



Struttura di formazione decentrata della Corte Suprema di Cassazione

Le impugnazioni del pubblico ministero ed il ricorso nell'interesse della legge (art. 353)



*Ambiguità ed equivoci in tema di
responsabilità disciplinare
dei magistrati **

Luigi Salvato

*Avvocato Generale della
Corte di cassazione*

Ambiguità ed equivoci in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati*

1.- L'ampiezza del tema dell'incontro ed il limitato tempo a disposizione impongono una scelta delle questioni da affrontare. Per questa ragione, nella consapevolezza dell'arbitrarietà della scelta, ritengo non inopportuno soffermarmi esclusivamente sulla possibilità di identificare un carattere della disciplina della responsabilità disciplinare dei magistrati individuabile quale ragione di alcuni profili di criticità (qui del pari arbitrariamente scelti tra i molti meritevoli di attenzione) - con specifico riguardo al ruolo ed ai compiti del P.M. -, per segnalare alcune delle questioni che gli stessi pongono, senza la pretesa di risolverle o pur solo di ipotizzare prospettive di soluzione.

2.- La premessa dalla quale muovere, che in realtà costituisce quasi un'anticipata risposta al quesito dianzi sintetizzato, è che il sistema della responsabilità disciplinare è connotato da alcune «ambiguità» e da «equivoci» nei quali, non implausibilmente, si annidano non poche delle ragioni di criticità dello stesso. Si tratta di un carattere che, peraltro, permea la stessa funzione della Corte di cassazione, icasticamente posto in luce dalla sua definizione di «vertice ambiguo» datane da Michele Taruffo, oltre che la funzione ed il ruolo del P.M., in generale, quanto alla sua collocazione ordinamentale e processuale e, in particolare, con riguardo alla finalità dell'intervento nel giudizio di legittimità.

Relativamente al P.M., un equivoco di fondo si annida già nella stessa denominazione di «procuratore», da cui deriva che egli agisce in rappresentanza di un soggetto o di un'entità diversa, all'origine dell'ambigua definizione di «parte imparziale» o di altri significativi ossimori (quali quello di «giudice parziale»). Tale equivoco, come di recente ha bene osservato Renato Rordorf¹, può tuttavia ritenersi superato, purché sia posto in chiaro che l'interesse perseguito dall'azione processuale del pubblico ministero è di carattere generale ed è quello alla tenuta della legalità repubblicana, quale si desume dal dettato costituzionale e dalle disposizioni normative che vi si adeguano e la attuano. Ciò consente di evidenziare che, se pure la struttura dialettica del processo lo consegna al ruolo formale di parte, il P.M. non sta in giudizio per salvaguardare la posizione di una parte portatrice di uno specifico interesse, contrapposto a quello della parte avversa. Il suo compito è, infatti, assicurare la corretta attuazione del diritto per garantire i valori di legalità che fanno capo all'intera comunità sociale.

Se è questo l'interesse che il P.M. deve perseguire, risulta impropria la qualifica di pubblico accusatore talvolta attribuitagli con riguardo al processo penale. Tale

* Testo dell'intervento all'incontro organizzato presso la Corte di cassazione, 18 ottobre 2018, dalla struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione sul tema "*Il pubblico ministero nei procedimenti disciplinari nei confronti di magistrati e avvocati*".

¹ R. Rordorf, *Editoriale*, in *Questione Giustizia*, n. 1 del 2018, 3.

improprietà e l'ambiguo ruolo di «parte imparziale» risultano esaltate in relazione al P.M. di cassazione tenuto conto, tra l'altro: quanto all'ambito penale, anche dei compiti di coordinamento sottesi all'art. 6 del d.lgs n. 106 del 2006, rivolti alla correttezza e uniformità di esercizio dell'iniziativa penale; quanto al processo civile, delle ragioni e delle finalità dell'intervento del P.M., in quanto *amicus curiae* e controllore della legalità del giudizio; quanto al procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati dell'*an* e del *quomodo* dell'azione dallo stesso esercitata.

Tali attribuzioni, come osservato da Carmelo Sgroi², autorizzano l'individuazione di un filo rosso che tutte le lega, in grado di evidenziare la specificità dei compiti svolti e, tuttavia, insufficiente ad eliminare, con riguardo al sistema della responsabilità disciplinare, le note di ambiguità che lo connotano in relazione ai profili soggettivi (e cioè all'organo titolare dell'azione), alle ragioni ed alla finalità della stessa, alla specifica regolamentazione sui piani sostanziale e procedimentale.

3.- Procedendo dal profilo soggettivo, una prima ambiguità caratterizza l'attribuzione della titolarità dell'iniziativa disciplinare e le modalità con le quali è stata regolamentata.

L'art. 107 Cost. stabilisce, infatti, la facoltà del Ministro della giustizia di promuovere l'azione disciplinare, con previsione frutto di un ampio e contrastato dibattito in seno all'Assemblea costituente, e non fa menzione di un parallelo potere d'iniziativa in capo a un diverso organo, previsto dalla legge n. 195 del 1958 ed attribuito al P.G. della Corte di cassazione.

L'omessa previsione dell'iniziativa del P.G. nella Carta fondamentale, la natura discrezionale (anziché al d.lgs. n. 109 del 2006) dell'azione e la peculiare posizione del P.G. (tra l'altro, in quanto partecipe dell'elezione dei giudici che decidono della fondatezza dell'iniziativa dallo stesso assunta) sono le ragioni alla base dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati sulla norma che l'ha introdotta nell'ordinamento.

Tali dubbi, oggetto di eccezioni in giudizi di impugnazione delle sentenze della Sezione disciplinare, non hanno mai superato il vaglio di non manifesta infondatezza. Secondo le S.U.³, la concorrente titolarità rinviene la sua *ratio* nella preoccupazione di evitare che la discrezionalità dell'iniziativa del Ministro possa risolversi in una gestione del potere teso alla tutela di interessi politici di parte, quindi lesivo dell'interesse generale. Abbandonando l'esercizio dell'azione disciplinare alla discrezionalità ministeriale, l'esecutivo finirebbe infatti per diventare il primo giudice della condotta dei magistrati, titolare, se non del potere di infliggere sanzioni, certamente del potere di

² C. Sgroi, *La funzione della Procura Generale della Cassazione*, in *Questione Giustizia*, n. 1 del 2018, 52 ss

³ Il riferimento è a S.U. n. 12323 e n. 5132 del 1995; n. 6612 del 1993; in dottrina, *ex plurimis*, M. Nardoza, *La titolarità dell'azione disciplinare: problemi di costituzionalità*, nota a Cass.SS.UU. 14 giugno 1993 n.6612, in *Giust.civ.*, 1994, I, p.146

assolverlo (indirettamente). Di qui l'opportunità di attribuirlo anche ad un organo in grado di esprimere gli orientamenti dell'ordine giudiziario in materia disciplinare.

Il silenzio della norma costituzionale non impedisce dunque la previsione del potere di iniziativa anche in capo ad un altro organo, neppure esclusa dai lavori preparatori della costituente. Peraltro, le norme anteriori alla Costituzione attribuivano l'iniziativa ad entrambe le dette autorità; quindi, la menzione da parte della Costituzione di una sola di esse non ha significato l'esclusione dell'altra, ma ha soltanto costituzionalizzato l'iniziativa del Ministro, e ciò opportunamente nel quadro della autonomia attribuita all'ordine giudiziario.

Ad avviso delle S.U., neppure è prefigurabile la violazione degli artt. 3, 24 e 107, comma terzo, Cost., conseguente alla duplicità delle funzioni svolte dal P.G. nella sua qualità di parte e di organo imparziale, che ha il compito di intervenire nel giudizio di cassazione nell'esclusivo interesse della legge (art. 379 c.p.c.). Le funzioni non sono inconciliabili, poiché, hanno precisato le S.U., «l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero nel giudizio davanti alla Corte di cassazione con le forme di cui all'art. 379 c.p.c. si coordina, infatti, con la funzione di controllo di legittimità propria della Corte di cassazione. L'art. 70, c. 2, c.p.c. lo contempla quale che sia la materia su cui verte il giudizio, quindi anche nel giudizio di impugnazione in materia disciplinare, nella quale il Pubblico Ministero opera, comunque, sempre a tutela dell'interesse superiore al rispetto delle leggi»⁴.

4.1.- La riforma del 2006 ha mantenuto ferma la duplice titolarità dell'iniziativa, ma ha innovativamente⁵ stabilito l'obbligatorietà dell'azione disciplinare del P.G.

Non è il caso di attardarsi sull'opportunità della nuova previsione, benchè sia doveroso ricordare come meritevole di riflessione l'invito contenuto nel Messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere del 26 luglio 1990 a mantenere la regola della discrezionalità⁶. Neppure è necessario, inoltre, soffermarsi sulla nota di ambiguità insita nella stessa, in quanto rischia di svuotare di contenuto l'art. 107 Cost. o, almeno, di sminuire il significato e il rilievo politico-istituzionale delle scelte del Ministro della giustizia.

⁴ S.U. n. 759 del 2006; n. 1994 del 2003; n. 12751 del 1997.

⁵ Peraltro, nel senso dell'obbligatorietà, già prima della riforma, ma secondo una configurazione rimasta minoritaria con riguardo al previgente assetto, L. Aiello, *Luci ed ombre nei XXV anni di consiglio superiore: prassi delle inchieste e funzione disciplinare*, in *Legalità e giustizia*, 1984, 228; V. Correnti, *La sezione disciplinare del consiglio superiore della magistratura*, in *Foro amm.*, 1986, 2629.

⁶ In quanto, sottolineava il Messaggio, «se l'azione disciplinare diventasse anche solo in questo senso obbligatoria, i magistrati si potrebbero trovare ogni oltre misura soggetti a denunce ed esposti», Sez. III, § 3. Tanto, era affermato, sul rilievo che tali esposti avrebbero escluso ogni possibilità di valutazione in ordine all'esercizio dell'azione. Potrebbe, dunque, ritenersi che il bilanciamento dell'obbligatorietà dell'azione con il potere di valutazione ed archiviazione introdotto dalla riforma abbiano tuttavia realizzato un bilanciamento in grado di realizzare la finalità posta in evidenza dal Messaggio.

Occorre invece, in primo luogo, richiamare l'attenzione sulla considerazione che la titolarità del potere disciplinare in capo al P.G. della Corte di cassazione è giustificabile, ed è costituzionalmente legittima, soltanto nel quadro di un assetto incentrato sull'unificazione ordinamentale delle funzioni. In un sistema che, in tesi, fosse caratterizzato dalla marcata separazione, sia pure soltanto ordinamentale, sarebbe evidentemente difficilmente sostenibile, sul piano costituzionale, l'attribuzione della titolarità dell'iniziativa ad un organo facente parte di un "ordine" del tutto diverso e distinto da quello giudicante. Tale considerazione dovrebbe richiamare a maggiore cautela il C.s.m. nel seguire un percorso che – soprattutto negli ultimi anni e specie a seguito di talune controvertibili soluzioni realizzate nella consiliatura da poco conclusa – appare invece caratterizzato dall'intento di segnare una sempre più marcata distinzione delle funzioni, non solo di dubbia legittimità, ma che rischia anche, in prospettiva futura, di apportare argomenti a conforto dell'idea di allocare la titolarità dell'iniziativa esclusivamente all'esterno dell'ordine giudiziario, contribuendo altresì a rafforzare quella che vorrebbe sottrarre la giurisdizione disciplinare all'organo di governo autonomo.

In secondo luogo, l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, resa possibile anche dalla tipizzazione degli illeciti⁷, in presenza di una tipizzazione imperfetta, del mantenimento di alcune clausole generali e della generalizzata facoltà di presentare una «denuncia circostanziata» (art. 15, d.lgs. n. 109 del 2006), in un quadro connotato da equivoci in ordine al significato ed alle finalità della responsabilità disciplinare, rendeva agevole prevedere la moltiplicazione degli esposti. Per tali ragioni, il legislatore ha opportunamente stabilito, accanto alla regola dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare, il potere del P.M. di definire il procedimento c.d. predisciplinare con l'archiviazione (art. 16, comma 5-bis, d.lgs. n. 109 del 2006) anche – ed è questo, come si dirà, un punto di pregnante importanza – qualora il fatto appaia di «scarsa rilevanza» ai sensi dell'art. 3-bis di tale ultimo atto normativo.

Nonostante l'opportunità e correttezza della scelta, è tuttavia proprio in questa fase che si annidano non pochi elementi di ambiguità concernenti sia i compiti e le funzioni del P.G., sia la disciplina del procedimento.

⁷ Secondo alcuni, addirittura imposta dalla tipizzazione. Peraltro, è opportuno ricordare che la tipicità, in passato è stata ampiamente dibattuta (per tutti, R. Fuzio, *“La disciplina dei magistrati”*. *L'attività di disciplina precedente la formalizzazione, con particolare riguardo ai rapporti con i dirigenti degli uffici*, in *Doc. giust.*, 1997, 34; G. Zagrebelsky, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, I,780), non è affatto costituzionalmente imposta, poiché anzi la Corte costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 r.d.lgs. n. 511 del 1946, caratterizzata invece da una “formula aperta”, aveva affermato l'impossibilità della tipizzazione, stante la necessità di far riferimento a principi deontologici insuscettibili di compressione in schemi preordinati, ritenendo compatibile la formulazione ‘generale’ con il principio di legalità ogni volta che si riscontri «l'uso di espressioni sufficienti ad individuare con certezza il precetto» (sentenza n. 100 del 1981), riferentesi a valori chiaramente individuati secondo la comune opinione.

4.2.- Relativamente al primo profilo, è indubbio che l'archiviazione in questione non è omologabile ai casi di c.d. 'archiviazione diretta' del P.M. nel processo penale. Nondimeno, appunto per questo, soprattutto nei casi nei quali l'archiviazione è disposta facendo applicazione dell'art. 3-bis, d.lgs. n. 109 del 2006, è difficile contestare che il P.M. finisca con l'avvicinarsi non poco ad un vero e proprio organo giudicante, richiamando - sotto un certo profilo, con tutte le imprecisioni di una tale similitudine, evocata soltanto per l'impressività della stessa – la figura del giudice istruttore prevista dal codice di rito penale previgente.

In relazione alla disciplina del procedimento, va ricordato inoltre che la presentazione di una denuncia «circostanziata» (almeno secondo la prospettazione dei fatti offerta dal denunciante) è (*recte*, dovrebbe essere, di regola e in astratto) sufficiente ad integrare i presupposti di un'azione che il legislatore ha configurato come obbligatoria, dimostrando tuttavia piena consapevolezza dell'esigenza di porre un argine alla prevedibile (e verificatasi) esplosione del numero degli esposti prodotta da tale carattere dell'azione.

Allo scopo di fronteggiare tale evenienza è stata stabilita la possibilità di svolgere «sommarie indagini preliminari». In tal senso dispone infatti l'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2006, nonostante una non felice formulazione della disposizione possa, ma non fondatamente, indurre al dubbio in ordine alla riferibilità delle stesse anche al caso della presentazione di «denuncia circostanziata», rinvenendo altresì il relativo potere un'ulteriore fonte nell'art. 70, comma 3, ord.giud. e nei poteri di sorveglianza dei capi di corte.

Nondimeno, permane in tale fase una nota di ambiguità, dovuta anche alle incertezze in ordine alla natura della stessa che, a sua volta, influisce sulla tipologia di atti che possono essere espletati al suo interno.

4.3.- Secondo un primo indirizzo, detta fase avrebbe natura amministrativa, in virtù di una configurazione che, in sintesi, è stata sostenuta:

x) in primo luogo, valorizzando la diversa sede in cui sono contemplate le «sommarie indagini preliminari» (art. 15, d.lgs. n. 109 del 2006), e le «indagini nel procedimento disciplinare» (artt. 16 e 17, d.lgs. n. 109 del 2006);

x.1) in secondo luogo, richiamando gli argomenti svolti dalle S.U. con la sentenza n. 26809 del 2009, che possono essere così sintetizzati:

- nel previgente sistema era pacifica la natura amministrativa della fase delle indagini anteriore all'esercizio dell'azione e questa risulterebbe confermata dagli artt. 14 e 15 d.lgs. n. 109 del 2006, nelle parti in cui stabiliscono l'*an* ed il *quomodo* dell'azione;

- è soltanto la proposizione dell'azione che segna il passaggio alla fase che, secondo la Corte Costituzionale, è «ispirata ad un modello giurisdizionale, sia pure con profili strutturali e funzionali del tutto atipici e peculiari»;

- la speciale archiviazione del P.G., *ex art. 16, comma 5-bis, d.lgs. n. 109 del 2006*, non è assimilabile ad alcun modello giurisdizionale, sia esso civile ovvero penale, ed ha carattere meramente amministrativo.

Dalla natura amministrativa di tale fase conseguirebbe, tra l'altro, che:

- la disciplina di fase va tratta da quella generale dei provvedimenti amministrativi;

- sarebbe ammissibile il riesame (dunque la revoca) dell'archiviazione, alla luce del principio dell'art. 97 Cost., e ciò «anche in conseguenza di una nuova e diversa valutazione delle esigenze in relazione alle circostanze di fatto esistenti al momento in cui l'atto venne emanato: e quindi tanto nell'ipotesi che più non risultano sussistenti le ragioni che furono addotte a sostegno dell'atto al momento dell'emanazione (o che ne sono sopravvenute di nuove), quanto in quella più generale in cui viene effettuato un diverso apprezzamento di quella stessa situazione di fatto tenuta presente dall'autorità emanante» e ciò anche nell'interpretazione ed applicazione dell'art. 3 bis, fermo l'onere di motivare sulle ragioni della riapertura.

4.3.1.- Secondo un diverso indirizzo, il procedimento predisdisciplinare avrebbe invece natura giurisdizionale, poiché, in sintesi:

w) la diversità di disciplina delle due fasi (predisdisciplinare e disciplinare) è giustificata dalla diversità delle stesse, ma da sola è insufficiente a diversificarne la natura, deponendo inoltre la lettera del citato art. 15 comma 1, nel senso che, in caso di «denuncia circostanziata», si apre immediatamente e necessariamente la fase delle indagini;

w.1) anche tenendo conto delle incertezze concernenti la disciplina del procedimento, a causa del richiamo dell'applicabilità delle norme del codice di rito penale «in quanto compatibili», la terminologia utilizzata e la regolamentazione del procedimento predisdisciplinare evocherebbero la fase delle indagini preliminari del processo penale. Manca, inoltre, la previsione di un «potere di destinazione diretta», senza passare per il vaglio del Ministro della giustizia, e, soprattutto, ai sensi del richiamato art. 16, comma 5-bis, non soltanto la definizione del procedimento esige un provvedimento adottato ai sensi di detta norma, ma è possibile l'archiviazione anteriormente all'inizio dell'azione anche ai sensi del citato art. 3-bis, che implica l'accertamento dell'illecito ed un giudizio di tenuità del fatto, restando in ogni caso escluso il «potere discrezionale del P.G.» di archiviazione;

w.2) la natura giurisdizionale deriva anche dalla strumentalità del procedimento rispetto alla formulazione dell'incolpazione e dalla sua incidenza sulla funzione giurisdizionale.

E' questa la configurazione affermata dalle S.U. con la sentenza n. 14664 del 2011⁸, dissonante rispetto al precedente del 2009, e secondo cui:

z) l'obbligatorietà dell'azione del P.G. comporta che, in presenza di una denuncia, si impone sempre (qualora l'azione non sia promossa) il decreto di archiviazione *ex art. 16*, comma 5-bis, d.lgs. n. 109 del 2006 e la differenza tra i casi in cui la denuncia sia o meno circostanziata consisterebbe nel solo fatto che nel secondo è adottato *de plano*, omessa la fase degli atti di indagine;

z.1) «la fase degli atti di indagine costituisce quindi non già un procedimento amministrativo [...] ma un procedimento "giurisdizionalizzato" in ragione della speciale tutela di rilievo costituzionale riservata alla posizione del magistrato incolpato», come è reso chiaro dalla previsione della sospensione del termine di fase per pregiudizialità anche della fase delle indagini preliminari, giurisdizionalizzazione che veicola «in chiave appunto di garanzia [...] nel procedimento disciplinare il rispetto dei principi costituzionali (a partire dal principio di eguaglianza)»;

z.2) in caso di archiviazione in presenza di una denuncia circostanziata e dello svolgimento di sommarie indagini «c'è un fatto formalmente addebitato al magistrato incolpato». «La doppia via - provvedimento di archiviazione emesso dallo stesso P.G. ovvero richiesta alla sezione disciplinare del C.S.M. di emettere una declaratoria di non luogo a procedere (ossia una ordinanza di proscioglimento) - implica un coordinamento che in realtà manca negli artt. 16 e 17, anche perchè inizialmente il testo originario di tale disposizioni prevedeva solo una di queste due ipotesi: la richiesta del P.G. di declaratoria di non luogo a procedere; sicchè l'alternativa era chiara perchè si poneva nettamente tra richiesta di proscioglimento e richiesta di affermazione della responsabilità disciplinare in ordine ad un'incolpazione che appunto veniva formulata all'esito degli atti di indagine. Una volta che si è introdotto il provvedimento di archiviazione dello stesso P.G., l'area della richiesta della sentenza di proscioglimento si è inevitabilmente ridotta con la necessità di tracciare una linea di confine tra le due ipotesi»;

z.3) «se risulta di piana evidenza l'insussistenza dell'addebito disciplinare e quindi appare superflua la verifica nel giudizio innanzi alla sezione disciplinare del C.S.M. è possibile il provvedimento di archiviazione», ma «in questo caso il Ministro della giustizia può interloquire esprimendo in ipotesi un diverso avviso rispetto al P.G.» ed «il provvedimento di archiviazione acquista efficacia solo se il termine di cui sopra sia interamente decorso senza che il Ministro abbia avanzato la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale davanti alla sezione disciplinare»;

⁸ Per una critica della configurazione offerta da detta pronuncia, S. Di Amato, *Dalle Sezioni unite una non convincente affermazione della ritrattabilità dell'azione disciplinare*, in *Cass. pen.*, 2012, 67.

z.4) il decreto di archiviazione chiude «la fase degli atti di indagine» e rispetto a tale provvedimento non «è evocabile la disciplina del procedimento amministrativo quanto ai possibili provvedimenti in autotutela (id est: revoca dell'atto amministrativo), perchè come già rilevato - nella specie non si tratta di un procedimento amministrativo, ma si gravita in un'area "giurisdizionalizzata"». Il decreto di archiviazione non ha la stessa stabilità dell'ordinanza di proscioglimento della SD, ma comunque «determina sì una preclusione perchè in ordine al fatto addebitato chiude il procedimento disciplinare e costituisce la "risposta" all'originaria contestazione di addebito».

Dunque, per la riapertura occorre la motivazione specifica ed un *quid novi* rispetto all'esito degli atti di indagine fissato nel provvedimento di archiviazione.

4.4.- La questione della natura del procedimento predisciplinare è di lampante rilevanza ed è qui possibile soltanto accennare ad alcuni dei tanti problemi che la stessa pone e, tra questi, ricordare i seguenti:

a) il modo in cui è sciolto il dilemma influisce sull'attività che può essere svolta nella fase predisciplinare; inoltre, la tesi della natura amministrativa potrebbe dare adito a dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che il carattere giurisdizionale del procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati è costituzionalmente imposto, influenzando comunque anche tale fase 'preliminare' sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale.

b) La natura amministrativa della fase predisciplinare potrebbe deporre nel senso dell'applicabilità delle norme sul procedimento amministrativo (ad es., quanto alla partecipazione del denunciante ed alla conoscibilità degli atti) ed anche far ipotizzare un potere di direttiva del C.s.m. in ordine alla disciplina del procedimento ed alla comunicazione e conoscibilità degli atti.

Tuttavia, in contrario, anche optando per la tesi della natura amministrativa, tale conclusione sembra resistita: anzitutto, dal carattere 'giustiziale' del procedimento e dalla sua incidenza sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale; inoltre, e soprattutto, dalla considerazione che la disciplina dello stesso è specificamente dettata dal richiamato art. 16, il quale stabilisce l'applicabilità delle norme del codice di rito penale «in quanto compatibili». Tale conclusione è imposta dalla generalità del rinvio contenuto nella citata disposizione e dalla considerazione che essa è evidentemente riferibile al procedimento c.d. predisciplinare, in quanto regola anche l'archiviazione all'esito dello stesso. Peraltro, l'applicabilità delle norme del codice di rito penale, «in quanto compatibili», anche e già in tale fase, è coerente con il carattere 'giustiziale' del procedimento ed è in armonia con omologhe previsioni pur relative ad altri ambiti⁹.

⁹ Il riferimento è a quanto stabilito per il procedimento disciplinare nei confronti degli avvocati dall'art. 10, comma 4, del Regolamento CNF n. 2 del 2014)

Pertanto, resterebbe comunque esclusa l'applicabilità delle norme sul procedimento amministrativo.

c/ Nel caso di archiviazione non *de plano*, la tesi della natura giurisdizionale:

- stante l'obbligatorietà dell'azione, potrebbe esporre a dubbi di legittimità costituzionale la disciplina dell'archiviazione disposta senza l'intervento del giudice, almeno nei casi in cui è applicato il citato art. 3-bis e, quindi, un illecito deve ritenersi accertato;

- non essendo ipotizzabile il controllo da parte di un'autorità non giurisdizionale (e cioè da parte del Ministro della giustizia) di un provvedimento giurisdizionale, la comunicazione del decreto di archiviazione, ai sensi dell'art. 16, comma 5-bis, d.lgs. n. 109 del 2006, ha il solo significato e valore di mera informazione ai fini dell'esercizio della distinta azione da parte del Ministro. Il dissenso del Ministro, che si traduce nella formulazione dell'incolpazione e nella richiesta di fissazione dell'udienza, non può infatti costituire esercizio di un controllo. Nondimeno, la disciplina non è immune da dubbi, tra l'altro, per il difetto di un raccordo biunivoco: il P.G. dà notizia al Ministro dell'archiviazione; se in ordine allo stesso fatto il Ministro ha svolto accertamenti, non è invece tenuto a comunicarli al P.G. e, quindi, in relazione ad una stessa vicenda è irragionevolmente diverso il patrimonio di conoscenze nella disponibilità dei due titolari dell'azione.

d/ Le Sezioni Unite, lo scorso anno hanno innovativamente affermato che è ammissibile l'impugnazione della sentenza della Sezione disciplinare anche nel caso di assoluzione per "scarsa rilevanza del fatto", ritenendo che in relazione ad una sentenza di tale contenuto sussiste l'interesse del magistrato all'impugnazione¹⁰. Detto principio potrebbe far prefigurare l'esistenza di tale interesse anche con riguardo al provvedimento di archiviazione ai sensi del richiamato art. 3-bis e, quindi, indurre a chiedersi se sussista un rimedio esperibile avverso lo stesso e quale esso sia, aprendo poi ad ulteriori problemi in ordine all'eventuale diritto del magistrato ad essere informato del procedimento predisciplinare (e del suo esito), che possono essere in radice esclusi soltanto se, come mi sembra preferibile, venga esclusa ogni rilevanza (anche a fini non disciplinari) del provvedimento e l'ostensibilità dello stesso.

5.- I profili di ambiguità concernenti la disciplina del procedimento predisciplinare assumono precisa consistenza anche in considerazione del loro numero (l'intervento del P.G. all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 dà conto del fatto che nel 2017 sono stati iscritti 1.340 procedimenti predisciplinari) e tenuto conto degli ulteriori equivoci che si annidano nella configurazione talora offerta del sistema della responsabilità disciplinare.

Non rileva peraltro obiettare che molti di questi equivoci traggono origine da un'erronea interpretazione delle norme. Nell'attuale stadio dell'evoluzione della società

¹⁰ Sentenza delle S.U. n. 29914 del 2017

la percezione del significato di un determinato istituto giuridico che si radica nella *communis opinio*, anche per il peso assunto dai *mass media*, indipendentemente dalla correttezza del convincimento e dalla sua erroneità sotto il profilo squisitamente tecnico, finisce comunque per condizionare marcatamente la valutazione della sua funzionalità, sino ad alimentare prospettive di riforma ingiustificate in quanto tendenti in realtà a realizzare obiettivi distorti, oltre che di dubbia legittimità costituzionale, incidendo in ogni caso pesantemente sulla fiducia nell'apparato giudiziario. In altri termini, può accadere che divenga massima la discrasia tra un dato sistema normativo, pur correttamente configurato ed apprezzato in coerenza con le sue finalità, e la percezione che dello stesso si ha nell'opinione *comune*, che alimenta il rischio di tensioni applicative non semplicemente liquidabili come irrilevanti, perché tecnicamente errate.

5.1.- Un equivoco che pesantemente grava sul sistema della responsabilità disciplinare è quello a base della c.d. teoria riduzionista e del falso mito della stessa come una sorta di figura minore e residuale, frutto della mancata considerazione del numero (dianzi indicato) dei procedimenti predisciplinari (che implicano l'espletamento di controlli e verifiche), delle azioni disciplinari iniziate (nel 2017, ad iniziativa del P.G. n. 91) - verosimilmente non comparabile, sul piano percentuale, con le analoghe iniziative assunte in altri settori dello Stato, ma anche degli ordini professionali -, nonché delle non lievi conseguenze sulla carriera derivanti anche solo dalla mera pendenza di detti procedimenti.

Tale equivoco, a sua volta, è la diretta conseguenza, in primo luogo, di talune ambiguità che connotano la responsabilità disciplinare sul piano definitorio; in secondo luogo, della mancata, doverosa, distinzione tra illecito disciplinare e violazione deontologica.

Al riguardo, è necessario ricordare che la nozione di potere e di responsabilità disciplinare evoca, in linea generale, il concetto di rapporto di supremazia speciale, di regole poste nell'interesse diretto ed immediato di un ordine e che, quindi, solo di riflesso assumono rilievo per l'intero ordinamento e la generalità dei consociati.

La definizione ha insite in sé connotazioni che la rendono irriferribile ai magistrati nell'accezione altrimenti valida per gli appartenenti agli ordini professionali e per gli impiegati pubblici.

I precetti della responsabilità disciplinare dei magistrati non sono infatti funzionali alla coerenza del corpo cui appartiene il magistrato; non mirano alla tutela dei valori propri di quest'ultimo; non esprimono un interesse autocorrettivo; non costituiscono uno strumento di controllo e verifica della professionalità.

In tal senso, conservano immutata validità le considerazioni sviluppate dal C.s.m. nel parere del settembre 1984 su un disegno di legge di riforma della responsabilità disciplinare (presentato nel corso della IX legislatura), con cui fu efficacemente sottolineata la peculiarità della responsabilità disciplinare, osservando che

l'identificazione degli illeciti compete «in via primaria, al Parlamento ed infatti, si è già ricordato, la disciplina dei magistrati è sottoposta a riserva di legge (art.105 Cost.) costituendo essa uno strumento di responsabilizzazione della magistratura dinanzi alla sovranità popolare, di rottura della separatezza dell'ordine e di costruzione di una deontologia non corporativa».

L'interesse pubblico sotteso alla responsabilità disciplinare ed al relativo procedimento - ha affermato la Corte costituzionale - consiste, infatti, «nell'assicurazione del regolare e corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, vale a dire una funzione che gode in Costituzione di una speciale garanzia di indipendenza e di autonomia», che giustifica la strutturazione del procedimento secondo un modulo giurisdizionale, allo scopo della più rigorosa tutela dei beni costituzionalmente protetti (Corte cost. n. 289 del 1992) e con una regolamentazione particolare che riflette il *proprium* dell'ordine giudiziario (Corte cost. n. 119 del 1995).

La violazione delle regole di condotta non interessa quindi direttamente solo l'ordine, nè la relativa responsabilità costituisce lo strumento di garanzia del mantenimento dello *status quo* al suo interno, ma, essendo la disciplina preordinata alla tutela dello stesso ordinamento giuridico, tale violazione lede direttamente l'interesse della generalità dei consociati e ciò spiega perchè dei provvedimenti disciplinari si occupino ben due norme della Costituzione (artt.105, 107, comma 1). Inoltre, per tale particolarità si spiega la rilevanza di tutte le condotte anche private, se ed in quanto idonee ad incidere sulla pubblica funzione.

La distinzione tra «deontologia» e «responsabilità disciplinare» deve essere poi mantenuta ben ferma e chiara e comporta altresì che l'individuazione dei valori tutelati e delle condotte che li vulnerano non può essere rimessa all'ordine (e all'ANM), ma deve essere costituzionalmente riservata a chi può esprimere tali valori: il legislatore e, nel precedente sistema, al C.s.m., in quanto Organo che, per la sua collocazione costituzionale e per la sua composizione, legittimamente può identificare i valori degli appartenenti all'ordine, ma anche dei cittadini tutti¹¹, e con riguardo al vigente sistema procedere al riempimento delle cc.dd. residue clausole generali.

Peraltro, ciò comporta che non è forse corretto, ed andrebbe evitato, ogni accenno (soprattutto nelle pronunce che decidono della fondatezza dell'azione disciplinare) alla rilevanza del disvalore deontologico sul piano disciplinare, apparendo

¹¹ Al riguardo, va ricordato che la Corte costituzionale: ha escluso «che il Consiglio superiore rappresenti, in senso tecnico, l'ordine giudiziario», ovvero che realizzi «il cosiddetto autogoverno» (Corte cost. n. 142 del 1973); ha negato che il C.s.m. eserciti funzioni di rappresentatività dell'ordine giudiziario, tenuto conto anche della sua composizione, volta ad evitare che «l'ordine giudiziario abbia a porsi come un corpo separato» (Corte cost. n. 142 del 1973, n. 5, n. 20 e n. 39 del 1974); ha escluso la rappresentatività della magistratura da parte del C.s.m., tra l'altro messa in crisi dalla considerazione che, nella logica del disegno costituzionale, il Consiglio deve essere «garantito nella propria indipendenza» anche «nei rapporti con l'ordine giudiziario», con il quale appunto non si identifica (Corte cost. n. 143 del 1983).

in ogni caso necessario almeno esplicitare, se e quando tale termine venga utilizzato in pronunce disciplinari, che ciò avviene in virtù di un'accezione dello stesso ampia ed atecnica.

5.2.- Un altro pernicioso equivoco e profili di ambiguità originano dalla previsione, quale illecito, della «grave violazione di legge» e delle violazioni riconducibili, *latu sensu*, ad errori processuali (quali, esemplificativamente, la carenza di motivazione, il travisamento del fatto e, quindi, all'art. 2, comma 1, lettere g, h, m, ff, del d.lgs. n. 109 del 2006), che sono tra quelli che danno adito a complesse questioni applicative.

La distinzione all'interno della patologia processuale tra quella rilevante o meno sul piano disciplinare sembra agevole se si ha riguardo al principio, costantemente affermato dalle S.U., secondo cui in relazione a tali fattispecie non viene in rilievo la correttezza in sé del provvedimento. L'intervento disciplinare non ha infatti ad oggetto il risultato dell'attività giurisdizionale, bensì la condotta del magistrato che ha adottato il provvedimento e, quindi, la verifica dell'impegno intellettuale e morale profuso, congiuntamente alla dedizione alla funzione, che deve essere sempre esercitata rispettando i doveri d'ufficio¹². Il principio pone in chiaro che il controllo è, per così dire, esterno, e cioè verte non sul contenuto del provvedimento, ma sulle modalità di esercizio della funzione che allo stesso hanno condotto.

Nondimeno, appaiono altrettanto difficilmente contestabili la complessità applicativa ed i rischi, in passato autorevolmente evidenziati dal Capo dello Stato, in ordine alla possibilità di «una grave e pericolosa interferenza» con la funzione giurisdizionale¹³, se non altro perché il controllo esterno resta comunque esperibile sempre che sussista una «grave violazione di legge», la quale va preliminarmente

¹² Tra le tante, S.U. n. 7379 e n. 5941 del 2013; n. 1628 del 2010; n. 20730 del 2009.

¹³ Il Presidente della Repubblica, nel Messaggio alle Camere del 26 luglio 1990, osservava: «E' evidente che l'inizio del procedimento disciplinare o la stessa possibilità di promuoverlo può costituire una grave e pericolosa interferenza, *almeno sotto il profilo della minaccia e del pericolo possibile* [n.d.r., l'enfasi è nel testo originario], nell'esercizio delle funzioni giudiziarie. Parrebbe perciò opportuno stabilire che, nella pendenza del procedimento giurisdizionale cui i comportamenti suscettibili di una possibile valutazione di illecito disciplinare si riferiscono, i rimedi ad essi siano esclusivamente quelli *interni* [n.d.r., l'enfasi è nel testo originario] al procedimento stesso (appello, ricorso eccetera) da definirsi nei modi ad esso propri (annullamento, dichiarazione di nullità, riforma, eccetera); e, conseguentemente, che l'azione disciplinare sia esercitabile solo a procedimento concluso. Ciò anche al fine di evitare il pericolo, sempre in agguato, delle *giustizie parallele* [n.d.r., l'enfasi è nel testo originario], che è cosa molto pernicioso, per lo sconcerto che può provocare nella pubblica opinione e per i conflitti che può generare, con discredito grave per la *credibilità e comprensibilità* [n.d.r., l'enfasi è nel testo originario] delle istituzioni dello Stato. Definito il procedimento, al fine di preservare la esclusività della funzione giurisdizionale – evitando di introdurre procedimenti paralleli ed esterni di controllo su di essa, lesiva dei principi della Costituzione e dello stato di diritto e salvaguardando così anche l'autorità della pronuncia dei giudici ed al limite la stessa definitività del giudicato – dovrebbe essere previsto che i comportamenti dei giudici e del pubblico ministero non possono essere fatti valere quali illeciti disciplinari *se un altro giudice* [n.d.r., l'enfasi è nel testo originario], in sede di impugnazione, li abbia esplicitamente dichiarati legittimi, validi e ritualmente assunti», Sez. III, § 1.2.

accertata. Tale accertamento, anche per l'inesistenza di un rapporto di pregiudizialità con il giudizio ordinario in cui la stessa è posta in questione, può e deve essere condotto indipendentemente e prima dell'esaurimento delle fasi di impugnazione, molto spesso anche in riferimento agli atti iniziali di un giudizio civile e/o penale, con il rischio evidente di un'alterazione del rapporto tra i procedimenti (rispettivamente e distintamente dedicati alla verifica della fondatezza delle pretese ed all'accertamento di eventuali illeciti disciplinari) e di possibili contrasti tra pronunce rese in sede diversa.

Nell'impossibilità di approfondire un tema così complesso, ritengo doveroso almeno richiamare l'attenzione sui seguenti principi, che vanno mantenuti ben fermi:

- * la responsabilità disciplinare non è uno strumento di garanzia della esattezza delle decisioni e della tutela dei diritti eventualmente lesa da provvedimenti non corretti;

- * la responsabilità disciplinare è preordinata esclusivamente a sanzionare la violazione dei doveri funzionali del magistrato nei confronti dello Stato ed è invece la responsabilità civile che concerne i rapporti del magistrato con le parti processuali o con altri soggetti a causa di eventuali errori o inosservanze nell'esercizio delle funzioni;

- * responsabilità disciplinare e responsabilità civile possono concorrere, ma conservano, anche quanto al procedimento, una reciproca autonomia, non sussistendo nessun vincolo decisionale derivante dall'esito civile in sede disciplinare (art. 20, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2006) e devo qui limitarmi a ricordare¹⁴ che:

A/ la trasmissione della notizia della pendenza di una controversia civile di danno promossa ai sensi della legge n. 117 del 1988 non costituisce un obbligo a carico dei capi degli uffici, rilevante a norma dell'art. 2, comma 1, lettera dd), del d.lgs. n. 109/2006;

A.1/ l'acquisizione, in qualsiasi modo, della notizia della proposizione di un giudizio civile di danno *ex lege* n. 117 del 1988 non impone, da sola, l'esercizio dell'azione disciplinare per i fatti che vi hanno dato causa. Essa rende invece possibile l'iscrizione di un procedimento predisciplinare e lo svolgimento della relativa sommaria indagine a norma dell'art. 15 del d.lgs. n. 109 del 2006;

A.2/ il procedimento predisciplinare non è, di regola, soggetto a sospensione per pregiudizialità (art. 15, comma 8, lettera d-bis, d.lgs. n. 109 del 2006) rispetto alla causa civile di danno verso lo Stato, vi sia o non vi sia in quest'ultima l'intervento volontario del magistrato, o rispetto al giudizio di rivalsa;

A.3/ all'esito della sommaria indagine predisciplinare, il P.G. "deve" esercitare l'azione disciplinare solo se e quando i fatti che hanno dato causa all'azione civile di

¹⁴ Per l'esplicitazione degli argomenti a conforto dei principi sintetizzati nel testo, con l'indicazione che al dette conclusioni interpretative era «pervenuto l'Ufficio [della Procura Generale] già nella vigenza del testo» dell'art. 9 della legge n. 117 del 1988, quale formulato anteriormente alla recente riforma, M. Fresa-C. Sgroi, *La responsabilità civile del magistrato e i rapporti con la responsabilità disciplinare*, relazione al Seminario organizzato dal C.s.m. in Roma, 11-12 giugno 2015, sul tema "La nuova responsabilità civile dei magistrati tra giurisdizione e governo autonomo".

danno e che sono stati comunicati all'Ufficio integrino gli estremi di una ipotesi disciplinare tipizzata a norma dell'art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2006, indipendentemente dalla valutazione che sia data ai fatti in ambito civile;

A.4/ è possibile la trasmissione degli atti del procedimento predisdisciplinare o disciplinare per l'acquisizione nel giudizio civile di rivalsa, soltanto se e quando sia pervenuto alla fase del giudizio (e con gli eventuali limiti di pubblicabilità/divulgabilità degli stessi); l'acquisizione di atti relativi alle fasi del procedimento predisdisciplinare o disciplinare nella causa civile non è regolata dalla legge n. 18/2015 ed è soggetta alle regole e ai limiti generali di pubblicabilità;

A.5/ la definizione, con pronuncia passata in giudicato, della causa civile di danno o del giudizio di rivalsa non ha efficacia nel processo disciplinare.

Tali principi devono tuttavia fare i conti con il convincimento delle parti (comprensibile, ma non per ciò solo corretto) che la fondatezza delle proprie tesi, qualora queste non siano accolte, può sempre e comunque essere coltivata mediante plurime e concorrenti iniziative: l'esperimento degli ordinari rimedi impugnatori previsti dai processi nei quali la tesi è stata sostenuta; la presentazione di esposti in sede disciplinare (e ciò, si ripete, sempre più spesso anche con riguardo ai primissimi atti di un giudizio ed ai primi, pure se interlocutori, provvedimenti adottati da un giudice o da un P.M.). Tanto per la convinzione, evidentemente errata, che lo strumento disciplinare sia preordinato ad offrire specifica tutela della parte, al fine di porre rimedio ad eventuali errori in cui siano incorso il P.M. o il giudice, costituendo quindi il mezzo approntato dall'ordinamento per garantire alla parte il soddisfacimento di quella pretesa che ha visto negata nel processo.

E' evidente che tale convincimento (e gli effetti da questo prodotti) rischia di pregiudicare funzionalità ed efficacia del sistema della responsabilità disciplinare e di impedire che venga assicurata sia la piena tutela agli interessi alla stessa sottesi, sia il rispetto dei valori costituzionali che presidiano l'esercizio della funzione giurisdizionale. Ed è appunto per scongiurare tali rischi e per garantire il conseguimento di dette finalità che è imprescindibile avere chiari, per eliminarli, ambiguità ed equivoci che connotano taluni profili del sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati.

Luigi Salvato
Avvocato Generale della Corte di cassazione