

## L'ILLECITO DISCIPLINARE DEL MAGISTRATO NEL PRISMA DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO: PROBLEMI E PROSPETTIVE (\*)

di Vittorio Manes

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'applicabilità del *volet* civilistico dell'art. 6 CEDU e il suo portato garantistico. – 3. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e il delicato equilibrio tra (utilizzabilità delle) intercettazioni in sede disciplinare. – 4. L'art. 10 CEDU, la "speciale prudenza" richiesta al magistrato e i rischi di *chilling effect* della libertà di espressione. – 5. Ai confini della "materia penale" (art. 7 CEDU): la asserita tipicità degli illeciti, gli orientamenti interpretativi, e le esigenze di *prevedibilità* del rimprovero disciplinare. – 6. "Obblighi positivi di tutela" ed effettività del sistema disciplinare. – 7. Conclusioni.

### 1. Premessa.

Il regime dell'illecito disciplinare dei magistrati presenta – non diversamente da altri statuti disciplinari – diversi e notevoli profili di intersezione con le garanzie riconosciute dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in ragione del naturale rapporto di tensione che le sanzioni comminate – contrassegnate da rimarchevoli note di afflittività, tanto sul piano reputazionale, quanto sul piano delle ricadute professionali – manifestano al cospetto dei diritti fondamentali.

Se lo statuto disciplinare dei magistrati – per opinione consolidata – è volto a tutelare l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, nonché il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, a garanzia dei diritti fondamentali dei cittadini,<sup>1</sup> il regime delle responsabilità incide, di fatto, sui diritti e le libertà del singolo incolpato, implicando una analoga, sorvegliata attenzione sulle relative garanzie.

In questa prospettiva, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – pur focalizzata, come si sa, sulla "concretezza" della singola vicenda e sulla specificità delle violazioni lamentate nel caso concreto – ha nel tempo tratteggiato, quasi in filigrana, uno "statuto garantistico" minimo necessario affinché un determinato sistema disciplinare possa ritenersi "convenzionalmente conforme", via via evidenziando le particolari esigenze di tutela che, in questo preciso ambito, sono imposte a livello procedurale dall'art. 6 CEDU (*Diritto a un equo processo*), nella sua componente civilistica,

---

(\*) Il presente lavoro è destinato al *Commentario al codice disciplinare dei magistrati* – a cura di F. Gigliotti – Milano, Giuffrè, 2023, in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> V. D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, 1 ss., 5 ss.

così come quelle sollecitate, sotto il profilo sostanziale, da “disposizioni-chiave” come l’art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) o l’art. 10 CEDU (*Libertà di espressione*).

L’importanza di questo paradigma normativo di raffronto – anche in ragione di un controllo di legittimità sulla base dei “parametri costituzionali interni” rivelatosi, in questa materia, poco fruttuoso<sup>2</sup> – non deve certo essere sottolineata, a mente dei vincoli discendenti dall’art. 117, primo comma, Cost., anche ed anzitutto in sede di interpretazione delle norme vigenti: del resto, il confronto con gli obblighi convenzionali rappresenta ormai un passaggio sempre più frequente – se non una “costante” – nei tracciati giurisprudenziali della sezione disciplinare, e delle Sezioni unite, a riprova non solo – e non tanto – della consapevolezza della vincolatività degli impegni convenzionali, quanto della distanza che ancora separa, specie in taluni ambiti, la morfologia di alcune regole – la loro esegesi come la loro applicazione – rispetto agli *standard* di garanzia che dovrebbero imporsi al cospetto (tanto della Costituzione quanto) della CEDU.

In effetti, anche il percorso di “tipizzazione” e “giurisdizionalizzazione” dell’illecito disciplinare dei magistrati operato con il d.lgs. n. 109 del 2006 – pur indubbiamente “progredito” rispetto alla disciplina previgente<sup>3</sup> – non sembra possa dirsi esaurientemente compiuto, né può dirsi che – allo stadio attuale – esso sia del tutto esente da perduranti criticità e lacune, tanto sul piano sostanziale quanto sul piano procedurale: come cercheremo – appunto – di evidenziare in queste brevi note, esaminando gli aspetti più rimarchevoli ad un confronto con il *case-law* convenzionale.

Più in particolare, e da un lato, il coefficiente di tassatività e determinatezza dei singoli illeciti appare ancora, in non pochi casi, insoddisfacente, collidendo con quelle istanze di *prevedibilità* della *legge* che ogni ingerenza statuale nella sfera dei diritti individuali – e dunque ogni illecito/sanzione, a prescindere dalla qualificazione penale – deve comunque registrare.

Dall’altro, alcune guarentigie convenzionali – oltre la tutela apprestata dall’art. 6 CEDU sui vari *domestic systems governing judicial status* – sembrano richiedere una protezione persino rafforzata, alla luce della stringente connessione assiologica che presentano rispetto ad altre garanzie, convenzionali (e costituzionali): basti pensare al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), precipuamente calato nella specificità situazionale del magistrato, o alla libertà di espressione (art. 10 CEDU), che implicano una tutela ancor più rigorosa se posta in connessione con valori come l’autonomia e l’indipendenza del sistema giudiziario, imponendo uno scrutinio ancor

---

<sup>2</sup> Sul limitato vaglio di costituzionalità in questa materia, v. anche le condivisibili riflessioni – tanto in chiave costituzionale quanto in chiave convenzionale – di G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo?*, Torino, 2018, in ptc. 141 ss., registrando “l’assenza di interventi significativi della Corte” (“quantitativamente pochi e qualitativamente incentrati degli aspetti sostanziali dell’illecito, piuttosto che su quelli procedurali”) ed altresì “l’assenza di decisioni che avrebbero potuto colmare alcune lacune, con riferimento ad aspetti strutturalmente procedurali che hanno una rilevanza costituzionale sul piano del diritto di difesa e del diritto al giusto processo, così come la Consulta aveva fatto rispetto ai sistemi normativi precedenti”.

<sup>3</sup> Sui problemi di tipizzazione dell’illecito disciplinare, in generale, v. il “classico” studio di G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970.

più severo in ordine ad ogni contestazione disciplinare che possa comprimere, o persino sterilizzare, queste prerogative.

Si comprende quale è il rischio di ogni “giuridicizzazione” debole, così come di ogni flessione delle garanzie in quest’ambito: il pericolo che il procedimento disciplinare possa divenire strumento duttile e polimorfo, e come tale meccanismo di surrettizio, arbitrario controllo dei singoli magistrati, proprio in quel campo dove la “preminenza del diritto” rappresenta un valore primordiale per la stessa indipendenza della magistratura e per la stessa essenza democratica.

Ed è per questo che nei tracciati giurisprudenziali della Corte EDU ricorre – è un *refrain* pressoché costante – il monito a prestare “una particolare attenzione alle esigenze di tutela dei giudici”, quando si procede all’analisi dei procedimenti disciplinari che li riguardano.<sup>4</sup>

## 2. L’applicabilità del *volet* civilistico dell’art. 6 CEDU e il suo portato garantistico.

Come si accennava, chiamata a valutare le diverse doglianze prospettate nei singoli casi, la Corte ha avuto modo di scrutinare – più o meno direttamente – i sistemi disciplinari di diversi ordinamenti, mettendo in rilievo – in controluce – la sagoma di quello che dovrebbe essere il procedimento disciplinare a carico di magistrati “convenzionalmente conforme”: ed in questa prospettiva ha anzitutto evidenziato l’applicabilità al diritto disciplinare delle garanzie imposte dall’art. 6 CEDU (“diritto ad un equo processo”),<sup>5</sup> nel suo versante civilistico, quale che sia la qualità dell’incolpato o la gravità della sanzione infitta.<sup>6</sup>

In estrema sintesi, tali garanzie sono riferibili, anzitutto, all’accesso alla tutela giurisdizionale,<sup>7</sup> affidata ad un tribunale stabilito dalla legge, indipendente (specie rispetto al potere esecutivo, con riguardo al modo di designazione dei componenti ed alla durata del mandato) ed imparziale (e che appaia tale, secondo l’adagio inglese – spesso citato dalla Corte – per cui “*Justice must not only be done, it must also be seen to be*”

---

<sup>4</sup> Così, ad es., Corte EDU, 9 marzo 2021, *Eminağaoğlu c. Turchia*, § 76.

<sup>5</sup> È noto che il lavoro ermeneutico dei Giudici di Strasburgo sull’art. 6, §1 CEDU, ha determinato un progressivo ampliamento dello spettro di tutela assicurato dalla disposizione. In questa prospettiva, la giurisprudenza convenzionale ha progressivamente ricondotto sotto la copertura di tale disposizione tutti quei casi in cui, pur non venendo all’apparenza in rilievo “diritti ed obbligazioni di natura civile” o “accuse in materia penale”, la controversia abbia comunque una significativa incidenza su un diritto del singolo, sia esso di natura patrimoniale o meno. E proprio questa impostazione ha permesso alla Corte di estendere le garanzie dell’equo processo dalle sole controversie civili e penali a quelle vertenze che nell’ordinamento dello Stato convenuto siano inquadrabili come controversie di rilievo pubblicistico (*public-law disputes*): al riguardo, v. già P. LAMBERT, *Les droits relatifs à l’administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Rev. Trim. d. h.*, 1995, 161 ss.

<sup>6</sup> V. soprattutto Corte EDU, Grande camera, 19 aprile 2007, *Vihlo Eskelinen c. Finlandia*; inoltre, Corte EDU, 5 febbraio 2009, *Olujić c. Croazia*, sulle quali v. ancora G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari*, cit., 157 ss., con ulteriori richiami giurisprudenziali.

<sup>7</sup> Sul tema, oltre alle pronunce citate alla nota precedente, v. anche l’importante sentenza della Grande Camera, 15 marzo 2022, *Grzęda c. Polonia*, e Corte EDU, 16 giugno 2022, *Żurek c. Polonia*.

done”<sup>8</sup>), ed implicano il diritto ad un processo condotto in maniera equa (tale da garantire la “parità delle armi” e il contraddittorio, etc.), che assicuri la pubblicità delle udienze, che sia limitato ad una durata ragionevole e che esiti in una decisione motivata dell’autorità giurisdizionale.

Proprio tale primo, fondamentale profilo di garanzia, nel campo che qui interessa, è stato al centro di un recente sentenza di condanna nei confronti della Turchia, in un caso dove la Corte ha ritenuto che l’esclusione dell’accesso alla tutela giurisdizionale per tutte le controversie concernenti l’applicazione di misure disciplinari nei confronti di giudici o procuratori – pur espressamente prefissata dall’ordinamento turco – non trovasse giustificazione in alcun “rilevante ed oggettivo interesse nazionale”: con la conseguenza che – non essendo stata la sanzione disciplinare applicata al giudice turco ricorrente sottoposta al vaglio di alcun organo giurisdizionale – è stata riconosciuta la violazione del diritto del ricorrente ad adire un tribunale per la tutela dei propri diritti.<sup>9</sup>

**2.1.** Da questa angolatura, l’ordinamento disciplinare italiano sembrerebbe – in linea di principio – al riparo da possibili doglianze, specie a fronte della riconosciuta *natura giurisdizionale* del procedimento di cui al d.lgs. n. 109 del 2006: del resto, è stata la stessa giurisprudenza convenzionale nel caso *Di Giovanni*<sup>10</sup> a riconoscere e confermare la ravvisata qualifica “giurisdizionale” delle sezioni disciplinari del CSM e, conseguentemente, a ritenere irricevibili le allegazioni relative alla lamentata violazione del diritto ad un processo equo.<sup>11</sup>

Tuttavia, da altre decisioni sembra emergere una scarsa compatibilità convenzionale di un meccanismo di tutela che – in sede di impugnazione – circoscrive e limita la cognizione della giurisdizione superiore, non garantendo un controllo di piena giurisdizione “*pour le points de fait comme pour les questionnes de droit*”,<sup>12</sup> e dunque non consentendo la possibilità di devolvere in sede di ricorso una più ampia rivalutazione dei fatti:<sup>13</sup> anche se, nel sistema italiano, il controllo giudiziale sul fatto è affidato ad un

<sup>8</sup> Anche se la Corte ha talvolta sfumato la propria concezione di “imparzialità oggettiva”, evidenziando – ad esempio in Corte EDU, 26 febbraio 1993, *Padovani c. Italia*, § 27 e Corte EDU, 24 agosto 1993, *Nortier c. Paesi Bassi*, § 33 – che “*les inquiétudes subjectives d’un suspect quant à l’impartialité du juge du fond pour compréhensibles que’elles puissent être, ne constituent pas l’élément déterminant: il échet avant tout d’établir si elles peuvent passer pour objectivement justifiées en l’occurrence*”.

<sup>9</sup> È la già citata Corte EDU, 9 marzo 2021, *Eminagaoglu c. Turchia*, § 76, sulla quale v. V. DI NUZZO, *La Corte Edu interviene sull’assetto del procedimento disciplinare a carico dei magistrati nell’ordinamento turco. Alcune riflessioni a margine per un confronto con l’attuale panorama italiano*, in *Giustizia insieme*, 10 luglio 2021.

<sup>10</sup> Corte EDU, 9 luglio 2013, *Di Giovanni c. Italia*, § 37-38; su quella traccia v. anche Corte EDU, 7 luglio 2015, *Lorenzetti c. Italia*.

<sup>11</sup> Argomentando, *ad abundantiam*, come la ricorrente avesse avuto anche la possibilità di impugnare la decisione della sezione disciplinare dinanzi alla Corte di Cassazione.

<sup>12</sup> Su questa tematica, si vedano le autorevoli riflessioni di G. RAIMONDI, *L’intensità del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Persona e Amministrazione*, 2/2018, 18 ss.

<sup>13</sup> A questo riguardo, la Corte EDU ha anche di recente negato la mancanza di “*sufficient review*” – e la violazione dell’art. 6 § 1 CEDU – solo dopo aver rilevato che, dopo la pronuncia di merito da parte della

collegio cui comunque si riconosce – come si è visto – natura giurisdizionale (e non amministrativa), e la discussione partecipata, in pubblica udienza – davanti alle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, in sede disciplinare – potrebbe essere considerato elemento di bilanciamento valevole a ritenere comunque rispettato il *minimum standard* imposto in sede convenzionale.<sup>14</sup>

2.2. Sotto altro aspetto, non può peraltro escludersi che – nel singolo caso – la specifica composizione della sezione disciplinare consiliare giudicante possa prospettare criticità rispetto alle garanzie di indipendenza e di obiettiva imparzialità richieste in ogni collegio giudicante ai sensi del *volet* civilistico dell’art. 6 CEDU: criticità riferibili anche solo a “situazioni di natura funzionale” che abbiano potuto implicare una “anticipazione di giudizio” negativa, come quella che potrebbe sorgere – ma è solo un esempio – anche solo dall’essersi espressi i componenti della sezione disciplinare giudicante sui medesimi fatti, magari in sede di valutazioni di professionalità o sulla idoneità a ricoprire un determinato incarico;<sup>15</sup> e criticità che, ove comprovate e non sanate in “secondo grado”, potrebbero dunque profilare una violazione rilevante.

Inoltre, va considerato che a fianco al sistema degli illeciti disciplinari ci sono meccanismi normativi che appaiono meno garantiti: ci riferiamo, come si è già compreso, all’art. 2 del Regio decreto 31 maggio 1946, n. 511 sul trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale, che peraltro è assegnato ad una sezione del CSM – la prima commissione consiliare – alla quale non è riconosciuta natura giurisdizionale.

Vero è che il trasferimento – per sua natura in forte tensione con le garanzie di cui agli artt. 104 (autonomia e indipendenza) e 107 (inamovibilità) della Costituzione – non avrebbe le stimmate – né le finalità – di una sanzione (essendo primariamente orientato alla tutela dell’indipendenza e imparzialità – o della “credibilità” – della

Sezione disciplinare del *National Council of Judges and Prosecutors* che aveva irrogato una sanzione disciplinare (riduzione salariale) alla Presidente della Corte d’Appello di Craiova per l’indebita intromissione in una procedura di selezione per i posti di vice-presidente della medesima Corte d’Appello - la Corte di Cassazione rumena in sede disciplinare aveva intrapreso una “analisi diretta (*“fresh analysis”*) delle allegazioni del ricorrente, con riguardo alle prove agli atti (deposizioni testimoniali e trascrizioni di intercettazioni) e che, in ogni caso, avrebbe comunque avuto “*jurisdiction to engage with the issues of fact which it saw as relevant*”, ossia il potere di annullare la decisione ove avesse ritenuto fondate questioni di fatto dedotte dal ricorrente (Corte EDU, 17 gennaio 2023, *Cotora c. Romania*).

<sup>14</sup> Cfr., al riguardo, Corte Edu, Grande Camera, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sa c. Portogallo*, §§ 214-215, che ravvisa la violazione dell’art. 6 § 1 CEDU proprio in ragione dell’effetto combinato di due fattori, vale a dire l’insufficienza del controllo giurisdizionale svolto dalla Divisione Giudiziaria della Corte Suprema e la mancanza di un’udienza nella fase del procedimento disciplinare o nella fase del riesame della Corte Suprema.

<sup>15</sup> Tema diverso – ed al di fuori di queste brevi note - quello dei vincoli discendenti dall’art. 6 CEDU - ed alle necessarie garanzie di imparzialità – in ordine alla procedura di nomina a ruoli direttivi e semidirettivi dei magistrati: al riguardo, R. SABATO, *An “Autohority Balanced, But Not Divided” – Judicial Appointments and Protection of Judicial Independence Under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights*, in AA.VV., *Liber Amicorum Robert Spano*, Anthemis, Limal, 2022, 603 ss., specie analizzando le ricadute – e le possibili evoluzioni - della importante sentenza della Grande Camera, 1 dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*.

funzione giudiziaria), e che sulla misura eventualmente disposta è dato ricorso al giudice amministrativo.

Ma è vero anche che tale congegno viene spesso attivato quasi a *pendant* – se non in chiave di autentico surrogato – del procedimento disciplinare, con una sorta di “truffa delle etichette” capace di aggirare diverse guarentigie convenzionali, specie sul piano della partecipazione e difesa dell’interessato,<sup>16</sup> concretizzando così quel rischio “più volte paventato e spesso apertamente denunciato, di utilizzo strumentale di una procedura deformalizzata, allo scopo di danneggiare o intimidire magistrati che, nell’esercizio delle funzioni non si conformassero alle attese della maggioranza dei componenti del Csm”:<sup>17</sup> e che lo stesso risulta, per molti versi, ancora carente di “regole precise di definizione dei confini operativi” e di “un robusto apparato di garanzie della tempestività, conoscenza e partecipazione di chi vi sia coinvolto”.<sup>18</sup>

### **3. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e il delicato equilibrio tra (utilizzabilità delle) intercettazioni in sede disciplinare.**

Nella giurisprudenza convenzionale – ed anche nella pronuncia sopra citata – vi è un ulteriore aspetto degno di – notevole – attenzione, anche per chi osservi dall’angolatura dell’ordinamento italiano.

La Corte di Strasburgo – in più occasioni – ha infatti avuto modo di esaminare anche la legittimità dell’uso ai fini del procedimento disciplinare di intercettazioni telefoniche disposte nell’ambito di un procedimento penale a carico dello stesso ricorrente (procedimento poi conclusosi, nel caso concreto, con provvedimento di archiviazione): ed ha ravvisato la violazione dell’art. 8 CEDU, nella misura in cui le risultanze delle intercettazioni erano state utilizzate senza che l’atto captativo – e dunque l’ingerenza statale nella vita privata – avesse una “base legale”, ossia al di là dello scopo per cui erano state acquisite,<sup>19</sup> non permettendo, tra l’altro, l’ordinamento interno la trasmigrazione del materiale captato dal procedimento penale a quello disciplinare ed

---

<sup>16</sup> Basti pensare che la I Commissione del CSM – prima dell’apertura formale del procedimento – può convocare il potenziale interessato che viene sentito – sulla base di una sommaria informazione circa le ragioni della convocazione, e senza poter accedere ad alcun atto - senza alcuna garanzia, acquisendo informazioni che – ove poi sia iniziato formalmente il procedimento *ex art. 2* - possono poi essere utilizzate non solo in quella sede, ma in ogni sede di competenza consiliare (dunque, anche in sede disciplinare).

<sup>17</sup> Rischio segnalato, di recente, da G. FIORENTINO, *L’articolo 2 della legge delle guarentigie: lo stato della legislazione, dell’interpretazione e le prospettive di riforma*, in *Quest. giust.*, n. 4/2017, 105 ss., 107.

<sup>18</sup> G. FIORENTINO, *L’articolo 2 della legge delle guarentigie*, cit., 113, il quale già rilevava che “[o]ccorre quindi stabilire regole di esclusione per garantire la non sovrapposibilità, né materiale, né concettuale, con l’ambito disciplinare, ed occorre garantire termini perentori rapidi e certi per la sua definizione, nonché informazione e partecipazione dei magistrati interessati”.

<sup>19</sup> Corte EDU, 7 giugno 2016, *Karabeyloğlu c. Turchia*, in pt. §§ 112 ss., ove la Corte censura – oltre alla mancata distruzione secondo quanto disposto dalla legislazione turca – “*L’utilisation des données en dehors du but pour lequel celles-ci avaient été collectées [...]*”, concludendo, § 119 che “*l’ingérence dans l’exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée n’était pas “prévue par la loi”, au sens de l’art. 8§2 de la Convention, s’agissant de l’enquête disciplinaire menée à son encontre*”.

in assenza della possibilità per il ricorrente di avvalersi della tutela giurisdizionale per censurare l'uso illegittimo di tale materiale probatorio.<sup>20</sup>

Al netto delle dovute differenze, una tale conclusione – anticipata peraltro in altre decisioni in termini – sembra alimentare, a nostro sommesso avviso, più di qualche perplessità in ordine alla diversa posizione affermata recentemente dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, in un famigerato quanto “difficile” caso: a riprova del fatto che – per parafrasare un noto adagio – *hard cases make bad case-laws*.

Si è infatti sostenuto che le peculiarità del procedimento disciplinare – e le precipue esigenze di tutela – varrebbero a neutralizzare l'operatività del limite generale – ed invalicabile – fissato dall'art. 270 c.p.p.,<sup>21</sup> rimarcando in particolare il carattere di specialità proprio del giudizio disciplinare dei magistrati, dove il Pubblico Ministero gode di un più esteso potere di indagine finalizzato a garantire un controllo ampio e penetrante sulla correttezza dei comportamenti tenuti dai rappresentanti del potere giudiziario.<sup>22</sup>

Sennonché, non sembra che la natura (giurisdizionale) o la specificità del procedimento disciplinare – con le sue asserite, peculiari esigenze di tutela – possa modificare un bilanciamento tra valori contrapposti che l'art. 8 CEDU assoggetta ad uno *strict scrutiny*, e che il legislatore interno – facendo uso del “margine nazionale di apprezzamento” che gli è concesso – ha stabilito secondo precisi presupposti di legge e, soprattutto, secondo un chiaro equilibrio in termini di proporzionalità: in particolare, riconoscendo che asserite esigenze di difesa sociale possano giustificare una siffatta ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare se e solo se esse siano riferibili alla ricerca della prova relativa a reati caratterizzati da una determinata soglia di gravità (e da un preciso compasso edittale, fissato, in particolare, nella reclusione superiore nel massimo a cinque anni: art. 266, comma primo, c.p.p.), come del resto ha confermato una importante pronuncia delle stesse Sezioni Unite penali.<sup>23</sup>

Del resto, quanto avvertita sia la ricerca di un “equilibrio sostenibile”, tra i vari diritti in gioco, è confermato dalla sorvegliata attenzione con la quale anche la Grande

---

<sup>20</sup> Analogamente, Corte EDU, 9 marzo 2021, *Eminağoğlu c. Turchia*, § 161.

<sup>21</sup> Cass., Sez. Un. Civ., 15 gennaio 2020, n. 741, secondo la quale “l'utilizzazione delle intercettazioni in sede disciplinare non soffre 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 verità materiale”.

<sup>22</sup> Così Cass., Sez. Un. Civ., 8 aprile 2021, n. 9390, le quali, tuttavia, hanno riconosciuto la facoltà in capo all'interessato di eccepire nel procedimento *ad quem* l'illegalità della captazione disposta nel processo *a quo*, tentando così di garantire – grazie alla supervisione del giudice disciplinare – tanto il diritto ad un giusto processo, quanto il diritto di difesa dell'interessato. Cfr. sul punto V. DI NUZZO, *La Corte edu interviene sull'assetto del procedimento disciplinare a carico dei magistrati nell'ordinamento turco*, cit., par. 3.2. Una ragione di tale diversità di orientamenti può, forse, riposare sulla circostanza che il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati nell'ordinamento italiano, secondo i Giudici di Strasburgo, è presidiato dalle garanzie proprie della ‘giurisdizione’, a differenza del procedimento disciplinare turco.

<sup>23</sup> Cass., Sez. Un. Pen., 2 gennaio 2020, n. 51, ric. Cavallo.

Sezione della Corte di giustizia Ue ha affrontato, con incalzante frequenza, problematiche simili nel campo contiguo della c.d. *data retention*.<sup>24</sup>

Ed allora, rispetto all'impostazione accolta nella citata sentenza delle SS.UU. civ. disc. n. 741 del 2020, un semplice – quanto difficilmente controvertibile – argomento *a maiori ad minus* sembra condurre ad escludere che quel delicato bilanciamento, valevole quando si discute di utilizzabilità in altro procedimento *penale*, possa essere obliterato – e annichilito – in sede di procedimento *disciplinare*.

Infatti, se le intercettazioni – specie mediante strumenti oggi particolarmente intrusivi, come il captatore informatico o *trojan* – sono dalla legge ammesse quale peculiare mezzo di ricerca della prova in ragione del particolare disvalore dei fatti oggetto di indagini (nei termini di cui al citato art. 266 c.p.p.) – ed assoggettate a peculiari presupposti e, soprattutto, a stringenti limiti in ragione di uno stretto bilanciamento che contrappone valori di pari rilievo costituzionale (quali istanze di difesa sociale, da un lato, e diritti fondamentali, sul fronte opposto); se dunque, e più in particolare, lo statuto costituzionale delle intercettazioni impone la predeterminazione tassativa dei presupposti di legge (come impone ogni ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata, art. 8 CEDU) e un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (art. 15 Cost.), unitamente ad ulteriori “garanzie” volte a minimizzare la lesione dei diritti fondamentali coinvolti nei limiti della “stretta necessità”; orbene, tali “condizioni di validità costituzionale” – che al contempo limitano e fondano il potere di intercettazione – non possono non valere in procedimenti diversi, dove il coefficiente di disvalore penale risulta incapace di giustificare la compressione dei diritti contrapposti (la libertà e segretezza delle comunicazioni: art. 15 Cost.), ovvero dove tale disvalore – come nel procedimento disciplinare – è del tutto assente.

A pena di dover concludere che in procedimenti diversi – e non qualificabili come procedimenti di natura penale – non sussista alcun presupposto né alcun limite di legge, e parallelamente nessun vaglio di proporzionalità, quasi che gli stessi ricadano in una sorta di eccezionale – ed inammissibile – “*rights-free zone*”, a cui possa accedersi solo in ragione del fatto che l'intercettazione sia stata legittimamente autorizzata all'origine, con l'effetto di rendere vevoli come fonti di prova gli esiti captativi per qualunque illecito, anche per quelli per i quali mai si sarebbero potuti concepire o concretare i presupposti per una intercettazione legittima.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> A partire dalla “rivoluzionaria” CGUE, Grande Sezione, 2 marzo 2021, C-746/18, *H.K.*, sulla cui traccia sono poi intervenute CGUE, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána e a.*; più di recente, CGUE, Grande Sezione, 20 settembre 2022, cause riunite C-339/20 e C-397/20, *VD e SR*, e CGUE, Grande Sezione, 20 settembre 2022, C-793/19 e C-794/19, *Bundesrepublik Deutschland c. Space Net AG e Telekom Deutschland GmbH*.

<sup>25</sup> In sostanza, ritenere legittima una sorta di “autorizzazione in bianco” – per usare i termini a suo tempo censurati da Corte cost., 10 febbraio 1994, n. 63 – per uno strumento straordinariamente invasivo come il captatore informatico e naturalmente incline a coinvolgere una pluralità indiscriminata di soggetti terzi che possono entrare in contatto con l'indagato, oltre ad una evidente diastasi con la menzionata, necessaria predeterminazione tassativa dei presupposti di legge, determinerebbe un vuoto incolmabile in punto di (verifica del) necessario rispetto del principio di proporzionalità, quale limite alla compressione della libertà e segretezza delle comunicazioni, che il giudice deve necessariamente compiere in sede di valutazione dei

#### 4. L'art. 10 CEDU, la "speciale prudenza" richiesta al magistrato e i rischi di *chilling effect* della libertà di espressione.

Sul fronte dei rapporti tra illeciti disciplinari e libertà di espressione del magistrato (art. 10 CEDU), è noto che la Corte – anche in una nota decisione resa nei confronti dell'Italia – ha a più riprese precisato che questa libertà primordiale – riconosciuta come “uno dei fondamenti essenziali di una società democratica” (“*cornerstone of democracy*”) – rispetto allo specifico ruolo ricoperto dal magistrato richiede “un livello di prudenza qualificato” – e una particolare moderazione – in tutti quei casi nei quali le dichiarazioni possano ledere o, comunque, mettere in discussione l'autorità o l'imparzialità del potere giudiziario; ed è altresì noto che l'eventuale compressione della libertà – a fronte di dichiarazioni che abbiano condotto ad un addebito disciplinare – è sempre vagliata alla luce di una attenta “valutazione di contesto” (dalla quale può emergere – specie in ragione della “tempistica” - l'arbitrarietà o strumentalità della misura adottata a carico del singolo magistrato), analizzata distinguendo *fatti e giudizi di valore*, e misurata anche al metro della proporzionalità della sanzione (rispetto allo scopo legittimo perseguito), consueto criterio di valutazione di ogni ingerenza statale nei diritti fondamentali.<sup>26</sup>

Nondimeno, in non pochi casi concernenti procedimenti disciplinari contro magistrati, - o concernenti la loro rimozione o applicazione ad un determinato incarico – la Corte ha ravvisato una evidente “interferenza” con l'art. 10 CEDU,<sup>27</sup> ed in taluni di essi è giunta a riconoscere – all'esito del c.d. *proportionality test* – la violazione della libertà in rilievo, al cospetto di sanzioni comminate in ragione di affermazioni asseritamente denigratorie anche quando le stesse risultavano rivolte, dal singolo magistrato, all'imparzialità dello stesso sistema giudiziario, specie quando la sanzione – nella specie, la cessazione dell'incarico – risultasse di tale afflittività da determinare un “effetto di congelamento”<sup>28</sup> del fondamentale diritto in gioco.<sup>29</sup> Ed un tale *chilling effect*, come subito si vedrà, può anche dipendere dalla vaghezza dei confini dell'illecito disciplinare.

---

gravi indizi e della indispensabilità dell'intercettazione a fronte di nuovi reati; sino a poter condurre, proprio come nel caso di specie, ad obliterare del tutto tale presupposto, che viceversa il legislatore – a monte – ritiene soddisfatto solo a fronte di gravi reati e non di meri illeciti disciplinari.

<sup>26</sup> Ragioni per le quali, la Corte ha ritenuto infondata la violazione nel caso di condanna disciplinare alla censura per avere il magistrato ricorrente, in una intervista, divulgato al grande pubblico – con scarsa cautela – notizie destituite di fondamento: Corte EDU, 9 luglio 2013, *Di Giovanni c. Italia*, cit.

<sup>27</sup> Per un caso celebre quanto eclatante di violazione dell'art. 10 CEDU - peraltro non immediatamente riferibile all'adozione di un procedimento disciplinare contro il magistrato ricorrente ma ad altre “misure di ingerenza statale” - v. la già citata Corte EDU, 16 giugno 2022, *Żurek c. Polonia*, §§ 201 ss. (anche per utili richiami giurisprudenziali), rimarcando “*the paramount importance of freedom of expression on matters of general interest*”.

<sup>28</sup> Sulla dottrina del *chilling effect*, v. l'istruttiva indagine di N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020, 252 ss.

<sup>29</sup> Ad es., Corte EDU, 26 febbraio 2009, *Koudeshkina c. Russia*.

## 5. Ai confini della “materia penale” (art. 7 CEDU): la asserita tipicità degli illeciti, gli orientamenti interpretativi, e le esigenze di *prevedibilità* del rimprovero disciplinare.

In linea più generale, è noto che un tradizionale – e consolidato – orientamento della Corte EDU, facendo leva sui cc.dd. criteri *Engel*,<sup>30</sup> esclude tendenzialmente gli illeciti disciplinari dal “campo di gioco” della “*matière pénale*”,<sup>31</sup> che come noto segna il perimetro applicativo delle più forti garanzie “penalistiche” riconosciute nella Convenzione (art. 6 nel suo *volet pénal*, art. 7, art. 4 Prot. 7 CEDU, etc.):<sup>32</sup> e tale orientamento – motivato talvolta in ragione della mancanza di generalità di questa peculiare tipologia di illeciti, orientati non al pubblico in generale bensì ad una specifica categoria, talvolta in ragione della modesta entità della sanzione inflitta<sup>33</sup> – è stato ribadito dalla stessa Grande Camera con riferimento al sottoinsieme specifico degli illeciti disciplinari dei magistrati.<sup>34</sup>

Ora, al di là del fatto che tale orientamento non è incontrovertito,<sup>35</sup> a noi pare che vi siano buone ragioni per dubitare della correttezza di un simile inquadramento, se solo si pone mente alle significative note di afflittività che la sanzione disciplinare porta con sé, in questo specifico ambito, così come alle conseguenze sul piano reputazionale e professionale che la stessa determina (specie in punto di accesso a ruoli direttivi o semidirettivi, per un notevole lasso di tempo<sup>36</sup>): ed è chiaro che i dubbi assumono – ovviamente – maggior consistenza quanto più la sanzione disciplinare attinga a notevoli livelli di afflittività (come nel caso della sospensione o della rimozione).<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, decisione che – evidenziando in particolare l’importanza del (criterio concernente il) grado di severità della sanzione – peraltro riconobbe la natura “intrinsecamente penale” di sanzioni disciplinari riferite all’ordinamento militare.

<sup>31</sup> Ad es., Corte EDU, 23 giugno 1981, *Le Compte e De Meyere c. Belgio*, § 42; Corte EDU, 31 gennaio 2012, *Durand c. Francia*, § 56, con ulteriori richiami giurisprudenziali.

<sup>32</sup> Per un quadro aggiornato, volendo, V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 171 ss.

<sup>33</sup> Cfr., ad es., Corte EDU, 24 novembre 1998, *Brown c. Regno Unito*, nella quale, sebbene fosse riconosciuta la finalità sanzionatoria, la Corte esclude il carattere “penale” delle misure disciplinari inflitte al ricorrente in ragione della loro modesta entità.

<sup>34</sup> Corte EDU, Grande Camera, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sa c. Portogallo*, cit., escludendo, in particolare, l’applicabilità del *volet pénal* dell’art. 6 CEDU nel caso concreto.

<sup>35</sup> Cfr., in particolare, Corte EDU, 12 gennaio 2016, *Gouarré c. Andorra*, § 30, dove è stata qualificata come sanzione penale l’interdizione perpetua dall’esercizio della professione, anche a fronte – tuttavia – della precipua qualificazione data dalla legislazione nazionale.

<sup>36</sup> V. in particolare l’art. 37 del c.d. testo unico sulla dirigenza (Circolare n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015, Delibera del 28 luglio 2015 e ss.mm.ii), secondo cui ai fini delle nomine direttive e semidirettive “le decisioni adottate dalla Sezione Disciplinare nei confronti degli aspiranti sono comunque oggetto di valutazione. Le condanne disciplinari sono di regola preclusive al conferimento dell’ufficio in caso di irrogazione della sanzione della perdita dell’anzianità oppure nell’ipotesi di condanna alla censura per fatti commessi nell’ultimo decennio”.

<sup>37</sup> In effetti – come è stato rilevato – “non pare realmente sostenibile la natura non penale delle sanzioni (amministrative e) disciplinari”, cosicché “[...] alla luce della natura punitiva delle sanzioni disciplinari, i livelli di tipizzazione dell’illecito dovrebbero corrispondere a quelli che si riscontrano (o che si dovrebbero riscontrare) nel diritto penale “classico” [...]”: F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 269 ss., 271 (ma anche 112 ss., 119 ss.).

In ogni caso, l'estromissione dall'ambito di azione del concetto antiformalistico di "materia penale", se certamente vale a rendere inapplicabili alcune garanzie "classiche" riferibili al *nullum crimen sine lege* (art. 7 CEDU), non vale certo a contrassegnare gli illeciti disciplinari come "zona franca" rispetto gli imperativi convenzionali in punto di legalità.

Infatti, come si è già evidenziato, ogni ingerenza statale nei diritti individuali (primo fra tutti, l'onore e la reputazione come rifrazioni dell'art. 8 CEDU<sup>38</sup>) deve pur sempre essere garantita dalla "legge", ossia essere stata adottata "*in accordance with the law*", e tale "base legale" – per essere "convenzionalmente compatibile" – deve garantire quelle esigenze di certezza connesse all'idea stessa di Stato di diritto (di *rule of law* o di *prééminence du droit*, nel lessico della Convenzione), in uno con la *proporzionalità* della incisione nei diritti del singolo (rispetto agli scopi che l'ordinamento vorrebbe perseguire):<sup>39</sup> come ricordano decisioni della stessa Grande camera che negli ambiti più disparati – e persino nel campo delle misure di prevenzione – hanno censurato misure adottate sulla base di norme "lasche", imprecise e ambigue.<sup>40</sup>

Se è così, nonostante l'indubbio percorso di avanzamento che la disciplina italiana – con il d.lgs. n. 109 del 2006 – ha registrato, non sembra che la tecnica di tipizzazione dei singoli illeciti, in taluni casi, possa dirsi esente da profili di frizione con le menzionate esigenze di prevedibilità del precetto.

**5.1.** Basti pensare alla locuzione "comportamenti abitualmente e gravemente scorretti", di cui all'art. 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 109 del 2006, affidata a concetti strutturalmente indeterminati ed incerti sia in ordine alla classe di condotte che possano essere contrassegnate da "scorrettezza", sia in ordine al *quantum* di reiterazione della stessa correttezza necessario ad integrare il "tipo legale".

Un tale difetto di tassatività sembra ulteriormente aggravato e comprovato da orientamenti ondivaghi della Sezione disciplinare, ed emerge anche in talune decisioni delle stesse Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, che dunque accentuano la distanza con gli obblighi convenzionali.

Anzi: in alcuni casi la diastasi con la Convenzione sembra persino acuirsi nell'adesione ad interpretazioni dell'illecito in questione che ne dilatano il margine applicativo sino a lambire – o a sconfinare – nel campo di gioco di altri diritti o libertà fondamentali, come ad esempio la libertà di espressione. Così, in particolare, quando si afferma – con specifico riguardo alla vessata questione delle interlocuzioni tra componenti del Consiglio Superiore della Magistratura e magistrati, aventi ad oggetto le valutazioni procedimentali per le nomine degli incarichi direttivi degli uffici giudiziari, sussumibili nella nozione della condotta funzionale "gravemente scorretta",

---

<sup>38</sup> Garanzia, quella dell'art. 8 CEDU, pacificamente in gioco in tali ambiti: cfr. ad es. Corte EDU, 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*.

<sup>39</sup> Sulle garanzie comunque applicabili al di fuori del perimetro della "materia penale", si consenta di rinviare ancora a V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 183 ss.

<sup>40</sup> Quasi superfluo il richiamo alla nota sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 23 gennaio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

peraltro nell'ambito di relazioni personali con altri colleghi (e dunque al di fuori dei compiti istituzionali del magistrato) – che “deve ritenersi imposto ad ogni magistrato di astenersi da qualsiasi intervento o interlocuzione nell'ambito delle procedure di conferimento degli incarichi direttivi o semidirettivi, volti semmai al discredito di alcuno degli aspiranti o a concertare chi debba ricoprire tali cariche, che non siano quelli contemplati dalle regole giuridiche del procedimento dettate in via esclusiva dalla legge [...]”, “apparendo *contra legem*, ove pur assurta al rango di “prassi”, una interlocuzione che contempra al riguardo un dialogo con gli esponenti dell'associazionismo giudiziario o della politica”.<sup>41</sup>

Alla luce di simili interpretazioni, appare evidente – a nostro sommo avviso – l'eccedenza ermeneutica a cui si presta la formulazione legale, tale non solo da renderne difficilmente prevedibile la concreta applicazione, pregiudicando tanto la *forseeability* quanto la *predictability* nel singolo caso – ma anche da fomentare un effetto di traboccamento (*overbreadth*) che arriva a comprimere – ed a sterilizzare – la libertà fondamentale circostante, che finirebbe per subire il già citato “effetto di congelamento”.

E di ciò, del resto, si può trarre indiretta conferma anche dalle recenti riforme, che ha introdotto un nuovo illecito disciplinare (all'art. 3, comma primo, lett. *l-bis*) precipuamente volto a tipicizzare e sanzionare “l'adoperarsi per condizionare indebitamente l'esercizio delle funzioni del Consiglio superiore della magistratura, al fine di ottenere un ingiusto vantaggio per sé o per altri o di arrecare un danno ingiusto ad altri”:<sup>42</sup> perché proprio la clausola di illiceità speciale – l'avverbio “indebitamente” – segnalando la peculiare antiggiuridicità che deve contrassegnare la condotta, peraltro ulteriormente qualificata dalla “doppia ingiustizia” che definisce la necessaria proiezione finalistica dell'intervento (il “fine di ottenere un *ingiusto* vantaggio per sé o per altri o di arrecare ad altri un danno *ingiusto*”), impone di considerare atipiche interlocuzioni che si arrestano – appunto – al piano della mera manifestazione del pensiero, sia esso di apprezzamento o di critica.

**5.2.** Del resto, diverse altre letture interpretative che sono affiorate nei tre lustri di vigenza del nuovo “codice disciplinare” dei magistrati dimostrano che lo sforzo di tipizzazione perseguito dal legislatore del 2006 non ha sempre trovato una risposta collaborativa da parte degli interpreti, come testimonia – *inter alia* – la ritenuta applicabilità a condotte avulse da ogni esercizio della funzione giudiziaria di illeciti “tipicamente funzionali”, ovvero – su quella base – l'applicabilità congiunta, in concorso formale, di illeciti funzionali ed extrafunzionali *in idem factum*:<sup>43</sup> mentre una

---

<sup>41</sup> Così, in particolare, la sentenza Cass., Sez. Un. Civ., 4 agosto 2021, n. 22302 e, su quella traccia, la sentenza del medesimo consesso n. 10343 del 2022.

<sup>42</sup> Al riguardo, v. S. PERELLI, *L'impatto della riforma Cartabia sul procedimento disciplinare*, in *Quest. giust.*, nn. 2-3/2022, 189 ss., 195 ss.

<sup>43</sup> Così, ad es., quanto alla ritenuta possibilità di sussumere una medesima condotta sia nell'illecito (funzionale) di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), sia nell'illecito (extrafunzionale) di cui all'art. 3, lett. i), d.lgs. n. 109 del 2006, possibilità affermata escludendo che tra i due illeciti sussista rapporto di specialità (così, in particolare, la già citata Cass., Sez. Un. Civ., 4 agosto 2021, n. 22302; analogamente, su quella traccia, CSM-Sez. disc., 14 settembre 2021, n. 143).

interpretazione tassativizzante e tipizzante<sup>44</sup> e capace di garantire una sufficiente “prevedibilità” al precetto legale – lettura doverosamente rispettosa non solo della *intentio legis* ma anche della sistematica del d.lgs. n. 109 del 2006,<sup>45</sup> che distingue appunto espressamente illeciti funzionali ed illeciti extrafunzionali, addirittura indicando *l’esercizio della funzione*<sup>46</sup> quale presupposto di operatività delle singole fattispecie<sup>47</sup> –, dovrebbe condurre ad escludere recisamente una simile opzione ermeneutica, così come la curiosa compresenza tra illeciti, che peraltro sembra confliggere apertamente tanto con una rigorosa applicazione del principio di specialità, quanto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, “canone di ragione” che ben dovrebbe trovare applicazione anche in questo ambito.

5.3. Il catalogo esemplificativo delle fattispecie che denotano una “tipicità debole” potrebbe, peraltro, continuare, ed il saldo negativo circa il limitato “livello di certezza” che contrassegna lo statuto disciplinare dei magistrati troverebbe conferma e riscontro se si estende il bilancio anche al versante procedurale: le regole del rito disciplinare sono prive di effettiva autonomia, e periclitano tra previsioni autonome, disciplina penalistica e disciplina civilistica, con un intreccio spesso poco intellegibile e prevedibile segnato dal rinvio “a singhiozzo” – ora attraverso rimandi specifici a singole disposizioni (ad es, art. 16 co. 3°, d.lgs. n. 109/2006), ora attraverso clausole più generiche di rinvio alle norme del codice di procedura penale “in quanto compatibili” (art. 18, co. 4° d.lgs. cit.) – alle norme ed agli istituti processualpenalistici (specie nella fase di merito e

---

<sup>44</sup> Per usare la felice espressione delle Sezioni Unite penali, 27 aprile 2017, n. 40076, *Paternò*, poi ripresa anche da Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24

<sup>45</sup> Il d.lgs. n. 109 del 2006 non classifica, infatti, gli illeciti in base al dovere violato (specificando cioè quali sono quelli che costituiscono violazione del dovere di correttezza, operosità, diligenza, etc.), ma si limita a individuare una netta tripartizione che – in ragione del diverso grado di offensività che la connessione con l’esercizio delle funzioni esprime – prevede illeciti nell’esercizio delle funzioni, illeciti al di fuori dalle funzioni e illeciti conseguenti a reato.

<sup>46</sup> Funzione giudiziaria rispetto alla quale l’attività svolta – ed eventualmente ritenuta fonte di illecito disciplinare – deve comunque avere una stretta connessione: condivisibilmente, al riguardo, Cass., Sez. Un. Civ., 9 novembre 2018, n. 28653, secondo la quale il concetto di funzione di cui all’art. 2 d.lgs. n. 109 del 2006, cit., sia pur inteso in senso dinamico, presuppone in ogni caso atti che “pur se non compiuti direttamente nell’esercizio delle funzioni, siano inscindibilmente collegati a contegni precedenti, o anche solo ‘in fieri’, involgenti l’esercizio delle funzioni giudiziarie” (analogamente, Cass., Sez. Un. Civ., 17 luglio 2019, n. 19228, e Cass., Sez. Un. Civ., 27 novembre 2019, n. 31058).

<sup>47</sup> Come del resto segnalato in dottrina, evidenziando che “l’espressione “nell’esercizio delle funzioni” non ha un valore meramente classificatorio in quanto corrispondeva ad una bipartizione sistematica del legislatore delegato”, per cui si deve “concludere che l’esercizio delle funzioni sia elemento costitutivo degli illeciti di cui all’art. 2”: S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013, 54 s.; cosicché, estendere la tipicità sino a coprire condotte extrafunzionali – come ha riconosciuto anche una perspicua decisione delle Sezioni Unite – costituirebbe un “improprio allargamento della nozione di esercizio delle funzioni del magistrato, che certamente non trova fondamento nella lettera e nella ratio della disposizione applicata, la quale postula un comportamento scorretto del magistrato nei confronti ‘delle parti, dei difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell’ambito dell’ufficio giudiziario” (Cass., Sez. Un. Civ., 17 marzo 2017, n. 6965).

dell'introduzione del giudizio di legittimità),<sup>48</sup> ovvero alla normativa civilistica (specie nella fase decisionale di legittimità).<sup>49</sup>

## 6. "Obblighi positivi di tutela" ed effettività del sistema disciplinare.

Un ultimo punto merita di essere, quanto meno, accennato.

Se dalla Convenzione EDU si staglia – come si è accennato – un chiaro sistema di garanzie, procedurali e sostanziali, per l'illecito disciplinare del magistrato, dalla stessa possono anche discendere – come si sa - precisi "obblighi positivi di protezione" che impegnano gli stati a garantire una adeguata tutela per determinati interessi, il sistema delle *positive obligations* può arrivare anche ad intersecare il tema di cui stiamo parlando, esigendo la concreta effettività del sistema (anche) disciplinare quando la distorsione dell'attività funzionale arrivi ad incidere anche su quegli interessi esogeni cui deve darsi, appunto, tutela convenzionale.<sup>50</sup>

Per limitarci ad alcuni rapsodici esempi.

Se il diritto di difesa, ai sensi dell'art. 6 § 3 CEDU, implica che debba essere assicurata nelle comunicazioni tra l'avvocato e il suo assistito la massima riservatezza (o persino, una "conversazione disinibita"), come del resto testimonia – *expressis verbis* – l'art. 103, comma quinto, c.p.p., la trasgressione – purtroppo tanto frequente quanto gravemente trascurata - del divieto di intercettazione e di trascrizione o quanto meno di distruzione delle conversazioni casualmente captate (art. 103, comma settimo, c.p.p.), ove non configuri un più grave illecito (art. 323 c.p.), dovrà trovare un effettivo rimedio quanto meno sul piano disciplinare (ad es., art. 2, lett. g, d.lgs. n. 109 del 2006), a meno di non lasciare privo di tutela un valore apertamente iscritto nel perimetro delle garanzie convenzionali.

Ancora: se a chi è sottoposto ad un procedimento penale deve essere garantita la presunzione di innocenza come "regola di trattamento" (art. 6 § 2 CEDU), come del resto recentemente ribadito dal d.lgs. n. 188 del 2021,<sup>51</sup> ogni valutazione anticipata e

---

<sup>48</sup> Istituti processualpenalistici che quindi si applicano "ad intermittenza": secondo la giurisprudenza disciplinare, ad esempio, si applica l'art. 64 c.p.p. in caso di interrogatorio, ma non i vincoli previsti dall'art. 65 c.p.p.; come pure non si applica l'obbligo di avviso ex art. 415 *bis* c.p.p., con tutto il relativo corredo di diritti e facoltà per l'indagato (i.e., incolpato); e così via.

<sup>49</sup> Profilo evidenziato anche da G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari*, cit., 176, che pure segnala il "problema dell'archiviazione o delle sommarie indagini preliminari, senza la possibilità di esercitare un diritto di difesa".

<sup>50</sup> Sul tema degli "obblighi positivi", tra gli altri, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. IV, 2645 ss.; inoltre, volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 91 ss.

<sup>51</sup> V. in ptc., l'art. 2 d.lgs. n. 188 del 2021, ai sensi del quale "E' fatto divieto alle autorità pubbliche di indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta a indagini o l'imputato sino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili", canone di condotta per la cui violazione, peraltro, il comma secondo del medesimo art. 2 richiama espressamente l'applicabilità delle "eventuali sanzioni penali e disciplinari" (oltre a ribadire il diritto al risarcimento del danno ed a riconoscere

pubblica sulla colpevolezza dell'indagato/imputato operata dal giudice o dal pubblico ministero, quale che ne sia la forma (intervista conferenza stampa, libro, etc.) dovrebbe trovare, anzitutto, una risposta effettiva sul piano disciplinare (ed in termini verosimilmente più stringenti di quanto oggi previsto ai sensi dell'art. 2, lett. v, d.lgs. n. 109 del 2006).<sup>52</sup>

Se, infine, il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) va riconosciuto tanto agli indagati come ai cc.dd. terzi fortuitamente "coinvolti" in una attività intercettiva, a medesime conclusioni dovrebbe giungersi al cospetto dei casi in cui vengano trascritte nei verbali e poi divulgate intercettazioni (telefoniche, ambientali, telematiche, etc.) irrilevanti per le indagini e concernenti "dati personali definiti sensibili dalla legge" in grado di incidere sui valori personalissimi convenzionalmente tutelati, sui quali del resto – a mente dell'art. 268, comma 2 *bis*, c.p.p. – il titolare dell'attività inquirente è chiamato (a dare indicazioni e) "vigilare".

Gli esempi potrebbero, ovviamente, continuare: ma qui premeva solo evidenziare che anche nella sede disciplinare l'"arbitrio del non punire"<sup>53</sup> può porsi in contrasto con la pretesa di effettività della tutela che promana, per taluni diritti/valori, dal sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo.

## 7. Conclusioni.

In conclusione, a noi pare che lo statuto della responsabilità disciplinare dei magistrati, al cospetto della Convenzione europea, mostri una architettura – almeno di "facciata" – tendenzialmente rispettosa del paradigma di fondo a cui dovrebbe conformarsi, in linea con la sagoma che traspare dalle sentenze della Corte di Strasburgo, che del resto – a quanto consta – non ha mai pronunciato una sentenza di condanna contro l'Italia in quest'ambito: non mancano, però, incrinature e intermittenze, specie in talune applicazioni giurisprudenziali, che appaiono tanto più significative se alle garanzie convenzionali – come vuole l'interpretazione evolutiva seguita dai giudici di Strasburgo – si voglia dare una tutela "non illusoria e astratta, ma effettiva e concreta", e che minacciano di aggravarsi quanto più la elasticità di talune fattispecie di illecito venga sollecitata da letture ampliative e "detassativizzanti", e quanto più la flessione di taluni principi venga giustificata, in questo o quel caso concreto, in ragione di una affermata specificità del rimprovero disciplinare, di asserite peculiari istanze di tutela, di una supposta eccezionalità che – come sempre – rappresenta il vero banco di prova dei diritti fondamentali, e l'osservatorio privilegiato della loro effettiva vitalità.

Senza dimenticare che le garanzie convenzionali identificano – per loro natura – il *minimum standard* di tutela, in forza del principio di sussidiarietà, e che la Carta

---

espressamente il diritto di rettifica in capo al soggetto "leso").

<sup>52</sup> Sul punto, v. anche le lucide riflessioni di G. AMARELLI, *La sentenza d'appello sulla c.d. trattativa stato-mafia: dalla condanna mediatico-giudiziaria al proscioglimento dei co-imputati 'istituzionali'*. *Pregi e limiti di un revirement prevedibile*, in *Sistema penale*, 11 novembre 2022, 22.

<sup>53</sup> Mutuiamo la felice espressione di F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2645 ss.

fondamentale – in quel sistema integrato di protezione che la salda alla CEDU – arricchisce e completa questo quadro in un “confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali [che] deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti”.<sup>54</sup>

E senza dimenticare, per altro verso, che dal sistema convenzionale discendono non solo garanzie e diritti, ma anche precipui doveri di protezione per i *fundamental rights* e le libertà ivi sanciti.

---

<sup>54</sup> Secondo un luminoso passaggio della celebre sentenza della Corte costituzionale, 4 dicembre 2009, n. 317.