

### 1. *Il caso*

La vicenda è ben nota<sup>1</sup>. In seguito ad alcune dichiarazioni rese dal giudice per le indagini preliminari Clementina Forleo - in ordine all'esistenza di presunti “poteri forti” che avrebbero interferito sulle indagini da lei condotte riguardanti la cosiddetta “scalata BNL” - e diffuse su alcuni *media* nazionali, il Consiglio superiore della Magistratura decideva, nella seduta straordinaria del 22 luglio 2008, il suo trasferimento per ragioni di “incompatibilità ambientale”, ai sensi dell'art. 2 del r.d.lgs. n. 511/1946, come novellato dal d.lgs. n. 109/2006. Tale provvedimento veniva impugnato dallo stesso magistrato dinanzi al Tar Lazio, che, con sent. 29 aprile 2009, n. 4454, accoglieva il ricorso e annullava il provvedimento. Lo stesso Csm, nella seduta del 27 maggio 2009, invitava l'Avvocatura generale dello Stato a proporre appello contro tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato, richiedendo altresì la sospensione dell'esecutività della delibera di primo grado, atteso che “l'eventuale esecuzione della stessa riproporrebbe gravi difficoltà per l'amministrazione della giustizia ...”. Mentre si scrive (settembre 2009), il giudizio è ancora pendente dinanzi al supremo giudice amministrativo.

A prescindere dal concreto svolgimento degli avvenimenti che l'hanno determinata, la vicenda ha suscitato grande interesse tra gli studiosi dell'ordinamento giudiziario in ragione del fatto che si è trattato del primo caso di applicazione della disciplina sul trasferimento dei magistrati per incompatibilità ambientale e funzionale all'indomani della riforma del 2006.

Per riprendere l'idea del “confronto giurisprudenziale” tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, che ha ispirato il convegno leccese nei cui atti è destinato ad essere inserito il presente contributo, l'obiettivo che ci si propone è principalmente quello di segnalare il ruolo giocato rispettivamente dal Csm e dal giudice amministrativo nel difendere i valori e gli interessi costituzionali coinvolti nella vicenda.

### 2. *I precedenti*

A tale scopo è utile compiere un piccolo passo indietro. Si è detto che il Csm, nel caso Forleo, ha applicato per la prima volta l'art. 2, comma 2, del r.d.lgs. n. 511/1946, come modificato dall'art. 26, comma 1, del d.lgs. n. 109/2006.

Nella sua originaria versione l'art. 2 stabiliva che il trasferimento d'ufficio dei magistrati, e la loro destinazione ad altra sede o funzione, poteva essere disposto dal Csm, su iniziativa della sua Prima Commissione, quando, “per qualsiasi causa, anche indipendentemente da loro colpa, non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario”. Tale disposizione è stata sovente oggetto di rilievi critici da parte della dottrina più attenta<sup>2</sup> in ragione della sua eccessiva indeterminatezza, che la poneva in potenziale contrasto con l'art. 107 Cost., laddove si stabilisce, a tutela dell'indipendenza dei magistrati, il principio della loro inamovibilità, prevedendosi che la decisione di trasferire questi ultimi sia adottata esclusivamente dal Csm, e che, in mancanza del loro consenso, sia presa soltanto per i

---

<sup>1</sup> Il presente contributo prende lo spunto dall'interessante e accurata relazione di T. GIOVANETTI, *Status e carriera dei magistrati: un (tentativo di) confronto tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in corso di pubblicazione negli atti del Convegno del Gruppo di Pisa su *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009.

<sup>2</sup> Si veda, di recente, il contributo di 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](http://www.forumcostituzionale.it), 1ss.

“motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall’ordinamento giudiziario”, in osservanza dunque di una riserva di legge generalmente qualificata come assoluta.

In particolare, sebbene la norma chiaramente si riferisse, quale condizione per adottare il provvedimento del trasferimento, ad un presupposto di natura esclusivamente oggettiva (l’impossibilità di amministrare giustizia “nelle condizioni richieste dal prestigio dell’ordine giudiziario”), e dunque potesse essere adottata, in linea di principio, anche soltanto a tutela del magistrato trasferito<sup>3</sup>, l’ambigua formula con la quale si era precisato che ciò poteva avvenire “per qualsiasi causa *anche* indipendente da loro colpa” (c.vo aggiunto) ne aveva favorito un utilizzo da parte del Consiglio superiore in funzione para-disciplinare, ora quale “surrogato” dell’azione disciplinare, ora in combinazione con quest’ultima<sup>4</sup>.

Si sono registrati numerosi casi, in effetti, nei quali il provvedimento di trasferimento è stato utilizzato sostanzialmente in alternativa al provvedimento disciplinare, sulla base di un’autonoma iniziativa del Csm, oppure come misura cautelare d’urgenza adottata in attesa della sentenza della Sezione disciplinare<sup>5</sup>. Proprio alla luce di tale circostanza, d’altra parte, la procedura necessaria per l’adozione di tale provvedimento è stata regolata dal Csm in modo da assicurare al magistrato alcune garanzie difensive, pur rimanendo notevole la distanza con il complesso di garanzie tipico di un procedimento di natura giurisdizionale<sup>6</sup>. Com’è stato di recente ricordato<sup>7</sup>, tale era la sovrapposizione tra le due valutazioni - quella oggettiva, sull’eventuale lesione del prestigio della funzione giudiziaria, e quella soggettiva, riguardante la condotta tenuta dal magistrato interessato - che in passato si era autorevolmente proposto di ricondurre la misura del trasferimento d’ufficio nell’ambito dei giudizi disciplinari, affidandone la competenza all’apposita Sezione.

Sia la giurisprudenza costituzionale che quella amministrativa, dal canto loro, avevano avuto occasione di sottolineare l’importanza di tenere nettamente distinti i presupposti alla base del trasferimento per incompatibilità da quelli necessari per l’irrogazione delle sanzioni disciplinari.

In particolare, la Corte costituzionale, nella sent. n. 457/2002, aveva dichiarato infondata la questione di costituzionalità, promossa dal Tar del Lazio con riferimento agli artt. 3, 24, 104 e 107

---

<sup>3</sup> Al fine, ad esempio, di allontanarlo da situazioni oggettivamente imbarazzanti ed evitargli di dover amministrare la giustizia in circostanze “difficili”, come notava Cfr. G. SILVESTRI, *Giurisdizione e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 144.

Per inciso, salvo errori, anche il trasferimento della dottoressa Forleo è scaturito da una pratica aperta dal Csm a tutela dello stesso magistrato.

<sup>4</sup> La disciplina dei trasferimenti regolati dall’art. 2 della legge sulle guarentigie dei magistrati ha posto in risalto - come condivisibilmente rileva G. CONTI, *King Canute e l’indipendenza della magistratura*, spec. 1s. del dattiloscritto, in corso di pubblicazione negli atti del citato Convegno del Gruppo di Pisa su *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale* - l’“ambiguità” della rigida distinzione tra impugnazione dinanzi al giudice amministrativo delle decisioni del Csm in punto di *status* dei magistrati e dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione dei provvedimenti di natura disciplinare, atteso che spesso nei due procedimenti “la materia del contendere è solo formalmente diversa”. Possiamo aggiungere che la novella del 2006, di cui si parlerà diffusamente più avanti, ha tentato di arginare proprio tale ambiguità.

<sup>5</sup> La quale - lo si ricorda - ai sensi dell’art. 21, comma 6, del r.d.lgs. n. 511/1946, poteva disporre il trasferimento soltanto all’esito del processo, quale sanzione accessoria al provvedimento disciplinare.

<sup>6</sup> In particolare, la circolare del Consiglio del 18 dicembre 1991 stabiliva che la procedura di trasferimento d’ufficio si sviluppasse attraverso le seguenti fasi: a) indagini e valutazioni preliminari da parte della Prima Commissione, investita di un esposto o di un rapporto, con possibilità per l’interessato di rendere dichiarazioni spontanee; b) invio da parte della Commissione di una comunicazione contenente la sommaria enunciazione del fatto; c) attività istruttoria; d) audizione dell’interessato, con eventuale assistenza di un altro magistrato (ma non di un avvocato, come meglio si dirà nel testo) e possibilità di presentare una memoria difensiva in luogo dell’audizione; e) deposito dei relativi atti al termine dell’istruttoria, con avviso all’interessato della facoltà di prenderne visione e di presentare controdeduzioni scritte entro un termine non superiore a dieci giorni; f) valutazione delle risultanze istruttorie e relativa proposta della Commissione; g) avviso all’interessato della data fissata per la seduta del Consiglio nel corso della quale avrà diritto di essere sentito; h) delibera motivata del Consiglio sulla proposta della Commissione.

<sup>7</sup> Da F. BIONDI, *Il caso De Magistris*, cit., 2, ove si richiama la *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura*, presieduta dal Prof. Livio Paladin, in *Giur. Cost.* 1992, 1013.

Cost., dell'art. 2 della legge sulle guarentigie della magistratura, censurato nella parte in cui escludeva che il magistrato sottoposto al procedimento di trasferimento d'ufficio potesse farsi assistere da un avvocato. La Corte, in quella occasione, aveva fatto leva proprio sulla diversità tra tale fattispecie e quella, evocata nell'ordinanza di rimessione, decisa con sent. n. 497/2000, con la quale si era dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 34, secondo comma, del r.d.lgs. n. 511/1946 proprio nella parte in cui, nel corso del procedimento disciplinare a carico di magistrati, si escludeva l'assistenza dell'avvocato.

Il giudice costituzionale aveva precisato che “il cuore dell'argomentazione” di quella precedente sentenza stava tutto nello “stretto legame esistente tra il diritto di difesa e la configurazione del procedimento disciplinare secondo paradigmi di carattere giurisdizionale”. “Al contrario”, aveva continuato il Giudice costituzionale, “non può dirsi che abbia carattere giurisdizionale il procedimento di trasferimento di ufficio, nel quale non è un illecito compiuto dal magistrato che viene immediatamente in rilievo, ma una situazione obiettiva che si determina nell'ufficio ove egli esercita le sue funzioni”. Tale procedimento, “regolato dal legislatore solo per sommi capi”, ha un assetto che è “il risultato anche di atti organizzativi del Consiglio superiore della magistratura, che ha adottato uno schema tipico del procedimento amministrativo, con “connotati non assimilabili all'attività giurisdizionale”.

Dunque, per la Corte costituzionale, la minore intensità delle garanzie di difesa previste nel procedimento di irrogazione del provvedimento di trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale rispetto a quelle assicurate nel procedimento disciplinare poteva giustificarsi soltanto nella misura in cui il primo, essendo posto a tutela della funzione giurisdizionale “oggettivamente” intesa, aveva una natura amministrativa e non giurisdizionale.

Quanto alla giurisprudenza amministrativa, sia il Tar Lazio che il Consiglio di Stato avevano mostrato di condividere il predetto orientamento, sottolineando, ad esempio, che il trasferimento *ex art. 2* “prescinde dalla sussistenza di un qualche elemento di responsabilità nel comportamento del magistrato che lo subisce”<sup>8</sup>, avendo “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”<sup>9</sup>.

### 3. La riforma

La distanza tra la prassi affermatasi dinanzi al Csm e i rilievi svolti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, supportati da larga parte della comunità scientifica, hanno probabilmente indotto il legislatore, in occasione della riforma dell'ordinamento giudiziario, a mettere mano alla normativa vigente in materia di trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale proprio allo scopo di affermare con maggiore chiarezza la natura non disciplinare di tale istituto.

Dopo la riforma del 2006 la formulazione è divenuta quindi la seguente: “I magistrati (...), anche senza il loro consenso, possono essere trasferiti ad altra sede o destinati ad altre funzioni, previo parere del Consiglio superiore della magistratura, (...) quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità”.

L'art. 2 viene dunque modificato sotto due aspetti: innanzi tutto, si sostituisce il riferimento al “prestigio dell'ordine giudiziario” - il cui pregiudizio costituiva il presupposto per il trasferimento - con quello alla “piena indipendenza e imparzialità”; in secondo luogo, si stabilisce espressamente che il trasferimento può essere disposto solo per cause indipendenti dalla colpa del magistrato.

---

<sup>8</sup> Così Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 7 luglio 2008, n. 3375, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>9</sup> Così Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 3 marzo 2006, n. 1035, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

E' evidente, innanzi tutto, la rilevante riduzione dell'ambito di applicazione della norma, sia in quanto l'incompatibilità può discendere ora soltanto da una causa non imputabile al magistrato a titolo di colpa, laddove nella precedente disciplina la fattispecie poteva originare anche da colpa del magistrato, sia perché l'interesse tutelato è ora costituito dall'indipendenza e dall'imparzialità nello svolgimento delle funzioni, mentre prima era costituito dal più ampio e indeterminato concetto di "prestigio dell'ordine giudiziario".

La *ratio* della novella legislativa appare molto chiara, soprattutto alla luce della parallela riforma del sistema disciplinare. Riguardo a quest'ultima, è noto che sono state introdotte, all'art. 13 del d.lgs. n. 109/2006, due nuove figure di trasferimento d'ufficio: in primo luogo, il trasferimento quale sanzione accessoria ad un provvedimento disciplinare diverso dall'ammonizione e dalla rimozione, da irrogarsi quando, "per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia" (comma 1); in secondo luogo, il trasferimento di natura cautelare, che può essere adottato, relativamente ad alcune ipotesi di illecito, come conseguenza dell'avvio di un'azione disciplinare nei confronti del magistrato, quando ricorrano i presupposti della sussistenza di "gravi elementi di fondatezza" e vi siano "gravi motivi di urgenza".

Il quadro normativo in materia di trasferimento cautelare disciplinare è poi completato dall'art. 22 del d.lgs. 109/2006, come modificato dalla legge n. 269/2006, a mente del quale, "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 il profilo disciplinare che, per la loro gravità, siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni, 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; *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*" (c.vi aggiunti).

Il legislatore ha dunque nettamente differenziato il trasferimento collegato all'adozione di un provvedimento disciplinare, previsto in più tipologie e da adottarsi in conseguenza di un comportamento "dipendente da colpa", da quello fondato invece su ragioni diverse, di natura oggettiva, e collegato esclusivamente a comportamenti "indipendenti da colpa".

Forse vale la pena soffermarsi brevemente sul concetto di "colpa" richiamato nella norma, atteso che è proprio in riferimento al parametro della valutazione dell'elemento psicologico delle azioni poste in essere dal magistrato che viene individuato il confine tra i due procedimenti, quello cautelare disciplinare e quello amministrativo. Può, in particolare, segnalarsi come tale concetto non sia stato utilizzato in questa circostanza in antitesi a quello di dolo, ma piuttosto considerato come sinonimo di "colpevolezza", da intendere quale insieme dei requisiti necessari per l'imputazione soggettiva di un certo fatto ad un determinato agente<sup>10</sup>. A riprova di ciò, del resto, è sufficiente ricordare che nella legge di delegazione n. 150/2005 veniva utilizzata espressamente la nozione di "colpevolezza"<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, 291ss.

<sup>11</sup> Cfr. art. 2, comma 6, lett. n), della legge n. 150/2005, ove si delega il Governo, tra l'altro, a "modificare il secondo comma dell'articolo 2 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, stabilendo che, fermo quanto previsto dalla lettera m) e dalla prima parte della presente lettera, in sede di procedimento disciplinare, il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni possano essere disposti con procedimento amministrativo dal Consiglio superiore della magistratura *solo per una causa incolpevole* tale da impedire al magistrato di svolgere le sue funzioni, nella sede occupata, con piena indipendenza e imparzialità" (c.vi aggiunti). Da notare che nello stesso comma si delega altresì il Governo a "prevedere che alla data di entrata in vigore del primo dei decreti legislativi emanati nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera f), i procedimenti amministrativi di trasferimento di ufficio ai sensi dell'articolo 2, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, pendenti presso il Consiglio superiore della magistratura, per fatti astrattamente riconducibili alle fattispecie disciplinari previste dal presente

Non è peraltro certamente il caso di addentrarci nel complesso dibattito sulla nozione di colpevolezza, mai sopito tra gli studiosi del diritto penale. E' sufficiente ricordare il dato, ben noto, di come tale requisito presupponga che la condotta sia posta in essere con "coscienza e volontà" (c.d. *suitas*), sia cioè "attribuibile" al soggetto; la coscienza e la volontà della condotta rappresentano, dunque, il dato costante della colpevolezza, tanto nella forma del dolo che della colpa<sup>12</sup>. Alla luce di tale pur approssimativa definizione, può dirsi allora che, dopo la novella del 2006, permangono nel campo di applicazione dell'art. 2, in quanto conseguenti a condotte non imputabili a "colpa" del magistrato, soltanto quelle ipotesi collegate a circostanze di natura oggettiva (ad esempio alcuni casi di relazioni parentali o amicali) ovvero riguardanti comportamenti colpevoli posti in essere da terzi.

Con la novella del 2006 non soltanto si è inteso evitare che, per una stessa fattispecie, potessero essere attivate entrambe le procedure, quella amministrativa e quella giurisdizionale<sup>13</sup>, ma pure - anzi, soprattutto - si è voluto impedire il protrarsi della prassi dell'utilizzo para-disciplinare del trasferimento amministrativo, riconoscendo ai magistrati coinvolti in procedimenti di tipo afflittivo e sanzionatorio, fondati sulla valutazione di condotte soggettive, le garanzie di difesa tipiche dei procedimenti di natura giurisdizionale previste nel sistema disciplinare.

Obiettivo, quest'ultimo, assolutamente condivisibile. Come ha avuto modo di ribadire la Corte costituzionale nella celebre sent. n. 497/2000, infatti, "con riferimento ai magistrati l'esigenza di una massima espansione delle garanzie difensive si fa, se possibile, ancora più stringente, poiché nel patrimonio di beni compresi nel loro *status* professionale vi è anche quello dell'indipendenza, la quale, se appartiene alla magistratura nel suo complesso, si puntualizza pure nel singolo magistrato, qualificandone la posizione sia all'interno che all'esterno".

#### 4. *L'interpretazione del Csm*

Il Consiglio Superiore della magistratura ha fornito un'interpretazione decisamente riduttiva della riforma dell'art. 2 della legge sulle guarentigie. E' interessante ripercorrere brevemente le tappe attraverso le quali tale soluzione è maturata.

Già nel parere del 15 luglio 2004<sup>14</sup>, sul disegno di legge "Castelli", l'organo di autogoverno aveva avanzato serie perplessità, sia di ordine giuridico che di natura pratica, sulla nuova formulazione dell'art. 2 cit.; aveva, in particolare, affermato che "la norma non può essere condivisa perché 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 ..."<sup>15</sup>. Tale previsione - proseguiva il parere - potrebbe far sorgere "un concreto

---

comma siano trasmessi al Procuratore generale presso la Corte di cassazione per le sue determinazioni in ordine all'azione disciplinare".

<sup>12</sup> Come si noterà anche nel prosieguo, se è vero che ogni condotta colpevole è posta in essere con "coscienza e volontà", non è evidentemente vero il contrario, che cioè tutte le condotte volontarie siano anche colpevoli. E' utile ricordare che nel diritto penale, affinché una condotta volontaria sia colpevole, occorre che siano presenti i seguenti elementi: a) imputabilità del soggetto; b) dolo o colpa; c) conoscenza o conoscibilità del precetto penale; d) assenza di cause di esclusione della colpevolezza.

Si noti, poi, che la dottrina penalistica parla di coscienza e volontà "potenziali", riconoscendo tale requisito non solo nelle condotte che traggono origine da un impulso cosciente ma anche in quelle che derivano dall'inerzia del volere e che, con uno sforzo della volontà, potevano essere impedito. In argomento, per tutti, si veda ancora F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 291ss.

<sup>13</sup> Come notano, tra gli altri, C. RIVIEZZO -M. FRESA-D. PETRALIA, *Dal Consiglio superiore sulla decisione del Tar sul "caso Forleo"*, in [www.movimentoperlagiustizia.it](http://www.movimentoperlagiustizia.it).

<sup>14</sup> Si tratta del parere adottato dal Csm, con deliberazione del 15 luglio 2004, avente ad oggetto il secondo "maxi-emendamento" al d.d.l. recante "Delega al Governo per la riforma dell'Ordinamento giudiziario", adottato ex art. 10, 2° comma, della l. n. 195/1958, consultabile sul sito internet [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>15</sup> Rilievi in seguito condivisi e sviluppati da S. ERBANI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati*, in D. CARCANO (a cura di), *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, Milano, 2009, 469 e M. CASSANO, *Il*

pericolo che il Consiglio resti privo di strumenti efficaci per ovviare a situazioni di grave crisi della credibilità della giurisdizione”.

L’obiezione era comprensibile, soprattutto per quanto riguarda la previsione circa le ricadute pratiche della riforma. Tuttavia - possiamo aggiungere - la stessa non poteva apparire “giuridicamente” insuperabile: nell’incertezza in ordine alla valutazione sulla colpevolezza, infatti, qualsiasi comportamento posto in essere da un magistrato con “coscienza e volontà”, idoneo ad integrare la fattispecie prevista dall’art. 2 (cioè tale da impedire lo svolgimento delle funzioni con piena indipendenza ed imparzialità), avrebbe dovuto essere “incardinato” nella sede disciplinare, se ovviamente sussumibile in una delle ipotesi di illecito previste dalla legge. In caso contrario, tale comportamento sarebbe rimasto “inattaccabile”, cioè non “coperto” dalla disciplina, né sul versante della responsabilità disciplinare né su quello del trasferimento amministrativo. Ed è proprio questa la prospettiva che allarma il Consiglio superiore; e da qui la preoccupazione circa il “concreto pericolo” per l’organo di autogoverno di restare “privo di strumenti efficaci”.

Malgrado i rilievi avanzati dall’organo di autogoverno, con il d.lgs. n. 109 il Governo conferma la soluzione originariamente predisposta in ordine all’art. 2 della legge sulle guarentigie. Dal canto suo il Csm, nel ribadire gli argomenti già spesi in precedenza, con una risoluzione del 6 dicembre 2006 tenta di “correre ai ripari”, individuando una soluzione interpretativa idonea a superare i rischi paventati. In particolare, il *plenum* dell’organo di autogoverno precisa i presupposti del trasferimento d’ufficio: essi ricorrono, in primo luogo, “quando la situazione comportante l’impossibilità di svolgere le funzioni giudiziarie con piena indipendenza e imparzialità (...) non risulti sussumibile in alcuna delle fattispecie disciplinari delineate dal decreto legislativo n. 109/2006”; in secondo luogo, quando tale situazione “non risulti riconducibile a comportamenti del magistrato”.

Come si vede, il Csm considera implicitamente inclusa nell’ambito di applicazione del trasferimento *ex art. 2 cit.* anche la circostanza nella quale “la situazione comportante l’impossibilità di svolgere le funzioni giudiziarie” sia riconducibile a “comportamenti” del magistrato, dunque sia posta in essere volontariamente, a condizione che la stessa non sia sussumibile in alcuna fattispecie disciplinare. In sostanza, il Consiglio superiore interpreta la formula “cause indipendenti da colpa” come coincidente con quella di “cause non riferibili ad ipotesi disciplinarmente rilevanti”; così facendo, si ritaglia lo spazio necessario per utilizzare il trasferimento amministrativo anche in caso di comportamenti “colposi” non inquadrabili in alcuna fattispecie disciplinare.

E qui, all’evidenza, pur con le migliori intenzioni che possono essere riconosciute al Csm, si consuma una forzatura interpretativa. Se ne è tuttavia rivendicato, da parte di alcuni, la razionalità, sulla base del seguente argomento: si è sostenuto che, in fondo, la norma intendeva fare riferimento ai comportamenti “colposi” esclusivamente sotto il profilo deontologico, e da questo punto di vista l’unico parametro di riferimento è rappresentato dalle fattispecie disciplinari tipizzate con la riforma del 2006. In senso contrario, collegare la nozione di “colpa” ad un parametro non legislativamente determinato avrebbe aperto la strada alle interpretazioni più varie, “legate ad una *etica* non meglio identificata e che è diversa da persona a persona”<sup>16</sup>.

Argomenti, invero, non del tutto persuasivi. Oltre a quanto già si è detto, infatti, nessuno dubita - come lo stesso Tar Lazio, come si vedrà, avrebbe poi sottolineato - che vi sia una differenza tra comportamento “volontario” e comportamento “colposo”, ma questo non significa che la soluzione interpretativa individuata dal Csm sia giuridicamente sostenibile, e che, in particolare, sia possibile

---

*procedimento disciplinare*, in D. CARCANO (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, cit., 548, laddove si contesta la scelta del legislatore di utilizzare la nozione di colpevolezza quale fondamento della distinzione tra procedimento amministrativo e procedimento disciplinare in ragione del fatto che tale opzione richiede, in funzione della corretta individuazione della competenza, una completa conoscenza dei fatti fin dal momento iniziale della procedura e una preventiva valutazione delle condotte poste in essere.

<sup>16</sup> C. RIVIEZZO-M. FRESA-D. PETRALIA, *Dal Consiglio Superiore*, cit., 1.

ricondere alla procedura amministrativa anche alcune condotte “colpevoli” del magistrato, a fronte del chiaro disposto della norma che vieta espressamente tale possibilità. Com’è stato pur cautamente notato, la soluzione offerta dal Csm “non è prevista da alcuna disposizione di legge e non è certo che sia quella inequivocabilmente ricavabile in base ai normali canoni interpretativi”<sup>17</sup>.

Malgrado la predetta forzatura interpretativa, peraltro, il ridimensionamento degli strumenti a disposizione del Csm - è il caso di ricordare che il trasferimento d’ufficio è uno strumento nella piena disponibilità di tale organo, essendo azionabile dalla Prima Commissione, al contrario del trasferimento in funzione cautelare, che può essere adottato solo su richiesta del titolare dell’azione disciplinare - è apparso comunque ancora notevole. A distanza di pochi mesi, infatti, lo stesso organo di autogoverno, con la risoluzione del 24 gennaio 2007, coglie l’occasione per rinnovare la sua accorata denuncia: “l’esperienza del primo periodo di applicazione della nuova normativa ha dimostrato che tale ridimensionamento dei poteri di ufficio del Consiglio priva, di fatto, l’autogoverno di strumenti incisivi di intervento proprio nelle situazioni più delicate e nelle *zone grigie* (caratterizzate dalla compresenza di comportamenti di diversa rilevanza), il cui permanere mina (o rischia di minare) la credibilità della giurisdizione ...”.

### 5. La sentenza del Tar Lazio

Arriviamo così al provvedimento di trasferimento *ex art. 2* del r.d.lgs. n. 511/1946, adottato dal Csm nei confronti della dottoressa Forleo, alla sua impugnazione dinanzi al Tar Lazio e alla successiva sentenza di annullamento ad opera del giudice amministrativo.

Nella sent. n. 4454/2009, in particolare, il giudice amministrativo respinge su tutta la linea l’impostazione del Consiglio superiore accertando come il trasferimento sia stato deliberato “in carenza di entrambi i presupposti di causa ed effetto previsti dalla norma vigente”.

Invertendo, per comodità di esposizione, l’ordine degli argomenti affrontati dal Collegio romano, quest’ultimo ritiene, innanzi tutto, che non sussista il presupposto riguardante l’impossibilità per il magistrato di svolgere, nella sede occupata, le proprie funzioni con piena indipendenza ed imparzialità. I fatti contestati al magistrato trasferito, infatti, non sembrano al Tar Lazio idonei a fondare un siffatto giudizio, dal momento che gli stessi - aver reso dichiarazioni “gravemente sproporzionate” e tali da procurare “allarme nei colleghi e discredito nella magistratura milanese” - sembrano presupporre quale interesse tutelato dalla norma più il prestigio dell’ordine giudiziario, secondo la vecchia formulazione, piuttosto che “la piena indipendenza ed imparzialità”, ai sensi della novella del 2006.

In secondo luogo, la carenza degli elementi necessari a perfezionare la fattispecie delineata dall’art. 2 del r.d.lgs. n. 511 è dedotta proprio dalla valutazione dell’elemento psicologico delle azioni del magistrato. Ed è questo il passaggio della motivazione più interessante ai fini del discorso che stiamo conducendo.

Il giudice amministrativo dapprima chiarisce che “la fattispecie di trasferimento per incompatibilità ambientale ai sensi dell’art. 2 r.d.lgs. 511/1946 è un’ipotesi residuale rispetto a quella configurata come accessoria alla sanzione disciplinare e, nel nuovo ordinamento, si caratterizza per una minore estensione”; dopodiché puntualizza che “nel nuovo sistema il legislatore ha stabilito e tassativamente indicato talune ipotesi, evidentemente connotate dall’elemento psicologico del dolo o della colpa, che costituiscono illecito disciplinare ed in relazione alle quali il trasferimento d’ufficio costituisce (...) sanzione accessoria, mentre una qualunque altra situazione attribuibile a colpa del magistrato non può costituire, a differenza che nel precedente sistema, il presupposto per integrare la fattispecie di trasferimento per incompatibilità ambientale”.

Dopo aver quindi ricordato che, ai sensi della disciplina vigente, una fattispecie colposa può condurre al trasferimento d’ufficio soltanto se costituisce illecito disciplinare, il Tar Lazio osserva

---

<sup>17</sup> A. PATRONO, *Le sanzioni disciplinari*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, 2008, 119.

che nel caso in esame la situazione che aveva determinato la presunta incompatibilità ambientale era “indubbiamente attribuibile ad un comportamento volontario”. Per argomentare tale affermazione il Tar Lazio ha gioco facile. Al giudice amministrativo è sufficiente infatti richiamare alcuni passaggi della motivazione della delibera del Consiglio superiore, laddove si osserva, tra l’altro, che il trasferimento d’ufficio è stato disposto per la situazione di incompatibilità determinatasi a seguito delle dichiarazioni rese dal magistrato, “all’evidenza gravemente sproporzionate rispetto ai fatti emersi”, ciò da cui l’organo di autogoverno deduce “una *notevole propensione a condotte vittimistiche e una marcata carenza di equilibrio*, nonché una *personalizzazione delle vicende processuali*” (c.vi aggiunti).

Dinanzi a tali durissime argomentazioni del Consiglio superiore, a prescindere ovviamente dalla loro fondatezza, pare difficile non concordare con il Tar Lazio sulle conclusioni da trarre: “sulla base di tali elementi” - osserva infatti il giudice romano - “è evidente come la causa che avrebbe determinato l’impossibilità di svolgere, nella sede occupata, le proprie funzioni con piena indipendenza ed imparzialità sia stata ritenuta dipendente da colpa del magistrato”. Ed essendo quella *ex art. 2 del r.d.lgs. n. 511/1946* una “procedura incolpevole”, che prescinde da una valutazione dei comportamenti contestati al magistrato, ne deriva che il provvedimento adottato dal Csm “si ponga al di fuori della previsione normativa e sia stato adottato in violazione del principio di legalità e di tipicità degli atti amministrativi”.

D’altra parte, rileva ancora il Tar Lazio, se il legislatore avesse voluto effettivamente stabilire quanto ora il Consiglio Superiore vorrebbe desumere in via interpretativa dalla norma, avrebbe potuto senza alcun problema prevedere che il presupposto di applicazione del trasferimento, a prescindere dalla sussistenza dell’elemento psicologico, dovesse rinvenirsi in qualunque fatto non disciplinarmente rilevante idoneo a impedire al magistrato, nella sede occupata, lo svolgimento delle proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità. Al contrario, il legislatore ha espressamente parlato, nella novella del 2006, di “causa indipendente da colpa”.

## 6. Le prospettive

Nella parte conclusiva della motivazione, il Tar Lazio osserva che “l’eventuale sussistenza di condotte imputabili a colpa del magistrato che non siano previste come illecito disciplinare, in sostanza, se può dare conto di una sorta di *incompletezza del sistema* non può certo comportare un ampliamento dell’ambito di applicazione della norma sul trasferimento d’ufficio oltre i chiarissimi elementi letterali in essa contenuti” (c.vi aggiunti).

Quest’ultima considerazione del giudice romano pone l’accento sull’effettivo punto critico che la vicenda esaminata mette in evidenza. Se è fuori dubbio, come si è argomentato, che il novellato art. 2 della legge sulle guarentigie stabilisce inequivocabilmente che il trasferimento può essere disposto soltanto per cause indipendenti dalla colpa del magistrato, a prescindere da ogni collegamento con il sistema della responsabilità disciplinare, il problema si sposta sull’opportunità, e forse sulla ragionevolezza, di alcune scelte compiute dal legislatore del 2006.

Interessante notare, a questo proposito, come, ai sensi della lett. bb) dell’art. 2 del d.lgs. n. 109/2006, costituiva illecito disciplinare “il rilasciare dichiarazioni ed interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura”. Per inciso, se tale norma non fosse stata abrogata con la novella introdotta dall’art. 1, comma 3, lett. b), n. 4, della legge n. 269/2006, i problemi qui esaminati non si sarebbero posti, dal momento che i fatti attribuiti al giudice Forleo sarebbero stati valutati, presumibilmente, nell’ambito del sistema della responsabilità disciplinare e avrebbero potuto dar luogo, se del caso, all’adozione di un provvedimento cautelare *ex art. 13 del d.lgs. n. 109/2006*<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Può essere utile segnalare come le ragioni che hanno indotto il legislatore a tornare sui propri passi siano da ricercare, almeno in parte, nello stesso citato parere rilasciato dal Csm il 15 luglio 2004: nell’occasione il *plenum* osservò che “il divieto di rilasciare pubbliche dichiarazioni “in violazione dei criteri di equilibrio e misura” è pienamente condivisibile sul piano della deontologia professionale, anche se l’utilizzazione di categorie

Il legislatore, quindi, ha “scelto” di non prevedere, tra le numerose fattispecie di illecito, quella riguardante la concessione da parte del magistrato di interviste che, per il loro tenore, si palesino “deontologicamente riprovevoli”<sup>19</sup>. E questo, ci pare, è un dato oggettivo di cui il Consiglio superiore non può che prendere atto. Così come non può che prendere atto del rilevante assottigliamento del campo di applicazione dell’istituto del trasferimento per incompatibilità ambientale.

Con la conseguenza, ormai chiara, che tali comportamenti, così come probabilmente numerosi altri, rimangono fuori dall’ambito regolativo sia dell’una che dall’altra disciplina, in una sorta di “zona franca” nella quale il Consiglio superiore non può arrivare, né con le competenze giurisdizionali né con quelle amministrative.

Si sono levate voci assai preoccupate per le conseguenze che la decisione del Tar Lazio può essere in grado di produrre a danno della funzionalità del Consiglio superiore della magistratura<sup>20</sup>, ovviamente se il Consiglio di stato dovesse accedere all’interpretazione nella stessa avanzata. Si è parlato di “*vulnus* alle competenze consiliari di enorme rilevanza”, il quale, “oggettivamente, e al là delle intenzioni, si iscrive in quel processo di marginalizzazione della posizione istituzionale del CSM ...”. Si è pure prospettata l’incostituzionalità della norma *de qua* per violazione sia delle prerogative del Consiglio, ai sensi dell’art. 105 Cost., che del buon andamento dell’amministrazione della giustizia, a mente dell’art. 97 Cost. Rilievi, questi ultimi, che non sembrano tuttavia pienamente condivisibili, se non altro perché non mostrano di tenere nel dovuto conto l’esigenza, sopra richiamata, di temperamento con altri valori costituzionali, quali, per tutti, il principio di inamovibilità, garantito da una riserva di legge, e il diritto di difesa dei magistrati.

Non si vuole certo negare che la normativa attuale ponga dei problemi, ma soltanto segnalare che la soluzione obbligata al fine di risolverli è quella di un nuovo intervento legislativo, nel contesto, eventualmente, di una “riforma della riforma” dell’ordinamento giudiziario, prospettiva di cui molto si parla in questi ultimi mesi.

In conclusione, al fine di limitare le “zone franche” di cui si è detto, l’intervento del legislatore potrebbe dirigersi, non necessariamente in alternativa, su due diversi fronti: in primo luogo, direttamente, su quello della disciplina del trasferimento per incompatibilità ambientale; in secondo luogo, indirettamente, su quello del sistema della responsabilità disciplinare.

Quanto alla disciplina del trasferimento amministrativo, forse varrebbe la pena che il legislatore prestasse attenzione ai richiami che sono giunti dal Csm, quando, nella citata risoluzione del 24 gennaio 2007, mostrando di tenere conto delle esigenze di temperamento sopra richiamate, ha espressamente segnalato al ministro della giustizia “l’opportunità di reintrodurre strumenti attivabili d’ufficio idonei ad attribuire al Consiglio, in sede di amministrazione della giurisdizione, un potere di intervento su situazioni oggettivamente pregiudizievoli della fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa”, premurandosi di aggiungere, tuttavia, che tale prospettiva di riforma deve tenere conto che “gli interventi in sede amministrativa devono essere orientati alla tutela oggettiva della giurisdizione e dei principi costituzionali ad essa afferenti, distinguendosi per ciò ontologicamente dalle misure cautelari e dalle sanzioni adottabili nel procedimento disciplinare (legate all’accertamento di tipo giurisdizionale di una responsabilità individuale)”.

---

necessariamente ampie e generiche come quelle di “equilibrio” e “misura” non è coerente con la volontà di tipizzare gli illeciti”. Nei mesi successivi tale parere venne, di fatto, due volte disatteso: dapprima apertamente, con l’approvazione del d.lgs. n. 109, che riprodusse senza alcuna modifica l’originaria formulazione contenuta nel progetto; successivamente con la stessa legge n. 269/2006, laddove, tenendo conto solo parzialmente delle perplessità manifestate dal *plenum*, anziché riformulare la previsione in termini meno generici si provvide alla sua radicale cancellazione.

<sup>19</sup> E’ questa la formula - come sottolinea lo stesso Tar Lazio - significativamente utilizzata dal consigliere Fresca nell’intervento svolto in sede di discussione plenaria del Consiglio superiore della magistratura, a conclusione della quale si è deciso di adottare il provvedimento di trasferimento.

<sup>20</sup> Cfr. C. RIVIEZZO-M. FRESA-D. PETRALIA, *Dal Consiglio Superiore*, cit., 1.

Sul versante, invece, del sistema della responsabilità disciplinare, si sa che la legge n. 150/2005 ha introdotto una puntuale tipizzazione delle fattispecie di illecito. Rispetto alle soluzioni che erano state prospettate in dottrina, o nei pochi progetti di riforma elaborati senza successo negli anni Novanta<sup>21</sup>, quella codificata nell'art. 2, comma 6, e successivamente dettagliata dal d.lgs. n. 109 si presenta come una tipizzazione "rigida", forse troppo rigida. Balza agli occhi la totale assenza di norme di chiusura, dal momento che le poche clausole di questo tipo inserite nel d.lgs. n. 109 sono state soppresse dal successivo intervento legislativo, in ragione del fatto che erano state formulate in modo eccessivamente vago. Per quanto l'attuale tipizzazione si presenti molto dettagliata, da più parti, al momento dell'approvazione della riforma, si era paventato il rischio che delle maglie così strette ben difficilmente avrebbero potuto impedire di lasciare impuniti fatti e comportamenti idonei a mettere in pericolo il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale<sup>22</sup>.

Il caso Forleo pare dimostrare, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della novella legislativa, che tale timore non era del tutto infondato.

---

<sup>21</sup> Sia consentito, sul punto, il rinvio a F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare (aspetti sostanziali)*, in *Foro it.*, V, 2008, 117ss.

<sup>22</sup> Risuonano appropriate, anche all'indomani della riforma del sistema disciplinare, le parole pronunciate dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 100/1981, quando, nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità dell'art. 18 della legge sulle guarentigie dei magistrati, affermò l'impossibilità per il legislatore di prevedere tutti i comportamenti idonei a ledere i valori posti a fondamento della responsabilità disciplinare: "si tratta, infatti, di principi deontologici che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati, non essendo identificabili e catalogabili tutti i possibili comportamenti con essi contrastanti che potrebbero provocare una negativa reazione dell'ambiente sociale".