

L'INDIPENDENZA INTERNA DEI MAGISTRATI NELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Questioni di metodo: delimitazione dell'oggetto d'indagine – 2. Cenni alla cornice normativa di riferimento: gli "statuti costituzionali" della magistratura requirente e della magistratura giudicante – 3. Alcuni recenti casi di applicazione della normativa in tema di incarichi direttivi – 4. L'impugnabilità degli atti degli organi di autogoverno nella giurisprudenza costituzionale – 5. Prime applicazioni delle nuove norme in tema di organizzazione delle procure – 6. L'indipendenza interna funzionale e le garanzie di difesa del magistrato nei procedimenti disciplinari – 7. Segue: la più recente giurisprudenza costituzionale sulle garanzie di difesa del magistrato incolpato – 8. Segue: possibili prospettive future in tema di garanzie difensive – 9. Il principio di inamovibilità dei magistrati e le sue deroghe: il trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale – 10. Segue: il trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale dopo le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 109 del 2006 – 11. Il nuovo istituto del trasferimento cautelare e la sua (apparente) "sinonimia" con il trasferimento per incompatibilità ambientale – 12. Osservazioni conclusive

1. Questioni di metodo: delimitazione dell'oggetto d'indagine

Il tema dell'indipendenza interna dei magistrati si presta ad essere studiato da una molteplicità di angoli prospettici: come di recente osservato, ai fini della sua concreta realizzazione vengono, difatti, ad assumere rilievo diversi argomenti, come quelli della ripartizione degli uffici giudiziari in sezioni, della formazione dei collegi giudicanti, dei criteri di assegnazione dei processi da parte del capo dell'ufficio, della disciplina delle supplenze e delle applicazioni¹.

La stessa nozione di indipendenza interna appare, peraltro, a prima vista problematica in chiave teorica, potendosi distinguere tra «indipendenza interna funzionale» e «indipendenza interna istituzionale»², a seconda che si abbia riguardo ai profili concernenti l'assetto organizzativo del potere giurisdizionale, ovvero all'esercizio delle funzioni attribuite³.

Muovendo dal presupposto di studiare il punto di vista della giurisprudenza costituzionale, l'oggetto dell'indagine verrà, in questa sede, circoscritto agli istituti più di recente oggetto di pronunce del giudice delle leggi, restando, pertanto, *a latere* le tematiche, pur altrettanto interessanti, che potrebbero essere affrontate in una prospettiva più teorica. Si renderanno, inoltre, necessarie talune incursioni nella giurisprudenza *sub-costituzionale*, segnatamente quella amministrativa e di legittimità, per saggiare il seguito di alcune sentenze della Corte costituzionale, nonché il modo in cui alcuni principi costituzionali della materia vengono diffusamente interpretati ed applicati dalla magistratura ordinaria e speciale.

¹ Cfr. R. ROMBOLI, *La magistratura*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo. Le fonti del diritto e gli organi di garanzia giurisdizionale*, III, Torino 2009, 247.

² Cfr. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1964, 180 ss.

È stato posto in rilievo da A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino 1982, 23 che «il problema dell'indipendenza interna, non avvertito chiaramente dai Costituenti, si è venuto palesando concretamente in un momento successivo, quando, cioè, si è realizzato il tentativo dei magistrati di grado più elevato di egemonizzare l'intera magistratura e poi quando altre minacce sono state portate dai capi degli uffici, spesso operanti in stretto collegamento con gli organi dell'esecutivo».

³ Cfr. S. BARTOLE, *Indipendenza del giudice (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma 1989, 1 ss.

2. Cenni alla cornice normativa di riferimento: gli “statuti costituzionali” della magistratura requirente e della magistratura giudicante

Appare preliminare rispetto ad una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale mettere a fuoco la cornice normativa di riferimento.

L'art. 107, III comma, Cost. viene tradizionalmente ritenuto il fondamento costituzionale dell'indipendenza interna istituzionale della magistratura giudicante ordinaria⁴. Di tale norma si è di recente fatto uno scarso utilizzo nei giudizi di legittimità costituzionale: per lo più, allorquando essa è stata invocata quale parametro di costituzionalità, la Corte ha affermato che, pur non implicando la necessità di una posizione di assoluta parificazione – ammettendosi le diversità giustificate dall'esercizio delle funzioni –, non è consentita la creazione di gerarchie e, quindi, di rapporti di sovraordinazione.

Nella sentenza n. 80/1970, ad esempio, si legge che l'articolo 107, III comma, Cost., «pur distinguendo i magistrati secondo le funzioni, non esclude che le funzioni siano fra loro graduate secondo la importanza che esse hanno nello stesso ordine del processo e non postula affatto che ai magistrati venga riconosciuta una posizione di assoluta parificazione, giacché nella stessa Costituzione, all'art. 105, si prevede che fra i magistrati intervenga avanzamento per promozioni, assegnandosene il relativo compito al Consiglio superiore della magistratura»⁵.

Nella sentenza n. 168/1963, inoltre, si legge: «secondo la Costituzione, a coloro che fanno parte dell'ordine giudiziario, non si applicano le disposizioni relative all'ordinamento gerarchico statale, ciò non significa che a tutti i magistrati ordinari, sia riconosciuta, sotto altro aspetto, una posizione di assoluta parificazione. Questa sussiste, invero, in relazione all'art. 101, secondo comma, della Costituzione (i giudici sono soggetti soltanto alla legge) per quanto riguarda l'esercizio delle funzioni istituzionali e gli atti che ad esse si ricollegano, i quali devono essere emanati in base alla legge e sono sottratti a qualsiasi sindacato, che non sia quello espressamente previsto dalle leggi processuali. Non sussiste, invece, relativamente alla posizione soggettiva che, al di fuori delle predette funzioni, i magistrati assumono nell'ordinamento giudiziario; poiché anche l'art. 107, terzo comma, della Costituzione, sopra citato, postula una differenziazione, che si riconnette ai tre gradi della giurisdizione previsti dall'ordinamento processuale»⁶.

È, infine, affermazione diffusa nella giurisprudenza costituzionale quella secondo cui il richiamato parametro concerne esclusivamente la magistratura ordinaria, essendo invece inconferente per quella speciale⁷.

Quanto al fondamento costituzionale dell'indipendenza interna funzionale, questo viene tradizionalmente rinvenuto nell'art. 101, II comma, Cost.⁸.

Maggiori difficoltà interpretative si pongono, invece, a proposito della magistratura speciale, stante la struttura aperta del dettato letterale dell'art. 108, II comma, Cost.⁹: ferma la difficoltà di individuare i requisiti minimi comuni a tutte le magistrature, soprattutto nella giurisprudenza costituzionale più recente è dato rinvenire una tendenza alla individuazione di «un nucleo fondamentale di tale garanzia»¹⁰.

Per quanto concerne infine il P.M., la dottrina da sempre riconosce a tale figura una natura ibrida¹¹, tanto da potersi immaginare la sussistenza di uno “statuto costituzionale” atipico rispetto a quello previsto per la magistratura giudicante.

Se difatti ad avviso di una parte della dottrina, l'indipendenza del P.M. sarebbe un dato costituzionalmente inconfutabile e come tale indisponibile dal legislatore ordinario¹², altri autori considerano l'indipendenza di

⁴ Cfr., per tutti, N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2008, 78.

⁵ Punto 5 del Cons. in dir. Questa sentenza, così come tutte le altre citate nel corso del contributo, sono consultabili all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁶ Punto 5 del Cons. in dir.

⁷ Da ultimo, cfr. Corte cost. ord. n. 434/2001.

⁸ Cfr., per tutti, N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema*, cit., 86.

⁹ Come noto, l'art. 108, II comma, Cost. fa rinvio alla legge ordinaria al fine di assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali e del pubblico ministero presso di esse.

È stato affermato in dottrina che la Costituzione non conterrebbe una nozione unitaria di indipendenza: cfr. A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature «non ordinarie» nel sistema costituzionale*, Napoli 1996, 81.

¹⁰ Come autorevolmente affermato da V. ONIDA, *Giurisdizione speciale*, in *Noviss. Dig. It.*, 1982, 1071 ss.

¹¹ Da ultimo, cfr. R. ROMBOLI, *Introduzione al tema: l'azione penale e il ruolo del pubblico ministero*, in A. PACE-S. BARTOLE-R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, Napoli 2010, 114, il quale osserva come il pubblico ministero risulti essere «troppo vicino al giudice per essere considerato parte e troppo vicino alle parti per essere considerato giudice».

¹² Cfr., per tutti, M. SCAPARONE, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 1101 ss.; N. ZANON, *Pubblico Ministero e Costituzione*, Padova 1996, 7 ss.; N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema*, cit., 139 ss.

quest'ultimo sostanzialmente decostituzionalizzata e, quindi, interamente rimessa alla disponibilità del legislatore ordinario¹³.

La *querelle* prende per lo più le mosse dall'interpretazione dell'art. 101, II comma, Cost., che da un punto di vista strettamente letterale limita ai *giudici* la soggezione alla legge, ingenerando in alcuni il sospetto che per la magistratura requirente sia legittima una organizzazione interna agli uffici di tipo verticistico¹⁴: ciò, a maggior ragione, se si compie un raffronto con l'art. 107, IV comma, Cost., il quale dispone, invece, che «il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario».

3. Alcuni recenti casi di applicazione della normativa in tema di incarichi direttivi

L'attribuzione a taluni magistrati di incarichi direttivi non comporta di per sé l'instaurazione di relazioni di tipo gerarchico e, pertanto, appare compatibile con la formulazione dell'art. 107, III comma, Cost., giacché, come anticipato, quest'ultima norma ammette le differenze giustificate dall'esercizio delle funzioni, non implicando una posizione di assoluta parificazione.

In tema di conferimento di incarichi direttivi si registra una cospicua giurisprudenza amministrativa, nonché una interessante (anche se numericamente esigua) giurisprudenza costituzionale.

La più recente fra le decisioni della Consulta è la sentenza n. 245/2007¹⁵. Per quanto interessa più da vicino, la richiamata pronuncia contiene alcuni giudizi sul complessivo impianto normativo recentemente predisposto dalla legge n. 150/2005, prima, e dal decreto legislativo n. 160/2006 (artt. 45 e 46), dopo, che, come noto, hanno introdotto la temporaneità degli incarichi direttivi, prevedendo che l'incarico stesso non possa avere una durata di regola superiore ai quattro anni, al termine dei quali il magistrato può essere confermato nelle funzioni per una sola volta dal CSM.

La Corte, in particolare, riconosce la legittimità costituzionale della scelta compiuta dal legislatore, dal momento che essa «mira a realizzare una congrua continuità nell'espletamento delle delicate funzioni direttive degli uffici giudiziari e ad evitare con ciò il conferimento degli stessi incarichi per periodi troppo brevi». Sempre ad avviso del giudice delle leggi, inoltre, «si tratta di una non irragionevole finalità di efficienza, che non può essere sindacata da questa Corte, così come non può essere sindacato il numero di anni considerato dal legislatore necessario e sufficiente per conseguire il predetto scopo». Già nella legge delega, difatti, «si integravano e si equilibravano le ragioni complementari della congrua durata degli incarichi direttivi e della rotazione degli stessi, riservati a magistrati che, in ogni caso, non avessero superato il settantaduesimo anno di età»¹⁶.

La Corte accoglie comunque la questione, accertando una violazione del canone della ragionevolezza – intesa nel caso in esame come congruità mezzi/fini –, posto che, nella medesima legge di delega, l'art. 34, XII comma, della legge n. 289 del 2002 aveva introdotto una norma transitoria, derogatoria rispetto agli elementi costitutivi a regime, con cui di fatto si riconosceva ai soggetti che avessero ottenuto l'incarico direttivo prima del compimento dei sessantasei anni di poterlo mantenere sino ai settantacinque. Il giudice delle leggi, quindi, afferma che «l'effetto pratico di tale situazione è che magistrati della stessa anzianità

¹³ Cfr. P. CALAMANDREI, *Governo e magistratura*, in *Opere giuridiche*, II, Napoli 1966, 202; R. ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in S. PANIZZA-A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense. Antologia di scritti*, I, Pisa 2002, 309; N. PIGNATELLI, *L'indipendenza interna del p.m. e l'organizzazione degli uffici requirenti*, in F. DAL CANTO-R. ROMBOLI (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino 2004, 195 ss.

¹⁴ Naturalmente, le tesi esposte costituiscono solamente i punti più estremi di una *querelle* che presenta molteplici posizioni intermedie e che meriterebbe, pertanto, un maggiore approfondimento in altra sede: per una sinossi delle posizioni, cfr., da ultimo, C. SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in S. BARTOLE-A. PACE-R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali*, cit., 187-192.

¹⁵ Cfr. il commento alla sentenza di N. PIGNATELLI, *Le norme "anti-Caselli": l'illegittimità costituzionale, l'atto amministrativo e gli esclusi*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Con questa sentenza è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 2, VL comma, della legge n. 150/2005 e 3 del decreto legislativo n. 20/2006, nella parte in cui non prevedevano che alle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi direttivi di uffici giudiziari di primo e di secondo grado potessero partecipare i magistrati che, per avere esercitato il diritto al prolungamento del servizio oltre la data di ordinario collocamento a riposo, previsto dalle norme vigenti, assicurassero la permanenza nell'incarico per almeno quattro anni. In via consequenziale, la Corte ha, inoltre, dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 2, VL comma, della legge n. 150/2005 e 2 del decreto legislativo n. 20/2006, nella parte in cui non prevedono che alle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi direttivi di uffici giudiziari di legittimità possano partecipare i magistrati che, per avere esercitato il diritto al prolungamento del servizio oltre la data di ordinario collocamento a riposo, previsto dalle norme vigenti, assicurino comunque la permanenza nell'incarico per almeno due anni.

¹⁶ Punto 4.2. del Cons. in dir.

vengono considerati idonei o non idonei ad esercitare un ufficio direttivo a seconda se abbiano ottenuto o meno il relativo incarico prima del compimento del sessantaseiesimo anno, quasi che la partecipazione con esito positivo ad un concorso prima di tale soglia di età si proietti sul futuro, assicurando l'idoneità del magistrato in questione a svolgere le funzioni direttive anche dopo il superamento della data di ordinario collocamento a riposo, considerata invece limite invalicabile, ai fini della legittimazione, per gli ultrasessantaseienni»¹⁷.

Tale norma contraddice la *ratio legis*, «giacché risulta vanificato sia il fine dell'abbassamento dell'età utile per diventare titolari di uffici direttivi della giurisdizione ordinaria sia quello della rotazione degli stessi. Lo scopo di riservare i suddetti incarichi a magistrati relativamente meno anziani è contraddetto dalla possibilità, per coloro che ottengono l'ufficio prima dei sessantasei anni, di mantenerlo sino al compimento dei settantacinque anni. Il fine della rotazione è ugualmente contraddetto dalla medesima facoltà di cui dispongono i magistrati in questione. L'unico risultato che residua è l'esclusione dalle procedure selettive dei magistrati che, alla data della vacanza del posto messo a concorso, abbiano già compiuto sessantasei anni di età»¹⁸.

Una recente, pur sommaria valutazione di alcuni profili di costituzionalità della normativa in tema di incarichi direttivi è stata compiuta dal Consiglio di Stato, con le «sentenze gemelle» nn. 1762, 1763 e 1764/2009¹⁹. Il giudice amministrativo, difatti, dichiara manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale eccepiti sulla norma che prevede la decadenza automatica del magistrato dall'incarico di funzioni direttive e semidirettive nello stesso ufficio, in linea con la temporaneità dei medesimi uffici direttivi. L'eccezione di parte, più in particolare, censurava un contrasto con gli artt. 3, 97, 105 e 107, I comma, Cost.

Tralasciando qui una analisi approfondita del contenuto delle richiamate sentenze, va rilevato che, ad avviso del giudice amministrativo, la temporaneità degli uffici direttivi rinviene la propria legittimazione proprio nell'art. 107, III comma, Cost., che configura la funzione direttiva come un *munus*, piuttosto che come un privilegio. Sempre ad avviso del Consiglio di Stato, la temporaneità dell'incarico direttivo, inoltre, si colloca in linea con l'art. 104 Cost., posto che il principio di autonomia e indipendenza, oltre che la magistratura nel suo complesso, riguarda anche i singoli magistrati all'interno degli uffici nei rapporti con i titolari degli incarichi direttivi. Il principio della temporaneità assicura, cioè, la «esigenza di evitare incrostazioni di potere e personalismi».

Il ricorrente, come anticipato, eccepiva, inoltre, la violazione dell'art. 107, I comma, Cost., argomentando che la norma censurata avrebbe introdotto una sorta di trasferimento «coatto» del magistrato dalle funzioni ricoperte; il Consiglio di Stato ha, tuttavia, rilevato che la garanzia dell'inamovibilità «essendo posta a tutela dell'indipendenza [...] dei magistrati *uti singuli*, non esclude la possibilità che possano essere adottati, per esigenze di servizio, provvedimenti da cui consegua lo spostamento di magistrati, anche senza il loro consenso, purché si tratti di provvedimenti destinati a operare in maniera indifferenziata e indiscriminata, senza alcuna considerazione delle condizioni soggettive e individuali dei singoli magistrati interessati, o di alcuni di essi». La norma censurata, ad avviso del giudice amministrativo, presenta cioè una generalità ed astrattezza tale da non farla ritenere incostituzionale.

Quanto, infine, alla presunta violazione dell'art. 97 Cost., dovuta al fatto che la decadenza automatica dall'ufficio direttivo comporterebbe la perdita di un rilevante patrimonio di esperienza e professionalità, il Consiglio di Stato afferma che «l'esperienza e la professionalità maturate non dovranno soltanto essere impiegate dal dirigente per assicurare il miglior funzionamento dell'ufficio, ma dovranno anche essere «comunicate» e trasmesse al personale dello stesso, facendo sì che divengano patrimonio comune in grado di garantire che l'efficiacia e l'efficienza realizzate permangano anche oltre il (prima o poi, inevitabile) venir meno del dirigente»²⁰.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Punto 4.2. del Cons. in dir. In tema si ricordino, inoltre, le sentenze della Corte costituzionale nn. 71/1991 e 379/1992: con la prima la Corte ha dichiarato non fondata la questione sollevata sull'art. 11, III comma, della legge n. 195/1958, per presunta violazione degli artt. 107, III e IV comma, 108, I comma, e 112 Cost.; con la seconda, invece, la Consulta ha risolto il conflitto di attribuzione tra Ministro della Giustizia e CSM, sostenendo che il concerto tra i due impone un vincolo di metodo e non di risultato.

¹⁹ In www.dejure.giuffre.it, così come tutte le pronunce della giurisprudenza di merito in questa sede citate; sulle sentenze, cfr. G. MAZZOTTA, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla nuova disciplina degli incarichi direttivi introdotta dalla legge Mastella n. 111/07*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁰ Più di recente, il Consiglio di Stato, con la sent. n. 2925/2010, ha dichiarato manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., l'eccezione di costituzionalità sull'art. 36 del decreto legislativo n. 160/2006, come modificato dall'art. 2, VIII comma, della legge n. 111/2007, nella parte in cui, anche per i magistrati ai quali sia stato prolungato o ripristinato il rapporto d'impiego, la partecipazione al concorso per il conferimento di incarichi direttivi è preclusa al compimento del settantacinquesimo anno di età.

4. Il controllo degli atti degli organi di autogoverno nella giurisprudenza costituzionale

Come noto, avverso i provvedimenti della Sezione disciplinare del CSM è ammesso ricorso alla Sezione Unite della Corte di Cassazione, mentre i provvedimenti incidenti sullo *status* dei magistrati sono ricorribili al Tar del Lazio, titolare di una competenza funzionale. Di regola, invece, i provvedimenti degli organi di autogoverno delle magistrature speciali, sia quelli disciplinari, sia quelli incidenti sulla carriera, sono impugnabili in maniera indifferenziata innanzi al giudice amministrativo, fatta eccezione per i provvedimenti disciplinari del Consiglio della Magistratura Militare, impugnabili anch'essi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²¹.

È, quindi, riscontrabile una certa eterogeneità con riguardo alle caratteristiche di tali procedimenti: se difatti può ritenersi che il procedimento di impugnazione degli atti della sezione disciplinare del CSM abbia natura giurisdizionale – come peraltro quello avverso i provvedimenti disciplinari della Magistratura militare – gli altri paiono assumere una natura amministrativa²². La Corte costituzionale, come potrà vedersi a breve, ha avallato tale ricostruzione, inferendo, peraltro, conseguenze ragguardevoli in termini di garanzie difensive del magistrato.

Il sistema d'impugnazione degli atti degli organi di autogoverno disciplinato dalla legge è stato più volte oggetto di scrutinio di costituzionalità. In argomento si è, difatti, formata una cospicua giurisprudenza, di cui si potrà tuttavia dare conto solo in modo sintetico, per esigenze di spazio.

Si segnalano, in particolare, alcune interessanti pronunce.

Innanzitutto, la sentenza n. 44/1968, con cui la Consulta ha ritenuto costituzionalmente conforme il controllo sugli atti del CSM da parte del giudice amministrativo, salvo poi riconoscere, in varie occasioni, a quest'ultimo poteri di controllo sempre più penetranti²³.

Più di recente, difatti, la sentenza n. 457/2002 ha affermato, in occasione di un giudizio di legittimità pendente sull'art. 2 della legge sulle garanzie della magistratura, che «davanti al giudice amministrativo può venire in considerazione non solo la violazione di legge ma anche l'eccesso di potere, il quale, denunciato in alcuna delle sue figure sintomatiche, consente al giudice un penetrante sindacato sul provvedimento di trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale»²⁴. In modo particolare, tale apertura ha, come anticipato, attribuito al giudice amministrativo importanti poteri di controllo sugli atti del CSM, tanto da sfiorare, talvolta, il merito dei provvedimenti da quest'ultimo adottati.

In precedenza, con la sentenza n. 189/1992, la Corte aveva avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della competenza funzionale del Tar del Lazio, sostenendo la non fondatezza della questione sollevata, posto che «la particolare posizione assicurata al Consiglio superiore della magistratura nell'organizzazione dei pubblici poteri e la assoluta peculiarità dello *status* dei magistrati ordinari, in gran parte orientato dalla stessa Costituzione, danno pieno fondamento giustificativo alla norma che – derogando al foro speciale della sede di servizio, valevole per i pubblici dipendenti – attribuisce al solo Tar del Lazio la competenza a decidere sui ricorsi in primo grado avverso i provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari, in tal modo corrispondendo all'esigenza di uniformità della relativa giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado»²⁵.

Per la prima volta con la sentenza n. 156/1963²⁶, infine, la Corte costituzionale ha riconosciuto a chiare lettere, inaugurando un indirizzo poi divenuto costante, che la competenza costituzionale del CSM riguarda i

²¹ Cfr. l'art. 1, III comma, della legge 425/1968; in argomento, cfr. Corte cost. sent. n. 71/1975.

²² In argomento, da ultimo, cfr. S. PANIZZA, *Linee evolutive e recenti tendenze in tema di autogoverno delle magistrature*, in G. CAMPANELLI-F. DAL CANTO-E. Malfatti-S. PANIZZA-P. PASSAGLIA-A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino 2010, 389 ss.

²³ La dottrina ha, in alcuni casi, ritenuto eccessivamente pervasivi tali poteri di controllo: cfr., fra gli altri, P. CARROZZA, *Collegialità della decisione e impugnabilità*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari 1994, 116 ss.; L. PEPINO, *Riforma dell'ordinamento giudiziario e Consiglio superiore della magistratura*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario. Itinerari di riforma*, Napoli 2008, 430 ss.; più di recente, G.L. CONTI, *King Canute e l'indipendenza della magistratura*, in G. CAMPANELLI-M. CARDUCCI-N. GRASSO-V. TONDI DELLA MURA, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale. Atti del convegno svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009*, Torino 2010, 285, il quale ritiene che la giustiziabilità (tanto ordinaria quanto amministrativa) dei provvedimenti del CSM non sia un dato costituzionalmente incontrovertibile.

²⁴ Punto 2 del Cons. in dir.

²⁵ Punto 1.2. del Cons. in dir.

²⁶ Con tale decisione, la Corte ha escluso l'incostituzionalità della normativa in tema di applicazioni e supplenze; nello stesso senso cfr. anche la sent. n. 173/1970.

provvedimenti incidenti sullo *status* dei magistrati²⁷, sicché restano esclusi i provvedimenti di supplenza e applicazione adottati dai capi degli uffici giudiziari.

5. Prime applicazioni delle nuove norme in tema di organizzazione delle procure

Si è già fatto cenno alla *querelle* dottrinale sulla posizione costituzionale del pubblico ministero: in questa sede è, pertanto, sufficiente osservare come, di recente, il legislatore parrebbe aver aderito alla tesi che ritiene sostanzialmente decostituzionalizzate le garanzie di indipendenza di quest'ultimo.

Questa è, difatti, la sensazione che si avverte avendo riguardo alla organizzazione interna alle procure introdotta dal decreto legislativo n. 106/2006²⁸.

Detto decreto legislativo, in particolare, ha notevolmente accentuato il ruolo del procuratore della Repubblica, tanto nell'organizzazione, quanto nella gestione dei procedimenti e nei rapporti con i sostituti, da ciò derivandone una netta compressione dell'autonomia del singolo magistrato²⁹. Sembra, insomma, che il legislatore abbia introdotto una sorta di gerarchia, con ciò facendo un passo indietro rispetto al compiuto processo di "degerarchizzazione" dell'ordinamento giudiziario³⁰.

In proposito, non si è ancora formata alcuna giurisprudenza costituzionale, la quale potrebbe essere d'ausilio al fine di precisare una volta per tutte quali sono le garanzie costituzionali del pubblico ministero in tema di indipendenza interna. Nel frattempo, però, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno – con la sentenza n. 8388/2009 – in un certo modo già devitalizzato la portata innovativa della riforma, quanto meno dal punto di vista dell'impatto sul processo penale³¹.

Il collegio di legittimità, chiamato nella fattispecie a decidere della validità della misura cautelare degli arresti domiciliari – applicata dal giudice per le indagini preliminari, e corredata dell'espresso dissenso scritto del procuratore della Repubblica –, ha, difatti, escluso che dalla violazione dell'art. 3 del decreto legislativo n. 106/2006 possano discendere conseguenze processuali³².

Ritiene il consesso di legittimità che «la norma del D.Lgs. n. 106 del 2006, art. 3 riguardi esclusivamente l'organizzazione "interna" dell'ufficio di Procura ed abbia valenza meramente ordinamentale e disciplinare, senza che le eventuali condotte elusive della prerogativa riservata al procuratore della Repubblica da parte del sostituto, da un lato, o le eventuali determinazioni strumentali del primo, lesive dei pur legittimi spazi di autonomia spettanti al secondo, dall'altro, possano rivestire alcun rilievo "esterno" sul terreno del regime propriamente processuale della misura cautelare».

La Corte, d'altro canto, ammette a chiare lettere la irritalità del comportamento del Procuratore della Repubblica e del sostituto procuratore. Questa, difatti, afferma che «non è consentito procedere all'inoltro della richiesta di una misura cautelare personale in difetto di assenso del capo dell'ufficio, presupponendo necessariamente l'atto di inoltro che il tenore della richiesta venga previamente concertato fra il magistrato assegnatario del procedimento che l'ha formulata e il procuratore della Repubblica che l'ha assentita»³³.

²⁷ In argomento, cfr., da ultimo, T. GIOVANNETTI, *Status e carriera dei magistrati: un (tentativo) di confronto tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in G. CAMPANELLI-M. CARDUCCI-V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale*, cit., 169 ss.

²⁸ Con le successive modifiche apportate dalla legge n. 269/2006, che non pare, tuttavia, avere inciso in modo sostanziale sulla prima riforma.

²⁹ In particolare, al fine di garantire le esigenze di efficienza, coordinamento, uniformità e ragionevole durata dell'azione investigativa, il Procuratore capo: diviene il titolare esclusivo dell'azione penale; viene preposto all'ufficio del pubblico ministero; gli viene affidata la determinazione dei criteri generali di organizzazione dell'ufficio e di assegnazione dei procedimenti; gli viene riconosciuto il potere-dovere di determinare i criteri cui il magistrato assegnatario deve attenersi nell'esercizio delle attività conseguenti all'atto di assegnazione del procedimento; ha il potere di revoca dell'assegnazione in caso di inosservanza dei principi e dei criteri definiti in via generale o con l'assegnazione e in caso di contrasto circa le modalità di esercizio delle relative attività.

³⁰ In argomento, cfr., da ultimo, C. SALAZAR, *L'organizzazione*, cit., 187 ss.

³¹ Un tentativo di lettura costituzionalmente orientata della riforma può già cogliersi nella risoluzione del 12.07.2007 del CSM, consultabile in www.csm.it, così come ogni altro provvedimento del CSM richiamato nel corso di questo scritto.

³² Ad avviso di C. SALAZAR, *L'organizzazione*, cit., 216 ss., la Cassazione avrebbe imboccato la strada dell'interpretazione adeguatrice. L'A., richiamando A. CISTERNA, *Risolvere in tal modo il dissidio interno priva di una espressa garanzia l'imputato*, in *Guida al dir.*, 13/2009, 89 ss., ritiene, difatti, che il collegio di legittimità avrebbe potuto considerare l'art. 3 del decreto legislativo n. 106/2006 alla stregua di «un'integrazione della trama processuale, innalzando opportunamente la cifra dello scrutinio rimesso all'ufficio del pubblico ministero nel momento in cui attiva la fase cautelare».

³³ Nel caso di specie, il sostituto procuratore aveva inoltrato al Gip la richiesta di disporre la misura cautelare degli arresti domiciliari con l'annotazione in calce del Procuratore della Repubblica, con la quale questi aveva espresso il proprio dissenso in ordine a tale misura,

Tuttavia, essa ritiene doversi escludere la nullità della misura cautelare applicata, prestandosi, il comportamento *contra legem*, a rilevare sul distinto terreno della responsabilità disciplinare³⁴. Ciò a fronte del principio di tassatività delle ipotesi di inammissibilità, o di nullità, degli atti processuali – sancito dall'art. 177 c.p.p. –, nonché di quello di «impermeabilità» nei rapporti tra regole del processo penale e sull'organizzazione degli uffici giudiziari.

La sentenza appena richiamata potrebbe, a ben guardare, rappresentare un fondamentale *leading case* per la successiva giurisprudenza di merito in via di formazione, essendo fornita di talune osservazioni che appaiono trascendere il più ristretto ambito di applicabilità delle richieste cautelari.

In particolare, il principio di impermeabilità, largamente diffuso nella giurisprudenza di legittimità, potrebbe, difatti, ostare alle ricadute processuali conseguenti alla violazione (anche) delle altre norme regolanti l'organizzazione interna delle procure.

6. L'indipendenza interna funzionale ed il valore delle garanzie di difesa del magistrato nei procedimenti disciplinari

Uno dei temi più complessi del diritto costituzionale è sicuramente quello del rapporto tra indipendenza e responsabilità del magistrato nell'esercizio delle funzioni³⁵.

L'esigenza di ricondurre l'esercizio della funzione giurisdizionale ad una certa forma di responsabilità è di regola stata assicurata nel nostro ordinamento dal sistema della responsabilità disciplinare, ambito in cui si è andata via via formando una giurisprudenza costituzionale di particolare riguardo.

In tale contesto, a differenza di quanto rilevato in tema di indipendenza interna funzionale, la posizione della magistratura requirente e di quella giudicante appaiono, peraltro, equiparabili, pur considerate le fisiologiche differenze concernenti la funzione esercitata.

In particolare, come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale, le garanzie difensive previste dalla legge per il magistrato nell'ambito del procedimento disciplinare sono volte ad evitare che «la prospettiva dell'irrogazione di una sanzione [possa] condizionare il magistrato nello svolgimento delle funzioni che l'ordinamento gli affida». Ad avviso della Corte, ancora, «è necessario, dunque, che siano adottate tutte le misure volte a evitare ogni indebito condizionamento. Tra queste misure rientrano quelle dirette ad assicurare un'efficace difesa»³⁶.

La natura della funzione esercitata dal magistrato ha da tempo fatto sì che si formasse una giurisprudenza costituzionale capace di cogliere le peculiarità di questa categoria rispetto agli altri dipendenti pubblici: ciò appare di tutta evidenza se si richiamano alla mente alcune sentenze in materia di provvedimenti disciplinari. Ad esempio, con la sentenza n. 182/2008, la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 20, Il comma, del d.P.R. n. 377/1981 – sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. –, nella parte in cui consente al dipendente dell'amministrazione di pubblica sicurezza, sottoposto a procedimento disciplinare, di essere assistito esclusivamente da un difensore appartenente all'amministrazione medesima.

La pronuncia fa emergere con chiarezza la non sovrapponibilità delle categorie poste a raffronto³⁷.

poiché riteneva che fosse maggiormente adeguata ed ugualmente efficace per l'indagato – ultrasettantenne ed incensurato – la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio.

³⁴ Per quanto non palesato nella pronuncia, il comportamento dovrebbe integrare gli estremi di cui all'art. 2 lett. l) del decreto legislativo n. 109/2006: cfr. C. SALAZAR, *L'organizzazione*, cit., 219; cfr. anche A. CISTERNA, *Risolvere in tal modo*, cit., 89 ss.

La sentenza fa, inoltre, leva sulla circostanza per cui il recente schema del disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 6.02.2009 inserisce espressamente all'art. 291 c.p.p. un nuovo comma 1-ter, ai sensi del quale l'assenso scritto del procuratore della Repubblica diviene condizione di ammissibilità della richiesta cautelare del pubblico ministero. L'art. 33 delle disposizioni transitorie precisa, peraltro, che la nuova norma non si applica alle richieste di misure cautelare presentate anteriormente alla data di entrata in vigore della legge medesima.

³⁵ Come autorevolmente osservato da G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, 780-781, si può distinguere tra responsabilità come strumento sanzionatorio di atti illeciti e responsabilità come strumento conformativo di attività lecite a orientamenti altrui; mentre nel primo caso non si instaura alcuna forma di dipendenza tra il responsabile e colui al cui pro la responsabilità è stabilita, nel secondo caso, si tratta di una forma di dipendenza tra responsabile e colui in favore del quale la responsabilità è stabilita.

In argomento cfr., inoltre, Corte cost. n. 385/1996.

³⁶ Corte cost. n. 87/2009, punto 3 del Cons. in dir.

³⁷ La differenza di *status* del magistrato rispetto agli altri dipendenti dell'amministrazione è una costante nella giurisprudenza costituzionale: cfr., ad esempio, le sentt. nn. 32; 122/1974; 82/1992.

La Corte costituzionale, in quell'occasione, ha escluso l'estensibilità del dispositivo della sentenza n. 497/2000, ritenendo che «la garanzia costituzionale del diritto di difesa [...] è limitata al procedimento giurisdizionale e non può, quindi, essere invocata in materia di procedimento disciplinare che, viceversa, ha natura amministrativa e sfocia in un provvedimento non giurisdizionale». Ad avviso della Corte, inoltre, «il diritto di difesa non ha una applicazione piena, nell'ambito dei procedimenti amministrativi. Donde consegue che non possa considerarsi manifestamente irragionevole la decisione del legislatore di consentire che l'accusato ricorra ad un difensore, ma di limitare, in considerazione della funzione svolta (tutela dell'ordine pubblico), la sua scelta ai dipendenti della stessa amministrazione»³⁸.

Il giudice delle leggi ha, difatti, ritenuto non irragionevole la disparità di trattamento – rispetto a quanto previsto per i magistrati ordinari – contenuta nella norma che consente ai dipendenti pubblici di farsi assistere esclusivamente da un difensore appartenente all'amministrazione medesima, «attesa la disomogeneità delle categorie poste a confronto, caratterizzate da assetti ordinamentali molto diversi»³⁹.

7. Segue: la più recente giurisprudenza costituzionale sulle garanzie di difesa del magistrato incolpato

In tema di garanzie difensive del magistrato nel processo disciplinare, si segnala la recente sentenza n. 87/2009, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 34, II comma, della legge n. 186/1982 e 10, IX comma, della legge n. 117/1988, per violazione degli artt. 3, 24 e 108, II comma, Cost., nella parte in cui veniva esclusa la possibilità per il magistrato amministrativo o contabile di farsi assistere da un avvocato: difatti, le disposizioni impugnate limitavano irragionevolmente il diritto di difesa del magistrato. La richiamata decisione estende alla magistratura speciale il contenuto del dispositivo della precedente sentenza n. 497/2000, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, II comma, del regio decreto legislativo n. 511/1946, per violazione degli artt. 3 e 24, II comma, Cost., nella parte in cui vietava al magistrato ordinario sottoposto a procedimento disciplinare di farsi assistere da un avvocato, in quanto illegittimamente lesiva del diritto di difesa.

Come efficacemente osservato, la sentenza del 2000 ha provocato una vera e propria «rivoluzione copernicana»⁴⁰ nella giurisprudenza costituzionale in tema di garanzie di difesa dei magistrati. Innanzitutto, tale decisione ha, difatti, contribuito in larga parte all'evoluzione del significato di prestigio dell'ordine giudiziario – fino ad allora ancorato ad una nozione corporativa, di cui la segretezza del procedimento rappresentava la più chiara espressione –, per ricondurlo in un ambito sostanziale, all'esterno, quale bene appartenente alla generalità dei soggetti e presidio dei diritti dei cittadini⁴¹.

Tale considerazione viene suggerita da alcuni passaggi della sentenza, ed in modo particolare da quello in cui si legge: «la premessa teorica dalla quale occorre procedere è che il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge. Si tratta perciò di beni i quali, affidati alle cure del Consiglio superiore della magistratura, non riguardano soltanto l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini»⁴².

Una ulteriore manifestazione della peculiarità dello *status* del magistrato può cogliersi nella giurisprudenza costituzionale in materia di partecipazione del magistrato alla vita politica: cfr. la recente sent. n. 224/2009; in argomento, da ultimo, cfr. T. GIOVANNETTI, *I magistrati, la politica e l'insostenibile peso dell'apparenza*, in G. CAMPANELLI-F. DAL CANTO-E. MALFATTI-S. PANIZZA-P. PASSAGLIA-A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie*, cit., 371 ss.

³⁸ Punto 3 del Cons. in dir. I giudici remittenti chiedevano l'estensione del dispositivo della sent. 497/2000 – con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittime le norme che escludevano per il magistrato ordinario la possibilità di avvalersi della difesa di un avvocato nel processo disciplinare –, ritenendo irragionevole la disciplina differenziata nei confronti dei dipendenti dell'amministrazione di pubblica sicurezza.

³⁹ Punto 3.2. del Cons. in dir.

⁴⁰ F. DELLO SBARBA, *La difesa dei magistrati da parte degli avvocati nei giudizi disciplinari*, in *Giur. cost.*, 2000, 3850.

⁴¹ Punto 5 del Cons. in dir. In dottrina, cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *La difesa del magistrato nel procedimento disciplinare tra garanzia oggettiva e tutela corporativa*, in *Giur. cost.*, 1994, 1837, ad avviso del quale il divieto di avvalersi di un avvocato appare un «retaggio di un tempo in cui la sanzione disciplinare a carico del magistrato era affare che interessava la corporazione e lo stesso magistrato, non la collettività».

⁴² Punto 5 del Cons. in dir.

Fino a quel momento, la pregressa giurisprudenza costituzionale aveva, invece, ricostruito in sede di bilanciamento tra interessi contrapposti il diritto di difesa del magistrato e la tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, tanto che in alcune decisioni di non fondatezza la Corte sembrerebbe aver fatto prevalere in concreto la tutela del prestigio dell'ordine giudiziario rispetto all'esigenza di difesa del magistrato⁴³.

La sentenza n. 87/2009, però, mediante un raffinato ragionamento, introduce un *quid novi* rispetto alla decisione del 2000.

Nella pronuncia del 2000, difatti, l'esigenza di espansione dei diritti di difesa viene tratta ancora alla stregua di un corollario costituzionale della compiuta giurisdizionalizzazione, ad opera della legge, del procedimento disciplinare⁴⁴. La Corte, in effetti, afferma che: «le ragioni che hanno indotto il legislatore a configurare il procedimento disciplinare per i magistrati secondo paradigmi di carattere giurisdizionale sono state più volte esaminate [...]: da un lato l'opportunità che l'interesse pubblico al regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e lo stesso prestigio dell'ordine giudiziario siano tutelati nelle forme più confacenti alla posizione costituzionale della magistratura e al suo statuto di indipendenza; dall'altro l'esigenza che alla persona del magistrato raggiunto da incolpazione disciplinare sia riconosciuto quell'insieme di garanzie che solo la giurisdizione può assicurare». Ed, ancora, si legge: «riconoscere al magistrato la facoltà di farsi assistere da un difensore del libero Foro, anziché imporgli, quale opzione esclusiva, un difensore "interno" appartenente all'ordine giudiziario, significa trarre alle loro naturali conseguenze le finalità di rango costituzionale sottese alla giurisdizionalizzazione della responsabilità disciplinare». Infine, si legge: «il massimo di incisività delle garanzie accordate al magistrato sottoposto a procedimento disciplinare [...] non può che convertirsi in una altrettanto incisiva tutela del prestigio dell'ordine giudiziario e del corretto e regolare svolgimento delle funzioni giudiziarie»⁴⁵.

Posto che, come anticipato, i procedimenti disciplinari tipizzati dalla legge presentano una differente natura⁴⁶, la Corte avrebbe potuto differenziare la posizione dei magistrati speciali rispetto a quella degli ordinari.

La sentenza n. 87/2009, invece, pare sganciarsi dalla natura del procedimento disciplinare regolato dalla legge, per attribuire rilievo alla funzione giurisdizionale nella sua stessa ontologia⁴⁷: ciò traspare in modo cristallino dal passo della motivazione in cui si legge che la correlazione tra la garanzia dell'indipendenza del magistrato e la facoltà di scelta del difensore da lui ritenuto più adatto «prescinde dalla natura giurisdizionale o amministrativa del procedimento disciplinare, che dipende dai caratteri che il legislatore ha scelto di attribuire al procedimento stesso e agli organi in esso coinvolti». Difatti, «indipendentemente dalla natura che la legge attribuisce al procedimento e all'autorità disciplinare, dalla garanzia costituzionale di indipendenza deriva una particolarità di questo procedimento, quando esso riguardi un magistrato, in quanto per quest'ultimo, a differenza di quanto accade per altre categorie di personale pubblico [...], la Costituzione impone che sia assicurata, anche in sede disciplinare, la massima espansione del diritto di difesa». Ed, inoltre, sempre ad avviso della Corte, «l'esigenza di indipendenza [...] prescinde dal dato oggettivo, relativo

⁴³ Nella sentenza n. 497/2000, punto 6 del Cons. in dir., si legge: «se poi ci si colloca nella prospettiva della persona incolpata e del suo diritto di difesa, è egualmente chiaro che la pienezza della tutela giurisdizionale non può trovare in tale interesse pubblico un controvalore con il quale debba essere bilanciata. Al contrario, tale tutela è anche funzionale alla migliore e più efficace realizzazione di quell'interesse. Il massimo di incisività delle garanzie accordate al magistrato sottoposto a procedimento disciplinare, infatti, non può che convertirsi in una altrettanto incisiva tutela del prestigio dell'ordine giudiziario e del corretto e regolare svolgimento delle funzioni giudiziarie». In dottrina, osserva R. PINARDI, *Un avvocato per il giudice od un giudice come avvocato? Luci ed ombre di una pronuncia (comunque) apprezzabile*, in *Giur. cost.*, 2000 3845, nota 21, che nella sentenza n. 497/2000 «il problema della legittimità costituzionale è stato risolto non tanto in sede di *bilanciamento* tra interessi contrapposti, quanto piuttosto in sede di *interpretazione* della (*ratio* sottesa alla) disposizione impugnata». Ad avviso dell'A., la questione sarebbe stata, pertanto, risolta all'interno della fase del giudizio della Consulta che precede il bilanciamento vero e proprio, nel corso della quale si procede a tracciare la «topografia del conflitto», richiamando la terminologia utilizzata da R. BIN, *Diritti ed argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 60 ss.

⁴⁴ Sulla natura giurisdizionale del procedimento disciplinare, cfr. Corte cost. sent. n. 12/1971, con nota di G. ZAGREBELSKY, *La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura come giudice a quo: possibili implicazioni*, in *Giur. cost.*, 1971, 83 ss.

⁴⁵ Punto 4 del Cons. in dir.

⁴⁶ Un esame dei differenti procedimenti disciplinari tipizzati dalla legge è compiuto da P. CARLUCCIO, *L'amministrazione della giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, II ed., 466 ss.: l'A. ritiene che, mentre per i magistrati ordinari e militari si tratta di un processo, per gli altri magistrati si tratta di un procedimento.

⁴⁷ L'Avvocatura dello Stato eccepiva, a tal proposito, la «inapplicabilità» delle argomentazioni contenute nella sentenza n. 497/2000, data la diversa natura del procedimento disciplinare previsto per i magistrati ordinari.

alla natura dell'organo e del procedimento disciplinare, e dipende dal dato soggettivo, relativo alla titolarità della funzione giurisdizionale»⁴⁸.

8. Possibili prospettive future in tema di garanzie difensive

La più recente giurisprudenza costituzionale in tema di garanzie difensive dei magistrati speciali, se, da un lato, ha apprezzabilmente equiparato, quanto all'assistenza tecnica di un avvocato, la magistratura ordinaria e quella speciale, dall'altro, pone una serie di problemi in chiave futura.

Innanzitutto, la Corte sarà con ogni probabilità chiamata a chiarire quali mezzi di difesa dovranno essere estesi anche alle altre categorie di magistrati, proprio perché da ritenersi in grado di assicurare il livello minimo di tutela della funzione giurisdizionale⁴⁹.

Forse non a caso, la Corte ha dovuto, più di recente, giudicare sulla legittimità costituzionale dell'articolo 11, VIII comma, della legge n. 15/2009, nella parte in cui prevede che la componente consiliare eletta dai magistrati contabili sia numericamente uguale a quella rappresentativa del Parlamento e non sia garantita la presenza maggioritaria dei rappresentanti dei magistrati della Corte dei conti in seno all'organo di autogoverno, quanto meno mediante la previsione di un rappresentante in più rispetto al numero dei rappresentanti del Parlamento. Ciò che il giudice *a quo* chiedeva era, per l'appunto, l'estensione di alcune garanzie costituzionalmente sancite per la magistratura ordinaria anche a quella speciale⁵⁰.

Nel caso di specie, la Consulta con la sentenza n. 16/2011 dichiara inammissibile la questione per ragioni di tipo processuale, stante l'incertezza del *petitum*⁵¹. Difatti, ad avviso del giudice delle leggi, il rapporto tra membri togati e membri laici può essere discrezionalmente stabilito dal legislatore, ferma la necessità di una presenza sia di componenti esterni, che di componenti interni, onde «evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in caste autoreferenziali»⁵².

Sembra, peraltro, trasparire in filigrana la sussistenza di una discrezionalità del legislatore in merito all'estensibilità di tale principio.

Ad avviso di alcuni, infine, la sentenza n. 87/2009 potrebbe persino condurre alla incostituzionalità, per violazione del canone della ragionevolezza, della previsione di procedimenti disciplinari a carattere amministrativo per le magistrature speciali⁵³. Tale possibilità appare, invero, almeno nell'immediato, non del

⁴⁸ Punto 3 del Cons. in dir. In dottrina cfr. A. DI CARLO, *La difesa del magistrato amministrativo o contabile in sede disciplinare*, in www.giurcost.org, 2 ss., la quale ha posto in risalto la decisività dell'art. 108, II comma, Cost., ai fini della sentenza di accoglimento, in quanto i soli artt. 3 e 24 Cost. non sarebbero stati, di per sé, sufficienti, avuto riguardo alle notevoli diversità ordinali sussistenti tra la magistratura ordinaria e quella speciale. Cfr., inoltre, in argomento, A. D'ALOIA, *Autonomia e indipendenza dei giudici delle magistrature speciali: riforme legislative e orientamenti della Corte costituzionale*, in G. PITRUZZELLA-R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997, 78, il quale osserva che la giurisprudenza costituzionale tende quasi sempre a «giustificare le pesanti disomogeneità di assetto "statutario" tra i diversi complessi magistratuali, condividendo sostanzialmente la rappresentazione del sistema costituzionale della giurisdizione secondo una logica di differenziazione netta tra la magistratura ordinaria, punto di riferimento centrale dell'istituzione "giustizia", e le altre magistrature, collocate lungo una linea di progressiva specialità, incidente in modo sensibile sulla conformazione dei livelli di autonomia e indipendenza»; da ultimo, cfr. A. BERTOLDINI, *La Corte costituzionale sancisce l'illegittimità costituzionale del divieto posto ai magistrati amministrativi e contabili di avvalersi di un avvocato di fiducia nel procedimento disciplinare*, in *Foro Amm. CDS*, 2009, 3, 629.

⁴⁹ Appare interessante in tale contesto la sent. n. 62/2009 (spec. il punto 3 del cons. in dir.), in cui la Corte individua alcuni elementi comuni in tema di procedimenti disciplinari, tali da prescindere dalla natura del procedimento tipizzato dalla legge.

⁵⁰ Il giudice remittente, nella specie, sosteneva che fosse un principio costituzionale comune quello della «necessaria prevalenza numerica della componente togata elettiva»; principio, come noto, stabilito dalla Costituzione all'art. 104, per quanto riguarda il CSM.

⁵¹ Il dispositivo della decisione è stato decisamente criticato dalla dottrina: cfr. R. PINARDI, *Sulla composizione degli organi di garanzia delle magistrature speciali (riflessioni a margine della sent. n. 16 del 2011 della Corte costituzionale)*, in www.giurcost.org; V. ONIDA, *Quando la Corte non vuole decidere*, in www.rivistaic.it, 2/2011 (14/06/2011). Onida, in modo particolare, osserva che «non è improbabile che la Corte abbia scelto di non decidere anche per non doversi far carico fino in fondo di un problema – quello dei requisiti costituzionali relativi alla composizione degli organi di autogoverno delle magistrature speciali – certamente non semplice, e oggi forse reso più delicato dagli intendimenti emersi» (ivi, 4).

⁵² Punto 2 del Cons. in dir.

⁵³ Cfr. A. DI CARLO, *La difesa*, cit., 15: l'A. afferma: «se [...] l'esigenza di assicurare l'indipendenza del magistrato è tale da comportare la necessità che ogni qual volta via sia il rischio di indebiti condizionamenti, interni od esterni, il valore in questione non subisca alcuna irragionevole compressione, ci si chiede se da una simile premessa non si possa giungere a dubitare della ragionevolezza del persistere di procedimenti disciplinari aventi differente natura». L'A. ipotizza, inoltre, anche una riforma, considerata la strumentalità del modello giurisdizionale rispetto ad una effettiva tutela del valore dell'indipendenza.

tutto concretizzabile, considerato che la Corte costituzionale, nella stessa sentenza, ha ancora riconosciuto una certa discrezionalità del legislatore nella configurazione del procedimento disciplinare⁵⁴.

9. Il principio di inamovibilità dei magistrati e le sue deroghe: il trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale

Tra le garanzie dei magistrati in tema di indipendenza interna, riveste particolare importanza quella dell'inamovibilità, la quale assume oltretutto anche una dimensione esterna, operando nei confronti del potere politico⁵⁵.

Lo stesso dettato costituzionale ammette, come noto, delle deroghe alla regola dell'inamovibilità, venendo innanzitutto in rilievo la disciplina sui trasferimenti.

La legge ammette il trasferimento dei magistrati, con provvedimento del CSM, come sanzione accessoria rispetto ad un provvedimento di natura disciplinare, ovvero nei casi di incompatibilità ambientale o funzionale, al termine di un procedimento di natura amministrativa.

La dottrina ha da sempre nutrito seri dubbi sulla legittimità costituzionale dell'istituto del trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale, disciplinato dall'art. 2 della legge sulle guarentigie⁵⁶, stante la mancanza di una organica codificazione delle ipotesi di trasferimento, che violerebbe la riserva di legge prevista dall'articolo 107, I comma, Cost.⁵⁷. La Corte non ha, però, ad oggi avuto modo di essere investita della relativa questione di legittimità costituzionale.

In una occasione – l'unica in cui la norma *de qua* è stata oggetto di uno scrutinio di legittimità costituzionale –, la Consulta ha, ciò nondimeno, potuto analizzare alcuni interessanti aspetti della disciplina.

Più in particolare, con la sentenza n. 457/2002, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità sollevata sull'art. 2 della legge sulle guarentigie. Il giudice remittente censurava la normativa, con riferimento agli artt. 3, 24, 104 e 107 Cost., nella parte in cui esclude che il magistrato sottoposto a procedimento di trasferimento d'ufficio possa farsi assistere da un avvocato. Con tutta evidenza, era ancora forte l'effetto suggestivo della sentenza n. 497/2000.

In quell'occasione, però, il giudice delle leggi ha affermato che, per quanto si tratti di un provvedimento comunque incidente sullo *status* dei magistrati, il procedimento di trasferimento d'ufficio verte su una situazione obiettiva che si determina nell'ufficio ove egli esercita le sue funzioni. Tale circostanza porta ad escludere che sia costituzionalmente imposto il diritto del magistrato interessato ad essere assistito da un avvocato del libero Foro; diritto, invece, previsto per il procedimento disciplinare, posto che questo è configurato secondo paradigmi giurisdizionali.

La Corte ritiene, quindi, che nei procedimenti amministrativi che possono approdare al trasferimento d'ufficio sia «sufficiente la regola del contraddittorio, nella sua accezione di previa audizione del soggetto interessato», essendo la previsione di una difesa personale o a mezzo di altro magistrato «idonea ad assicurare il nucleo minimo di difesa richiesto dall'art. 107, I comma, Cost.»; la pienezza della tutela giurisdizionale resta, comunque, «assicurata nella fase di giudizio vera e propria, che può seguire al procedimento amministrativo in virtù dell'esercizio del diritto di impugnazione spettante al magistrato»⁵⁸.

Nella sentenza *de qua*, pertanto, è dato rinvenire un legame essenziale tra la natura del procedimento precedente l'irrogazione del provvedimento e le garanzie difensive del magistrato destinatario dello stesso. La differente natura del procedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale⁵⁹, rispetto a quello disciplinare, esclude, difatti, l'estensione del cuore argomentativo della sentenza del 2000, interamente incentrato sul carattere giurisdizionale del procedimento disciplinare⁶⁰.

⁵⁴ Si legge, difatti, nella sentenza, mediante un richiamo alla precedente decisione n. 87/2009, che: «questa diversa configurazione del procedimento dipende da una scelta del legislatore, che ben può articolare diversamente l'ordinamento delle singole giurisdizioni, a patto che siano rispettati i principi costituzionali comuni» (punto 1.2.2. del Cons. in dir.).

⁵⁵ Il principio di inamovibilità trova notoriamente fondamento nell'art. 107, I comma, Cost.

⁵⁶ Si tratta del regio decreto legislativo n. 511/1946, con successive modifiche.

⁵⁷ *Contra* G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 155.

⁵⁸ Punto 2 del Cons. in dir.

⁵⁹ Ad avviso della Corte, la natura amministrativa del procedimento di trasferimento si desume, innanzitutto, dal fatto che esso concerne, non un illecito del magistrato, ma «una situazione obiettiva che si determina nell'ufficio ove egli svolge le sue funzioni», ed, in secondo luogo, dalla natura del provvedimento finale (punto 2 del Cons. in dir.).

⁶⁰ Come rilevato da F. BIONDI, *La natura giuridica del procedimento di trasferimento d'ufficio e i suoi riflessi sul diritto di difesa del magistrato*, in *Giur. cost.*, 2002, 3800, nella precedente sentenza n. 497/2000, la Corte aveva ammesso l'addizione richiesta dal giudice

Viene da chiedersi se, dopo la sentenza n. 87/2009, che pare aver superato l'ancoraggio di alcune garanzie difensive alla natura del procedimento, sia pensabile una sorta di *overruling*, che conduca ad una dichiarazione di incostituzionalità nel (differente) contesto del procedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale.

10. Segue: il trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale dopo le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 109 del 2006

In accordo con una più generale tendenza verso la giurisdizionalizzazione delle deroghe alla inamovibilità recentemente perseguita dal legislatore, il decreto legislativo n. 109/2006 ha inciso nettamente sui presupposti applicativi del trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale.

Il nuovo art. 2 della legge sulle guarentigie – per come modificato nel 2006 – ammette, difatti, il trasferimento allorché i magistrati «per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità».

Rispetto al precedente testo muta, quindi, il presupposto soggettivo – non essendo ammessi più i trasferimenti colpevoli⁶¹ – ed il bene giuridico protetto – essendo necessaria la lesione dell'indipendenza e dell'imparzialità del magistrato, e non più del «prestigio dell'ordine giudiziario»⁶² –.

L'*intentio legis* pare potersi cogliere nell'esigenza di evitare i trasferimenti da parte del CSM in funzione sostanzialmente paradisciplinare, come era accaduto in passato⁶³, per limitarli alle ipotesi in cui la situazione di incompatibilità sia determinata unicamente da ragioni obiettive.

L'innovazione sembra, peraltro, in linea con la richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 457/2002, che ha sostenuto la natura amministrativa del procedimento *de quo*, a fronte della circostanza per cui non viene in rilievo un illecito compiuto dal magistrato.

La nuova norma ha trovato la sua prima applicazione in occasione del noto caso che ha visto protagonista la Dott.ssa Forleo, trasferita dal CSM a seguito di talune dichiarazioni da quest'ultima rilasciate in occasione dell'inchiesta Unipol.

La vicenda, proprio perché nota, non verrà ripercorsa in questa sede, essendo stata già ampiamente messa a fuoco dalla dottrina⁶⁴; l'attenzione sarà, dunque, concentrata su alcuni specifici aspetti tecnici.

Il CSM, già in sede di parere espresso sulla legge di delega (c.d. legge Castelli)⁶⁵, aveva avanzato le proprie perplessità sulle modifiche introdotte, ritenendo che la nozione di colpevolezza fosse inidonea ad essere utilizzata in una fase pregiudiziale⁶⁶ ed, inoltre, paventando il concreto pericolo di restare privo di strumenti efficaci per ovviare a situazioni di grave crisi della credibilità della giurisdizione.

Il parere sembrerebbe, in effetti, aver intuito alla perfezione gli effetti poi concretamente prodotti dalla riforma.

a *quo* quale «logico corollario della natura giurisdizionale del procedimento disciplinare». In altri termini, ciò che traspare dalla richiamata decisione è il legame fisiologico tra le garanzie giurisdizionali dei procedimenti aventi natura sanzionatoria e l'indipendenza interna del magistrato.

⁶¹ Come è stato rilevato da F. DAL CANTO, *Il caso "Forleo" tra CSM e giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI-M. CARDUCCI-N. GRASSO-V. TONDI DELLA MURA (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo*, cit., 295, tale concetto verrebbe utilizzato dal legislatore come sinonimo di colpevolezza, da intendersi quale insieme dei requisiti necessari per l'imputazione soggettiva di un determinato agente. L'A., ancora, richiama a tal proposito la nozione penalistica della *suas*, su cui cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2007, 291 ss.

⁶² In dottrina si è svalutato, da parte di alcuni, il significato della innovazione introdotta, ritenendosi che il termine «prestigio dell'ordine giudiziario» avesse nella pratica assunto un significato molto più ampio rispetto all'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale, e che i termini indipendenza ed imparzialità possano considerarsi riassuntivi di tutte le caratteristiche connotanti la funzione del magistrato, con la conseguenza che si tratterebbe solo di un aggiornamento della nozione: cfr. M. FANTACCHIOTTI- F. FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padova 2008, 265 ss.; in senso contrario si è espresso il CSM nella delibera del 22.07.2008, che ritiene di particolare rilievo la novità introdotta; cfr. anche M. FRESA, *Profili sostanziali: le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni. Il codice di deontologia giudiziaria. Le misure non disciplinari (trasferimenti per incompatibilità ambientale)*, in M. FANTACCHIOTTI-M. FRESA-V. TENORE-S. VITIELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano 2010, 334-335, nota 304.

⁶³ Per una *summa* della giurisprudenza antecedente alle modifiche legislative, cfr., di recente, T. GIOVANNETTI, *Status e carriera dei magistrati*, cit., 200.

⁶⁴ Cfr., per tutti, F. DAL CANTO, *Il "caso Forleo"*, cit., 289 ss.

⁶⁵ Si tratta del parere formulato il 15.07.2004 sul disegno di legge n. 150/2005.

⁶⁶ Ad avviso di F. DAL CANTO, *Il "caso Forleo"*, cit., 298, l'obiezione non pare, invero, giuridicamente insuperabile.

Dopo l'approvazione definitiva, il CSM ha, d'altro canto, tentato di ridurre la portata innovativa della norma, facendone dipendere la applicabilità dalla sola circostanza che si trattasse di un fatto non inquadrabile in alcuna fattispecie disciplinare, ancorché cagionato da un comportamento colpevole⁶⁷.

La sentenza del Tar del Lazio n. 4454/2009 – recentemente confermata in appello dal Consiglio di Stato, sez. IV, con la sentenza n. 3587/2011 –, che ha annullato la delibera di trasferimento della Dott.ssa Forleo, ha sostanzialmente contraddetto l'interpretazione della legge fornita dal CSM quanto al presupposto soggettivo, statuendo che «una qualunque situazione attribuibile a colpa del magistrato non può costituire, a differenza che nel previgente sistema, il presupposto per integrare la fattispecie di trasferimento per incompatibilità ambientale»⁶⁸. Con tutta evidenza, dunque, alla luce dell'interpretazione accolta dalla giurisprudenza amministrativa, il CSM potrà ricorrere al trasferimento *de quo* unicamente per ragioni di tipo obiettivo.

Per quanto, come anticipato, tale interpretazione appaia apprezzabile alla luce della sentenza n. 457/2002 della Corte costituzionale, dal momento che si tratta di un procedimento a garanzie difensive dimidiate, alcuni aspetti sembrano rimanere ancora controversi⁶⁹.

Innanzitutto, la teorizzata distinzione tra comportamento volontario e comportamento colposo, per quanto tecnicamente ineccepibile, sembrerebbe eccessivamente sottile, e quindi potrebbe nella prassi prestarsi ad un uso distorto⁷⁰.

Anche il contenuto del secondo degli elementi indefettibili della fattispecie – e cioè la lesione dell'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni –, pare di difficile determinazione.

L'interpretazione della norma accolta dalla giurisprudenza amministrativa pare aver già prodotto effetti considerevoli in merito alla attività concreta del CSM.

Innanzitutto, sembra potersi registrare un calo dell'utilizzo del trasferimento adottato in via amministrativa⁷¹. Appare, pertanto, concreto il pericolo che l'organo di autogoverno della magistratura sia stato privato di un valido strumento per rimuovere situazioni di incompatibilità ambientale⁷². La stessa sentenza del Tar del Lazio ipotizzava, del resto, il crearsi di «zone grigie» nell'ordinamento, a fronte delle quali solo il legislatore vi avrebbe potuto porre rimedio⁷³.

In un tale contesto, il rischio che sembra intravedersi all'orizzonte è quello di un sostanziale ripiegamento sugli strumenti cautelari previsti nell'ambito del procedimento disciplinare: e forse in tale ottica potrebbe essere non casuale l'atteggiamento di «ultrattività disciplinare»⁷⁴ tenuto dal CSM negli ultimi anni⁷⁵.

A ciò si aggiunga che, come opportunamente rilevato⁷⁶, nell'ultimo quadriennio, la Prima commissione del CSM – competente in ordine ai trasferimenti d'ufficio – ha sempre proceduto alla sospensione dei

⁶⁷ Cfr la risoluzione del 06.12.2000 e, negli stessi termini, la risoluzione del 24.01.2007.

⁶⁸ L'interpretazione è stata, peraltro, interamente confermata nel giudizio d'appello dal Consiglio di Stato, che ha, peraltro, posto l'accento sull'intenzione del legislatore desumibile dalla legge delega.

⁶⁹ La sentenza del Tar Lazio contiene, inoltre, una *summa* dei casi in cui il CSM può ora provvedere al trasferimento d'ufficio.

⁷⁰ Afferma, difatti, il Tar del Lazio che «la causa del trasferimento per incompatibilità ambientale dovendo consistere necessariamente in un fatto indipendente da colpa del magistrato, può peraltro concretarsi anche in una condotta volontaria dello stesso, sempre però che la condotta non sia imputabile a titolo di colpa».

Lo stesso Consiglio di Stato, in appello, pare aver confermato la sensazione qui esternata: il giudice amministrativo ha, difatti, osservato, in relazione alla fattispecie presa in esame, che non va escluso affatto che «una condotta consistente nel rendere agli organi di stampa e televisivi dichiarazioni del tenore di quelle rilasciate dalla dott.ssa Forleo possa in astratto essere suscettibili di integrare il presupposto fattuale per l'applicazione della procedura di trasferimento per incompatibilità ambientale».

⁷¹ Tale dato, in assenza di notizie ufficiali rese dal CSM, può inferirsi dalla mancanza di giudizi di impugnazione innanzi al Tar del Lazio.

⁷² Ad avviso di alcuni, l'interpretazione del Tar del Lazio avrebbe determinato una vera e propria abrogazione implicita della norma, «dal momento che non si ravvede alcuna ipotesi in astratto degna di essere valutata ai fini del trasferimento d'ufficio che prescinda da un comportamento cosciente e volontario del magistrato». In questa prospettiva, «riesce difficile immaginare ipotesi concrete di trasferimento d'ufficio che prescindano da comportamenti coscienti e volontari del magistrato e che potrebbero identificarsi, al più, con ipotesi di relazioni parentali non rientranti nelle fattispecie di cui agli artt. 18 e 19 O.G»: cfr. M. FRESA, *L'illecito disciplinare*, in *www.movimentoperlagiustizia.it*, 2011, 21.

⁷³ Lo stesso Consiglio di Stato, in grado d'appello, si è posto nuovamente il problema, osservando, tuttavia, come solo il legislatore possa porvi rimedio. D'altro canto, lo stesso Consiglio di Stato ritiene che il nuovo assetto normativo abbia rafforzato l'autogoverno della magistratura. Ciò – ad avviso dei giudici di Palazzo Spada –, è evidente in ordine al profilo della giurisdizione, dal momento che «la netta separazione tra i trasferimenti meramente amministrativi [...] e quelli causati da sue condotte colpevoli determina la definitiva attribuzione alla cognizione delle Sezioni Civili della Corte di Cassazione».

⁷⁴ G. CAMPANELLI, *L'evoluzione, l'involuzione e la difesa del principio di indipendenza della magistratura tra modifiche normative e ipotesi di riforma*, in G. CAMPANELLI-F. DAL CANTO-E. MALFATTI-S. PANIZZA-P. PASSAGLIA-A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie*, cit., 294-296.

⁷⁵ Nella relazione del Procuratore generale della Cassazione Vitaliano Esposito, si leggono per il 2010 i seguenti dati: 62 condanne per i magistrati, di cui 12 ammonimenti, 26 censure, 2 sospensioni dalle funzioni, 8 perdite di anzianità, 4 trasferimenti d'ufficio e 2 rimozioni: i dati della relazione sono riportati da G. CAMPANELLI, *L'evoluzione*, cit., 295, nota 62.

procedimenti iniziati, e sino all'esito del procedimento, allorché sia stata proposta l'azione disciplinare da parte del Procuratore generale o del Ministro della giustizia, allo scopo, ovviamente, di evitare contrasti tra l'autorità amministrativa e quella giurisdizionale⁷⁷.

11. Il nuovo istituto del trasferimento cautelare e la sua (apparente) "sinonimia" con il trasferimento per incompatibilità ambientale

A fronte dell'irrigidimento dei presupposti di applicabilità della norma sul trasferimento per incompatibilità ambientale, il legislatore del 2006 ha introdotto alcuni istituti che sembrerebbero voler colmare le lacune applicative a cui si è fatto cenno: s'intende fare riferimento, in modo particolare, al trasferimento cautelare d'ufficio, di cui all'art. 13, Il comma, del decreto legislativo n. 109/2006 – applicabile qualora «sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare», e nei casi in cui ricorrano «motivi di particolare urgenza» – ed al trasferimento provvisorio dell'incolpato, di cui all'art. 22, I comma, ult. periodo, del medesimo decreto legislativo⁷⁸.

A ben guardare, anche queste modifiche si indirizzano verso una giurisdizionalizzazione delle deroghe all'inaffidabilità, costituendo tali misure cautelari una fase del procedimento disciplinare⁷⁹.

Parte della dottrina ha, nondimeno, revocato in dubbio l'irrobustimento delle garanzie difensive prodotto dalla norma.

Si è, difatti, osservato che la provvisorietà della misura cautelare rischia di rimanere più che altro un'astrazione teorica, stante la tassatività dei casi in cui la legge ammette il trasferimento: sicché risulterebbe davvero arduo, una volta conclusosi con una assoluzione il giudizio di merito sull'illecito disciplinare contestato, riassegnare il magistrato trasferito alla sede o alle funzioni originarie, nel frattempo assegnate ad altri⁸⁰. Il rischio che si corre è di far conseguire provvedimenti incidenti in modo irreversibile nella sfera giuridica dell'incolpato ad un processo di natura sommaria⁸¹.

Si è, inoltre, dubitato della legittimità costituzionale della norma *de qua*, nella parte in cui essa rimette alla medesima sezione disciplinare del CSM, già pronunciata in merito alla sussistenza dei «gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare», la decisione definitiva di merito⁸².

A fondamento di questa tesi viene richiamata la sentenza n. 262/2003 della Corte costituzionale⁸³: in quella occasione, la Corte costituzionale si è trovata a dover decidere della costituzionalità della norma, contenuta dall'art. 4 della legge 195/1958, che non consentiva la sostituzione, in un numero maggiore di quelli nominati dal Consiglio, di componenti della Sezione disciplinare del CSM, divenuti incompatibili a giudicare in sede di rinvio per avere fatto parte del collegio che aveva pronunciato la decisione cassata.

La questione si è, come noto, conclusa con una sentenza di accoglimento parziale: ad avviso della Corte, difatti, il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione «ha pieno valore costituzionale ai sensi degli artt.

⁷⁶ Cfr. M. FRESA, *L'illecito disciplinare*, cit., 22.

⁷⁷ Si è osservato che tale circostanza rischia di procrastinare l'intervento della Prima Commissione al termine del procedimento disciplinare, momento in cui il fatto addebitato al magistrato potrebbe essere considerato non sussumibile in una fattispecie tipizzata dalla legge, e quindi non punibile; il tutto dopo che il magistrato ha continuato ad esercitare la propria funzione magari nella medesima sede, con grave danno alla imparzialità ed indipendenza della giurisdizione, e quindi con deprecabili ricadute in termini di efficienza del servizio giustizia nei confronti del cittadino: cfr. M. FRESA, *L'illecito disciplinare*, cit., 22.

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 22 del decreto legislativo n. 109/2006, «nei casi di minore gravità il Ministro della giustizia o il procuratore generale possono chiedere alla sezione disciplinare il trasferimento provvisorio dell'incolpato ad altro ufficio di un distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato nell'art. 11 del codice di procedura penale».

⁷⁹ Almeno nelle intenzioni del legislatore, la principale differenza tra i due istituti – essendo del tutto identici quanto all'effetto concretamente prodotto – dovrebbe rinvenirsi nel momento applicativo di ciascuno di essi, ammettendosi una tutela cautelare *ante causam* solo per il trasferimento di cui all'art. 22. Tale circostanza sembrerebbe essere, tuttavia, smentita dalla giurisprudenza della sezione disciplinare (cfr. l'ordinanza n. 11/09): a slegare le misure cautelari dal procedimento disciplinare, però, si corre il rischio di ampliare a dismisura la discrezionalità del giudice disciplinare, con una potenziale violazione della riserva di legge di cui all'art. 107, I comma, Cost.

⁸⁰ Cfr. A. PATRONO, *Le sanzioni disciplinari*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli 2008, 117; F. DAL CANTO, *Possibili interferenze tra azione disciplinare e azione penale con particolare riguardo all'adozione di provvedimenti disciplinari di natura cautelare*, in G. CAMPANELLI-F. DAL CANTO-E. MALFATTI-S. PANIZZA-P. PASSAGLIA-A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali*, cit., 351.

⁸¹ Cfr. Cass. sez. un., n. 17904/2009.

⁸² Cfr. F. BIONDI, *Il caso De Magistris: qualche nota in tema di trasferimento dei magistrati e rispetto dei principi costituzionali di inamovibilità e imparzialità*, in www.forumcostituzionale.it; nello stesso senso anche F. DAL CANTO, *Possibili interferenze*, cit., 351.

⁸³ Cfr. F. DAL CANTO, *Possibili interferenze*, cit., 352.

24 e 111 della Costituzione, con riferimento a qualunque tipo di processo, pur nella diversità delle rispettive discipline connessa alle peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento»; ed, inoltre, «in tutti i tipi di processo – quindi anche in quello disciplinare a carico dei magistrati – debbono essere previste regole sull'esercizio delle funzioni giudicanti valide a proteggere in ogni caso il valore fondamentale dell'imparzialità del giudice, in particolare impedendo che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda*»⁸⁴.

Del nuovo trasferimento cautelare il CSM ha fatto applicazione di recente nella nota "guerra tra le procure", che ha visto protagonisti la procura di Catanzaro e quella di Salerno, da ultimo culminata nella sentenza delle Sezioni unite civili della Cassazione, n. 20159/2010⁸⁵.

Anche il problema dell'imparzialità della sezione disciplinare si è concretamente posto in quell'occasione, costituendo, peraltro, uno dei motivi di ricorso innanzi al giudice di legittimità. Ed, in effetti, i magistrati coinvolti si sono visti applicare alcuni provvedimenti cautelari, salvo poi essere giudicati dalla medesima sezione disciplinare sul merito della fattispecie cautelare di cui erano accusati.

La Corte di Cassazione ha, tuttavia, respinto il ricorso *in parte qua*: il consesso di legittimità ritiene, difatti, che l'adozione da parte dei medesimi componenti della Sezione disciplinare di un'ordinanza cautelare a carico dei ricorrenti non produce alcuna conseguenza sulla imparzialità e sulla terzietà del medesimo giudice, perché «l'articolazione in organi distinti tipica del processo penale (che costituisce il presupposto del divieto di partecipare al giudizio, sancito dall'art. 34 c.p.p.) è del tutto estranea al procedimento di cui al D.Lgs. n. 109 del 2006», nel quale l'azione viene promossa già prima del compimento delle indagini, e uno stesso giudice unico, la sezione disciplinare, «è investito *ab initio* sia della decisione conclusiva, sia di ogni compito implicante l'esercizio di potestà giurisdizionale, quale appunto l'eventuale pronuncia di provvedimenti cautelari».

La prassi, d'altra parte, dimostra che in assenza di una specifica norma la Sezione disciplinare si limita a valutare la sussistenza dei presupposti giustificativi della misura cautelare, rimettendo poi gli atti alla Terza commissione referente, competente in materia di trasferimenti ed assegnazioni di sede e di funzioni. Quest'ultima individua, quindi, la sede e le funzioni cui destinare il magistrato.

Il provvedimento, in questa parte, non viene, pertanto, propriamente adottato dalla Sezione disciplinare al culmine di un procedimento di natura disciplinare. Tale meccanismo, a modesto parere di chi scrive, potrebbe rischiare di entrare in contraddizione con l'obiettivo, perseguito del legislatore, di giurisdizionalizzare le deroghe all'inaMOVIBILITÀ, poiché la portata maggiormente lesiva del provvedimento finale – che pare consistere proprio nel luogo di destinazione o nella funzione cui il magistrato viene assegnato – segue ad un procedimento di natura amministrativa, con tutte le conseguenze che ne scaturiscono in termini di garanzie di difesa del magistrato.

Quanto ai rimedi impugnatori, peraltro, si corre il pericolo di dare vita ad un sistema in un certo qual modo irrazionale, dato che il provvedimento di trasferimento, assumendo al contempo natura giurisdizionale ed amministrativa, dovrebbe essere ricorribile (non alle sezioni unite della Cassazione, ma) al Tar del Lazio per ciò che concerne la parte che dispone il luogo di destinazione o l'assegnazione alle nuove funzioni⁸⁶.

Taluni profili di costituzionalità della normativa introdotta sono stati affrontati dalla Sezione disciplinare del CSM, con l'ordinanza n. 11/2009, che ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di parte con cui si chiedeva la rimessione degli atti alla Corte costituzionale per presunta violazione, fra gli altri parametri, degli artt. 101, 104, 107 e 108 Cost. Il ricorrente, difatti, riteneva che la norma censurata violasse il principio di inamovibilità dei magistrati.

Ad avviso della sezione disciplinare, la normativa introdotta è conforme al dettato costituzionale, trattandosi di una deroga puntuale e rispettosa delle guarentigie costituzionali previste per i magistrati⁸⁷.

⁸⁴ Punto 3 del Cons. in dir.

⁸⁵ Prescindendo dalle vicende di merito, è opportuno ricordare che in quell'occasione le misure cautelari sono state disposte dalla sezione disciplinare del CSM, con l'ordinanza n. 11/2009, avverso la quale i magistrati incolpati hanno proposto ricorso alle sezioni unite della Corte di Cassazione, che ha confermato i provvedimenti con la sentenza n. 15976/2009, e poi ha definitivamente deciso nel merito, prima con la sentenza n. 11431 e poi con la n. 20159, entrambe del 2010.

⁸⁶ M. FRESA, *Le misure cautelari*, cit., 523, rileva una certa anomalia di questi provvedimenti cautelari, che per un verso assumono una natura giurisdizionale, per altro verso, però, assumono natura amministrativa. L'A. auspica, quindi, un rimedio a tale circostanza, attribuendo alla sezione disciplinare, pur sempre composta da componenti del CSM che svolgono funzioni di governo autonomo della magistratura e di gestione amministrativa, il potere di individuare la sede più idonea o le funzioni più adatte al magistrato sottoposto alla misura cautelare del trasferimento d'ufficio.

⁸⁷ Si legge nell'ordinanza che «secondo la testuale previsione dell'art. 13, secondo comma, la destinazione "*in via cautelare e provvisoria*" del magistrato ad altra sede e funzione è adottata dalla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura solo

12. Osservazioni conclusive

Si è cercato di ricostruire le principali tappe del cammino percorso dalla giurisprudenza costituzionale in tema di indipendenza interna, potendosi constatare come quest'ultima appaia tuttora in evoluzione e come talune materie meriterebbero anzi proprio un intervento chiarificatore da parte del giudice delle leggi.

La dicotomia definitoria teorizzata dalla dottrina – *scilicet*, indipendenza interna istituzionale/indipendenza interna funzionale⁸⁸ –, si è rivelata particolarmente proficua anche in sede di analisi della giurisprudenza costituzionale: in tale chiave, difatti, si sono potute mettere a fuoco le peculiarità delle diverse figure istituzionali appartenenti all'ordinamento giudiziario.

In tema di indipendenza interna funzionale, le più recenti tendenze giurisprudenziali permettono di tracciare un filo rosso in grado di accomunare la posizione dei magistrati – tanto ordinari, quanto speciali –. Tale filo rosso non può che rinvenirsi nella natura delle stesse funzioni esercitate.

Il suddetto processo di avvicinamento potrebbe, peraltro, ritenersi non definitivamente compiuto, poiché può immaginarsi che la Corte costituzionale venga chiamata nuovamente a giudicare della legittimità costituzionale di alcune norme, soprattutto quelle disciplinanti il procedimento di irrogazione delle sanzioni disciplinari, nel tentativo di contribuire alla determinazione delle garanzie comuni in tema di indipendenza.

In tema di indipendenza interna istituzionale, si è, invece, potuto rilevare come le più recenti tendenze normative parrebbero indirizzarsi nel senso di una maggiore accentuazione dei connotati differenziali della magistratura requirente, per quanto l'intervento della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 8388/2009, dovrebbe averne mitigato la portata innovativa.

In un ambito più generale, almeno a giudicare dalle strette interconnessioni rinvenibili tra le garanzie costituzionali e la natura del *munus* esercitato dal magistrato, pare, inoltre, suffragata la tesi, autorevolmente sostenuta, secondo cui le garanzie attribuite a quest'ultimo non costituiscono privilegi personali, ma garanzie della funzione⁸⁹. Di ciò può cogliersi un riscontro nel mutare della nozione stessa di prestigio dell'ordine giudiziario, che, come si è visto, consiste in un valore appartenente alla generalità dei soggetti, un presidio dei diritti dei cittadini, in altri termini.

In questa prospettiva, non può tralasciarsi di considerare come le garanzie di indipendenza interna siano, nella loro stessa ontologia, impensabili in modo autonomo da quelle poste a presidio dell'indipendenza esterna: se, difatti, è fondamentale evitare tanto che l'esercizio della funzione possa essere influenzato da ingerenze *ab externo*, è altrettanto fondamentale impedire che tali ingerenze possano provenire *ab interno*. Eliminare uno dei due piani vorrebbe significare «creare una casta chiusa di uomini di potere incontrollabile»⁹⁰.

Possono riscontrarsi degli indici di tale fisiologica interconnessione ogni qual volta si volga lo sguardo alla realtà concreta. Recentemente, ad esempio, ad un incremento dell'attività disciplinare del CSM ha corrisposto la procedimentalizzazione dell'istituto delle pratiche a tutela, istituto forgiato dalla prassi consiliare proprio per salvaguardare la magistratura dagli attacchi esterni all'istituzione⁹¹.

ove ricorrano gli specifici "motivi di particolare urgenza" indicati nello stesso art. 13 e, secondo la testuale previsione dell'art. 22, primo comma, "il trasferimento provvisorio" del magistrato "ad altro ufficio di un distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato nell'articolo 11 del codice di procedura penale" è pure adottato dalla Sezione disciplinare "nei casi di minor gravità" in presenza degli stessi presupposti che legittimerebbero la sospensione cautelare».

⁸⁸ Cfr. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, cit., 180 ss.

⁸⁹ Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 155: l'A., a proposito del principio di inamovibilità, sostiene: «si può definire l'inamovibilità diritto fondamentale dei magistrati, a patto di non perdere di vista che l'interesse tutelato dalla norma costituzionale è *esclusivamente* quello del sereno ed indipendente esercizio della giurisdizione». L'A. osserva, ancora, che «poiché l'inamovibilità è strumentale all'indipendenza della giurisdizione, essa deve cedere di fronte all'indipendenza in tutti i casi in cui quest'ultima è minacciata dal permanere di un magistrato in una certa sede».

⁹⁰ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 165.

⁹¹ L'istituto delle pratiche a tutela è ora disciplinato dal nuovo art. 21-bis del Regolamento interno del CSM.