

A CHI SPETTA SCEGLIERE LA SEDE O L'UFFICIO IN CASO DI TRASFERIMENTO CAUTELARE DEL MAGISTRATO? IL CONTRASTO TRA GIUDICE AMMINISTRATIVO E CASSAZIONE GIUNGE DI FRONTE ALLA CORTE COSTITUZIONALE.

(Breve nota all'ordinanza di rimessione del Tar Lazio del 15 giugno 2012)

di **Francesca Biondi** - *Ricercatrice di Diritto costituzionale presso l'Università Statale di Milano*

1. Tra gli obiettivi dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005 vi era quello di ridurre l'ambito di applicazione dell'istituto del trasferimento d'ufficio ex art. 2 r.d.lgs. n. 511 del 1946, impedendo alla prima commissione del Csm di svolgere una funzione "para-disciplinare" (Zanon-Biondi 2011, 101ss.; Sobrino 2009, 651ss.). A tal fine il legislatore, oltre a riformulare l'art. 2 cit., ha dato alla sezione disciplinare la possibilità di trasferire in via cautelare il magistrato ad altra sede o ad altre funzioni, qualora il procedimento abbia ad oggetto comportamenti punibili con una sanzione più grave dell'ammonizione, e qualora sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano gravi motivi di particolare urgenza (art. 13, comma 2, d.lgs. n.109 del 2006). Successivamente la l. n. 269 del 2006 ha introdotto la possibilità di disporre il trasferimento in via cautelare ad altro ufficio di distretto limitrofo nell'ipotesi in cui il magistrato sia sottoposto a procedimento penale, nei casi meno gravi, come misura alternativa alla sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio e al suo collocamento fuori dal ruolo organico della magistratura (art. 22, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2007).

Tale disciplina normativa ha posto diversi problemi interpretativi (Cassano 2009, 537ss., Dal Canto 2010, 351; Di Amato 2011, 4077ss.). Tra questi, meritano di essere ricordati due profili, tra loro strettamente collegati.

Anzitutto, poiché l'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, intitolato "Impugnazioni delle decisioni della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura", prevede espressamente il ricorso in Cassazione solo 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", ci si è chiesti se anche le ordinanze di trasferimento cautelare adottate ex art. 13 d.lgs. n. 109 del 2006 dovessero essere impugnate di fronte alla Corte di Cassazione (Dal Canto 2010, 351). Quest'ultima ha poi chiarito che, trattandosi di misure cautelari che si fondano sul medesimo presupposto ed unico essendo il procedimento per la loro applicazione, "una interpretazione costituzionalmente orientata" induce ad affermare che per entrambe deve essere seguito lo stesso regime impugnatorio (cfr. Corte di Cassazione, SU, 26 settembre 2011, n. 19566). Del resto, tale soluzione è confortata dalla regola generale contenuta nell'art. 17, comma 3, della l. n. 195 del 1958, secondo cui tutti i provvedimenti in materia disciplinare sono impugnabili di fronte alle sezioni unite della Corte suprema di cassazione.

In secondo luogo, ci si è chiesti se, in caso di trasferimento, la sezione disciplinare debba limitarsi ad adottare la misura cautelare, demandando poi alla terza commissione e al plenum del Csm

l'individuazione della sede o dell'ufficio dove trasferire il magistrato, ovvero possa essa stessa compiere questa scelta.

Seguire l'una o l'altra opzione non è privo di conseguenze per il magistrato.

Se sono la terza commissione e il plenum del Csm a decidere, il procedimento è più lungo e, soprattutto, il magistrato viene "coinvolto" nella scelta della sede, applicandosi, anche in questo caso, il cd. concorso "virtuale" (che costituisce un meccanismo per trasferire un magistrato o assegnarlo ad un'altra sede giudiziaria qualora non sia in corso un'ordinaria procedura concorsuale e non sia possibile attendere la partecipazione del magistrato a future procedure concorsuali ordinarie).

Se, invece, è la sezione a determinare la sede o l'ufficio, la scelta del giudice disciplinare, pur debitamente motivata, sarà fondata su criteri diversi. Si terrà conto dell'organico, e soprattutto delle eventuali scoperture, ma si considererà anche la peculiarità del caso.

L'adozione dell'uno o dell'altro procedimento si riverbera anche sull'individuazione del giudice competente a decidere eventuali ricorsi promossi dal magistrato destinatario del provvedimento: ferma restando, come detto, la competenza della Cassazione a valutare la legittimità del provvedimento cautelare, se la sede del trasferimento è determinata dal plenum del Csm, il provvedimento deve essere impugnato di fronte al giudice amministrativo; se, invece, la decisione è interamente assunta dalla sezione disciplinare, l'impugnazione andrà proposta di fronte alla Cassazione.

Va inoltre sottolineato che, mentre con il ricorso al giudice amministrativo è certamente possibile chiedere la sospensione del provvedimento, se si ricorre in Cassazione si applica la regola secondo cui l'impugnazione del provvedimento disciplinare non ne sospende l'efficacia (v. art. 24 d.lgs. n. 109 del 2006). Resta forse salva la possibilità, in pendenza del ricorso in Cassazione, di chiedere alla sezione disciplinare la sospensione dell'ordinanza cautelare (secondo le disposizioni del c.p.p.), ma è evidente che difficilmente un'istanza di tal genere sarà accolta.

2. In fase di prima applicazione delle nuove disposizioni contenute nel d.lgs. n. 109 del 2006 la sezione disciplinare aveva rimesso la scelta della sede del trasferimento alla terza commissione. Questa soluzione fu presumibilmente adottata in continuità con la prassi precedente. Pur non esistendo, prima del 2005, l'istituto del trasferimento cautelare, ma solo il trasferimento quale sanzione accessoria in caso di condanna disciplinare ad una sanzione più grave dell'ammonizione (ex art. 21 r.d.lgs. n. 511 del 1946), la misura, disposta in sede esecutiva, era adottata con atto formalmente e sostanzialmente amministrativo (Morozzo Della Rocca 2012, 373).

A partire dall'ordinanza n. 184 del 30 novembre 2010 la sezione disciplinare ha invece deciso di indicare direttamente la sede e l'ufficio in cui il magistrato deve essere trasferito, sia per dare una risposta tempestiva alle esigenze cautelari, sia perché è solo il giudice disciplinare che, avendo piena conoscenza dei fatti, è in grado di determinare la sede o le funzioni più idonee rispetto al caso concreto (favorevoli a questa soluzione Fresa 2010, 522; Di Amato 2011, 4079). Del resto, la distinzione del procedimento in due fasi non trovava riscontro in alcun dato normativo e anche le circolari del Csm, che pure costituiscono fonti secondarie e integrative, non fornivano, sul punto, una direzione univoca. L'unico riferimento era contenuto nel paragrafo XXVII della circolare n. 12046 del 2009 in tema di tramutamento e conferimento delle funzioni (nella versione allora vigente), dove era stabilito che la sede e l'ufficio di destinazione sono scelti dalla terza commissione «ove non indicati dalla sezione disciplinare», con ciò sembrando ammettere che, in prima battuta, la decisione spetta alla sezione. Di recente, con la delibera del 25 luglio 2012, il riferimento all'eventuale competenza della terza commissione è stato per altro espunto dalla

circolare, proprio per affermare in modo inequivocabile che la decisione spetta interamente al giudice disciplinare.

Questo nuovo e diverso modo di procedere ha, però, dato origine a pronunce contrastanti dei giudici amministrativi e della Corte di cassazione (Biondi 2012, 120-122).

In estrema sintesi, secondo i giudici amministrativi l'individuazione della sede del trasferimento spetta alla terza commissione e al plenum e il ricorso deve essere presentato al giudice amministrativo. In via subordinata, anche qualora il provvedimento fosse emesso dalla sezione disciplinare, il ricorso andrebbe proposto di fronte al giudice amministrativo perché atto sostanzialmente amministrativo (cfr. Tar Lazio, sentenze nn. 29 aprile 2009, n. 4454, 7 agosto 2009, n. 8001, 16 maggio 2011, n. 4229).

Per la Cassazione, invece, la decisione va interamente rimessa al giudice disciplinare perché solo in tal modo è possibile intervenire tempestivamente rispetto ad una misura eccezionale; inoltre, competente a decidere l'eventuale ricorso sono le Sezioni Unite della Cassazione, poiché non sarebbe ragionevole imporre un duplice e diverso regime di impugnativa (v. Cassazione, SU, n. 19566 del 2011, in cui, pur pronunciandosi per l'inammissibilità, viene enunciato un principio di diritto ex art. 363 c.p.c. e, poco dopo, Cassazione, SU, 26 settembre 2011, n. 19568). Tale interpretazione è stata dapprima adottata con riferimento ai provvedimenti emessi ex art. 22 cit., in seguito anche per quelli fondati sull'art. 13 cit. (cfr., da ultimo, Cass. SU, 28 novembre 2012, n. 21112).

La questione giunge ora alla Corte costituzionale. Il Tar Lazio, pur di fronte ad un orientamento consolidato della Cassazione, esperisce l'ultimo tentativo per mantenere in capo al giudice amministrativo la competenza a decidere questi ricorsi.

3. Con ordinanza del 15 giugno 2012 la prima sezione del Tar Lazio, nell'ambito di un giudizio originato dall'impugnazione della decisione n. 62 del 17 maggio 2012, con cui la sezione disciplinare ha disposto il trasferimento cautelare di un magistrato ex art. 13 del d.lgs. n. 109 del 2006, determinando anche la sede del trasferimento, ha sospeso ogni pronuncia in merito all'istanza cautelare promossa dal ricorrente e sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 13 e 22 del d.lgs. n. 109 del 2006 "nella parte in cui la formulazione di tali previsioni è suscettibile di essere interpretata nel senso che l'individuazione della sede del trasferimento del magistrato sia rimessa alla sezione disciplinare del Csm, con rinveniente reclamabilità delle relative decisioni dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione". I parametri violati sarebbero – nella prospettazione del rimettente - gli artt. 3, 24, 97, 103, 104 e 107 della Costituzione.

Prima di entrare nel merito della questione, è necessario svolgere alcune brevissime considerazioni sulla sua rilevanza.

Potrebbe, infatti, essere anzitutto obiettato che la questione è irrilevante perché promossa da un giudice incompetente (nel senso dell'inammissibilità della questione promossa dal giudice privo di giurisdizione, v. ad esempio ord. n. 291 del 2011), dal momento che, secondo orientamento consolidato della Cassazione, il giudice amministrativo è, in questi casi, privo di giurisdizione. Questo modo di risolvere la questione avrebbe l'effetto di consolidare l'interpretazione della Cassazione, ma significherebbe anche che la Corte ha ritenuto la questione proposta costituisce in realtà un mero problema interpretativo di norme ordinarie.

D'altra parte, si deve però considerare che il Tar Lazio non dubita, in prima battuta, della propria giurisdizione, bensì della legittimità delle disposizioni impugnate nella parte in cui consentono alla sezione disciplinare di assumere una certa decisione. Solo di riflesso questo incide sulla sua

competenza a decidere della legittimità di un provvedimento avente, a suo avviso, natura amministrativa.

Altra obiezione che potrebbe essere sollevata, sempre con riferimento alla rilevanza della questione, è che il Tar Lazio, prima di sospendere il giudizio, non ha motivato in merito alla sussistenza dei presupposti (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) per la concessione della tutela cautelare.

Qualora fossero superate le questioni di natura processuale, una serie di problemi andranno affrontati.

Il Tar Lazio lamenta, anzitutto, la violazione dell'art. 97 cost. Muovendo dal presupposto secondo cui l'individuazione della sede e dell'ufficio costituiscono misure di carattere amministrativo, la norma costituzionale sarebbe violata perché una decisione amministrativa sarebbe adottata da un organo non amministrativo, la sezione disciplinare.

Inoltre, nella prospettazione del giudice rimettente, sarebbero violati gli artt. 24 e 103 cost., nella parte in cui individuano nel giudice amministrativo il "giudice naturale" dei provvedimenti amministrativi.

Con riferimento a questi profili, il problema consiste nel chiarire se la scelta della sede o dell'ufficio, in caso di trasferimento cautelare, costituisca una decisione meramente amministrativa, ovvero - come invece sembra - una componente essenziale della decisione giurisdizionale.

In terzo luogo, nell'ordinanza di remissione si rileva una violazione dell'art. 3 cost., perché sussisterebbe una disparità di trattamento tra magistrati, a seconda che la sede o l'ufficio di destinazione siano individuati seguendo un procedimento amministrativo ovvero con provvedimento della sezione disciplinare.

In effetti, prima della modifica della circolare del 2009, era ragionevole dubitare della legittimità delle disposizioni impugnate, come interpretate dalle norme interne del Csm, nella parte in cui consentivano alla sezione disciplinare di decidere se indicare la sede o rimettere la decisione alla terza commissione. Come già si è avuto modo di notare, va tuttavia considerato che dal 2010 la sezione disciplinare ha sempre indicato ufficio e sede del trasferimento e che il consolidamento di questa interpretazione è stato da ultimo formalizzato con la recente novella delle norme interne. Oggi la scelta è effettuata, senza possibilità di deroghe, dalla sezione disciplinare. E se così è, non pare esservi alcuna disparità di trattamento tra magistrati trasferiti in via cautelare, in quanto tutti assoggettati al medesimo regime.

Né può rilevarsi una differenza di trattamento tra magistrati "trasferiti", in quanto il trasferimento cautelare si fonda su presupposti diversi da quelli che sono alla base di tutti gli altri provvedimenti di trasferimento in via amministrativa, i quali mai si fondano su un comportamento "colpevole" del magistrato.

Il giudice rimettente lamenta poi la violazione dell'art. 104 (meglio, 105), poiché le disposizioni impugnate escluderebbero la competenza del plenum del Csm. Rispetto a questa censura può forse essere sufficiente ricordare che l'assegnazione costituzionale delle attribuzioni al Consiglio superiore della magistratura non esclude che certi provvedimenti siano assunti in via definitiva dalla sezione disciplinare, quale organo, anche per il modo in cui è composto, capace di esprimersi in via definitiva (così già Corte cost. sentenza n. 12 del 1971, poi confermata dall'ordinanza n. 530 del 2000 e dalla sentenza n. 270 del 2002).

Una quinta censura si fonda sulla presunta violazione dell'art. 24 cost., nella parte in cui le disposizioni impugnate escluderebbero la tutela cautelare. Effettivamente, come già si è notato, questo costituisce un punto molto delicato, poiché il magistrato, in assenza di tutela cautelare, è costretto immediatamente a cambiare ufficio o sede e, anche a fronte di un provvedimento

legittimo, non potrà ottenerne l'annullamento prima della pronuncia nel merito della Cassazione (che dovrà intervenire entro sei mesi).

Rispetto a questa censura, si può, però, anzitutto osservare che è difficile enucleare dalla giurisprudenza costituzionale il principio secondo cui la potestà cautelare costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale. Vi sono decisioni che sembrano deporre in tal senso, soprattutto quando forte è il rischio che la mancata sospensione provochi danni irreparabili oppure è in gioco la libertà personale (v., sotto quest'ultimo aspetto, Corte cost., sentenza n. 161 del 2000), ma vi è anche una sentenza, la n. 63 del 1982, che afferma chiaramente il principio opposto.

Inoltre, anche a volere ammettere che l'art. 24 cost. imponga in questi casi la possibilità di ottenere una tutela cautelare che sospenda il provvedimento, non si può comunque dedurre che la soluzione consista nello spostare la competenza a decidere in capo al giudice amministrativo, solo perché il processo amministrativo contempla questo istituto. La lacuna andrà semmai colmata dalla Cassazione in via interpretativa ovvero sollevando questione di costituzionalità.

Infine, il Tar Lazio lamenta la violazione dell'art. 107, comma 1, cost., che, a garanzia dell'inamovibilità dei magistrati, prescrive che il provvedimento sia assunto dal Csm "per i motivi e con le garanzie di difesa stabiliti dall'ordinamento giudiziario". Rispetto a questa argomentazione, bisognerebbe chiarire se la disciplina in tema di adozione delle misure cautelari di trasferimento di sede e di ufficio rispetti pienamente il diritto di difesa (sul cui contenuto minimo v. Corte cost., sentenza n. 457 del 2002). Sul punto, si può, per un verso, considerare che la competenza della sezione disciplinare a scegliere la sede di destinazione costituisce un modo per giurisdizionalizzare le deroghe all'inamovibilità (Lollo 2012, 15); dall'altro, andrebbe però chiarito se sia sufficiente che il contraddittorio s'instauri sull'adozione della misura (come espressamente prevede l'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 109 del 2006 per l'adozione del provvedimento ex art. 22 cit., ma come avviene anche in caso di trasferimento ex art. 13 cit.) ovvero anche sulla scelta dell'ufficio o della sede, in modo da consentire al magistrato di svolgere le proprie osservazioni anche su questo aspetto.

Riferimenti bibliografici

Biondi F., *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, anticipato in *Rivista Aic* n. 1/2012 e ora in *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, a cura di N. Zanon, G. di Renzo Villata e F. Biondi, Milano 2012

Cassano M., *Il procedimento disciplinare*, in AA.VV., *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di D. Carcano, Milano 2009

Dal Canto F., *Possibili interferenze tra azione disciplinare e azione penale con particolare riguardo all'adozione di provvedimento disciplinari di natura cautelare*, in *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo della giurisprudenza nell'evoluzione degli ordinamenti*, a cura di G. Campanelli, F. Dal Canto, E. malfatti, S. Panizza, P. Passaglia, A. Pertici, Torino 2010

Di Amato S., *Responsabilità disciplinare dei magistrati e misure cautelari*, in *Cass. pen.* N. 11/2011

Fresa M., *Le misure cautelari*, in AA. VV., *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano 2010

- Lollo A., *L'indipendenza interna dei magistrati nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Aic* n. 4/2012
- Morozzo Della Rocca F., *Nota a Corte di Cassazione, 26 settembre 2011, n. 19566, sez. UU*, in *Giust. civ.* n. 2/2012
- Sobrino G., *Il trasferimento d'ufficio dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, in *Quad. cost.* n. 3/2009
- Zanon N. – Biondi F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino 2011