

**IL CASO DE MAGISTRIS: QUALCHE NOTA IN TEMA DI TRASFERIMENTO DEI
MAGISTRATI E RISPETTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI
DI INAMOVIBILITÀ E IMPARZIALITÀ**

di Francesca Biondi *

1. La recente vicenda che ha coinvolto il sostituto procuratore di Catanzaro De Magistris offre molti spunti di riflessione ai costituzionalisti e, in particolare, costituisce l'occasione per valutare la compatibilità costituzionale della disciplina attualmente vigente in tema di **trasferimenti dei magistrati**. Il pubblico ministero di cui tanto si discute è, infatti, coinvolto in due distinti procedimenti pendenti di fronte al Csm: alla prima commissione si discute della necessità di trasferirlo per incompatibilità ambientale e funzionale (art. 2 r.d.lgs. n. 511 del 1946); la Sezione disciplinare, invece, oltre a dover valutare i fatti ascrittigli, deve preliminarmente decidere in merito alla richiesta di trasferimento cautelare.

Sia chiaro che quanto si dirà non riguarda l'ulteriore (e patologica) situazione in cui si è trovato il medesimo magistrato, al quale le indagini sono state avviate sul presupposto che egli non potesse essere imparziale nei confronti del Ministro della Giustizia da lui iscritto nel registro degli indagati, ma anche organo che, nei suoi confronti, aveva promosso l'azione disciplinare. Con riferimento a questa ipotesi, i principi costituzionali in rilievo sono diversi e altrettanto complessi, ma riguardano un tema differente - che qui non appare coerente affrontare -, ossia il significato del principio di imparzialità dei pubblici ministeri e il bilanciamento tra principio di indipendenza dei pm e l'esistenza di relazioni gerarchiche all'interno degli uffici di procura, dettate dall'esigenza di coordinamento delle indagini.

2. E' noto che, in tema di trasferimenti dei magistrati, la disposizione costituzionale di riferimento è l'art. 107 Cost., che sancisce il **principio di inamovibilità**, quale garanzia essenziale dell'indipendenza dei magistrati. E' anche noto che la formulazione della disposizione costituzionale, da una parte, risponde all'esigenza di sottrarre al Ministro della Giustizia la decisione di spostare i magistrati dalla propria sede o dalle proprie funzioni, attribuendo tale possibilità al solo Csm, dall'altra, cerca di proteggere il magistrato anche all'interno della magistratura, stabilendo che la decisione del Csm, se manca il consenso dell'interessato, debba essere adottata "per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario". La riserva di legge, qualificata dalla maggioranza della dottrina come assoluta, dovrebbe dunque escludere la discrezionalità del Csm.

Se chiaro risulta il quadro costituzionale, invece molto più discussa è sempre stata la legislazione di attuazione.

In particolare, l'attenzione della dottrina, ma anche della giurisprudenza, si è spesso concentrata sull'istituto del **trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale** (art. 2 r.d.lgs. n. 511 del 1946), che consente al Csm di destinare i magistrati ad altra sede o funzione, "quando, per qualsiasi causa, anche indipendente da loro colpa, non possano, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario".

La dottrina ha sempre avanzato molte riserve nei confronti di questa disposizione, ritenendo che l'eccessiva genericità della norma non soddisfi la riserva di legge. Non solo: proprio la mancata predeterminazione dei casi di trasferimento e il riferimento al "prestigio dell'ordine giudiziario" hanno fatto sì che si verificassero interferenze e sovrapposizioni con le valutazioni disciplinari.

La riserve nei confronti della formulazione dell'art. 2 cit. erano, infatti, accentuate dalla constatazione che il provvedimento di trasferimento - adottato dal *plenum* del Csm sulla base della proposta avanzata dalla prima commissione - veniva molto spesso utilizzato o come strumento alternativo a quello disciplinare, sulla base di una autonoma iniziativa del Csm (senza cioè che la richiesta provenisse dai soggetti legittimati ad intraprendere l'azione disciplinare), oppure come misura cautelare d'urgenza, in attesa della sentenza della Sezione disciplinare, che ben poteva disporre il trasferimento, ma solo all'esito del processo, quale sanzione accessoria (ex art. 21, comma 6, r.d.lgs. n. 511 del 1946). Tale era la sovrapposizione delle due valutazioni che, in passato, era stato autorevolmente proposto di ricondurre la misura del trasferimento d'ufficio nell'ambito dei giudizi disciplinari, affidandone la competenza all'apposita Sezione, con le garanzie previste per i procedimenti disciplinari (cfr. la *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura*, presieduta dal Prof. Paladin, in *Giur. Cost.* 1992, 1013).

A questa prassi, evidentemente distorsiva, ha sempre cercato di porre un freno la giurisprudenza, invitando a tenere ben distinti i presupposti che stanno alla base dell'istituto del trasferimento d'ufficio ex art. 2 cit. da quelli che giustificano l'apertura di un giudizio disciplinare, anche alla luce della diversa natura dei due procedimenti.

In particolare, la Corte costituzionale, nell'unica occasione in cui è stata chiamata a pronunciarsi su questi temi, ha affermato che il trasferimento ex art. 2 cit. può essere adottato solo se predisposto a tutela della funzione giurisdizionale "oggettivamente" intesa, e, di conseguenza, ha nettamente distinto la natura amministrativa del trasferimento d'ufficio per incompatibilità dalla natura giurisdizionale del procedimento disciplinare (traendone anche importanti conseguenze sulla tutela del diritto di difesa) (v. sent. 457/2002).

Questa impostazione è anche alla base di moltissime decisioni del Tar Lazio e del Consiglio di Stato, di fronte ai quali il provvedimento amministrativo del Csm può essere impugnato e riesaminato nel merito. In esse si legge che il trasferimento “*non mira a sanzionare un contegno lesivo del prestigio dell’ordine giudiziario, avente carattere di illecito e sanzionato sul piano disciplinare, e prescinde del tutto dall’accertamento di profili oggettivi di responsabilità. Esso ha il solo scopo di rimuovere sopravvenuti impedimenti al regolare funzionamento degli uffici giudiziari, allorché per qualsiasi causa il magistrato non possa più esercitare la funzione giurisdizionale nella sede che occupa alle condizioni richieste dal prestigio dell’ordine giudiziario*” (cfr., tra le moltissime, Cons. St., sez. IV, 3.3.2006, n. 1035, in *Foro amm. Cds* 2006, 804). La lesione del “prestigio dell’ordine giudiziario” è stata riscontrata quando fatti oggettivi hanno determinato nell’ambiente esterno una percezione sfavorevole circa l’indipendenza e l’obiettività del magistrato nell’esercizio della funzione giudiziaria (Cons. St., sez. IV, 7.3.2007, n. 867, in *Foro amm. Cds* 2005, 3718). Ciò avviene, ad esempio, quando il Csm prende in esame una situazione obiettiva, ai limiti del notorio, di crisi dell’ufficio giudiziario, derivante dall’abnorme deterioramento dei rapporti interni all’ufficio e dalla sua eccessiva esposizione nell’ambiente esterno. Ma potrebbe anche accadere che la decisione venga assunta a garanzia dell’indipendenza del magistrato “sul piano rigorosamente *oggettivo*”, come mezzo per togliere il giudice dall’imbarazzo di dovere amministrare giustizia in circostanze “difficili” (G. Silvestri, *Giurisdizione e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 144).

3. La distanza tra la prassi invalsa all’interno del Csm e i rilievi della dottrina e della giurisprudenza amministrativa hanno indotto il legislatore, in occasione della **recente riforma dell’ordinamento giudiziario**, a riconsiderare la normativa vigente, con l’obiettivo – pienamente condivisibile - di affermare chiaramente la natura non disciplinare del trasferimento d’ufficio, anche se – come si cercherà di mettere in luce - i risultati di questo intervento normativo risultano per certi versi ancora discutibili.

Anzitutto, l’art. 2 cit. è stato modificato, sostituendo il riferimento al “prestigio dell’ordine giudiziario” a favore della formula “con piena indipendenza e imparzialità”, e stabilendo espressamente che il trasferimento può essere disposto solo per cause indipendenti dalla “colpa” del magistrato (ora, dunque, i magistrati sono trasferiti quando “per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità”). L’esclusivo riferimento alle cause indipendenti da colpa del magistrato riduce la portata applicativa della norma, in quanto ora si potrà ricorrere all’art. 2 cit. solo se la situazione che determina l’apertura della pratica non risulta sussumibile in alcuna delle fattispecie disciplinari

delineate nel d.lgs. 109/2006 e se non risulta riconducibile a comportamenti del magistrato.

L'obiettivo del legislatore di impedire l'uso "paradisciplinare" del trasferimento amministrativo è confermato dalla norma transitoria (art. 26, comma 2, dlgs. 109/2006) che impone alla prima commissione di trasmettere al Procuratore generale gli atti relativi ai procedimenti di trasferimento pendenti per fatti astrattamente riconducibili a fattispecie disciplinari.

Per venire, però, incontro alle esigenze cautelari nel processo disciplinare è stata inserita la possibilità che la Sezione disciplinare, nei casi di procedimento disciplinare per addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonizione, su richiesta dei titolari dell'azione disciplinare, ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano gravi motivi di particolare urgenza, possa disporre, in via cautelare e provvisoria, il trasferimento del magistrato incolpato ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni (art. 13, comma 2, d.lgs. 109/2006).

E', infine, da segnalare un'ulteriore disposizione in tema di trasferimenti, introdotta, successivamente, con la l. n. 269/269. Si tratta di una norma la cui formulazione si presta a non pochi dubbi interpretativi. Tuttavia – per quanto a noi interessa – sembra che, quando il magistrato è sottoposto a procedimento penale, anche per i casi di minore gravità che non importano la "sospensione" cautelare dalle funzioni e dallo stipendio, il Ministro o il Procuratore generale possano chiedere alla Sezione disciplinare il trasferimento provvisorio dell'incolpato ad altro ufficio o distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato nell'art. 11 c.p.p. che individua la competenza in caso di reati commessi dai magistrati (art. 22, comma 1, d.lgs. 109/2007)

4. In linea generale, l'intervento normativo appena esposto appare apprezzabile poiché, coerentemente a quanto sottolineato anche dalla giurisprudenza costituzionale, si basa sulla differenza tra trasferimento per incompatibilità "senza colpa" e provvedimento sanzionatorio, in modo che sia sempre l'organo disciplinare, con le garanzie processuali da esso adottate, a valutare fatti che abbiano rilevanza disciplinare.

Diversa posizione continua, invece, a manifestare il **Consiglio superiore della magistratura**.

Nel parere reso su richiesta del Ministro della Giustizia il 15 luglio 2004 sul secondo maxi-emendamento al ddl di riforma dell'ordinamento giudiziario, esso aveva chiaramente manifestato la propria contrarietà alle modifiche normative prima esposte, rilevando che *"La norma non può essere condivisa poiché pone a fondamento della distinzione tra la competenza amministrativa e quella giurisdizionale la nozione di "incolpevolezza" che non è idonea ad essere utilizzata in una fase pregiudiziale, di valutazione della sussistenza dei requisiti di competenza, richiedendo invece una valutazione ex post all'esito di approfonditi*

accertamenti". Tale critica è stata ribadita nelle risoluzioni del 18 gennaio 2006 e del 6 dicembre 2006.

Ancora più significativa è la risoluzione del 24 gennaio 2007, in cui, alla luce dell'esperienza del primo periodo di applicazione della nuova normativa, il Csm ritiene di essere stato privato di strumenti incisivi di intervento attivabili d'ufficio a tutela delle "fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa" e, pertanto, propone, pur distinguendo l'intervento amministrativo dall'accertamento giurisdizionale di tipo individuale, di ipotizzare *"una configurazione del presupposto del nuovo istituto comprensiva anche delle "condotte colpevoli" del magistrato e una più analitica descrizione del "bene protetto" (proiettata verso la regolarità e credibilità del servizio laddove il decreto legislativo n. 109/2006 fa riferimento alla "indipendenza e imparzialità" del magistrato e il testo previgente dell'art. 2 al "prestigio dell'Ordine giudiziario")"*.

Di fronte a questa posizione del Csm, appare opportuno osservare che la prima commissione, prima di decidere se proseguire o chiedere l'archiviazione, può operare le valutazioni che ritiene opportune, anche considerata la completezza delle informazioni che può ricevere.

La distinzione operata dai recenti interventi normativi, infatti, non le impedisce di ricevere comunque, in modo completo, tutte le informative concernenti i magistrati (rapporti, esposti, doglianze, ricorsi), anche al fine di esercitare le diverse competenze ad essa attribuite (oltre alle procedure di cui all'art. 2 cit., le richieste di tutela dell'indipendenza e del prestigio dei magistrati, l'esame delle relazioni conclusive delle inchieste amministrative eseguite dall'Ispettorato generale presso il Ministero della Giustizia, l'accertamento dei casi di incompatibilità previsti dagli artt. 16, 18 e 19 ord. giud., nonché di eventuali situazioni di incompatibilità originate da rapporto di coniugio o comunque da stabile convivenza). L'informazione sarà dunque completa, anche con riferimento alle pratiche ex art. 2 cit. L'unico limite consiste nell'obbligo di proporre l'archiviazione con contemporanea informazione ai titolari dell'azione disciplinare, qualora i fatti di cui è venuta a conoscenza possano essere astrattamente riconducibili ad una fattispecie disciplinare.

Con riferimento, invece, alla richiesta di ampliare i propri poteri di intervento, appare utile ribadire che la distinzione fra trasferimento con o senza colpa è ragionevolmente fondata sulla necessità di tutelare pienamente il diritto di difesa dei magistrati coinvolti con le garanzie giurisdizionali che caratterizzano il solo procedimento disciplinare; di evitare che essi siano costretti, per fatti analoghi, ad essere valutati in una duplice sede (sul punto, v. anche *infra*); e di impedire che il Csm possa, attraverso il trasferimento "colpevole", aggirare la Costituzione che scinde il giudizio disciplinare, attribuito al Csm, dalla sua titolarità, di esclusiva competenza del Ministro della Giustizia. Solo rispettando queste condizioni e, comunque, predeterminando in modo tassativo i presupposti che giustificano il trasferimento (non, cioè, rinviando meramente alla tutela della credibilità della funzione giudiziaria), sarebbe possibile ampliare i

poteri amministrativi del Csm. Del resto, la Costituzione tutela il principio di indipendenza “interna” tanto quanto quello di indipendenza “esterna”.

5. A prescindere dalle valutazioni più o meno positive sulla riduzione dell’ambito di applicabilità del trasferimento amministrativo per incompatibilità, i recenti interventi normativi non cancellano - come accennato - altri problemi di rilevanza costituzionale.

In primo luogo, non si può sottacere che l’aver omesso di specificare i motivi che possono dare luogo al trasferimento ex art. 2 cit. mantiene inalterati i dubbi di costituzionalità rispetto alla riserva di legge assoluta contenuta all’art. 107 Cost.

In secondo luogo, questa disciplina suscita qualche perplessità con riferimento al rispetto del **principio di imparzialità** degli organi decidenti e, in particolare, della Sezione disciplinare. Si ricordi, infatti, che, nella sentenza n. 262 del 2003, la Corte costituzionale, pur senza giungere a qualificare espressamente la Sezione disciplinare come organo giurisdizionale, ha affermato che l’imparzialità del giudicante deve essere garantita in tutti i tipi di processo, anche in quello disciplinare.

Si considerino, allora, due ipotesi, entrambe verificatesi nel caso De Magistris.

Anzitutto, il fatto che la Sezione disciplinare possa essere chiamata a disporre il **trasferimento cautelare** (ex art. 13, comma 2, come nel caso da cui hanno origine queste riflessioni, oppure ex 26 d.lg.s 109/2006) può pregiudicare l’imparzialità dei componenti della Sezione con riferimento alla decisione finale. Si pensi al fatto che il prossimo 13 dicembre la Sezione disciplinare dovrà pronunciarsi sulla richiesta cautelare di trasferimento di De Magistris avanzata dal Ministro della Giustizia, per poi proseguire nel merito il proprio giudizio. Nella prassi nessun consigliere ritiene per questo di doversi astenere.

Se, invece, si ritiene necessario garantire il principio di imparzialità in modo pieno, analogamente a ciò che avviene nei processi penali, dove il giudice che ha disposto la misura cautelare personale diviene per ciò stesso incompatibile a proseguire il giudizio, si potrebbe richiamare l’art. 6 l. n. 195/1958, che consente la sostituzione dei componenti della Sezione disciplinare in caso di assenza, impedimento, astensione e ricusazione, e l’art. 3bis del regolamento interno del Csm, interpretato in modo costituzionalmente conforme. Tale ultima disposizione è stata modificata per dare seguito alla già citata sentenza n. 262/2003 con cui, attraverso un’additiva di principio, era stata dichiarata l’incostituzionalità dell’art. 4 l. n. 195 del 1958, relativo alla composizione della Sezione disciplinare, nella parte in cui non prevede l’elezione da parte del Csm di un numero di supplenti sufficiente a sostituire i componenti della sezione, in caso di giudizio di rinvio da parte della Cassazione. L’art. 3bis si riferisce espressamente alla sentenza n. 262/2003 e, quindi, sembrerebbe, applicarsi al solo caso del rinvio da parte della Cassazione, per evitare

che gli stessi componenti rivalutino un caso già definitivamente deciso, ma ben potrebbe essere esteso anche all'ipotesi ora considerata.

La seconda ipotesi si può verificare quando, nonostante la distinzione tra **trasferimento d'ufficio "senza colpa" e responsabilità disciplinare**, lo stesso magistrato, per fatti diversi o solo parzialmente sovrapponibili, e sulla base di valutazioni fondate su presupposti e obiettivi differenti, è soggetto ad entrambi i procedimenti. Ad esempio, come sta accadendo nel caso che vede coinvolto il pubblico ministero De Magistris, quest'ultimo è stato recentemente sentito dalla prima commissione con riferimento alle dichiarazioni da egli rese alla stampa, mentre per altri fatti si è proceduto a richiedere al *plenum* del Csm una decisione di non luogo a procedere con contemporanea trasmissione degli atti ai titolari dell'azione disciplinare (v. comunicato stampa della prima commissione del 24.10.2007 in *ww.csm.it*).

Le problematiche di questa ipotesi sono state certamente ridotte dalla recente riforma, che, - come visto - ha imposto di distinguere i presupposti dei due procedimenti. Tuttavia, qualche dubbio sull'imparzialità dei componenti della sezione disciplinare si possono ancora porre, in quanto questi ultimi abbiano già votato, nel *plenum*, sulle proposte avanzate dalla prima commissione nei confronti di un magistrato soggetto a procedimento disciplinare e con riferimento a fatti analoghi a quelli disciplinarmente rilevanti, se non, addirittura, abbiano partecipato ai lavori della prima commissione (l'eventualità non è così astratta, se si considera che molti dei componenti della prima commissione sono anche membri effettivi o supplenti della Sezione disciplinare).

Nella prassi, chi ha già conosciuto i fatti disciplinarmente rilevanti ai fini della richiesta di trasferimento non ha mai ritenuto opportuno astenersi dal giudizio disciplinare.

Di fronte a questi casi si potrebbe osservare - come presumibilmente ritengono i consiglieri del Csm - che si tratta davvero di valutazioni aventi natura differente, riguardanti fatti diversi e, per questo, che l'imparzialità dei membri della Sezione non sia pregiudicata. La soluzione appare, però, un po' formalistica, tanto che qualche dubbio se lo pone anche, in una recente intervista, il Vicepresidente del Csm, Nicola Mancino (*La Repubblica*, 29.10.2007).

Ovviamente, anche imporre l'obbligo di astensione creerebbe non pochi problemi, anzi, porrebbe problemi pressoché insormontabili, se è vero che tutte le decisioni del Csm, ad eccezione di quelle disciplinari, devono essere assunte dal *plenum* e, quindi, non vi sarebbero mai componenti davvero imparziali. L'unica soluzione praticabile sarebbe, infatti, quella - avanzata dallo stesso Mancino - di procedere ad una revisione costituzionale, in modo da sottrarre la funzione disciplinate al Csm per attribuirle ad organo diversamente composto.

* Ricercatore confermato di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali