

Interpretazione abnorme e responsabilità del magistrato

MARIO FRESA – SANDRO DE NARDI

1. I principi costituzionali dell'autonomia e indipendenza del magistrato, cardini dell'attività giurisdizionale ed dell'interpretazione delle leggi

Il mito di Antigone, si sa, è incentrato sull'eterno conflitto tra "autorità" e potere, in termini contemporanei sul problema della legittimità della "legge positiva". Nel dramma di Sofocle il contrasto tra l'eroina Antigone ed il re Creonte rappresenta il contrasto tra leggi divine e leggi umane, tra gli "αρχαία νομμά", le leggi consuetudinarie, ritenute di origine divina, ed il "νόμος", il *corpus* delle leggi della *polis* di stampo democratico.

Oggi quel mitico contrasto rivive per ogni magistrato nella sottoposizione delle leggi positive dello Stato e delle Regioni al vaglio interpretativo della loro conformità alle norme ed ai valori sanciti nella nostra Costituzione, nonché alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed alle norme dell'Unione europea. Sicché il giudice contemporaneo, lungi dall'essere semplice *bouche de loi*, diviene custode dei valori per i quali ha giurato fedeltà e, nel contrasto eventuale tra leggi positive e valori costituzionali, convenzionali e comunitari, deve dare la prevalenza a questi ultimi, come Antigone fece per gli "αρχαία νομμά".

Per garantire ciò, la Costituzione ha previsto rigide garanzie per l'esercizio della funzione giurisdizionale, assicurando che il magistrato sia

soggetto soltanto alla legge (art. 101) e che la magistratura costituisca un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere (artt. 104) con governo autonomo (artt. 104 e 105), prevedendo che i singoli magistrati siano inamovibili, distinti solo per diversità di funzioni (art. 107) e limitando le prerogative del Ministro della giustizia all'organizzazione ed al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (art. 110). Tali prerogative sussistono nell'interesse non dei singoli magistrati, né della magistratura intesa come corporazione, ma del popolo italiano in nome del quale è resa giustizia con l'esercizio imparziale e sollecito della giurisdizione (art. 111), assicurando che venga rispettato il principio dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi la legge (art. 3).

Se ciò è vero, il magistrato–Antigone dev'essere cosciente che a fronte di queste prerogative (che il CSM assicura in concreto con lo strumento delle c.d. pratiche a tutela) vi sono corrispondenti doveri, che regolano l'attività giurisdizionale e che sono posti a presidio del rischio del ripetersi nel nostro ordinamento di ciò che si è soliti accomunare alla c.d. sentenza di Porzia, cioè all'interpretazione abnorme che si pone al di fuori dei confini del giuridicamente sostenibile, anche in quanto conseguenza di un comportamento deontologicamente scorretto.

Il CSM, come ha il dovere di tutelare i magistrati lesi nella loro autonomia e indipendenza di giudizio, ha il compito di intervenire nelle situazioni determinate da gravi cadute di professionalità nell'esercizio delle funzioni. La tutela dei magistrati lesi nell'esercizio delle funzioni e l'intervento nei casi in cui la giurisdizione perde credibilità a causa di comportamenti scorretti sono due facce della stessa medaglia. L'autorevolezza del CSM risiede nella capacità di esercitare con fermezza entrambe queste prerogative. Di qui la considerazione della funzione sostanzialmente bicefala del procedimento disciplinare che ha natura giurisdizionale ed è per dettato costituzionale parte integrante del sistema del governo autonomo.

Oggi vi è una norma di carattere generale, l'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006, che enuclea i doveri del magistrato nell'esercizio delle funzioni, individuandoli in quelli di imparzialità, correttezza, diligenza, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona. Tali doveri, in quanto si traducono nella violazione di una delle fattispecie tipiche di cui al successivo art. 2, sono posti a presidio del confine al di là del quale l'esercizio della giurisdizione non è più posto al riparo da possibili interventi sanzionatori del giudice disciplinare. Oltrepastato questo confine, il magistrato

non può difendersi dietro il paravento dei principi di autonomia e indipendenza, garanzie non personali ma reali che tutelano la giurisdizione in quanto tale e, quindi, la collettività.

È tuttavia doverosa una precisazione. Il concetto di nomofilachia, nel nostro ordinamento, è concetto lontano da quello che traeva origine nella tradizione romana, che aveva riconosciuto la possibilità di “una più forte reazione della legge per difendersi dalla ribellione del giudice” (la citazione di CALAMANDREI è tratta da NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, 3). Sebbene con l’avvento della Costituzione possa dirsi superato il collegamento tra violazione di legge e ribellione del giudice, nei lavori preparatori della stessa Costituzione si possono notare ancora antichi retaggi, quali il riferimento

alla funzione della Cassazione di assicurare che i giudici applichino le leggi esistenti, e non sostituiscano alla volontà normativa arbitrarie e soggettive valutazioni (cfr. LUPO, *La Corte di Cassazione nella Costituzione*, in *Cass. Pen.*, 2008, 4444 ss.).

Nel testo della Costituzione si supera il concetto dell’interpretazione del giudice quale mera interpretazione del “νομος” rappresentato dalle leggi ordinarie e dalle altre fonti di diritto secondarie e si afferma la concezione dell’interpretazione delle leggi come il risultato di un continuo, difficile e mutevole raffronto con i valori costituzionali, convenzionali e comunitari esistenti, raffronto che può portare ad una delicata operazione di bilanciamento dei contrapposti valori in gioco. Questa operazione può portare a molteplici, legittime opzioni interpretative tra i diversi giudici di merito e tra questi ed i giudici di legittimità. Sicché la contrapposizione tra nomofilachia e interpretazione, ossia tra l’autorità della legge siccome riconosciuta dalla Corte Suprema e la libertà interpretativa degli altri giudici, ha visto, da un lato, fiorire in dottrina la teoria della c.d. nomofilachia tendenziale o “dal basso” e, dall’altro, il tentativo di un legislatore reazionario e controriformista di sottoporre ad un controllo esterno l’interpretazione giurisprudenziale.

Mi riferisco, in particolare, al tentativo operato con la legge delega 25 luglio 2005, n. 150 [*Direttive nn. 3 e 11, lett. c*), art. 2, sesto comma], di prevedere che l’attività di interpretazione di norme di diritto non potesse dar luogo a responsabilità disciplinare del giudice solo in quanto fosse conforme all’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale. Tentativo non riuscito perché, nel suo testo definitivo, il d.lgs. 23 febbraio 2006,

109 (c.d. Riforma Castelli), di attuazione della predetta legge delega, come modificato dall'art. 1, terzo comma, legge 24 ottobre 2006, n. 269 (c.d. Riforma Mastella), prevede che "Fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l), m), n), o), p), cc) e ff), l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare".

2. I limiti dell'attività interpretativa e la responsabilità del magistrato nel sistema disciplinare

I primi anni di applicazione delle nuove regole del sistema disciplinare hanno evidenziato il dipanarsi di problemi interpretativi con rilevanza anche esterna, propri di ogni sistema ordinamentale e processuale in via di trasformazione e di adeguamento ai tempi che cambiano in una visione di trasparenza, efficienza e funzionalità del servizio–giustizia affidato ai magistrati. Gli organi disciplinari sono stati oggetto di critiche contingenti, non solo da parte della stampa quotidiana. Le critiche sono state spesso superficiali, ancorate ad aspetti per lo più mediatici, contraddittorie nei metodi e nei risultati. Il comun denominatore di esse, un preteso eccesso di "corporativismo", urta contro la realtà dei numeri che dimostra un sensibile aumento delle condanne e dei provvedimenti cautelari rispetto al sistema previgente.

Nel quadriennio 2006/2010 il numero delle condanne dei magistrati ha superato quello delle assoluzioni ed il *trend* sembra continuare stando alle decisioni del primo anno di attività della Sezione disciplinare del CSM 2010/2014. Si assiste ad un rigore mai visto, che non ha paragone con altri ordini o categorie professionali. È vero che il metro di giudizio sulla qualità ed efficienza di qualsiasi settore della Giustizia non può rapportarsi alle percentuali di condanne e di assoluzioni pronunciate, però è anche vero che i dati statistici provano come siano immeritate le accuse di "giustizia domestica" e di "corporativismo". Questo maggior rigore sembra il frutto sia di una riforma che, con le opportune integrazioni della c.d. legge Mastella (n. 269/2006), si è rivelata efficace, sia di una più matura cultura dell'autogoverno.

Certo, in una visione sistematica del nuovo procedimento disciplinare, non va pretermessa la legittima preoccupazione dei magistrati ordinari in relazione al pericolo di un'esorbitanza del sindacato disciplina-

re sul contenuto dei provvedimenti giudiziari; tuttavia, le motivazioni dei provvedimenti disciplinari, pur tenuto conto della funzione bicefala della Giustizia disciplinare, sono attente nel tenere distinti i rispettivi ambiti di competenze, evitando ogni potenziale lesione dei principi di autonomia, indipendenza e terzietà della funzione giurisdizionale.

Questo timore ha indotto taluni magistrati ordinari ad auspicare il passaggio ad un sistema disciplinare che si ponga fuori dall'ambito della giurisdizione e che sia però garantito da un doppio grado di giurisdizione amministrativa, sul solco di quanto avviene per la magistratura onoraria, senza tener conto che proprio i magistrati onorari auspicano il passaggio del sistema disciplinare che li riguarda nell'alveo della giurisdizione, ritenendo, a buon diritto, di essere più garantiti da un giudice terzo nel merito e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di impugnazione.

Nel sistema vigente preoccupazioni particolari sono state espresse in relazione alle norme che sanzionano i comportamenti scorretti nell'esercizio dell'attività giurisdizionale e gli errori di diritto e nella ricostruzione del fatto. Si è ad esempio contestato che il comportamento abitualmente o gravemente scorretto di cui alla *lett. d* del primo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 109/2006 possa essere individuato nell'ambito di un provvedimento giurisdizionale reso dal magistrato; parimenti, si è contestato che le fattispecie più direttamente riconducibili alla tematica dell'atto abnorme (*lett. g, h, l, m, cc, ff, gg*) possano comprendere anche situazioni che esulano dal concetto di abnormità elaborato dalla dottrina in sede di valutazione di atti processuali (istituto, come noto, distinto dalle mere nullità processuali). La giurisprudenza disciplinare invece, già nel vigore dell'abrogato art. 18 r.dlg. n. 511/46, aveva ampliato il concetto della c.d. abnormità deontologica, sino a comprendervi i comportamenti di magistrati collegati all'attività giurisdizionale al punto da estrinsecarsi proprio nel compimento di uno o più atti processuali (sentenze, ordinanze, decreti o altro).

Gli illeciti previsti dal d.lgs. n. 109/2006 attinenti all'attività giurisdizionale sono i seguenti:

- 1) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inexcusabile (*lett. g*), che sembra una vera e propria norma di chiusura nel vigente sistema dei c.d. errori di diritto e di valutazione delle prove;

- 2) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile (*lett. h*);
- 3) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione (apparente) consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge (*lett. l*);
- 4) l'adozione di provvedimenti in casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali (*lett. m*), vale a dire l'adozione di provvedimenti illegittimi;
- 5) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo (*lett. cc*), vale a dire la stesura di sentenze c.d. suicide;
- 6) l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza (*lett. ff*), vale a dire l'adozione di provvedimenti abnormi in senso processuale;
- 7) l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile (*lett. gg*).

Come si vede, accanto ad una fattispecie più propriamente riconducibile alla categoria dell'atto abnorme (*lett. ff*), vi sono fattispecie attinenti più genericamente agli errori di diritto (o nella ricostruzione del fatto) che si trovano in rapporto di specialità reciproca e sono caratterizzate dal comun denominatore della grave violazione di legge determinata (quanto meno) da errore inescusabile.

La giurisprudenza formata in relazione a queste nuove fattispecie tipiche riprende orientamenti pacifici nel sistema abrogato. Si è ribadito che il giudizio disciplinare non è la sede della disamina processuale di un provvedimento giudiziario, ma la garanzia dell'art. 101 Cost. non significa che il magistrato non possa essere giudicato per violazioni deontologiche connesse all'esercizio delle funzioni giurisdizionali. Si è anche ribadito che, ai fini della sussistenza della responsabilità disciplinare a carico di magistrati riferibile ad addebiti riconducibili alla loro attività

giurisdizionale deve valutarsi la condotta tenuta dal magistrato nella vicenda, cioè il suo impegno intellettuale e morale congiuntamente alla sua dedizione alla funzione giudicante svolta, che dev'essere esercitata rispettando i doveri d'ufficio e, quindi, nel rispetto dei diritti delle parti. L'insindacabilità in ambito disciplinare dei provvedimenti giurisdizionali e delle interpretazioni adottate esclude che la loro inesattezza tecnico-giuridica possa di per sé sola configurare l'illecito disciplinare del magistrato, ma non quando essa sia la conseguenza di grave negligenza e di mancanza di ponderazione degli effetti del provvedimento, estranei alle logiche ed alle finalità della giurisdizione (che sono quelle di valutare adeguatamente e autonomamente la fattispecie prospettata e dare una risposta conforme alle regole processuali e sostanziali) e sia indice di comportamento arbitrario.

Per stabilire quindi se ricorra la responsabilità disciplinare dell'incolpato è necessario e sufficiente accertare se il provvedimento costituisca un sintomo di grave negligenza e di inammissibile imperizia del magistrato, come tale suscettibile anche di negativa incidenza sul prestigio dell'Ordine giudiziario (cfr. *ex plurimis* CSM, sez. disc., 4 febbraio 2009 n. 11, nel noto caso del contrasto tra i pubblici ministeri di Salerno e di Catanzaro sfociato nell'adozione di cinque misure cautelari, confermate in sede di legittimità e CSM 18 gennaio 2008 n. 3, nell'altrettanto noto caso del pubblico ministero operante in ufficio calabrese, censurato e trasferito d'ufficio, con sentenza divenuta definitiva).

Il concetto di provvedimento abnorme, sotto il profilo non processuale ma deontologico e disciplinare, viene in rilievo non solo quando esso si pone al di fuori di ogni schema giuridico e processuale, ma ogni qualvolta sia stato emesso in violazione di legge, sulla base di un errore macroscopico o di una grave ed inescusabile negligenza, ipotesi in cui viene ad assumere rilevanza disciplinare non il risultato dell'attività giurisdizionale, ma il comportamento deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nella sua funzione istituzionale. In questi casi non viene intaccato il principio di cui all'art. 2, secondo comma, del d.lgs. n. 109/2006 secondo cui "... l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare". Quando ci si trova di fronte ad un provvedimento che, indipendentemente dalle possibili sorti processuali, è conseguenza di un comportamento negligente, grave ed inescusabile al punto che non è dato apprezzare motivazione alcuna e non vi è al-

cuna corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, il limite del secondo comma dell'art. 2 (che opera "Fermo restando quanto previsto dal comma 1, lett. g), h), i), l), m), n), o), p), cc) e ff)...") può dirsi superato, potendosi configurare la fattispecie tipica di cui al primo comma della stessa norma.

Il requisito della gravità della scorrettezza o, comunque, del comportamento negligente, dev'essere correlato non tanto e non solo in riferimento alla rilevanza dell'errore nell'approccio giurisdizionale ed al "peso" che il provvedimento ha in ipotesi avuto nella vicenda giudiziaria sottostante, quanto in riferimento al comportamento dell'incolpato ed alla sua rilevanza in termini di disvalore deontologico, che diviene apprezzabile in quanto espressione della violazione di doveri fondamentali di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006, quali la correttezza nei rapporti con le parti istanti o con altri soggetti processuali, con gli avvocati difensori o con altri colleghi, e la diligenza, che impone sempre un'adeguata verifica dei presupposti di fatto e di diritto che consentono di emettere un provvedimento giurisdizionale.

Quanto al requisito dell'inescusabilità, esso dev'essere pure correlato all'impossibilità di giustificare il comportamento del magistrato in relazione all'esigibilità della sua condotta nell'esercizio delle funzioni, con riferimento agli stessi parametri di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109/2006 (correttezza, diligenza, riserbo e altro).

In buona sintesi, è possibile estrapolare dalle fattispecie tipiche che attengono all'attività giurisdizionale del magistrato un principio generale di diritto: l'errore nell'interpretazione ed applicazione della legge non è censurabile salvo che non sia grave e dovuto a negligenza inescusabile. Peraltro, la valutazione sull'inescusabilità dell'ignoranza e della negligenza che abbiano determinato la grave violazione di legge rientra tra gli apprezzamenti di merito devoluti alla Sezione disciplinare e non è sindacabile dal giudice di legittimità, al quale è rimesso solo il controllo sulla congruità, adeguatezza ed assenza di vizi logici della motivazione che la sorregge (*ex plurimis* Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 968).

Sin qui l'orientamento della Sezione disciplinare, condiviso dalla Corte di legittimità, è un dato acquisito nell'ordinamento, che si ricollega alla giurisprudenza formatasi nel sistema abrogato. Con la sola novità di ritenere la violazione di legge rilevante sul piano deontologico pur in ipotesi di provvedimenti con motivazione che, ancorché sovrabbondante (in quanto costituita dall'integrale riproduzione di relazioni,

verbali di interrogatorio, articoli di stampa ed altro), si riveli apparente ed incomprensibile per l'assenza di vaglio critico delle fonti di prova riprodotte con la nota tecnica del copia-incolla; nonché, di provvedimenti "eccedenti i limiti della proporzionalità rispetto al fine" in quanto produttivi di effetti giuridici lesivi dei diritti altrui o vietati o contenenti riferimenti inutili a soggetti estranei al procedimento e perciò lesivi del loro diritto alla *privacy* e della loro reputazione (cfr. CSM, sez. disc., 4 febbraio 2009 n. 11, confermata in sede di legittimità da Cass., sez. un., 8 luglio 2009 n. 15976).

Questi principi hanno trovato consacrazione nella pronuncia della Corte (Cass., sez. un., 24 settembre 2010 n. 20159) che ha posto fine alla vicenda del sequestro e perquisizione disposti dai pubblici ministeri di Salerno nei confronti dei colleghi della Procura Generale di Catanzaro e che ha dato definitivo ingresso nell'ordinamento al concetto di abnormità deontologica, che si affianca e si aggiunge al concetto di abnormità processuale:

L'insindacabilità del provvedimento giurisdizionale viene meno nei casi in cui il provvedimento sia abnorme, in quanto al di fuori di ogni schema processuale, ovvero sia stato adottato sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza, nel qual caso l'intervento disciplinare ha per oggetto non già il risultato dell'attività giurisdizionale ma il comportamento deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nell'esercizio della sua funzione.

Nell'ultima fase del quadriennio 2006/2010, la Sezione disciplinare ha ampliato il concetto di inescusabilità dell'errore, estendendolo in modo da comprendervi anche ipotesi di errore in passato rimaste confinate nell'ambito dell'incensurabilità.

In una prima decisione (che ha applicato l'art. 18 r.dlg. n. 511/46, norma in genere ritenuta più favorevole di quelle vigenti), l'illecito disciplinare si è fatto dipendere dall'errore di aver valorizzato nel provvedimento solo gli elementi che sostenevano il provvedimento di concessione della semilibertà senza adeguata verifica degli altri elementi, desumibili in parte dall'efferatezza dei reati per i quali il detenuto era stato condannato, in parte da episodi verificatisi durante la detenzione e dalle relative valutazioni contenute nelle relazioni di servizio ed in provvedimenti precedentemente emessi (CSM, sez. disc., 14 marzo 2008 n. 21, in fattispecie relativa al noto caso Izzo, già autore degli

efferati crimini del Circeo che, posto nel regime di semilibertà, ha commesso altri omicidi). Il fulcro di questo orientamento evolutivo, che ha trovato riscontro in sede di legittimità (Cass., sez. un., 17 febbraio 2009 n. 3759), è costituito dal fatto che i giudici incolpati non avevano considerato, in motivazione, elementi di fatto che avrebbero potuto in ipotesi condurre ad una diversa decisione e che avevano l'obbligo di considerare; di qui, l'esercizio di una interpretazione non conforme ai protocolli della professione magistratuale e la violazione del dovere di diligenza (sul punto, v. anche Cass., sez. un., 15 aprile 2010, n. 8987, secondo la quale, sul piano della responsabilità per provvedimento collegiale, la responsabilità dei giudici non estensori può essere affermata solo quando essi ne abbiano condiviso la motivazione, mentre dev'essere esclusa nel caso in cui la motivazione non sia stata ad essi sottoposta e dagli stessi condivisa).

Sempre nel solco di questo orientamento, in relazione al sindacato di un'interpretazione non conforme ai protocolli della professione magistratuale, la Sezione disciplinare ha adottato altra decisione in cui non ha negato al giudice il potere di discostarsi, nell'interpretazione della legge, dagli orientamenti consolidati della giurisprudenza, anche di legittimità, ma ha riaffermato il principio dell'obbligo di esternare, in motivazione, le ragioni della diversa scelta giurisprudenziale. La diversa ed originale opzione interpretativa dev'essere sorretta da una motivazione non solo plausibile, ma anche consapevole dei diversi orientamenti. Il magistrato che dissente ha l'obbligo deontologico di esprimere consapevolezza dell'opinione che non condivide e delle ragioni per le quali ritiene di andare di avviso contrario. Deve trattarsi di una scelta interpretativa autentica e non apparente che dia conto di un'effettiva riflessione del magistrato sulla decisione adottata (CSM, sez. disc., 29 settembre 2009 n. 122).

L'annullamento di questa sentenza in sede di legittimità (Cass., sez. un., 9 aprile 2010 n. 8428) è indice di come la Corte stenti ad accettare questa nuova prospettiva, ribadendo il principio che esclude la responsabilità disciplinare in tutti i casi di scelta plausibile, pur se non sorretta da adeguata motivazione. Vero è che l'innovativo orientamento della Sezione disciplinare, pur discostandosi dai più rigidi e garantisti criteri in tema di responsabilità civile dello Stato e del magistrato per i danni prodotti da errore giudiziario, si avvicina agli orientamenti della Corte di Giustizia e della Corte Europea per i diritti dell'uomo, che pongono

un generale dovere per gli Stati di assicurarne la tutela con tutti i mezzi, anche sul piano procedimentale (cfr. CEDU, 15 dicembre 2009, Maiorano e altri c. Italia, in fattispecie legata proprio agli omicidi commessi da Izzo durante il periodo di semilibertà, in cui la Corte ha ribadito la manifesta insufficienza dell'azione disciplinare condotta contro i magistrati del tribunale di sorveglianza che avevano concesso la semilibertà solo su alcuni profili della negligenza e non su altri; v. anche CEDU 17 gennaio 2002, Calvelli, Giglio c. Italia, con riferimento ad un caso di malasanità).

Nel quadriennio 2010/2014 va segnalato un nuovo e diverso orientamento della Sezione disciplinare che, dopo aver premesso che la fattispecie di cui alla *lett. m)* del cit. art. 2 si pone in rapporto di specialità tanto con la fattispecie di cui alla *lett. g)*, tanto con la fattispecie di cui alla *lett. a)*, ha ritenuto che il provvedimento giurisdizionale illegittimo sia sindacabile solo quando abbia leso diritti personali o, in misura rilevanti, diritti patrimoniali (CSM, sez. disc., ord. 4 ottobre 2010 n. 154). L'ufficio della Procura generale presso la Corte di cassazione ha contestato l'esattezza giuridica di tale approdo interpretativo, ma non ha impugnato la decisione in quanto, nella specie, si trattava di ordinanza non impugnabile di non luogo a procedere, adottata su richiesta del P.G., pur motivata diversamente. Parimenti, la Procura generale non ha impugnato altra sentenza della Sezione disciplinare che aveva ribadito l'interpretazione attinente al rapporto tra l'illecito di cui alla *lett. m)* e l'illecito di cui alla *lett. g)*, in quanto il giudice disciplinare, pur con diverso *iter* argomentativo, aveva accolto la richiesta di irrogazione della sanzione (CSM, sez. disc., 5 novembre 2010, n. 68/2011 in fattispecie attinente, ancora una volta, a provvedimenti resi da un magistrato di sorveglianza).

Se venisse confermato il nuovo orientamento resterebbero privi di rilievo disciplinare comportamenti di magistrati consistenti in gravi violazioni di legge, dovuti ad errori inescusabili nell'adozione di provvedimenti giurisdizionali che, però, non abbiano leso diritti personali o, in misura rilevante, diritti patrimoniali. Non risulta ad oggi che la Sezione disciplinare sia tornata sull'argomento.

Per il resto, la più recente giurisprudenza della Sezione si sta muovendo nel solco della continuità con i principi enunciati in passato. È stato ad esempio ribadito che occorre distinguere l'irregolarità il cui rilievo non fuoriesce dalla fisiologia del processo, dall'irregolarità deontologica, rilevante disciplinarmente e occorre quindi operare una comparazione tra il principio di indipendenza del giudice (che trova il suo corolla-

rio con il principio secondo cui l'attività di giudizio può essere censurata unicamente in sede di impugnazione) e la considerazione secondo la quale con il concetto di attività interpretativa non si può identificare "ogni percorso mentale del giudice", ma solo un percorso ricostruttivo "conforme ai protocolli della professione magistratuale", leggibile dentro il singolo processo come frutto di scelta interpretativa, opinabile in quanto tale, ma attendibile. Quando la violazione della regola, sostanziale o processuale, manifesta un atteggiamento del giudice diretto ad escludere o a limitare il suo obbligo di soggezione alla legge, si rientra nell'ambito del potenzialmente sanzionabile in sede disciplinare.

Nulla esclude che un atto o un comportamento processuale affetto da patologia non possa integrare anche gli estremi dell'illecito disciplinare ed il fatto che si tratti di patologia rimovibile con impugnazione non ne elimina il concorrente disvalore disciplinare da cui sia eventualmente affetto. Spetta al giudice della deontologia, nel contesto del singolo processo, accertare se il percorso decisionale di ogni scelta attuativa della legge abbia rappresentato legittimo esercizio della giurisdizione ovvero abbia dato luogo ad una caduta di professionalità, grave ed inescusabile (CSM, sez. disc., 5 novembre 2010, n. 10/2011 in fattispecie in cui si è riconosciuta *in parte qua* l'insussistenza dell'addebito disciplinare, con cui era stata contestata una valutazione, attinente alla ripartizione degli oneri probatori, che non esorbitava dall'attività interpretativa).

3. Prospettive di riforma

Il Consiglio dei Ministri ha approvato il 10 marzo 2011 il disegno di legge costituzionale sulla riforma dell'ordinamento giudiziario, che prevede modifiche tali da incidere sul nuovo assetto costituzionale, sull'equilibrio tra poteri dello Stato e sul funzionamento della giurisdizione. Anche il settore della responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari ne risulterebbe profondamente innovato, con la previsione dell'art. 105-bis della Costituzione, secondo cui

I provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati spettano alla Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente. La Corte di disciplina si compone di una sezione per i giudici e di una sezione per i pubblici ministeri.

A fronte di quanto evidenziato potrebbe stupire la sete di cambiamento che, a soli cinque anni dall'entrata in vigore di una riforma epocale, sembra pervadere il mondo politico. Invero, l'assetto normativo della responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari può oggi considerarsi compiuto e aderente alle esigenze di controllo deontologico delle condotte degli appartenenti all'Ordine giudiziario. Certo, sono necessari aggiustamenti integrativi delle tipologie di illecito ed alcune modifiche procedurali si rendono opportune, ma il passo è compiuto e non credo che si possano addebitare al legislatore i vuoti normativi rilevabili in altri settori e, per rimanere nell'ambito delle carriere magistratuali, per i magistrati amministrativi e contabili, ai quali non si applica il d.lgs. n. 109/2006 e si applica un procedimento amministrativo privo di reale efficacia.

Solo un punto tormenta i sogni dei fautori del riformismo ad ogni costo: quello del carattere domestico del giudice deontologico. Lo stesso problema non è avvertito per il giudice disciplinare dei magistrati amministrativi, per quello delle professioni, a cominciare dagli avvocati, per quello dei notai, per quello dei medici. Non può ignorarsi che alle origini della sensibilità che alimenta le azioni del legislatore vi può essere la ricerca di un diverso equilibrio nei rapporti tra potere politico e giurisdizione. Ma, senza dietrologie, vorrei limitarmi ad un esame oggettivo del problema. È vero che il carattere domestico del giudice disciplinare stride con l'esigenza di garanzia della terzietà e indipendenza dello stesso anche dai condizionamenti culturali e di "colleganza", ma il problema dovrebbe essere comune anche per le altre categorie, comprese quelle dei magistrati amministrativi e contabili che pure esercitano funzioni costituzionalmente previste. Senza dire che, per i magistrati ordinari, la composizione della Sezione disciplinare non è domestica, essendo l'organo presieduto dal Vice presidente del CSM e composto per un terzo dai componenti "laici", ossia dai consiglieri di nomina politica.

È vero che nel passato non più recente la Sezione disciplinare ha usato criteri lassisti che hanno contribuito a diffondere tra i magistrati un'errata visione dell'impegno dovuto nell'esercizio delle funzioni, ma da vari anni la situazione si è capovolta, le iniziative disciplinari si sono moltiplicate e il rigore del giudice disciplinare non è più seriamente discutibile.

Questo non vuol dire che le sanzioni applicate siano state sempre adeguate alla gravità dei fatti disciplinarmente illeciti; ancora si registra-

no sentenze che potrebbero apparire miti per la modesta entità delle sanzioni. Ma qui il discorso si fa complesso.

Ad esempio, i ritardi nel deposito dei provvedimenti (che rappresentano l'illecito disciplinare statisticamente predominante) sono sistematicamente perseguiti e spesso sanzionati con la sanzione minima che, per tale fattispecie, è quella della censura; spesso, ma non sempre, perché, in alcuni casi più gravi, la sanzione è stata quella della perdita dell'anzianità e, in due casi (CSM 16 giugno 2008 n. 70 e CSM 21 aprile 2008 n. 40), quella della rimozione.

Si tratta di un rigore sconosciuto in ogni altro settore disciplinare. Comunque, non è con il metro del rigore che si misura la qualità e l'efficienza della Giustizia. In ogni caso, l'assurdo sarebbe quello della creazione, solo per la magistratura ordinaria, di un giudice esterno al CSM di nomina politica. In un'ottica riformista non sconosciuta ai magistrati ordinari si potrebbe pensare alle funzioni di giudice disciplinare del tutto scollegate rispetto a quelle amministrative consiliari. Auspicando un aumento dell'organico dei componenti del CSM (che dovrebbe rimanere unico per giudicanti e requirenti e che potrebbe essere riportato al numero di venti togati e dieci laici, oltre ai membri di diritto) si potrebbe pensare ad un'elezione dei giudici della Sezione disciplinare, sempre all'interno dell'organo del governo autonomo, ma capace di separare definitivamente le competenze degli uni e degli altri componenti.

Non sarebbe improprio nemmeno parlare di unificazione del sistema disciplinare composto dalle diverse rappresentanze delle stesse magistrature, con creazione di una sorta di Alta Corte di Giustizia disciplinare comune ad ogni ordine magistratuale. Il tutto, però, a patto della necessaria permanenza nel sistema del governo autonomo dell'organo preposto alla Giustizia disciplinare, nel rispetto delle prerogative costituzionali.

MARIO FRESA

*Sostituto procuratore generale
presso la Corte di cassazione
già Componente del CSM*

* * *

Compito del giudice è cercare di introdurre nelle formule spietate delle leggi la comprensione umana della ragione, illuminata dalla pietà.

(P. CALAMANDREI

Elogio dei giudici scritto da un avvocato,
rist., Milano 2001, XI–XII)

1. Premessa

Il tema della responsabilità in cui può incorrere un magistrato ordinario qualora fornisca una interpretazione abnorme è a dir poco complesso, per una molteplicità di ragioni tra le quali possono qui essere annoverate le seguenti:

- a) in primo luogo perché richiederebbe di indugiare a lungo sul significato giuridico del vocabolo «interpretazione», illustrando le varie teorie che in dottrina sono state prospettate: sia su ciò che l'interpretazione "è", sia su ciò che l'interpretazione "deve essere";
- b) in secondo luogo perché non sono affatto individuabili con certezza ed *ex ante* i limiti, i confini, che incontra l'attività interpretativa giudiziale che, com'è noto, presenta delle peculiarità di non poco conto rispetto a quella dottrinale: essendo orientata non soltanto "ai testi", quanto piuttosto "ai fatti" (in tal senso, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 342, secondo cui "il punto di partenza dell'interpretazione giudiziale non è tanto il testo normativo, quanto una particolare fattispecie o controversia, di cui si cerca la soluzione");
- c) in terzo luogo perché non è rinvenibile né una definizione legislativa né una definizione giurisprudenziale di «abnormità», né — tanto meno — una (univoca e generale) definizione normativa o pretoria di che cosa debba intendersi per «interpretazione giudiziale abnorme»;
- d) in quarto luogo perché, a rigore, sarebbe opportuno distinguere

la responsabilità che fa capo al giudice da quella che fa capo al pubblico ministero.

Stando così le cose appare doveroso premettere che, in questa sede, ci si limiterà a sviluppare solamente alcune brevi osservazioni, perlopiù di carattere generale, sul predetto tema: da un lato riferendole esclusivamente all'autorità giurisdizionale (intendendo quest'ultima nozione come sinonimo di "giudice"), dall'altro lato considerando l'interpretazione giudiziale non già come attività meramente conoscitiva bensì come attività valutativa e decisoria consistente nella attribuzione di un significato ad un testo, ad una disposizione (con conseguente applicazione concreta della norma ricavata ad una fattispecie *sub iudice*); inoltre va detto altresì che la prospettiva dell'analisi di seguito condotta sarà, soprattutto, quella costituzionalistica: che, a modesto avviso di chi scrive, è quella che va tenuta in debito (e prioritario) conto se si vuole impostare correttamente un ragionamento sulla tematica in questione.

2. Il principio della soggezione del giudice "soltanto" alla (Costituzione e alla) legge

Com'è noto, nella previsione che inaugura il Titolo IV della parte seconda della Costituzione è sancito il principio secondo cui "I giudici sono soggetti soltanto alla legge" (art. 101, secondo comma, Cost.): ed al riguardo è appena il caso di aggiungere che, ovviamente, tale disposizione "implica, a maggior ragione (*a minori ad maius*), la soggezione dei giudici anche alle fonti che sono, alla legge, sovraordinate: i giudici, insomma, sono soggetti (anche) alla Costituzione, sia pure nei limiti in cui è loro compito dare ad essa applicazione" (così R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, p. 108; d'altra parte non si dovrebbe nemmeno scordare che, nella formula con cui è stata promulgata la Carta fondamentale della Repubblica si legge testualmente che "La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato"). Siffatto principio costituzionale (che, a sua volta, è 'figlio' del principio della separazione dei poteri), necessita di essere letto secondo una duplice accezione:

— da un lato come principio che reca la "garanzia della indipendenza

- funzionale del giudice”: nella misura in cui postula l’esigenza che sussista un rapporto diretto, immediato ed esclusivo, tra il giudice e la legge da interpretare (e da applicare poi alla fattispecie concreta da decidere); in altri termini l’art. 101, secondo comma, esprime “l’esigenza che il giudice riceva se non dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessuna altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto” (così, *ex multis*, Corte cost. sent. n. 40/1964);
- dall’altro lato come principio che nel sancire la “soggezione” alla legge, fa sì che quest’ultima rappresenti il “fondamento ed il limite per l’esercizio della funzione giurisdizionale”: sicché per il giudice sussista il dovere incondizionato di applicarla (a meno che non nutra dubbi sulla sua legittimità costituzionale) e di rispettarla; in altre parole, l’indipendenza funzionale del giudice può esplicarsi solo e soltanto entro i confini (sostanziali, procedurali e processuali) tracciati dalla legge, vale a dire da quella peculiare fonte normativa che è il frutto dell’attività del Parlamento quale luogo istituzionale della rappresentanza democratica; in tal modo, tra l’altro, la funzione giurisdizionale finisce pure per ricollegarsi incontrovertibilmente alla sovranità popolare, come richiede espressamente anche il primo comma dell’art. 101 Cost.: non a caso, autorevole dottrina — cfr. A. PIZZORUSSO, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, 54–55 — ha affermato che la funzione giurisdizionale “deve essere considerata come una forma di esercizio della sovranità popolare nella quale la Costituzione indica la fondamentale fonte di legittimazione dei pubblici poteri”, con la conseguenza che “l’attività giurisdizionale deve necessariamente esercitare un ruolo subordinato rispetto a quello degli organi rappresentativi” [sostanzialmente nello stesso senso F. SORRENTINO, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, p. 219 e ss.: “la sovranità popolare si manifesta nell’attività giurisdizionale ... attraverso la mediazione del principio di legalità (in collegamento anche con il principio di eguaglianza), fondamento e limite dei poteri che in base alla legge vengono esercitati”].

Ai fini che più interessano in questa sede, va da sé che, tra le due, è senz’altro l’accezione indicata *sub b)* quella che viene maggiormente

in rilievo, oltre tutto perché reca molteplici implicazioni che appaiono particolarmente utili anche per poter (tentare di) definire in seguito che cosa si possa intendere per «interpretazione abnorme»; nel dettaglio, in dottrina è stato condivisibilmente evidenziato — cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, cit., p. 115 e ss.) — che i giudici sono soggetti soltanto alle leggi nel senso che:

- “ogni provvedimento giurisdizionale deve essere fondato su una specifica norma di legge” espressa o, in mancanza, inespressa “la cui esistenza possa tuttavia essere persuasivamente argomentata a partire da precise disposizioni legali”;
- i provvedimenti giurisdizionali devono essere materialmente conformi alle leggi ... vuoi sotto il profilo ‘formale’ (nel duplice senso di esteriore e di procedurale), vuoi sotto il profilo ‘sostanziale’ o ‘materiale’ (nel senso di attinente all’oggetto e al contenuto);
- “devono limitarsi ad applicarle: non sono cioè autorizzati a crearne di nuove”; in buona sostanza, “per un verso i giudici non sono autorizzati a creare norme generali e/o astratte (leggi ‘in senso materiale’); anche in presenza di lacune, essi devono comunque fondare le loro decisioni su norme preesistenti (art. 12, II c., disp. prel. cod. civ.)”; “per altro verso, le decisioni giurisdizionali — a differenza della legge (art. 54, I c., cost.) — hanno comunque effetti non *erga omnes*, ma solo *inter partes*, ossia circoscritti al caso deciso”;
- “hanno l’obbligo di conoscerle, e ciò per l’ovvia ragione che la conoscenza della legge costituisce presupposto della sua applicazione. [...] Si vuol dire insomma che — almeno limitatamente alla legge formale — il principio *jura novit curia* è un principio (implicito) di rango costituzionale”;
- “non sono in alcun caso autorizzati a rifiutarne l’applicazione: salvo — s’intende — che si tratti di leggi abrogate (da leggi successive o da *referendum* popolare) o di leggi annullate dalla Corte costituzionale”.

Ora è del tutto evidente che il principio costituzionale in questione — di stretta legalità nella giurisdizione, che — fa sì che la Costituzione e la legge alle quali soltanto il giudice è soggetto tracciano altresì il perimetro entro cui può svolgersi quella che è la tipica attività propria di

chi esercita la funzione giurisdizionale: vale a dire l'interpretazione e l'applicazione.

Il giudice, proprio perché soggetto alla legge, ha il preciso ed incondizionato dovere di rispettarla allorquando la interpreta (e la applica): egli, per dettato costituzionale, non gode affatto di poteri arbitrari, bensì di poteri discrezionali che il legislatore può ovviamente circoscrivere in maggiore o minore misura (per l'appunto mediante lo strumento legislativo onde far sì che l'esercizio della funzione giudiziaria sia riconducibile alla legge); se dunque il giudice, nella sua attività ermeneutica (ed applicativa), non rispetta la legge (o addirittura la disapplica) si pone il delicato problema delle forme e dei limiti in cui egli possa essere chiamato a risponderne: e proprio a tal riguardo, nel paragrafo che segue appare anzitutto opportuno chiarire che, nella prospettiva fatta propria dalla nostra Carta costituzionale, la garanzia dell'indipendenza funzionale va necessariamente conciliata con la responsabilità (*rectius*: le responsabilità) del magistrato.

3. Indipendenza e responsabilità (giuridiche) del magistrato: due facce della medesima medaglia

Il Giudice delle leggi ha condivisibilmente affermato in più occasioni che, nel nostro ordinamento costituzionale, l'indipendenza e le responsabilità (giuridiche) del magistrato rappresentano, in fondo, due facce della medesima medaglia: per la precisione, se è vero che "il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione", è altrettanto vero però che egli è "«soggetto alla legge»: alla Costituzione innanzitutto, che sancisce, ad un tempo, il principio d'indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28), al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione" (così si legge nella sent. n. 18/1989, concernente la responsabilità civile; ma si veda altresì la sent. 100/1981 per ciò che riguarda la responsabilità disciplinare).

In buona sostanza la nostra Carta fondamentale richiede che il legislatore (ex art. 108, primo comma, Cost.) si sforzi di congegnare l'ordinamento giudiziario in modo tale da realizzare un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di salvaguardare l'indipendenza del 'giudice' e

l'esigenza (non meno importante) di renderlo responsabile — sotto diversi profili — per ciò che fa o non fa (intendendo per "responsabilità" quella "situazione che si verifica quando si sia chiamati a rispondere degli effetti non conformi a quelli che si sarebbero dovuti attendere dall'espletamento di una attività": così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975, p. 229).

Dal che ne consegue, per un verso, che non tutte le forme di responsabilità astrattamente ipotizzabili sono costituzionalmente ammissibili pure per i magistrati (ad esempio, come insegna autorevole dottrina — cfr. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 780 — non sarebbe consentito prevedere forme di responsabilità del magistrato verso un soggetto, come "strumento conformativo di attività lecite a orientamenti altrui"); e, per altro verso, sempre in considerazione della "singolarità della funzione giurisdizionale", si dovranno contemplare peculiari "condizioni e limiti" (tanto sostanziali, quanto procedurali) alla responsabilità del magistrato, proprio per conciliare quest'ultima con la salvaguardia della sua indipendenza (in tal senso cfr. Corte cost., sent. n. 2/1968 e sent. n. 385/1996).

In particolare, è proprio l'eventuale introduzione di un controllo (giuridicamente responsabilizzante) sulle "modalità" con cui viene concretamente esercitata la funzione giurisdizionale, e dunque sui provvedimenti o comportamenti conseguentemente adottati, che richiede molta (ma molta) prudenza e cautela: per il semplice (ma decisivo) fatto che, suo tramite, c'è il rischio di mettere seriamente in pericolo proprio la c.d. indipendenza funzionale del singolo giudice.

4. Quando ricorre una «interpretazione abnorme»?

Secondo *Il vocabolario Treccani* (Roma, 1997, vol. I, p. 15) l'aggettivo "abnorme" significa letteralmente "che esce dalla norma, anormale": il che, risponde né più né meno che all'etimologia latina del termine. Dunque, ai nostri fini, si può affermare, un pochino tautologicamente, che l'interpretazione giudiziaria può essere qualificata come "abnorme" allorquando sia "anormale", si ponga cioè "fuori dalle regole": già, ma in concreto quand'è che una interpretazione giudiziale può dirsi "fuori dalle regole"?

La risposta a tale quesito non è per nulla agevole: anzi, è davvero problematica mancando, come si è già accennato *supra*, sia una definizione legislativa, sia una unitaria definizione di matrice giurisprudenziale.

In effetti, se si analizzano le molteplici decisioni che, nel corso dei decenni, sono state rese *in subiecta materia* soprattutto da parte delle sezioni penali della Corte di cassazione, nonché da parte della Sezione disciplinare del CSM, ci si imbatte in una casistica che è a dir poco variegata e che rende particolarmente arduo (se non impossibile) estrapolare dei chiari connotati definitori della patologia in esame: in ogni caso, dall'esame della predetta giurisprudenza emerge a chiare lettere che il concetto di «abnormità» elaborato dalla Corte di cassazione nell'ambito processualpenalistico è ben diverso, sotto molteplici profili, da quello elaborato in sede disciplinare (tanto dal giudice di merito, quanto dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione), fatta eccezione per la nozione di errore che sembra accomunarle entrambe (del resto, non è certo un caso che l'eventuale qualificazione di «abnormità» sentenziata dalla Cassazione penale, non faccia stato in sede disciplinare: cfr. in tal senso CSM, Sez. disc., sent. 30 maggio/23 luglio 2001, n. 72/2001, proc. n. 63/2001 R.G.). Per la precisione in dottrina si è correttamente osservato (sia pure con riferimento alla disciplina giudiziaria all'epoca applicabile) — cfr. G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, 194–195 — che “l'abnormità in sede disciplinare non si esaurisce nell'anomalia di un atto rispetto agli schemi normativi, ma si estende sino a coinvolgere il complesso di elementi comportamentali, riferibili al magistrato, che rinvergono nell'atto e nella sua patologia la possibilità di una lettura” disciplinarmente rilevante: “l'abnormità, a fini disciplinari, deve significare che il macroscopico errore, in cui si incorre con il compimento di un atto, si traduce nella situazione che, con formula suggestiva, la Sezione disciplinare indica nella «rottura di giurisdizione»: solo a queste condizioni è ammissibile un sindacato sul provvedimento giudiziario, altrimenti lesivo del principio di indipendenza e di soggezione soltanto alla legge. L'opinabilità di una decisione non può condurre ad un giudizio di responsabilità, occorrendo relegare la nozione di abnormità alle ipotesi di compimento dell'atto affetto da errore per negligenza professionale o per l'intento di perseguire finalità diverse da quelle di giustizia. Ogni qual volta, invece, l'atto è sostenuto da un'articolata motivazione, seppure le ragioni su cui si fonda siano ritenute dal giudice di legittimità nettamente criticabili e non condivi-

sibili', non si oltrepassa l'ambito della «discutibilità giuridica» e quindi dell'errore incensurabile».

Ciò detto, se si volesse comunque tentare di fornire una definizione di «interpretazione abnorme» si potrebbe sostenere che è sicuramente abnorme quella erronea interpretazione delle disposizioni di legge mediante la quale il giudice, consapevolmente o per negligenza inescusabile, ha gravemente disatteso il suo dovere (costituzionale, ex art. 101, secondo comma) di rispettare e di soggiacere alla legge: il che, ad esempio, si verifica senza ombra di dubbio nell'ipotesi in cui egli finisca addirittura per disapplicare proprio quella legge alla quale dovrebbe, invece, essere soggetto (e come avremo modo di verificare in seguito, tale conclusione è pure condivisa dalla stessa Corte costituzionale). Insomma, può dirsi abnorme quella interpretazione giudiziale che si traduca in una inescusabile e (particolarmente) grave lesione del principio di legalità giurisdizionale.

5. L'attività interpretativa abnorme come possibile fonte di responsabilità (giuridiche)

Tenendo conto di quanto sinteticamente precede, si può giungere ad affermare che il magistrato che sposi una interpretazione abnorme (e ne dia conseguente applicazione in un suo provvedimento) può, a seconda dei casi, incorrere (non in una, ma) in diverse forme di responsabilità giuridica: penale, civile, disciplinare ed amministrativa.

In effetti, sotto il profilo teorico ed astratto è ben possibile che una interpretazione abnorme (alternativamente o cumulativamente):

- a) si ricollegli ad un illecito penale (posto in essere nell'esercizio della funzione giurisdizionale);
- b) cagioni un danno ingiusto (e dunque possa far sorgere una responsabilità civile);
- c) integri gli estremi di una delle numerose fattispecie contemplate di illecito disciplinare funzionale;
- d) cagioni altresì un danno erariale.

Senonché, sotto il profilo pratico, occorre prendere atto del fatto che, per molteplici ragioni sulle quali non è possibile indugiare, è in-

dubbio che la principale forma di responsabilità (anche) da «interpretazione abnorme» che sinora è stata fatta valere nei riguardi di esponenti dell'ordine giudiziario è sicuramente quella di natura disciplinare: che se in precedenza veniva ricollegata alla vacua formula recata dall'art. 18 del r.d.lgs. n. 511/1946, dal 2006 in avanti viene fatta rientrare in un ventaglio alquanto ampio di fattispecie di illecito (funzionale) che sono contemplate nell'art. 2 del d.lgs. n. 109/2006 (e sul punto, sia concesso rinviare, per tutti, alla ricostruzione contenuta nel pregevole saggio di D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, 155 e ss.).

A questo punto del discorso ci si dovrebbe interrogare se le forme e condizioni in cui possono essere accertate le eventuali responsabilità giuridiche originabili da una interpretazione abnorme siano conformi oppure no — tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sotto quello procedimentale — alla salvaguardia dell'indipendenza funzionale del magistrato ordinario: tuttavia, poiché siffatta indagine esula dall'economia complessiva del presente lavoro, si preferisce richiamare l'attenzione sulla problematica questione che segue (che appare particolarmente degna di nota proprio in una prospettiva costituzionalistica).

5.1. (segue) *L'interpretazione abnorme come possibile fonte di una "responsabilità" nei confronti del legislatore?*

In dottrina è stata sostenuta la tesi secondo cui la soggezione del giudice alla legge sancita dall'art. 101, secondo comma, Cost., potrebbe addirittura legittimare gli organi legislativi a controllare il concreto esercizio dell'attività giudiziaria da parte degli esponenti dell'ordine giudiziario: «per l'ovvia ragione che, in assenza di controlli (e di sanzioni), l'osservanza dell'obbligo di applicare la legge — come di qualsiasi altro obbligo, del resto — non è garantita, e resta affidata ai sentimenti di «fedeltà alla legge» dei suoi destinatari» (così R. GUASTINI, *Art. 101*, in G. BRANCA — A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna — Roma, 1994, 171). In altri termini, secondo tale orientamento i giudici sarebbero da reputare responsabili nei riguardi del Parlamento per come amministrano la giustizia, ed in particolar modo per le interpretazioni (e le applicazioni) che danno di un determinato testo normativo nei loro provvedimenti (ivi comprese naturalmente quelle «abnormi»): e potrebbero dunque essere sanzionati.

Ora, a modesto avviso dello scrivente, siffatta opinione non appare meritevole di accoglimento: anzitutto perché la Costituzione non sembra legittimare una simile ricostruzione ermeneutica; in secondo luogo perché non è affatto chiaro come, in concreto, il potere legislativo potrebbe far valere una simile responsabilità e soprattutto come potrebbe sanzionare i giudici che adottino delle interpretazioni abnormi.

Con ciò non si vuole affatto dire che il legislatore non possa eventualmente attivarsi (anche) per contrastare una interpretazione giudiziaria che egli — a ragione o a torto — ritenga essere viziata da abnormità: ad esempio, mediante l'approvazione di una nuova legge che riduca *pro futuro* i margini di discrezionalità interpretativa da parte del giudice, oppure mediante l'approvazione di una legge che fornisca addirittura una interpretazione autentica (ovviamente nel rispetto dei molteplici 'paletti' fissati dalla Corte costituzionale); né, a rigore, può tantomeno escludersi che il legislatore possa addirittura sollevare un conflitto di attribuzioni dinanzi alla Consulta. Ciò che più conta rilevare in proposito è che l'eventuale ricorso ai rimedi appena elencati non appare propriamente configurabile come uno strumento utile per far valere la responsabilità dell'autore dell'interpretazione (ed applicazione) abnorme: e dunque per sanzionarlo.

En passant vale poi la pena di indugiare brevemente sulla problematica concernente le fattispecie in cui il legislatore potrebbe rivolgersi alla Corte costituzionale a fronte di una interpretazione giudiziale abnorme (che comporti l'adozione di una determinata pronuncia giurisdizionale); a tale proposito, si può ipotizzare che il ricorso per conflitto di attribuzioni possa essere utilmente invocato allorquando l'abnormità sia identificabile:

- 1) vuoi nella disapplicazione *tout court* della legge;
- 2) vuoi nella usurpazione della funzione legislativa.

Orbene, in tali peculiari evenienze è senz'altro da ritenere che le Camere, al pari della Regione o della Provincia autonoma eventualmente interessate, sarebbero legittimate a presentare un ricorso, interorganico o intersoggettivo (a seconda dei casi), dinanzi alla Corte costituzionale: sicché spetterebbe ai giudici di Palazzo della Consulta valutare se, ed in che termini, l'organo giudicante abbia effettivamente disapplicato una legge o abbia usurpato la funzione legislativa (con conseguente annullamento, in caso di riscontro positivo, del relativo provvedimento giurisdizionale). In effetti, se è vero che, come si sa, la giurisprudenza

za costituzionale è alquanto cauta — sia in sede di conflitto tra poteri dello Stato, sia in sede di conflitto tra Stato e Regioni — nel valutare le decisioni giudiziarie (temendo di trasformare il suo sindacato in un improprio strumento di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale), è altrettanto vero però che, proprio allorché una interpretazione abnorme si traduca nelle peculiari ipotesi indicate *sub* 1) e *sub* 2), sussistono gli estremi per un suo “controllo”: d'altra parte, che siffatta conclusione non sia meramente teorica è dimostrato da talune fattispecie concrete che sono state sottoposte al vaglio della Consulta.

In particolare, una significativa — ed invero calzante — esemplificazione concreta concernente l'ipotesi indicata *sub* 1) è stata decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 285/1990 (in *Giur. cost.*, 1990, 1780). Nel caso di specie — concernente un giudizio per conflitto di attribuzione tra Stato e Regione introdotto mediante ricorso dalla Regione Emilia-Romagna, avverso una decisione, passata in giudicato, con cui la Corte di cassazione aveva espressamente disapplicato alcune leggi regionali — i giudici costituzionali hanno potuto constatare che i membri del collegio giudicante di legittimità avevano ritenuto di poter disapplicare le normative regionali “trattandole alla stregua di un atto amministrativo”: Essi hanno dunque esercitato *un potere del tutto abnorme*, non previsto nel nostro ordinamento costituzionale, con palese violazione degli artt. 101, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione. Ma la motivazione non si ferma qui: i giudici della Cassazione si diffondono a dimostrare, citando anche sentenze di questa Corte, che le regioni non possono interferire con proprie leggi in materia penale, come tale riservata alla sola legislazione statale.

A questo punto, gli stessi giudici, anziché pervenire all'unica conclusione ad essi consentita, quella cioè di sollevare questione di legittimità costituzionale delle leggi regionali, hanno tratto da tale argomento un'ulteriore giustificazione per disapplicare le leggi stesse, *in violazione, oltre che degli artt. 101 e 117, anche dell'art. 134 della Costituzione*, che attribuisce esclusivamente alla Corte costituzionale il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge dello Stato e delle regioni.

[...] va riaffermato che uno dei principi basilari del nostro sistema costituzionale è quello per cui i giudici sono tenuti ad applicare le leggi, e, ove

dubitino della loro legittimità costituzionale, devono adire questa Corte che sola può esercitare tale sindacato, pronunciandosi, ove la questione sia riconosciuta fondata, con sentenze aventi efficacia erga omnes.

Questo principio non può soffrire eccezione alcuna (il corsivo non è testuale). Sulla base di questa motivazione la Corte ha dunque conseguentemente proceduto a sentenziare che non spettava allo Stato — e per esso alla Corte di cassazione — disapplicare le leggi regionali, annullando quindi la decisione oggetto del conflitto.

Per ciò che concerne, invece, la fattispecie sub 2), va detto con franchezza che, per molteplici ragioni (sulle quali non ci si può qui soffermare), è alquanto difficile che la stessa possa inverarsi nella pratica e possa comunque costituire oggetto di un ricorso interorganico o intersoggettivo ammissibile (prima che fondato). Tuttavia, non si può scordare che, pochi anni orsono, i due rami del Parlamento hanno assunto la singolare decisione politica di ricorrere alla Consulta lamentando che taluni provvedimenti giudiziari adottati nell'ambito del c.d. «caso Englaro» erano sostanzialmente abnormi, perché frutto di usurpazione di funzioni legislative: in particolare, nel loro ricorso hanno denunciato che la Corte di cassazione aveva “fissato un principio di diritto, debordando verso le attribuzioni del Legislativo e superando, quindi, i limiti che l'ordinamento pone al Potere Giudiziario” (sicché chiedevano alla Corte costituzionale di “«ripristinare l'ordine costituzionale delle attribuzioni», giacché per tale via si sarebbe realizzato «il radicale sovvertimento del principio della divisione dei poteri», in violazione degli artt. 70, 101, secondo comma e 102, primo comma, della Costituzione”).

Poiché nel caso di specie non sussistevano proprio i presupposti del conflitto interorganico, i giudici di Palazzo della Consulta hanno pronunciato una decisione — pienamente condivisibile — di inammissibilità (cfr. ord. n. 334/2008, in www.cortecostituzionale.it): e nell'occasione — dopo aver ribadito che “per costante giurisprudenza di questa Corte, l'ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste «solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali» —

hanno accertato l'insussistenza di "indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati — aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie — come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare"; donde — si ripete — la conseguente declaratoria di inammissibilità.

6. Un auspicio conclusivo (in materia di responsabilità disciplinare)

Nella *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura* (in *Giur. cost.*, 1991, 986 e ss.) che venne elaborata da un'autorevole Commissione di studio — la cui presidenza era stata affidata al compianto prof. Livio Paladin —, si era, tra le altre cose, testualmente evidenziato "che dovrebbe essere disciplinarmente sanzionata l'adozione dei «provvedimenti abnormi», così denominati dalla giurisprudenza della Cassazione, a patto che se ne offra una definizione più precisa, che venga ad attenuare o eliminare i dubbi di legittimità costituzionale altrimenti concepibili" (ivi, 1006): il tutto muovendo dalla consapevolezza che, sul piano costituzionale, i casi nei quali viene in rilievo l'attività interpretativa del giudice sono assai "delicati".

Ebbene, a distanza di vent'anni il legislatore non ha ancora provveduto ad introdurre una espressa previsione *ad hoc*, nonostante abbia *medio tempore* realizzato la tanto agognata tipizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari: il che, oltre a destare serie perplessità di ordine costituzionale (ove si considerino le riserve di legge — assolute — esistenti in materia, e ove si rifletta sullo scopo al quale dovrebbe mirare l'intera disciplina giudiziaria), sta facendo emergere una serie di problematiche applicative che la dottrina ha messo in evidenza (cfr. D. CAVALINI, *op. cit.*, 175 e ss.).

Stando così le cose non ci resta dunque che esprimere l'auspicio che il Parlamento voglia finalmente compiere lo sforzo di fornire, finalmente, una definizione di «interpretazione e provvedimento abnorme» da annoverare tra le fattispecie di illecito disciplinare: tenendo conto, certo, della copiosa giurisprudenza (pregressa e attuale), ma anche — e so-

prattutto — del fatto che, anch'esso (al pari del giudice), è soggetto alla Costituzione ...

SANDRO DE NARDI

*Professore associato di Ordinamento giudiziario e forense
Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova*