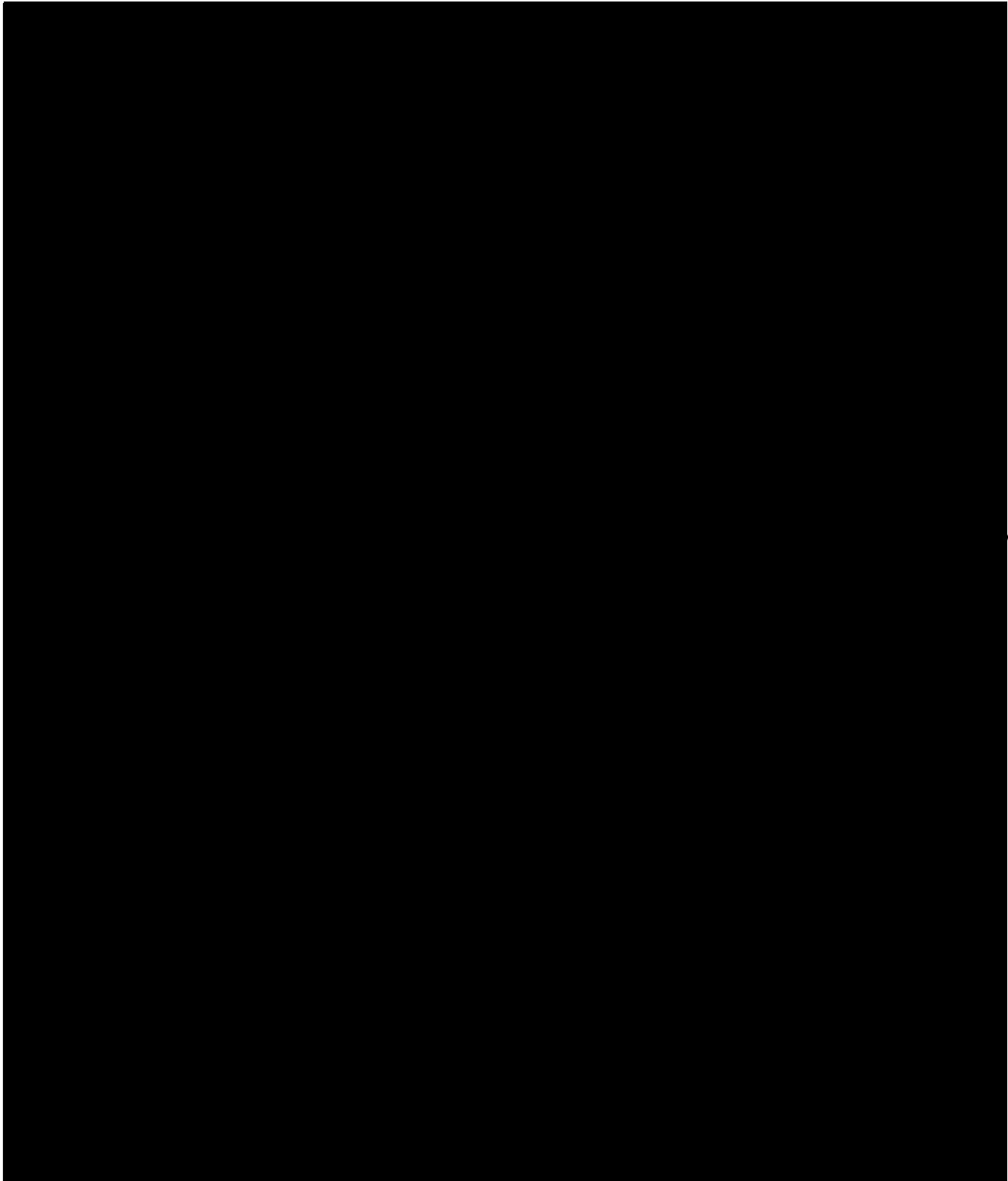




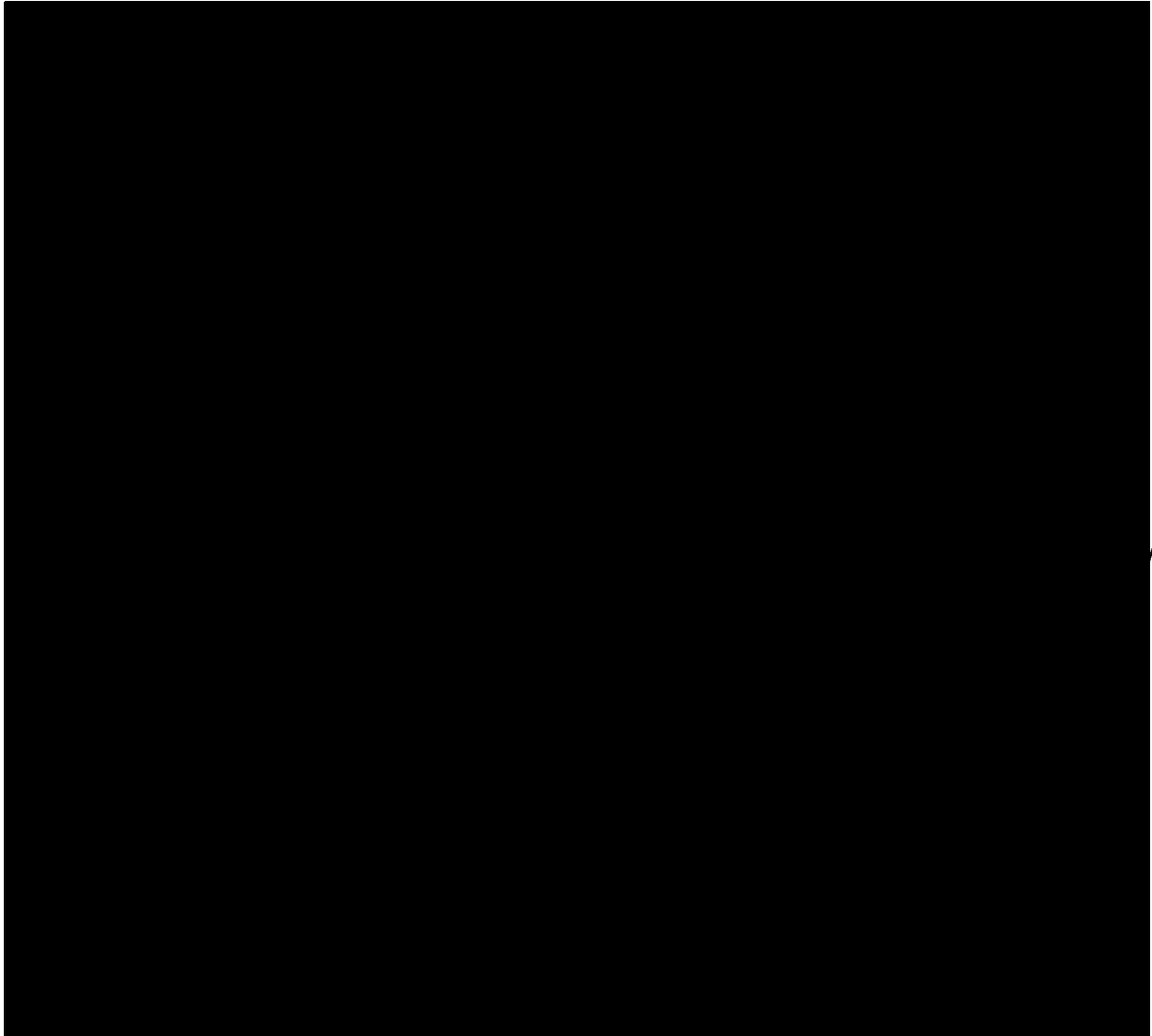
741120

ESENTE

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI



528



FATTI DI CAUSA

Con atti del 12 e 13 giugno 2019, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, premesso l'avvio del procedimento disciplinare per capi d'incolpazione riconducibili agli illeciti di cui agli artt. 1, co 1; 2, co 1 lett. d); 1 e 3, co 1 lett. a), del d.lgs. n. 109 del 2006, ha chiesto la sospensione facoltativa dell'incolpato [REDACTED]

[REDACTED], dall'esercizio delle funzioni e dallo stipendio. Analoga richiesta è stata inoltrata il successivo giorno 18 dal Ministro della Giustizia.

[REDACTED] è stato contestato, al capo 1), di aver tenuto, in violazione dei doveri di correttezza ed equilibrio, un comportamento gravemente scorretto: a) nei confronti dei colleghi

che avevano presentato domanda per il conferimento dell'Ufficio direttivo [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] per averne discusso, pianificando strategie di valorizzazione o discredito dei profili professionali dei candidati, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] anche

prefigurando ipotetici illeciti a carico dello stesso, con un soggetto non identificato, con altro collega, [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] per avere discusso

strategie di discredito col collega d'ufficio [REDACTED] d) nei

confronti dei colleghi aspiranti alla nomina dell'Ufficio direttivo [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

prefigurando nel corso di una conversazione, verosimilmente con un

collega, la sua disponibilità ad evidenziare i meriti di un aspirante -in

particolare [REDACTED] a condizione che lo stesso si mostrasse,

a sua volta, disponibile a mantenere un atteggiamento di sfavore nei

confronti del [REDACTED] vista di un eventuale procedimento penale a

carico di quest'ultimo.

Inoltre, all'incolpato è stato contestato, al capo 2), di aver

utilizzato, in violazione dei doveri di imparzialità, correttezza ed

equilibrio, la sua qualità di magistrato nei rapporti con [REDACTED]

[REDACTED] al fine di conseguire vantaggi ingiusti, per sé, per la sua

famiglia e per [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

(pagamenti di soggiorni in località termali e di montagna, di un cenone di capodanno e di un anello).

Risulta esser stato contestato al [REDACTED] anche l'illecito disciplinare di cui all'art. 4, co 1 lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, per alcune condotte ipotizzate come costituenti reato, che tuttavia non sono comprese tra quelle per le quali è stato attivato il procedimento volto ad ottenere in via cautelare la sospensione dalle funzioni e dallo stipendio.

Nell'astensione del Presidente David Ermini, e dei consiglieri Marco Mancinetti e Giuseppe Cascini, componenti effettivi, è stato composto il Collegio giudicante, e, con decreto presidenziale del 18.6.2019 è stata fissata l'udienza camerale del 2 luglio 2019, per la trattazione del procedimento cautelare.

Il 30 giugno 2019 il [REDACTED] ha fatto pervenire istanza di ricusazione nei confronti del componente Dott. Sebastiano Ardita, ed all'udienza camerale del 2 luglio 2019, l'istanza di ricusazione è stata estesa nei confronti del componente Dott. Piercamillo Davigo. La Sezione disciplinare ha, perciò, rinviato all'udienza camerale dell'8 luglio per la decisione sulle istanze di ricusazione ed all'udienza del successivo giorno 9 per la trattazione del merito cautelare.

Nelle more, con provvedimento del 3 luglio 2019, i due componenti ricusati, sono stati sostituiti, rispettivamente, il Dott. Davigo, magistrato di legittimità, dalla Dott.sa Loredana Miccichè, anch'essa magistrato di legittimità, e il Dott. Ardita dal Dott. Cascini, entrambi magistrati requirenti. In pari data, il Dott. Cascini, già astenutosi nella trattazione del procedimento cautelare, ha ribadito la propria astensione anche rispetto alla trattazione dell'istanza di ricusazione, sicchè in sostituzione del Dott. Ardita è stata nominata la Dott.sa Alessandra Dal Moro appartenente alla categoria dei magistrati con funzioni giudicanti, attesa la contingente ed occasionale indisponibilità di magistrati con funzioni requirenti.

Con ordinanze n. 71 e 72 depositate il 9 luglio 2019 la Sezione disciplinare, ritenuta regolare la composizione del Collegio chiamato a pronunciarsi sulle istanze di ricusazione, ha, rispettivamente, dichiarato inammissibile, perché tardiva, quella formulata nei confronti del Dott. Davigo ed ha rigettato quella formulata nei confronti del Dott. Ardita.

Con successiva ordinanza n. 73 depositata l'11.7.2019, il Collegio disciplinare, dopo aver dato atto che le fonti di conoscenza delle condotte ascritte all'incolpato risultavano documentate anche a mezzo di intercettazioni, disposte dal PM ██████████ nel procedimento penale a suo carico ed avvenute mediante l'impiego di captatore informatico (c.d. *trojan horse*), ha, anzitutto, disatteso le plurime eccezioni relative al mezzo adoperato, ritenendone legittima l'utilizzazione.

Nel merito, la Sezione disciplinare ha premesso che la valutazione da compiere in sede di applicazione della misura cautelare andava circoscritta alla rilevanza dei fatti contestati astrattamente considerati, senza la necessità di un completo accertamento in ordine alla sussistenza degli addebiti, ed ha, a tale stregua, ritenuto sussistente il *fumus boni iuris*, evidenziando che la condotta ascritta al capo 1) dell'incolpazione non poteva considerarsi quale libera manifestazione del pensiero da parte del ██████████, in quanto l'individuazione di determinati magistrati per specifici incarichi era funzionale agli articolati interessi personali dell'incolpato - consapevole dell'esistenza di indagini a suo carico dalla procura di ██████████, era frutto di scelte programmate concertate non con occasionali ed indifferenti interlocutori, ma con membri del CSM, con i portavoce dei gruppi di maggioranza all'interno del Consiglio e con un soggetto indagato e poi imputato da una delle Procure in gioco ██████████. Anche in relazione all'incolpazione di cui al capo 2, la Sezione ha rilevato l'esistenza di un quadro composito dal quale

emergeva l'ascrivibilità al [REDACTED] di una pluralità di condotte rilevanti disciplinarmente e non giustificate dalle dedotte esigenze di "copertura per i momenti di evasione dall'ambito familiare".

Quanto al *periculum in mora*, il giudice disciplinare ha considerato che i fatti contestati, per gravità, reiterazione e sistematicità, configuravano una vera e propria frustrazione dell'immagine di integrità, indipendenza e imparzialità del magistrato, ha rilevato che i fatti, protrattisi sino a tutto il mese di maggio 2019, avevano avuto risonanza mediatica nazionale di enorme impatto, avendo contribuito a porre in pericolo la credibilità dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura. La Sezione disciplinare ha ritenuto irrimediabilmente compromessa, allo stato degli atti, la credibilità dell'incolpato, così da rendere manifestamente inadatta l'adozione di una misura diversa da quella della sospensione facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio.

Per la cassazione di dette tre ordinanze, ha proposto ricorso il Dott. [REDACTED] con sette motivi. Il Ministero della Giustizia ha depositato memoria, con cui ha chiesto il rigetto del ricorso. Il Procuratore Generale ha depositato conclusioni scritte ed il ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Col primo motivo, il ricorrente deduce la violazione degli artt. 4 e 6 della L. n. 195 del 1958, in relazione agli artt. 25, 101 e 111 Cost. e la conseguente nullità dell'ordinanza n. 72 del 2019 -e di quella presupposta n. 71-, con la quale è stata rigettata l'istanza di ricusazione nei confronti del Dott. Sebastiano Ardita. Il ricorrente afferma che la statuita regolare composizione del Collegio della ricusazione, pur in assenza della componente funzionale della categoria dei magistrati del PM, è errata perché non tiene conto del precetto di cui all'art. 4 della legge n. 195 del 1958, che stabilisce i principi inderogabili per la formazione della Sezione disciplinare e,

dunque, per la formazione del Collegio in caso di ricusazione. Posto che la Sezione disciplinare è un organo giurisdizionale speciale, che deve riflettere tutte le componenti del Consiglio e che è composta da membri effettivi e supplenti, individuati con decreto del Presidente della Sezione in base a criteri oggettivi e predeterminati, la sostituzione di ciascuno dei componenti -secondo il ricorrente- può, per l'effetto, avvenire, soltanto, nell'ambito della categoria di appartenenza. E ciò non era avvenuto.

Il Collegio della ricusazione, prosegue il [REDACTED] deve ritenersi composto in violazione del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, sia per l'assoluto e radicale stravolgimento delle regole tabellari interne, relative a criteri e condizioni di subentro dei supplenti, sia per l'alterazione della composizione qualitativa della Sezione, con la creazione di un collegio *ad hoc*. La violazione di tale principio, che non è affatto recessivo rispetto all'indefettibilità dell'azione disciplinare, si sarebbe potuta evitare, conclude il ricorrente, ove si fosse attesa la prossima elezione dei membri subentranti.

1.1. Il motivo presenta profili d'inammissibilità e d'infondatezza.

1.2. Sotto il primo profilo, il Collegio rileva che gli argomenti svolti sono testualmente diretti a censurare le ordinanze 72 e 71 del 2019, per il dedotto vizio di composizione del Collegio che ha pronunciato sulla ricusazione. Tali ordinanze, come non ha mancato di osservare la difesa erariale, non possono, tuttavia, essere oggetto d'impugnazione col ricorso per cassazione: i provvedimenti che decidono sulla ricusazione non sono infatti contemplati dall'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, che prevede che l'incolpato, il Ministro della giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione possono proporre ricorso per cassazione, solo, "contro i provvedimenti in materia di sospensione di cui agli articoli 21 e 22 e contro le sentenze della sezione disciplinare del Consiglio superiore

della magistratura". Al riguardo, queste Sezioni Unite con la sentenza n. 17636 del 2003, hanno affermato che l'ordinanza che rigetta l'istanza di ricusazione ha, bensì, natura decisoria, ma non può considerarsi un provvedimento definitivo, in quanto il suo contenuto può essere riesaminato nel corso dello stesso processo in cui l'ordinanza è stata emanata, onde non può dirsi che essa abbia l'effetto di pregiudicare irrimediabilmente e definitivamente il diritto della parte ad un giudice imparziale.

Né giova il richiamo alla disciplina delle impugnazioni prevista dalle norme processuali penali, contenuto nell'art. 24 del menzionato d.lgs. n. 109, avendo queste Sezioni Unite (sentenze n. 15969 del 2009 e n. 18374 del 2009) già condivisibilmente rilevato che le norme processualpenalistiche si applicano al procedimento disciplinare "in quanto compatibili" e tale non può ritenersi l'immediata ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità della ricusazione prevista dall'art. 41 c.p.p. perché il sistema delle impugnazioni disciplinari delineato dall'art. 24 d.lgs. 109 del 2006 è tassativamente limitato alle sentenze ed alle ordinanze in materia cautelare (cfr. in particolare, Cass. SU n. 18374 del 2009).

Resta salva la possibilità di far valere, in sede d'impugnazione della decisione definitiva, la nullità di atti e decisioni assunte con la partecipazione del magistrato, in tesi, incompatibile. Come si è visto, però, nel caso in esame, il motivo è stato proposto esclusivamente nei confronti delle prime due ordinanze (71 e 72), e non anche dell'ordinanza n. 73 che ha deciso il merito della sospensiva con la partecipazione dei consiglieri Davigo ed Ardita (v. l'ordinanza n. 96, allegata al fascicolo dell'Avvocatura dello Stato) dopo la declaratoria d'inammissibilità e di rigetto delle istanze di ricusazione. Il motivo è pertanto inammissibile.

1.3 Le tesi prospettate dal ricorrente, sono peraltro, comunque, infondate per le ragioni di seguito esposte.

1.4. L'art. 4 della L. n. 195 del 1958, intitolata "Composizione della sezione disciplinare", dispone che: "La cognizione dei procedimenti disciplinari a carico dei magistrati è attribuita ad una sezione disciplinare, composta di sei componenti effettivi e di quattro supplenti.

I componenti effettivi sono: il vicepresidente del Consiglio superiore, che presiede la sezione; un componente eletto dal Parlamento, che presiede la sezione in sostituzione del Vicepresidente del Consiglio superiore; un magistrato di Corte di cassazione con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità; due magistrati che esercitano le funzioni di cui all'articolo 23, comma 2, lettera c); un magistrato che esercita le funzioni di cui all'articolo 23, comma 2, lettera b).

I componenti supplenti sono: un magistrato di Corte di cassazione, con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità; un magistrato che esercita le funzioni di cui all'articolo 23, comma 2, lettera b); un magistrato che esercita le funzioni di cui all'articolo 23, comma 2, lettera c); un componente eletto dal Parlamento.

Il successivo art. 6, intitolato "Deliberazioni della sezione disciplinare", dopo aver disposto, al comma 1, che: "in caso di assenza, impedimento, astensione e ricusazione il vicepresidente è sostituito ... dal componente effettivo eletto dal Parlamento" ed aver dettato la regola generale secondo cui "il componente che sostituisce il vicepresidente e gli altri componenti effettivi sono sostituiti dai supplenti della medesima categoria", prevede, in ispecie, al comma 4, che: "i componenti effettivi magistrati sono sostituiti dai supplenti della medesima categoria", ed, al comma 5, che: "sulla ricusazione di un componente della sezione disciplinare, decide la stessa sezione, previa sostituzione del componente ricusato con il supplente corrispondente".

1.5. Il ricorrente sostiene che, per la componente togata, il membro supplente debba appartenere necessariamente alla categoria di quello sostituito quale enunciata dall'art. 23, (lett. a: magistrati che esercitano le funzioni di legittimità; lett. b: magistrati che esercitano le funzioni di pubblico ministero lett. c: magistrati che esercitano le funzioni di giudice presso gli uffici di merito), e che diversamente la composizione del Collegio giudicante è illegittima con violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge: il che, stante che il ricusato Dott. Ardita, magistrato con funzioni requirenti, è stato sostituito da un magistrato con funzioni giudicanti di merito, avrebbe comportato che la composizione del Collegio della ricusazione sarebbe illegittima (il Cons. Davigo, magistrato di legittimità, risulta esser stato sostituito da altro magistrato di legittimità).

1.6. Occorre premettere che, come si legge nell'ordinanza n. 71 del 2019 (pag. 2-4) e non è controverso, per effetto di astensioni (debitamente autorizzate) e delle avvenute dimissioni di due consiglieri togati appartenenti alla categoria dei magistrati requirenti, il Collegio composto per la valutazione dell'istanza di ricusazione del magistrato requirente non poteva esser integrato da un supplente avente pari funzioni, per la mancanza in seno al Consiglio di ulteriori componenti elettivi requirenti e perché non vi erano magistrati requirenti neanche tra i non eletti. Per dotare il consiglio di un nuovo magistrato requirente era necessario procedere a nuove elezioni, con i relativi necessari e non brevi tempi tecnici.

Tanto premesso in punto di fatto, l'opzione esegetica caldeggiata dal ricorrente per il quale si sarebbe dovuto procedere a bloccare l'attività disciplinare del CSM in attesa dell'espletamento di nuove elezioni, non può essere condivisa.

È opportuno richiamare, preliminarmente, le più rilevanti sentenze della Corte costituzionale in materia.

1.7. Con la sentenza n. 168 del 1963 la Consulta, dopo aver osservato che gli artt. 104 e 105 Cost. hanno affidato al legislatore ordinario un ampio potere di organizzazione del Consiglio Superiore della Magistratura, esigendo soltanto, all'art. 104, co 4, che i componenti siano per un terzo laici e per due terzi togati e che questi ultimi siano "eletti da tutti magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie", ha escluso che tale precetto e quello contenuto nell'art. 107, co. 3 (secondo il quale i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni), fossero elusi dalla disposizione di cui all'art. 23, co 1, della L. n. 195 del 1958 (nel testo allora vigente), per il fatto che essa attribuiva un maggior numero di rappresentanti alla categoria dei magistrati di cassazione (compresi due con ufficio direttivo), in confronto alle altre due categorie (magistrati d'appello e di tribunale, non era allora prevista alcuna rappresentanza dei magistrati requirenti).

L'affermazione è stata ripresa dalla sentenza n. 12 del 1971, citata dal ricorrente, con la quale la Corte costituzionale, dopo aver ribadito che la determinazione della concreta struttura del Consiglio è demandata alla legge ordinaria, che può porre norme attinenti alla sua organizzazione, quali, indubbiamente, quelle che concernono l'istituzione di una sezione disciplinare, ha, poi, puntualizzato che la presenza delle varie categorie di magistrati deve trovare "ragionevole" corrispondenza nelle singole sezioni, dichiarando incostituzionale l'art. 2 della legge 18 dicembre 1967, n. 1198, nella parte in cui, affidandosi al metodo del sorteggio (tra i magistrati assegnati alla sezione disciplinare) per la costituzione del collegio giudicante, rendeva possibile l'esclusione dei magistrati di appello o dei magistrati di tribunale, senza che ciò potesse essere ragionevolmente giustificato.

Ma la sentenza più rilevante, ai fini della presente decisione, è la n. 262 del 2003.

Le sezioni unite della Corte di cassazione avevano sollevato questione di legittimità costituzionale della norma che, in caso di cassazione con rinvio di una sentenza della sezione disciplinare del CSM, consentiva che fossero gli stessi componenti della sezione disciplinare che avevano emesso la prima decisione a pronunciarsi in sede di rinvio. La Corte costituzionale, in accoglimento della questione sollevata dalle Sezioni unite, dichiarò l'illegittimità costituzionale di tale norma, fissando una serie di principi.

Il giudice delle leggi in quella occasione ribadì che la Costituzione, regolando solo i tratti essenziali del disegno del CSM, ha lasciato al legislatore ordinario ampi spazi nella disciplina delle funzioni e dell'organizzazione dell'organo di autogoverno. In tale ambito, l'art. 4 della legge 195 del 1958 stabilì che il potere disciplinare deve essere esercitato, anziché in sede plenaria, in una composizione più ristretta costitutiva della sezione disciplinare (sentenze 12 del 1971 e 52 del 1998), la quale peraltro non dà vita ad un organo autonomo dal Consiglio stesso, né a forme di frazionamento del potere di cui il CSM è unico titolare (sentenza 270 del 2002).

La discrezionalità del legislatore trova però -puntualizzò la Corte- un limite in alcune coordinate costituzionali: 1) il principio dell'indefettibilità e continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione direttamente al CSM, e 2) il principio dell'imparzialità-terzietà della giurisdizione.

Nel caso sottoposto al suo esame la Corte ritenne che il primo dovesse cedere quando la sua applicazione comportasse una netta violazione del secondo, quale si riscontrava nella normativa che consentiva ai medesimi componenti della sezione disciplinare di pronunciarsi in sede di giudizio di rinvio, quindi di pronunciarsi nuovamente nella causa sulla quale si erano già espressi.

1.8. Ben diversa è la situazione che si delinea nel caso oggi in esame, nel quale, non si pone un problema di imparzialità-terzietà del giudice, ma viene prospettato un problema di mancato rispetto del principio del giudice precostituito per legge a causa della sostituzione di uno dei componenti togati della sezione disciplinare con altro magistrato togato, ma di una diversa categoria, stante l'esaurimento dei componenti required del CSM.

Il quinto comma dell'art. 6 della legge 195 del 1958 regola la sostituzione in caso di ricusazione di un componente della sezione disciplinare prevedendo, come si è esposto, che la medesima sezione decida "previa sostituzione del componente ricusato con il supplente corrispondente".

Sicuramente la sostituzione non può avvenire con un componente laico se il ricusato è un togato, o viceversa, perché la Costituzione impone una determinata proporzione tra laici e togati e tale equilibrio non può essere alterato.

Un analogo vincolo costituzionale non sussiste, invece, per le sostituzioni all'interno delle due grandi categorie (laici e togati). Un laico può essere sostituito da altro laico. Un togato da altro togato delle medesime funzioni sempre che tale componente sia presente all'interno del CSM o sia tempestivamente acquisibile mediante nomina di un candidato non eletto. Quando, come nel caso in esame, per acquisire un nuovo componente togato requirente è necessario procedere a nuove elezioni con i relativi tempi tecnici, il che nelle more comporterebbe il blocco dell'attività disciplinare cui il Consiglio è tenuto ex art. 105 Cost., allora della norma deve darsi un'interpretazione costituzionalmente orientata che, intendendo estensivamente il concetto di supplente corrispondente, salvaguardi quello che la Corte costituzionale ha definito "interesse costituzionalmente protetto a che il procedimento stesso, comunque configurato dal legislatore ordinario, si svolga in modo tale da non

ostacolare l'indefettibilità e la continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione direttamente al Consiglio superiore" (Corte cost. n. 262 del 2003, cit.).

Questa scelta ermeneutica è anche in linea con Corte costituzionale n. 12 del 1971. In quella sentenza, come si è visto, la Corte dichiarò incostituzionale una disposizione che, basando sul sorteggio la scelta dei componenti del collegio disciplinare, poteva comportare esclusioni di categorie affidate al caso, con una irragionevolezza normativa che non c'è nella situazione in esame, se regolata da una interpretazione che proprio nella ragionevolezza ha il suo punto di forza.

Legittimamente, pertanto, ed anzi doverosamente, il Consiglio superiore della Magistratura ha scelto di non bloccare per mesi l'esercizio della funzione disciplinare, cui è tenuto per norma costituzionale, ed ha proceduto alla sostituzione del componente requirente ricusato con un componente giudicante. E ciò a maggior ragione, considerato che il provvedimento richiesto dagli organi competenti (Procuratore generale e Ministro della giustizia) era di natura cautelare e comportava quindi la necessità di una decisione particolarmente tempestiva.

Il principio del giudice naturale, di conseguenza, in questo specifico contesto risulta rispettato alla luce della interpretazione costituzionalmente orientata della previsione legislativa.

2. Col secondo motivo, il ricorrente lamenta l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio ed erronea applicazione della legge processuale sulla questione delle inutilizzabilità delle intercettazioni compiute attraverso captatore informatico (c.d. *trojan horse*)" La normativa sul captatore informatico, afferma il ricorrente, è stata inserita dall'art. 4 del d.lvo n. 216 del 2017 (c.d. decreto Orlando) con l'aggiunta del comma 2 bis all'art. 266 c.p.c., secondo cui l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante captatore è

consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 co 3-bis e 3-quater c.p.p. (delitti di criminalità organizzata e terrorismo), ma la relativa entrata in vigore è stata differita, dall'art. 9 della medesima legge, ai relativi provvedimenti autorizzativi che sarebbero stati emessi dopo 180 giorni dalla sua entrata in vigore, termine poi slittato ed in atto previsto per il 1.1.2020, e ciò al fine di realizzare un bilanciamento tra le esigenze di repressione della criminalità e quelle di tutela della privacy, nonché di approntare i mezzi per consentire la custodia del materiale intercettato e la piena funzionalità dell'archivio informatico. La disposizione non è dunque entrata ancora in vigore.

Per effetto dell'art. 1, co. 4, della L. n. 3 del 2019 (c.d. spazzacorrotti), le modalità operative del *trojan horse* sono state estese anche ai reati contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Mentre con specifico riferimento a parte della novella (disciplina della prescrizione) è stato previsto il differimento dell'entrata in vigore al 1.1.2020, nulla è stato disposto in riferimento alle intercettazioni mediante il captatore informatico. Poiché la legge posteriore non ha regolato l'intera materia di quella anteriore, che perciò non risulta abrogata, ma è intervenuta su di una norma non ancora entrata in vigore, e, senza incidere sulla disposizione transitoria, ha solo esteso gli strumenti d'indagine ivi previsti, anche per i più gravi delitti dei pubblici ufficiali, la corretta esegesi del complesso quadro normativo, conclude il ricorrente, non può non essere nel senso dell'applicabilità dell'intera disciplina del c.d. *trojan horse* alla data successiva al 31.12.2019. Pertanto, sul piano formale le intercettazioni avvenute mediante tale mezzo devono ritenersi inutilizzabili, con conseguente insussistenza del *fumus cautelare*.

2.1. Il motivo è infondato. Queste le ragioni.

2.2. Per i reati per i quali è ammessa l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni (art. 266, comma 1, c.p.p.),

l'intercettazione di comunicazioni tra presenti se si svolge in luoghi di privata dimora (art. 614 c.p.) è consentita "solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 266, comma 2, c.p.p.).

Una disciplina espressamente qualificata derogatoria fu introdotta dalla legislazione in materia di criminalità organizzata e mafiosa emanata nel biennio 1991-1992.

L'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni in legge 12 luglio 1991, n. 203, ha stabilito che per disporre le operazioni previste dall'articolo 266 c.p.p., quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono, fossero necessari solo "sufficienti indizi". La norma inoltre per questo tipo di reati ha dilatato i termini di durata massima di intercettazione (quaranta giorni, in luogo di quindici), nonché delle possibili proroghe (venti giorni, in luogo di quindici).

Il contenuto dell'art. 13 è stato integrato da una disposizione del d.l. 8 giugno 1992 n. 306, in materia di criminalità mafiosa, emanato a seguito della strage di Capaci e convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992. Il legislatore ha stabilito che "quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo ad un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa".

2.3. Con la sentenza n. 26886 del 28 aprile 2016, Scurato, le sezioni unite penali hanno affrontato il problema dell'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico, rilevando che, quando si autorizza l'utilizzazione di questo strumento, si deve necessariamente prescindere dall'indicazione dei luoghi in cui la captazione deve

avvenire, posto che è impossibile, per tale mezzo di indagine, una preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi di interesse, data la natura itinerante dello strumento di indagine da utilizzare.

Le sezioni unite hanno richiamato l'art. 13 come integrato nel 1992, affermando che l'intercettazione mediante captatore informatico è ammissibile nei soli procedimenti per i delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 13 del d.l. 152 del 1991, perché tale norma consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto.

La medesima sentenza ha anche precisato: "In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria delle norme codicistiche prevista dall'art. 13 d.l. 152/1991, per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., nonché quelli comunque facenti capo ad una associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato".

2.4. In tale contesto, è stato emanato il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 (c.d. decreto Orlando), il cui art. 4 ha modificato il comma 2 dell'art. 266 c.p.p., inserendo le seguenti parole: "che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile". Ha poi aggiunto un comma 2-bis alla disposizione codicistica, in forza del quale: "L'intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti di cui all'art. 51, comma 3-bis e 3-quater".

La norma codifica quindi il quadro normativo preesistente ricostruito dalle sezioni unite nel 2016.

Il legislatore del 2017 è, anche, intervenuto in materia di reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. L'art. 6 del decreto legislativo 216, al primo comma, ha, infatti, esteso ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, le disposizioni di cui all'art. 13 del d.l. 1991. L'estensione però non è stata integrale perché il secondo comma ha stabilito che, contrariamente a quanto previsto per i reati di criminalità organizzata, con riferimento ai reati contro la p.a. "l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo attività criminosa".

Il decreto legislativo contiene una disciplina transitoria, dettata dall'art. 9, che pospone (con termine più volte prorogato) l'entrata in vigore di alcune norme (precisamente artt. 2, 3, 4, 5 e 7) tra le quali non figura, però, l'art. 6, che, come si è visto, ha consentito l'uso del captatore informatico per le intercettazioni tra presenti nelle indagini per i reati dei pubblici ufficiali contro la p.a., disposizione che è dunque entrata in vigore il 26.1.2018, dopo lo spirare dell'ordinario termine dalla pubblicazione del decreto, avvenuta l'11.1.2018.

2.5. Il legislatore è tornato sui reati nei confronti della p.a. con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, apportando anche alcune modifiche alla normativa sulle intercettazioni. In particolare, il terzo comma dell'art. 1, ha abrogato il secondo comma dell'art. 6 del d. lgs. n. 216 del 2017: di conseguenza, è venuta meno la restrizione dell'uso del captatore informatico nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. In questi luoghi, pertanto, l'intercettazione può essere eseguita anche se non vi è motivo di ritenere che vi si stia svolgendo attività criminosa.

Il richiamo del primo comma dell'art. 6 all'art. 13 d.l. 152 del 1991 è divenuto così integrale e non vi è diversità sul punto tra la disciplina in materia di intercettazioni per la criminalità organizzata e quella per i reati più gravi contro la pubblica amministrazione.

Questa parte della legge 9 gennaio 2019, n. 3 è entrata in vigore il decimoquinto giorno dalla pubblicazione della legge sulla G.U. avvenuta il 16 gennaio 2019. Una controprova è costituita dal fatto che, invece, con riferimento ad altre disposizioni della medesima legge, il legislatore ha differito l'entrata in vigore al 1° gennaio 2020.

Il ricorrente sostiene, anche in seno alla memoria, che, essendo stata differita la modifica dell'art. 266 c.p.p. operata dall'art. 4 del decreto legislativo 216, "ne consegue che, in relazione alle intercettazioni mediante captatore informatico, neanche la disciplina introdotta dalla legge 3/2019 può trovare immediata applicazione, poiché 'subisce' il differimento previsto per le disposizioni della legge Orlando, rispetto alle quali non ha autonomia propria" (cfr. ricorso pag. 12).

La tesi è infondata perché, come si è visto, la possibilità di utilizzare il captatore informatico preesiste e prescinde dalla modifica del testo codicistico operata dall'art. 4 del d. lgs. 216 del 2017, e deriva direttamente, come hanno precisato le sezioni unite penali, dall'art. 13 del d.l. 152 del 1991, norma il cui ambito di efficacia è stato esteso dall'art. 6 del d. lgs. 261 del 2017 anche ai più gravi reati contro la p.a. L'entrata in vigore di quest'ultima norma non è stata rinviata, così come è entrata in vigore secondo i termini ordinari la previsione della legge 3 del 2019 che ne ha eliso il secondo comma. Pertanto, all'epoca dei fatti oggetto del presente procedimento disciplinare era in vigore la disciplina che autorizza l'utilizzatore del captatore informatico anche per i reati più gravi contro la pubblica amministrazione, senza la delimitazione

originariamente prevista dal secondo comma dell'art. 6 del d. lgs. 216 del 2017.

2.3. La conclusione cui è pervenuta la Sezione disciplinare, che, contrariamente a quanto ritenuto dal ricorrente, non si è sottratta all'obbligo di esaminare la questione, va quindi condivisa, dovendo, in conclusione, affermarsi che le intercettazioni possono essere utilizzate nel presente procedimento disciplinare, in applicazione della consolidata giurisprudenza (cfr. Cass. SU n. 14552 del 2017; n. 3020 del 2015, n. 3271 del 2013; n. 15314 del 2010), secondo cui le intercettazioni effettuate in un procedimento penale sono pienamente utilizzabili nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati, purchè, come nella specie, siano state legittimamente disposte ed acquisite. In particolare, diversamente da quanto deduce il ricorrente in seno alla memoria -ove sottolinea che gli esiti dell'attività d'intercettazione sono "eccentrici" rispetto all'oggetto dell'indagine penale- queste Sezioni Unite hanno già chiarito (giurisprudenza citata e vedi pure Cass. SU n. 27292 del 2009) che l'utilizzazione delle intercettazioni in sede disciplinare non soffre i limiti previsti dall'art. 270 c.p.p. (che disciplina l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti penali), 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.

3. Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la "violazione del diritto di difesa in relazione alla mancata acquisizione dei decreti di autorizzazione delle attività tecniche di intercettazione telefonica, informatica e mediante captatore informatico". Il ricorrente afferma che la giurisprudenza citata nell'ordinanza cautelare non è pertinente, perché si riferisce all'emissione *inaudita altera parte* di misura cautelare da parte del GIP, sicchè, non essendoci nell'ambito del

procedimento disciplinare siffatta fase, la disciplina del codice di procedura penale non è compatibile, senza dire che, in sede di riesame di detta ordinanza, il Tribunale del riesame è obbligato ad acquisirla, come affermato da Cass. n. 823 del 2017. Sotto altro profilo, il ricorrente lamenta che il giudice disciplinare ha ritenuto non determinante la mancata produzione dei files audio, in erronea applicazione del principio affermato da Cass. SU n. 14552 del 2017.

3.1. Il motivo è infondato, sotto entrambi i profili dedotti.

3.2. Deve, anzitutto, convenirsi col ricorrente laddove afferma che il rispetto delle regole del codice di procedura penale incontra il limite della compatibilità con le peculiarità del procedimento disciplinare dei magistrati che non ha alcuna connotazione "penalistica" ma attiene, piuttosto, al controllo circa l'osservanza da parte del magistrato dei doveri connessi alla funzione che esercita: l'ampio potere di indagine del Pubblico Ministero e della Sezione disciplinare nell'acquisire la prova dell'illecito disciplinare (artt. 16, co 4, e 18, co 3 della L n. 109 del 2006) evidenziano come esso sia essenzialmente orientato all'accertamento dell'effettiva sussistenza dell'addebito disciplinare (cfr. SU n.12717 del 2009 cit.).

3.3. Fatta tale premessa, la giurisprudenza penale citata in seno all'ordinanza impugnata appare cionondimeno calzante, proprio, in riferimento alla doglianza del ricorrente perché pone in evidenza che nei procedimenti cautelari -e tale è quello qui in esame- la mancata allegazione dei decreti autorizzativi delle intercettazioni da parte del P.M (Cass. n. 7521 del 24/01/2013, citata nel ricorso) può comportare l'inutilizzabilità delle intercettazioni, quando i decreti stessi "a seguito di specifica e tempestiva richiesta del difensore," non siano stati acquisiti agli atti, prima della decisione, dal giudice del riesame, onde consentire al giudice ed al difensore dell'indagato di effettuare un efficace controllo di legittimità. Tale principio è stato successivamente richiamato dalla giurisprudenza delle Sezioni Penali

di questa Corte che hanno ribadito (sentenze n. 823 dell'11/10/2016; n. 18802 del 21/3/2017) come la mancata trasmissione dei decreti autorizzativi comporti l'inutilizzabilità degli esiti delle operazioni di captazione, qualora i decreti siano stati adottati fuori dei casi consentiti dalla legge o in violazione delle previste disposizioni, e semprechè sia stata avanzata una specifica e tempestiva richiesta di loro acquisizione, da parte della difesa e la difesa stessa o il giudice non siano stati in condizione di effettuare un efficace controllo di legittimità. E, nella specie, l'assunto secondo cui l'odierno ricorrente, oltre a contestare la mancata acquisizione dei decreti autorizzativi avrebbe formulato specifica e tempestiva richiesta in tal senso (cfr. pag. 16 del ricorso primi due righe), è del tutto generico.

3.4. Quanto alla mancata acquisizione dei files audio, la doglianza non incontra la decisione, che ha diffusamente argomentato (pag. 11 ordinanza) che la presenza del Dott. ██████████ alle riunioni indicate nel capo 1 dell'incolpazione ed il relativo oggetto erano state da lui asseverate, sia in seno alla memoria che in sede di sua audizione, come una necessità metodologica per l'individuazione dei migliori profili professionali in vista delle nomine ad incarichi direttivi (in relazione al capo 2 dell'incolpazione la Sezione ha attinto anche a diverse fonti probatorie nei limiti della delibazione del *fumus*, qui in rilievo: cfr. pagg. 26-29 ordinanza, su cui *infra*). Inoltre, queste Sezioni Unite, con la menzionata sentenza n. 14552 del 2017, richiamata dal giudice disciplinare, hanno, tra l'altro, affermato che l'utilizzazione dei brogliacci, anche senza il consenso del magistrato incolpato, o la mancanza in atti delle bobine o cassette, su cui le conversazioni sono state registrate, non configurano violazioni del diritto di difesa, per essere utilizzabile in sede disciplinare la documentazione che dia conto sinteticamente del contenuto delle comunicazioni intercettate nell'ambito di un procedimento penale, quando non emerga -a seguito di specifica contestazione

dell'incolpato che abbia richiesto una verifica in tal senso mettendo in dubbio l'affidabilità della indicazione per sunto- la sussistenza di una qualche difformità della trascrizione riassuntiva rispetto ai relativi supporti audio (bobine o cassette). E tanto non ricorre nella specie.

4. Con il quarto motivo, si deduce la violazione dell'art. 68 Cost. e l'illogicità della motivazione. Il ricorrente lamenta che la natura casuale delle intercettazioni relative a conversazioni avvenute con parlamentari è stata affermata in modo platealmente contraddittorio in seno all'ordinanza impugnata, che, da una parte, ha ritenuto assidua la sua frequentazione con gli [REDACTED], e, dall'altra, ha affermato l'impossibilità di prevedere il loro incontro: la verifica dell'occasionalità delle intercettazioni avrebbe, quindi, dovuto essere particolarmente stringente -e non lo era stata- proprio perchè la presenza di soggetti coperti da immunità parlamentare era ampiamente prevedibile e non casuale. Le conversazioni sono, in conseguenza, inutilizzabili, secondo il ricorrente, che evidenzia come, in presenza di rapporti di interlocuzione abituale tra soggetto intercettato e parlamentare, non si possa "trascurare l'eventualità che intervenga, nell'autorità giudiziaria, un mutamento di obiettivi: nel senso che -in ragione anche dell'obbligo di perseguire gli autori dei reati- le ulteriori intercettazioni potrebbero risultare finalizzate, nelle strategie investigative dell'organo inquirente, a captare non più (soltanto) le comunicazioni del terzo titolare dell'utenza, ma anche quelle del suo interlocutore parlamentare per accertarne le responsabilità penali".

4.1. Il motivo è, in parte, infondato, ed, in parte, inammissibile. Dopo aver premesso che:

-a norma dell'art. 4 della legge 20 giugno 2003, n. 140, emanata in attuazione dell'art. 68 Cost., debbono essere preventivamente autorizzate le intercettazioni alle quali il parlamentare venga sottoposto non solo quale indagato, ma anche quale persona offesa o

informata sui fatti, su utenze o in luoghi appartenenti al soggetto politico o nella sua disponibilità, in quanto ciò che "conta -ai fini dell'operatività del regime dell'autorizzazione preventiva stabilito dall'art. 68, terzo comma, Cost.- non è la titolarità o la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto d'indagine" (Corte Cost. n. 390 del 2007);

-a norma dell'art. 6 della menzionata legge n. 140, quale risultante all'esito della parziale declaratoria d'incostituzionalità dei commi 2, 5 e 6, (Corte Cost. n. 390 del 2007 cit.), è, invece, legittimo l'utilizzo di comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali hanno preso parte membri del Parlamento (cosiddette intercettazioni casuali o fortuite), e pertanto l'autorità giudiziaria non deve munirsi dell'autorizzazione della Camera, qualora intenda utilizzare le intercettazioni nei confronti dei terzi;

-la casualità della captazione delle conversazioni cui abbia preso parte un parlamentare, in assenza di autorizzazione della Camera di appartenenza, deve essere accertata con riferimento a molteplici parametri costituiti: a) dalla tipologia dei rapporti intercorrenti tra il parlamentare e il terzo sottoposto a controllo; b) dall'attività criminosa oggetto di indagine; c) dal numero di conversazioni intercorse tra il terzo ed il parlamentare; d) dall'arco di tempo della captazione; e) dal momento in cui sono sorti indizi a carico del parlamentare (Cass. n. 34552 del 2017);

la Sezione disciplinare ha affermato che l'intercettazione [REDACTED], era senz'altro da reputarsi casuale sulla scorta di plurimi argomenti diffusamente e congruamente esposti nelle pagine 20 e 21 dell'ordinanza (direzione dell'atto di indagine nei confronti del Dott. [REDACTED] assenza di indizi di reità a carico [REDACTED]; nessuna conversazione dall'utenza mobile dell'incolpato con [REDACTED]; una sola intercettazione telefonica

con [REDACTED] ove si programma un incontro per lo stesso giorno con altri soggetti tra i quali tal [REDACTED] il cui ascolto è tuttavia intervenuto il giorno successivo, quando l'incontro programmato era già avvenuto), argomenti i quali documentavano che la direzione dell'atto d'indagine non era volta ad accedere nella sfera delle comunicazioni dei parlamentari captati.

4.2. La motivazione che sottende tale conclusione è tutt'altro che contraddittoria ed illogica, al contrario di quanto opina il ricorrente. Premesso che: a) il vizio di contraddittorietà della motivazione denunciabile con il ricorso per cassazione presuppone che le ragioni poste a fondamento della decisione risultino talmente contrastanti da elidersi a vicenda e da non consentire l'individuazione della *ratio decidendi* (Cass. S.U. n. 26825 del 2009); b) l'illogicità della motivazione, come vizio deducibile, deve essere evidente, restando ininfluenti le minime incongruenze (Cass. pen. n. 2039 del 2019), e tali casi, come si è visto, non ricorrono nella specie, va, comunque, rilevato che, nel censurare per contraddittorietà la motivazione, il ricorrente trascura di considerare che non è un "assiduo rapporto" con detti parlamentari quello che l'organo disciplinare ha focalizzato nella sua valutazione della serietà dei fatti posti a fondamento dell'incolpazione di cui al capo 1, ma, piuttosto, la ripetuta concertazione, con soggetti diversi, di azioni ritenute necessarie o utili per la collocazioni di magistrati a specifici Uffici, in una sorta di "risiko giudiziario" mediante criteri improntati ad interessi personali, variamente articolati, dell'incolpato e di alcuni interlocutori. L'ipotesi, poi, di mutamento di obiettivi delle indagini, che dovesse vedere le intercettazioni finalizzate a captare le comunicazioni dei Parlamentari, costituisce una mera illazione, espressamente smentita in seno alla decisione. E tanto basta a rendere utilizzabili le intercettazioni nei confronti dell'incolpato, dovendo, da ultimo, rilevarsi che la circostanza secondo cui le trascrizioni dovrebbero considerarsi

tamquam non esset, per esser state redatte da soggetto (l'appuntato Del Prete) non Ufficiale di PG, non coglie nel segno, tenuto conto che, in tema di intercettazioni, la prova è costituita dalle registrazioni, mentre la trascrizione costituisce la mera trasposizione grafica del loro contenuto (cfr. Cass. Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280).

5. Col quinto motivo, il ricorrente deduce, in riferimento agli artt. 1, co 2, e 2, co 1, lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, l'insussistenza del *fumus boni iuris* "per difetto di tipicità delle condotte contestate al capo 1) dell'incolpazione". L'art. 1, co 1, della L. n. 106 del 2009, afferma il ricorrente, descrive i doveri del magistrato "nell'esercizio delle sue funzioni", il successivo art. 2 disciplina gli illeciti commessi "nell'esercizio delle funzioni" e l'art. 3 quelli commessi "fuori dell'esercizio delle funzioni". L'assunto dell'ordinanza secondo cui "anche i rapporti personali tra magistrati rientrano certamente nell'ambito di applicazione della norma richiamata", violerebbe il principio di tassatività dell'illecito disciplinare, specie tenuto conto che l'espressione "nell'esercizio delle funzioni" non ha un valore classificatorio, ma corrisponde ad una bipartizione sistematica ed integra, dunque, un elemento costitutivo tipico: l'illecito non discende dalla qualità formale dell'agente, ma dal reale esercizio della funzione.

5.1. Il motivo è infondato.

5.2. Queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di precisare (cfr. Cass. SU n. 3888 del 2019; n. 27292 del 2007) che gli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 196 del 2006 hanno in modo molto limitato la funzione di distinguere, a fini disciplinari, i magistrati a seconda dell'esercizio o meno delle funzioni giudiziarie, essendo piuttosto intese 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". Più specificamente, questa Corte ha già ritenuto infondata la tesi, fatta propria dal ricorrente, secondo cui la fattispecie tipica dell'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lettera d), del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 dovrebbe avere ad oggetto "il reale esercizio della giurisdizione", in quanto, come è stato condivisibilmente ritenuto, tale previsione -la quale dà rilievo come illecito disciplinare ai "comportamenti abitualmente e gravemente scorretti" anche quando tenuti nei confronti di "altri magistrati"- deve essere interpretata nel senso che tali comportamenti 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. Tale principio, affermato da Cass. SU n. 7042 del 2013, è stato richiamato e ribadito dalla successiva sentenza n. 17551 del 2017 (entrambe citate dalla sezione disciplinare), secondo cui 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. In consonanza con tali principi, è stato di recente precisato (Cass. SU n. 31058 del 2019) che costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'art. 2, co 1 lett. d) la scorrettezza funzionale grave "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" funzioni "da intendersi come concetto in senso dinamico, siccome connesso allo *status* di magistrato".

5.3. Il principio va qui condiviso. La disposizione di cui all'art. 2, co 1, lett. d) della L n. 109 del 2006, individua, infatti, quale illecito disciplinare: "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". In tal modo chiarisce che l'obbligo, posto dall'art. 1 della d.lgs. n. 109 del 2006, al singolo magistrato di esercitare le funzioni attribuitegli, tra l'altro, con correttezza, va osservato non solo nel concreto esercizio della giurisdizione, al quale specificamente si dirige il precetto posto nella prima parte della norma, ma, anche, come depone l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "ovvero", nei rapporti che si instaurano con altri magistrati (o collaboratori) in ragione della funzione che il magistrato incolpato svolge proprio in quanto tale.

Del resto, la Corte Costituzionale ha, da tempo, chiarito (sentenza n. 224 del 2009) che le specifiche prerogative assicurate ai magistrati dagli artt. 101 e segg. Cost., comportano l'imposizione di speciali doveri, che vanno rispettati, non solo, con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità.

5.4. Di conseguenza, non possono essere considerati mero esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, come sostiene il ricorrente, ma costituiscono violazioni dei doveri di correttezza ed equilibrio propri del magistrato, rientrando nell'ambito dei "comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti di altri magistrati" (art. 2, lett. d), cit.), condotte volte a screditare, o valorizzare, colleghi, anche al fine di tentare di interferire con l'attività del Consiglio superiore della Magistratura.

6. Con il sesto motivo, si denuncia la mancanza del *fumus* circa le pretese utilità in riferimento al capo 2) dell'incolpazione, per l'omessa valutazione di elementi decisivi per il giudizio, travisamento del fatto, violazione di legge, e nullità dell'ordinanza per assoluta mancanza di motivazione. Il ricorrente lamenta che in seno alla memoria, corredata da produzione documentale, da lui depositata il 2 luglio 2019, era stato dimostrato *per tabulas* il pagamento personale dei viaggi e dei regali contestati, e del contenuto di tale memoria la Sezione disciplinare non ha fatto alcun cenno in seno all'ordinanza. In particolare:

a) il passo riportato a pag. 28 dell'ordinanza (secondo cui il ██████████ avrebbe anticipato il pagamento che esso incolpato avrebbe restituito per contanti) in tesi tratto dalle dichiarazioni rese nell'interrogatorio in sede penale, non era mai stato verbalizzato, nè sussisteva alcuna contraddizione nella versione dei fatti resa da esso ricorrente;

b) la prenotazione del soggiorno a Madonna di Campiglio della vacanza del nucleo familiare non era affatto avvenuta per il tramite del ██████████ ma direttamente dalla famiglia ██████████

c) il soggiorno di ██████████ (del 2011) non era a lui riconducibile, ma a rapporti diretti tra la stessa ed ██████████.

Ove tali profili fossero stati valutati, prosegue il ricorrente, si sarebbe rimasto quantomeno applicato un iter logico valutativo più aderente all'obbligo di legge e si sarebbe avuto un diverso apprezzamento, soprattutto nel loro complesso, degli elementi costitutivi del *fumus* della misura cautelare irrogata.

6.1. Il motivo presenta profili d'inammissibilità e d'infondatezza.

6.2. Anzitutto, se è vero che il provvedimento impugnato non menziona direttamente la memoria è altrettanto vero che esso valuta le argomentazioni difensive del ricorrente, intese a sminuire la rilevanza disciplinare dei rapporti da lui intrattenuti con il ██████████

e le ritiene espressamente non condivisibili (pagg. 27-30 dell'ordinanza). Ora, secondo la più recente giurisprudenza delle Sezioni penali di questa Corte (Sez. 5 n. 17798 del 22/03/2019 e giurisprudenza ivi richiamata) "l'omessa valutazione di una memoria difensiva non determina alcuna nullità, ma può influire sulla congruità e sulla correttezza logico-giuridica della motivazione del provvedimento che definisce la fase o il grado nel cui ambito sono state espresse le ragioni difensive". Non basta, dunque, che nel ricorso ci si dolga che il giudice abbia trascurato la memoria, ma occorre che detta omissione si traduca nella formulazione di specifiche doglianze che ne esaltino l'idoneità a mettere in discussione la completezza, univocità e razionalità delle argomentazioni del giudice di merito. E tanto non è ravvisabile nella specie, in quanto nessuna delle allegazioni difensive sopra riassunte è idonea ad infirmare la congruità e la logicità della motivazione data dal Collegio disciplinare, che -ai fini, beninteso, della valutazione del *fumus* relativo alla disposta misura cautelare- ha comunque osservato che non vi era alcuna dimostrazione dell'avvenuta restituzione delle somme anticipate, che sussistevano specifiche annotazioni nel campo note della lista clienti dell'Hotel Fonteverde di San Casciano dei Bagni ("full credit [redacted] rif. Direttore", "in attesa di pagamento da parte del Signor [redacted]..."); che era stato addebitato al [redacted] il pagamento di una quota del 30% del soggiorno della famiglia del ricorrente (rapporto GICO, pp. 22-23, in cui si dà atto di una prenotazione telefonica da parte dello stesso [redacted] all'Hotel Campiglio Bellavista di Madonna del Campiglio), laddove l'ordinanza parla di una "ragionevole presunzione di ascrivibilità al [redacted] dell'ospitalità fruita dalla congiunta dell'incolpato".

6.3. In realtà, la censura si sostanzia nell'addebito di un'erronea valutazione del materiale probatorio, come finisce col riconoscere il

ricorrente, laddove afferma che la Sezione disciplinare avrebbe dovuto ritenere che il compendio investigativo "presenta evidenti lacune". Ma siffatta critica è inammissibile, in quanto queste Sezioni Unite sono ferme nell'escludere che il sindacato di legittimità possa spingersi a verificare se gli esiti dell'interpretazione delle prove siano realmente rispondenti alle acquisizioni probatorie emergenti dagli atti del processo (tra le tante, SU n. 11708 del 2016; n. 14430 del 2017; n. 7691 del 2019). Anche in sede disciplinare è, infatti, preclusa a questa Corte la rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione impugnata e l'autonoma adozione di nuovi e diversi parametri di ricostruzione e valutazione dei fatti, che il ricorrente indichi come maggiormente plausibili o dotati di una migliore capacità esplicativa rispetto a quelli adottati dal giudice del merito. Ed, infatti, pur dopo la modifica dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) introdotta dalla L. 20 febbraio 2006, n. 46 -qui applicabile- la natura dell'indagine di legittimità resta la motivazione del provvedimento impugnato, l'esame della cui illogicità non può mai trasmodare in un'inammissibile e rinnovata valutazione dell'intero compendio probatorio già utilizzato dal giudice di merito per giungere alle sue conclusioni.

7. Con il settimo motivo, il ricorrente denuncia la violazione del profilo di proporzionalità della misura della sospensione dall'esercizio delle funzioni e dello stipendio e la violazione degli artt. 13 e 22 del d.lgs. n. 109 del 2006. Il ricorrente lamenta che la Sezione disciplinare ha omesso ogni valutazione della proporzionalità nell'applicazione delle misure cautelari, che si giustifica solo nella prospettiva di una pena elevata. L'ordinanza, prosegue il ricorrente, ha omesso di argomentare in relazione alla possibilità richiesta dal difensore di emettere una misura cautelare meno afflittiva (trasferimento di sede); il profilo del clamore mediatico, individuato dalla Sezione Disciplinare deve ritenersi del tutto estraneo alla

condotta di esso ricorrente e l'esigenza di rivedere il sistema di elezione dei componenti del CSM non può essere collegata ai fatti oggetto della sua incolpazione. La motivazione del *periculum* è dunque stata omessa, non essendo state chiarite le ragioni per le quali le condotte a lui contestate non gli consentano di continuare ad esercitare la funzione di magistrato, specie tenuto conto della sua domanda di trasferimento presso il Tribunale civile di l'Aquila.

7.1. Il motivo è infondato.

7.2. Il provvedimento impugnato è stato adottato ai sensi del d.lgs. n. 109 del 2006, art. 22, in base al quale "quando il magistrato è sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva, o quando al medesimo possono essere ascritti fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare che, per la loro gravità, siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni, il Ministro della giustizia o il Procuratore generale presso la Corte di cassazione possono chiedere alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura la sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio, e il collocamento fuori dal ruolo organico della magistratura, anche prima dell'inizio del procedimento disciplinare. Nei casi di minore gravità il Ministro della giustizia o il Procuratore generale possono chiedere alla sezione disciplinare il trasferimento provvisorio dell'incolpato ad altro ufficio di un distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato nell'articolo 11 del codice di procedura penale".

In presenza della richiesta di applicazione del provvedimento cautelare, la norma impone al giudice disciplinare di accertare l'esistenza della rilevanza disciplinare dei fatti addebitati, la loro oggettiva gravità e la loro compatibilità con l'esercizio delle funzioni giurisdizionali in assoluto o nel distretto ove erano stati esercitati in precedenza. E' orientamento, ormai, consolidato che l'adozione di una misura cautelare non concreta l'irrogazione di una sanzione

disciplinare, né integra una sorta di sua espiatione anticipata e, pertanto, non impone al giudice disciplinare il completo accertamento in ordine alla sussistenza degli addebiti (che è riservato al giudizio di merito sull'illecito), ma presuppone solo la valutazione della rilevanza dei fatti contestati, astrattamente considerati, e la delibazione della possibile sussistenza degli stessi (Sez. Un. 21.12.2012 n. 23856; 3.08.09 n. 17904, 25.11.08 n. 28046, 21.07.04 n. 13602, 8.08.11 n. 17067).

7.3. Il principio di proporzionalità, su cui si sofferma la censura, è stato di recente esaminato da queste Sezioni Unite (Cass. SU n. 29833 del 2019), che, sia pur in fattispecie ove veniva in rilievo il rapporto tra sospensione cautelare ex d.lgs. n. 109 del 2006, art. 22 e trasferimento cautelare già disposto ai sensi del R.D. n. 511 del 1946, art. 2 e di identità dei fatti genetici delle due misure, hanno messo in evidenza che le misure cautelari sono improntate al principio di gradualità "quale precipitato del principio generale di proporzionalità posto dal codice di procedura penale (ad es. 275 c.p.p., commi 1 e 2, ciascuna misura "deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata", "il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto")".

Il principio, che trova la sua fonte normativa nella disposizione di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 109 del 2006, che, in ragione della gravità dei fatti, prevede l'irrogazione della sospensione dalle funzioni e dallo stipendio o il trasferimento provvisorio in altro distretto, merita adesione, sicchè, nell'alternativa posta al giudice disciplinare tra la misura massima e quella meno afflittiva, la gravità dei fatti deve essere apprezzata in funzione dell'entità della lesione che da essi deriva al prestigio ed alla credibilità dell'incolpato, e delle refluenze in termini di compatibilità con l'esercizio delle funzioni giudiziarie, con

l'immagine di imparzialità che le connota, e con la connessa fiducia della società nel loro corretto svolgimento, semprechè, come nella specie, la sanzione disciplinare di cui l'incolpato risulti astrattamente passibile sia coerente con la misura cautelare imposta.

7.4. Contrariamente a quanto affermato dal ricorrente, le esigenze cautelari risultano considerate ed adeguatamente esplicitate dalla Sezione disciplinare, che, in riferimento al requisito del c.d. *periculum* non ha arrestato il suo giudizio al clamore mediatico dei fatti oggetto dell'incolpazione, ma ha, appunto, rilevato che, dal compendio probatorio, si desumono gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare, ha aggiunto che i fatti contestati sono di "consistenza, pervasività, reiterazione, sistematicità, da configurare una vera e propria frustrazione dell'immagine dell'integrità, indipendenza e imparzialità che ciascun magistrato deve possedere", con conseguente compromissione, allo stato della credibilità dell'incolpato, anche sotto il profilo dell'imparzialità e dell'equilibrio. Ha aggiunto che tali fatti si sono protratti sino a tutto il mese di maggio 2019, ed ha, in conclusione, ritenuto di dover adottare un provvedimento "che impedisca al magistrato incolpato di esercitare in qualunque sede l'attività giurisdizionale", affermando, in particolare, che la misura cautelare del trasferimento provvisorio sia "manifestamente inadatta alla soddisfazione delle esigenze cautelari evidenziate". La valutazione relativa al profilo di proporzionalità della misura irrogata supera, in conclusione, lo scrutinio di legittimità quanto ai profili di adeguatezza delle motivazioni che la sorreggono e di conformità al principio normativo di gradualità nell'applicazione delle misure cautelari.

8. Il ricorso va, in conclusione, rigettato. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

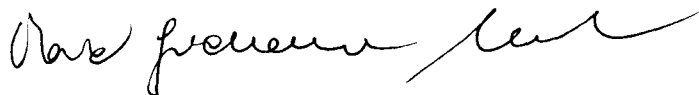
P.Q.M.

La Corte, a sezioni unite, rigetta il ricorso e condanna il ricorrente alla rifusione delle spese in favore del Ministro della Giustizia, liquidandole in € 5.000,00 (cinquemila) per compensi, oltre spese prenotate a debito.

Così deciso in Roma, il 3 dicembre 2019

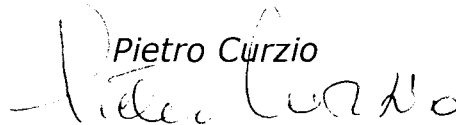
Il Consigliere estensore

Maria Giovanna Sambito



Il Presidente

Pietro Curzio



IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 15 GEN 2020

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

