

11 gennaio 2004

## *Divertissement* sul "divieto di sentenze creative" e dintorni

di Daniela Bifulco

*Oh, my prophetic sou!! (Hamlet, W. Shakespeare)*

### 1) Lo stato dell'arte

L'idea che provvedimenti giurisdizionali possano essere sindacabili (e nel merito e nella legittimità) attraverso vie che non siano quelle endoprocessuali risulta estranea all'ordinamento giuridico italiano<sup>1</sup>. L'acqua calda, si dirà, è già stata scoperta; soffiano, tuttavia, venti pregni di disegni legislativi che non esiteremmo a definire, *prima facie*, imperscrutabili, se non risultassero, invece, ad una lettura appena più smaliziata, smaccatamente eversivi rispetto a principi e criteri generali che informano il sistema giuridico. La contraddizione tra questi ultimi e talune disposizioni del disegno di legge-delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario (n. 1296) risulta, al tempo stesso, così evidente e così assurda da spingere l'incredulo interprete (prima a stropicciarsi gli occhi, poi) a ripassare velocemente principi, norme di legge e criteri generali.

Conviene, innanzitutto, confrontare i dati normativi -vigenti e in discussione al Parlamento-, per poi commentarli alla luce di principi generali e orientamenti giurisprudenziali.

Il dato normativo di riferimento in tema di responsabilità disciplinare del magistrato ci insegna, come è noto, che per incorrere in tale tipo di responsabilità un magistrato deve mancare "ai suoi doveri o tenere in ufficio, o fuori, una condotta che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario" (art. 18 r. d. lgs. n.511/1946).

L'art. 7, punto 9, del disegno di legge-delega citato qualifica come illecito disciplinare "l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo".

Quanto all'art. 18 del regio decreto del 1946, tutti conosciamo i problemi interpretativi cui ha dato luogo, data l'estrema genericità della disposizione, così come ricordiamo sia il disaccordo del giudice costituzionale rispetto all'idea che l'illecito disciplinare possa considerarsi tipizzabile<sup>2</sup>, sia l'istanza, da più parti avanzata<sup>3</sup>, di disciplinare in maniera (almeno tendenzialmente) precipua i singoli comportamenti suscettibili di generare responsabilità disciplinare.

E alla tipizzazione dell'illecito disciplinare il d.d.l. in questione è giunto: l'articolo 7, già citato, (intitolato "Norme in materia disciplinare nonché in tema di situazioni di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio") prevede in effetti un dettagliato elenco di illeciti disciplinari, corredato di relative sanzioni.

Ora, senza volere entrare nel merito di tale scelta (su cui si potrebbe comunque discutere), vorremmo invece concentrare l'attenzione unicamente sull'art. 7 punto 9, sottolineando, dapprima, ciò che si commenta, in realtà, da sé: al giudice viene sottratto il compito più connaturato alla sua funzione, l'interpretazione della legge. Davvero ogni rilievo critico appare superfluo. Giusto uno, terra terra, senza pretese, che suona più come una battuta, uno sberleffo: senza *interpretare* l'art. 18 (in cui "la lettera e la volontà" del legislatore" –per esprimerci secondo il d.d.l. in parola- suonano talmente vaghe!) come si sarebbe regolato il giudice naturalmente preposto all'applicazione di questa disposizione, vale a dire la sezione disciplinare del Consiglio superiore della Magistratura?

Dopo la lettura della disposizione immediatamente successiva, il lettore -sempre più incredulo- non può che chiosare: al danno segue la beffa. L'art. 7, punto 10, del d.d.l. dispone infatti che "fermo quanto previsto dai numeri 3) e 9), non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di valutazione del fatto e delle prove".

Il fatto è che i punti 3 e 9 contemplan fattispecie numericamente estesissime di comportamenti che il d.d.l. qualifica come *illeciti disciplinari* e che l'ordinamento processuale considera invece, di volta in volta, come *elementi valutabili ai fini dell'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali*.

Il punto 3 (dell'art. 7) qualifica infatti come illecito disciplinare (tra l'altro) "... l'emissione di provvedimenti (...) la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge...ecc." <sup>4</sup> E, ancora, "il perseguimento di fini diversi da quelli di giustizia"... Bella disposizione, ad effetto, se non fosse che occorre, anche in tal caso, quel ferro vecchio detto "interpretazione" per capire quali sono i fini che la legge considera, di volta in volta, coerenti con la giustizia e quali potrebbero essere, invece, "fini diversi da quelli di giustizia", perseguiti da un magistrato.

Considerando allora il punto 3) e, d'altro canto, lo spettro potenzialmente illimitato di ipotesi in cui il giudice "crea" o ricrea la norma di diritto (ipotesi che rientrerebbero, pertanto, nell'ambito del punto 9 art. 7 e dunque sarebbero sottoponibili a giudizio disciplinare), non può che giungersi alla conclusione che -parafrasando il testo del summenzionato art. 7, punto 10- "fuori di quanto previsto dal 3 e 9 ... resta ben poco, pressoché ogni attività di valutazione del fatto, della legittimità e delle prove potendo dar luogo a responsabilità disciplinare".

Attraverso il combinato disposto dei punti 3, 9 e 10 dell'art. 7, l'attività di interpretazione del fatto e del diritto finirebbe per essere affidata ad un giudice che non è più quello naturale (giudice di primo grado, appello, Cassazione), bensì quello disciplinare, con buona pace del sistema processuale (civile e penale). Gli art. 9 e 10 contrastano quindi non solo con regole-cardine dei codici di procedura, ma anche con l'art. 25 Cost.

E', in definitiva, il caso di dire che uno spettro (molto antico e un po' malconcio, vista l'età) si aggira in Italia e si chiama *réferé législatif* <sup>5</sup>, creatura cara al furore giacobino che sottrasse ai giudici, all'indomani della Rivoluzione, la loro funzione naturale, ossia l'interpretazione della legge, assieme all'obbligo di rivolgersi ad un organo politico di derivazione parlamentare (*Tribunal de cassation* <sup>6</sup>) in caso di dubbio sull'interpretazione della legge. *L'idea era che usurpasse poteri legislativi colui che pretendesse di interpretarla*, "distinguendovi dei significati. Lo rileva Robespierre (seduta 10 novembre 1790) e, otto giorni dopo, disquisisce sulla "*jurisprudence des tribunaux*": formula nefasta, da abolire, perché evoca degli interpreti; bisogna che le decisioni non siano '*autre chose que la loi*'" <sup>7</sup>.

E' appena il caso di ricordare (ma vogliamo farlo, in ogni caso, vista l'assurdità del progetto in parola) che i tempi sono cambiati, che anche gli studenti del primo anno di giurisprudenza hanno dimestichezza con la distinzione tra disposizione e norma e che "l'aspirazione a rendere effettiva la supremazia della legge (intesa come volontà politico-normativa del legislatore) a fronte (dei pericoli) dell'interpretazione è ben espressa dall'istituto dell'interpretazione autentica" <sup>8</sup>.

## 2) Il passo successivo

Poi c'è quel di cui il disegno di legge tace: posto il divieto di sentenze "creative", l'interprete (che si è oramai assuefatto allo sbigottimento e inizia a divertirsi) non può fare a meno di chiedersi cosa

succederebbe se il giudice, “intestardendosi” a interpretare la legge, fallisse nel suo compito. Chi, innanzitutto, diverrebbe giudice del suo errore<sup>9</sup>?

Che tra le funzioni della sezione disciplinare del Csm possa contemplarsi un sindacato siffatto, è ipotesi da escludersi, dal momento che la sezione disciplinare “è giudice dei comportamenti e non dei provvedimenti (e quindi) la correttezza o meno delle decisioni giurisdizionali sul piano della legittimità e del merito non può costituire oggetto di cognizione e valutazione da parte della Sezione Disciplinare, a meno che non si ravvisi nel provvedimento stesso una negligenza inescusabile ovvero una grave e macroscopica violazione di legge oppure l'intento di arrecare danno o procurare vantaggi ad altri”<sup>10</sup>.

La sezione disciplinare, si è visto, non poteva essere più chiara di così, o di come chiara è stata nel sottolineare che *l'attività intellettuale del magistrato* (tra cui rientra, ci sembra, il sacrosanto dovere di interpretare la legge e di redigere una sentenza che ogni volta rischia di essere un po' creativa) non rientra nel suo sindacato<sup>11</sup>.

Il silenzio del d.d.l. sul punto spinge a concludere nel senso che la sezione disciplinare continui ad essere il giudice dell'illecito disciplinare. Ma -lo si è appena detto- è un fatto notorio il modo in cui la sezione disciplinare ha circoscritto -a ragione, del resto- il suo sindacato ai soli comportamenti del giudice, non già ai provvedimenti sotto il profilo della legittimità e/o del merito. Di ciò il Governo avrà certo tenuto conto. Qualcosa non quadra, dice a se stesso l'interprete. Si prevede un tale stravolgimento dei principi generali dell'ordinamento processuale e non lo si correda di un istituto volto a tradurlo in pratica?

Non resta, allora, che pensare ad un organo *altro* da quello di autogoverno, altro dalla sezione disciplinare come attualmente strutturata...Affiora allora un ricordo, lontano ma non troppo, datato novembre 1998.

La memoria corre a quel progetto di “*Corte di giustizia della magistratura*”, nato nel contesto della Bicamerale D'Alema, segnatamente nella versione (che non fu accolta nel progetto definitivo di revisione costituzionale) che prevedeva una maggioranza di membri laici rispetto a quelli togati.

Si ricorderà come la Corte di giustizia della magistratura si caratterizzava per una netta separazione (sia strutturale che funzionale) rispetto agli organi di autogoverno della magistratura (ordinaria e amministrativa). L'idea-guida che portò alla previsione di tale nuovo organismo fu di “depurare” la funzione disciplinare dagli eccessi di corporativismo, di cui la sezione disciplinare spesso era stata accusata, suscettibili di tradursi in difetto di imparzialità di giudizio. Prevedendo, infatti, che “i componenti della Corte non partecipano alle attività dei rispettivi Consigli di provenienza e durano in carica sino alla scadenza di questi” (art. 122, c. 5, del progetto finale), si connotava la funzione della Corte di Giustizia in quanto volta esclusivamente al giudizio disciplinare, così sancendo una netta diversificazione rispetto alle funzioni amministrative, che restavano affidate ai Consigli superiori<sup>12</sup>.

Anche se si volesse prescindere dalle proposte volte a rendere la Corte di Giustizia praticamente del tutto autonoma dal potere giudiziario (come quella su citata, con maggioranza di membri laici rispetto a quelli togati<sup>13</sup>), e quindi volte a sganciare in via definitiva la funzione disciplinare dalla magistratura per affidarla, di fatto, al potere esecutivo, resta il fatto che, pur nella versione finale, la separazione strutturale<sup>14</sup> fu congegnata in modo tale da sortire lo stesso effetto: la composizione della Corte di giustizia era apparsa, infatti, “eccessivamente sbilanciata a favore della rappresentanza della magistratura amministrativa la cui consistenza numerica, di poche centinaia di magistrati, è proporzionalmente inferiore a quella della magistratura ordinaria, formata da circa novemila unità”<sup>15</sup>.

Poiché solo quattro dei nove membri che avrebbero composto la Corte sarebbero stati magistrati ordinari, il risultato mirava, evidentemente a sovrarappresentare la magistratura amministrativa “per tradizione, cultura e modalità di reclutamento più vicina e sensibile alle istanze del potere politico”<sup>16</sup>.

Una Corte disciplinare, così congegnata, non avrebbe avuto più molto in comune con il concetto di “autogoverno” della magistratura: la “presenza minoritaria dei magistrati ordinari (che soltanto se sommati a quelli amministrativi potranno numericamente prevalere sui membri laici)” era stata quindi, a ragione, letta come un chiaro sintomo della diffidenza gravante attorno al concetto stesso di autogoverno della magistratura<sup>17</sup>.

In definitiva, strutturata come appariva nel progetto finale, la Corte di giustizia avrebbe potuto

fatalmente trasformarsi in una sorta di versione stemperata del *Tribunal de Cassation* giacobino. Ora, non ci sembra affatto peregrina l'ipotesi di un *repêchage* -in un futuro prossimo- dell'ipotesi "Corte di Giustizia della magistratura", magari nella variante della prevalenza di membri laici...

Un'ipotesi del genere si ricollegerebbe senza soluzione di continuità logica al divieto di sentenze creative, ponendo, per così dire, la ciliegina sulla torta: a questo punto, infatti, il cerchio (divieto sentenze creative → responsabilità (sedicente disciplinare, in realtà surrettiziamente politica) del magistrato che incorra in un'interpretazione erronea → sindacato sull'eventuale violazione spettante a un organo di derivazione -in parte o *tout court*- politica, e comunque non di autogoverno)- si chiuderebbe, con esiti fatali per quel valore fondamentale dell'ordinamento costituzionale italiano che è l'indipendenza della magistratura (tutta) e del singolo magistrato.

L'ordinamento giudiziario, così trasformato, sarebbe un *monstrum* giuridico, poiché contemplerebbe al suo interno una serie di regole e istituti compatibili solo con un sistema giudiziario elettivo (quale quello, ad esempio, proprio degli Stati Uniti d'America), in cui il magistrato è, proprio in quanto eletto, responsabile anche politicamente.

Ancora una volta è dunque necessario ricordare con forza che "per la stessa soluzione data al problema dell'inquadramento e del reclutamento dei magistrati, *manca nel nostro ordinamento qualsiasi cenno ad un'eventuale loro responsabilità politica*, in ipotesi azionabile nella forma della decadenza dell'ufficio ad iniziativa di organi rappresentativi o (di sezioni) del corpo elettorale"<sup>18</sup>.

Forse ha errato, l'intrepido interprete, a immaginare che il seguito naturale delle disposizioni del d.d.l. prese in esame non possa che essere una Corte di Giustizia della magistratura, o qualche creatura simile. Forse è un arrogante e basta, come varrebbe a dimostrare la citazione introduttiva, in cui si è scomodato il principe Amleto, vantando simili qualità profetiche. Se è così, facciamo ammenda. Resta però il fatto che, di fronte a progetti simili, uno si sente impotente e il pensiero si fa confuso, irto di dubbi, proprio come successe al danese.

C'è solo da augurarsi che l'immaginazione abbia corso troppo e che la realtà, per una volta, non superi la fantasia.

1 Se l'affermazione può risultare scontata avendo riguardo all'ordinamento italiano, il giudizio cambia ove si consideri, ad esempio, il caso degli Stati Uniti d'America, in cui il merito dei provvedimenti giurisdizionali, così come la struttura argomentativi degli stessi, possono essere oggetto di responsabilità disciplinare. Si veda il caso Gaeta, New Jersey, 7 maggio 2003, commentato da H. EPINEUSE, *De Bangalore à la Haje: vers un modèle international de la déontologie des juges ?* in *Ethique du juge: une approche européenne et internationale*, a cura di H. Epineuse e D. Salas, Ecole nationale de la Magistrature, Institut des hautes études sur la justice, Dalloz, Parigi, 2003

2 Il riferimento è alla sentenza n. 100/1981. In tale occasione, la Corte si espresse a favore della costituzionalità dell'art 18 del RDL n. 511/1946, giustificando la mancata tipizzazione dell'illecito disciplinare sulla base della natura dei valori tutelati dalla norma, valori cui la Corte si riferisce nei termini di "*principi deontologici insuscettibili di essere ricompresi in schemi determinati, non essendo possibile catalogare tutti i comportamenti contrastanti con detti principi*".

3 Per il dibattito sulla tipizzazione dell'illecito disciplinare cfr. L. CHIEFFI, *La Magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 1998, pp. 208-209

4 Il punto 3 (dell'art. 7) qualifica come illecito disciplinare anche "l'emissione di provvedimenti privi di motivazione"; il che rappresenta l'unico punto rispetto al quale si può non dissentire: che un provvedimento del tutto privo di motivazione (ipotesi certamente lesiva del "prestigio dell'ordine giudiziario" di cui all'art. 18 RDL n.516/1946) possa essere, infatti, non solo impugnato con le ordinarie vie giurisdizionali, ma anche essere fatto oggetto di responsabilità disciplinare e in tal sede punito (ad esempio, con una censura o un ammonimento) potrebbe essere una soluzione coerente con l'esigenza di certezza del diritto, del diritto di difesa, oltre che con l'art. 111, c.6 (obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali)

5 L'istituto del *référé législatif* era previsto dall'art. 12. tit.2. l. 16 agosto 1790: il dato è tratto da F.

CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 929

6 Istituito dalla l. 27 novembre 1790; *ivi*, p. 928

7 *Ibidem*

8 R. TONIATTI, *Le interazioni della funzione giurisdizionale con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in *Manuale di ordinamento giudiziario*, a cura di G. Di Federico, in corso di pubblicazione, Cedam, Padova, 2004.

9 Un suggerimento infelice arriva dal Ministro di giustizia francese, Perben; secondo quanto riportato da *Le monde* 13 settembre 2003, il Ministro Perben ha ravvisato “*une erreur d’appréciation*” da parte del giudice (in funzione di *juge des libertés et de la détention*) che aveva disposto la libertà provvisoria per uno stupratore recidivo; il quale, una volta libero, non ha tardato a commettere ancora il medesimo reato. A parere del Ministro Perben ciò che lo stesso definisce *erreur d’appréciation* potrebbe costare al giudice sanzioni in tema di carriera; in relazione alla vicenda il Ministro esprime la volontà di dialogare con la “*commission de déontologie*”. Un caso simile avvenne ai tempi in cui Jospin era primo ministro e aveva denunciato un drammatico errore di valutazione da parte di un giudice, opponendosi all’avanzamento in carriera dello stesso. Anche agli occhi del più sprovveduto osservatore risulta chiaro come soluzioni del genere, pretendendo di ammantarsi della veste giuridico-disciplinare, possano essere volte, in realtà, a ridimensionare surrettiziamente l’indipendenza di giudizio del magistrato, imponendo un controllo, da parte del potere politico (Ministro di Giustizia), sull’operato del giudice. Un eventuale *erreur d’appréciation*, non potrà che verificarsi per via endoprocedurale: anche in Francia vale infatti la regola generale per cui il sindacato su provvedimenti atti giurisdizionali sfugge al campo disciplinare, restando demandato alle ordinarie vie di ricorso giurisdizionale, come ricorda G. CANIVET, *La conception française de la déontologie des magistrats*, in *Ethique du juge: une approche ...cit.*, p. 101. Al limite, nel caso in cui l’errore sia dipeso colpa grave (*faute lourde*), si potrà far valere la responsabilità penale del magistrato, ma non si vede perché un caso del genere dovrebbe essere valutabile automaticamente in sede disciplinare.

10 Proc. n. 19/96. Sentenza del 7 febbraio 1997- Pres. Grosso, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 100/1998, p. 173. In un diverso contesto (conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato), l’elementare constatazione secondo cui i provvedimenti giurisdizionali possono essere sindacabili unicamente attraverso vie endoprocedurali, è stato ribadito dalla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 27/1999), al fine di chiarire che un conflitto di attribuzione avente ad oggetto un atto giurisdizionale può darsi solo se si sia di fronte “ad una assoluta carenza di giurisdizione dell’attività giurisdizionale e non (ad) un mero error in iudicando, per il quale valgono i rimedi riconosciuti dagli ordinamenti processuali delle diverse giurisdizioni”. Così R. ROMBOLI, *Tre ricorsi inammissibili*, in “*Il caso Previti*”. *Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2000, p. 187. In senso simile all’orientamento della Sezione disciplinare italiana è orientato il Csm francese, sul punto cfr. Guy Canivet, *Une responsabilité supplémentaire vis-à-vis de l’Europe*, in *Les juges. Un pouvoir irresponsable?* a cura di A. Garapon, Dalloz, Parigi, 2003, p. 195

11 “...in sede disciplinare è possibile sindacare l’attività giudiziaria qualora la stessa rappresenti il frutto di gravi inosservanze dei doveri da osservare nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali dato che *in tal modo non si viene a censurare il merito dei provvedimenti e, cioè, il risultato dell’attività intellettuale del magistrato, ma la maniera con cui quest’ultimo vi è pervenuto*”. Sentenza della Sezione disciplinare del Consiglio, 9 febbraio 1996, Pres. Capotosti, proc. N. 27/95, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 100/1998, p. 168 (cors. nostro)

12 Per un commento alle proposte di modifica del titolo IV della Costituzione v. L. CHIEFFI, *La Magistratura*, cit., soprattutto, per gli aspetti che si stanno considerando, pp. 203-213. V. anche M. C. P. TRIPALDI, *La Corte di Giustizia della Magistratura*, in *La Commissione parlamentare per le riforme costituzionali della XIII legislatura*, a cura di V. Tripaldi e R. Bifulco, Giappichelli, Torino, 1998.

13 A favore di una prevalenza della componente laica in seno alla Corte di Giustizia si esprime l’On. O. Zecchino, Comit, sed. 21 marzo 1997, p. 178.

14 Art. 122 del progetto di riforma: “La Corte è formata da nove membri, eletti tra i propri componenti

dai Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa.<sup>2</sup> (c. 2). “Il Consiglio superiore della Magistratura ordinaria a sezioni riunite elegge sei componenti, di cui quattro tra quelli eletti dai giudici e dai magistrati del pubblico ministero e due tra quelli designati dal Senato della Repubblica. Il Consiglio superiore della Magistratura amministrativa elegge tre componenti, di cui due tra quelli eletti dai giudici ed uno tra quelli designati dal Senato della Repubblica.” (c. 3). “La Corte elegge un presidente tra i componenti eletti tra quelli designati dal Senato della Repubblica. I componenti della Corte non partecipano alle attività dei rispettivi Consigli di provenienza e durano in carica sino alla scadenza di questi” (commi 4 e 5).

15 L. CHIEFFI, *op. cit.*, p. 207

16 N. ROSSI, *La giustizia disciplinare*, in *Questione Giustizia*, 1997, p. 581

17 S. BARTOLE, *La revisione della Costituzione: riflessioni in tema di magistratura*, in *Diritto pubblico*, 3/1997, p. 827

18 S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, il Mulino, Bologna, 1997, vol. II, p. 459. Ipotizzare una responsabilità (disciplinare) del magistrato che abbia errato (*rectius* ecceduto!) nell'interpretare la legge richiama alla memoria il dibattito italiano sull'introduzione della responsabilità per colpa grave del giudice, dibattito che fu stigmatizzato in quanto “sintomo dell'impotenza delle forze politiche di controllare i giudici”. Esattamente come nel caso in esame, anche in quell'occasione “il disegno politico che ha portato (alla colpa grave) è stato viziato da un grande equivoco: la colpa grave è stata vista, a torto, surrettiziamente, come strumento neutrale, manipolabile per un fine rispetto al quale è strutturalmente inidoneo” Così A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 201