

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

GIUSEPPE CAMPANELLI

**IL MAGISTRATO PARLAMENTARE: LA RILEVANZA
DISCIPLINARE DEI SUOI COMPORTAMENTI
ALLA LUCE DEL D.LGS. 109/2006 TRA SCELTE
LEGISLATIVE E PROBLEMI APERTI**

20 LUGLIO 2020



Giuseppe Campanelli

Il magistrato parlamentare: la rilevanza disciplinare dei suoi comportamenti alla luce del d.lgs. 109/2006 tra scelte legislative e problemi aperti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La problematica relativa all'utilizzabilità delle intercettazioni del magistrato-parlamentare in sede disciplinare. – 3. La questione relativa alla possibilità di sottoporre a procedimento disciplinare il magistrato-parlamentare temporaneamente in aspettativa per lo svolgimento del mandato elettorale. – 4. In merito alla contestazione di alcuni possibili illeciti, presenti nel d.lgs. 109/2006, al magistrato-parlamentare. – 4.1. Sulle dinamiche dell'art. 2, comma 1, lett. *d*). – 4.2. L'eventuale ipotesi di cui all'art. 3, comma 1, lett. *i*) e il profilo del condizionamento dell'esercizio di funzioni costituzionalmente previste. – 4.3. In via conclusiva: l'art. 1, comma 1, quale clausola etica e disciplinare di riferimento in connessione con la tipizzazione degli illeciti e le scelte del legislatore.

1. Premessa.

All'interno del tema generale relativo alla cosiddetta "crisi" nell'ambito del sistema giudiziario e delle note vicende che hanno coinvolto anche il Consiglio superiore della magistratura sono emerse una serie di nuove e delicate questioni che meritano un'attenta riflessione.

Tra queste, sembra opportuno approfondire, in considerazione di alcuni specifici e problematici profili, quella relativa alla sottoponibilità al procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del d.lgs. 109/2006, del magistrato nella sua concomitante qualità di parlamentare.

Rispetto a tale tematica occorre, in primo luogo, verificare in quali termini la suddetta qualità possa incidere sull'utilizzabilità delle intercettazioni raccolte nell'ambito di un processo penale anche in un distinto (seppur connesso) procedimento disciplinare. In secondo luogo, occorre verificare se la qualità di parlamentare possa in qualche modo limitare la possibilità di sottoporre a procedimento disciplinare il magistrato e quale sia la disciplina applicabile, anche alla luce della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

Gli aspetti, così come sopra identificati, vanno poi contestualizzati all'interno del ricordato complesso sistema, rappresentato dal d.lgs. 109/2006, che ha operato scelte precise, lasciando, come si cercherà di dimostrare, un vuoto normativo sul punto e aprendo dunque alla possibilità di un opportuno intervento legislativo.

2. La problematica relativa all'utilizzabilità delle intercettazioni del magistrato-parlamentare in sede disciplinare.

Un primo aspetto da trattare attiene alla possibilità di utilizzare nel procedimento disciplinare le intercettazioni di magistrati-parlamentari che consentono di dimostrare la commissione di illeciti riconducibili alle fattispecie dettate dal d.lgs. 109/2006.

Un risalente indirizzo giurisprudenziale, tendente ad escludere la suddetta utilizzabilità, deve ritenersi ormai superato sin dalla sentenza della Sezione disciplinare del CSM, 11 maggio 2007, n. 52. Tale decisione, che ha trovato maggiore specificazione in successive pronunce del giudice disciplinare dei magistrati¹ ed è stata fatta propria anche dalla Corte di cassazione², ha sostanzialmente aperto ad un'ampia utilizzabilità delle intercettazioni di conversazioni quali fonti di prova per la dimostrazione degli illeciti disciplinari.

¹ Sez. disc. Consiglio superiore della magistratura, 10 marzo 2009, n. 28.

² Con Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292. Si vedano al riguardo le osservazioni di F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Procedimento disciplinare: utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche autorizzata nel processo penale*, in *Giust. civ.*, 2010, 1392 ss.

Come affermato anche dalla Suprema Corte il fulcro del mutato orientamento giurisprudenziale sarebbe da individuare nell'impossibilità di applicare al giudizio disciplinare la norma dell'art. 270, comma 1, c.p.p.³, nella misura in cui, secondo la Cassazione, sarebbe da rilevare una differenza "quantitativa" tra il processo penale e quello disciplinare, ove la maggiore sensibilità del bene intaccato (libertà personale) nel primo caso giustificerebbe l'adozione di garanzie maggiori nell'acquisizione della prova rispetto al secondo⁴.

A seguire la suddetta giurisprudenza sarebbe da rilevare una differenza "quantitativa" tra il processo penale e quello disciplinare, ove la maggiore sensibilità del bene intaccato (libertà personale) nel primo caso giustificerebbe l'adozione di garanzie maggiori nell'acquisizione della prova rispetto al secondo.

È la stessa Sezione disciplinare a stabilire che le preclusioni all'utilizzo delle intercettazioni in altro giudizio penale «hanno una peculiare ragion d'essere solo nell'ambito [di tale processo], le cui garanzie devono essere massime [...] essendo massimo il bene, quello della libertà, sacrificato con l'applicazione della sanzione e massimo il disvalore sociale e le conseguenze giuridiche legate alla condanna», quando, invece, «siano in gioco interessi individuali se non di diverso rango, certamente di diversa natura, come nel giudizio civile o disciplinare», tale limite non avrebbe ragione di operare⁵.

Si avrebbe, in definitiva, una differenza tra procedimento penale e procedimento disciplinare ove, pur con alcune assimilazioni nella scelta dei moduli procedurali (o, come sembrerebbe più corretto affermare, processuali), non sarebbe possibile trasformare il secondo nel primo, vista la differenza dello scopo e del bene passibile di essere intaccato dalla sanzione.

Si potrebbe, ovviamente, discutere a lungo sul profilo della sovrapponibilità del processo penale al processo disciplinare e nella specie di quello dinanzi alla Sezione disciplinare, considerato il dato normativo esistente e, dunque, le scelte del legislatore che, in concreto, non hanno, però, avuto sempre una univoca risposta o una sostanziale definizione sul piano giurisprudenziale⁶.

In tale circostanza, il problema, infatti, non è tanto e non solo quello del bene tutelato, ma la portata della clausola di compatibilità (v. ad es. art. 18, comma 4, sul dibattimento), quella cioè che prescrive che le norme del processo penale si applicano "in quanto compatibili" al processo disciplinare, con l'effetto, data la genericità della norma, di aver attribuito alla Sezione disciplinare un significativo, e in alcuni casi eccessivo, margine di discrezionalità interpretativa sul punto⁷.

³ Secondo il quale "I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza".

⁴ La Cassazione, afferma, infatti che «l'art. 270, comma 1, riguarda specificamente il processo penale, deputato all'accertamento delle responsabilità appunto penali che pongono a rischio la libertà personale dell'imputato (o dell'indagato), cosa questa che giustifica l'adozione di limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale. In ragione di tanto, è solo con riferimento ai procedimenti penali che una ipotetica, piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito di procedimenti penali diversi da quello per cui le stesse intercettazioni erano state validamente autorizzate contrasterebbe con le garanzie poste dall'art. 15 Cost. a tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni» (Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292).

⁵ Come sostenuto sempre da Sez. disc., 10 marzo 2009, n. 28.

⁶ Notevole è il dibattito sollevato su alcune rilevanti criticità che riguardano il giudizio disciplinare dei magistrati, con particolare riferimento anche alle modalità relative alla composizione della Sezione disciplinare. Per un approfondimento sia consentito rinviare a G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*, Torino, 2018, 179 ss. Più di recente va segnalata la modifica del comma 1 dell'art. 4 del Regolamento Interno del CSM, disposta in data 8 luglio 2020, relativamente alla elezione dei componenti supplenti della Sezione disciplinare. A seguito di tale modifica è disposta l'elezione di sei membri effettivi e di quattordici supplenti, tra i quali: un magistrato di Cassazione, tre esercenti funzioni requirenti, sei esercenti funzioni giudicanti e quattro membri di elezione parlamentare. La *ratio* di tale modifica va ricercata nella volontà di garantire l'effettiva funzionalità della Sezione a fronte dei complicati processi disciplinari che, al momento in cui si scrive, si stanno per aprire.

⁷ In particolare la "clausola di compatibilità" è espressamente prevista dall'art. 16, in tema di indagini all'interno del procedimento, in cui si prescrive che «per le attività di indagine si osservano in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale», dall'art. 18, con riguardo alla regolamentazione della discussione nel procedimento disciplinare, laddove si stabilisce che «si osservano in quanto compatibili, le norme del codice di procedura penale sul dibattimento».

A ciò si aggiunga che, pur prescindendo dall'ultima riflessione sull'identificazione tra i due processi, l'orientamento, così come sopra ricostruito, ad una prima lettura, non appare del tutto in linea con il principio costituzionale di libertà e segretezza della corrispondenza, di cui all'art. 15 Cost.⁸.

Il carattere fondamentale della libertà e della segretezza della corrispondenza è stato da tempo riconosciuto dalla Corte costituzionale (su tutte si veda, ad esempio, [Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366](#))⁹ la quale ha affermato che l'art. 15 Cost. «enuncia la possibilità di limitazioni del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge», tuttavia, tali limitazioni devono sempre essere il frutto di un adeguato bilanciamento tra interessi distinti, ovvero quello riguardante la libertà e la segretezza delle comunicazioni, stante la connessione con l'art. 2 Cost., e quello calibrato sulla necessità della prevenzione e repressione dei reati, sempre nella logica di preservare un bene sempre oggetto di tutela costituzionale¹⁰.

Il bilanciamento in questione trova la sua concretizzazione proprio nel testo del vigente art. 270 c.p.p. che sancisce la regola generale della inutilizzabilità delle intercettazioni al di fuori del processo penale nel quale le relative operazioni furono autorizzate. Allo stesso tempo, però, detta quelle che sono le "eccezioni" al suddetto principio generale, vale a dire la circostanza che in un distinto giudizio si stia procedendo per un delitto per il quale la legge preveda l'arresto obbligatorio in flagranza.

La suddetta natura "eccezionale" delle disposizioni derogatorie al principio generale dell'art. 270 c.p.p. (inutilizzabilità) esclude la possibilità che queste possano essere oggetto di una impropria estensione analogica. Le eccezioni fissate dall'art. 270 c.p.p. sono infatti il frutto di un bilanciamento compiuto dal legislatore tra due beni di fondamentale importanza: quello della segretezza della corrispondenza e quello della repressione dei reati. Appare possibile ritenere che, in mancanza di una espressa ulteriore disposizione derogatoria, non sia stata data positiva concretezza al bilanciamento tra la suddetta segretezza della corrispondenza e l'esigenza di repressione degli illeciti disciplinari, verosimilmente di rango inferiore rispetto a quella di accertamento e repressione dei reati. Manca, in sostanza, una analoga eccezione che consenta di utilizzare le intercettazioni autorizzate nell'ambito di un processo penale in altro procedimento disciplinare, in deroga al principio di carattere generale dell'art. 270 c.p.p.

(salvo alcuni limiti che valgono per entrambe le norme citate), mentre con l'art. 24, in materia di impugnazione delle decisioni emesse dalla Sezione disciplinare, si prevede che il mezzo di gravame, rappresentato dal ricorso per cassazione, si presenta «nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura penale». In maniera indiretta, la clausola è richiamata anche a proposito del giudizio di revisione ex art. 25. Circa l'effettiva applicabilità della clausola si è sviluppato un vivace dibattito giurisprudenziale, teso a chiarirne i margini di applicazione. Si veda al riguardo V. G. GRASSO – A. IACOBONI – U. GIACOMELLI, *Rassegna di giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (2006-2013)*, in *Foro it.*, 2014, I, 1913 ss., 2595 ss., 2915 ss., 3281 ss.; nonché, *ibid.*, 2017, I, 1954 ss., 2482 ss. e ora in A. IACOBONI – G. GRASSO – M. CONVERSO (a cura di), *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Piacenza, 2020, 1007 ss., spec. 1016 ss.

⁸ Vanno, tuttavia, rilevati in dottrina due distinti orientamenti sulla definizione dell'oggetto della tutela riferibile all'art. 15 Cost. Secondo un primo orientamento, riferibile ad una nozione di comunicazione in senso "estensivo", non sarebbero rilevanti l'oggetto, il contenuto o lo strumento impiegato, la tutela si estenderebbe a qualsiasi forma di comunicazione indipendentemente dal fatto che siano utilizzati strumenti che non ne garantiscano la riservatezza (in tal senso, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017, 375 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte speciale*, Padova, 1992, 248 ss.). Seconda altro orientamento, inteso in senso "restrittivo", la comunicazione oggetto di tutela sarebbe soltanto quella sottratta alla conoscibilità da parte dei terzi in ragione delle cautele e dei mezzi adottati dal soggetto interessato. Sul dibattito in questione cfr. C. MAINARDIS, *Commento all'art. 15 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 121 s.

⁹ In merito alla quale si veda G.G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro. it.*, I, 1992, 3257 ss.

¹⁰ Sul punto v. [Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34](#). A commento della decisione V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 317 ss.; M. SCAPARONE, *Intercettazioni di conversazioni tra presenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 801 ss. In tempi più recenti è tornato sulla decisione, in generale, sui profili legati alla tenuta costituzionale delle intercettazioni di comunicazioni P. COSTANZO, [Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali \(un vademecum costituzionale\)](#), in [Consulta OnLine](#), 2016/II, 231 ss.

Su questo profilo è intervenuta più di recente la Cassazione, a sezioni unite civili, la quale, con la recente sentenza del 15 gennaio 2020, n. 741¹¹, ha ribadito la tradizionale tesi per cui le intercettazioni, effettuate nell'ambito di un procedimento penale, sono pienamente utilizzabili in quello disciplinare del magistrato in quanto non soffrono «i limiti previsti dall'art. 270 c. p. p. [...], norma riferibile solo al procedimento deputato all'accertamento delle responsabilità penali dell'imputato o dell'indagato, nel quale si giustificano limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale».

In tale ultima decisione, però, la Suprema Corte sembra trascurare il fatto che il problema davvero centrale della questione relativa all'utilizzabilità delle intercettazioni in sede disciplinare, e che trova conferma anche nella sua stessa giurisprudenza, riguarda l'esclusiva utilizzabilità delle intercettazioni legittimamente acquisite¹², dimostrato poi dalla richiesta proveniente dalla Procura generale presso la Corte di cassazione e indirizzata alla Camera di appartenenza del magistrato-parlamentare in merito alla prevista autorizzazione ex art. 68, comma 3, Cost.

In tal senso, «è stato precisato che presupposto per l'utilizzo esterno delle intercettazioni è la legittimità delle stesse nell'ambito del procedimento in cui sono state disposte»¹³. Occorre, quindi, interrogarsi se, alla luce delle possibili peculiarità connesse al caso concreto, le intercettazioni siano raccolte legittimamente nel processo penale. In mancanza di suddetta condizione – anche a prescindere dalle sopra menzionate ragioni di illegittimità sostanziale – le intercettazioni non sembrerebbero poter essere comunque utilizzate nel giudizio disciplinare.

Come ben noto, l'art. 68, comma 3, Cost. stabilisce che è richiesta autorizzazione della Camera di appartenenza “per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza”.

Rispetto al sopra ricordato dato normativo, ha acquisito, così, rilievo la distinzione tra intercettazioni “dirette”, “indirette” e “fortuite” (così come emerge anche da [Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1](#))¹⁴. La natura del tutto “casuale” delle ultime esclude che per esse possa avvalersi del modello di cui all'art. 68, comma 3, Cost., tuttavia, analogo discorso non si può fare per le altre due ipotesi. Mentre le intercettazioni “dirette”, per loro natura implicano la conoscenza del soggetto di cui si intende raccogliere le conversazioni, quelle “indirette” possono anche non essere casuali, con ciò intendendo «quelle indagini che, pur non riguardando (a differenza delle intercettazioni “dirette”) le utenze in uso al soggetto immune, siano comunque mirate a captarne le comunicazioni»¹⁵.

La giurisprudenza costituzionale ormai consolidata ritiene che la *ratio* propria dell'art. 68, comma 3, Cost., non consenta di differenziare quanto a trattamento le intercettazioni “dirette” da quelle “indirette”, ma soltanto queste due dalle “fortuite”. Nelle prime due ipotesi, infatti, sarebbe sempre individuato in anticipo il destinatario dell'attività di captazione che, ove fosse parlamentare, godrebbe della prerogativa di cui si discute. La previsione dell'autorizzazione preventiva al compimento dell'atto, e non anche dell'autorizzazione successiva all'utilizzazione dei suoi risultati, è fondata sulla circostanza secondo la quale, essendo noto il destinatario della captazione e la sua qualità, l'autorità giudiziaria ha comunque la possibilità di richiedere anticipatamente l'assenso alla Camera cui appartiene il parlamentare.

¹¹ La decisione si può leggere in *Foro it.*, 2020, I, 2041 ss. con nota di richiami di G. GRASSO.

¹² Sarebbe lo stesso art. 15 Cost. a costituire il fondamento delle disposizioni del Codice di procedura penale che vietano l'utilizzo processuale dei risultati di intercettazioni effettuate in difformità alla legge. Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 256.

¹³ V. Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292.

¹⁴ La decisione, come noto, è stata oggetto di notevole attenzione da parte dei commentatori per le implicazioni sui rapporti tra poteri dello Stato che essa ha prodotto. Non è possibile dar conto con completezza a tutti i contributi che la riguardano si rinvia a L. CARLASSARE, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*, in *Giur. cost.*, 2013, 59 ss.; O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia*, in *Quad. cost.*, 2013, 21 ss.; P. COSTANZO, *Postilla*, in *Rass. parl.*, 2013, 243 ss.; F. MODUGNO, *Tanto rumore per nulla (o per poco)?*, in *Giur. cost.*, 2013, 1247 ss.; A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Rivista AIC*, 1/2013; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2013, I, 408 ss.

¹⁵ Come affermato da [Corte cost. 15 gennaio 2013, n. 1](#).

Sul punto la Consulta¹⁶ ha ampiamente chiarito l'ambito di garanzia dell'art. 68, comma 3, evidenziando come, nell'alveo della copertura di tale disposizione costituzionale, rientrino le intercettazioni "indirette" (intese, come captazioni delle conversazioni del membro del Parlamento effettuate ponendo sotto controllo le utenze dei suoi interlocutori abituali), a fronte del fatto che, con riguardo alle intercettazioni "casuali" o "fortuite", considerando la loro peculiarità e dunque, il carattere impreveduto dell'interlocuzione del parlamentare «l'autorità giudiziaria non potrebbe, neanche volendo, munirsi preventivamente del placet della Camera di appartenenza».

Se dunque, come emerge, la *ratio* dell'art. 68, comma 3, Cost., è quella di salvaguardare lo svolgimento del mandato parlamentare, «volendosi impedire che l'ascolto di colloqui riservati da parte dell'autorità giudiziaria possa essere indebitamente finalizzato ad incidere sullo svolgimento di [questo]», non avrebbe ragione di sussistere analogo "controllo" preventivo da parte delle Camere ove la captazione non sia il frutto di un atto preordinato dell'autorità giudiziaria, come nel caso delle intercettazioni fortuite¹⁷.

Una condizione essenziale di utilizzo, quindi, è quella della legittima acquisizione dell'intercettazione nella sede del processo penale che, quando ha come destinatario passivo un parlamentare, dovrà avvenire nel rispetto della procedura dettata dall'art. 68, comma 3, Cost., vale a dire, sempre in presenza della previa autorizzazione della Camera di appartenenza (anche in caso di intercettazione "indiretta"), salva l'ipotesi del tutto eccezionale dell'intercettazione "fortuita" (in quanto non prevedibile). Per quest'ultima, a norma dell'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 (nella parte tutt'ora vigente dopo la [sentenza della Corte costituzionale n. 390/2007](#))¹⁸, ove l'autorità giudiziaria ritenga che sia rilevante ai fini processuali, deve chiedersi l'autorizzazione all'utilizzo alla Camera di appartenenza del parlamentare.

Tutto il discorso fin qui proposto trova evidente riscontro nel caso in cui si abbia a che fare con intercettazione oggettivamente fortuita, ad esempio ove il testo emerso dall'intercettazione effettuata nei confronti di persona soggetta a procedimento penale soltanto causalmente traccia anche la presenza e le parole del/dei parlamentari presenti.

Va osservato, tuttavia, che con la sentenza n. 741/2020 la Cassazione, chiamata a pronunciarsi su vicende analoghe o comunque connesse, ha ritenuto che le intercettazioni in quella sede acquisite fossero da qualificare certamente come "casuali" sulla scorta di una pluralità di elementi¹⁹. Anche alla luce di tale decisione permane, comunque, la necessità di un attento scrutinio sulle circostanze fattuali che possano dimostrare o meno la prevedibilità della presenza durante la comunicazione di un soggetto coperto da immunità e, in caso di scioglimento dell'accertamento in positivo, imporre la necessità di rivolgersi alla Camera di appartenenza per ottenere l'autorizzazione preventiva.

Se, infatti, da un lato, si contesta o si ricostruisce in fatto anche una qualche attività preparatoria ad un incontro nel quale si presume la presenza di un parlamentare, allora le intercettazioni dovrebbero essere inutilizzabili nei confronti dello stesso, mancando la relativa autorizzazione.

¹⁶ In particolare, [Corte cost. 23 novembre 2007, n. 390](#), sulla quale si vedano T.F. GIUPPONI, *Le intercettazioni 'indirette' nei confronti dei parlamentari e la legge n. 140/2003: cronaca di un'illegittimità costituzionale (pre)annunciata*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2007, e N. ZANON, *Il regime delle intercettazioni "indirette" e "occasional" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in [Federalismi.it](#), 23/2007

¹⁷ In merito a queste ultime la Consulta, sempre nella [decisione 390/2007](#), afferma che «l'eventualità che l'esecuzione dell'atto sia espressione di un atteggiamento persecutorio – o, comunque, di un uso distorto del potere giurisdizionale nei confronti del membro del Parlamento, volto ad interferire indebitamente sul libero esercizio delle sue funzioni – resta esclusa, di regola, proprio dalla accidentalità dell'ingresso del parlamentare nell'area di ascolto»

¹⁸ L'illegittimità costituzionale ha riguardato, in particolare, gli effetti particolarmente drastici che conseguivano alla mancata concessione dell'autorizzazione, vale a dire, la distruzione del materiale anche ai fini dell'accertamento della posizione processuale dei terzi. Cfr. T.F. GIUPPONI, *Commento all'art. 68 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 629.

¹⁹ Tutti «argomenti i quali documentavano che la direzione dell'atto d'indagine non era volta ad accedere nella sfera delle comunicazioni dei parlamentari captati», legittimando in tal modo la deroga rispetto alla necessaria autorizzazione preventiva di cui all'art. 68, comma 3, Cost.

Se, invece, dall'altro lato, si dovessero contestare o ricostruire la sostanza e i contenuti dell'incontro alla presenza del parlamentare, allora si tratterebbe di intercettazioni fortuite con le conseguenze che da tale qualificazione ne derivano.

3. La questione relativa alla possibilità di sottoporre a procedimento disciplinare il magistrato-parlamentare temporaneamente in aspettativa per lo svolgimento del mandato elettorale.

In primo luogo, va chiarito che non sembra sussistere una vera e propria distinzione in termini assoluti tra magistrato in aspettativa e magistrato fuori ruolo dal punto di vista disciplinare, sussistendo piuttosto un rapporto di *genus-species* tra le due ipotesi.

È invalsa presso il CSM una sostanziale equiparazione tra aspettativa e fuori ruolo²⁰. Possono in sintesi individuarsi due distinte categorie di collocamento fuori ruolo: una, per così dire, ordinaria, disciplinata attualmente dalla legge 13 novembre 2008, n. 141, art. 1 *bis*, e relativi allegati (in particolare All. 1), per la quale il numero massimo di magistrati destinati a funzioni non giudiziarie è fissato a 200 (si tratta in particolare di magistrati addetti allo svolgimento di funzioni amministrative presso diversi organismi: Ministero della Giustizia, Ispettorato generale, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Presidenza del Consiglio dei ministri, Camera dei deputati, Ministeri, Autorità indipendenti, Commissioni parlamentari, Organismi internazionali, Scuola superiore della Magistratura).

A fianco a questa si possono collocare diverse ipotesi di "fuori ruolo" in situazioni speciali, disciplinate solitamente da apposite leggi. A queste ipotesi non si applica il limite massimo dei 200 magistrati da destinare a funzioni non giudiziarie. In primo luogo è la stessa legge 141 del 2008, all'art. 1 *bis*, comma 4, a stabilirlo per i magistrati collocati fuori ruolo presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale e il Consiglio superiore della Magistratura. Più nello specifico, una particolare ipotesi di collocamento fuori ruolo è quella disposta in conseguenza della richiesta di aspettativa per l'esercizio del diritto di elettorato passivo del magistrato o al fine di svolgere funzioni politiche o amministrative²¹.

In pratica, vi sono fattispecie in cui il collocamento fuori ruolo non è altro che la conseguenza della richiesta dell'aspettativa: per svolgimento del mandato parlamentare nazionale o europeo; per assumere funzioni di governo; per mandato amministrativo regionale o comunale; per la nomina ad assessore esterno.

In tutti questi casi il magistrato in aspettativa sarebbe sempre e comunque un magistrato fuori ruolo e occorrerebbe fare riferimento alla giurisprudenza, della Sezione disciplinare e della Corte di cassazione, per verificare la sua assoggettabilità al giudizio disciplinare. Non pare, infatti, espressamente presa in considerazione l'ipotesi del magistrato in aspettativa, quanto più in generale quella del magistrato fuori ruolo.

Tuttavia, dal punto di vista strettamente disciplinare, non pare che in giurisprudenza debbano riscontrarsi differenze, in quanto il magistrato in aspettativa è pur sempre considerato un magistrato fuori ruolo.

La giurisprudenza della Corte di cassazione sarebbe orientata nel senso della assoggettabilità a procedimento disciplinare del magistrato fuori ruolo, infatti, ha ribadito «*il concetto secondo cui il magistrato collocato fuori ruolo mantiene tutte le connotazioni tipiche del suo status e pertanto non*

²⁰ In tal senso si vedano all'interno del [sito istituzionale del Consiglio superiore della magistratura](#) i riferimenti normativi ivi indicati e, in particolare, la Circolare del CSM 24 luglio 2014.

²¹ Sulla collocazione fuori ruolo per lo svolgimento di funzioni politiche e amministrativa si vedano V. DE SANTIS, *Indipendenza e imparzialità del magistrato fuori ruolo tra disciplina sul rientro dei magistrati e democraticità interna dei partiti*, in [Federalismi.it](#), 22/2018; L. LONGHI, *Il divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati collocati fuori ruolo per motivi elettorali. Riflessioni a margine del cd. caso Emiliano*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2018. In merito a tale ultima vicenda si vedano anche [Corte cost. 170/2018](#) e Cass. sez. un., 14 maggio 2020, n. 8906. Da ultimo v. F. DAL CANTO, *Magistrati e impegno politico: problemi e prospettive a partire dalla recente definizione della vicenda Emiliano*, in corso di pubblicazione in [Giustizia Insieme](#).

può essere considerato, nel suo operare, come non esercitante le funzioni caratterizzanti l'appartenenza in atto all'Ordine giudiziario». Ciò che rivelerebbe²², ai fini di una responsabilità disciplinare, sarebbe, dunque, lo status di appartenenze all'ordine giudiziario, condizione che sussisterebbe anche nel caso in cui al magistrato fossero attribuite funzioni amministrative²³.

Il criterio di appartenenza, prima solo genericamente richiamato, è stato poi, invece, diffusamente specificato, soprattutto escludendo la sussistenza di una causa di giustificazione per il solo che fatto che il magistrato risultasse sospeso dal concreto esercizio delle funzioni e fosse dunque posto fuori del ruolo organico della magistratura.

Ciò che rileva, al fine di valutare la sottoponibilità del magistrato al procedimento disciplinare, non è tanto il collegamento esclusivo con l'effettivo esercizio o, comunque, con la possibilità di esercizio delle funzioni, quanto piuttosto la connessione con la «peculiare funzione che il magistrato è chiamato a svolgere o anche potenzialmente tornare a svolgere. Il presupposto dell'esercizio della potestà punitiva nei confronti di un magistrato è l'appartenenza all'ordine giudiziario, che non cessa con la sospensione o con il conseguente collocamento fuori ruolo»²⁴.

Il problema che emerge, rispetto a tale ultima decisione e alle più recenti sopra richiamate, è, però, il chiaro contrasto tra il richiamo al concetto generalissimo di appartenenza all'ordine giudiziario che, interpretato in senso assoluto ed eccessivamente generico sottoporrebbe sempre e comunque il magistrato fuori ruolo o in aspettativa ad un procedimento disciplinare e il riferimento alla funzione giudiziaria e al suo esercizio che dimostra, in concreto, la difficoltà se non proprio la contraddittorietà nel contestare al magistrato in aspettativa illeciti disciplinari funzionali.

Essendo stato affermato in giurisprudenza l'orientamento per il quale il magistrato possa essere sottoposto a giudizio disciplinare anche soltanto in ragione del profilo «soggettivo» dell'appartenenza all'Ordine giudiziario e non in base a quello «oggettivo» del concreto esercizio delle funzioni che si connette alla sua permanenza in ruolo, occorre soffermarsi in questa sede su un ulteriore e conseguente profilo distinto rispetto a quello della collocazione fuori ruolo del magistrato, ovvero quello della duplice qualifica soggettiva di magistrato-parlamentare²⁵.

In generale sembrerebbe inconciliabile, dal punto di vista degli ambiti funzionali di riferimento, poter immaginare che un parlamentare, magistrato in aspettativa, possa essere perseguito dal punto di vista disciplinare, per il suo *status* di magistrato.

In via concettuale il ragionamento potrebbe essere fondato sul fatto che il magistrato, da parlamentare, è chiamato ad esercitare funzioni completamente differenti che sospendono, per il periodo coincidente con il mandato parlamentare, il nesso e il collegamento con l'appartenenza all'ordine giudiziario.

In senso contrario, e molto banalmente, si imporrebbe al parlamentare magistrato un comportamento peculiare e diverso da quello di altri parlamentari che non sono magistrati e ciò comporterebbe l'ulteriore effetto distorsivo secondo il quale il magistrato parlamentare sarebbe sempre e indifferentemente sottoposto a procedimento disciplinare in qualità di magistrato e a procedimento disciplinare in qualità di parlamentare.

Va, però, aggiunto che la riforma del 1993 dell'art. 68 Cost., che ha escluso la particolare garanzia di cui al vecchio testo del secondo comma della norma costituzionale, è stata interpretata in modo molto chiaro dalla Cassazione nel senso che la stessa ha sostenuto come il concreto esercizio

²² In merito a questo delicato passaggio, si v. Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292.

²³ Sul punto, da ultimo, la Cassazione, con la decisione 8906/2020, ha espressamente affermato che «il divieto per i magistrati di iscrizione ai partiti politici, che si ricava dall'art. 3, 1° comma, lett. h) del d.lgs. 109/2006, vale per tutti i magistrati, sia che svolgano funzioni giudiziarie, sia che siano collocati in aspettativa e fuori dal ruolo organico della Magistratura per qualunque ragione, ivi compreso lo svolgimento di un mandato elettorale e/o amministrativo». Sul punto v. R. FUZIO, *Collocamento fuori ruolo*, in A. IACOBONI – G. GRASSO – M. CONVERSO (a cura di), *Codice dell'ordinamento giudiziario*, cit., 295 ss. e la già ricordata Circolare del Consiglio superiore della magistratura del 24 luglio 2014.

²⁴ Così Sez. disc., sentenza n. 15 del 2018.

²⁵ Principio, tra l'altro, recentemente ribadito dalla ricordata sentenza della Cassazione 741/2020, n. 741, in particolare al par. 5.2. della motivazione.

dell'azione disciplinare, combinato con l'effettiva e piena giurisdizione della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, non trova impedimento o ostacoli nel periodo in cui il soggetto incolpato eserciti le funzioni di membro del Parlamento, poiché non varrebbe, sul punto, alcun tipo di immunità²⁶.

Il problema è che non è tanto in gioco l'immunità a favore del parlamentare-magistrato che lo dovrebbe sottrarre al procedimento disciplinare di cui al d.lgs. 106/2009, quanto piuttosto una sorta di improcedibilità, stante la totale distanza tra *status* attuale, quello di parlamentare appunto, le funzioni svolte e, invece, le condotte il cui addebito seguirebbe invece la reviviscenza del riconoscimento di una funzione sospesa qual è quella di magistrato.

Il tutto ovviamente, come si dirà in conclusione, al netto dello stato attuale, laddove, da un punto di vista normativo, manca, tra l'altro, una espressa tipologia di illecito che possa coprire la particolare figura del magistrato-parlamentare incolpato.

Il discorso potrebbe, infatti, essere completamente differente se, anche alla luce degli eventi accaduti nell'ultimo anno, il legislatore decidesse di intervenire sul d.lgs. 109/2006, andando a prevedere un illecito specifico e, dunque, una fattispecie disciplinarmente rilevante anche solo con riguardo all'ambito delle invasioni delle competenze o dell'interferenza, in una logica maggiormente dettagliata e più circostanziata rispetto a quella attualmente prevista dall'art. 3, comma 1, lett. i) del d.lgs. 109.

Ciò che residua, pur considerando l'ultima riflessione di carattere più generale, è, però, l'importante verifica circa la sussistenza relativa all'operatività dell'istituto dell'insindacabilità.

Sul profilo in esame la giurisprudenza della Corte costituzionale sembrerebbe in posizione contraria alla tutela della posizione difensiva del parlamentare.

Sul punto, infatti, la Consulta, implicitamente ammettendo che il magistrato-parlamentare possa essere assoggettato a procedimento disciplinare, in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sorto a seguito della delibera del Senato della Repubblica, relativa alla insindacabilità delle opinioni espresse da un proprio membro, magistrato in aspettativa al momento della commissione dell'illecito, promosso con ricorso della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, ha sostenuto che «i comportamenti addebitati al magistrato incolpato, e oggetto del conflitto, non sono qualificabili come “opinioni” (né tanto meno come “voti”) espresse nell'esercizio delle funzioni parlamentari, e non possono dunque essere ricondotti in alcun modo alla sfera della insindacabilità garantita dall'art. 68, primo comma, della Costituzione», valendo il consueto meccanismo di riscontro sulla sussistenza del “nesso funzionale”²⁷.

In merito a tale aspetto va, però chiarito il contenuto della decisione nella misura in cui la fattispecie concreta, disciplinarmente rilevante e che ha condotto al conflitto e poi alla sentenza della Corte costituzionale si riferiva (pur considerando la complessa ricostruzione fattuale) a condotte poste in essere dal magistrato prima di assumere la qualifica di parlamentare.

Ciò vuol dire che l'insindacabilità dovrebbe valere, come nel caso in esame, con riferimento a fatti commessi nel corso del mandato parlamentare, quando il magistrato è ormai collocato fuori ruolo/aspettativa e non può, per definizione, esercitare funzioni giudiziarie.

Diverso sarebbe il caso, come quello preso in esame nella sentenza 270/2002, del magistrato, poi parlamentare, sottoposto a procedimento disciplinare per la contestazione di un illecito funzionale riferito ad un fatto commesso in un momento precedente alla sua collocazione fuori ruolo.

²⁶ In questa direzione l'orientamento espresso da Cass. sez. un. civ., 28 gennaio 2003, n. 1239 sulla quale si veda la nota di B. GIANGIACOMO, in *Dir. e Formazione*, 2003, 1204

²⁷ Si tratta di [Corte cost., 24 giugno 2002, n. 270](#). A commento della decisione F. LOY, *L'autonomia della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura: applicazioni in tema di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Giust. civ.*, 2002, 2719 ss. Più di recente è tornata sul rapporto tra il Consiglio superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato, secondo una prospettiva di più ampio respiro, C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2016.

Sempre sul profilo dell'ambito di applicazione dell'insindacabilità, va poi anche ricordato il successivo intervento avvenuto con la l. 140/2003²⁸. Quest'ultima, nel riorganizzare l'intera disciplina applicativa e procedimentale dell'insindacabilità, all'art. 3, comma 9, ha stabilito che i presupposti sostanziali e procedurali (es. pregiudizialità), specificati in generale dalle diverse disposizioni contenute nel richiamato articolo, devono trovare applicazione anche «in quanto compatibili, ai procedimenti disciplinari, sostituita al giudice l'autorità investita del procedimento. La sospensione del procedimento disciplinare, ove disposta, comporta la sospensione dei termini di decadenza e di prescrizione, nonché di ogni altro termine dal cui decorso possa derivare pregiudizio ad una parte». Nulla è mutato sotto il profilo innanzi indicato, vale a dire, sulla necessità che anche nell'ambito del procedimento disciplinare può operare l'istituto dell'insindacabilità attraverso una deliberazione della Camera di appartenenza del magistrato incolpato che assumerà, se favorevole all'applicazione dell'art. 68 Cost., efficacia inibente del giudizio innanzi alla Sezione disciplinare.

In conclusione, sul punto, bisognerebbe, per un verso, insistere sul profilo dell'inconciliabilità assoluta delle funzioni parlamentari con il permanere di un qualche legame, anche in senso lato con le funzioni giudiziarie, che rappresentano il presupposto che giustifica la sottoponibilità del magistrato parlamentare al procedimento disciplinare e, per altro verso, sarebbe comunque necessario far valere la sussistenza dei presupposti per una delibera di insindacabilità da parte della Camera di appartenenza in quanto le "dichiarazioni" del magistrato si riferiscono alla sua specifica funzione parlamentare.

Va tuttavia rilevato che, da ultimo, con l'[ordinanza 25 giugno 2020, n. 129](#), la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni promosso da un magistrato, attualmente nella qualità contestuale di parlamentare, proprio avverso l'atto del Procuratore generale presso la Corte di cassazione del 5 luglio 2019 (*rectius* con riguardo poi all'azione disciplinare esercitata da quest'ultimo), in relazione all'intercettazione da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Perugia, in connessione con alcune vicende piuttosto note. La decisione non adduce elementi di particolare innovazione al profilo sostanziale, in quanto si limita a censurare la carenza dell'elemento soggettivo nel conflitto proposto dal singolo parlamentare. Invero, per quanto con [ordinanza n. 17/2019](#) la Corte abbia aperto alla legittimazione del singolo parlamentare, la deliberazione circa l'autorizzazione all'uso delle intercettazioni che lo riguardano è atto di spettanza della Camera di appartenenza, posto secondo l'art. 68, comma 3, Cost. a salvaguardia della sua integrità, e non del singolo parlamentare che, pertanto, è privo di legittimazione attiva al conflitto.

4. In merito alla contestazione di alcuni possibili illeciti, presenti nel d.lgs. 109/2006, al magistrato-parlamentare.

Partendo dalla recente e già ricordata decisione 741/2020 della Corte di cassazione è possibile ragionare su alcune fattispecie di illecito che, almeno in astratto, presentano profili di criticità rispetto alla figura del magistrato-parlamentare incolpato. Su tutte, destano maggiore interesse quella dell'art. 2, comma 1, lett. *d*), (effettivamente contestata), ma anche, quanto meno in via ipotetica, quelle dell'art. 3, comma 1, lett. *i*), e dell'art. 1 del medesimo d.lgs. 109/2006. Si tratta di fattispecie che hanno una evidente differenza di fondo che ne impone una trattazione separata. Mentre la prima fattispecie rientra tra le ipotesi di illecito c.d. funzionale, la seconda rientra tra le ipotesi di illecito c.d. extrafunzionale, l'ultima, invece, riguarda una generica violazione dei doveri del magistrato, una sorta di clausola di riferimento che caratterizza l'intero quadro normativo disciplinare.

Va ribadito anche in questo passaggio quanto già anticipato ovvero che la lettura dei possibili illeciti richiamabili rispetto alla posizione del magistrato-parlamentare sconta, all'interno del d.lgs. 109/2006, l'assenza di disposizioni direttamente collegabili al particolare *status* in esame, con la

²⁸ Per un commento sostanzialmente critico alla riforma in questione si vedano G. AZZARITI e R. ROMBOLI, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e immunità per i parlamentari. Profili di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 247 ss.

conseguenza di dover ragionare, per forza di cosa, sull'ambito applicativo delle ipotesi al momento previste, salvo un auspicabile e puntuale intervento legislativo a riguardo.

4.1. Sulle dinamiche dell'art. 2, comma 1, lett. d).

Tale disposizione sanziona «i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori»²⁹.

La possibilità di contestare la suddetta ipotesi di illecito al magistrato-parlamentare sembrerebbe controversa in quanto, proprio perché “illecito funzionale”, dovrebbe essere riferita al magistrato nell'esercizio delle sue funzioni e non al magistrato temporaneamente collocato fuori ruolo e, quindi, non esercente funzioni giudiziarie in senso proprio.

La giurisprudenza della Corte di cassazione, tuttavia, ha adottato una nozione elastica e piuttosto discrezionale di “funzioni giudiziarie” che le ha consentito di sanzionare illeciti non strettamente connessi all'attività del magistrato, ma anche derivanti dalla sua sola qualità soggettiva, puntando, infatti, sul rilievo attribuito, ai fini della responsabilità disciplinare, allo *status* di appartenenza all'ordine giudiziario, condizione che, come ricordato in precedenza, non viene meno con il conferimento al magistrato di funzioni amministrative³⁰. In virtù di tale per questo motivo anche

Rispetto a tale ultima decisione citata va, però, segnalata l'importanza di altra e più recente sentenza, sempre del giudice di legittimità, che approfondisce la nozione di “funzione”, riferita al contesto normativo di cui al d.lgs. 109/2006, giungendo a sostenere come la stessa vada intesa in “senso dinamico”, proprio perché in connessione con le differenti dimensioni dello *status* di magistrato³¹.

La rilevanza della pronuncia citata va evidenziata nella misura in cui la stessa, pur richiamando un astratto richiamo ai “doveri” del magistrato, in concreto, fonda ancora una volta la sussistenza dell'illecito ad un nesso inscindibile, seppur non sostanziale, con l'esercizio delle funzioni giudiziarie che non paiono immediatamente percepibili nel caso di magistrato-parlamentare.

Tra l'altro, come nel caso della decisione della Corte costituzionale 270/2002, i precedenti citati vanno contestualizzati proprio rispetto al caso del magistrato-parlamentare emergendo, sul punto, differenze piuttosto rilevanti.

Entrambi i casi sopra citati, nell'apparente estensione della nozione di “funzione giudiziale” hanno ad oggetto sempre questioni concrete in cui, in un modo o nell'altro, il comportamento del magistrato incolpato “interferiva” con l'attività giudiziale in senso stretto (nel primo caso, ad esempio, per aver interferito con l'attività di altri magistrati chiedendo informazioni e previsioni sullo stato di procedimenti giudiziari in corso, nel secondo, per aver pronunciato frasi allusive a possibili pregiudizi futuri a carico di soggetto già consulente d'ufficio presso il medesimo ufficio giudiziario).

Tale perimetro applicativo non potrebbe valere, ovviamente, con riferimento a quei fatti commessi nel corso del mandato parlamentare, quando il magistrato è ormai collocato fuori ruolo e non può esercitare funzioni giudiziarie. Diverso sarebbe il caso del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare per la contestazione di un illecito funzionale riferito ad un fatto commesso in un momento precedente alla sua collocazione fuori ruolo.

²⁹ Per un approfondimento sulla qualificazione e sull'ambito di applicazione con riguardo all'illecito in esame si rinvia a M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE, S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, 155 ss.; P. FIMIANI e M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, 113 ss.

³⁰ In virtù di tale affermazione, sempre secondo Cass. sez. un. civ., 23 dicembre 2009, n. 27292, «il magistrato collocato fuori ruolo mantiene tutte le connotazioni tipiche del suo status e pertanto non può essere considerato, nel suo operare, come non esercitante le funzioni caratterizzanti l'appartenenza in atto all'Ordine giudiziario».

³¹ Secondo Cass. sez. un. civ., 9 novembre 2018, n. 28653, alla luce di tali premesse, si deve considerare «quale scorrettezza funzionale anche quella correlata a comportamenti che, pur se non compiuti direttamente nell'esercizio delle funzioni, sono inscindibilmente collegati a contegni precedenti o anche solo in fieri, involgenti l'esercizio delle funzioni giudiziarie, al punto da divenire tutti parte di un *modus agendi* contrario ai doveri del magistrato».

Nella fattispecie del magistrato-parlamentare, dunque, un illecito “funzionale” potrebbe essere contestato nell’ipotesi in cui ciò abbia implicato in qualche modo una diretta incidenza sulle funzioni giudiziarie.

Oltre a tale considerazione, andrebbe poi verificato in quale misura un determinato atto possa assumere rilievo anche in connessione con la funzione parlamentare. In questo caso varrebbe quanto si è detto al punto precedente, ossia, occorrerebbe verificare se non sussistono le condizioni per una dichiarazione di insindacabilità da parte della Camera di appartenenza, la quale avrebbe valore pregiudiziale anche rispetto al procedimento disciplinare innanzi alla Sezione disciplinare del CSM.

Nella sua recente sentenza n. 741/2020 la Corte di cassazione ha, però, adottato una nozione particolarmente ampia della “funzionalità” tale da non riferirsi all’esclusivo esercizio della giurisdizione, ma estendendola a quei comportamenti che «non debbono necessariamente essere frutto dell’esercizio delle funzioni attribuite al magistrato, potendo riferirsi anche ai rapporti personali tra colleghi all’interno dell’ufficio, atteso che la formulazione normativa appare prescindere del tutto dalla “funzionalità” della scorrettezza». In questo senso, «il concetto di “ufficio” non si riferisce esclusivamente ai rapporti attinenti all’esercizio di funzioni strettamente giudiziarie ma investe anche le relazioni di tipo personale che intercorrono con soggetti che tali relazioni hanno intessuto con il Magistrato per il ruolo che questi svolge».

A ben vedere, una nozione tanto ampia di “funzionalità” dell’illecito andrebbe quantomeno armonizzata all’interno del sistema esistente, improntato alla tipizzazione, al fine di evitare di sfumare sensibilmente la stessa ragione d’essere della tripartizione degli illeciti pensata dal legislatore del 2006.

4.2. *L’eventuale ipotesi di cui all’art. 3, comma 1, lett. i) e il profilo del condizionamento dell’esercizio di funzioni costituzionalmente previste.*

Discorso diverso va fatto, ad esempio, per l’ipotesi dell’art. 3, lett. i), finora non oggetto di esame da parte della Cassazione, ma molto rilevante, per le sue caratteristiche, rispetto al contesto attuale e alle note vicende dell’ultimo anno, soprattutto con riguardo al tema del condizionamento dell’esercizio di funzioni costituzionali.

Si tratta, infatti, di un’ipotesi, come detto, di illecito extrafunzionale, che può quindi essere contestata al magistrato per atti che prescindono completamente dall’esercizio delle funzioni giudiziarie e si connettono esclusivamente alla qualità di magistrato.

Non vi è dubbio, quindi, che dette condotte possano essere addebitate anche al magistrato fuori ruolo e, quindi, al magistrato-parlamentare. Il quale potrà risponderne nel caso in cui l’atto non presenti quel nesso funzionale all’attività parlamentare necessario ad una delibera di insindacabilità.

In vero, si tratta di una fattispecie di illecito di “raro” riscontro nella giurisprudenza disciplinare, in quanto volta a sanzionare, fuori dall’esercizio delle funzioni, «*l’uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l’esercizio di funzioni costituzionalmente previste*»³².

Lo stesso ha spesso operato in combinato con la distinta fattispecie prevista dall’art. 3, comma 1, lett. a) (“*l’uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri*”), rispetto alla quale, non senza incertezze, la Sezione disciplinare ha operato in tempi recenti alcuni distinguo.

In un primo momento, infatti, la Sezione aveva ritenuto che «l’illecito disciplinare per l’uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri e l’illecito disciplinare per l’uso strumentale che, per la posizione di magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l’esercizio di funzioni costituzionalmente previste, non si pongono in rapporto di

³² Si rinvia nuovamente a M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE, S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratali*, cit., 293 ss.; P. FIMIANI e M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, cit., 315 ss.

specialità e possono, quindi, concorrere atteso che, mentre la prima previsione tutela il bene dell'indipendenza e dell'imparzialità del magistrato anche in relazione alla condotta extrafunzionale, la previsione dell'art. 3 comma 1 lett. i) tutela il diverso bene giuridico del libero e corretto funzionamento degli organi intestataria di funzioni attribuite dalla Costituzione»³³.

Successivamente, la Sezione ha riconosciuto che alla seconda fattispecie dovesse essere riconosciuto carattere assorbente in quanto caratterizzata da un fine maggiormente "specifico" rispetto alla prima³⁴. Quanto alla possibile condotta idonea ad integrare la fattispecie, si è in genere ravvisato in giurisprudenza il caso che il magistrato cerchi di influenzare l'esercizio della funzione costituzionale di un organo costituzionale o di rilievo costituzionale³⁵. La tassatività della fattispecie è, però, in concreto mitigata dall'effettivo conseguimento dell'effetto distorsivo e dal rilievo della condotta alla luce del comportamento tenuto complessivamente nella carriera giudiziaria, emergendo così, anche la rilevanza degli elementi fattuali³⁶.

Per le ragioni sopra esposte, pur trattandosi di illecito extrafunzionale, quindi astrattamente addebitabile, è pur vero che la disposizione citata fa espressamente riferimento alla qualità di magistrato, qualità che sembrerebbe disperdersi, almeno temporaneamente, nel mandato parlamentare. Ciò non toglie, però, che in concreto, che il magistrato, utilizzando tale qualità, possa condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste, agendo però da parlamentare, divenendo così destinatario di una possibile incolpazione sulla base della disposizione esaminata. Appare ovvio che il confine appare piuttosto labile e sfugge ad una trattazione calibrata solo ed esclusivamente sulla portata normativa dell'illecito, incidendo, sul punto, molto più gli elementi fattuali e ricostruttivi che non sono, però, nella disponibilità di chi scrive.

4.3. In via conclusiva: l'art. 1, comma 1, quale clausola etica e disciplinare di riferimento in connessione con la tipizzazione degli illeciti e le scelte del legislatore.

Residuano alcune brevi riflessioni su una disposizione generale, di riferimento e di sistema del d.lgs. 109/2006 e, in via conclusiva, sulle più complessive scelte operate dal legislatore con l'apparato normativo fin qui esaminato.

³³ V. Sez. disc., n. 149 del 2013.

³⁴ In tal senso secondo Sez. disc., n. 5 del 2015 «la condotta del magistrato, [...] qualora oggettivamente diretta in via immediata a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste, può integrare l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni per l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste (art. 3, comma 1, lett. i del d.lgs. 109/2006) e non consente di ritenere contemporaneamente integrato l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni per l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri (art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. 109/2006) atteso che, ove si accerti che la condotta è diretta in via immediata a condizionare le funzioni costituzionali del CSM, l'eventuale conseguimento di vantaggi ingiusti da parte del magistrato costituisce una indiretta ed ulteriore conseguenza e si configura, in sostanza, come un post factum non punibile».

³⁵ Così, ad esempio, sempre secondo Sez. disc., n. 149 del 2013 «integra l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni per l'uso strumentale che, per la posizione di magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste, la condotta del magistrato il quale tenti di influenzare, attraverso alcuni intermediari, un componente del C.S.M. al fine di indurlo ad esprimere un voto favorevole alla sua nomina per un incarico direttivo».

³⁶ In tal senso, infatti, «non integra l'illecito disciplinare fuori dell'esercizio delle funzioni, per l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste (art. 3, comma 1, lett. i), del d.lgs. 109/2006), la condotta del magistrato, candidato alla nomina per un posto direttivo, il quale, in virtù della propria posizione di preposto ad un altro ufficio direttivo, solleciti un ufficiale della polizia giudiziaria ad attivare le sue conoscenze al fine di influenzare un componente del C.S.M. ad esprimere il proprio voto in favore della nomina, qualora si accerti che, per la desistenza attiva dello stesso incolpato, il tentativo di condizionare il componente del C.S.M. non ha avuto seguito, potendosi ritenere, anche in ragione del carattere assolutamente occasionale dell'episodio nella vita professionale dell'incolpato, che il fatto sia di scarsa rilevanza per non aver inciso, se non in misura minimale, sull'immagine del magistrato» (Così Sez. disc., n. 35 del 2016).

Per ciò che concerne la disposizione, ci si riferisce all'illecito di cui all'art. 1, comma 1, in merito al quale va ricordato come lo stesso identifichi alcuni parametri generali, quali "l'imparzialità, la correttezza, la diligenza, la laboriosità, il riserbo e l'equilibrio" che devono caratterizzare il comportamento del magistrato e che si pongono anche su un piano più strettamente etico, tesi, cioè, ad identificare il ruolo dello stesso all'interno dell'ordinamento, prescindendo, pare in senso assoluto, dalla posizione eventualmente rivestita.

La *ratio* della norma sembrerebbe orientata a riconoscere uno "status comportamentale" che qualunque magistrato, anche nella veste di parlamentare, dovrebbe tenere, a tutela dell'ordine al quale appartiene.

Anche in questo caso sussiste, però, quanto meno a livello formale, un problema nei confronti del magistrato-parlamentare, legato al fatto che tali valori generali e indiscutibilmente rilevanti si connettono, sempre e comunque, all'esercizio delle funzioni e non soltanto, come potrebbe essere, allo *status* in quanto tale.

Sempre con riguardo alla disposizione in esame valgono considerazioni analoghe a quelle fatte per l'illecito dell'art. 2, comma 1, lett. d), in quanto, nella sentenza n. 741/2020, la Cassazione ritiene che la bipartizione funzionale-extrafunzionale non assuma un peso tale da distinguere la responsabilità dei magistrati a seconda che esercitino o meno la funzione giurisdizionale, piuttosto la stessa sembrerebbe finalizzata «a "prevedere ipotesi di responsabilità disciplinare che possono rilevare a prescindere dal fatto che il magistrato che le ponga in atto eserciti o meno le funzioni stesse", tanto da affermare che possa essere chiamato a rispondere delle ipotesi di cui agli artt. 1 e 2, pure, chi in atto non eserciti funzioni giudiziarie, in quanto "ciò che rileva, ai fini della responsabilità disciplinare, è lo status dell'appartenenza all'Ordine giudiziario"».

Si tratta di una affermazione che, per quanto rimandi a conformi precedenti della Suprema Corte in materia, sfuma il significato della tipizzazione e rievoca un sistema disciplinare improntato ad una minore certezza propria delle "clausole aperte", così come avveniva nel previgente regime dell'art. 18 del r.d.lgs. 511/1946.

Tra l'altro, in via conclusiva, va rilevato un ulteriore elemento che pare dirimente.

Il legislatore, con il d.lgs. 109/2006, proprio per sfuggire all'eccessiva discrezionalità applicativa e interpretativa fornita dall'art. 18 del r.d.lgs. 511/1946, ha operato una scelta netta, procedendo ad una chiara tipizzazione degli illeciti disciplinari e omettendo tra l'altro di stabilire una clausola di chiusura che potesse perseguire comportamenti non preventivati o preventivabili.

La tipizzazione doveva, nelle intenzioni, garantire maggiore certezza e migliori garanzie all'incolpato e, più in generale, al procedimento disciplinare e quindi a tutti i soggetti coinvolti.

Il dato evidente è che per raggiungere questo risultato il legislatore ha deciso, prescindendo da una valutazione sulla correttezza o meno di tale opzione, di rimuovere alcuni illeciti che la prima versione del d.lgs. 109/2006 aveva previsto e che, invece, la l. 269/2006 ha inteso eliminare.

Da questo punto è molto significativo il fatto che la l. 269/2006 abbia abrogato proprio gli illeciti che non erano ancorati all'esercizio delle funzioni, ma che miravano, più di altri, a garantire il prestigio dell'ordine giudiziario e l'immagine del magistrato a prescindere dal ruolo rivestito³⁷.

In questa direzione non si possono non ricordare:

³⁷ Sulla problematica inerente alla tipizzazione degli illeciti disciplinari si vedano Su cui, ad esempio, v. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 258 ss.; ID., *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in N. ZANON – G. di RENZO VILLATA – F. BIONDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, Milano, 2012, cit., 109 ss.; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, 29 ss.; A. CAPUTO, *La tipizzazione dell'illecito disciplinare del magistrato ordinario*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, 186 ss.; A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2009, 127 ss.; F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quad. cost.*, 3/2017, 683 ss.; L. LONGHI, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, 123 ss.

- l'art. 1, comma 2, secondo il quale si stabiliva che *“il magistrato, anche al di fuori delle proprie funzioni, non deve tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio, il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria”*;

- l'art. 2, comma 1, lett. i) che, nell'ambito degli illeciti funzionali, puniva *“il perseguimento di fini estranei ai suoi doveri ed alla funzione giudiziaria”*;

- l'art. 3, comma 1, lett. l) che, proprio nell'ambito degli illeciti extrafunzionali, perseguiva *“ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato, anche sotto il profilo dell'apparenza”*.

È evidente, a seguito delle abrogazioni sopraricordate, la presenza di un vuoto normativo che, almeno al momento, non pare così facilmente colmabile con una forzatura interpretativa e con il conseguente uso delle disposizioni vigenti per intraprendere un'azione disciplinare nei confronti del magistrato-parlamentare.

Al contempo, emerge chiara la necessità o comunque praticabile la possibilità di intervenire in via legislativa, non tanto ripristinando illeciti che avevano comunque nella loro indeterminatezza una discrezionalità connessa ad una tendenza punitiva di fondo, quanto piuttosto a ragionare sulla previsione di nuovi illeciti, direttamente calibrati su fattispecie che, sicuramente non ipotizzabili, si sono purtroppo registrate e che potrebbero colmare le lacune dell'attuale assetto normativo.