

Il giudizio disciplinare: l'esercizio dell'azione tra poteri, limiti e linee guida. Il ruolo della Procura generale e del Ministro della giustizia

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Problemi posti dalla natura bifasica del procedimento - 3. Problemi posti dalla natura ancipite dell'azione disciplinare.

1. Premessa.

L'inquadramento costituzionale dell'azione disciplinare è stato affrontato dal prof. Romboli e sarebbe velleitario da parte mia riprendere quel tema.

Intorno all'art. 105, che attribuisce al CSM i provvedimenti disciplinari, al secondo comma del 107, che riconosce al ministro la facoltà di esercitare l'azione disciplinare e all'art. 10 c. 1 n. 3 della legge istitutiva del CSM¹ che attribuisce il potere di iniziativa al procuratore generale, il sistema costituzionale disegna un equilibrio per certi versi perfetto, ma estremamente² delicato, che presuppone e tende ad una figura di magistrato indipendente e responsabile al tempo stesso.

L'iniziativa del ministro non è la perpetuazione costituzionalizzata del potere disciplinare come era disegnato nella relazione ministeriale dell'ordinamento Grandi del '41 per il quale l'indipendenza era solo esclusione di interferenza *"nei giudizi"* senza che questo comportasse che la *"la giurisdizione costituisca un potere autonomo dello stato dovendo anch'esso uniformare la sua attività alle direttive generali segnate dal Governo per l'esercizio di ogni pubblica funzione"*, ma è invece la proiezione della responsabilità di un giudice indipendente non solo nei confronti dell'ordine di appartenenza, ma di tutta la collettività.

Allo stesso modo l'iniziativa del PG riporta all'interno dell'ordine di appartenenza il presidio dei valori deontologici fondamentali e segna la piena giurisdizionalizzazione dell'esercizio dell'azione, che, come prevede l'art. 14 del d.lgs. 109/06 appartiene all'iniziativa di entrambe, ma che il ministro promuove, come dice il secondo comma *"mediante richiesta di indagini"*.

Quindi entrambe hanno la titolarità dell'azione quanto alla proposizione, ma solo alla PG spetta il suo esercizio, cioè lo svolgimento delle indagini e la rappresentanza avanti al CSM.

L'attuale assetto sostanziale e processuale è quello del d.lgs. 109/2006 che disegna un sistema disciplinare giurisdizionalizzato, quindi un processo presidiato dalle garanzie del giusto processo ed in particolare dall'art. 111 1 e 2 comma, ma non un processo criminale, dal momento che il richiamo alle norme del codice di procedura penale, nei limiti in cui siano compatibili, vale solo per quanto riguarda le indagini (art. 16 c. 2) e il dibattimento (art. 18 c. 4), e che il ricorso si propone avanti alle SS UU civili della Corte di cassazione; tipizzato quanto alle condotte rilevanti (principio di tipicità che per gli illeciti extrafunzionali sembra atteggiarsi quasi secondo un criterio di tassatività, per l'avvenuta esclusione della

¹ Art. 10 c. 1 n. 3 l. 24 marzo 1958 n. 195: "Spetta al Consiglio superiore dei magistrati...3) sulle sanzioni disciplinari a carico dei magistrati, in esito ai procedimenti disciplinari iniziati su richiesta del Ministro o del procuratore generale presso la Corte suprema di cassazione".

² Art. 14 d.lgs. 109/06: "c. 1: L'azione disciplinare è promossa dal Ministro della giustizia e dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione; c. 2: il ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare mediante richiesta di indagini al Procuratore generale presso la Corte di cassazione. Dell'iniziativa il Ministro dà comunicazione al Consiglio superiore della magistratura con indicazione sommaria dei fatti per i quali si procede..."

clausola di chiusura e l'abrogazione del secondo comma dell'art. 1), con una doppia ed autonoma titolarità dell'azione disciplinare, obbligatoria per il PG e discrezionale per il ministro, che applica sanzioni tipiche, di natura amministrativa.

Il sistema disciplinare è perciò un sistema complesso che possiamo definire ancipite e bifasico

Ancipite proprio per il riconoscimento del potere d'azione sia al ministro che al procuratore generale, bifasico perché conosce una fase, quella predisciplinare, di natura più amministrativa, ed una fase pienamente giurisdizionale.

2. Problemi posti dalla natura bifasica del procedimento.

La distinzione tra una fase predisciplinare ed una disciplinare non può però essere schematicamente ricondotta ad una fase puramente amministrativa ed una totalmente giurisdizionale (v., più orientata in questo senso sent. SS.UU. 26809/09 Clemente), essendo generalmente riconosciuto come anche la fase predisciplinare “gravita in un'area “giurisdizionalizzata” (in questo senso è chiara SS UU 5 luglio 2011 n. 14664), poiché il legame strumentale tra la fase di accertamento predisciplinare e la successiva fase disciplinare attrae la fase predisciplinare nell'ambito della giurisdizione, definibile come una fase “giustiziale” o “paragiurisdizionale” (come pure si è espresso il giudice amministrativo) che assolve ed esaurisce la sua funzione in rapporto agli sbocchi possibili: archiviazione o esercizio dell'azione.

Non è necessario, ma forse non del tutto superfluo richiamare sinteticamente il meccanismo normativo:

Ricevuta la notizia circostanziata o all'esito dei sommari accertamenti il PG, secondo quanto previsto dall'art. 15³ deve, entro l'anno, o promuovere l'azione disciplinare dandone notizia al CSM ed al ministro (oltre che naturalmente all'incolpato), o può archiviare direttamente gli atti, anche ove ritenga che il fatto non costituisca condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'art. 3 bis (cioè l'illecito è integrato in tutti gli elementi costitutivi, ma il fatto è di scarsa rilevanza perché, come ha precisato da ultimo la cassazione, è irrilevante il danno al bene giuridico tutelato e la condotta non è risultata, per la sua proiezione esterna, lesiva del prestigio dell'ordine e della credibilità del magistrato), secondo quanto previsto dall'art. 16 c. 5 bis del d.lgs. 109/08. In questo secondo caso (cioè l'archiviazione), deve dare comunicazione al solo ministro. Si instaura così un dialogo a due tra PG e ministro e questi può o prendere atto o, entro dieci giorni dalla comunicazione, chiedere gli atti ed entro i sessanta successivi chiedere la fissazione dell'udienza, formulando l'incolpazione (su questo punto torneremo poi).⁴

³ Art 15 c. 1 d.lgs 109/06: “L'azione disciplinare è promossa entro un anno dalla notizia del fatto, della quale il Procuratore generale presso la Corte di cassazione ha conoscenza a seguito di sommarie indagini preliminari o di denuncia circostanziata o di segnalazione del Ministro della giustizia. La denuncia è circostanziata quando contiene tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare. In difetto di tali elementi, la denuncia non costituisce notizia di rilievo disciplinare”

⁴ Art 16 c. 5 bis d.lgs 109/06: “5-bis. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione procede all'archiviazione se il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3-bis o forma oggetto di denuncia non circostanziata ai sensi dell'articolo 15, comma 1, ultimo periodo, o non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4 oppure se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso. Il provvedimento di archiviazione è comunicato al Ministro della giustizia, il quale, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, può richiedere la trasmissione di copia degli atti e, nei sessanta giorni successivi alla ricezione degli stessi, può richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Sulla richiesta si provvede nei modi previsti nei commi 4 e 5 dell'articolo 17 e le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto. 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. In tale caso è sospeso il termine di cui al comma 1 dell'articolo 15.

Nessuna informazione viene inviata al CSM e nessuna comunicazione è dovuta all'incolpato.

La compiuta disciplina dell'art. 16 c. 5 bis (per il quale quando il PG archivia comunica il provvedimento solo al ministro, che esercita se vuole le facoltà previste) sottrae la materia all'applicazione delle regole che nel procedimento penale disciplinano l'istituto analogo dell'archiviazione secondo le previsioni dell'art. 408 e sg. Cpp, che peraltro è logicamente e strutturalmente incompatibile con il procedimento disciplinare, che non conosce parti offese rappresentate nel giudizio. Per le stesse ragioni di completezza della disciplina, non trova neanche applicazione l'art. 116 cpp.

E' giurisprudenza consolidata, da ultimo dalla decisione del TAR (5714 del 2019) confermata dal Consiglio di Stato con la sent. n. 2309 del 6 aprile del 2020, che l'attività di accertamento preliminare e lo stesso provvedimento di archiviazione (non il solo esito), per l'attinenza del procedimento alla natura giurisdizionale del processo disciplinare, sono sottratti alla disciplina dell'accesso amministrativo, sia nella forma dell'accesso documentale della l. 241/9 (e le commissioni per l'accesso si sono pronunciate in tal senso), che dell'accesso civico come disciplinato dal d.lgs. 33 del 2013, che dell'accesso civico generalizzato come introdotto con le modifiche alla legge del 2013 con il d.lgs 97/16. Con riferimento alle modifiche del 2016 si è espressa l'ANAC escludendo dall'accesso ex art. 5 c. 2 del d.lgs 33/13 a *“gli atti giudiziari, cioè gli atti processuali o quelli che siano espressione della funzione giurisdizionale, ancorché non immediatamente collegati a provvedimenti che siano espressione dello “ius dicere”, purché intimamente e strumentalmente connessi a questi ultimi. L'accesso e i limiti alla conoscenza degli atti giudiziari, ovvero di tutti gli atti che sono espressione della funzione giurisdizionale, anche se acquisiti in un procedimento amministrativo, sono infatti disciplinati da regole autonome previste dai rispettivi codici di rito”*.

Sulla base di tale orientamento la materia è regolata da ultimo in procura generale dall'OdS 44/19 per il quale è la stessa segreteria che comunica ai privati che intendano sapere l'esito dei loro esposti la pendenza o la definizione del procedimento, senza ulteriore specificazione, mentre le richieste provenienti dai magistrati attenti dall'esposto la richiesta è sottoposta all'avvocato generale dirigente del servizio disciplinare che sottopone un parere motivato al Procuratore per la decisione.

Anche per il ministero, come afferma la sentenza del TAR richiamata, trova ancora applicazione il DM 115/96 ed in particolare l'art. 4 c. 1 lett i), sulla base del quale non è consentito l'accesso agli accertamenti in fase preliminare propedeutici alle determinazioni del ministro.

E' innegabile che la fase predisciplinare è assistita così da garanzie difensive affievolite ed è soggetta ad un diverso regime di ostensibilità degli atti, mentre esiste ampia possibilità di acquisizione agli atti del dibattimento di quelli formati nella fase precedente all'esercizio dell'azione (come le segnalazioni in sede di ispezione e tutti quelli atti del predisciplinare che si ritiene di riversare nel fascicolo istruttorio).

Per evitare però che si crei una zona grigia nella quale si affievolisca il principio di legalità che deve governare il procedimento in ogni sua fase, occorre l'individuazione di criteri predeterminati e conoscibili che governino l'iniziativa della Procura generale. In questa direzione la Procura si è mossa con due iniziative significative quali quella della individuazione dei criteri per l'esame degli atti provenienti dalla Procura di Perugia con riferimento alla nota vicenda Palamara, ma che vanno nettamente al di là di questa, e con la scelta di massimare, e sotto tale forma comunicare, le decisioni di archiviazione diretta ex art. 16

La Procura ha poi inteso valorizzare l'attività di accertamento in fase predisciplinare, concentrando l'attenzione sulle situazioni meritevoli di effettivo approfondimento, decongestionando il carico dagli esposti, generici, seriali, non circostanziati, di mera critica di provvedimenti giurisdizionali e privi di risvolti di natura deontologica.

Un banco di prova significativo è stato quello posto dalla grande mole di materiale esaminato con la trasmissione dall'autorità di Perugia dell'imponente materiale acquisito al procedimento lì pendente a carico, tra gli altri, del collega Luca Palamara. Per la prima volta non è pervenuta da quell'ufficio solo la doverosa comunicazione disciplinata dalla circolare 1100/95 del CSM relativa alla pendenza di un procedimento penale a carico di un magistrato, ma anche una grande massa di documentazione riferibile ad un numero rilevante ed imprecisato di colleghi e non immediatamente collocabile nella cornice dell'art. 15 c. 1 d.lgs 109/06 quale "denuncia circostanziata" quale condizione per l'esercizio dell'azione o già adeguata per poter disporre l'espletamento di quelle sommarie indagini che, sempre secondo il primo comma dell'art. 15, consentono l'apertura del procedimento

Con le due direttive del 22 giugno del 4 settembre 2020⁵ sono state date le linee per lo scrutinio del materiale pervenuto. La prima indica i criteri generali, quella integrativa di settembre riguarda in particolare l'art. 3 bis del d.lgs. applicabile anche in sede predisciplinare per la espressa previsione, come si è visto, dell'art. 16 c. 5 bis.

Prima di accettare la vulgata giornalistica, non sempre disinteressata, o le sintesi semplificate e suggestive che viene a volte fatta nelle nostre mailing-list delle due direttive può essere un utile esercizio quello di leggerle con attenzione. La direttiva di giugno da una parte esse delimitano lo spazio di intervento della Procura dal punto di vista soggettivo ai soli magistrati, il che non è ovvio rinvio al dettato normativo, ma indicazione operativa, nel senso che non possono e non devono essere espresse valutazioni o giudizi su soggetti o fatti estranei al perimetro disciplinare. Richiama poi i diversi piani sui quali le medesime condotte possono avere rilievo, quello penale (che compete al giudice in sede di accertamento della responsabilità), quello disciplinare (che compete al PG e nella sua autonomia al ministro e poi al CSM), quello deontologico (che compete agli organismi associati) quello ordinamentale (che compete al CSM in prima, in terza, in quarta ed in quinta commissione), quello della responsabilità civile (il cui accertamento è demandato al giudice e solo in sede di rivalsa investe direttamente il magistrato che ha tenuto la condotta lesiva). In tale quadro è stata operata la distinzione doverosa tra condotte qualificabili disciplinarmente, la maggior parte delle quali sono sembrate riconducibili all'ipotesi della grave scorrettezza nei confronti di altri magistrati, da quelle violazioni del codice etico, penso in particolare all'art. 10⁶, che non abbiano tale connotato di scorrettezza. Fissa poi i confini, secondo i termini stabiliti dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza delle sezioni unite⁷, dell'estensione dell'insindacabilità delle espressioni di opinione riconosciuto ai componenti del CSM dall'art. 32 bis della l. 195/58, come modificata dall'art. 5 della l. 1 del 1981, rimanendo ovviamente anche i consiglieri soggetti alla giurisdizione disciplinare.

Se sia troppo, troppo poco, se l'interpretazione sia corretta non sta scritto nella pietra, certo la Procura generale ritiene di poter affermare di aver fatto le sue scelte con piena consapevolezza e ritenendo

⁵ https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/d_altra_documentazione.page

⁶ Art. 10 - Obblighi di correttezza del magistrato

Il magistrato non si serve del suo ruolo istituzionale o associativo per ottenere benefici o privilegi per sé o per altri.

Il magistrato che aspiri a promozioni, a trasferimenti, ad assegnazioni di sede e ad incarichi di ogni natura non si adopera al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione, né accetta che altri lo facciano in suo favore.

Il magistrato si astiene da ogni intervento che non corrisponda ad esigenze istituzionali sulle decisioni concernenti promozioni, trasferimenti, assegnazioni di sede e conferimento di incarichi.

Si comporta sempre con educazione e correttezza; mantiene rapporti formali, rispettosi della diversità del ruolo da ciascuno svolto; rispetta e riconosce il ruolo del personale amministrativo e di tutti i collaboratori.

⁷ Corte cost 148/83: SS UU 3527/2002; 25955/07 e 4854/13.

di aver fatto rigorosa applicazione delle regole, senza sottrarsi alle proprie responsabilità ma senza farsi prendere dalla reazione emotiva e dal disagio conseguente al disvelamento di un così vasto e profondo fenomeno, nella certezza che, come sempre nella giurisdizione, sono i fatti e non i fenomeni a dover essere oggetto di sanzione.

Come è noto dalle prime comunicazioni pervenute dalla Procura di Perugia nel 2019 e poi dalla trasmissione del contenuto delle chat e dell'ulteriore messaggistica dal 22 aprile al 9 giugno del 2020, sono derivati ad oggi 29 procedimenti disciplinari nei confronti di 24 magistrati, per 1 vi è stata sentenza di primo grado; per 6 è in corso il dibattimento, 6 sono sospesi per pregiudiziale penale. In fase predisciplinare sono aperti 14 fascicoli, 2 dei quali sospesi per pregiudiziale penale, per gli altri sono in corso gli accertamenti all'esito dei quali l'ufficio assumerà determinazioni conclusive, archiviando o promuovendo l'azione. Per 2 è stata già disposta l'archiviazione. Si tratta all'evidenza di dati in evoluzione e non definitivi.

Anche in questo caso la giustezza delle scelte e l'adequatezza delle risposte non è scritta nella pietra, ma non si sottrarrà al confronto e alla verifica, sia in sede processuale che nel giudizio pubblico.

In termini più generali (valendo peraltro le indicazioni contenute nelle direttive citate ben al di là dell'occasione che le ha generate) la Procura generale ha ritenuto di procedere alla comunicazione delle massime tratte dai provvedimenti di archiviazione predisciplinare. Lo sforzo è stato quello di coniugare il massimo di specificità con la necessaria anonimizzazione, non solo dei dati anagrafici, ma di tutti i marcatori di riconoscibilità dei protagonisti, ciò il massimo di concretezza con il massimo di rispetto delle posizioni individuali.

Il risultato ha portato sul sito della Procura generale ad una prima immissione di 278 massime che coprono gli ultimi cinque anni ⁸ (la cui classificazione ha seguito la divisione nella principali categorie di illeciti: funzionale, extrafunzionali, da reato, più quelle relativi a problemi generali e procedurali), che costituiscono una griglia significativa per orientare i colleghi, i difensori, ma soprattutto, nella collettività, chiunque abbia interesse o voglia di capire quali siano i criteri di valutazione, il metro di giudizio dei comportamenti, le condotte che in concreto assumono rilevanza in riferimento alla loro astratta indicazione nella fattispecie disciplinare. In un sistema "piccolo" (per ambito numerico di riferimento e per tipologia delle condotte rilevanti) come quello disciplinare, fortemente dominato dalla casistica e regolato da un sistema di illeciti che potremmo definire "imperfetta" per le aree che la tipizzazione lascia scoperte e "a soffietto" per la variabilità della tecnica di redazione che vede ipotesi praticamente formali e assai delimitate ed altre governate da clausole aperte (dalla mancata autorizzazione all'incarico extragiudiziale alla "grave scorrettezza" nei confronti dei colleghi) riteniamo di aver fornito uno strumento molto utile che responsabilizza molto la PG.

Un'altra scelta strategica è stata quella della riorganizzazione dell'esame delle segnalazioni.

Ogni anno giungono alla Procura generale, così come al ministero, esposti e segnalazione nell'ordine delle migliaia. Facendo riferimento solo al 2019, sono arrivate 1.898 "notizie di illecito disciplinare" che vanno dall'esposto del singolo, più o meno circostanziato, all'informativa dell'iscrizione da parte degli uffici giudiziari, il 90% sono state oggetto di archiviazione. Sul lungo periodo, dal 2012 al 2018 il 91,6% degli esposti è stato archiviato. Si tratta perciò di un dato strutturale che determina un fastidioso rumore di fondo rispetto alla sostanza della materia disciplinare e nella rappresentazione pubblica si presta a letture fuorvianti di una giustizia eccessivamente domestica e di una magistratura eccessivamente trasgressiva, assorbendo oltre misure le non sovrabbondanti risorse all'impegno richiesto dalle vicende che sono effettivamente rilevanti. A partire dallo scorso luglio, facendo seguito agli OdS n. 33 e n. 34 del

⁸ https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/d_giuris_costituz_e_di_legit.page

22 giugno scorso⁹, preceduto da intese raggiunte con il ministro, gli esposti vengono esaminati preliminarmente da un gruppo di lavoro coordinato da un sostituto a ciò designato, composto di tre magistrati con rotazione tendenzialmente ogni otto mesi, che rileva gli esposti che non contengono una notizia disciplinare circostanziata secondo la previsione dell'art. 15 c. 1 del d.lgs. o ragionevolmente passibile di diventare tale a seguito di sommari accertamenti. In particolare gli esposti del tutto generici, quelli ossessivi e seriali, quelli che contengono mere critiche a provvedimenti giurisdizionali e che palesemente rientrano nella clausola di esclusione dell'art. 2 c. 2 del d.lgs. 109/06¹⁰, quelli per i quali unitamente all'esposto viene comunicata la richiesta di archiviazione o l'intervenuto provvedimento del GIP, quelli relativi a magistrati usciti dall'ordine giudiziario, vengono, previa una succinta motivazione che deve in ogni caso dare atto dell'avvenuto esame nel merito del contenuto dell'esposto, inseriti in un apposito spazio di archiviazione nel registro informatico del servizio disciplinare e conservati agli atti della segreteria. Mensilmente l'elenco contenente gli estremi essenziali dell'esposto viene inoltrato al ministro che può, a sua discrezione, acquisire presso la Procura maggiori informazioni. Anche in questo caso il gruppo di lavoro si è dato dei criteri operativi condivisi in base ai quali il criterio di selezione deve essere rigoroso, privilegiando, nel dubbio, la scelta di iscrivere il procedimento predisciplinare e procedere ad accertamenti preliminari; di procedere a motivazioni sintetiche, ma che non si esauriscono in rinvii formali a norme e clausole di stile, di prestare particolare attenzione a quegli esposti che contengano doglianze che lasciano intravedere possibili prassi *contra legem* o gravi disfunzioni funzionali nell'organizzazione del lavoro del magistrato o una qualche superficialità o sottovalutazione nella tutela di diritti fondamentali di particolare rilievo. Nonostante tali criteri ristrettivi i risultati del lavoro svolto, iniziato nel luglio scorso, sono particolarmente significativi 533 (circa cento al mese) esposti sono stati conservati agli atti di segreteria recuperando energie indispensabili e fornendo una rappresentazione della situazione più corrispondente alla realtà.

Non riguarda l'oggetto dell'esposizione odierna, ma può essere utile ricordare che a fronte dell'elevato numero di esposti e segnalazioni pervenute nel 2019 sono state promosse 159 azioni disciplinari e nel 2020, alla data del 27 novembre, 138.

La natura bifasica del procedimento pone un ulteriore problema che costituisce in qualche modo l'altra faccia della esclusione del diritto all'accesso decisa dal giudice amministrativo nei termini sopra sommariamente richiamati ed è quello della sottrazione, a cagione di tale separatezza, di elementi di conoscenza significativi con riferimento a fatti e circostanze, emersi nel corso degli accertamenti preliminari, che potrebbero avere rilevanza in una diversa sede, come ad esempio, ai fini della valutazione di professionalità o del conferimento di funzioni direttive o di valutazione di incompatibilità ambientale. Sul punto la Procura generale ha avviato una riflessione che non è ancora pervenuta ad una valutazione conclusiva, che non potrà non tener conto dei molteplici profili che vengono in evidenza, alcuni dei quali oggetto di attenzione anche in questa sommaria esposizione.

3. Problemi posti dalla natura ancipite dell'azione disciplinare.

Come abbiamo detto Ministro e Procuratore generale hanno pari titolarità nella promozione dell'azione disciplinare, che il PG esercita d'iniziativa (obbligatoriamente) e il ministro promuove con la richiesta di

⁹ https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/OS_34-2020.pdf

¹⁰ Art 2 c. 2 d.lgs 109/06: “fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g),h),i),l),m),n),o), p),cc),ff), l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare”

indagini al PG (facoltativamente), ma l'azione disciplinare rimane una, conservando la sua natura "una" e "bina". La titolarità dell'uno (il ministro) serve a evitare l'autoreferenzialità dell'ordine e a chiamarlo alla responsabilità nei confronti dello stato-persona, la titolarità dell'altro (il PG) è imposta dalla natura giurisdizionale del procedimento, esprime la capacità di reazione della stessa magistratura per condotte lesive del prestigio provenienti dal suo interno e bilancia il rischio di condizionamento che potrebbe discendere dalla esclusiva titolarità di un potere così incisivo in mano al ministro.

Ognuno dei titolari conserva intatto il potere di promovimento (anche rispetto ai tempi) ma l'assunzione dell'iniziativa da parte dell'uno non è priva di effetti nei confronti dell'altro.

È evidente che tale duplice impulso e tale duplice, pur se differente, potere di controllo non è difficile da governare nell'ordinaria fisiologia dell'azione, ma certamente determina momenti di inevitabile frizione quando la valutazione dei due "titolari" non siano convergenti. La disciplina positiva non aiuta molto a risolvere queste *empasse* e la prassi ha almeno in un caso corretto alcune evidenti "zoppie" della legge.

Per quanto riguarda i termini di esercizio dell'azione non si pongono nella pratica grossi problemi. Ai fini della decadenza per decorrenza del termine annuale previsto dall'art. 15 d.lgs 109/06, l'autonomia delle due azioni è piena e ciascuno la può esercitare a partire dal momento dell'acquisizione della notizia circostanziata, che ben può pervenire però dall'altro interlocutore istituzionale. L'esaurimento del potere di iniziative dell'uno non può avere ricadute e riflesso sull'autonomo potere dell'altro.

Qualche problema invece si pone a fronte dell'intervenuta archiviazione del PG ai sensi dell'art. 16 comma 5 bis sopra richiamato, quando il ministro non condivida tale conclusione.

In questo caso, secondo il tenore testuale dell'art. 16 c. 5 bis, il ministro ha la sola possibilità di chiedere gli atti e all'esito chiedere la fissazione dell'udienza. Si pone il problema se possa invece esercitare la "sua" azione disciplinare per lo stesso fatto. In un'ipotesi in cui ciò è avvenuto a distanza di mesi, cioè ben oltre il termine di 10 e di 60 gg. cui fa riferimento l'art. 16, le SS UU hanno escluso che l'azione fosse tempestivamente esercitata (14664/2011), ma deve ritenersi al contrario che possa legittimamente farlo nei confini temporali segnati dall'art. 16, anzi in tal caso il ricorso all'esercizio della "sua" azione disciplinare fornisce una soluzione di maggior garanzia dell'incolpato che, in caso contrario, si troverebbe a giudizio con l'udienza fissata senza aver mai avuto alcuna contezza del procedimento predisciplinare, del quale non riceve alcuna comunicazione. Questa è anzi la "prassi virtuosa" cui prima si faceva riferimento, già adottata nella pratica (v. ord SD 87/2010, 123 e 128/2012) e certamente sostenuta da un'interpretazione, costituzionalmente orientata, più rispettosa del principio di ragionevolezza e proporzionalità e del diritto di difesa.

Può essere interessante rilevare come la commissione Vietti, in sede di revisione del sistema disciplinare, si fosse posto il problema (come altri di cui brevemente si dirà) e avesse proposto una modifica dell'art 16 c. 5 bis in base alla quale il ministro poteva, a fronte di una richiesta di archiviazione, chiedere gli atti entro dieci giorni "per le sue determinazioni" così riferendosi al pieno esercizio delle sue prerogative di promozione.

Si è posto il problema della possibilità per il ministero di presentare memorie direttamente avanti alla sezione disciplinare.

Come è noto la presenza diretta del ministero avanti alla sezione disciplinare, prevista dall'originaria stesura del d.lgs., è stata poi esclusa dalle modifiche introdotte con la l.269/06 prima che la Corte costituzionale decidesse la questione di legittimità costituzionale, pure immediatamente sollevata dalla sezione disciplinare. Deve perciò riersi escluso che, richiesta la fissazione dell'udienza, il ministero abbia facoltà di presentazione di memorie avanti al giudice disciplinare, potere che squilibrerebbe la posizioni delle parti in giudizio a danno della difesa dell'incolpato.

Ne' vale l'obiezione che tale sbilanciamento vi sarebbe in sede di legittimità, specie quando ricorrente sia il ministro della giustizia. Va ricordato infatti che le SU hanno affermato che è insussistente nella fase di legittimità. E ciò in quanto, nonostante la previsione del potere di impugnazione sia del MG, sia del PG, nel relativo giudizio in materia disciplinare il PG, anche se abbia proposto ricorso, interviene davanti alle SU sempre e comunque a tutela dell'interesse superiore al rispetto delle leggi (SU n. 759 del 2006; n. 1994 del 2003; n. 12751 del 1997), al punto che può chiedere il rigetto del ricorso proposto dal suo stesso ufficio (SU n. 12751 del 1997). Ed è soltanto per detta considerazione le SU hanno ritenuto manifestamente infondata la questione di l.c. sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 107, comma terzo, Cost..

Parimenti problematico può divenire il profilo relativo ai rapporti con la sezione disciplinare quando il ministro, promossa l'azione disciplinare di propria iniziativa o comunque avendo integrato la contestazione, non condivida la richiesta di non farsi luogo a procedere che il PG formula ai sensi dell'art. 17 c. 6¹¹.

Secondo il comma 7 il Ministro può chiedere gli atti entro dieci giorni e nei successivi venti chiedere la fissazione dell'udienza, formulando l'incolpazione.

Nel caso in cui tuttavia l'udienza sia fissata su richiesta del ministro a fronte di una posizione della Procura nel senso del non farsi luogo, il ministero si trova oggettivamente in una situazione di svantaggio,

¹¹ Art. 17 d.lgs. 109/06: Art. 17

Chiusura delle indagini

1. Compiute le indagini, il Procuratore generale formula le richieste conclusive di cui ai commi 2 e 6 e invia alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura il fascicolo del procedimento, dandone comunicazione all'incolpato. Il fascicolo e' depositato nella segreteria della sezione a disposizione dell'incolpato, che puo' prenderne visione ed estrarre copia degli atti.

2. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, al termine delle indagini, se non ritiene di dover chiedere la declaratoria di non luogo a procedere, formula l'incolpazione e chiede al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale. Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione da' comunicazione al Ministro della giustizia delle sue determinazioni ed invia copia dell'atto.

3. Il Ministro della giustizia, entro venti giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, puo' chiedere l'integrazione e, nel caso di azione disciplinare da lui promossa, la modificazione della contestazione, cui provvede il Procuratore generale presso la Corte di cassazione.

4. Il presidente della sezione disciplinare fissa, con suo decreto, il giorno della discussione orale, con avviso ai testimoni e ai periti.

((5. Il decreto di cui al comma 4 è comunicato, almeno dieci giorni prima della data fissata per la discussione orale, al pubblico ministero e all'incolpato nonché' al difensore di quest'ultimo, se già designato, e, nelle ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare o abbia richiesto l'integrazione o la modificazione della contestazione, al Ministro della giustizia.))

6. Il Procuratore generale, nel caso in cui ritenga che si debba escludere l'addebito, fa richiesta motivata alla sezione disciplinare per la declaratoria di non luogo a procedere. Della richiesta e' data comunicazione al Ministro della giustizia, nell'ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare, ovvero richiesto l'integrazione della contestazione, con invio di copia dell'atto.

7. Il Ministro della giustizia, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 6, può richiedere copia degli atti del procedimento, nell'ipotesi in cui egli abbia promosso l'azione disciplinare, ovvero richiesto l'integrazione della contestazione, e, nei venti giorni successivi alla ricezione degli stessi, può 44 richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Sulla richiesta, si provvede nei modi previsti nei commi 4 e 5 e le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto. *(periodo soppresso dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269).*

8. Decorsi i termini di cui al comma 7, sulla richiesta di non luogo a procedere la sezione disciplinare decide in camera di consiglio. Se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza di non luogo a procedere. Se rigetta la richiesta, il Procuratore generale formula l'incolpazione e chiede al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale. Si provvede nei modi previsti dai commi 4 e 5.

essendo la posizione dell'accusa affidata ad un ufficio che non la condivide (o comunque non la condivideva prima che il ministro formuli la sua contestazione). Dopo un'oscillazione nella prassi, orientata originariamente a veicolare le istanze del ministero tramite la procura generale e a non escludere la proposizione diretta di memorie al consiglio, la conclusione non può che essere negativa poiché la fase processuale dell'azione disciplinare è affidata in via esclusiva alla Procura generale. Tuttavia la norma non preclude che la richiesta di fissazione dell'udienza (come a volte succede per gli atti di promovimento dell'azione disciplinare da parte della PG) sia accompagnata, in modo contestuale con argomenti a sostegno, che sia, cioè, una richiesta motivata, anche *per relationem*, ad esempio, ad atti provenienti dalle articolazioni ministeriali, come l'OG o l'Ispettorato. In uno spirito di leale collaborazione questi non solo possono costituire un utile elemento per la sezione disciplinare, ma, ancora di più, possono svolgere una funzione di approfondimento per la stessa Procura generale, che potrebbe riconsiderare le proprie precedenti conclusioni.

Un ultimo profilo si pone per quanto riguarda la limitazione dei poteri di intervento sulla richiesta di non farsi luogo del Procuratore e sui poteri di ricorso in cassazione quando l'azione disciplinare non sia promossa dal ministro, ma dal Procuratore generale.

Spesso accade che il mancato autonomo esercizio dell'azione disciplinare dall'altro titolare dell'azione si colleghi ad una posizione di piena condivisione dell'azione promossa, stante, come si diceva all'inizio, la natura "una" e "bina" dell'azione disciplinare. Questo non determina alcun problema quando l'iniziativa sia del ministro, poiché la PG è titolare delle indagini e legittimata alle richieste, può esserlo invece quando il ministro condivida l'iniziativa assunta dal PG e non proceda ad integrazioni. Questo lo esclude dalla comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza (che nella formulazione ante legge Mastella preludeva alla facoltà di designare un proprio rappresentante in udienza), ma soprattutto gli preclude la possibilità di chiedere l'udienza ai sensi del comma 7 sopra esaminato.

Per evitare una duplicazione nell'esercizio dell'azione diretto a conservare le facoltà dell'art. 17 c.7, la commissione Vietti aveva introdotto un idoneo correttivo: nell'art. 14 veniva introdotta la possibilità che il ministro, quando il Procuratore generale gli comunicava l'esercizio dell'azione, potesse fare richiesta di comunicazione in ogni caso dell'esito delle indagini, (richiesta con la quale il Ministro in qualche modo fa propria, con una manifestazione adesiva, l'iniziativa del Procuratore generale) e in virtù di tale richiesta dovesse essere destinatario dell'avviso previsto dall'art. 17 c. 6 (in tal senso modificato) potendo conseguentemente esercitare il potere di richiesta dell'udienza.

Quanto al potere di ricorso per cassazione del ministro che non sia stato promotore dell'azione e non abbia chiesto l'integrazione della contestazione, basterà prendere atto allo stato del difetto di coordinamento tra l'art. 19 c. 3 che prevede che i provvedimenti adottati dalla sezione disciplinare sono comunicati al ministro della giustizia nell'ipotesi in cui egli abbia promosso o integrato la contestazione anche ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso (previsione che farebbe pensare che negli altri casi non abbia diritto all'avviso perché non legittimato all'impugnazione) e l'art. 24 c. 1 che riconosce senza distinzioni il diritto di impugnazione all'incolpato, al PG e al ministro.

Essendo l'art. 24 la norma cardine sull'impugnazione, ed attenendo il 19 solo alla notificazione, sembrerebbe potersi sostenere (non ne rammento però casi concreti) che il Ministro possa fare ricorso anche quando non sia promotore dell'azione, proprio per ragioni di carattere sistematico, che altrimenti condurrebbero ad una inutile duplicazione di iniziative.

Anche a tale incongruenza la proposta della commissione Vietti poneva rimedio, nel senso sopra indicato, equiparando i poteri di ricorso di Ministro e Procura generale