

Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura

SOMMARIO: 1. Tassatività delle sanzioni e (tendenziale) tipicità degli illeciti. - 2. Il quadro degli illeciti disciplinari. - 3. Gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni. - 3.1. l'inosservanza dell'obbligo di astensione. - 3.2. il dovere di diligenza - 3.3 la laboriosità. - 3.4. il dovere di riserbo. - 4. Gli illeciti disciplinari commessi fuori dall'esercizio delle funzioni. - 4.1. lo svolgimento di attività incompatibili con la professione di magistrato (art. 3 lett. d). - 4.2. il divieto di iscrizione a partiti politici (art. 3 lett. h). - 5. La direttiva n. 493/20/SD2 del 22.6.2020 della Procura Generale della Corte di Cassazione. - 6. L'interpretazione evolutiva di alcune norme concernenti illeciti disciplinari. - 7. Gli elementi di contrappeso ai limiti della tipizzazione. - 7.1. L'art. 1 del D. Lgs. 109/2006. - 7.2. L'art. 3 bis D. Lgs. 109/2006. - 8. Conclusioni.

1. Tassatività delle sanzioni e (tendenziale) tipicità degli illeciti.

Nel regime disciplinare concernente i magistrati ordinari, si lamentava il fatto che la precedente disciplina anteriore alla novella del 2006 - basata sulla c.d. atipicità dell'illecito disciplinare - non indicasse quali potessero essere i fatti costituenti infrazione ai doveri deontologici.

La norma fondamentale era l'art. 18 r.d.lgs. 511/1946: *“Il magistrato che 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, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni degli articoli seguenti”*.

L'indeterminatezza della portata precettiva dell'art. 18 della legge sulle guarentigie, imponeva alla Sezione Disciplinare del C.S.M. di definire, volta per volta, i comportamenti disciplinarmente illeciti attraverso la specificazione, per un verso, dei doveri di ufficio o funzionali del magistrato e, per altro, dei doveri di condotta extrafunzionali; per gli uni come per gli altri si richiedeva, perché il fatto assumesse rilievo disciplinare, un concreto pregiudizio della “fiducia e della considerazione” di cui il magistrato deve godere o del prestigio dell'ordine giudiziario.

In sostanza, la casistica giurisprudenziale aveva sviluppato un catalogo degli illeciti disciplinari, quale surrogato della tipizzazione normativa.

Tale norma - che era stata contestata proprio sotto il profilo della sua atipicità - è stata ritenuta costituzionalmente legittima da Corte Cost. 7 maggio 1981, n. 100¹

Successivamente la legge delega 150/2005 all'art. 1 ha previsto: *“1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei principi e dei criteri direttivi di cui all'articolo 2, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8, uno o più decreti legislativi diretti a:...*

f) individuare le fattispecie tipiche di illecito disciplinare dei magistrati, le relative sanzioni e la procedura per la loro applicazione, nonché modificare la disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio

¹ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 100 (pd. 10026): *«Quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma proibitiva (fiducia e considerazione di cui il magistrato deve godere; prestigio dell'ordine giudiziario) è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli, trattandosi di principi deontologici che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati, le previsioni normative in materia non possono non avere portata generale perché una indicazione tassativa renderebbe legittimi comportamenti non previsti ma ugualmente riprovati dalla coscienza sociale; e il principio di legalità si attua anche con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato. (Non fondatezza - in riferimento agli artt. 25, secondo comma, 101, secondo comma, e 108, primo comma, Cost. - della questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del r.d.l. 31 maggio 1946 n. 511)»*.

In attuazione della suddetta delega è stato emanato il d. lgs. 109/2006 che ha introdotto un sistema ispirato al principio di legalità, attraverso la tipizzazione che ha recepito in gran parte gli indirizzi della sezione disciplinare del CSM, orientamenti delle Sezioni Unite della Cassazione, del codice deontologico approvato dall'ANM del 1994.

Non è stata prevista una “norma di chiusura”, auspicata da parte della dottrina secondo la rigorosa tassatività renderà non punibili fatti (soprattutto extralavorativi) ritenuti eticamente e socialmente disdicevoli, ma non censiti nelle norme predette che potranno essere oggetto in futuro solo di eventuali integrazioni e rettifiche. Del resto il rischio di una rigorosa tipizzazione degli illeciti era stata ben evidenziata nella sentenza 100/1981 della Corte Costituzionale.

2. Il quadro degli illeciti disciplinari.

Come noto, gli illeciti disciplinari sono oggi previsti dagli artt. 2 e 3 D. Lgs. 109/2006, che pone una distinzione tra illeciti commessi nell'esercizio delle funzioni e fuori dall'esercizio delle funzioni. L'art. 4 prevede poi illeciti disciplinari conseguenti a reato.

I primi derivano dal collegamento tipico con l'attività funzionale del magistrato, essendo strettamente correlati all'attività giurisdizionale o giudiziaria.

I secondi sono connessi allo *status* del magistrato e sono posti a tutela dell'immagine e del prestigio della funzione giudiziaria.

3. Gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni.

Scandagliando alcuni illeciti disciplinari funzionali, si evidenzia come le clausole generali di cui all'art. 1 abbiano significativa incidenza nell'estensione della portata del precetto a situazioni apparentemente non ricomprese nello stesso.

3.1. L'inosservanza dell'obbligo di astensione.

Si pensi, ad esempio, all'inosservanza dell'obbligo di astensione, che per il pubblico ministero viene configurato dal codice di rito penale in termini di facoltà.

La giurisprudenza della Sezione Disciplinare anche, sotto la vigenza del precedente sistema, ha ritenuto la configurabilità dell'illecito anche nei confronti del p.m., ritenendo sussistesse, come per il giudice, un vero e proprio obbligo di astensione², argomentando dal fatto che il principio di tassatività in materia di illeciti disciplinari non impedisce l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica di

² Sez. Disc., 17 aprile 2009, n. 49 «*Configura illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, per consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge, la condotta del Procuratore della Repubblica che presti adesione ad una richiesta di patteggiamento presentata nell'interesse del fratello, imputato in un procedimento penale, in quanto la previsione di cui all'art. 52 cod. proc. pen., secondo la quale «il magistrato del pubblico ministero ha la facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza», è giustificata dalla previsione costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale e, pertanto, dall'esigenza di evitare il rischio della paralisi della stessa, ma non esclude il dovere di rilevare, caso per caso, quelle circostanze capaci di far apparire l'attività giudiziaria come dettata da fini diversi da quelli di giustizia ed in particolare dall'intento, o dalla inevitabilità oggettiva, del conseguimento di vantaggi personali o familiari: il principio di tassatività in materia di illeciti disciplinari, infatti, non impedisce l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica di norme diverse da quelle incriminatrici, specie laddove si tratti di un principio fondamentale del processo, quale quello che si trae esplicitamente dall'art. 51, n. 2, cod. proc. civ., in base al quale nessun giudice può decidere nei confronti di un prossimo congiunto, sicché, quando non sussiste la necessità di evitare che in una situazione concreta l'azione penale possa essere paralizzata, prevale il criterio di indirizzo ribadito dal D.Lgs. n. 109/2006, all'art. 1, secondo cui il magistrato, senza distinzione di funzioni, esercita quelle a lui attribuite «con imparzialità».*

norme diverse da quelle incriminatrici, specie laddove si tratti di un principio fondamentale del processo, quale quello contenuto nel dovere di imparzialità.

3.2. Il dovere di diligenza.

Del pari assume un'importante valenza interpretativa il dovere di diligenza e la tutela della funzione giudiziaria, nel valutare le condotte che attengono più propriamente all'attività giurisdizionale.

Così, l'insindacabilità in ambito disciplinare dei provvedimenti giurisdizionali e delle interpretazioni adottate esclude che la loro inesattezza tecnico-giuridica possa di per sé sola configurare l'illecito disciplinare del magistrato, ma non quando essa sia la conseguenza di una grave negligenza e di una mancanza di ponderazione degli effetti del provvedimento, estranei alle logiche ed alle finalità della giurisdizione (che sono quelle di valutare adeguatamente ed autonomamente la fattispecie prospettata e dare conseguentemente una risposta conforme alle regole processuali e sostanziali) e sia indice di un comportamento arbitrario, con conseguente rischio di compromissione del prestigio dell'Ordine giudiziario (in tal senso SS.UU. Sent. N. 20159/2010, riguardanti le perquisizioni disposte dai sostituti di Salerno nei confronti di magistrati degli uffici giudiziari di Catanzaro, dove si fa riferimento a provvedimenti aventi funzione divulgativa e mediatica di propalazione di notizie, proceduralmente irrilevanti). Si noti che nella vicenda presa in considerazione dalla sentenza delle Sezioni Unite ora citata, la fattispecie cui viene ricondotta l'abnormità c.d. deontologica non è quella di cui all'art. 2, 1 co lett. ff) (l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti) bensì la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, prevista dall'art. 2, c. 1 lett. g). Ciò in quanto, secondo le SS.UU., tale fattispecie non costituisce l'unica disposizione che fa riferimento al concetto di abnormità in senso tecnico, poiché l'abnormità ai fini deontologici esprime anche la qualità generale del comportamento del magistrato (desumibile dal provvedimento, giuridicamente non abnorme) ed evidenzia il grado di inescusabilità della negligenza dimostrata *da e/o insita in quel comportamento*. In altre parole, l'abnormità ben può connotare il grado di negligenza inescusabile riscontrata (non già in un provvedimento) ma in un comportamento, così da integrare l'illecito ipotizzato all'art. 2, 1^o co. lett. a).

In buona sintesi, è possibile estrapolare dalle fattispecie tipiche che attengono all'attività giurisdizionale del magistrato un principio generale di diritto: l'errore nell'interpretazione ed applicazione della legge non è censurabile salvo che non sia grave e dovuto a negligenza inescusabile.

3.3. La laboriosità.

Insieme alla diligenza, altra regola generale di condotta è la laboriosità, il cui dovere evoca immediatamente la problematica dei ritardi nell'adozione dei provvedimenti.

I ritardi nel deposito di provvedimenti, normalmente rilevati all'esito delle ispezioni ordinarie, per assumere rilievo disciplinare devono essere reiterati, gravi e privi di giustificazione. La giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione e del giudice disciplinare (SU, 9 ottobre 2012, depositata il 25 gennaio 2013; Sez. Disc. del C.S.M, sentenze 5 febbraio 2013, nn° 22, 24 e 25 e sentenze 7 marzo 2013, nn° 36 e 37) considera, al fine di un'adeguata valutazione dei suddetti requisiti:

- l'entità del ritardo, in termini temporali;
- l'importanza dei procedimenti interessati dal ritardo;
- l'incidenza percentuale dei provvedimenti depositati in ritardo rispetto a quelli complessivamente depositati, avuto in particolare riguardo al rapporto percentuale tra arco di tempo considerato e numero dei ritardi, alla durata media dei ritardi ed alle punte massime di ritardo;

- la contestualizzazione dei ritardi rilevati.

In presenza di ritardi di una certa consistenza, l'ipotesi di produttività superiore alla media del magistrato interessato, di per sé non giustifica, poiché viene in rilievo, quale espressione di un principio generale inderogabile di diligenza proprio di ciascun magistrato, un limite oltre il quale il non evadere la domanda di giustizia compromette in modo "irreversibile" il prestigio dell'ordine giudiziario e del sistema nel suo complesso (cfr., *ex plurimis* Sez. un., 13 settembre 2011, n. 18697), così che il magistrato deve assegnare la precedenza alla definizione di quei procedimenti rispetto ai quali il termine per il deposito trascorso ha raggiunto limiti tali da rendere improcrastinabile ed urgente la stesura della relativa motivazione.

La giurisprudenza, poi, è concorde nel ritenere che il ritardo nel compimento di atti relativi alle funzioni proprie del pubblico ministero non integra l'illecito disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lett. g) del d.lgs. 109 del 2006, bensì l'illecito disciplinare di cui all'art. 2 comma, 1 lett. q), sempre che siano integrati gli elementi costitutivi dell'illecito, ovvero che si tratti di ritardi gravi, reiterati ed ingiustificati.

Infatti, "poiché entrambe le disposizioni indicate presuppongono una grave violazione di legge, che nella fattispecie prevista dalla lettera q) ricorre quando il ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni ecceda "il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto", la fattispecie descritta da quest'ultima disposizione deve essere considerata speciale rispetto a quella contemplata dalla lettera g), a pena di vanificare l'esigenza della reiterazione imposta dalla legge quale elemento di integrazione dell'illecito disciplinare previsto dalla disposizione introdotta con la lettera q) (Sez. Disc., sent. n. 43 del 2011)".

L'applicazione della fattispecie disciplinare dei ritardi al P.M. è stata, inoltre, indirettamente affermata dalla Sezione disciplinare del CSM con la sentenza 8.3.2013 n. 53, nella quale si è sostenuto che condotta del pubblico ministero che disponga l'archiviazione per la sopravvenuta prescrizione di un reato una volta che i termini delle indagini siano scaduti, rientra nell'ambito del ritardo disciplinarmente rilevante, sempre che sia reiterato, ai sensi dell'art. 2 comma 1, lett. q del d.lgs. n. 109/2006.

Altra questione che si è posta, a seguito di una pronuncia delle Sezioni Unite, riguarda la natura della giustificazione e, per l'effetto, il soggetto a cui incombe dimostrarla. Ed invero la sentenza SU n. 528/12 depositata il 17 gennaio 2012, affronta specificatamente il problema su chi incomba, nel procedimento disciplinare, l'onere probatorio in ordine alla ingiustificabilità del ritardo. La Cassazione afferma che la "ingiustificatezza" non è elemento costitutivo della fattispecie, da cui deriverebbe l'onere probatorio a carico dell'accusa, ma causa di giustificazione e quindi, di conseguenza, incombe sull'incolpato l'onere di allegazione di elementi che escludano l'antigiuridicità. Poi aggiunge che le allegazioni devono avere il carattere della "...pregnanza, della conferenza, della oggettività, della idoneità concreta ad escludere il ritardo", richiamando peraltro il concetto della inesigibilità.

Tale rigido orientamento, che richiamava addirittura il concetto di inesigibilità, è stato molto attenuato nelle pronunce successive. Si veda al riguardo Sez. U, Sentenza n. 2948 del 16/02/2016, ove viene affermato che in tema di responsabilità disciplinare del magistrato, qualora l'incolpato giustifichi i gravi e reiterati ritardi nel compimento degli atti relativi alle funzioni (nella specie, deposito di sentenze civili) sulla base di una precisa scelta organizzativa (nella specie, intesa alla proficua gestione del ruolo decisorio), il giudice disciplinare deve valutare in concreto la fondatezza e serietà della giustificazione addotta, non potendo quei ritardi (nella specie, ultrannuali) essere imputati al magistrato a titolo di responsabilità oggettiva, fermo l'onere dell'interessato di fornire al giudice disciplinare tutti gli elementi per valutare la fondatezza e serietà della giustificazione addotta.

Altro aspetto del profilo della diligenza (e non solo di quello ma anche della dignità della persona e del prestigio della funzione) riguarda i ritardi nelle scarcerazioni.

Secondo una consolidata giurisprudenza della sezione disciplinare confermata dalle Sezioni Unite, sussiste un obbligo di vigilanza continua sul rispetto dei termini e dell'adozione delle misure organizzative idonee a mantenere sempre sotto controllo i termini di scadenza.

La verifica della scadenza dei termini massimi di custodia cautelare è un adempimento imprescindibile che grava sul giudice procedente per tutto il tempo della permanenza in regime custodiale dell'imputato (adempimento addirittura "diuturno" secondo la giurisprudenza, cfr. SU 507/11), senza alcuna possibilità di ritenere che il ritardo sia ascrivibile a fisiologiche disfunzioni operative ovvero a disguidi di cancelleria, atteso che l'assolvimento del dovere di controllo in materia *de libertate* assume certamente un rilievo di priorità tale da prevalere rispetto a qualsiasi altro incombente gravante sull'organizzazione dell'ufficio.

Tale comportamento integra la fattispecie disciplinare di cui agli artt.1, 2, lett. a) e g) del d.lgs. 109/06, quando il magistrato con la propria omissiva condotta dell'obbligo di vigilare circa la persistenza delle condizioni, anche temporali, per la protrazione della misura cautelare, non soltanto è incorso in grave violazione di legge (di cui alla lett. g) dell'art. 2), ma ha anche arrecato un ingiusto danno alla persona dell'indagato, che si è visto indebitamente privare della libertà personale per un periodo di apprezzabile entità (di cui alla lett. a) dell'art.2).

Il ritardo nelle scarcerazioni anche se breve è quindi una violazione disciplinare grave in astratto – in quanto attinente alla libertà personale degli indagati - ed inescusabile. Nell'accertamento della responsabilità conta molto però l'assenza di offensività della condotta, per la mancanza di un concreto pregiudizio per la libertà personale degli imputati.

3.4. Il dovere di riserbo.

Il rispetto del dovere di riserbo viene declinato, nella articolazione degli illeciti disciplinari funzionali, principalmente (ma non solo) sotto forma di dovere di riservatezza, nei termini descritti dall'art. 2 lett. u) (ma anche dal medesimo art. 2 lett. v) -pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardano affari in corso, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui- e aa) – sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio o utilizzare canale informativi privilegiati) , che prevede la divulgazione, anche dovuta a negligenza, di atti del procedimento:

- a) coperti da segreto;
- b) di cui sia previsto il divieto di pubblicazione;

ovvero

c) la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui.

Si è posto il problema se la riproduzione in altri atti penali di atti di procedimenti penali ancora coperti da segreto o comunque divieto di pubblicazione possa integrare tale illecito disciplinare.

Le SS.UU. con la sentenza 20159/2019 hanno escluso che ciò possa avvenire specificando che la propagazione di atti di indagine coperti da segreto non fa venir meno la segretezza e, quindi, il divieto di pubblicazione.

Secondo le SS.UU. per divulgazione, ai fini della norma disciplinare, deve intendersi la diffusione delle notizie in ambito esterno alla cerchia dei soggetti autorizzati dell'atto processuale che richiami notizie di atti di indagine coperti da segreto di altro procedimento penale.

La violazione del dovere di riserbo, inoltre - secondo l'espressa formulazione letterale dell'art. 2, comma 1, lett. u), d.lgs. n. 109/2006 - costituisce illecito disciplinare non in quanto tale, ma in quanto realizza la lesione di diritti altrui o, almeno, si presenti astrattamente idonea a tale lesione.

Gli interessi oggetto della protezione normativa devono considerarsi strettamente legati alla “riservatezza” cautelatamente imposta al magistrato. In tal senso occorre evitare indebite confusioni tra interessi al riserbo, e interessi altri, che potrebbero trovare considerazione in altre fattispecie di illecito disciplinare. Sulla base di tale ragionamento, nel caso preso in considerazione della sezione disciplinare, è stato escluso l'illecito, trattandosi di rappresentazione esterna (seppure in forma scenica) delle modalità di ricostruzione dell'ipotesi accusatoria penale, quale effettivamente poi sottoposta al vaglio dell'autorità, poiché si trattava di fatti che risultavano ormai pubblicamente noti e ampiamente discussi, anche al di fuori della sede processuale (Sezione disciplinare n. 138/2019).

Sempre con riferimento al dovere di riserbo, l'orientamento della Sezione Disc. , riguardo a pareri dati nell'ambito di un rapporto amicali, è nel senso che i pareri espressi nell'ambito di un legame di amicizia non possono essere fonte di responsabilità non essendo sussumibili in alcuna fattispecie disciplinare (Sezione disciplinare n. 93 del 2020).

4. Gli illeciti disciplinari commessi fuori dall'esercizio delle funzioni.

Accanto agli illeciti funzionali di cui all'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 sinteticamente analizzati nella parte precedente, la normativa vigente prevede una puntuale tipizzazione degli illeciti c.d. extrafunzionali, ossia quelli compiuti al di fuori dell'esercizio delle funzioni, sostanzialmente ricognitiva delle ipotesi di illecito individuate nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Sezione disciplinare.

Si tratta di illeciti connessi alla condotta privata del magistrato che, per la posizione ricoperta, ha l'obbligo di *“astenersi nella vita privata da comportamenti che possano minare la sua credibilità ed in particolare la fiducia nella sua imparzialità”*³.

Si tratta comunque di condotte maggiormente dettagliate rispetto a quelle costituenti illeciti funzionali.

Nelle vicende esaminate dalla Sezione disciplinare, tra le più rilevanti, vengono in rilievo, almeno due fattispecie di illecito extrafunzionale, che in qualche modo delineano un modello di magistrato a servizio esclusivo della giurisdizione, quale garanzia massima della sua imparzialità, lasciando però aperte questioni attinenti a quel difficile equilibrio tra le limitazioni imposte dall'esercizio della funzione e l'esercizio di diritti costituzionali propri di ogni persona.

4.1. Lo svolgimento di attività incompatibili con la professione di magistrato (art. 3 lett. d).

La prima questione attiene allo svolgimento di attività incompatibili con la professione di magistrato (art. 3 lett. d). La giurisprudenza di legittimità, nel chiarire il significato tipico della nozione di attività incompatibili con lo svolgimento della funzione giudiziaria, precisa come non sia necessario che “l'attività di cui si tratta sia stata svolta in forma di impresa, che abbia cioè riprodotto per complessità una struttura imprenditoriale”. E', infatti, “sufficiente che essa si sia articolata in modo continuativo e professionale”.

Ciò in quanto “lo svolgimento da parte del magistrato con continuità e con un tornaconto sul piano economico, di una seconda attività professionale, anche se non realizzata in forme imprenditoriali, compromette il primato della funzione di servizio del magistrato per i cittadini e per la Repubblica, finendo per incidere sull'interesse pubblico al regolare svolgimento della funzione giudiziaria”(v.Cass,S.U.,n.27493/2013). Ne deriva che anche l'attività didattica del magistrato, con la gestione sistematica e continuativa, da parte dello stesso, in forma di lavoro autonomo, attraverso la

³ M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE, S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali. Magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, onorari, Avvocati dello Stato*, Milano 2010, 265.

tenuta di lezioni a pagamento, di un servizio di formazione di più discenti finalizzato all'accesso a professioni del settore giuridico, costituisce, in via di principio e in astratto, esercizio di attività libero professionale, come tale rientrante nel divieto di cui all'art. 16 ord. giud., comma 1, per l'incompatibilità con l'esercizio delle funzioni di magistrato (cfr. Cass. civ., Sez. Un., n. 11372/16, e Cass. civ., Sez. Un. 27493/13). A riguardo, la circolare del Consiglio Superiore della Magistratura sugli incarichi extragiudiziari n. 22581 del 9 dicembre 2015 al Capo 3.3 prevede espressamente che “sono vietate l'organizzazione di scuole private di preparazione a concorsi o esami per l'accesso al pubblico impiego, alle magistrature e alle altre professioni legali nonché la preparazione sotto qualsiasi forma ed indipendentemente dalle caratteristiche dimensionali, alla gestione economica, organizzativa e scientifica di tali scuole ovvero lo svolgimento presso di esse di attività di docenza, anche in via occasionale”. Dunque, sono espressamente vietate, in quanto incompatibili con la funzione giudiziaria, l'organizzazione di scuole private, la partecipazione alla gestione economica, organizzativa e scientifica delle stesse, lo svolgimento presso di esse di attività di docenza, anche in via occasionale. La giurisprudenza di legittimità (v. Cass. civ., Sez. Un. n. 27493/2013) ha ulteriormente chiarito che “la presa d'atto, da parte della circolare del Consiglio superiore, del contenuto del divieto dell'esercizio di certe attività, dà la misura di quali incarichi extragiudiziari i magistrati siano abilitati, previa autorizzazione dello stesso Consiglio superiore, a svolgere”. Infatti, “nel contesto del sistema ordinamentale, il regime delle attività vietate, di cui all'art. 16, comma 1, si collega alla disciplina dettata dal citato art. 16, comma 2, il quale (...) prescrive che i magistrati “non possono... accettare incarichi di qualsiasi specie... senza l'autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura”: una disciplina, dunque, che, nel determinare la possibilità, ma anche i limiti, le condizioni e le modalità per l'attribuzione ai magistrati di incarichi estranei ai loro compiti di istituto, attribuisce un potere di intervento al Consiglio superiore”. Peraltro è di tutta evidenza che non può essere vietata ogni attività che sia espressione di libertà fondamentali, costituzionalmente garantite, atteso che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, come è stato ribadito autorevolmente dalla Corte Costituzionale (cfr. Corte cost., sentenze n. 100 del 1981) e come cittadini e come persone, essi hanno certamente il diritto ed il dovere di contribuire alla vita intellettuale e culturale del Paese. Per tale ragione la richiamata circolare n. 22581 all'art. 1.1 individua le attività “libere” e prevede che “sono liberamente espletabili e non richiedono alcuna autorizzazione o preventiva comunicazione”, tra le altre: “le attività che costituiscono espressione di diritti fondamentali, quali la libertà di manifestazione scritta e verbale del pensiero, di associazione, di esplicazione della personalità; la pubblicistica, la collaborazione in qualsiasi forma a giornali, riviste, enciclopedie e simili, la produzione artistica e scientifica ancorché dia luogo a compensi; le attività di creazione di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali col relativo sfruttamento economico; la partecipazione, come relatori, a seminari, convegni, incontri di studio o attività similari se non retribuita. In tali casi, la cessione onerosa del diritto d'autore integra una forma di retribuzione.” (sez. Disc. 57/2020).

4.2. Il divieto di iscrizione a partiti politici (art. 3 lett. h).

La seconda questione riguarda il divieto di iscrizione a partiti politici (art. 3 lett. h). Si tratta di disposizione che si fonda sull'art. 98, comma 3, Cost., laddove si stabilisce che “si possono con legge stabilire limitazione a diritto d'isciversi ai partiti politici”, per alcune categorie di dipendenti pubblici, fra cui i magistrati.

Sulla norma è intervenuta La Corte Costituzionale con la sentenza n. 224/2009. La Corte ha dichiarato infondata la questione: pur riconoscendo che i magistrati debbano godere in linea di principio

degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e possano dunque non soltanto condividere un'idea politica ma anche manifestare espressamente le proprie opinioni al riguardo, la stessa ha tuttavia ribadito, sulla scia del precedente rappresentato dalla sent. n. 100/1981, che “le funzioni esercitate e la qualifica rivestita dai magistrati non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale”, come peraltro si desume dalla disciplina costituzionale, che, “da un lato, assicura [ai magistrati] una posizione peculiare, e dall'altro, correlativamente, comporta l'imposizione di speciali doveri”.

La Corte Costituzionale è ritornata sull'argomento con la sentenza n. 170/2018, nella quale ha ribadito che “sostanza e apparenza” sono valori entrambi “alla base della fiducia di cui deve godere l'ordine giudiziario in una società democratica”. E tanto l'iscrizione al partito politico quanto la partecipazione continuativa alla vita dello stesso incidono sia sull'imparzialità del magistrato sia sulla sua apparenza.

La Corte poi specifica che, a parte l'iscrizione, che da sola costituisce violazione del divieto, il carattere di “stabilità” del legame costituisce linea di confine tra partecipazione legittima e partecipazione illegittima alla vita di un partito.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 8906/2020 affermano che il giudice “ha il dovere non soltanto di essere imparziale ma anche di apparire tale”, ovvero essere “al di sopra di ogni sospetto di parzialità”; con la differenza che, mentre l'essere parziale si declina in relazione al concreto processo, “l'apparire imparziale costituisce, invece, un valore immanente alla posizione istituzionale del magistrato, indispensabile per legittimare, presso la pubblica opinione, l'esercizio della giurisdizione come funzione sovrana”.

In definitiva l'interesse tutelato, sottostante al divieto, è, per le Sezioni Unite, la salvaguardia dell'immagine pubblica di imparzialità. Se questo deve essere quindi lo scopo della normativa, appare necessario rivedere, in un contesto unitario, tutta la normativa che riguarda l'intero sistema del rapporto del magistrato con la politica.

5. La direttiva n. 493/20/SD2 del 22.6.2020 della Procura Generale della Corte di Cassazione.

Appare evidente, da questa breve carrellata di illeciti, che la scelta legislativa della tipizzazione è il binario principale su cui si svolge la valutazione dei fatti rimessi allo scrutinio disciplinare, con limitate ma significative correzioni, in sede applicativa, in forza delle clausole di cui all'art. 1, quali regole generali immanenti in ogni singola fattispecie.

Infatti, la Procura Generale della Corte di Cassazione ha emanato la direttiva n. 493/20/SD2 del 22.6.2020 nella quale a pag. 9, 3° paragrafo, è scritto espressamente: *“Ad esempio, molte conversazioni che riguardano magistrati, a volte con sollecitazioni per sé stesso e altre che riguardano terzi, rispetto ai conversanti, possono rilevare solo quando violino precetti tipizzati.*

Rilevano a tal fine le ipotesi previste dall'art. 2, lett. d) (“comportamenti abitualmente o gravemente scorretti”) quando dalle conversazioni emergono accordi al fine di favorire magistrati per la sola appartenenza ad una corrente, quando non addirittura a fini di spartizione (grave scorrettezza nei confronti dei danneggiati) o quando vengono utilizzate informazioni riservate o vengono attuati “dossieraggi” al fine di danneggiare o favorire;.....

Le condotte che non raggiungono questi standard, con giudizio di fatto, non possono rilevare in questa sede”

E prosegue la direttiva della Procura Generale a pag. 10: *“Nella valutazione delle comunicazioni verranno applicati innanzitutto i criteri guida delle libertà costituzionali, che impongono di non sottoporre ad alcuna censura la libertà di manifestazione del pensiero, anche se espressa in maniere sgradevoli o moralmente censurabili.*

La soglia di rilevanza è costituita dalle condotte che siano direttamente offensive dei valori tutelati anche sotto il profilo della loro idoneità (l'accordo, non mera manifestazione di pensiero, può raggiungere tale livello, con valutazione operata caso per caso)

La idoneità dunque va valutata sempre in rapporto al principio di tipicità e con quello di offensività.

Dalla tipizzazione è ricavabile da un lato la condotta rilevante e dall'altro l'interesse protetto.

Valutazioni di carattere politico, che incidono fortemente anche sull'immagine di imparzialità ed equilibrio (art. 1 d.lgs. 109/2006) per assurgere a condotta punibile devono ricollegarsi a ipotesi di illecito previste dalla legge.

In caso contrario restano censurabili solo ad altri fini (deontologici e di professionalità)....”

La Procura Generale della Cassazione, con questa direttiva, ha individuato un ragionevole equilibrio nel senso di mitigare la rigidità della tipizzazione, evitando di attribuire rilevanza disciplinare a comportamenti astrattamente suscettibili nell'ambito applicativo della norma ma inoffensivi oppure non meritevoli di sanzione.

6. L'interpretazione evolutiva di alcune norme concernenti illeciti disciplinari.

Tornando al tema principale della tipizzazione, essa, come già accennato all'inizio, ha il pregio di una maggior certezza e prevedibilità ma rischia di peccare per difetto lasciando fuori dall'ambito della punibilità comportamenti non espressamente previsti ma che sarebbero comunque da censurare.

Per ovviare a tale grave inconveniente, la giurisprudenza, sia della sezione disciplinare che della Cassazione, ha adottato in talune ipotesi una sorta di interpretazione evolutiva (o per meglio dire estensiva), se non analogica di alcune norme concernenti illeciti disciplinari.

Un esempio recente della prima opzione interpretativa è dato dall'evoluzione esegetica che ha riguardato la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) ad opera della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che il concetto di “grave scorrettezza”⁴ richiamato dall'art. 2 lett. d) d. lgs. 109/2006, ha carattere “elastico”, in funzione del giudizio di sussunzione dei fatti accertati nella norma che tipizza il predetto illecito, cosicché il giudice disciplinare deve attingere sia ai principi che la disposizione (anche implicitamente) richiama (tra i quali si iscrive il dovere del magistrato di improntare la propria condotta con i superiori, i colleghi e il personale dell'ufficio di appartenenza al canone di leale collaborazione), sia a fattori esterni presenti nella coscienza comune, così da fornire concretezza alla parte mobile della disposizione che, come tale, è suscettibile di adeguamento rispetto al contesto storico sociale in cui deve trovare operatività.

⁴ V. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 novembre 2019, n. 31058 (Rv. 656167-01): «La nozione di "grave scorrettezza" cui fa riferimento la previsione normativa di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, nel rendere sanzionabili disciplinarmente i comportamenti del magistrato nei confronti delle parti, dei difensori, di altri magistrati e di chiunque abbia con esso rapporti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ha carattere "elastico"; pertanto, in funzione del giudizio di sussunzione dei fatti accertati nella norma che tipizza il predetto illecito, il giudice disciplinare deve attingere sia ai principi che la disposizione (anche implicitamente) richiama (tra i quali si iscrive il dovere del magistrato di improntare la propria condotta con i superiori, i colleghi e il personale dell'ufficio di appartenenza al canone di leale collaborazione), sia a fattori esterni presenti nella coscienza comune, così da fornire concretezza alla parte mobile della disposizione che, come tale, è suscettibile di adeguamento rispetto al contesto storico sociale in cui deve trovare operatività. (il principio è stato applicato dalle Sezioni Unite in relazione al comportamento di un sostituto procuratore, il quale, dopo avere ricevuto, nel corso di una riunione con tutti i colleghi investiti della trattazione di un procedimento di grande rilevanza mediatica, la raccomandazione di mantenere il più assoluto riserbo con gli organi di informazione, non solo aveva taciuto la circostanza di avere già avuto un colloquio con un giornalista, ma aveva invitato il medesimo procuratore f.f. a rispondere ad una telefonata dello stesso giornalista, così ponendolo nella condizione di interloquire senza avere un quadro completo degli accadimenti e senza potersi determinare in modo consapevole circa le dichiarazioni da rilasciare o decidere di non rilasciarle affatto). (Cassa con rinvio, Consiglio sup. magistratura, 20 maggio 2019)»

Per comprendere meglio lo sviluppo interpretativo conviene soffermarsi sulla fattispecie qui presa in considerazione.

La struttura della fattispecie porta a inquadrarlo come illecito di pericolo.

Recentemente Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27-11-2019, n. 31058 (rv. 656167-02)) ha affermato che il bene interesse tutelato dalla suddetta disposizione è il *“buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale”*⁵

Quindi, riepilogando, la stessa fattispecie, viene intesa inizialmente come illecito volto alla tutela del dovere di correttezza nei confronti dei colleghi e del personale dell'ufficio di appartenenza; più avanti si allarga la portata della tutela al buon andamento dell'ufficio (pur rimanendo comunque la portata dell'offesa circoscritta all'ufficio giudiziario di appartenenza), ed oggi l'interesse tutelato si dilata fino a ricomprendere la messa in pericolo di beni-interessi generali (prestigio della magistratura e dello stesso organo di autogoverno), beni che però non si individuano in modo esplicito nella lettera dell'art. 2 comma 1 lett. d) D. Lgs. 109/2006.

Così, la fattispecie da illecito di pericolo offensivo del buon andamento del singolo ufficio giudiziario e quindi lesivo di interessi di singole persone fisiche che devono essere ben individuate e/o individuabili (*“..delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori”*) diviene un illecito di pericolo astratto o presunto.

Tale illecito di pericolo astratto viene posto a presidio di un bene-interesse generale (come il prestigio della magistratura) e diviene lesivo di interessi di non meglio precisati magistrati (che non occorrerebbe più neppure identificare).

È questo il senso di quanto recentemente statuito da Cass. S.U. 15 gennaio 2020, n. 741⁶ che estende l'ambito applicativo dell'art. 2 comma 1 lett. d) alle condotte volte a screditare, o valorizzare, colleghi, anche al fine di interferire con l'attività del Consiglio Superiore della Magistratura.

⁵ Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 novembre 2019, n. 31058 (Rv. 656167-02): *«In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, l'accertamento della condotta disciplinarmente irrilevante in applicazione dell'esimente di cui all'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006 (da identificarsi in quella che, riguardata "ex post" ed in concreto, non comprometta l'immagine del magistrato), deve compiersi senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari; pertanto, nell'ipotesi in cui il bene giuridico individuato specificamente dal legislatore in rapporto al singolo illecito disciplinare non coincida con quello protetto dal citato art. 3 bis, il giudizio di "scarsa rilevanza del fatto" dovrà anzitutto tenere conto della consistenza della lesione arrecata al bene giuridico "specifico" e, solo se l'offesa non sia apprezzabile in termini di gravità, occorrerà ulteriormente verificare se quello stesso fatto, che integra l'illecito tipizzato, abbia però determinato un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato, risultando applicabile la detta esimente in caso di esito negativo di entrambe le verifiche. (Nella specie, relativa ad un giudizio disciplinare riguardante un sostituto procuratore incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del procuratore della Repubblica ff., la S.C. ha cassato la sentenza della sezione disciplinare, la quale aveva escluso l'applicabilità dell'esimente senza esprimere il necessario giudizio, da effettuarsi in concreto ed "ex post", sulla "non scarsa rilevanza", in primo luogo, della lesione del bene giuridico direttamente tutelato ex art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, consistente nel buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale, e, in secondo luogo, di quella dell'immagine del magistrato, tutelata dall'art. 3 bis dello stesso decreto, rimanendo invece su un piano di non consentita astrattezza nel postulare soltanto una potenziale lesione dell'immagine dell'ufficio giudiziario). (Cassa con rinvio, Consiglio sup. magistratura, 20 maggio 2019)».*

⁶ V. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 15 gennaio 2020, n. 741 (rv. 656792-05): *«La previsione di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006 - la quale dà rilievo come illecito disciplinare ai "comportamenti abitualmente e gravemente scorretti" anche quando tenuti nei confronti di "altri magistrati" - deve essere interpretata nel senso che tali comportamenti non debbono necessariamente essere frutto del concreto esercizio della giurisdizione ma possono investire anche i rapporti che si instaurano con altri magistrati in ragione della funzione che l'incolpato svolge proprio in quanto tale. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che costituiscono violazione dei doveri di correttezza ed equilibrio propri del magistrato, sì da rientrare nella fattispecie disciplinare di cui al citato art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, le condotte volte a screditare, o valorizzare, colleghi, anche al fine di interferire con l'attività del Consiglio superiore della magistratura). (Rigetta, Consiglio sup. magistratura, 9 luglio 2019)».*

Tuttavia, rimane il fatto che sulla condotta di indebita interferenza nell'attività di un componente del Consiglio Superiore della magistratura, togato o laico, non sembra sussistere la necessaria copertura normativa (tant'è che si discute di implementare il catalogo delle fattispecie disciplinari con una modifica legislativa, *ad hoc*). Come già condivisibilmente sostenuto⁷ è escluso infatti che l'attuale previsione normativa dell'art. 2 comma 1, lett. E) (ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato), possa adattarsi ai tentativi di condizionamento di uno o più componenti del CSM.

7. Gli elementi di contrappeso ai limiti della tipizzazione.

A mio parere, tali contrappesi possano individuare negli artt. 1 e 3 *bis* d. lgs. 109/2006 nei termini che seguono.

7.1. L'art. 1 d.lgs. 109/2006.

Riprendendo il discorso iniziale, è opportuno tornare alla norma di carattere generale, l'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006, che 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.

L'intera area delle fattispecie tipiche di illecito disciplinare, previste dal successivo art. 2 del d.lgs. n. 109, è integralmente riconducibile alla previsione dell'art. 1, al punto che deve ritenersi che ciascun illecito disciplinare commesso da un magistrato nell'esercizio delle funzioni sia estrinsecazione e puntualizzazione del generale divieto di violazione dei doveri sanciti nella prima norma del d.lgs. n. 109.

Ciò ha posto un primo problema ermeneutico: quello di stabilire il rapporto tra le previsioni contenute nell'art. 1 e le singole fattispecie tipiche di illecito disciplinare previste nelle successive norme; in particolare, se ed in quale misura le violazioni dei doveri indicati nell'art. 1 possano assumere rilevanza disciplinare indipendentemente dalla riconducibilità delle stesse ad una delle fattispecie previste dalle successive norme.

Posto, cioè, che ciascuna fattispecie tipica di cui all'art. 2 può essere ricondotta alla violazione dei doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona in genere, e posto che anche le violazioni previste fuori dell'esercizio delle funzioni (art. 3 del d.lgs. n. 109) e quelle conseguenti a reati (art. 4 d.lgs. n. 109) sono riconducibili alla violazione dei doveri generali previsti dall'art. 1, il primo problema che si pone è quella di stabilire se una qualsiasi violazione dei doveri previsti dall'art. 1 possa costituire illecito disciplinare, anche se non previsto tra le fattispecie tipiche di illeciti nell'esercizio delle funzioni.

Sul punto è bene sottolineare che la versione originale del decreto legislativo n. 109 è stata sensibilmente modificata dalla legge n. 269/2006. Infatti, l'art. 1, dopo il primo comma - che è rimasto immutato e che stabilisce che *“il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni”* – 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.”

⁷ L. D'ANCONA, *Nuove ipotesi di illecito disciplinare*, in *Questione giustizia*.

Proprio il terzo comma rappresentava la fonte della regola della tassatività intesa come regola che si aggiunge e che qualifica la regola della tipizzazione.

Rigore, questo della tipizzazione tassativa, che, per gli illeciti commessi fuori dall'esercizio delle funzioni, era solo attenuato attraverso la previsione di una norma c.d. di chiusura (lett. l)), secondo cui costituisce illecito disciplinare anche *“ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza”*. Norma poi abrogata dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269 (c.d. legge Mastella).

Il problema è stato risolto dalla Sezione disciplinare del Consiglio nel senso dell'assoluta tipicità degli illeciti previsti dagli artt. 2 e 3 della legge perché si è ritenuto che, nonostante l'abrogazione del terzo comma dell'art. 1, sia chiaro che il principio di tassatività possa in modo inequivoco desumersi dalla stessa previsione delle ipotesi di illecito disciplinare e dalla mancanza nella legge di aperture che lascino spazio ad ogni diversa interpretazione.

Se così non fosse, si sarebbe reintrodotta nel sistema una clausola di chiusura che sarebbe divenuta, nei fatti, la chiave di volta per conservare il principio dell'atipicità dell'illecito disciplinare, previsto dall'abrogato art. 18 della legge sulle guarentigie.

Certo, è possibile che una certa violazione dei doveri di imparzialità, correttezza o altro, sanciti nell'art. 1, non sia prevista come illecito disciplinare tipizzato. È ben possibile che vi siano lacune in una legislazione che si ispira alla tipizzazione dell'illecito. Di fatto, si sono potute riscontrare nel sistema incongruenze, illogicità, contraddittorietà nel prevedere o meno la sanzione di questa o quella condotta integrante la violazione dei generali doveri del magistrato. In questi casi, tuttavia, può essere auspicato un intervento correttivo del legislatore, ma non si può addivenire ad una condanna del magistrato se non in forza delle fattispecie tipiche previste dagli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 109 del 2006.

In concreto, la tipizzazione degli illeciti ha reso quindi in qualche caso più difficile l'inquadramento di fattispecie che, nel sistema abrogato, sarebbero state verosimilmente sanzionate.

Ne è un esempio la disposizione della lett. a) del primo comma dell'art. 2, che configura illeciti quei comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. Tale disposizione - che può farsi risalire a violazioni del dovere di imparzialità inteso come valore cardine della funzione giudiziaria, nonché dei doveri di correttezza ed equilibrio, sanziona espressamente solo i comportamenti tenuti nei confronti di una delle parti.

Infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità⁸ questo illecito consta dei seguenti elementi costitutivi:

⁸ Cass. civ. Sez. Unite Sent., 15 febbraio 2011, n. 3669 (Rv. 616656): *“In tema di responsabilità disciplinare del magistrato, le ipotesi di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006 configurano fattispecie di illecito cosiddetto di evento, per le quali, non diversamente da quanto si verifica nell'ambito del diritto penale, la consumazione non si esaurisce con la condotta tipica, ma esige la verifica di un concreto accadimento lesivo, in danno del soggetto passivo, che costituisca la conseguenza diretta, voluta o comunque prevista dall'agente, dell'azione o dell'omissione vietate. Ne consegue che, ai fini dell'integrazione dell'illecito contestato, è necessario che la condotta non si esaurisca con la violazione dei doveri di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006 ma che arrechi anche un "ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti". (Nella specie, la contestazione aveva ad oggetto il comportamento omissivo, in violazione dei doveri di diligenza, operosità e imparzialità, tenuto da un sostituto procuratore nello svolgimento di attività d'indagine, senza che, nella sentenza, fosse stato individuato l'ingiusto danno a favore di una parte ovvero l'indebito vantaggio a favore dell'altra derivanti dalla ritardata celebrazione del processo; le S.U., in applicazione del principio di cui alla massima, hanno annullato con rinvio la decisione rilevando che per la parte offesa, a sua volta imputata di gravissimi reati di criminalità organizzata, il pregiudizio poteva apparire solo teorico, mentre, sull'altro versante, l'incolpato aveva dedotto che le risultanze già in atti erano sufficienti alla definizione del processo, il che aveva trovato conferma nel successivo esito del giudizio, svoltosi con le forme del giudizio abbreviato). (Cassa con rinvio, CSM 5 luglio 2010).”* In senso conforme ex multis Cassazione Civile Sez. Unite, sent. n. 3669 del 15 febbraio 2011 (ud. del 11 gennaio 2011), *Cutroneo c. Min. Giustizia e altri* (rv. 616656).

- violazione colposa di legge o comunque dei doveri generici di cui all'art. 1 D. Lgs. 109/2006;
- l'ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti;
- nesso causale tra condotta ed evento (esso deve essere la conseguenza diretta, voluta o comunque prevista dall'agente, dell'azione o dell'omissione vietate)

Questo approdo ermeneutico, però, non priva di rilevanza giuridica il catalogo dell'art. 1. I doveri del magistrato sanciti in via generale dalla norma in esame costituiscono in qualche modo il parametro di riferimento utile a verificare se le violazioni commesse dal magistrato abbiano connotati di antigiuridicità e, in particolare, integrino violazioni deontologiche tali da essere sanzionate in via disciplinare.

Infatti, in relazione ai fatti disciplinarmente irrilevanti (poi espressamente previsti dall'art. 3 bis del d.lgs. n. 109, introdotto con la legge n. 269 del 2006), deve ritenersi difficile immaginare che qualsiasi fattispecie tipica non debba essere ricondotta alla generale violazione dei doveri di cui all'art. 1.

Non basta, dunque, rilevare in astratto che tutte le singole fattispecie di illecito disciplinare sono in qualche modo riconducibili alla violazione dei generali doveri di cui all'art. 1. Occorre anche che la condotta astrattamente riconducibile alla fattispecie tipica di illecito sia in concreto lesiva di uno dei doveri previsti dall'art. 1. La norma di cui all'art. 1, in altri termini, deve essere interpretata come norma di carattere generale e parametro di riferimento di ogni violazione prevista dal sistema come illecito tipico disciplinare.

In buona sintesi, se una qualsiasi violazione degli obblighi di cui all'art. 1 rimane priva di concreta sanzione quando non riconducibile ad alcuna delle fattispecie tipiche di cui ai successivi articoli, non ogni violazione delle fattispecie tipiche è passibile di sanzione disciplinare se non si riscontra, in concreto, la violazione dei doveri di cui all'art. 1 da parte del magistrato incolpato.

Altro e diverso problema ermeneutico che si è posto alla Sezione disciplinare è stato quello di stabilire se il principio di tassatività imponga l'interpretazione restrittiva delle norme incriminatrici (o costituenti fattispecie di illecito disciplinare) ovvero ne consenta, non certo l'interpretazione analogica ma, almeno, l'interpretazione estensiva. Ebbene questo problema è stato risolto dalla Sezione disciplinare nel senso che il principio di tassatività consenta l'interpretazione estensiva.

La possibilità di un'interpretazione estensiva, del resto, è stata più volte affermata anche con riferimento alle norme incriminatrici penali.

Com'è noto, la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva rappresenta un problema di difficilissima soluzione sul quale il dibattito - che pure ha sempre coinvolto i maggiori teorici del diritto - non è mai pervenuto a soluzioni chiare, certe e precise. È probabilmente nel giusto chi dice che tra interpretazione estensiva ed analogia non vi è una differenza qualitativa, ma soltanto quantitativa e che la qualificazione in un modo o nell'altro deve essere effettuata caso per caso, senza poter fare ricorso a criteri oggettivi e predeterminati.

Su questa scia si pone l'evoluzione giurisprudenziale delle Sezioni Unite, da ultimo ribadite nella sentenza 741/2020, dove al paragrafo 5 si afferma che possa essere chiamato a rispondere delle ipotesi di cui agli artt. 1 e 2 (lett. d), pure, chi in atto non eserciti funzioni giudiziarie, in quanto ciò che rileva, ai fini della responsabilità disciplinare, è lo *status* dell'appartenenza all'Ordine giudiziario.

Il dovere di correttezza assume pertanto un contenuto notevolmente ampio in quanto inscindibilmente connesso all'essere magistrato, ovunque egli svolga la sua attività, così divenendo parametro di riferimento concreto per le fattispecie tipiche, ma anche parametro esegetico per un'interpretazione estensiva delle stesse.

7.2. L'art. 3 bis d. lgs. 109/2006.

La Cassazione ha dato conto di alcuni principi ormai consolidatisi in giurisprudenza relativamente all'esimente dell'art. 3 bis, vale a dire quello per cui essa sia applicabile a tutte le ipotesi di illecito previste negli artt. 2 e 3, *“anche quando la gravità del comportamento è elemento costitutivo del fatto tipico e perfino quando integri la commissione di un reato”*, nonché quello per cui la valutazione sulla scarsa rilevanza del fatto deve essere “globale” e diretta a riscontrare se l'immagine del magistrato sia stata effettivamente compromessa dall'illecito. Conseguentemente, la Suprema Corte ha ribadito il principio ormai pacifico per cui, tramite l'art. 3-bis, ha trovato ingresso nella materia disciplinare il principio di offensività, proprio del diritto penale, secondo il quale la sussistenza dell'illecito va, comunque, riscontrata alla luce della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, con accertamento in concreto, effettuato ex post; tale bene giuridico va considerato unico per tutte le ipotesi di illecito disciplinare ed è identificabile con la compromissione dell'immagine del magistrato, ossia con il prestigio di cui il medesimo deve godere nell'ambiente in cui lavora, e, in senso lato, nella “giustizia” e, quindi, nel “prestigio dell'ordine giudiziario”.

Tanto chiarito, le Sezioni Unite, hanno operato poi una vera e propria sintesi nomofilattica fra due orientamenti, sostanzialmente in contrasto fra loro, emersi nella giurisprudenza precedente, ossia quello per cui la scarsa rilevanza deve basarsi solo sull'assenza di compromissione dell'immagine del magistrato e dunque dell'intero ordine giudiziario (quale bene giuridico protetto in generale dall'ordinamento disciplinare: v., *ex multis*, S.U., sentenza n. 22557/2019; S.U., sentenza n. 19228/2019; S.U., sentenza n. 24672/2018) e quello che invece ha talvolta valorizzato, per assolvere ai sensi dell'art. 3-bis, anche la minima offensività del fatto rispetto al bene giuridico a tutela del quale un determinato comportamento è stato in astratto considerato dal legislatore disciplinare idoneo ad integrare un illecito tipizzato (v., fra le altre, S.U., sentenza n. 17327/2017; S.U., sentenza 8896/2017; S.U., sentenza n.7934/2013).

Nel compiere tale opera di sintesi, le Sezioni Unite hanno affermato che la valutazione sulla scarsa rilevanza del fatto - onde non violare il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari e renderlo compatibile con la valutazione circa la compromissione dell'immagine del magistrato quale bene tutelato dall'ordinamento disciplinare sotteso alla valutazione ex art. 3-bis - deve avvenire su due piani, distinti ma comunicanti: si deve prima valutare che la lesione al bene giuridico tutelato direttamente dalla norma sull'illecito disciplinare che viene in rilievo (ove tale bene sia diverso dalla immagine del magistrato) non sia stata grave e solamente ove tale valutazione dia esito positivo, si deve passare a valutare se allora la condotta abbia ridonato effetti di scarsa rilevanza sull'immagine del magistrato.

Se infatti la lesione del bene direttamente tutelato dalla norma è già essa stessa grave, non vi potrà essere spazio per applicare l'art. 3-bis, che risulterà da subito escluso.

Se invece non è grave, si potrà passare a valutare il profilo dell'immagine del magistrato. Con riferimento specifico all'illecito di cui all'art. 2, lett. d), le Sezioni Unite hanno affermato che il bene giuridico tutelato è da rinvenirsi nel “buon andamento dell'ufficio giudiziario” e nella “sua stessa unitarietà funzionale”, la cui lesione dovrà dunque essere accertata ex post, non già in astratto ed ex ante. Superata positivamente tale verifica si potrà passare alla valutazione circa la scarsa rilevanza del fatto, secondo il giudizio “bifasico” tratteggiato dalle Sezioni Unite.

In conclusione, può senz'altro affermarsi che la norma dell'art. 3 bis mitiga il principio di tipicità e tassatività dell'illecito disciplinare attraverso l'introduzione del principio di offensività del medesimo illecito.

La valutazione discrezionale rimessa al giudice riguarda la rilevanza del fatto illecito intesa come offesa al bene giuridico tutelato dall'art. 3 bis (tutela dell'immagine del magistrato) e del bene giuridico tutelato dalla singola fattispecie contestata nel caso concreto.

La giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che la valutazione discrezionale di scarsa rilevanza del fatto vada compiuta *“senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari”*

Inoltre la giurisprudenza afferma che la valutazione in ordine alla condotta disciplinarmente irrilevante va effettuata con giudizio *ex post* ed in concreto e deve riguardare congiuntamente due aspetti diversi e sui quali occorre motivare:

- a) consistenza della lesione al bene giuridico specifico tutelato dal singolo illecito disciplinare contestato al magistrato che deve avere come esito una valutazione di non gravità e, successivamente
- b) la non compromissione dell'immagine del magistrato⁹.

8. Conclusioni.

In definitiva, rispetto al tema della relazione, ci sembra di poter affermare quanto segue:

in ambito disciplinare vige il principio di tipizzazione e tassatività dell'illecito che pur in assenza di clausole di chiusura è mitigato, a monte, dal ruolo di parametro che svolge l'art. 1 d. lgs. 109/2006 (il quale nel richiamare i doveri del magistrato impone di valutare se le condotte contestate abbiano violato quei doveri), ed a valle, dall'art. 3 *bis* d. lgs. 109/2006 (il quale nel prevedere il principio di offensività impone di valutare se le condotte contestate abbiano compromesso in maniera grave il bene giuridico tutelato dalla norma violata e l'immagine del magistrato).

⁹ Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27 novembre 2019, n. 31058 (Rv. 656167-02): *“In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, l'accertamento della condotta disciplinarmente irrilevante in applicazione dell'esimente di cui all'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006 (da identificarsi in quella che, riguardata "ex post" ed in concreto, non comprometta l'immagine del magistrato), deve compiersi senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari; pertanto, nell'ipotesi in cui il bene giuridico individuato specificamente dal legislatore in rapporto al singolo illecito disciplinare non coincida con quello protetto dal citato art. 3 bis, il giudizio di "scarsa rilevanza del fatto" dovrà anzitutto tenere conto della consistenza della lesione arrecata al bene giuridico "specifico" e, solo se l'offesa non sia apprezzabile in termini di gravità, occorrerà ulteriormente verificare se quello stesso fatto, che integra l'illecito tipizzato, abbia però determinato un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato, risultando applicabile la detta esimente in caso di esito negativo di entrambe le verifiche. (Nella specie, relativa ad un giudizio disciplinare riguardante un sostituto procuratore incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del procuratore della Repubblica ff., la S.C. ha cassato la sentenza della sezione disciplinare, la quale aveva escluso l'applicabilità dell'esimente senza esprimere il necessario giudizio, da effettuarsi in concreto ed "ex post", sulla "non scarsa rilevanza", in primo luogo, della lesione del bene giuridico direttamente tutelato ex art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, consistente nel buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale, e, in secondo luogo, di quella dell'immagine del magistrato, tutelata dall'art. 3 bis dello stesso decreto, rimanendo invece su un piano di non consentita astrattezza nel postulare soltanto una potenziale lesione dell'immagine dell'ufficio giudiziario). (Cassa con rinvio, Consiglio sup. magistratura Roma, 20 maggio 2019)”*