

I rapporti tra procedimento disciplinare e penale

di Francesca Biondi
(11 luglio 2010)

(Testo dell'intervento svolto alla giornata di studio "La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali", Università degli Studi di Milano, Milano, 23 giugno 2010)

1. Premessa

Il magistrato risponde come tutti i cittadini, quando pone in essere un comportamento penalmente rilevante nella sua vita privata e, come tutti gli altri funzionari pubblici, quando il reato è commesso nell'esercizio delle funzioni.

Non esiste, infatti, nel nostro ordinamento giuridico, un catalogo di reati "propri"¹.

Il magistrato che commette un reato può, però, per gli stessi fatti, essere sottoposto a procedimento disciplinare². E ciò fa sì che possano esservi delle

¹ Parzialmente diversa era, invece, la disciplina anteriore alla l. n. 117 del 1988, che ha ridisciplinato la responsabilità civile dei magistrati.

L'originario testo dell'art. 328, comma 2, c.p. (omissione di atti d'ufficio) prevedeva che, "se il pubblico ufficiale è un giudice o un funzionario del pubblico ministero, vi è omissione, rifiuto o ritardo, quando concorrono le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di essi l'azione civile". Pertanto, il richiamo all'art. 55, n. 2, c.p.c. (ora abrogato) rendeva necessario, per la configurazione del reato, che la parte avesse depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e che fossero decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito. Poiché la disciplina codicistica ammetteva la possibilità di agire direttamente nei confronti dei magistrati in sede civile solo qualora il danno fosse stato causato da un comportamento integrante gli estremi di un reato, di fronte alle medesime fattispecie, la parte poteva decidere se agire in sede penale o in sede civile.

Il comma 2 dell'art. 328 c.p. è stato poi modificato dalla l. n. 117 del 1988, allo scopo di mantenere il coordinamento tra quanto in esso previsto e l'ipotesi di diniego di giustizia di cui all'art. 3 della l. n. 117 del 1988. Vi si disponeva che "se il pubblico ufficiale è magistrato, vi è omissione o ritardo quando siano trascorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri il diniego di giustizia".

Non può più, invece, parlarsi di reato "proprio" in seguito alla ulteriore modifica all'art. 328 c.p., ad opera dell'art. 16 della l. 26 aprile 1990, n. 86, poiché scompare ogni esplicito riferimento all'attività dei magistrati, che vengono assimilati, anche in relazione a questa fattispecie, a tutti gli altri pubblici funzionari. Il mancato coordinamento tra il diniego di giustizia previsto dalla l. n. 117 del 1988 e la successiva formulazione dell'art. 328 c.p. ha, per la verità, creato qualche perplessità in dottrina. Secondo alcuni autori, poiché il nuovo comma 2 dell'art. 328 c.p. prevede che vi sia omissione quando il pubblico ufficiale non compie l'atto entro trenta giorni dall'istanza di chi vi abbia interesse, lo stesso art. 3 della l. n. 117 del 1988 dovrebbe considerarsi abrogato. Altri, invece, ritengono che vi sia ancora un collegamento tra l'art. 3 l. n. 117 del 1988 e l'art. 328, comma 2, c.p., nel senso che, quando la legge prevede un termine per il suo compimento, è da quel momento che può presentarsi l'istanza, da cui decorreranno i trenta giorni; in caso contrario, i trenta giorni decorrono dalla presentazione dell'istanza. Aderisce a questa seconda interpretazione M. Romano, *I delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 36-37. In giurisprudenza, cfr. Tribunale di Perugia, sentenza 22 gennaio 1996, in *Foro it.* 1996, II, 387, con cui venne condannato un magistrato ex art. 328, comma 2, c.p.p., poiché aveva depositato la sentenza, senza giustificato motivo, con circa due anni di ritardo e oltre il trentesimo giorno dalla diffida.

² Numerosi esempi sono riportati da V. Tenore e S. Vitiello, *Rapporti tra illecito disciplinare, illecito penale, illecito civile ed illecito amministrativo-contabile del magistrato*, in AA.VV., *La*

connessioni e delle interferenze tra procedimento penale e procedimento disciplinare che il legislatore ha variamente regolato e che in questo breve contributo mi propongo di analizzare, muovendo dapprima dalle regole stabilite per i magistrati ordinari, per poi sottolineare analogie e differenze rispetto a ciò che accade per i magistrati amministrativi, contabili e militari.

2. Il rapporto tra procedimento penale e disciplinare per i magistrati ordinari: quanto si verifica una “interferenza” tra i due procedimenti?

Può esserci, anzitutto, “interferenza” tra i due procedimenti quando il medesimo comportamento è disciplinarmente oltre che penalmente rilevante: in particolare, questo evento si verifica quando il magistrato ordinario pone in essere un’azione penalmente rilevante che integra anche una delle fattispecie previste dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. 109/2006 (si pensi, ad esempio, al magistrato rinviato a giudizio per corruzione in atti giudiziari, cui sia stato contestato, in sede disciplinare, l’illecito previsto dall’art. 3, comma 1, lett. e, d.lgs. 109/2006, oppure a colui che venga processato per il reato di cui all’art. 379-bis, “rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale”, e parallelamente sia stato sottoposto al giudizio disciplinare per la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione ex art. art. 2, comma 1, lett. U, d.lgs. 109/2006).

In linea teorica, i due procedimenti possono venire intrapresi “autonomamente” e “parallelamente” l’uno rispetto all’altro (come confermato dall’art. 20 d.lgs. 109 del 2006). Tuttavia, se riguardano il medesimo “fatto”, inteso in senso storico e naturalistico, vi è una pregiudizialità “temporale” del procedimento penale rispetto a quello disciplinare: il procedimento disciplinare deve essere sospeso. In questi casi, il legislatore espressamente stabilisce che tutti i termini stabiliti per l’esercizio dell’azione disciplinare sono conseguentemente sospesi e riprendono a decorrere dalla data in cui non è più soggetta ad impugnazione la sentenza di non luogo a procedere ovvero sono divenuti irrevocabili la sentenza o il decreto penale di condanna (art. 15 d.lgs. 109/2006).

E’ da ritenersi che la “pregiudizialità” cominci ad operare “quando il procedimento penale sia in una fase suscettibile di essere definita con sentenza, e cioè nel momento in cui sia esercitata l’azione penale”³ con il rinvio a giudizio del magistrato: del resto, il legislatore prevede la sospensione dei termini “se viene esercitata l’azione penale” (v. ancora art. 15 cit.).

Il processo disciplinare e i relativi termini sono inoltre sospesi se il magistrato è stato arrestato o fermato o si trova in stato di custodia cautelare, nel qual caso, se non è ancora avvenuto, è assai presumibile che un’azione penale verrà a breve intrapresa (v. sempre art. 15 cit.).

responsabilità disciplinare nelle carriere magistratali, a cura di V. Tenore, Milano 2009, 431 ss. Gli Autori classificano i casi più frequenti nelle seguenti fattispecie: a) contrapposizioni con riflessi penali tra incolpato e coniuge ovvero tra incolpato e terzi per questioni di natura privatistica o nell’ambito dell’ufficio o condotte comunque non commendevoli tenute nella vita privata; b) strumentalizzazione del proprio ufficio per avvantaggiare sé o altri; c) coinvolgimento del magistrato con soggetti inseriti in organizzazioni o circuiti criminali.

³ Così, letteralmente, F. Sorrentino, *Procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati: cause di sospensione e sospensione dei termini*, in *Quest. giustizia* 2009, 69.

Qualche dubbio pone la disposizione, aggiunta successivamente, secondo cui i termini sono oltremodo sospesi se, nei casi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere g) ed h), ossia in caso di contestazione di "una grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile o per travisamento dei fatti causato da negligenza inescusabile" all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo. E' presumibile che qui non sia necessaria una identità di fatti per disporre la sospensione, bastando una pregiudizialità "logica" dell'accertamento penale rispetto a quello disciplinare, che si verificherà qualora si ritenga necessario attendere l'esito del processo penale al fine di valutare la sussistenza della responsabilità in sede disciplinare.

Secondo quanto detto, la sospensione per pregiudizialità penale per gli stessi fatti è obbligatoria ed opera in ogni fase del procedimento disciplinare, anche durante le indagini: se, ad esempio, i titolari dell'azione disciplinare vengono a conoscenza⁴ che un magistrato è stato rinviato a giudizio per circostanze su cui stanno svolgendo le sommarie indagini preliminari, il Procuratore generale dichiara la sospensione del procedimento e, automaticamente, si sospende il termine annuale per l'esercizio dell'azione disciplinare.

Vi è un secondo caso che può determinare una "interferenza" tra procedimento penale e disciplinare: quando la commissione di un reato è di per sé un fatto disciplinarmente rilevante.

L'art. 4 del dlgs 109/2006, intitolato "illeciti disciplinari conseguenti a reato", prevede una sorta di "automatismo" tra i fatti per i quali è intervenuta una condanna per un delitto doloso e l'azione disciplinare; per i delitti colposi puniti con la reclusione o per le contravvenzioni punite con l'arresto spetta invece al titolare dell'azione disciplinare valutare se vi siano caratteri di particolare gravità per le modalità e le conseguenze del fatto tali da giustificare l'apertura di un procedimento disciplinare. Ciò significa che se la condotta penalmente rilevante non rientra tra quelle previste negli artt. 2 e 3 del d.lgs. 109/2006 e dunque non è stata intrapresa un'azione disciplinare, il fatto di essere stati condannati in sede penale costituisce di per sé un fatto disciplinarmente rilevante.

In tutte le ipotesi ora considerate il procedimento disciplinare si apre dopo la conclusione di quello penale e per diretta conseguenza di questo.

Resta da considerare un ultimo caso. Se il reato commesso dal magistrato sia estinto, per qualsiasi causa, o l'azione penale non possa essere iniziata o proseguita, il titolare dell'azione disciplinare può comunque esperire l'azione se ritenga che il fatto costituente reato sia idoneo a ledere l'"immagine" del magistrato. A tale conclusione induce l'art. 4 d.lgs. 109/2006 che contiene una norma di chiusura in base alla quale "costituisce illecito disciplinare qualsiasi fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato".

⁴ E' presumibile che le informative relative all'iscrizione di un magistrato nel registro degli indagati ovvero al suo rinvio a giudizio provengano dagli stessi magistrati titolari dell'inchiesta, sui quali ora incombe un vero e proprio dovere di segnalare gli illeciti: v. art. 14, comma 4, d.lgs. 109/2006. A tale ipotesi va anche aggiunta la previsione di cui all'art. 154 ter d.lgs. 271/1989, aggiunto dalla d.lgs. 150/2009, in base al quale è stabilito che la cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di una p.a. ne comunica in via telematica il dispositivo all'amministrazione di appartenenza e, su richiesta di questa, trasmette copia integrale del provvedimento.

Non è chiarissimo il rapporto tra questa e le disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs. 109/2006: a parere di chi scrive, un'interpretazione costituzionalmente orientata, volta ad applicare in senso restrittivo una norma di chiusura che, facendo riferimento all'immagine del magistrato, rischia di compromettere il principio di tassatività, oltre che la collocazione sistematica della disposizione, inducono a ritenere che l'art. 4 sia preordinato solo ad impedire che la mancata tipizzazione disciplinare di una condotta che, tuttavia, sia astrattamente qualificabile come reato e che, per varie ragioni, non viene sanzionata in sede penale, possa comunque essere oggetto del giudizio disciplinare. Qualora, invece, la medesima condotta sia già qualificata disciplinarmente è agli artt. 2 e 3 d.lgs. 109/2006 che è necessario fare riferimento⁵.

3. Come la sottoposizione di un magistrato a procedimento penale influisce sulle determinazioni della Sezione disciplinare

3.1. L'acquisizione probatoria

Può accadere che il Procuratore generale della Cassazione, in qualità di titolare dell'azione disciplinare, chieda all'autorità giudiziaria penale la trasmissione di atti in suo possesso. In questa ipotesi l'art. 16, comma 4, d.lgs. 109/2006 impedisce all'autorità giudiziaria penale di opporre al titolare delle indagini disciplinari il segreto investigativo: solo se il Procuratore della Repubblica motiva che la divulgazione di tali atti può pregiudicare le indagini penali, il Procuratore generale può disporre la segretezza di essi e, per un analogo periodo, la sospensione del procedimento disciplinare⁶. Tale regola, da molti criticata, soprattutto nella sua originaria formulazione che non prevedeva la possibilità di secretare e poi sospendere, costituisce una novità ed è sancita unicamente per il procedimento disciplinare dei magistrati ordinari.

E' da notare che qui la sospensione del procedimento disciplinare opera per esigenze istruttorie, non per il principio della pregiudizialità penale: i fatti oggetto dei due procedimenti saranno certamente collegati, ma non necessariamente identici (essendo entrambi i procedimenti nella fase delle indagini, i fatti non saranno stati ancora chiaramente qualificati).

Inoltre, è da ritenere, nonostante una non felice formulazione della disposizione⁷, che in questo (solo) caso la sospensione del procedimento disciplinare possa essere disposta anche se il procedimento penale si trovi

⁵ Diversa la posizione di V. Tenore e S. Vitiello, *Rapporti tra illecito disciplinare, illecito penale, illecito civile ed illecito amministrativo-contabile del magistrato*, cit., 441-442, in base ai quali in tutti i casi in cui la condotta debba considerarsi penalmente illecita, è alla stregua dell'art. 4 che l'illecito disciplinare deve essere qualificato anche se si è concretato nella violazione di un dovere nell'esercizio delle funzioni e sia pertanto astrattamente riconducibile alle fattispecie di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs. 109/2006.

⁶ In particolare, secondo quanto stabilito dall'art. 16, comma 4, d.lgs. 109/2006, può essere disposta la segregazione degli atti per un periodo non superiore ad un anno, prorogabile di altri sei mesi, ovvero di un altro anno quando si perseguano i reati di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p. Nei casi più gravi il procedimento disciplinare può, dunque, restare sospeso anche per due anni.

⁷ "Il procedimento può essere altresì sospeso nel corso delle indagini preliminari": v. art. 16, comma 4, ult. periodo, d.lgs. 109/2006.

ancora nella fase delle indagini preliminari (diversamente da quanto prima detto, ossia che la pregiudizialità penale scatta solo con il rinvio a giudizio)⁸. A parte il limite del segreto investigativo, le prove e gli atti acquisiti in un processo penale possono essere utilizzate in quello disciplinare come “documenti” (art. 238 c.p.p.), con la sola eccezione delle intercettazioni (art. 270 c.p.p.). Queste ultime – secondo un costante orientamento della Cassazione, ripreso dalla giurisprudenza disciplinare – possono solo essere utilizzate quali notizie di illeciti disciplinari valide per l’espletamento di accertamenti e di acquisizioni probatorie⁹.

3.2. Le misure cautelari

Le misure cautelari che, a richiesta dei titolari dell’azione disciplinare, possono essere adottate dalla Sezione disciplinare sono la sospensione dalle funzioni o dallo stipendio con collocamento fuori ruolo; il trasferimento ad altra sede o ad altre funzioni; e il trasferimento ad altro ufficio posto in un distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato nell’art. 11 c.p.p.

In linea di principio, come ha osservato anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 264 del 2003, è necessario che le misure cautelari sospensive nei confronti dei pubblici impiegati o di esercenti di funzioni pubbliche siano adottate dall’amministrazione competente in base ad un apprezzamento concreto sia degli addebiti, sia delle esigenze cautelari. Tuttavia, “non si può negare al legislatore, in circoscritte ipotesi, la possibilità di effettuare direttamente l’appruzzamento di tali esigenze cautelari in relazione alla pendenza, a carico dell’interessato, di procedimenti penali per fatti suscettibili di avere anche rilievo disciplinare, e comunque per accuse suscettibili di rendere inopportuna, per l’amministrazione, la permanenza dell’interessato nell’esercizio delle funzioni” (così, letteralmente, Corte cost. sent. n. 264 cit.).

E’ ciò che esattamente avviene per i magistrati ordinari.

Tra i presupposti per l’adozione della prima e più incisiva delle misure cautelari disciplinari, ossia la sospensione dalle funzioni o dallo stipendio con collocamento fuori ruolo, vi è, infatti, anche la sottoposizione del magistrato a procedimento penale o a misura cautelare personale.

In particolare, se richiesta dal Ministro della Giustizia o dal Procuratore generale della Cassazione, la sospensione è “obbligatoriamente” adottata dalla Sezione disciplinare nel caso in cui il magistrato, per decisione del giudice penale, sia sottoposto a misura cautelare personale coercitiva o interdittiva. E’ da ritenere che l’applicazione della misura disciplinare decorra dalla data di emissione della misura cautelare in sede penale¹⁰.

⁸ L’art. 16, comma 4, ult. periodo, d.lgs. 109/2006 laddove è scritto che “il procedimento può essere altresì sospeso nel corso delle indagini preliminari”, è stato per la verità interpretato anche in altro modo, ossia ritenendo che tale disposizione introduca una causa generale di sospensione facoltativa del procedimento disciplinare adottabile dal Procuratore generale nella fase istruttoria, con esclusivo riferimento ai procedimenti penali pendenti nella fase delle indagini preliminari: cfr. Sorrentino, *op. cit.*, 73 ss., M. Fresa, *Profili procedurali: il procedimento disciplinare innanzi al C.s.m.: iniziativa, istruttoria, conclusione*, in AA.VV., *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, a cura di V. Tenore, Milano 2009, 419.

⁹ Sez. disc. Csm, sentt. 27/2006 e 149/2006, in *Mass. Disc.* 2006-2007, p. 33-35.

¹⁰ Come del resto chiarito dalla giurisprudenza sotto la disciplina previgente: cfr. Sez. disc. Csm, sent. 162/2006, in *Mass. Disc.* 2006-2007, p. 274-275. Sul punto, cfr. diffusamente V. Tenore e S. Vitiello, *Rapporti tra illecito disciplinare, illecito penale, illecito civile ed illecito amministrativo-*

La misura cautelare disciplinare dovrà essere obbligatoriamente revocata in caso di sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione o di sentenza irrevocabile di assoluzione, oppure qualora la misura cautelare sia revocata per carenza di gravi indizi di colpevolezza. Negli altri casi di revoca o di cessazione degli effetti della misura cautelare, sarà la sezione disciplinare a valutare l'opportunità di revocare o mantenere la misura cautelare disciplinare (art. 21 d.lgs. 109/2006).

In ogni caso, la misura cautelare disciplinare obbligatoria a causa del procedimento penale non può mai protrarsi oltre i cinque anni¹¹.

La sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio è, invece, facoltativa nel caso in cui il magistrato sia sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva (art. 22, d.lgs. 109/2006).

Come chiarito già in passato dalla giurisprudenza disciplinare, per adottare la misura cautelare facoltativa non basta, per esempio, l'iscrizione del magistrato nel registro degli indagati o il suo rinvio a giudizio, dovendo la richiesta essere supportata da serie valutazioni in ordine al *fumus* degli addebiti e delle eventuali correlate esigenze cautelari: il giudice disciplinare dovrà cioè valutare non solo la gravità dell'accusa penale, ma anche – nei limiti di una deliberazione allo stato degli atti – la consistenza e la serietà dei fatti posti a fondamento della medesima, al fine di stabilire, senza interferire nel merito del giudizio penale e nell'esclusiva ottica del giudizio disciplinare, se, tenuto conto delle esclusive esigenze di servizio, ricorrano le condizioni necessarie per emettere il provvedimento di sospensione cautelare¹². Ovviamente le risultanze del procedimento penale costituiscono elementi di valutazione che la Sezione prenderà seriamente in considerazione (per es. una condanna sia pure non definitiva per il reato di corruzione in atti giudiziari¹³).

3.3. La decisione

La sentenza penale esercita degli effetti anche sui contenuti della sentenza disciplinare.

In primo luogo, il giudice disciplinare non può mettere in discussione l'accertamento dei fatti compiuto in sede penale, anche se diversamente qualificati nelle due sedi. Tale scelta, volta ad evitare un contrasto "sostanziale" di giudicati, è pienamente coerente con l'obbligo di sospendere il procedimento disciplinare quando quello penale abbia ad oggetto i medesimi fatti.

In particolare, l'art. 20, comma 2, d.lgs. 109/2006, analogamente a quanto già in passato stabilito (v. art. 29, d.lgs. 511/46¹⁴), e, soprattutto, in linea con quanto

contabile del magistrato, cit., 503-505.

¹¹ V. principio sancito dall'art. 9, comma 2, l. 19/1990 e la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 264 del 2003, dove si afferma che, ove la misura cautelare si colleghi esclusivamente, come effetto "automatico", alla pendenza di un procedimento penale, un corretto contemperamento degli interessi di rilievo costituzionale in gioco esige che sia fissata una ragionevole durata massima alla misura cautelare.

¹² Sez. disc. Csm, sent. 162/2005, in *Mass. Disc.* 2006-2007, p. 271.

¹³ Cfr., per es., Sez. disc. Csm sent. 139/2006, in *Mass. Disc.* 2006-2007, p. 272-273.

¹⁴ In particolare, sulla base di tale disposizione, la giurisprudenza aveva chiarito che tale regola valeva nel caso in cui la contestazione disciplinare si esauriva nella mera riproduzione testuale

stabilito dall'art. 653 c.p.p.¹⁵, prevede che nel giudizio disciplinare la sentenza penale irrevocabile di condanna o pronunciata all'esito del procedimento c.d. di "patteggiamento" abbia autorità di cosa giudicata quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso; analogamente ha autorità di cosa giudicata nel giudizio disciplinare, quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso, la sentenza penale irrevocabile di assoluzione. Tale regola si applica se la vicenda è stata ricostruita in sede penale in modo tale da escludere qualsiasi ulteriore profilo di rilievo disciplinare¹⁶.

Va sottolineato che la sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste" per inidoneità del fatto ad offendere il bene protetto dalla norma penale non impedisce che il medesimo fatto possa essere valutato in sede disciplinare: come del resto stabilito dalla giurisprudenza disciplinare prima dell'entrata in vigore della riforma del 2006¹⁷, in questo caso la condotta è stata posta in essere e l'assoluzione dipende dalla sua irrilevanza penale (si pensi all'assoluzione dovuta all'insussistenza di una concreta offesa al bene protetto). Analogamente, neanche l'esclusione in sede penale della responsabilità per mancanza dell'elemento intenzionale (assoluzione "perché il fatto non costituisce reato") esime dall'indagine sulla sussistenza dell'elemento psicologico in sede disciplinare, dovendo il magistrato essersi comportato in conformità ai dettami deontologici¹⁸.

Sono invece sempre ininfluenti le sentenze di archiviazione, di estinzione del reato per qualsiasi causa, di proscioglimento per prescrizione e per *abolitio criminis*.

Perfettamente coerente al sistema delineato, è, infine, la previsione secondo cui è ammessa, in ogni tempo, la revisione delle sentenze disciplinari divenute irrevocabili, con le quali è stata applicata una sanzione disciplinare, quando i "fatti" posti a fondamento della sentenza risultano incompatibili con quelli accertati in una sentenza penale irrevocabile ovvero in una sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione (art. 25 d.lgs. 109/2006).

Sulla base delle disposizioni sin qui ricordate, è stato correttamente osservato come il titolare dell'azione disciplinare dovrebbe evitare di formulare l'incolpazione ricalcando integralmente e pedissequamente quella penale, tenendo invece conto dell'autonomia e della specificità dei comportamenti

dei capi di imputazione penali: v. tra le tante, Sez. disc. Csm, sentenze nn. 54 – 56 – 57 del 2004, in *Mass.disc.* 2004-2005, p. 209-210.

¹⁵ L'art. 653 c.p.p., intitolato "Efficacia della sentenza penale nel giudizio disciplinare", così recita "1. La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso; 1-bis. La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso".

¹⁶ V. Sez. disc. Csm, sent. 82/2006, in *Mass. disc.* 2006-2007, p. 34. Il principio, stabilito con riferimento alla normativa previgente, deve ritenersi validamente affermato anche sotto il vigore del d.lgs. 109/2006.

¹⁷ V. Sez. disc. Csm, sent. 85/2004, in *Mass. disc.* 2004-2005, p. 210.

¹⁸ Cfr. M. Cassano, *Il procedimento disciplinare, Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di D. Carcano, Milano 2009, 546.

suscettibili di rilevanza disciplinare: si potrebbe così scongiurare l'eventualità che l'assoluzione in sede penale conduca ad assolvere automaticamente il magistrato anche in sede disciplinare in relazione a condotte che invece potrebbero risultare disciplinarmente non corrette¹⁹. Ovviamente questa considerazione vale se si ritiene che la pregiudizialità penale e gli effetti del giudicato operino con riferimento agli stessi fatti, anche se qualificati in modo diverso. La tesi opposta, soprattutto alla luce della tipizzazione degli illeciti disciplinari, condurrebbe a rendere in sostanza inoperanti tutte le regole che stiamo analizzando²⁰.

La sentenza penale può anche influire sul tipo di sanzione che il giudice disciplinare decide di irrogare.

Il principio generale in materia è quello secondo cui il pubblico dipendente non può essere destituito di diritto a seguito di una condanna penale, potendo tale sanzione essere inflitta solo all'esito di un procedimento disciplinare (v. art. 9, comma 1, l. 19/1990). Sul punto, la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato che la diversità degli interessi tutelati dalla norma deontologica e da quella penale impedisce che l'organo disciplinare possa trarre automaticamente delle conseguenze dalle risultanze penali. Sono state di conseguenza dichiarate incostituzionali tutta una serie di disposizioni che prevedevano decadenze o destituzioni di diritto come automatica conseguenza della condanna penale²¹.

Il d.lgs. 109/2006 stabilisce, invece, all'art. 12, che si applica la "rimozione" al magistrato che sia stato condannato ad una pena detentiva per un delitto non colposo non inferiore ad un anno per la quale non sia stata concessa la sospensione condizionale, e, inoltre, che debba essere "rimosso", sempre a seguito di procedimento disciplinare, il magistrato che sia stato condannato alla sanzione accessoria dell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici. Mentre la seconda parte della disposizione non pare presentare particolari problemi, dal momento che la Sezione non potrebbe che prendere atto dell'impossibilità giuridica di esercitare una funzione pubblica, seri dubbi di costituzionalità pone la prima parte della disposizione, poiché introduce un vero e proprio automatismo sanzionatorio derivante dal giudicato penale²².

4. Il rapporto tra procedimento penale e disciplinare per i magistrati amministrativi, contabili e militari.

E' noto che il d.lgs. 109/2006 espressamente non si applica ai magistrati amministrativi e contabili (v. art. 30) e che questo ha creato non pochi problemi interpretativi.

¹⁹ Cfr. ancora M. Carcano, *op. cit.*, p. 547.

²⁰ Sembra, invece, ritenere che la pregiudizialità penale e l'efficacia di giudicato operino solo laddove vi sia assoluta identità tra imputazione penale e incolpazione disciplinare F. Sorrentino, *op. cit.*, 70.

²¹ Cfr. Corte cost., 197/1993, 16/1991, 239 e 363/1996. Tale principio è inoltre alla base della regola secondo cui la sentenza penale non può destituire di diritto il pubblico dipendente (v. art. 9 l. 19/90).

²² Appaiono dunque condivisibili i dubbi di costituzionalità espressi da V. Tenore e S. Vitiello, *Rapporti tra illecito disciplinare, illecito penale, illecito civile ed illecito amministrativo-contabile del magistrato*, cit., 437-438.

Più precisamente, relativamente ai magistrati amministrativi, posto che la l. 186 del 1982 rinviava, per quanto da essa non diversamente disposto, alle norme previste per i magistrati ordinari, le strade percorribili sembrano essere due: o ritenere che quello operato fosse un rinvio fisso e continuare a fare riferimento alla previgente disciplina, cioè agli artt. 17-38 del d.lgs. 511/1946, oppure, visto che tali disposizioni sono state abrogate espressamente, applicare in via residuale le norme previste per gli impiegati pubblici dello Stato, ossia agli artt. 78-85 d.p.r. 3/1957²³.

La prima soluzione appare la più ragionevole, poiché è presumibile che il legislatore, escludendo i magistrati amministrativi e contabili dall'ambito di applicazione delle nuove norme, avesse intenzione di non modificare la disciplina applicabile a costoro: in caso contrario, avrebbe espressamente introdotto altre e diverse nuove norme o rinviato ad altra disciplina vigente.

La seconda soluzione appare, però, quella formalmente più corretta applicando i criteri di risoluzione delle antinomie: il d.lgs. 511/1946, per la parte che ci interessa, è stato espressamente abrogato e, dunque, di fronte a questa lacuna, è necessario fare riferimento alla disciplina generale.

Per la verità, non si può sottacere che, in tema di rapporto tra procedimento disciplinare e penale, entrambe le discipline recepiscono i medesimi principi, ossia quello di autonomia dei due procedimenti e quello della pregiudizialità temporale dell'accertamento penale rispetto a quello disciplinare (v. art. 28 r.d.lgs. 511/1946 e art. 117 del TU 3/1957). Inoltre, entrambe obbligano gli organi disciplinari a disporre la sospensione cautelare del magistrato solo quando costui sia stato privato della libertà personale, in tutti gli altri casi la misura cautelare è facoltativa. Entrambe, infine, prevedono la destituzione di diritto in caso di condanna all'interdizione dai pubblici uffici. Solo il d.lgs. 511/1946 contiene altre cause di destituzione di diritto che, tuttavia, debbono ritenersi incostituzionali alla luce di quanto precedentemente detto sull'illegittimità dell'automatismo del meccanismo sanzionatorio disciplinare (*retro* § 3.3).

Se dunque forse, nell'applicazione pratica, la maggioranza dei problemi può trovare una soluzione condivisa applicando indifferentemente l'una o l'altra disciplina (artt. 29 e 31 d.lgs. 511/1946 oppure artt. 85-88-91-97-98 e 99 del TU 3/1957), non si tratta di una conclusione pienamente soddisfacente, poiché sarebbe necessario individuare le disposizioni specificamente applicabili, evitando di favorire il ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti adottati dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa.

Minori problemi pone il procedimento disciplinare a carico dei magistrati contabili: anche per costoro, in passato, grazie ad una serie di rinvii²⁴, si faceva riferimento al d.lgs. 511/1946, ma il quesito interpretativo appena segnalato non ha conseguenze pratiche poiché – sempre che si superino i dubbi in merito alla possibilità che un atto interno integri disciplini una materia coperta da riserva di legge – si può fare riferimento al regolamento di disciplina per i magistrati della Corte dei conti, adottato con deliberazione del Consiglio di Presidenza del 26

²³ A titolo di completezza, pare utile ricordare che non è invece possibile fare riferimento alle disposizioni contenute nel d.lgs. 165/2001, come modificato dal d.lgs. 150/2009, poiché applicabili solo alle amministrazioni pubbliche specificamente individuate.

²⁴ L'art. 10, comma 9, l. 117/88 rinviava alla l. 186/1982, la quale, a sua volta, richiamava la disciplina prevista per i magistrati ordinari.

luglio 2000, n. 510, che regola puntualmente il procedimento disciplinare e anche i suoi rapporti con il procedimento penale. Si prevede, infatti, la sospensione obbligatoria del procedimento disciplinare in pendenza di quello penale relativo agli stessi fatti, richiamando poi espressamente, quanto agli effetti, l'art. 653 c.p.p. (v. art. 10). Inoltre, è consentita la sospensione facoltativa del procedimento disciplinare qualora il Consiglio ritenga opportuno attendere l'esito del "connesso" procedimento penale (art. 11). Infine, si regolano i casi di sospensione del magistrato sottoposto a procedimento penale (art. 13).

Con riguardo, da ultimo, ai magistrati militari, il rinvio operato alle disposizioni dettate per la magistratura ordinaria²⁵ e il fatto che il d.lgs. 109/2006 non li escluda dal suo ambito di applicazione, induce a rinviare a quanto detto nei paragrafi precedenti, dovendosi loro applicare la disciplina recentemente introdotta.

5. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui detto è ora possibile provare ad individuare i principi comuni che regolano, nel nostro ordinamento, il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale, con particolare riferimento ai magistrati.

Anzitutto, principio generale, valido per tutti i pubblici impiegati, compresi i magistrati, è quello dell'autonomia del giudizio disciplinare rispetto a quello penale: la ragione sta nel fatto che essi hanno un diverso fondamento teorico e, dunque, l'organo disciplinare deve poter valutare i fatti autonomamente, tenendo conto delle finalità cui è preordinata la disciplina.

Altro principio comune è quello degli effetti del giudicato penale sul giudizio disciplinare quanto all'accertamento dei "fatti" compiuto in sede penale: qui la ragione sta invece certamente nella necessità di assicurare la coerenza dell'ordinamento, ma forse trova una giustificazione anche nella considerazione che in sede penale le modalità di conduzione del processo e gli strumenti investigativi a disposizione sono più incisivi e, dunque, dovrebbero fornire una maggiore garanzia sull'esattezza della ricostruzione degli eventi.

Diverse sono, invece, le soluzioni adottate nel nostro ordinamento quanto alla pregiudizialità temporale dell'accertamento penale rispetto a quello disciplinare: in passato esso costituiva un principio generale (v. art. 118 d.p.r. 3/57), mentre ora è la sospensione del procedimento disciplinare è obbligatoria per i magistrati, non più per una larga parte dei dipendenti pubblici (v. art. 55 ter d.lgs. 165/2001 aggiunto da d.lgs. 150/2009). Per gli appartenenti al settore del lavoro pubblico privatizzato il procedimento disciplinare può anche concludersi in pendenza di quello penale, salvo riaprire quest'ultimo nel caso in cui sia necessario adeguarne la decisione alle risultanze penali.

C'è chi condivide quest'ultima soluzione criticando il "mito" della pregiudizialità penale, non perché in astratto non condivisibile, ma perché la lunghezza del processo penale produce intollerabili ritardi sull'azione disciplinare che, al contrario, deve essere tempestiva²⁶.

²⁵ Cfr. art. 1, comma 3, l. 561/1988 e artt. 2, comma 1, lett. B e 7 d.p.r. 158/1989.

²⁶ Cfr. AA.VV., *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, a cura di V. Tenore, Milano 2009.

A questa posizione si può tuttavia ribattere che ai magistrati deve essere assicurato il principio di indipendenza; che proprio tale principio ha condotto a differenziare la loro posizione rispetto a quella degli altri dipendenti pubblici nel procedimento disciplinare²⁷, che tale principio appare meglio assicurato dalla regola della pregiudizialità, che impedisce che l'accusato debba difendersi contemporaneamente su due fronti, con il rischio connesso di essere assolto nell'uno e condannato nell'altro; che infine la tempestività dell'intervento disciplinare potrebbe comunque essere soddisfatta da un più incisivo ricorso alla misura della sospensione cautelare facoltativa.

²⁷V. giurisprudenza costituzionale sul diritto di difesa dei magistrati nel procedimento disciplinare che ha indotto la Corte ad ammettere la difesa tecnica proprio alla luce del principio di indipendenza e indipendentemente dalla natura, amministrativa o giurisdizionale, dello stesso: cfr. sentt. 497/2000 e 87/2009, mentre, per il rigetto della medesima questione relativamente agli appartenenti alla polizia, v. sent. 182/2008.