codificato e circoscritto le ipotesi di trasferimento d'ufficio in sede disciplinare, estendendole anche in sede cautelare (art. 13 d.lgs. n. 109/2006) e, per altro verso, ha ridotto l'ambito di applicazione dell'art. 2 L.G.. Il chiaro obiettivo perseguito dalla norma è, infatti, quello di creare un confine netto e senza possibili duplicazioni fra la procedura paradisciplinare e la procedura disciplinare”*, ha affermato che *“il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale, disciplinato dall'art. 2, secondo comma, del R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511 (guarentigie della magistratura), è volto ad assicurare la salvaguardia del valore primario dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, del prestigio di cui essa gode nella comunità e dell'ordinato funzionamento degli uffici giudiziari, e si fonda su una valutazione oggettiva del comportamento del magistrato e della ricaduta dello stesso sull'ambiente esterno, indipendentemente da qualsivoglia giudizio sulla colpa dell'autore. Infatti, il procedimento avente ad oggetto il predetto trasferimento per incompatibilità ambientale è ben diverso dal procedimento disciplinare perché non mira a sanzionare un contegno lesivo del prestigio dell'Ordine giudiziario, avente carattere di illecito e sanzionato sul piano disciplinare, e prescinde del tutto dall'accertamento di profili soggettivi di responsabilità avendo soltanto lo scopo di rimuovere sopravvenuti impedimenti al regolare funzionamento degli uffici giudiziari, allorquando per qualsiasi causa il magistrato non possa più esercitare la funzione giurisdizionale nella sede che occupa alle condizioni richieste dal prestigio dell'Ordine giudiziario. Ne consegue che al procedimento amministrativo di trasferimento per incompatibilità ambientale non trova necessariamente applicazione la disciplina prevista per il procedimento disciplinare, avente natura giurisdizionale.”*

Su queste premesse di principio, nella delibera di trasferimento si è, quindi, verificato che i fatti accertati a carico del magistrato sottoposto a procedimento fossero in rapporto di diretta causalità con la compromissione della piena indipendenza ed imparzialità nello svolgimento della funzione giurisdizionale, sicchè il trasferimento d'ufficio è stato ritenuto indispensabile per il ripristino della credibilità, dell'autorevolezza e dell'imparzialità dell'amministrazione della giustizia.

La ricostruzione dell'istituto di cui all'art. 2 come riformata dalla novella del 2006 è stata condivisa dal giudice amministrativo. Infatti, dopo una pronuncia di contenuto opposto del T.A.R.

del Lazio³², il Consiglio di Stato, nel medesimo contenzioso³³, dopo avere ribadito che la *ratio legis* della novella del 2006 era quella di circoscrivere il trasferimento alle sole ipotesi di incompatibilità "incolpevole", tracciando una demarcazione netta tra i trasferimenti che conseguono a veri e propri procedimenti disciplinari e i trasferimenti amministrativi, ha affermato che «*Ne risulta ridimensionata la questione, su cui è contrasto fra le parti del presente giudizio, se il termine "colpa" nella disposizione de qua debba essere interpretato come un richiamo all'elemento soggettivo dell'illecito (la "colpevolezza" in senso lato, a sua volta suscettibile di atteggiarsi in dolo o colpa) ovvero nel senso generico di trasgressione di qualsiasi dovere etico o deontologico: è infatti evidente, alla luce dei rilievi che precedono, la ratio legis di ancorare la possibilità di trasferimento a situazioni oggettive, se del caso anche riconducibili a condotte del magistrato interessato, ma comunque al di fuori di ogni giudizio di "riprovevolezza" di esse. (..)*»

La sentenza – nel criticare la motivazione di un precedente provvedimento del C.S.M. – conclude quindi nel senso che la condotta volontaria del magistrato, “*riguardata in sé come mero fatto materiale e indipendentemente da qualsiasi giudizio che se ne dia (di liceità o illiceità, di apprezzamento o di riprovazione etc.)*” possa in astratto integrare il presupposto fattuale per l'applicazione della procedura di trasferimento per incompatibilità ambientale.

Ancora più esplicita la sentenza n. 6972/2012 del T.A.R. del Lazio, che, premesso che sotto il profilo soggettivo il trasferimento d'ufficio va ora circoscritto alle sole ipotesi di incompatibilità “incolpevole”, ha precisato che “*le situazioni oggettive cui è stata ancorata la possibilità di trasferimento d'ufficio del magistrato possono risultare anche riconducibili a condotte del magistrato interessato, anche se le stesse devono comunque essere valutate al di fuori di ogni giudizio di "riprovevolezza" delle stesse (C. Stato, n. 3587 del 2011)*”.

Il giudice amministrativo di primo grado ha, quindi, convenuto che il ricorso al rimedio del trasferimento d'ufficio presuppone, quanto al profilo soggettivo, “*non l'assenza di una condotta volontaria, ma l'assenza di una condotta volontaria incolpevole*”.

Tra le cause che possono determinare l'impossibilità dei magistrati di svolgere le funzioni nella sede occupata con piena indipendenza e imparzialità, debbono farsi rientrare anche le condotte connotate da coscienza e volontà, anche perché, *laddove la locuzione "qualsiasi causa" potesse essere ritenuta riferibile esclusivamente a circostanze esterne alla sfera personale del magistrato, ovvero escludere i suoi comportamenti volontari, la successiva precisazione della necessità dell'indipendenza da colpa sarebbe del tutto priva di senso.*

E' stato infine ribadito che il rimedio del trasferimento d'ufficio del magistrato può conseguire anche a condotte volontarie dell'interessato.

La modifica proposta con il disegno di legge in commento si presenta come del tutto distonica ed incoerente con l'evoluzione normativa ed interpretativa illustrata, frutto di una elaborazione progressiva, orientata alla ricostruzione di un disegno equilibrato di composizione sistematica degli istituti di governo della funzionalità degli uffici giudiziari e di disciplina dei magistrati.

L'esclusione dal novero delle evenienze che giustificano l'intervento del Consiglio Superiore di tutte le situazioni riconducibili a comportamenti volontari dei magistrati realizzerebbe una formidabile limitazione dell'istituto, in quanto non consentirebbe di considerare gli effetti, sulla concreta funzionalità degli uffici giudiziari, anche solo con esclusivo riferimento al profilo obbiettivo della complessiva immagine di indipendenza ed imparzialità, di evenienze ricollegabili a condotte di magistrati che siano provviste del mero coefficiente della coscienza e volontà. L'art. 2 troverebbe applicazione solo in relazione a circostanze del tutto esterne alla volontà del magistrato, quali situazioni ambientali, oggettive, non dipendenti dal comportamento volontario.

Ogni volta che fossero in discussione gli effetti di un comportamento di un individuo, a prescindere da ogni connotazione soggettiva, l'Organo di governo autonomo della magistratura dovrebbe invece arrestarsi, rinunciando al suo ruolo di tutela e garanzia dell'andamento indipendente ed imparziale della funzione giurisdizionale.

³² Si tratta di T.A.R. del Lazio, sezione I, sentenza 29 aprile 2009 n. 4454

³³ C. Stato, IV, 13 giugno 2011, n. 3587

L'unico spazio di intervento residuo sarebbe quello disciplinare, qualora ne ricorrano i presupposti. Occorre peraltro notare che il sistema disciplinare in vigore è ispirato ad una tendenziale tipizzazione tassativa, ma è privo di clausole di chiusura che potrebbero mettere il sistema al riparo da possibili zone franche determinate da impotenza.

D'altra parte, anche ove si considerasse che lo stesso disegno di legge prevede una sostanziale attenuazione del principio di tipicità, cosicché potrebbe dirsi che alla limitazione dell'art. 2 finirebbe col corrispondere un significativo ampliamento delle condotte disciplinarmente rilevanti, il complessivo assetto così risultante dovrebbe dirsi comunque insoddisfacente.

Tale soluzione normativa, infatti, a prescindere da ogni considerazione sulla sostanziale sconfessione della funzione di garanzia svolta dal principio di tipicità, disconoscerebbe la ragione e la finalità del trasferimento officioso per incompatibilità, spostando l'equilibrio degli strumenti ordinamentali dedicati alla riparazione delle patologie funzionali del sistema al solo rimedio disciplinare, senza tenere conto che esso è per definizione settoriale e limitato, concentrato come è sulla sola repressione del comportamento antidoveroso del singolo magistrato, indifferente al diverso valore dell'attuazione delle finalità e degli interessi della funzione giudiziaria nel suo complesso.

La esclusiva centralità del disciplinare altera, e quasi neutralizza, le caratteristiche proprie di un efficace governo della magistratura che impone, al di là della punizione o meno dell'incolpato, di rimuovere con tempestività le cause di una compromessa funzionalità dell'ufficio giudiziario³⁴.

L'approvazione della proposta di legge, sotto il profilo dell'art. 2, comporterebbe un evidente ridimensionamento dei poteri del Consiglio e *“tale ridimensionamento dei poteri di ufficio del Consiglio priva, di fatto, l'autogoverno di strumenti incisivi di intervento proprio nelle situazioni più delicate e nelle “zone grigie” (caratterizzate dalla compresenza di comportamenti di diversa rilevanza), il cui permanere mina (o rischia di minare) la credibilità della giurisdizione, e che a tale carenza non pongono sufficiente rimedio le nuove disposizioni relative alle misure cautelari adottabili in sede di procedimento disciplinare, sia per la diversità dei relativi presupposti che per la più ristretta area di applicazione di queste ultime”*³⁵.

L'“area grigia” avrebbe ampiezza imprevedibile, ma sicuramente non marginale, riguardando tutte le ipotesi non comprese nel catalogo delle fattispecie disciplinari e che, in quanto ascrivibili a condotta cosciente e volontaria del magistrato, non consentirebbero un intervento amministrativo, rimanendo prive di qualunque rimedio, pur a fronte di una concreta lesione dei valori dell'indipendenza ed imparzialità nello svolgimento della funzione giudiziaria.

Dal punto di vista ordinamentale, atteso che il sistema costituzionale assegna al Consiglio Superiore della Magistratura, in via esclusiva, la responsabilità della tutela della credibilità, dell'indipendenza ed imparzialità della giurisdizione, potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale di una norma che amputi nel modo descritto gli strumenti di intervento per l'esercizio delle proprie prerogative dell'Organo di governo autonomo della magistratura³⁶.

Né le argomentazioni che precedono potrebbero essere superate dall'accentuato rilievo della funzione disciplinare affidata dalla Costituzione al Consiglio Superiore dall'art. 105 della Costituzione. Ciò perché, come si è già osservato, lo strumento disciplinare, per la dipendenza da catalogo tipizzato di fattispecie rilevanti, non è intrinsecamente idoneo a coprire tutto il novero delle condotte in grado di frapporre ostacoli al regolare funzionamento degli uffici giudiziari. D'altra parte, come è noto, lo stesso intervento disciplinare è subordinato all'iniziativa di poteri diversi ed autonomi – Ministro della Giustizia e Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Potrebbe così accadere che, pur in presenza dell'accertamento presso il C.S.M. di una situazione obbiettiva di patologia funzionale di un ufficio, tale da mettere in discussione l'imparzialità e l'indipendenza della funzione giudiziaria, così da minarne la stessa credibilità agli occhi degli utenti, ove essa derivi da condotte poste in essere da magistrati, il Consiglio non avrebbe alcuno

³⁴ Così CARCANO, *Il trasferimento per incompatibilità: un istituto in cerca di autore*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2009, 81ss.

³⁵ C.S.M., delibera del 24 gennaio 2007.

³⁶ Nel senso della incompatibilità con il sistema costituzionale di tale soluzione CARLUCCIO *Il trasferimento dei magistrati per incompatibilità ambientale e funzionale* in *Giornale di diritto amministrativo* 2/2010, 1 ss.

strumento di intervento riparatore immediato.».