

N. 200 Reg. ordinanze 2012

Ordinanza del 15 giugno 2012 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Cisterna Alberto c/Ministero della giustizia e Consiglio superiore della magistratura

N. _____ REG.PROV.COLL.
N. 03894/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso n. 3894 del 2012, proposto da Cisterna Alberto, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Lirosi ed Angelo Clarizia, presso lo studio del secondo elettivamente domiciliato, in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

contro

- il Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t.;
 - il Consiglio Superiore della Magistratura, nella persona del Presidente p.t.;
- rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono elettivamente domiciliati, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

per l'annullamento

- dell'ordinanza n. 62/2012 emessa il 17 maggio 2012 dalla Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, nella parte in

cui è stato disposto il trasferimento provvisorio del dott. Cisterna al Tribunale di Tivoli;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ed in particolare della Circolare del C.S.M. n. 12046 dell'8 giugno 2009, paragrafo XXVII, nella parte in cui attribuisce alla Sezione Disciplinare la possibilità di indicare la sede e l'ufficio di destinazione in caso di trasferimento cautelare d'ufficio.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla Camera di Consiglio del 6 giugno 2012 il dott. Roberto POLITI; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza;

Premette il ricorrente, in servizio dal 6 marzo 2002 con funzione di Sostituto Procuratore Nazionale antimafia presso la Direzione Nazionale Antimafia in Roma, di essere stato nominato Procuratore Nazionale antimafia aggiunto, con contestuale attribuzione delle funzioni semidirettive, con delibera del C.S.M. del 17 ottobre 2010.

Il 18 ottobre 2011, la Prima Commissione del C.S.M. deliberava l'apertura, a carico del ricorrente, di una procedura di trasferimento d'ufficio ex art. 2 del R.D.Lgs. 511/1946, avente a presupposto una



vicenda insorta presso la Procura della Repubblica di Reggio Calabria.

Il 19 marzo 2012 la Commissione proponeva al Plenum il trasferimento d'ufficio del dott. Cisterna a funzioni diverse da quelle di coordinamento nazionale antimafia.

Nelle more, l'interessato aveva presentato domanda di partecipazione alla procedura selettiva per il conferimento delle funzioni di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Ancona, risultando destinatario di una delle due proposte rassegnate dalla competente Terza Commissione al Plenum del C.S.M.

A fronte della deliberazione, assunta da quest'ultimo, in favore dell'altro magistrato designato, il dott. Cisterna proponeva ricorso, accolto con sentenza passata in giudicato della Sezione IV del Consiglio di Stato n. 2295 del 18 aprile 2012.

Il successivo 3 aprile, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione esercitava, nei confronti del magistrato, azione disciplinare con contestuale richiesta di trasferimento cautelare ad altre funzioni, ex art. 13 del R.D.Lgs. 511/1946.

Con l'avversata ordinanza, la Sezione Disciplinare disponeva il trasferimento in via cautelare dell'interessato presso il Tribunale di Tivoli.

Insorge il dott. Cisterna avverso tale provvedimento - nella parte in cui individua le funzioni giudicanti da esercitare presso la sede da ultimo indicata; e dispone il relativo trasferimento - alla luce dei

seguenti argomenti di doglianza:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 22 del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109. Violazione e falsa applicazione della 13 e 22 del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109. Violazione e falsa applicazione del Regolamento interno del C.S.M. Incompetenza. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per ingiustizia, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e sviamento di potere. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Violazione dell'art. 107 della Costituzione. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione dei principi generali in tema di organizzazione giudiziaria.




Contesta la parte che, alla luce del quadro normativo di riferimento relativo alle fattispecie di trasferimento d'ufficio dei magistrati ad altra sede (artt. 13 e 22 del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109), in relazione al fondamentale referente di cui all'art. 107 della Costituzione, la gravata determinazione sia stata assunta da organo (la Sezione Disciplinare del C.S.M.) incompetente, in quanto la relativa attribuzione sarebbe esclusivamente esercitabile, su proposta della Terza Commissione, dal Plenum dell'Organo di autogoverno.

Assume, in proposito, l'illegittimità della Circolare del C.S.M. n. 12046 dell'8 giugno 2009, nella parte in cui (paragrafo XXVII) attribuisce alla Sezione Disciplinare la possibilità di indicare la sede e l'ufficio di destinazione, nel caso di trasferimento cautelare d'ufficio del magistrato.

Nel ribadire come le relative attribuzioni spettino, diversamente, alla Terza Commissione (proposta) ed al Plenum (adozione del provvedimento di trasferimento), assume parte ricorrente che la previsione da ultimo richiamata si ponga in violazione dell'art. 107 della Costituzione, nella parte in cui opera un trasferimento di competenze della predetta Commissione (in via amministrativa) alla Sezione Disciplinare (in sede giurisdizionale).


L'ordinanza impugnata, inoltre, sarebbe illegittima nella parte in cui l'individuazione delle funzioni da esercitare presso il Tribunale di Tivoli determina la perdita (seppur temporanea) delle funzioni semidirettive delle quali il ricorrente è investito, in violazione delle previsioni dettate dagli artt. 9 e 12 del D.Lgs. 109/2006.

 Sotto il profilo procedimentale, da ultimo, l'esercizio delle funzioni in discorso da parte della Sezione Disciplinare ha precluso al magistrato interessato la facoltà di addurre le proprie osservazioni e/o preferenze in ordine alla sede di destinazione, prevista dalla Circolare in rassegna ai fini della formulazione della proposta al plenum da parte della Terza Commissione.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Con memoria depositata il 1° giugno 2012, il dott. Cisterna ha ribadito e sviluppato il nucleo argomentativo già rappresentato con l'atto introduttivo del giudizio, ribadendo le esposte conclusioni.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito



preliminarmente l'inammissibilità del gravame in ragione dell'affermato difetto di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo; ed ha, ulteriormente, analiticamente controdedotto, conclusivamente invocando il rigetto dell'impugnativa in ragione dell'affermata infondatezza delle doglianze con essa sottoposte all'esame della Sezione.

L'istanza cautelare, ritenuta per la decisione alla Camera di Consiglio del 6 giugno 2012, è insuscettibile di immediata delibazione in quanto dubita la Sezione della legittimità costituzionale degli artt. 13 e 22 del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, nella parte in cui suscettibili di essere interpretati nel senso dell'attrazione all'Autorità giudiziaria ordinaria della cognizione giurisdizionale in ordine alla determinazione (amministrativa) di individuazione della sede di destinazione del magistrato, nel caso di trasferimento cautelare disposto nell'ambito del procedimento disciplinare, per contrasto con i parametri di cui agli artt. 3, 24, 97, 103 104 e 107 della Costituzione.

1. Se i motivi della dubitata compatibilità costituzionale delle suindicate disposizioni verranno infra illustrati, preme fin da ora sottolineare, ai fini della dimostrazione della rilevanza assunta ai fini del decidere dalla questione che la Sezione intende sottoporre al giudizio della Corte Costituzionale, che la delibazione dell'istanza cautelare dalla parte ricorrente incidentalmente proposta e chiamata alla decisione all'odierna Camera di Consiglio, è preclusa in difetto



della appartenenza alla giurisdizione del giudice amministrativo della cognizione della relativa controversia.

Milita in tal senso, con inequivoco significato, il disposto dell'art. 10, comma 2, c.p.a., nella misura in cui inibisce al giudice amministrativo l'adozione di misure cautelari nel caso in cui quest'ultimo dubiti della sussumibilità della controversia nel plesso giurisdizionale al medesimo rimesso.


Se è pur vero che l'indicata disposizione disciplina l'ipotesi di proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., è parimenti indubitabile che tale norma abbia posto una fondamentale coordinata ordinamentale, che non consente l'adozione (e, prima ancora, la deliberazione) di provvedimenti cautelari laddove sia controversa l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione giurisdizionale in ordine alla presupposta controversia.

In tal senso, ritiene il Collegio di non poter allo stato esercitare – anche alla luce dell'orientamento manifestato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione in ordine all'actio finium regundorum riguardante la spettanza della cognizione in ordine alla materia oggetto della presente controversia, di cui infra – il potere cautelare al medesimo rimesso, in difetto della preventiva verifica della corretta individuazione dell'organo giurisdizionalmente competente, che si attegga quale precipitato logico-giuridico della questione di costituzionalità involgente i riferimenti normativi


precedentemente citati.

Conseguentemente, la definizione della questione di legittimità costituzionale che con la presente ordinanza si intende sottoporre al vaglio della Corte Costituzionale, riveste ineludibile carattere di pregiudizialità per l'esercizio del sollecitato potere cautelare, conferendo alla questione stessa carattere di chiara rilevanza ai fini della richiesta di pronuncia che si intende rivolgere al Giudice delle leggi.

2. La decifrazione della questione di legittimità costituzionale che la Sezione intende sollevare impone una previa ricognizione del quadro normativo di riferimento, segnatamente per quanto concerne l'esercitabilità del potere di disporre il trasferimento d'ufficio del magistrato ad altra sede di servizio nelle more dello svolgimento del procedimento disciplinare al quale quest'ultimo sia sottoposto.



Viene, innanzi tutto, in considerazione l'art. 13, comma 2, del D.Lgs. 109/2006, per effetto del quale "nei casi di procedimento disciplinare per addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonizione, su richiesta del Ministro della giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, in via cautelare e provvisoria, può disporre il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato".



Il successivo art. 22, originariamente, disciplinava la sospensione cautelare facoltativa del magistrato "sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva", ovvero nei cui confronti potessero "essere ascritti fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare che, per la loro gravità, siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni".

In tale fattispecie, il Ministro della Giustizia o il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione "possono chiedere alla Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura la sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio, e il collocamento fuori dal ruolo organico della magistratura, anche prima dell'inizio del procedimento disciplinare".

Rispetto all'originario testo dell'art. 22, l'art. 1, comma 3, lett. n), della legge 24 ottobre 2006 n.269 ha aggiunto il seguente periodo


"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'articolo 11 del codice di procedura penale" (ovvero, diverso dal distretto competente a conoscere dei procedimenti sui magistrati del distretto da cui proviene il magistrato trasferito).


Risulta, in tal modo, essere stata introdotta un'ulteriore ipotesi di trasferimento "cautelare" operante nei casi di "minore gravità".

La ratio della norma appare insita nell'esigenza di scongiurare che,

per l'appunto nella fattispecie "meno gravi", operasse esclusivamente la fattispecie della ~~la~~ sospensione dalle funzioni del magistrato: accanto alla quale, per effetto della riportata sopravvenienza, risulta ora percorribile anche la diversa opzione, parimenti preordinata al soddisfacimento di esigenze di cautela, dell'adibizione temporanea a sede diversa rispetto a quella di (attuale) appartenenza.


Il comma 2 dell'art. 22 disciplina poi – diversamente dall'art. 13 – le modalità di svolgimento procedimentale, contemplando la convocazione del magistrato dinanzi alla Sezione Disciplinare "con un preavviso di almeno tre giorni" e rimettendo a quest'ultimo l'esercizio del potere decisorio "dopo aver sentito l'interessato" (il quale può farsi assistere da altro magistrato o da un avvocato) o "dopo aver constatato la sua mancata presentazione".

 Da ultimo, il comma 1 dell'art. 24 stabilisce che "L'inculpato, il Ministro della Giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione possono proporre, contro i provvedimenti in materia di sospensione di cui agli articoli 21 e 22 e contro le sentenze della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, ricorso per cassazione, nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale. Nei confronti dei provvedimenti in materia di sospensione il ricorso non ha effetto sospensivo del provvedimento impugnato"; mentre il successivo comma rimette la decisione alla Corte di Cassazione a sezioni unite civili, "entro sei mesi dalla data di proposizione del ricorso".



Va fin da ora anticipato, con riferimento alla lacuna dispositiva ravvisabile nell'art. 24 (mancato richiamo alle previsioni dettate dall'art. 13 dello stesso Decreto 109) come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione abbiano orientato il proprio convincimento esercitando un'opzione ermeneutica "costituzionalmente orientata", con estensione dell'ambito di applicabilità dello stesso art. 24 anche alla fattispecie dell'art. 13 (cfr., in proposito, la pronuncia delle SS.UU. n. 19568/2011, sulla quale il Collegio intende più avanti soffermare la propria attenzione).

3. Fermo il fondamentale principio dell'inamovibilità del magistrato, per come sancito dall'art. 107 Cost., le ipotesi di trasferimento d'ufficio del magistrato trovano, quindi, disciplina nell'articolazione di fattispecie di seguito esemplificata:



a) la Sezione disciplinare del C.S.M. dispone il trasferimento quale sanzione accessoria di una sanzione disciplinare diversa dall'ammonimento e dalla rimozione ove ricorra una delle violazioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) e nel caso in cui è inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni (art. 13, comma 1, ultima parte, del D.Lgs. 109/2006);

b) la Sezione disciplinare del C.S.M. può disporre il trasferimento quale sanzione accessoria di una sanzione disciplinare diversa dall'ammonimento e dalla rimozione se la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento della giustizia (art. 13, comma 1, prima parte, del D.Lgs.

109/2006);

c) la Sezione disciplinare del C.S.M. può disporre, in via cautelare e provvisoria, il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato nei casi di procedimento disciplinare per addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonimento, su richiesta del Ministro della Giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza (art. 13, comma 2, del D.Lgs. 109/2006);

d) la Sezione disciplinare del C.S.M. può disporre il trasferimento provvisorio dell'incolpato ad altro ufficio di un distretto limitrofo, su richiesta del Ministro della Giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, quando il magistrato è sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva o quando al medesimo possono essere ascritti fatti rilevanti sotto un profilo disciplinare, nei casi di minore gravità (art. 22 del D.Lgs. 109/2006);

e) il Ministro della Giustizia, su parere del C.S.M. (vincolante quando si tratta di magistrati giudicanti), può disporre il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni quando i magistrati si trovino in una delle situazioni di incompatibilità previste dagli artt. 16 (incompatibilità di funzioni), 18 (incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense) e

4

19 (incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede) dell'ordinamento giudiziario approvato con R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (art. 2, comma 2, del R.D.Lgs. 511/1946);

f) il Ministro della Giustizia, su parere del C.S.M. (vincolante quando si tratta di magistrati giudicanti), può disporre il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni quando i magistrati, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa, non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità (art. 2, comma 2, del R.D.Lgs. 511/1946).

La cognizione giurisdizionale in ordine alle determinazioni che dispongano la diversa collocazione funzionale del magistrato al ricorrere delle indicate fattispecie, si atteggia secondo quanto infra indicato:

se, per quanto attiene alle ipotesi di trasferimento in esito a procedimento disciplinare di cui alle lett. a) e b), senz'altro appartiene alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite ai sensi dell'art. 24 del D.Lgs. 109/2006, atteso il carattere "accessorio" rivestito da tale determinazione rispetto alla "principale" misura afflittiva nella quale si sia espresso il potere disciplinare esercitato nei confronti del magistrato

e se rientra nelle attribuzioni proprie della giurisdizione amministrativa in relazione alle ipotesi di trasferimento in esito a procedimento amministrativo di cui alle lett. e) ed f), trattandosi di

atti ministeriali per i quali non è, invero, predicabile alcuna riserva – con conseguente vis atractiva – nelle prerogative rimesse alla Sezione disciplinare del C.S.M. con riveniente ricorribilità dinanzi alle Sezioni Unite della Cassazione

incontra elementi di non chiarita perplessità, anche alla luce dei difformi orientamenti manifestati dalla giurisprudenza amministrativa e della stessa Cassazione, con riferimento alle ipotesi di trasferimento in via provvisoria di cui alle lett. c) e d).

4. Il proprium della non chiarita questione – che, come infra specificato, direttamente involge la presupposta questione interpretativa concernente le richiamate previsioni ex artt. 13 e 22 del D.Lgs. 109/2006 – trova sintesi esplicativa considerando che la cognizione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite:

- se appare incontrovertibile sulla determinazione con la quale la Sezione disciplinare abbia “disposto” il trasferimento (atteso che la relativa fattispecie appieno dimostra sussumibilità nel novero dei poteri da quest’ultima esercitabili, con accessiva rimessione della reclamabilità della determinazione stessa alla Suprema Corte)


- ha, diversamente, formato oggetto di non univoco convincimento per quanto attiene alle controversie (tra le quali è annoverabile, appunto, l’odierna vicenda contenziosa) aventi ad oggetto il provvedimento di individuazione della sede presso la quale il magistrato venga trasferito.

Questa Sezione (sentenze 16 maggio 2011 n. 4229, 7 agosto 2009 n.

8001 e 29 aprile 2009 n. 4454) ha avuto modo di precisare, in proposito, che:

- la giurisdizione, anche per quanto attiene alle ipotesi di trasferimento in via provvisoria di cui all'art. 13, comma 2, e 22 D.Lgs. 109/2006, appartiene alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite in ragione del disposto di carattere generale di cui all'art. 17, comma 3, della legge 195/1958
- mentre rimane, invece, ferma la giurisdizione amministrativa in ordine alle controversie afferenti ai provvedimenti di individuazione della sede presso cui trasferire il magistrato.

Diversamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la precedentemente citata ordinanza 26 settembre 2011 n. 19568:

 nel ribadire che “l'incolpato – al pari del Ministro della giustizia e del Procuratore generale presso la Corte di cassazione può proporre, contro i provvedimenti in materia di sospensione di cui al D.Lgs. n. 109 del 2006, artt. 21 e 22 e contro le sentenze della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, ricorso per cassazione, nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale”

- e nel dare atto che, “testualmente è prevista l'impugnabilità – quanto ai provvedimenti cautelari – solo della sospensione cautelare (obbligatoria ex art. 21 cit. o facoltativa ex art. 22 cit.)”; mentre “non è invece prevista per il trasferimento d'ufficio D.Lgs. n. 109 del 2006, ex art. 13, comma 2 né per quello ex art. 22, comma 1”



ha ritenuto che della disposizione ex art. 24 del D.Lgs. 109/2006 debba darsi "un'interpretazione costituzionalmente orientata".

Nel rammentare come la medesima Corte di Cassazione a Sezioni Unite (11 dicembre 2007 n. 25815) avesse ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale previsione in riferimento all'art. 107 Cost. (il quale, nel sancire il principio dell'inaMOVibilità dei magistrati, prevede che essi possano essere destinati ad altre sedi o funzioni con decisione del Consiglio Superiore della Magistratura, per i motivi e con le garanzie di difesa stabiliti dall'ordinamento giudiziario), la pronunzia in rassegna ha dato atto che " - ove prescritta - l'inoppugnabilità del trasferimento d'ufficio del magistrato in via cautelare verrebbe verosimilmente a collidere con tale parametro ridondando in un deficit delle "garanzie di difesa" che l'ordinamento giudiziario è chiamato ad approntare ex art. 107 Cost., comma 1, perché i magistrati possano essere "dispensati" o "sospesi dal servizio" o "destinati ad altre sedi o funzioni". Garanzia questa che non si esaurisce nella mera riserva di legge, specificamente prevista dall'art. 108 Cost., comma 1, ma implica un adeguato livello di tutela del diritto di difesa del magistrato".

Le conclusioni alle quali è pervenuta la pronunzia in rassegna si sono orientate nel senso della "ricorribilità per cassazione dell'ordinanza cautelare ex art. 22, comma 1, cit., in sintonia peraltro con le "forme" della disciplina del processo penale, richiamate dal D.Lgs. n. 109 del

2006, art. 24 che prevedono (art. 311 c.p.p.) la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti adottati in materia di misure cautelari personali (Cass., sez. un., 29 maggio 2009, n. 12717)".

Nel ribadire che "il giudice dell'impugnazione delle sentenze e dei provvedimenti cautelari pronunciati dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura è in ogni caso" la Corte a Sezioni Unite, la decisione di che trattasi ha, ulteriormente, puntualizzato che il ricorso per cassazione potrà recare, "come censura, l'allegazione della violazione dell'art. 22, comma 1, cit. per aver la Sezione disciplinare determinato in concreto l'ufficio di destinazione del magistrato incolpato, trasferito in via provvisoria e cautelare".

Il tale assunto ha trovato conferma, nella prospettazione esplicitata nella pronunzia 19568/2011, nell'affermata sussumibilità "nei poteri della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, che dispone il trasferimento provvisorio d'ufficio del magistrato incolpato ad altro ufficio di distretto limitrofo ai sensi del D.Lgs. n. 109 del 2006, art. 22, di indicare la sede e l'ufficio di destinazione".

Va ulteriormente osservato come le medesime Sezioni Unite, con precedente pronunzia 19566/2011, abbiano ravvisato il fondamento logico-giuridico della ritenuta ascrivibilità alla propria cognizione delle controversie di che trattasi nella "marcata urgenza di provvedere, insita nei presupposti particolarmente restrittivi ed eccezionali della misura (assoggettamento a procedimento penale per

delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva, oppure incolpazione per fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare che, per la loro gravità, siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni): ritenuti tali da mal conciliarsi "con la scissione della cautela in una misura a carattere giurisdizionale pronunciata dalla Sezione disciplinare e, a completamento di questa, in un provvedimento del Consiglio superiore della magistratura a carattere amministrativo, peraltro con un duplice e diverso regime di impugnativa (il ricorso a queste sezioni unite in un caso, il ricorso al giudice amministrativo nell'altro)".

Il fondamento normativo di tale sistemica individuativa della competenza a provvedere in ordine alla sede di trasferimento (e, conseguentemente, della cognizione giurisdizionale, rimessa alle SS.UU. a fronte dell'adozione della relativa determinazione da parte della Sezione Disciplinare del C.S.M.), è stato dalla stessa Corte rinvenuto nella precisazione, contenuta nell'art. 22, della rimessione alla suindicata Sezione della individuazione dell'"ufficio" presso cui destinare il magistrato e su esso fonda la deroga alla giurisdizione amministrativa in favore di quella ordinaria innanzi a sé stessa.

Diversamente, per quanto concerne il trasferimento cautelare disciplinato dal precedente art. 13, la medesima Corte ha precisato che "da una parte tali garanzie del procedimento amministrativo per il magistrato incolpato valgono allorché la misura cautelare del trasferimento provvisorio d'ufficio, adottata dalla Sezione

disciplinare, sia in concreto abbisognevole del completamento costituito dall'individuazione specifica dell'ufficio di destinazione; ciò che è possibile nella fattispecie del D.Lgs. n. 106 del 2009, art. 13, co. 2, cit., che prevede come misura cautelare di carattere generale il trasferimento ad "altra sede" ed è prefigurato nella stessa cit. circolare come ipotesi possibile, ma non esclusiva, nella misura in cui si prevede il provvedimento (amministrativo) di determinazione della sede e dell'ufficio di destinazione, solo "ove non indicati dalla sezione disciplinare".

5. La tesi come sopra sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha incontrato, nell'ambito del presente giudizio, integrale adesione da parte della difesa erariale, la quale (si confronti, in proposito, l'atto defensionale depositato in giudizio il 29 maggio 2012) ha rimarcato, proprio sul fondamento dell'insegnamento come sopra esplicitato in sede regolatoria della giurisdizione, l'esclusa identificabilità - nella determinazione individuativa della sede di destinazione del magistrato cautelatamente "trasferito" - della sostanza di un "provvedimento amministrativo: per l'effetto sostenendo che tale decisione rientri nell'orbita delle attribuzioni lato sensu disciplinari rimesse alla potestà determinativa della Sezione Disciplinare ed al regime di reclamabilità dinanzi alle Sezioni Unite. È da escludere che possano militare, in favore delle ragioni dalla difesa erariale esposte con modalità argomentativa talora eccessivamente assertiva, pretese considerazioni "di ordine

sistematico” che fonderebbero, con carattere di omogeneità, il complessivo assetto del sistema delle impugnazioni dei provvedimenti adottati dalla Sezione Disciplinare del C.S.M.

Se tale postulato, astrattamente assunto, rivela indubbia coerenza logica, il fondamento della tesi erariale - come, del resto, della perimetrazione degli ambiti di cognizione giurisdizionale, secondo quanto dalle Sezioni Unite sostenuto con la decisione in precedenza ampiamente riportata - è basato, ad avviso della Sezione, su un presupposto non correttamente percepito e non appropriatamente valutato.

Presupposto, quest'ultimo, rappresentato dalla confutata natura “provvedimentale” della determinazione avente ad oggetto l'individuazione della sede di destinazione del magistrato cautelatamente trasferito; la cui affermazione non rivela, invero, fondamento alcuno né sotto il profilo della espressa contemplazione normativa, né sotto l'aspetto logico-giuridico.

È ben vero che le ordinanze e le sentenze adottate dalla Sezione Disciplinare del C.S.M. hanno natura giurisdizionale; e risultano, per esplicita indicazione legislativa, impugnabili - esclusivamente - dinanzi alle Sezioni Unite.

Ma è altrettanto vero che non sussistono elementi suscettibili di determinare, rispetto ad esse, la *reductio ad unum* anche della individuazione dell'ufficio di destinazione nell'ipotesi di che trattasi, nell'ottica di una ricomprensione di tale atto nel novero delle

determinazioni “comunque” espressione del potere disciplinare (non potendosi, con ogni evidenza, evocare pretese ragioni di “urgenza nel provvedere” a fondamento della confutata sollecitabilità della tutela giurisdizionale presso il giudice amministrativo; e, con essa, della esclusa adottabilità delle misure cautelari proprie del giudizio celebrato dinanzi a tale organo di giustizia).

Costituisce, invece, ribadito convincimento della Sezione che il potere disciplinare non trovi espressione (anche) nell'adozione del provvedimento di individuazione della sede di servizio presso la quale destinare il magistrato: quanto, piuttosto ed esclusivamente, nella presupposta decisione con la quale, al ricorrere dei pertinenti presupposti di legge, l'organo di autogoverno (attraverso una valutazione rimessa alla Sezione Disciplinare) positivamente apprezzi la configurabilità di un'ipotesi di trasferibilità d'ufficio del magistrato stesso e (conseguentemente) ne disponga (ancorché in via cautelare e provvisoria) l'adibizione presso altro Ufficio giudiziario.

In tal senso, la distinzione - pur elegantemente formulata dalla Sezioni Unite della Corte di Cassazione - fra individuazione della sede di servizio ed individuazione dell'ufficio presso il quale disporre il trasferimento cautelare - con le richiamate ricadute in termini di competenza a provvedere - dimostra sterile conclusione ai fini della diversificazione del potere nella fattispecie esercitabile e della riveniente dequotazione della posizione giuridica soggettiva riconoscibile in capo al magistrato.

Quest'ultima, infatti, conserva pur sempre sostanza e consistenza di interesse legittimo, a fronte di una potestà determinativa che, laddove – come dalla Sezione fermamente ritenuto – estranea all'esercizio del potere disciplinare stricto sensu, non può che essere qualificata quale attribuzione di carattere amministrativo, con l'inevitabile devoluzione delle relative controversie al giudice "naturale" individuato dalla Costituzione (artt. 24 e 103) nell'apparato di giustizia amministrativa.

Nell'escludere che la segmentazione della cognizione giurisdizionale (per l'ipotesi in cui la natura pleno jure provvedimentale della scelta della sede debba, invero inevitabilmente, segnare la devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo) vulneri alcun principio di rango costituzionale meritevole di apprezzamento, è agevole osservare che (come condivisibilmente affermato dalla IV Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 1605/2011) "l'appartenenza di una controversia all'una o all'altra giurisdizione dipende non dall'organo che materialmente emana il provvedimento impugnato, ma dalla natura sostanziale (nella specie, amministrativa o giurisdizionale) di esso".

Nel sottolineare come lo stesso Giudice d'appello, a fronte della linea interpretativa dalla Sezione come sopra sostenuta sul profilo in esame, anche in passato non abbia ritenuto di addurre difformi considerazioni (si confronti, in proposito, la sentenza 4 maggio 2010 n. 2556), va ribadito il convincimento della Sezione in ordine

all'appartenenza al giudice amministrativo della cognizione in ordine alla controversia afferente l'individuazione della sede di trasferimento cautelare, in ragione della natura meramente amministrativa del relativo atto.

6. A completamento del delineato quadro di riferimento, va ulteriormente posto in evidenza che il C.S.M., con Circolare del n. 12046 dell'8 giugno 2009, ha previsto che:

- il trasferimento disposto da sentenza della sezione disciplinare passata in giudicato o da ordinanza cautelare o per motivi di incompatibilità di cui all'art. 2 del R.D.L. 31 maggio 1946 n. 511 o per i motivi indicati negli artt. 18 e 19 dell'Ordinamento Giudiziario dovrà essere eseguito senza indugio e, comunque, entro il termine di giorni trenta dal Consiglio Superiore della Magistratura (comma 1);
- la sede e l'ufficio di destinazione, ove non indicate dalla sezione disciplinare, saranno scelti in considerazione delle esigenze di servizio e dei motivi per i quali il trasferimento è stato disposto e saranno attribuiti con il criterio del concorso virtuale, con esclusione dei posti menzionati al punto 26 del par. V (comma 2);
- la Commissione, prima di proporre il trasferimento, inviterà l'interessato a fare, personalmente o per iscritto, le sue osservazioni o ad esprimere le sue preferenze in ordine alla sede o alle sedi e all'ufficio o agli uffici individuati in applicazione del precedente punto (comma 3);
- nel caso in cui il magistrato trasferito ai sensi del punto 1 ricopra



Handwritten signature or mark.

una carica pubblica nelle amministrazioni degli enti locali, come definite ai sensi dell'art. 77 del D.Lgs. 267 del 18 agosto 2000, l'individuazione della sede di destinazione va effettuata ai sensi del paragrafo XXXI punti 2 e 3 (comma 5).

Dalle riportate previsioni emerge che la scelta della sede o dell'ufficio di destinazione del magistrato cautelamente trasferito, soltanto ove non effettuata dalla Sezione Disciplinare, avverrà in considerazione delle esigenze di servizio e dei motivi per i quali il trasferimento è stato disposto.

Ne consegue che, ferma l'impostazione di cui all'orientamento come sopra manifestato dalle Sezioni Unite in sede di regolazione della giurisdizione, la ascrivibilità della cognizione della controversia in ordine alla individuazione della sede e/o dell'ufficio alle medesime Sezioni Unite verrà a dipendere da una scelta della Sezione Disciplinare dell'Organo di autogoverno.

Se quest'ultima, infatti, riterrà di esercitare detto potere, verrà a determinarsi l'attrazione *ratione materiae* della controversia stessa nell'ambito dell'esercizio dei poteri disciplinari, con riveniente attribuzione dello *jus dicere* alla Suprema Corte; mentre, in caso di declinato esercizio del potere di che trattasi (la Circolare, si ripete, rimette al potere amministrativo l'individuazione della sede e dell'ufficio di destinazione, "ove non indicate dalla sezione disciplinare") è da escludersi che la sostanza del potere stesso e la configurazione dell'organo deputato ad esercitarlo possano escludere

la cognizione del giudice amministrativo.

Le conseguenze di siffatta impostazione teorica sono, invero, aberranti; e rafforzano il convincimento della Sezione di sottoporre all'attenzione di codesta Corte l'anticipata questione di legittimità costituzionale, atteso che la portata delle disposizioni (artt. 13 e 22) del D.Lgs. 109/2006 - ove non correttamente interpretate alla luce dei canoni costituzionali di riferimento - si è dimostrata, evidentemente, suscettibile di inalveare ipotesi interpretative affatto eterodosse rispetto ad una corretta individuazione del crinale ripartitorio della cognizione giurisdizionale.

Infatti:



il potere di individuazione della sede del trasferimento cautelare è, sempre e comunque, di carattere amministrativo: ed allora la cognizione delle relative controversie non può sfuggire alla cognizione del giudice amministrativo;

- ovvero, diversamente, l'inerenza di tale scelta all'esercizio del potere disciplinare determina, in ogni caso (e, quindi, anche laddove l'individuazione non venga operata dalla Sezione Disciplinare, per la quale l'esercizio del potere di che trattasi non assume, come osservato, carattere di indiscriminata obbligatorietà), la devolvibilità della controversia alle Sezioni Unite della Cassazione: circostanza, questa, affatto configgente con le disposizioni che in tale organo individuano l'istanza di reclamabilità delle sole pronunzie della Sezione Disciplinare.

7. È ribadito convincimento del Collegio che le insanabili contraddittorietà della esposta sistematica interpretativa trovino inevitabile fondamento proprio nella contestata natura “amministrativa” della individuazione della sede: a fronte del riconoscimento della quale, indipendentemente dal fatto che la scelta sia assunta, o meno, dalla Sezione Disciplinare, la giurisdizione verrebbe sempre e comunque a radicarsi in capo al Giudice amministrativo.

La sottrazione della cognizione delle controversie di che trattasi all'organo giurisdizionale da ultimo indicato (quantunque suscettibile di dar luogo ad una chiara lettura interpretativa in ordine alla sottesa ratio di concentrazione nel solo giudice disciplinare di “tutte” le questioni lato sensu riconducibili all'esercizio del relativo potere), viene a confliggere, ad avviso della remittente Sezione, con i seguenti parametri costituzionali:

- art. 3, in ragione del differenziato trattamento riservato, quanto alle potenzialità di sollecitazione del sindacato giurisdizionale, al solo magistrato assoggettato a trasferimento “cautelare”;
- art. 24, in ragione della vulnerata potenzialità di piena esplicazione del diritto di difesa, escluso, per il caso di ritenuta giurisdizione delle (sole) Sezioni Unite, dall'attivabilità degli strumenti di tutela cautelare propri del giudizio amministrativo;
- artt. 24 e 103, a fronte della sottrazione alla cognizione del giudice amministrativo di vicende contenziose aventi ad oggetto l'esercizio



del potere amministrativo e sostanziate dalla rappresentazione in giudizio di posizione giuridiche soggettive di interesse legittimo, per le quali negli organi della giustizia amministrativa va ravvisato il "giudice naturale" precostituito per legge;

- art. 97, a fronte della rimessione ad un organo non amministrativo (la Sezione Disciplinare del C.S.M.) dell'esercizio di un potere avente, invece, sostanza propriamente amministrativa, con consentita esercitabilità dell'opzione individuativa della sede e/o dell'ufficio di destinazione del magistrato cautelamente trasferito anche indipendentemente dalla verificabilità della situazione degli organici degli uffici (preordinata a coniugare la relativa scelta con esigenze di ottimale allocazione delle risorse umane), con riveniente vulnerazione dei principi di corretto andamento della Pubblica Amministrazione e di efficacia/efficienza dell'azione amministrativa;

- art. 104, in quanto l'attribuzione in via esclusiva della competenza de qua alla Sezione Disciplinare è idonea ad elidere le attribuzioni rimesse al Plenum dell'Organo di autogoverno, al quale è rimessa l'adozione del (conclusivo) provvedimento di trasferimento a fronte della formulazione della relativa proposta ad opera della III Commissione dell'organo di autogoverno;

- art. 107, in quanto le vulnerate prerogative di tutela riservate, per effetto dell'indicata devoluzione delle controversie di che trattasi alle Sezioni Unite, vengono a suscitare ricadute direttamente pregiudizievoli sull'attuazione del principio di inamovibilità, la cui



dinamica attuazione nell'ordinamento non può prescindere dal necessario coordinamento di esso con l'attuazione di un sistema di piena tutela della posizione giuridica in proposito vantata dal magistrato.

8. Alla stregua di quanto precedentemente illustrato, deve essere pertanto rimessa alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità degli artt. 13 e 22 del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, per contrasto con gli artt. 3, 24, 97, 103, 104 e 107 della Costituzione, nella parte in cui la formulazione di tali previsioni è suscettibile di essere interpretata nel senso che l'individuazione della sede di trasferimento del magistrato sia rimessa alla Sezione Disciplinare del C.S.M., con riveniente reclamabilità delle relative decisioni dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Si rende conseguentemente necessaria la sospensione del giudizio e la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale affinché si pronunci sulla questione anzidetta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) interlocutoriamente pronunciando sul ricorso n. 3894/2012/R.G., come in epigrafe proposto, così dispone:

1) dichiara rilevante e non manifestamente infondata, per violazione degli artt. 3, 24, 97, 103, 104 e 107, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale artt. 13 e 22 del D.Lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, nella parte in cui la formulazione di tali



previsioni è suscettibile di essere interpretata nel senso che l'individuazione della sede di trasferimento del magistrato sia rimessa alla Sezione Disciplinare del C.S.M., con riveniente reclamabilità delle relative decisioni dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione;

2) dispone la sospensione del presente giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

3) ordina che, a cura della Segreteria della Sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti costituite e al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

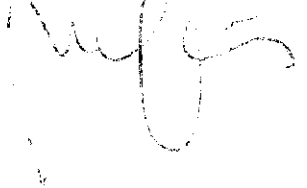
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

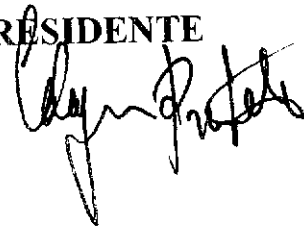
Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Angelo Gabbricci, Consigliere

L'ESTENSORE



IL PRESIDENTE



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II _____

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

18 GIU. 2012

per copia conforme
AL DIRETTORE DELLA SEGRETERIA

Raimondo Gullone



[Handwritten mark]