



ROSARIO RUSSO

L'ARCHIVIAZIONE PREDISCIPLINARE DEL P.G. E IL SUO ULTIMO ILLEGITTIMO 'EDITTO'

«Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro» (FILIPPO TURATI, in Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sess. 1904/1908, 17 giugno 1908, p. 22962).

«Tra le promesse non mantenute dalla democrazia la più grave, e più rovinosa, è quella della trasparenza del potere.» (NORBERTO BOBBIO).

I. L'ordine di servizio del P.G. n. 44/2019 - II. Le archiviazioni nell'universo giuridico - III. L'evoluzione legislativa. La lettura a-contestuale - IV. *L'intentio legislatoris* e la Costituzione - V. La natura giuridica dell'archiviazione - VI. La segretezza parziale dell'archiviazione - VII. L'orientamento del giudice amministrativo - VII.A. La premessa sistematica - VII.B. Le *rationes decidendi* - VII.C. L'ultima pronuncia del Giudice amministrativo - VIII. Il *revirement* del P.G. Dalla segretezza parziale a quella arbitrariamente totale - VIII. A. Copia richiesta da esponenti o denunciatori - VIII. B. Copia richiesta da altri soggetti - IX. Spunti di teoria generale - X. Sintesi.

I. L'ORDINE DI SERVIZIO DEL P.G. N. 44/2019

- a) Sempronio, o il suo Avvocato, indirizzano una segnalazione disciplinare al P.G. presso la Suprema Corte, per denunciare l'abuso di un magistrato ordinario. Dopo alcuni mesi, chiedono di conoscere l'esito della segnalazione e la copia dell'eventuale archiviazione. Per certo riceveranno soltanto una delle seguenti risposte alternative, che escludono qualunque notizia utile sull'esito della disposta archiviazione:
 - *«In relazione alla Sua richiesta del..., d'ordine del Procuratore Generale, si comunica, quale sola notizia ostensibile, che l'esposto costituisce oggetto di valutazione»;*
 - *«In relazione alla Sua richiesta del ..., d'ordine del Procuratore Generale, si comunica, quale sola notizia ostensibile, che il procedimento originato dall'esposto è stato definito».*
- b) Quanto alle richieste di copia dell'archiviazione avanzate dal magistrato ordinario attinto da una segnalazione disciplinare - ovvero dall'Associazione Nazionale Magistrati e perfino dal Consiglio Superiore della Magistratura - il P.G. proclama il proprio potere di concedere o negare l'esternazione.

Tanto statuisce l'«ordine di servizio» n. 44/2019 emesso dal P.G. il 17 dicembre 2019 (estratto dal suo sito ufficiale), qui allegato.

Niente impedisce che il P.G. detti (non 'ordini', ma) i criteri¹ o le linee guida del suo magistero ai componenti del suo ufficio, in quanto delegati o coinvolti nell'attività predisciplinare. Ma tali 'criteri' non possono decampare dal

¹ Così definiti non a caso dall'art. 1, 5° del D. lgs. n. 106 del 2006; il cui art. 2, 2° consente al P.G. di revocare l'assegnazione al magistrato incaricato in caso di inosservanza dei criteri dettati dal P.G., fermo restando il potere del sostituto revocato di presentare osservazioni scritte al P.G. Le parole diventano di pietra quando è in discussione il modello organizzativo della gerarchia.



rispetto delle norme di legge e dalle decisioni del G.A., che il P.G. è anzi istituzionalmente tenuto a rispettare e a fare rispettare ai sensi dell'art. 73 O.G.².

Proprio alla verifica della conformità a legge dell'editto del P.G. sono destinate le pagine seguenti.

Esso rappresenta l'epilogo della lunga storia della negata trasparenza dell'archiviazione predisciplinare disposta dal P.G., che merita di essere sinteticamente ripercossa, non prima di avere allargato brevemente il campo d'indagine.

II. LE ARCHIVIAZIONI NELL'UNIVERSO GIURIDICO

ARCHIVIAZIONE DEL C. S. M. Allorché la Prima Commissione del C.S.M. chiede la archiviazione ex art. 2 Legge delle Guarentigie (trasferimento incolpevole) è redatta analitica relazione pubblicata sul sito ufficiale e il dibattito del Plenum è pubblico e viene trasmesso in diretta audio da Radio Radicale³.

PROCESSO PENALE. Nel settore più dominato dal segreto, da parte lasciando la specifica e pregnante disciplina dell'offeso dal reato, la possibilità per denunciati (ancorché non offesi), inquisiti e terzi di accedere all'archiviazione è normalmente ammessa dall'art. 116 c.p.p. a favore di «*chiunque ne abbia interesse*». Ben vero, volta che sia stata emessa l'archiviazione, per un verso cessano le ragioni della segretezza; per altro verso, l'ordinamento utilizza la conoscibilità del provvedimento d'archiviazione anche per rendere socialmente verificabile che l'obbligo dell'azione penale sia stato correttamente rispettato. *Rationes* che *a fortiori* si ripropongono per l'archiviazione disciplinare disposta dal P.G., largamente regolata dal codice di rito penale (v. *infra sub par. n. IV.*).

AVVOCATI. Art. 14, 2° del Regolamento 21 febbraio 2014, n. 2 vigente del Consiglio Nazionale Forense: «*In ipotesi di archiviazione il Consiglio distrettuale di disciplina comunica all'esponente, all'iscritto interessato e al Consiglio dell'Ordine di appartenenza copia del provvedimento di archiviazione*». Davvero difficile accettare che la disciplina dettata per gli Avvocati in tema di archiviazione disciplinare sia d'ufficio più trasparente di quella prevista per i magistrati ordinari.

MAGISTRATI AMMINISTRATIVI. Il provvedimento di archiviazione emesso dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, sempre accessibile al denunciante e al magistrato amministrativo accusato, è

² «*Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge.*

Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, e per la tutela dell'ordine corporativo, sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita.

È evidente, e anche apprezzabile, l'intento del P.G. di esplicitare pubblicamente i principi cui si atterrà nell'esternazione dell'archiviazione. Ma egli è certamente privo di *imperium*, a differenza del *praetor urbanus* che, con il proprio editto, contribuì ad adattare e perfino a sostituire di fatto lo *ius civile*.

³ V., per esempio, Plenum del 13 gennaio 2021. La discussione orale viene poi automaticamente trascritta ed è leggibile sul sito di Radio Radicale.



impugnabile davanti al G.A.⁴. Con la sentenza n. 1162/2012, il C.D.S. ha consentito anche ai terzi l'accesso documentale ai provvedimenti emessi in sede disciplinare (di archiviazione o sanzionatori), qualora sussista lo specifico interesse legittimante previsto dalla normativa di settore, non più richiesto dalla disciplina dell'accesso civico generalizzato. Vero è che *«Il procedimento disciplinare relativo ai magistrati ordinari ha natura giurisdizionale e si svolge dinanzi alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, con quanto ne consegue in ordine al regime delle impugnazioni. Quello relativo ai magistrati amministrativi ha natura di procedimento amministrativo e si svolge dinanzi al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa o al Consiglio di presidenza della Corte dei conti»*⁵. Tuttavia: 1°) a differenza del procedimento sanzionatorio attivato dal P.G. davanti alla S.D., l'archiviazione da lui emessa ha natura di atto amministrativo (v. infra *sub par. V.*) essa non si sottrae ai principi dettati in tema di accesso (documentale e generalizzato). Non lo si può negare senza avallare una differenza di trattamento tra giudici ordinari e giudici amministrativi, intollerabile dal punto di vista costituzionale.

IMPIEGATI CIVILI. Art. 24, 3° D.P.R. 03/05/1957, n. 686: *«Nel Bollettino ufficiale di ciascuna Amministrazione, da pubblicarsi mensilmente, va data notizia almeno degli atti di cui ai punti 1, 4, 6, 7 e 9 con l'indicazione degli estremi delle disposizioni in base alle quali gli atti stessi sono stati adottati.»*; art. 24, 1° punto 6 D.P.R. cit.: *«i provvedimenti coi quali sono inflitte punizioni disciplinari con le relative deliberazioni della Commissione di disciplina ove prescritte, i provvedimenti di sospensione cautelare, di sospensione per effetto di condanna penale...»*. Se è doverosamente pubblicata sul B.U. addirittura la sanzione disciplinare, davvero inimmaginabile che non sia ostensibile la motivazione dell'archiviazione: così argomenta puntualmente anche la testé citata sentenza del C.D.S. n. 1162/ 2012 in motivazione.

Dalla disciplina di questi tipi di archiviazione può ricavarsi una decisiva inferenza logico-sistematica: come (se pure in forma e con effetti diversi) avviene nelle azioni popolari, l'ordinamento 'utilizza' e valorizza le cognizioni e l'iniziativa (denuncia, esposto, segnalazione etc.) del *quisque de populo*, per rendere possibile o agevolare il potere di controllo diffuso (anche disciplinare) sull'attività dei magistrati. Qualora l'esercizio di tale potere si concluda con l'archiviazione, provvedimento radicalmente liberatorio per l'indagato, non sussiste ragione alcuna per negare al *quisque* denunziante (senza il cui apporto non si sarebbe neppure attivato il controllo) la conoscenza integrale dell'archiviazione stessa; conoscenza che rappresenta anzi un atto dovuto, sia per corrispondere adeguatamente

⁴ È impugnabile al T.A.R., ad opera del denunciante che dimostri la lesione di un suo interesse specifico, il provvedimento di archiviazione emesso dal Consiglio di Presidenza del C.D.S. a seguito di segnalazione disciplinare nei confronti di un magistrato amministrativo: cfr. T.A.R. Lazio, sent. n. 2040/ 2018 del 22 febbraio 2018 nonché C.D.S. sent. n. 4266/2019.

⁵ Sentenza N. 87/ 2009 della Corte Costituzionale, secondo cui *«Questa diversa configurazione del procedimento dipende da una scelta del legislatore, che ben può articolare diversamente l'ordinamento delle singole giurisdizioni, a patto che siano rispettati i principi costituzionali comuni. Indipendentemente dalla natura che la legge attribuisce al procedimento e all'autorità disciplinare, dalla garanzia costituzionale di indipendenza deriva una particolarità di questo procedimento, quando esso riguardi un magistrato, in quanto per quest'ultimo, a differenza di quanto accade per altre categorie di personale pubblico (sentenza n. 182 del 2008), la Costituzione impone che sia assicurata, anche in sede disciplinare, la massima espansione del diritto di difesa.*

Le disposizioni impugnate, consentendo al magistrato incolpato di farsi assistere solo da un altro magistrato, limitano irragionevolmente questo diritto. La possibilità di farsi assistere da un magistrato, dismessa la sua «originaria caratterizzazione corporativa», è ancora giustificabile in quanto il magistrato è «ritenuto in possesso dell'idoneità tecnica per assumere una siffatta difesa» (sentenza n. 497 del 2000). Ma il divieto di farsi assistere da un avvocato, che è la figura alla quale l'ordinamento riconosce in primo luogo questa funzione, è manifestamente irragionevole.»

Con questa motivazione la Corte Costituzionale ha statuito *«l'illegittimità costituzionale degli articoli 34, secondo comma, della legge 27 aprile 1982, n. 186 (Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali) e 10, comma 9, della legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), nella parte in cui escludono che il magistrato amministrativo o contabile, sottoposto a procedimento disciplinare, possa farsi assistere da un avvocato»*.



all'esigenza di giustizia che di regola ispira l'iniziativa del *quisque* (così appagandola o sedandola), sia per intavolare su un piano di effettiva trasparenza e di concreta lealtà il rapporto con i *cives* tutti, riavvicinandoli alla funzione giurisdizionale. Si colloca nella stessa direzione perfino l'intervento legislativo a tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato (legge n. 179 del 2017, cosiddetta "*whistleblowing*") e soprattutto, in termini più generali e pregnanti, la 'rivoluzionaria' legge sull'accesso generalizzato. Al contrario, immotivatamente opacizzare la motivazione dell'archiviazione a chi l'ha resa possibile (promuovendo l'attività di verifica) e perfino al giudice indagato nonché al C.S.M. crea soltanto sospetto e diffidenza sull'esercizio del Potere, in spregio all'art. 97 Cost., ingenerando così un circolo vizioso idoneo soltanto a rendere meno frequenti e fiduciose le iniziative 'collaborative' dei *cives*, e quindi la corretta applicazione delle sanzioni disciplinari.

In realtà l'esercizio del potere sanzionatorio in tutte le ipotesi sopra elencate è obbligatorio e l'esternazione dell'archiviazione è l'unica forma di controllo (indiretto) sul corretto adempimento dell'obbligo stesso, come sarà più oltre dimostrato (v. *infra sub par. IX.*). Con questo viatico comparativo è ora più agevole affrontare il cuore della questione, anche in prospettiva storica.

III. L'EVOLUZIONE LEGISLATIVA. LA LETTURA A-CONTESTUALE

Caduto il fascismo, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 33 del Regio Decreto Legislativo 31 maggio 1946, n. 511 (Guarentigie della Magistratura) disponeva che «*Compiuta la istruzione, il pubblico ministero formula le sue richieste, sulle quali il Tribunale disciplinare provvede in Camera di consiglio. Il Tribunale disciplinare dichiara non farsi luogo a rinvio al dibattimento solo se, su conforme richiesta del pubblico ministero, ritiene che dalle prove risultino esclusi gli addebiti*»⁶.

Al Tribunale disciplinare subentrò poi la Sezione Disciplinare del C.S.M. e con l'art. 14, 1° n. 1 della L. n.195/1958 (istitutiva del C.S.M.) fu previsto che, oltre al Ministro della Giustizia, anche il P.G. 'potesse' promuovere l'azione disciplinare nella sua qualità di Pubblico Ministero presso la Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura; norma poi abrogata dal D. lgs. n. 109/ 2006 (riforma Castelli), che per la prima volta esplicitamente 'impose' invece al P.G. l'obbligo di agire. E, mentre ancora tale obbligo non era stato sancito per legge, fu statuito dalle Sezioni Unite che «*L'azione disciplinare a carico del magistrato, una volta esercitata, è irretrattabile; ne consegue che la richiesta di proscioglimento dell'incolpato, avanzata dal procuratore generale dinanzi alla Sezione disciplinare del CSM all'esito della fase dibattimentale, non comporta rinuncia alla relativa azione*»⁷.

Dunque, mentre ancora non era stato previsto legislativamente l'obbligo di agire in capo al P.G., egli non solo non poteva autonomamente archiviare, ma non poteva neppure ritrattare l'azione disciplinare, siccome indisponibile.

Fu giuridicamente eutocico, per quanto qui interessa, il parto della riforma Castelli (D. lgs. n. 109/ 2006), postasi sul solco del menzionato regio decreto. *Ad instar* dell'azione penale, e del suo lungo travaglio normativo, l'art. 14, 3° del D. lgs. n. 109 del 2006 (Riforma Castelli) impose al Procuratore Generale presso la Suprema Corte (non a caso

⁶ Norma abrogata dal D. lgs. n. 109 del 2006. L'enfasi tipografica non si rinviene nell'originale.

⁷ Sez. U, Sentenza n. 20133 del 12/10/2004, Rv. 577658 - 01



membro di diritto del C.S.M. ma anche politicamente irresponsabile) l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare nei confronti dei magistrati, con riferimento a previsioni sanzionatorie ormai sufficientemente tipizzate⁸. Rendere obbligatoria la funzione disciplinare - o l'azione con cui essa si esercita - significa assicurare che essa: a) sia d'ufficio attivata, a seguito della propalazione di chiunque, se la *notitia* sia fondata (principio di uguaglianza), b) non sia attivata discrezionalmente *pro amico vel contra inimicum*, ma soltanto nel rigoroso rispetto delle previsioni disciplinari (principio di legalità); vale a garantire cioè, anche in sede disciplinare, un trattamento equanime sia ai magistrati, sia ai *cives* nel cui nome essi giudicano e dispongono. Per presidiare giuridicamente l'osservanza di tale dovere (altrimenti effimero), *ad instar* di quanto faticosamente è avvenuto nel settore penale, rispetto ad una *notitia* disciplinare sufficientemente circostanziata il P.G. era tenuto a svolgere attività d'indagine secondo le norme del c.p.p. (art. 16, 2° D. lgs. *cit.*) e all'esito doveva rivolgersi alla Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura per chiedere (previa formulazione dell'incolpazione definitiva) la fissazione dell'udienza ovvero, in alternativa, la declaratoria di non luogo a procedere (art. 17, 2° e 6° D. lgs. *cit.* nel testo originario). Siffatto reticolo normativo era costituzionalmente coerente perché, mentre attribuiva al P.G. (quale massima Autorità requirente, ma anche membro di diritto del C.S.M.) il solo ruolo di promotore coatto, riservava in concreto il potere d'inazione soltanto al C.S.M., in quanto unico titolare del potere disciplinare (artt. 105 e 107 Cost.). È certo che - in tale contesto normativo - la Sezione Disciplinare non avrebbe avuto alcuna remora a rilasciare copia del proscioglimento al denunciante o al magistrato indagato che l'avessero richiesta.

La neonata Riforma ebbe vita effimera, essendo stata soppiantata *in parte qua* - dopo appena otto mesi - dalla legge 24 ottobre 2006, n. 269 (Riforma Mastella), che tra l'altro introdusse il vigente art. 16, 5 *bis*, alla cui stregua: «*Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione procede all'archiviazione se il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3-bis o forma oggetto di denuncia non circostanziata ai sensi dell'articolo 15, comma 1, ultimo periodo, o non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4 oppure se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso. Il provvedimento di archiviazione è comunicato al Ministro della giustizia, il quale, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, può richiedere la trasmissione di copia degli atti e, nei sessanta giorni successivi alla ricezione degli stessi, può richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Sulla richiesta si provvede nei modi previsti nei commi 4 e 5 dell'articolo 17 e le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione o da un suo sostituto. Il provvedimento di archiviazione acquista efficacia solo se il termine di cui sopra sia interamente decorso senza che il Ministro abbia avanzato la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale davanti alla sezione disciplinare. In tale caso è sospeso il termine di cui al comma 1 dell'articolo 15*».

In definitiva, al P.G. ora è consentita l'archiviazione (c.d. diretta) esclusivamente nei casi previsti dalla trascritta disposizione; che dunque rappresentano l'immane motivazione - e la 'causa stessa' - del provvedimento d'inazione.

Al Consiglio Superiore della Magistratura pervengono quindi soltanto le segnalazioni disciplinari non archiviate dal P.G., nel silenzio del competente Ministro; e talune delle archiviazioni sono particolarmente delicate, giacché l'art. 3 *bis* del medesimo D. lgs. (richiamato dalla trascritta disposizione) prevede addirittura che «*L'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza*», così implicitamente presupponendo l'accertamento fattuale sia della violazione disciplinare, sia della sua imputabilità al magistrato. D'altronde, in un sistema di giurisdizione

⁸ L'obbligatorietà dell'azione penale, da parte del P.G., era stata già prevista dall'art. 9 della L. n. 117/ 1988 (sulla responsabilità civile dei magistrati) per i fatti che avessero dato causa all'azione risarcitoria promossa nei confronti del magistrato, tosto che essa fosse stata dichiarata ammissibile; presupposto quest'ultimo eliminato dalla legge di riforma n.18/ 2015.



prevalentemente domestica (qual è quello affidato al C.S.M., attesa la prevalenza numerica, e perciò decisionale, dei componenti togati), l'introduzione di una tale esimente, applicabile perfino agli addebiti⁹ in cui la gravità rappresenta elemento costitutivo della previsione disciplinare¹⁰, rende oggettivamente 'liquida' sia la tipizzazione degli illeciti sia l'obbligatorietà dell'azione pur proclamata dal legislatore¹¹; obiettivi entrambi che risulterebbero addirittura mistificati, ove si ammettesse che l'esimente possa essere disposta con un'archiviazione segreta (v. *infra*).

Le uniche ragioni sostanziali per cui l'azione del P.G. non è più sottoposta al vaglio del Consiglio Superiore della Magistratura sono state autorevolmente individuate nell'esigenza di sfrondare la «notevole massa di notizie disciplinari»¹², per non intasare il carico di lavoro del C.S.M. Ma (per buona sorte) nessuno ha mai pensato in sede penale di escludere il controllo del Giudice sulle richieste di archiviazione del P.M. (anch'esso obbligato a esperire l'azione penale), sol perché le *notitiae criminis* siano troppo numerose; e qui la posta in gioco non è meno importante. Né sembra efficiente rimedio organizzativo trasferire la «massa di notizie disciplinari» all'ufficio del P.G. sol per alleggerire il carico di lavoro del C.S.M.

Inoltre, l'art. 107, 2° Cost., attribuendo al Ministro della giustizia soltanto la 'facoltà' di promuovere l'azione disciplinare, esclude il suo obbligo e rende giuridicamente insindacabile la sua inattività. Perciò la possibilità che il Ministro, avuta notizia dell'archiviazione predisciplinare del P.G., vada in contrario avviso e dia avvio all'azione disciplinare non sembra circostanza idonea ad assicurare l'effettiva obbligatorietà dell'azione disciplinare imposta al P.G. dal Legislatore, «attesa la natura aleatoria di tale intervento, strettamente correlato a valutazioni di tipo politico-

⁹ Si pensi all'art. 2, 1° lett. d) del D. lgs. n. 109 del 2006, la cui violazione è stata contestata al dott. L. Palamara nel procedimento disciplinare concluso di recente con sentenza di condanna dalla S.D.

¹⁰ Da ultimo, Sez. U, Sentenza n. 22577 del 10/09/2019: «In tema di illeciti disciplinari riguardanti i magistrati, la previsione di cui all'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006, secondo cui l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza, è applicabile, sia per il tenore letterale della disposizione che per la sua collocazione sistematica, a tutte le ipotesi previste negli artt. 2 e 3 del medesimo decreto, anche quando la gravità del comportamento è elemento costitutivo del fatto tipico, e perfino quando integri la commissione di un reato; ove si richieda l'applicazione di tale esimente, il giudice deve procedere ad una valutazione d'ufficio, sulla base dei fatti acquisiti al procedimento e prendendo in considerazione le caratteristiche e le circostanze oggettive della vicenda addebitata, anche riferibili al comportamento dell'incolpato, purché strettamente attinenti allo stesso, con giudizio globale diretto a riscontrare se l'immagine del magistrato sia stata effettivamente compromessa dall'illecito.»

¹¹ Correttamente è stato sostenuto che per tal via è stata reintrodotta «l'insindacabile discrezionalità degli organi titolari dell'esercizio dell'azione disciplinare che a tutela dell'autonomia e della indipendenza della magistratura ...si era ritenuto necessario eliminare», così «creando nuovamente, e se possibile, ancora più incisivamente (in virtù della prima non prevista obbligatorietà dell'azione disciplinare), condizioni di possibile asservimento» (S. BELTRANI, *Come (ri)cambia l'illecito disciplinare*, in *Dir. e Giust.*, 2006, 41, 88).

L'esimente è stata applicata nella seguente esemplare vicenda. Un magistrato ordinario ha in corso un procedimento davanti al C.D.S. Per ingraziarsi il Presidente della Sezione competente, il magistrato incarica un amico di consegnargli una lattina di olio di cinque litri; promette altresì all'amico stesso di intercedere presso il Rettore dell'Università, per assicurare alla sua figliuola il superamento dell'esame di specializzazione. Con sentenza n. 131 del 2009 la S.D. ha assolto il magistrato ai sensi dell'art. 3 bis citato, atteso che «la modestia del 'pensierino' (una lattina di olio) relega – sotto il profilo oggettivo ma necessariamente anche sotto quello soggettivo – l'interferenza tra le patenti mancanze di senso dell'opportunità, con conseguente ridotta capacità della condotta di ledere il bene giuridico protetto dalla norma». Le S.U. con sentenza n. 14889 / 2010 hanno dichiarato inammissibile il ricorso del magistrato assolto, il cui accoglimento era stato chiesto dalla P.G.

Un'ampia rassegna dei casi in cui è stata applicata l'esimente si rinviene in P. FIMIANI - M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, pag. 373: ivi a pag. 383 P. FIMIANI (Sostituto Procuratore generale presso la Suprema Corte) registra e documenta «difficoltà ed asimmetrie nell'individuazione della scarsa rilevanza del fatto».

¹² Così S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013, p. 443.



istituzionale»¹³. Non può neppure parlarsi di ‘controllo’ atipico affidato al Ministro, perché è impensabile un ‘controllo’ facoltativo volto ad assicurare l’adempimento di un preciso ‘obbligo’ di legge. La comunicazione dell’archiviazione da parte del P.G. vale piuttosto a restringere in un arco di tempo brevissimo (dieci giorni) la possibilità per il Ministro (per altro, mentre è all’oscuro degli atti svolti dal P.G.) d’attivare il procedimento disciplinare. È fin troppo evidente insomma che, per rendere effettiva l’obbligatorietà dell’azione disciplinare imposta al P.G., non basta che l’archiviazione sia sottoposta al vaglio (non del Consiglio Superiore della Magistratura, ma) del Ministro, contitolare del potere d’azione senza neppure esserne astretto: la decisione del Ministro di tacitamente assentire all’archiviazione del P.G. è contestabile soltanto in sede politica, proprio perché costituzionalmente facoltativa (art. 107, 2° Cost.)¹⁴.

Se si voglia confrontare la vigente disciplina con quella anteriore (di cui – non a caso – si è dato conto), non può farsi a meno di concludere che, mentre la Riforma Castelli impose esplicitamente per la prima volta al P.G. l’obbligo generale di agire disciplinarmente (proprio per superare la preesistente discrezionalità), la Riforma Mastella gli fornì gli strumenti tecnici per agevolmente esonerarsene, consentendogli (e perfino per scarsa rilevanza del fatto) l’archiviazione diretta: cioè un solitario «*classement sans suite*», come quello che, nel settore penale, adotta il *ministère public* in Francia; dove però, a differenza del nostro ordinamento, responsabilmente «*Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement*»¹⁵.

¹³ In tal senso, M. CASSANO (oggi Presidente Aggiunto della Suprema Corte), in *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di D. CARCANO, Milano, 2009, pag. 504.

¹⁴ In senso opposto, ma incorrendo in vistosa fallacia d’incoerenza testuale, v. L. SALVATO (Procuratore Generale Aggiunto presso la Suprema Corte), in *Partecipazione ed accesso agli atti del procedimento predisciplinare e del procedimento disciplinare*, in *Giustizia Insieme*, sull’omonimo sito, 31.10.2019, pag. 12: «*La previsione della comunicazione dell’archiviazione al Ministro della giustizia e della facoltà di quest’ultimo di esercitare l’azione in dissenso dalle conclusioni del P.G. certo non integra un controllo in senso tecnico ed ha piuttosto significato e valore di informazione ai fini dell’esercizio della distinta azione da parte del Ministro. Nondimeno, costituisce sicuramente uno strumento che, ragionevolmente, assicura una “verifica” dell’attività predisciplinare svolta dal P.G. da parte del contitolare dell’azione disciplinare, ciò che fa escludere che l’azione del primo possa ritenersi sottratta ad ogni valutazione ad opera di un diverso organo*». Sennonché, escluso (come ammette il Salvato) il «*controllo in senso tecnico*», trattandosi di mera ‘informazione’, resta bandita qualunque reale ‘verifica’ ad opera del Ministro: non ha senso – e certamente non è ‘ragionevole’ – una ‘verifica’ facoltativa che abbia per oggetto un’attività per legge dovuta.

Più oltre l’A. aggiunge che «*Siffatta scelta si sottrae ad ogni censura, spettando alla discrezionalità del legislatore ordinario bilanciare gli interessi in gioco, in quanto l’obbligatorietà dell’azione disciplinare rinviene la sua fonte in una norma ordinaria (art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 109 del 2006), non nella Costituzione (concernendo l’art. 112 Cost l’azione penale). Il bilanciamento è stato ragionevolmente realizzato, prevedendo il potere del P.G. di archiviazione, ma assicurando che il contitolare dell’azione abbia notizia del relativo provvedimento, così da essere in condizioni di diversamente determinarsi in ordine all’eventuale esercizio della stessa*». Non si accorge il Salvato che perciò il potere del P.G., proprio perché sindacabile soltanto dal Ministro con una sua facoltativa determinazione, è nominalmente ‘obbligatorio’ ma non è affatto tecnicamente ‘obbligatorio’, come per l’appunto si afferma nel testo, giacché nessuno può sindacare né l’archiviazione né il silenzio del Ministro. Se a ciò si aggiunga che – come espressamente sostiene il Salvato – l’archiviazione predisciplinare è inaccessibile al denunciante, al magistrato denunciato, all’A.N.M. e perfino al C.S.M., essa finisce per rappresentare un inquietante *unicum* sia nell’universo delle archiviazioni (v. *retro sub* par. 0 sia nell’intero ordinamento giuridico: perfino gli atti politici sono sì non impugnabili (art. 7, 1° c.p.a.) ma non sono normalmente segreti. V. *infra sub* nota n. 47.

¹⁵ *Code de procédure pénale Article 30* :

«*Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République.*

À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales.

Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles.



È l'unico caso (tra quelli elencati *retro sub par. II.*) di archiviazione lasciata all'insindacabile valutazione di un organo giudiziario requirente privo di rappresentanza politica, ma formalmente tenuto per legge ad esperire l'azione disciplinare¹⁶; il che genera a prima vista seri dubbi di coerenza costituzionale.

Ma certamente non era questo l'intendimento dei *conditores* della Riforma Mastella, come si passa a dimostrare.

IV. L'INTENTIO LEGISLATORIS E LA COSTITUZIONE

I riferiti gravi esiti della prospettiva 'testualmente' orientata inducono l'interprete ad affrontare un'esegesi 'contestualmente' e costituzionalmente orientata, in ossequio all'art. 12 delle Preleggi.

Nel corso della XIV^a Legislatura (30 maggio 2001 -27 aprile 2006) fu frontale lo scontro - retaggio di Mani Pulite ma rinverdito soprattutto dalle scandalose c.d. leggi *ad personam*¹⁷ - tra la Magistratura e i Governi presieduti da S. Berlusconi, mentre era Ministro della Giustizia il leghista Roberto Castelli. Fu così avviata, con la legge delega 25 luglio 2005, n. 150, la riforma dell'ordinamento giudiziario, cui fecero seguito numerosi decreti legislativi, tra cui il D. lgs. n. 109 del 23.2.2006 in tema disciplinare.

La Riforma Castelli fu intesa come espressione di «una stagione politica punitiva e ritorsiva contro i magistrati e puntava anche ad una razionalizzazione del sistema, ma principalmente ad uno spostamento dell'equilibrio preesistente in favore del Ministro e ad una maggiore severità contro i magistrati incolpati. La vulgata diffusa era "cane non mangia cane" e che il sistema disciplinare fosse del tutto inoffensivo nei confronti dei magistrati.».

«Il messaggio ideologico era chiaro: obbligatorietà e tassatività come risposta alla pretesa indulgenza da parte della sezione disciplinare del Consiglio, più poteri al Ministro e meno al Csm., parificazione del procedimento disciplinare (come obbligatorietà, codice, ricorso) a quello penale»¹⁸.

Proprio questa 'parificazione' rendeva ovvio che, come qualunque requirente, il P.G. non potesse autonomamente archiviare, spettando tale potere soltanto alla Sezione Disciplinare del C.S.M.

Senonché la competizione elettorale dell'aprile 2006 assegnò la vittoria alla coalizione di centro-sinistra, guidata da R. Prodi, che fu nominato Capo del Governo, di cui faceva parte, come Ministro della Giustizia, Clemente Mastella. Con legge n. 269 del 24 ottobre 2006, a seguito di un accordo tra tutte le forze politiche, il Parlamento si limitò a correggere direttamente due decreti delegati già entrati in vigore, quello sull'organizzazione del pubblico ministero e

Chaque année, il publie un rapport sur l'application de la politique pénale déterminée par le Gouvernement, précisant les conditions de mise en œuvre de cette politique et des instructions générales adressées en application du deuxième alinéa. Ce rapport est transmis au Parlement. Il peut donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat ».

¹⁶ «I dati confermano che l'obbligatorietà dell'azione disciplinare per il p.g. è in realtà un'obbligatorietà «attenuata», esiste infatti un filtro alle domande che consiste nella possibilità per il p.g. di archiviare direttamente il procedimento, senza alcun vaglio da parte della sezione disciplinare»: D. CAVALLINI, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile*, fasc.4, 2015, pag. 1443 e segg.

¹⁷ Per l'elenco di tali leggi si può consultare il sito *Libertà e Giustizia* (<http://www.libertaegiustizia.it/2011/11/09/lelenco-delle-leggi-ad-personam/>)

¹⁸ CLAUDIO CASTELLI, *Un bilancio del sistema disciplinare a 10 anni dalla riforma*, in *Questione Giustizia*, Fascicolo 4/2017, *passim*.



quello sul procedimento disciplinare (v. *retro sub* par. III.), mentre bloccò l'entrata in vigore degli altri decreti delegati¹⁹.

Correttamente è stato osservato che «Questa scelta evidenziava una volontà propria dell'intero Parlamento, più che di uno schieramento politico, di mantenere una gerarchizzazione degli Uffici di procura e un forte controllo disciplinare. Anche se alcuni dei temperamenti adottati sul sistema disciplinare ne correggevano e mitigavano grandemente l'impostazione punitiva e "ministeriale".

In particolare andavano in tal senso sia la drastica riduzione del ruolo e della presenza del Ministro nelle diverse fasi del procedimento, l'abrogazione di diverse ipotesi incriminatrici (alcune delle molteplici relative ai rapporti con la stampa, ma in particolare le disposizioni finali aperte che sanzionavano genericamente ogni altra violazione dei diversi doveri del magistrato), il temperamento all'obbligatorietà dell'azione. Queste ultime norme erano fondamentali e riequilibravano (oltre che rendere praticabile) il sistema: da un lato veniva prevista la possibilità di autonoma archiviazione da parte della Procura generale, dall'altro veniva introdotta la clausola della scarsa rilevanza del fatto»²⁰.

Più precisamente, per stemperare l'«impostazione punitiva» adottata dalla riforma Castelli, il Parlamento introdusse, tra l'altro, l'esimente della «scarsa rilevanza del fatto» e, per non «impantanare»²¹ la Sezione Disciplinare, consentì al P.G. di archiviare autonomamente anche per tale ragione.

Scorrendo i lavori parlamentari, si apprende però che il Relatore al Senato del disegno di legge, On. prof. Cesare Salvi (Gruppo L'Ulivo), con grande sensibilità giuridica, espresse l'avviso che «Una volta che un esposto è stato formulato e che sono stati sollevati dubbi sulla correttezza del comportamento di un magistrato si ritiene infatti opportuno prevedere il diritto ad una risposta, nell'interesse stesso di colui che solleva la questione e del magistrato chiamato in causa»²².

Il citato passo illumina *ab imo* l'esegesi.

I *dicta* normativi (artt. 14, 3° e 16, 5 *bis* del D. lgs. n. 109 del 2006) sopra esaminati con metodo a-contestuale restano silenti rispetto alle *rationes* sottostanti e fondanti: in sede disciplinare l'ordinamento si ripiega su sé stesso e si autocensura segretamente in via riflessiva, così come agisce il sistema immunitario nel corpo umano? È soltanto riservata interna autodifesa di sopravvivenza? E soprattutto qual è il ruolo e il 'peso' del denunciante e del magistrato denunciato? A chi deve 'rispondere' – o meglio: con chi si deve confrontare - il P.G. quando dispone direttamente l'archiviazione di una segnalazione disciplinare?

La risposta è contenuta nelle trascritte parole del Relatore, prof. Cesare Salvi, e non poteva essere più esplicita, imponendo una interpretazione *all things considered* o contestuale; che coincide con l'interpretazione sistematica cui fa

¹⁹ Il disegno di legge originario prevedeva la sospensione dell'intera Riforma Castelli, ivi compreso il D. lgs. n. 109 del 2006 sulla funzione disciplinare.

²⁰ C. CASTELLI, *loc. cit.*

²¹ Intervento del Ministro Mastella in Senato durante la seduta del 27 settembre 2006: «Tuttavia, le conseguenze più gravi si stanno verificando nel nuovo sistema disciplinare e si moltiplicheranno in via esponenziale di mese in mese. Infatti, l'aver introdotto l'obbligatorietà dell'azione e il dovere dei capi di fare rapporto per qualunque lagnanza o esposto che possa profilare un illecito sta intasando, ad oggi, la procura generale della Cassazione, come ha comunicato già da tempo il procuratore generale in una nota a me inviata in data 22 giugno, con la conseguenza di impantanare, a sua volta, la sezione disciplinare e di destinare alla prescrizione (il che è peggio), che la riforma ha ridotto ad un solo anno, anche illeciti che viceversa meriterebbero un'energica sanzione».

²² Atto Senato n. 635, XV Legislatura, seduta pubblica pomeridiana del 4 ottobre 2006, relazione di Cesare Salvi a proposito dell'emendamento 1.700, approvando il quale il Senato decise la modifica del D. lgs. n. 109 del 2006, invece della sua sospensione (inizialmente proposta).



riferimento l'art. 12 delle Preleggi, specialmente nel richiamo all'*intentio legislatoris*. Secondo i *conditores* della Riforma Mastella, i cittadini, in quanto protagonisti e fruitori del servizio giustizia, non solo hanno il potere di mettere in dubbio (con la segnalazione o denuncia) la correttezza disciplinare del magistrato che li ha giudicati, ma hanno anche *«diritto ad una risposta, nell'interesse stesso di colui che solleva la questione e del magistrato chiamato in causa»*. A scanso di equivoci, secondo il Relatore, l'Utente finale della Giustizia non ha diritto alla 'condanna' disciplinare del magistrato scorretto (condanna che potrà postulare, se del caso, in sede civile o penale, dopo avere preso visione dell'archiviazione), ma ha diritto non solo di pretendere la valutazione del P.G. (diritto alla 'domanda') ma anche di conoscerla, proprio perché ha diritto a una 'risposta' disciplinare. Egli dunque ha certamente diritto di conoscere l'esito della valutazione espressa dal P.G., anche – e si direbbe soprattutto – quando egli opti per l'inazione. La 'risposta' del P.G., e cioè l'ostensione dell'archiviazione all'esponente – denunciante, non è dunque un orpello o frutto di graziosa concessione, ma invero la 'causa' stessa della funzione disciplinare espressa dall'inazione. Alla stessa stregua – ovviamente – ha *«diritto ad una risposta»* anche il magistrato della cui scorrettezza il denunciante si è lamentato, specialmente se l'archiviazione sia stata disposta perché *«il fatto è di scarsa rilevanza»*.

Il P.G. può ormai autonomamente archiviare ma il provvedimento d'inazione, non più 'autorizzato' dalla S.D. del Consiglio Superiore della Magistratura, deve essere certamente accessibile al denunciante e al denunciato, perché rappresenta la valutazione (o la risposta) disciplinare che li riguarda direttamente. Ancorché il denunciante non possa 'pretendere' l'avvio del procedimento disciplinare, la remora ad archiviazioni superficiali o non motivate o contraddittorie è costituita proprio dall'accessibilità del denunciante e del denunciato all'archiviazione, in quanto doverosa 'risposta' alla 'domanda' disciplinare. In un momento (2006) in cui era già in vigore il diritto all'accesso documentale (introdotto con la legge del 1990), ovviamente non ignoto al Relatore della Riforma Mastella, il Senato ne fa deliberatamente a meno, 'costruendo' il diritto del cittadino a mettere in dubbio la correttezza professionale del magistrato che lo ha giudicato, come 'domanda' sanzionatoria, cui corrisponde il dovere del P.G. di (non solo provvedere ma anche) di 'rispondere', cioè di esternare l'archiviazione al denunciante e al denunciato. 'Costruita' l'archiviazione dai *conditores* come provvedimento costitutivamente essoterico, la sua 'necessaria' accessibilità (da parte di denunciante e denunciato) non è più soltanto una qualità aggiuntiva introdotta dalle regole sull'accesso (documentale o generalizzato), che restano per così dire assorbite o travolte.

Per altro proprio il *«dovere di rispondere»* imposto dai *conditores* al P.G. affranca la riforma Mastella dai dubbi di incostituzionalità – che inficerebbero l'archiviazione intesa come atto autoreferenziale opaco ai soggetti direttamente interessati (v. *retro sub* par. III.) – e rende *«di vetro»* la 'casa' del P.G. e del C.S.M.: è proprio la costitutiva trasparenza dell'archiviazione che garantisce il corretto esercizio del potere disciplinare, a prescindere dalle regole sull'accesso (documentale o generalizzato)²³.

Restano così travolte anche le interpretazioni negazioniste che, per giustificare l'indifendibile segretezza (totale o parziale) dell'archiviazione, tuttora confondono l'interesse del denunciante alla condanna disciplinare (certamente insussistente) con il suo *«diritto alla risposta»* del P.G. (proclamato autorevolmente nei lavori preparatori), inteso come ineludibile garanzia di corretto esercizio del potere disciplinare²⁴:

²³ V. *infra sub* par. 0

²⁴ Tra le fallacie logiche è ben nota quella consistente nella creazione del c.d. *«falso bersaglio»*, più agevolmente confutabile rispetto al vero *punctum dolens*. Nessuno ha mai supposto o ventilato il diritto del denunciante alla condanna disciplinare e nessuno ha mai invocato la sua partecipazione al procedimento disciplinare. Al netto di tali errati bersagli dialettici, persistono autonomamente il diritto alla risposta disciplinare e lo specularare dovere del P.G., divisati dal Legislatore e rivelati espressamente dal Relatore Salvi



«per ciò che concerne poi la qualificazione dell'interesse, esso non è ravvisabile nel solo fatto che l'accertamento preliminare sia avvenuto a seguito della segnalazione del privato, giacché il procedimento disciplinare non è finalizzato a tutelare l'interesse di questi ma dell'amministrazione della giustizia (e di conseguenza all'esponente non è assegnato alcun potere di impulso procedimentale o di partecipazione al procedimento, neppure nella fase pubblica)»²⁵;

«Le considerazioni sopra svolte in ordine alla ratio della responsabilità disciplinare ed alla finalità delle relative norme rendono infatti incontrovertibile l'inesistenza di un interesse dell'esponente, tutelato e tutelabile, in relazione al procedimento predisciplinare (ma anche a quello disciplinare)»²⁶.

Secondo lo stesso legislatore della Riforma Mastella, dunque, la funzione disciplinare non è affatto «un affare interno al sistema giudiziario»²⁷, essendo stati finalmente abbandonati «... schemi obsoleti, ereditati dalla legislazione anteriore e ancora attivi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, imperniati sull'idea, che rimandava ad antichi pregiudizi corporativi, secondo cui la miglior tutela del prestigio dell'ordine giudiziario era racchiusa nel carattere di riservatezza del procedimento disciplinare» (Corte Costituzionale, sent. n. 497/ 2000).

Tuttavia, trascurando l'esplicita *intentio* del Legislatore, sarà poi (non la legge, ma) lo stesso P.G. - inizialmente *motu proprio* e poi con il sostegno del G.A. - a rendere inaccessibile l'archiviazione, perfino in spregio all'accesso documentale (1990) e generalizzato (2016), così confinandola nei tacitiani *arcana imperii*. Ma prima di trattare tale ulteriore svolta, è bene indagare sulla natura giuridica dell'archiviazione.

V. LA NATURA GIURIDICA DELL'ARCHIVIAZIONE

L'archiviazione predisciplinare ha natura di atto amministrativo, come più volte stabilito non solo dalla più accreditata Dottrina²⁸, ma anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte e dal Consiglio Superiore della Magistratura, alla cui stregua essa è coerentemente revocabile secondo la disciplina dell'atto amministrativo²⁹.

²⁵ GIOVANNI SALVI (Procuratore Generale in carica), *L'iniziativa disciplinare: dati e valutazioni*, in *Questione Giustizia*, 2010, n. 5, par. 8.

²⁶ L. SALVATO, secondo cui l'archiviazione predisciplinare è inaccessibile al denunciante, al magistrato denunciato, all'A.N.M. e perfino al C.S.M. (*retro sub nota n. 14*).

²⁷ Tale la critica mossa da D. Cavallini, *loc. cit.*: «Nel nostro sistema, l'illecito disciplinare è configurato come lesivo esclusivamente dell'interesse pubblico alla credibilità dell'ordine giudiziario e non anche di situazioni soggettive del singolo (come il privato cittadino). Il processo disciplinare è ancora considerato un affare interno al sistema giudiziario. Viceversa, in altri paesi, la trasparenza nella gestione dei reclami è considerata molto importante sia al fine di evitare che essi possano essere utilizzati discrezionalmente o arbitrariamente, sia per promuovere e consolidare la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario. Il ruolo del cittadino è valorizzato sotto molti aspetti: dall'assistenza che gli viene fornita nella presentazione dell'esposto, alla comunicazione dell'esito del procedimento, ivi compresi i motivi che hanno portato eventualmente al rigetto dell'esposto. Dare una risposta al cittadino (anche se negativa, per es. di rigetto del suo esposto) è comunque una dimostrazione che il sistema giudiziario ha preso in considerazione la sua segnalazione e l'ha valutata.

²⁸ In senso conforme S. DI AMATO (già Presidente di sezione della S.C. nonché Dirigente del servizio disciplinare presso il Ministero della Giustizia), *Dalle Sezioni Unite una non convincente affermazione della ritrattabilità dell'azione disciplinare*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2012, pag. 67 e poi in *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013, pag. 441; F. MOROZZO DELLA ROCCA (già Avvocato Generale presso la Suprema Corte dal 1993), in *Giust. civ.* 2012, pag. 145, fasc. 1. Da ultimo, S. MESSINEO (già Vice-Avvocato Generale dello Stato) *La trasparenza negata. Commento a Tar Lazio n. 5714/2019*, in *Questione Giustizia*, 7 ottobre 2019.



Per altro anche il G.A. ha confermato non solo implicitamente (v. *infra* nota n. 36) ma anche esplicitamente la natura amministrativa dell'archiviazione: «4.2. La giurisprudenza innanzi riportata sostanzialmente sconfessa l'argomentazione di parte resistente, non rinvenibile nel provvedimento impugnato e purtuttavia da considerare ai fini della verifica della spettanza o meno del diritto all'accesso (Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1664), secondo cui gli atti del procedimento disciplinare sarebbero sottratti all'accesso poiché tale procedimento, ivi compresa la fase pre-disciplinare, non avrebbe natura di procedimento amministrativo. Il Collegio osserva che può ritenersi *jus receptum* il principio di ostensibilità dell'esito del procedimento disciplinare e della motivazione ad esso sottesa, ove la richiesta provenga dall'autore dell'esposto e tale conoscenza sia rilevante a fini difensivi»³⁰.

Pertanto l'archiviazione è (anche) soggetta alla disciplina dell'accesso sia documentale (v. *retro sub par. II.* che generalizzato, anche perché le eccezioni a tali regimi sono di stretta interpretazione e nessuna di esse ne impedisce l'ostensione³¹.

²⁹ In senso conforme, Suprema Corte, Sezioni Unite, sentenze nn. 26809/2009, 14664/2011 e 3271/2013. In particolare la sentenza n. 26809 / 2009 ha statuito che «In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, il provvedimento di archiviazione previsto dall'art. 16, comma 5-bis, del d.lgs. n. 109 del 2006, rimesso al potere discrezionale del P.G. presso la Corte di Cassazione, ha natura amministrativa, con la conseguenza che non assume il carattere della definitività peculiare delle pronunce giurisdizionali aventi contenuto decisorio, e può, invece, essere successivamente revocato dallo stesso organo che l'ha emesso. La revoca resta soggetta all'obbligo di motivazione, essendo necessario esplicitare le ragioni che giustificano la nuova determinazione amministrativa».

Per i casi in cui l'archiviazione predisciplinare è disposta senza il previo svolgimento di indagini e senza la contestazione di addebiti all'interessato le Sezioni unite non hanno mai dubitato della natura pienamente amministrativa del relativo decreto. Anche nella citata sentenza n. 14664/2011 si evidenzia che presupposto indefettibile per trasformare la fase predisciplinare da amministrativa a giurisdizionale è l'effettivo svolgimento di "atti di indagine" o la formale incolpazione, che normalmente non precedono l'archiviazione.

C.S.M., ordinanza n. 87 del 2010 - RGN 205/2009: «L'archiviazione disposta dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 16, comma 5 bis, D. Lgs. n. 109/2006, costituendo un atto amministrativo e non giurisdizionale, perché non rimessa al vaglio di un giudice terzo, non preclude il successivo esercizio dell'azione disciplinare in ordine al medesimo fatto né al Procuratore Generale e nemmeno al Ministro della Giustizia, il quale può quindi promuovere la stessa entro l'anno dalla conoscenza circostanziata della vicenda, anche prescindendo dall'esercizio dei poteri concessigli dall'art. 16, comma 5 bis, che pur avrebbe potuto esercitare, comprimendo, però, in tal caso, le garanzie dell'incolpato, che si sarebbe visto direttamente tratto a giudizio».

³⁰ T.A.R. Lazio sent. n. 13332 del 11 dicembre 2020, su cui v. *infra sub par. 0.*

³¹ C.D.S., Ad. Plenaria sent. n. 10 del 2020, *passim*: «9.6. A fronte di una istanza, come quella dell'odierna appellante, che non fa riferimento in modo specifico e circostanziato alla disciplina dell'accesso procedimentale o a quella dell'accesso civico generalizzato e non ha inteso ricondurre o limitare l'interesse ostensivo all'una o all'altra disciplina, ma si muove sull'incerto crinale tra l'uno e l'altro, la pubblica amministrazione ha il dovere di rispondere, in modo motivato, sulla sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere i presupposti dell'una e dell'altra forma di accesso, laddove essi siano stati comunque, e sostanzialmente, rappresentati nell'istanza».

«9.7. A tale conclusione non osta il fatto che l'istanza di accesso civico generalizzato non debba rappresentare l'esistenza di un interesse qualificato, a differenza di quella relativa all'accesso documentale, e che non debba essere nemmeno motivata, perché l'interesse e i motivi rappresentati, indistintamente ed eventualmente, al fine di sostenere l'esistenza di un interesse *uti singulus*, ai fini dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, ben possono essere considerati dalla pubblica amministrazione per valutare l'esistenza dei presupposti atti a riconoscere l'accesso generalizzato *uti civis*, quantomeno per il limitato profilo, di cui oltre si tratterà, del c.d. *public interest test*. ».

«35.1. Tutte le eccezioni relative all'accesso civico generalizzato implicano e richiedono un bilanciamento da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l'interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza, secondo i criteri utilizzati anche in altri ordinamenti, quali il cd. *test del danno* (*harm test*), utilizzato per esempio in Germania, o il c.d. *public interest test* o *public interest override*, tipico dell'ordinamento statunitense o di quello dell'Unione europea (art. 4, par. 2, del reg. (CE) n. 1049/2001: v., per un'applicazione giurisprudenziale, Trib. UE, sez. I, 7 febbraio 2018, in T- 851/16), in base al quale occorre valutare se sussista un interesse pubblico al rilascio delle informazioni richieste rispetto al pregiudizio per l'interesse-limite contrapposto». V. *infra sub par. 0*



VI. LA SEGRETEZZA PARZIALE DELL'ARCHIVIAZIONE

Per decenni, tuttavia, e anche dopo l'introduzione dell'accesso generalizzato (d. lgs. n. 97 del 2016), il P.G. ha adottato un singolare regime di ostensione parziale: ai denunciati richiedenti egli ha comunicato che la loro segnalazione era stata archiviata, ma ha negato la copia integrale del provvedimento; ha esternato dunque il dispositivo, celandone la motivazione.

È stata una risposta (probabilmente compromissoria, ma) vistosamente illegittima perché, in tema di accesso generalizzato, la circolare n. 2/2017 della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica (pubblicata in GURI 162/2017) statuisce che, a fronte di una qualunque richiesta di ostensione, «**Una risposta parziale che non indichi le ragioni dell'omessa trasmissione di una parte dei dati o documenti richiesti equivale a un diniego parzialmente illegittimo**» (par. 7, lett. a).

È stata altresì una soluzione logicamente aberrante perché o il provvedimento è interamente segreto o non lo è: se lo sia anche il dispositivo non potrebbe essere osteso; se invece non sia segreto, dovrebbe essere interamente esternato, anche perché non sembra consentito spezzare l'unità logico-giuridica del provvedimento, composto (come tutti i provvedimenti scritti, giurisdizionali o amministrati) anche dalla motivazione e dal dispositivo.

È stata, infine, una prassi non priva di eccezioni, perché è documentato che talvolta il P.G. ha invece comunicato l'intero provvedimento d'archiviazione, rendendolo oggetto di dibattito giuridico³², come è giusto che sia.

VII. L'ORIENTAMENTO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

³² Di un ampio e discrezionale «potere di bilanciamento» rivendicato e attuato dal P.G. vi è evidenza documentale e pubblica se è dato leggere in un articolo di dottrina giuridica, accessibile liberamente sulla rete: «Investita del caso, la Procura generale della Corte di cassazione non ravvisa alcun elemento per procedere contro il magistrato ed archivia il procedimento predisciplinare affermando, tra l'altro, che nel suo intervento «il dr. Zucca non ha certo mantenuto un comportamento che possa avere minimamente intaccato la fiducia nella sua indipendenza ed imparzialità e, di conseguenza, la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione» ed escludendo che «per il suo comportamento» sia «rimasta vulnerata la credibilità della funzione giudiziaria» (N. ROSSI, *Libertà inopportuna? Un passo falso del Consiglio superiore della magistratura*, in *Questione Giustizia*, 6 maggio 2019). L'enfasi tipografica non si rinviene nell'originale.

La predetta testuale motivazione della stessa archiviazione si poteva leggere anche sulla cronaca di Genova di Repubblica del 11 aprile 2019

(https://genova.repubblica.it/cronaca/2019/04/11/news/frasi_sulle_torture_della_polizia_il_csm_archivia_il_pm_zucca_no_al_trasferimento_-223779810/).

Con riferimento ad alcune dichiarazioni rilasciate dal Sostituto procuratore generale di Genova, dott. Enrico Zucca, il P.G. aveva emesso provvedimento d'archiviazione; a propria volta il *plenum* del C.S.M ha disposto l'archiviazione ai sensi dell'art. 2 della Legge delle Guarentigie. Entrambi questi provvedimenti sono stati commentati dal dott. N. Rossi (stimato alto magistrato ordinario) in seno al menzionato articolo, trascrivendo testualmente ampi stralci (virgolettati) dell'archiviazione del P.G., sopra riportati.



L'anzidetto ordine di servizio emesso dal P.G. fa perno sulla decisione (n. 5714 del 7 maggio 2019³³) con cui il T.A.R. Lazio aveva respinto la richiesta di accesso (generalizzato) proposta da un denunciante. Tale decisione è stata confermata dal C.D.S. che, con sentenza n. 2309 del 6 aprile 2020 (divenuta intangibile) – nel rigettare l'appello – ha fatto capo a due ragioni, incastonate in una cornice sistematica che ne chiarisce la chiave interpretativa sottostante³⁴.

VII. A. LA PREMESSA SISTEMATICA

Infatti, con tale sentenza il C.D.S. tiene a premettere che le eccezioni all'accesso (non a caso) generalizzato non sono di stretta interpretazione rispetto al principio generale della trasparenza, ma sono clausole generali³⁵. Sennonché a contrastare coì grave affermazione di principio soccorre una sentenza emessa qualche giorno prima dall'Adunanza Plenaria del C.D.S.³⁶, vero e proprio “caso-guida” (*leading case*), alla cui stregua:

«l'ambito delle materie sottratte deve essere definito senza possibilità di estensione o analogia interpretativa,»; «occorre privilegiare una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. e valorizzare l'impatto “orizzontale” dell'accesso civico generalizzato, non eliminabile da norme preesistenti e non coordinate con il nuovo istituto, ma soltanto dalle prescrizioni speciali, da interpretare restrittivamente, rinvenibili all'interno della disciplina di riferimento...»;

«Per converso, nell'accesso civico generalizzato si ha un accesso dichiaratamente finalizzato a garantire il controllo democratico sull'attività amministrativa, nel quale il c.d. right to know, l'interesse individuale alla conoscenza, è protetto in sé, se e in quanto non vi siano contrarie ragioni di interesse pubblico o privato, ragioni espresse dalle cc.dd. eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013»;

«L'art. 10 CEDU sancisce, al comma 1, che ogni persona ha diritto alla libertà di espressione e che tale diritto include «la libertà di ricevere [...] informazioni [...] senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche», mentre il successivo comma

³³ Commentata assai negativamente da S. MESSINEO (già Vice Avvocato Generale dello Stato), *La trasparenza negata. Commento a Tar Lazio n. 5714/2019*, in *Questione Giustizia*, 7 ottobre 2019.

³⁴ V, più diffusamente R. RUSSO, *Un'inquietante sentenza in tema di trasparenza. L'archiviazione disciplinare del P.G. presso la S.C.*, in *Judicium.it*, 28 gennaio 2021.

³⁵ Pag. 7: *«L'accesso civico, invece, è funzionale ad un controllo diffuso dei cittadini, al fine – da un lato – di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa ove mai non siano stati rispettati gli obblighi al riguardo già posti all'amministrazione dalla legge, nonché – dall'altro – per favorire un preventivo contrasto alla corruzione: in quanto tale consente sì una conoscenza potenzialmente più estesa rispetto a quella della l. n. 241 del 1990 ai privati per la tutela di propri interessi, ma d'altro canto meno approfondita, in quanto concretamente si traduce nel diritto ad un'ampia diffusione di dati, documenti ed informazioni, fermi in ogni caso i limiti di legge a salvaguardia di determinati interessi pubblici e privati che in tali condizioni potrebbero essere messi in pericolo.*

Questi limiti, come si dirà, non sono caratterizzati dal principio della tassatività, operando piuttosto per clausole generali.

³⁶ Sent. C.D.S., Ad. Plenaria 2 aprile 2020, n. 10, la cui massima principale così recita: *«La disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza».* Con tale decisione il Vertice del G.A. ha accolto l'interpretazione propugnata dalla Terza Sezione e osteggiata dalla Quinta Sezione del C.D.S.



2 stabilisce che l'esercizio delle libertà garantite «può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica» alla tutela di una serie di interessi, pubblici e privati, pressoché corrispondenti alle eccezioni relative previste dall'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013»;

«La disciplina delle eccezioni assolute al diritto di accesso generalizzato è coperta, dunque, da una riserva di legge, desumibile in modo chiaro dall'art. 10 CEDU, quale norma interposta ai sensi dell'art. 117 Cost., e la loro interpretazione non può che essere stretta, tassativizzante».

VII.B. LE RATIONES DECIDENDI

- A) Sulla scia dell'anzidetta premessa di fondo, innanzi tutto il C.D.S. - premettendo senza ragione l'irrilevanza della natura giuridica dell'archiviazione³⁷ (v. *retro* sub par. IV. - ha rigettato l'istanza di accesso generalizzato in forza dell'art. 4, n. 1, lett. i) del decreto n. 115/1996 del Ministero della Giustizia che prescrive l'inaccessibilità della «documentazione attinente a procedimenti penali e disciplinari ovvero utilizzabile ai fini dell'apertura di procedimenti disciplinari, nonché concernente l'istruzione dei ricorsi amministrativi prodotti dal personale dipendente». Sennonché questa prima *ratio decidendi* si espone alle seguenti critiche.
- a. Sorprende che il G.A. abbia ritenuto che un regolamento dettato da tale Ministero esclusivamente per i suoi 'dipendenti' che non esercitano funzioni giudiziarie, possa applicarsi *tout court* ai magistrati ordinari (per il sol fatto che ... essi ricevano lo stipendio dal Ministero stesso), sebbene il loro statuto disciplinare sia esaustivamente regolato da norme costituzionali ed ordinarie *ad hoc*, impermeabili ad ogni altra disciplina specialmente regolamentare; certamente non è ricevibile l'affermazione secondo cui il magistrato ordinario 'dipenda' in qualche modo dal Ministro!
 - b. Vieppiù sorprende che al G.A. sia sfuggito che - come avviene in tutti i procedimenti che si possano concludere con l'archiviazione (v. *retro* sub par. n. II.) e segnatamente in quello paradigmaticamente disciplinato dal codice di rito penale (art. 116 c.p.p.) - gli atti investigativi sono sì necessariamente segreti. Ma, volta che il procedimento sia stato concluso con l'archiviazione (in sede disciplinare o penale), certamente tanto il citato D.M. quanto l'art. 116 c.p.p. ammettono l'ostensione totale dell'archiviazione stessa a qualunque interessato (a *fortiori* a chi aveva denunciato la violazione), essendo venuta meno di regola ogni esigenza inquisitoria e di segretezza. In altri termini, le archiviazioni anche nei confronti dei dipendenti del Ministro della Giustizia non esercenti funzioni giudiziarie, sono di regola ostensibili, dacché accertano l'insussistenza della ragione stessa del procedimento che, infatti, concludono (v. *retro* sub par. n. II.). Se la circostanziata segnalazione disciplinare impone al P.G. di accertare segretamente il rilievo giuridico della denunciata *notitia*, l'archiviazione sancisce l'irrilevanza disciplinare della *notitia* stessa e, per coevo effetto, non solo l'inutilità di qualunque ulteriore o persistente segretezza, ma anche l'obbligo di esternare agli interessati le ragioni dell'inazione.
- B) Astraendo dalla riferita critica, in sé e per sé la prima *ratio decidendi* anzidetta ha carattere oggettivo e dunque esaustivo, impedendo a chiunque l'accesso, ancorché parziale, al provvedimento d'inazione. Tuttavia il C.D.S. ha aggiunto un'ulteriore *ratio decidendi*, questa volta di carattere soggettivo e fattuale: «sebbene la legge non chieda all'interessato di formalmente motivare l'istanza di accesso generalizzato, la stessa vada disattesa se non risulta, in

³⁷ Tuttavia, dopo avere premesso l'irrilevanza della natura giuridica, il C.D.S. ha considerato l'archiviazione come atto amministrativo, non potendo spiegarci diversamente l'applicazione del d.m. del Ministro della Giustizia indicato *infra* nel testo.



*modo chiaro e inequivoco, la rispondenza esclusiva al soddisfacimento di un interesse che presenti valenza pubblica, essendo del tutto estraneo al perimetro della fattispecie la strumentalità (anche solo concorrente) a un bisogno conoscitivo privato». E, poiché nella vicenda al suo esame veniva osteso un «bisogno conoscitivo privato» o addirittura ...emulativo, l'ostensione – secondo il C.D.S. – non era ammissibile³⁸. Ma è troppo agevole obiettare che la legge non chiede «all'interessato di formalmente motivare l'istanza di accesso generalizzato», proprio perché essa intende soddisfare l'interesse (o il bisogno di conoscenza) del *civis*, qual è implicito nella richiesta di ostensione: egli vuole ...semplicemente disvelare e sapere ...ciò che (ovviamente) ignora e che è in potere della P.A. Con l'accesso civico, l'ordinamento tutela *tout court* tale esigenza di conoscenza, qualunque sia l'interesse o il motivo che la provoca; che, perciò, non deve essere né palesato (come infatti finisce per ammettere, vistosamente contraddicendosi, la stessa decisione in commento) né accertato né giudicato. Infatti la trasparenza è di per sé un valore assoluto idoneo a 'disinfettare'³⁹ l'azione amministrativa (art. 97 Cost.). Non rileva la ragione per cui il cittadino voglia conoscere gli atti del potere⁴⁰; è decisivo piuttosto che l'Amministrazione sappia di agire – e agisca – in una «casa di vetro»⁴¹ (art. 97 Cost.) accessibile all'occhio e al giudizio del cittadino; il quale perciò giammai può essere accusato di 'voyeurismo' giudiziario o addirittura di condotta ...emulativa. Nessuna Autorità può fondatamente temere il «bisogno conoscitivo privato», se voglia agire nei limiti della legalità, perché al contrario la trasparenza la mette al riparo da illegittime pressioni, pretese o attese.*

Si rileva infine che in alcun modo la sentenza d'appello – al pari di quella di primo grado – ha trattato l'argomento principale su cui si fondava tanto il ricorso quanto l'appello, e cioè l'aberrante contraddizione tra l'ostensione del dispositivo e l'immotivato rifiuto di esternare la motivazione dell'archiviazione (v. *retro sub par. VI.*).

L'obbligo della motivazione degli atti amministrativi è stato codificato dall'art. 41, 2° lett. c) della Carta di Nizza, cui fa da *pendant* il diritto all'informazione previsto dall'art. 10, 1° della CEDU (fonti entrambe che hanno il medesimo valore dei trattati comunitari in forza dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, riformulato dopo il Trattato di Lisbona); diritto che perciò può ricevere tutela a anche in sede sovranazionale. Inoltre, a partire dalle decisioni relative ai casi *Társaság v. Hungary* (2009) e *Österreichische Vereinigung v. Austria* (2013), anche la Corte EDU ha riconosciuto espressamente che la libertà di informazione (art. 10 CEDU) possa estrinsecarsi in un diritto di accesso alle informazioni amministrative. Difficilmente – deve ritenersi – le Corti sovranazionali potrebbero ammettere che, volta che sia stato esternato il dispositivo dell'archiviazione predisciplinare, così riconoscendosi il «diritto di accesso alle informazioni amministrative», sia consentito invece segretarne la motivazione.

³⁸ Secondo il C.D.S.: «Si tratta, per espressa affermazione del richiedente, di istanza volta al soddisfacimento di interessi personali ("interesse dello scrivente", si legge nel testo), per verificare la correttezza del proprio operato professionale ovvero ad effettuare approfondimenti teorico-dottrinari sulla specifica questione giuridica. Si tratta di interessi non contra legem, però estranei all'ambito di operatività dell'istituto dell'accesso civico generalizzato». La decisione omette però di precisare quali siano gli interessi 'intransei' che renderebbero accoglibile l'istanza di accesso generalizzato.

³⁹ L. BRANDEIS (membro della Corte Suprema americana per molti anni), in *Other People's Money: And How the Bankers Use It*, capitolo V, New York, 1914: «La luce del sole è il miglior disinfettante».

⁴⁰ Sono in gioco gli stessi valori del controllo democratico, dettati negli Stati Uniti dal *Freedom of Information Act* (F.O.I.A.) il 4 luglio 1966; valori recepiti – oltre che dalle istituzioni sovranazionali – anche dal nostro ordinamento con D. lgs. n. 33/2013 e succ. mod., che ha segnato non a caso «il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere» (*from need to right to know*). Non è un caso che sotto la testata del Washington Post, diffusissimo giornale statunitense, si legge «*democracy dies in darkness*» («la democrazia muore nelle tenebre»).

⁴¹ «Dove un superiore, pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro» (FILIPPO TURATI, in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sess. 1904-1908*, 17 giugno 1908, p. 22962).



VII.C. L'ULTIMA PRONUNCIA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Di recente l'ambito di applicazione dei principi dettati dal C.D.S. con la sentenza n. 2309 del 6 aprile 2020 è stato incisivamente ridimensionato dal T.A.R. Lazio con la sentenza n. 13332/2020 del 11 dicembre 2020. Con essa - in un'importante vicenda giudiziaria di grande risonanza mediatica, in cui era stata negata l'ostensione in applicazione proprio dei principi dettati dall'ordine di servizio qui vagliato (v. *infra sub* par. VIII.) - il G.A., dopo avere sostenuto la natura amministrativa dell'archiviazione del P.G. (v. *retro sub* par. V.), ha imposto al P.G. di esternare al denunciante l'archiviazione, sussistendo i presupposti dell'accesso documentale difensivo. Sembra un passo decisivo verso l'abolizione della segretezza anche nei confronti dell'accesso civico generalizzato dacché, in ossequio ai principi dettati dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 10 del 2020 (v. *retro sub* nota 31), giammai il P.G. ha allegato - e tanto meno dimostrato - «il danno all'interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza» in grado di paralizzare in concreto «l'interesse pubblico alla conoscibilità» dell'archiviazione. Questo - soltanto questo - è il punto cruciale della questione, come non si mancherà di sottolineare anche in seguito.

VIII. IL *REVIREMENT* DEL P.G. DALLA SEGRETEZZA PARZIALE A QUELLA ARBITRARIAMENTE TOTALE

Intanto l'incomprensibile silenzio del Giudice amministrativo (in entrambi i gradi) sulla predetta aporia (esternazione del dispositivo, rifiuto di esternare la motivazione), ampiamente dedotta in giudizio, ha consentito al P.G. di autonomamente mondare (ma soltanto *ex nunc*) la propria posizione sull'esternazione dell'archiviazione dalla più appariscente contraddizione in cui era da decenni involupata. Nasce da qui l'ordine di servizio n. 44/2019 del 17 dicembre 2019 a firma del P.G.

Alla sua stregua viene ora predeterminata diversamente la condotta (e cioè la risposta) della Procura Generale, a seconda che qualunque richiesta di accesso (documentale o generalizzato) provenga da 1) esponenti o denunciati (*cives*, cioè Utenti finali del servizio Giustizia, o Avvocati) ovvero 2) dai magistrati denunciati, dal Consiglio Superiore della Magistratura, dai Consigli Giudiziari, da altre istituzioni pubbliche oppure dall'Associazione Nazionale Magistrati.

VIII. A COPIA RICHIESTA DA ESPONENTI O DENUNCIANTI

Nel primo caso, «in considerazione della riservatezza che investe la fase predisciplinare, per le ragioni espresse nell'art. 15 dell'ordine di servizio n. 1 del 2019, nonché per le argomentazioni svolte dal TAR per il Lazio, Sezione I, nella sentenza 7 maggio 2019, n. 5714, deve ritenersi che unica notizia ostensibile agli esponenti privati, anche avvocati, sia quella avente ad oggetto la pendenza della fase di valutazione dell'esposto, ovvero la sua avvenuta definizione, restando esclusa la possibilità del rilascio di copia del provvedimento di archiviazione e della comunicazione della sua avvenuta definizione con provvedimento di tale contenuto (perché questa comporterebbe, sia



pure indirettamente e per converso, l'ostensione dell'eventuale esercizio dell'azione disciplinare, notizia da reputarsi riservata, salvo i casi dell'adozione da parte della Sezione disciplinare di misure cautelari e dell'inizio della fase pubblica del relativo procedimento)».

Forte della claudicante decisione del T.A.R., ancora neppure passata in giudicato, il P.G., invece di avanzare verso la trasparenza, ha così trovato il modo di recedere verso la totale segretezza, ritenendo di rendere così meno attaccabile (quanto meno sul piano logico più clamoroso) la propria decennale risposta sulla richiesta di ostensione dell'esponente (v. *retro sub* par. VI. Questi ora potrà sapere soltanto se il procedimento predisciplinare da lui provocato ...sia stato definito o non, mentre prima dell'ordine di servizio n. 44/2019 gli veniva comunicata l'avvenuta archiviazione (v. *retro sub* par. VI.).

La soluzione adottata da ultimo può perfino considerarsi irridente nei confronti del denunciante (*civis* o Avvocato). Ben vero, una prima volta egli chiederà l'esito della segnalazione dianzi inoltrata; forse gli verrà risposto che il procedimento è pendente. Dopo qualche mese, il denunciante reitererà l'istanza e il P.G. gli comunicherà che il procedimento ...è stato definito. Legittimamente all'oscuro del citato ordine di servizio, egli chiederà di conoscere in che modo il suo esposto sia stato definito! Forse gli verrà risposto finalmente che l'esito è totalmente segreto; e se postulerà in giudizio l'accesso all'archiviazione il suo ricorso sarà respinto dal T.A.R. Sarebbe allora molto più rispettoso ed efficace un passaggio procedurale per cui all'autore di qualunque segnalazione disciplinare sia subito comunicato che egli non ha alcun diritto alla conoscenza del suo esito, sicché – per cortesia - ...si astenga da ulteriori vane richieste. Se prima il P.G. riteneva di potere comunicare all'esponente: «*archivio perché ...archivio*»; ora potrà rispondergli tra le righe: «*Vuolsi così colà dove si puote / ciò che si vuole, e più non dimandare*», lasciandolo nell'«*inferno*» dell'ignoranza e trincerandosi dietro lo schermo del silenzio.

Di fatto l'ordine di servizio n. 44/2019 provocherà due sicuri risultati: una pesante deflazione tanto degli esposti quanto delle sanzioni disciplinari irrogate, da una parte, e un più che proporzionale senso di sfiducia e di smarrimento nei confronti della Magistratura tutta, dall'altra. Infatti, con una disposizione di carattere interno emessa dallo stesso P.G. (in ragione della struttura gerarchica del suo ufficio), tale 'ordine' di servizio porta a definitivo compimento il disegno (già in nuce nella riforma Mastella, se erroneamente interpretata) dell'archiviazione predisciplinare come atto amministrativo (v. *retro sub* par. n. IV.), tuttavia affidato soltanto alla libera valutazione del suo autore, non impugnabile⁴², interamente inaccessibile da parte del denunciante e sottratto a qualunque effettivo controllo giuridico e sociale (v. *retro sub* par. n. III.): un *unicum* parossistico nel panorama delle archiviazioni tutte (v. *retro sub* par. n. II.) e della gestione del potere.

Data la gravità degli effetti, diventa impellente allora verificare le ragioni che hanno consigliato al P.G. la svolta per la statuita segretezza totale dell'archiviazione nei confronti del denunciante. Mentre s'ignora il contenuto del citato art. 15 dell'ordine di servizio n. 1 del 2019 (non pubblicato sul sito della P.G.) pur richiamato nel testo dell'ordine di servizio, si sono già esposte le gravi criticità che inficiano la citata decisione del C.D.S. su cui fa esplicito perno l'ordine stesso (v. *retro sub* par. VII.

Non pago delle ragioni esposte dal G.A., il P.G. ne aggiunge altra di proprio conio⁴³, che forse si può riassumere in questi termini: stabilito che all'autore della segnalazione disciplinare si debba comunque rispondere, la mancata

⁴² È invece impugnabile al T.A.R., ad opera del denunciante, il provvedimento di archiviazione emesso dal Consiglio di Presidenza del C.D.S. a seguito di segnalazione disciplinare nei confronti di un magistrato amministrativo: v. *retro sub* nota n. 4.

⁴³ «...perché questa comporterebbe, sia pure indirettamente e per converso, l'ostensione dell'eventuale esercizio dell'azione disciplinare, notizia da reputarsi riservata, salvo i casi dell'adozione da parte della Sezione disciplinare di misure cautelari e dell'inizio della fase pubblica del relativo procedimento».



esternazione dell'archiviazione rivelerebbe (*«indirettamente e per converso»*) che in quel determinato caso, anziché l'archiviazione, è stata esperita l'azione disciplinare, anche quando essa sia ancora coperta dal segreto. Se si sia bene inteso, la replica a tale obiezione è agevole: al pari del G.I.P. o del P.M. ex art. 116 c.p.p., il P.G. adempirebbe il proprio dovere se, avendo optato motivatamente per l'inazione, ne rilasci copia integrale al denunciante che la chiede. Qualora invece abbia esperito l'azione disciplinare, egli non potrà ...esternare alcuna archiviazione né altra notizia, giacché l'ordinamento gli impone il segreto. Il che è esattamente quel che avviene in ogni caso di archiviazione: *«Dall'interpretazione coordinata degli artt. 116 e 329 c.p.p. si ricava che i casi nei quali l'interessato non può ottenere il rilascio riguardano gli atti coperti dal segreto investigativo»*⁴⁴. Inoltre, la mancata risposta alla richiesta di ostensione potrebbe indurre nel denunciante la convinzione che il P.G. non voglia archiviare, o non abbia archiviato; ma neppure può rivelare che il magistrato indagato sia stato tratto a giudizio davanti alla S.D., giacché, all'esito delle indagini, il P.G. può invocare dalla S.D. la declaratoria di non luogo a procedere (art. 17, 2° del D.P.R. n. 109 del 2006). Del resto non sarebbe scorretto il P.G. se nella predetta situazione, volendo esperire l'azione disciplinare, comunicasse al postulante denunciante *«che l'esposto costituisce oggetto di valutazione»*.

Pertanto, l'argomento addotto dall'ordine di servizio non è dirimente, essendo invece certamente contraria al principio di trasparenza la negata ostensione della disposta archiviazione.

Comunque - se si astrae dalle riferite contestazioni di merito - per quanto attiene alla richiesta di ostensione proveniente dal denunciante, l'ordine di servizio è almeno coerente con la predetta sentenza del T.A.R. confermata dalla sentenza del C.D.S. n. 2309 del 6 aprile 2020; e lo è a tal punto che, per conformarsi ai suoi *dicta*, il P.G. ha doverosamente mutato il proprio decennale orientamento (di cui implicitamente riconosce la grave contraddittorietà): ormai il denunciante non potrà conoscere neppure che il suo esposto sia stato archiviato.

VIII. B. COPIA RICHIESTA DA ALTRI SOGGETTI

Per il caso in cui la richiesta di ostensione provenga da soggetto diverso dall'esponente (e segnatamente da magistrati denunciati, dal Consiglio Superiore della Magistratura, dai Consigli Giudiziari, da altre istituzione pubbliche oppure dall'Associazione Nazionale Magistrati), con l'ordine di servizio n. 44/2019 il P.G. ha stabilito che, *«tenuto conto delle situazioni giuridiche eventualmente vantate dai richiedenti si impone una valutazione che tenga conto delle ragioni e della finalità della richiesta»*⁴⁵.

È di tutta evidenza che, in queste evenienze, il P.G. proclama il potere insindacabile (non solo di archiviare, ma anche) di rilasciare o non copia del provvedimento d'inazione, senza predeterminazione di alcun criterio (oggettivo o funzionale) di valutazione. Ma soprattutto in tal modo il P.G. proclama il proprio potere di eludere non solo l'*intentio legislatoris* della riforma Mastella (v. *retro sub* par. IV.), ma anche i principi che ammettono l'accesso documentale e perfino quello generalizzato, sebbene disciplinati da disposizioni di legge le cui eccezioni sono di

⁴⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, pag. 157

⁴⁵ Tale valutazione è affidata al P.G. stesso ovvero (nel solo caso in cui la richiesta provenga dal magistrato denunciato) all'Avvocato generale dirigente del Servizio disciplinare.



stretta interpretazione⁴⁶. Nel nostro ordinamento a nessuna autorità è consentito di negare genericamente l'accesso (documentale e generalizzato) «*tenuto conto delle situazioni giuridiche eventualmente vantate dai richiedenti*», in forza di «*una valutazione che tenga conto delle ragioni e della finalità della richiesta*», perché l'ostensione è puntualmente disciplinata, in via generale e vincolante, da puntuali disposizioni di legge⁴⁷, a fronte delle quali si ergono diritti soggettivi. D'altronde, se in seno all'ordine di servizio il P.G. avesse rinviato *tout court* alle predette disposizioni di legge, difficilmente egli avrebbe potuto escludere dall'ostensione il postulante denunciante; esclusione che evidentemente resta il suo obiettivo primario. Sul punto l'ordine di servizio in esame è già stato smentito dalla ricordata sentenza del T.A.R. con cui di recente è stato ammesso l'accesso civico difensivo del denunciante (v. *retro sub par. n. VII.C*).

Come se non bastasse, la tesi fatta propria dall'ordine di servizio presta il fianco a due ulteriori valutazioni critiche.

- a) Ben vero, qualora non acceda alla richiesta di ostensione, il rifiuto della Procura Generale troverà avallo nella più volte menzionata decisione del G.A., che (salvo augurabili ripensamenti⁴⁸) respingerà perciò il ricorso per l'accesso generalizzato eventualmente esperito, per esempio, (dal denunciante o) dal magistrato denunciato. Ma se, in ossequio a quanto prestabilito dall'ordine di servizio, il P.G. rilasci copia dell'archiviazione (per esempio) al magistrato indagato, la condotta della Procura entrerà in frontale conflitto con la ricordata sentenza del T.A.R. (confermata dal C.D.S.: v. *retro sub par. VII.* , sebbene richiamata in seno all'ordine di servizio. Infatti (come si è visto) secondo il G.A. osta all'ostensione *erga omnes* dell'archiviazione l'art. 4, comma primo, lett. i), del D.M. del Ministro della Giustizia 25 gennaio 1996, n. 115, nella parte in cui sottrae all'accesso la documentazione attinente a procedimenti penali e disciplinari ovvero utilizzabile ai fini dell'apertura di procedimenti disciplinari, trattandosi di norma applicabile anche ai magistrati ordinari, in quanto rileva il rapporto di dipendenza lavorativa presso il Ministero, non anche il rapporto di dipendenza gerarchica (*retro sub par. VII.B*). In altri termini, il P.G. rivendica il proprio potere di 'concedere' l'esternazione dell'archiviazione anche in contrasto con la decisione del T.A.R. (confermata dal C.D.S.) che, accogliendo le sue stesse deduzioni, ha statuito che l'archiviazione non è mai ostensibile *erga omnes*, in forza di un'eccezione oggettiva al principio generale della trasparenza. A questa stregua, tuttavia, è evidente che l'ordine di servizio rappresenta il progetto e il manifesto di una programmata disparità di trattamento. In ossequio alla sentenza del G.A., il P.G. si autodisciplina prevedendo che respingerà sempre le istanze di accesso del denunciante. Al contempo, però, egli proclama il proprio potere di violare caso per

⁴⁶ Si richiamano qui le recenti statuizioni dell'Adunanza Plenaria del C.D.S. soprattutto in tema di accesso civico generalizzato (*retro sub par. 0*). Non meno vincolante è la disciplina dell'accesso documentale.

⁴⁷ Nessuna di tali disposizioni è richiamata in seno all'ordine di servizio; tutto teso a individuare autonomamente la *regula iuris* a fronte della richiesta di ostensione, sol distinguendo a seconda che essa provenga dal denunciante ovvero da altri soggetti.

Le ascendenze culturali del provvedimento in esame si individuano agevolmente nella tesi, esposta in sede dottrina, da L. SALVATO, Procuratore Generale Aggiunto presso la Suprema Corte, secondo cui la conoscenza dell'intero provvedimento di archiviazione predisciplinare è *tout court* legittimamente e necessariamente preclusa al denunciante, al magistrato indagato, al Consiglio Giudiziario, all'A.N.M. e perfino al C.S.M. (*op. cit. retro sub nota n. 14*). Mentre il Salvato individua così una regola uniforme di esclusione (ancorché agevolmente confutabile e addirittura eversiva), l'ordine di servizio in discussione lascia al P.G. la scelta insindacabile sulla decisione da adottare volta per volta in tutti i casi in cui a chiedere la copia dell'archiviazione non sia il denunciante. Entrambe le impostazioni significativamente confluiscono nell'impedire al denunciante di avere contezza del contenuto dell'archiviazione. Escludendo *erga omnes* qualunque esternazione dell'archiviazione, la tesi di Salvato ha ispirato la sentenza del T.A.R. e del C.D.S. (v. *retro sub par. 0*); da cui si discosta ora l'ordine di servizio del P.G. (come si chiarisce nel testo), ma soltanto per proclamare il potere *absolutus* di esternazione nei confronti di postulanti diversi dal denunciante.

⁴⁸ Come è avvenuto con la sentenza del T.A.R. Lazio n. 7333/2020 del 11 dicembre 2020 (v. *retro sub par. 0*).



caso, e senza predeterminazione di alcun criterio, l'unitario *dictum* della stessa sentenza, allorché l'istanza di ostensione sia presentata da soggetti diversi dal denunciante. E resterà incomprensibilmente irragionevole che, per esempio, una determinata archiviazione predisciplinare sia rilasciata in copia integrale all'Associazione Nazionale Magistrati, dopo essere stata rifiutata al denunciante. Perché soltanto costui (Utente finale della Giustizia, *soi-disant* 'testimone' oculare delle nequizie del magistrato esposte nella segnalazione) che si è dato carico di provocare il controllo disciplinare (v. *retro sub* par. n. II.), viene inteso e trattato come temibile *hostis*, negandogli la conoscenza del (pur motivato) provvedimento adottato, che scagiona il magistrato accusato?

- b) La seconda criticità si compendia in una domanda: davvero il P.G. potrebbe legittimamente negare la copia dell'archiviazione perfino al Consiglio Superiore della Magistratura che la richieda? Mentre la decisione del T.A.R. e del C.D.S. non tratta tale questione, la risposta negativa si impone sia perché, anche dopo la riforma Mastella, la potestà disciplinare resta saldamente in capo al C.S.M. (artt. 105 e 107 Cost.), sia perché non si sottrae al controllo consiliare neppure il P.G., non essendo *absolutus* il suo potere – dovere sia di agire disciplinarmente, sia di rispettare la normativa sull'accesso (documentale o generalizzato), che non ammette alcuna discrezionalità. D'altronde, sul punto si è espresso autorevolmente lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura. Con una delibera del 5.3.2014⁴⁹ ed in coerenza con le sue coraggiose prese di posizioni⁵⁰, esso ha deciso sia «nel senso che le disposizioni richiamate, che definiscono i contenuti del principio generale di trasparenza amministrativa e consentono alle amministrazioni di rendere pubblici atti per i quali non sia prescritto uno specifico obbligo di pubblicità, risultano applicabili anche all'attività del Consiglio Superiore della Magistratura»; sia che «l'art. 4 d.lgs. n. 33/2013, nell'indicare i limiti alla trasparenza, ha definito un diverso equilibrio tra pubblicità e riservatezza rispetto al sistema previgente nel quale prevaleva l'esigenza della riservatezza (tutela dei dati personali) su quella della conoscibilità diffusa (trasparenza), attraverso un sistema di pubblicità limitata in cui si è dato maggior peso alla tutela dei dati personali». La spontanea ricezione da parte del C.S.M. del «principio generale di trasparenza amministrativa» consente d'individuare nella citata delibera un rinvio completo (cioè dinamico) all'intera nuova disciplina dell'accesso, ivi compreso l'accesso civico generalizzato introdotto con il D. lgs. n. 97 del 2016. D'altronde, da tempo lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura ha individuato nell'archiviazione un atto amministrativo, come tale revocabile ad opera del P.G. stesso e perciò soggetto alla disciplina dell'accesso (anche) generalizzato⁵¹. Si è altresì rammentato che la proposta di archiviazione elaborata dalla Prima commissione consiliare ai sensi dell'art. 2 della L. sulle Guarentigie è pubblicata sul sito ufficiale del C.S.M. e che il conseguente dibattito del Plenum è trasmesso in diretta da Radio Radicale (V. *retro sub* par. II.). Sembra

⁴⁹ Pratica num. 133/VA/2013; prot. P 4174/2014.

⁵⁰ L'attenzione per la trasparenza e la pubblicità ha sempre caratterizzato le scelte del C.S.M. L'art. 34 del Regio Decreto Legislativo 31 maggio 1946, n. 511 (Guarentigie della Magistratura) prevedeva che il dibattimento davanti alla Sezione Disciplinare si svolgesse sempre a porte chiuse, ritenendosi che in tal modo fosse meglio tutelato il prestigio della Magistratura. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 12/1971, aveva ritenuto legittima tale disposizione. Tuttavia, coraggiosamente - con delibera 5 luglio 1985 - il C.S.M. decise che tale disposizione fosse stata abrogata dall'art. 6, 1° della CEDU, sicché il dibattimento dovesse svolgersi a porte chiuse soltanto per specifiche ragioni.

Legislativamente la regola della pubblica udienza è stata statuita prima dall'art. 6 della L. n. 158 del 1958 e poi dal vigente art. 18 del D. lgs. n. 109 del 2006.

⁵¹ C.S.M., ordinanza n. 87 del 2010 - RGN 205/2009: «L'archiviazione disposta dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 16, comma 5 bis, D. Lgs. n. 109/2006, costituendo un atto amministrativo e non giurisdizionale, perché non rimessa al vaglio di un giudice terzo, non preclude il successivo esercizio dell'azione disciplinare in ordine al medesimo fatto né al Procuratore Generale e nemmeno al Ministro della Giustizia, il quale può quindi promuovere la stessa entro l'anno dalla conoscenza circostanziata della vicenda, anche prescindendo dall'esercizio dei poteri concessigli dall'art. 16, comma 5 bis, che pur avrebbe potuto esercitare, comprimendo, però, in tal caso, le garanzie dell'incolpato, che si sarebbe visto direttamente tratto a giudizio». V. *retro sub* par. 0



logico desumere che al proclamato obbligo di trasparenza siano astretti, di certo in non minor misura, il P.G. ed il Ministero, in quanto titolari di funzioni di mera propulsione rispetto al potere sanzionatorio riservato al Consiglio Superiore della Magistratura (artt. 105 e 107 Cost.). Davvero impensabile che il principio di trasparenza - proclamato ed attuato dal Consiglio Superiore della Magistratura - non si estenda agli atti del P.G. (tra l'altro, membro di diritto del C.S.M.) e del Ministero che, con l'archiviazione, motivatamente 'filtrano' le *notitiae* disciplinari. Se la 'casa' del Consiglio Superiore della Magistratura vuole essere trasparente, tale dev'essere anche quella del P.G., specialmente allorché motivatamente opta per l'inazione. Se fosse opaco il 'filtro' affidato all'obbligo giuridico del P.G., non potrebbe considerarsi effettivamente trasparente - e costituzionalmente legittima - l'intera attività disciplinare consegnata dall'art. 105 alla responsabilità esclusiva del Consiglio Superiore della Magistratura, anche quando venga esperita l'azione disciplinare. Si può ammettere *oborta gula* che, a seguito della Riforma Mastella, sia (diventato) sostanzialmente 'discrezionale' e insindacabile il potere di iniziativa disciplinare in capo al P.G., ma l'*intentio* del legislatore riformatore si è espressa nel senso di imporre al P.G. l'obbligo di 'rispondere' alla 'domanda' sanzionatoria dell'Utente finale della Giustizia, sicché non può negarsi l'integrale trasparenza dell'archiviazione quanto meno nei confronti del denunciante e del magistrato indagato, oltre che del C.S.M., quale minima garanzia di doverosa e imparziale applicazione delle sanzioni disciplinari da parte del C.S.M. (v. *retro sub* par. IV. . Sarebbe inutile la trasparenza dei provvedimenti sanzionatori della Sezione Disciplinare, se restassero esoterici i provvedimenti di archiviazione emessi dal P.G.

IX. SPUNTI DI TEORIA GENERALE

Il potere disciplinare, generalmente considerato nei suoi esiti (archiviazione, improcedibilità o condanna), di norma si inserisce in un rapporto che corre esclusivamente tra il soggetto tenuto a rispettare alcune regole di condotta e l'autorità che ne deve controllare l'osservanza, per il raggiungimento di taluni fini. Normalmente le regole di disciplina, mirando a creare un *habitus* professionale, costituiscono un avamposto di legalità, nel senso che il loro puntuale rispetto tendenzialmente impedisce violazioni di legge non solo penale ma anche civile, e conseguente responsabilità della stessa P.A. (art. 28 Cost.). Il soggetto che si sente 'danneggiato' dalla violazione della fattispecie disciplinare ha soltanto il potere di denunciarla all'autorità tenuta a fare rispettare il precetto disciplinare, restando tuttavia estraneo al procedimento disciplinare e ai suoi esiti, quali che siano. Non può fare valere le proprie ragioni e non può impugnare l'eventuale archiviazione, ancorché costituisca un provvedimento di natura amministrativa, giacché di norma non potrebbe ricevere alcuna concreta utilità dall'irrogazione della sanzione disciplinare.

Stando così le cose, appare evidente che l'effettività e la legittimità del concreto esercizio del potere sanzionatorio è affidata esclusivamente alla correttezza e alla sensibilità giuridica del soggetto cui esso è attribuito per legge. Qualunque sia la motivazione dell'archiviazione, il denunciante non può vantare alcuna pretesa alla condanna disciplinare.

Di per sé, dunque, il potere disciplinare riconosce come interessati (o controinteressati) soltanto i soggetti denunciati, sicché esso resta inevitabilmente del tutto solitario e autoreferenziale in caso d'inazione. Questo è il limite strutturale della funzione disciplinare: fino a quando non venga esperita con l'incolpazione l'azione nei confronti del denunciato, il titolare del potere disciplinare non deve 'misurarsi' con alcuno, neppure con il denunciante; dopo l'incolpazione, a resistere rimane soltanto l'incolpato non potendo neppure interloquire - e tanto meno impugnare - il denunciante. Si comprende agevolmente che un sistema siffatto naturalmente favorisce di per sé l'archiviazione a scapito dell'incolpazione.



A poco giova che la legge renda obbligatoria l'azione disciplinare o penale, se tale dovere sia presidiato da una norma imperfetta, priva cioè di un qualunque effettivo e reale controllo.

Nel settore penale, a questa situazione si è posto radicale rimedio, affidando al G.I.P. il controllo sull'archiviazione postulata dal P.M., a seguito di un travagliato percorso.

Analogamente, nel settore disciplinare, la Riforma Castelli, imponendo al P.G. l'obbligo di agire, aveva assegnato soltanto al giudice disciplinare, e cioè alla S.D., la possibilità di prosciogliere l'indagato.

Prevedendo invece l'archiviazione diretta del P.G., la Riforma Mastella si è prestata di per sé a varie interpretazioni da parte del P.G., tutte tese a celare comunque la motivazione dell'inazione al denunciante: da quella più remota, secondo cui egli comunicava al denunciante solo l'*an* dell'archiviazione, omettendo il *quomodo*, cioè la motivazione; all'interpretazione più recente, secondo cui anche l'accesso all'*an* viene rifiutato, come statuito con l'ordine di servizio esaminato.

A questo punto le cose, si scopre agevolmente l'incaglio logico della questione. Escluso che la conoscenza dell'archiviazione possa danneggiare il giudice denunciato (che anzi potrà legittimamente gloriarsene), è altrettanto pacifico che, qualunque sia il tenore dell'archiviazione, essa non potrebbe essere comunque impugnata dal denunciante, come sopra chiarito, mentre si è visto quanto poco valga il potere d'interdizione del Ministro. Non resta allora che una sola spiegazione ragionevole: il P.G. intende gestire autonomamente e segretamente il potere di archiviare. Più precisamente, come si deduce dall'ordine di servizio, egli teme sempre che il provvedimento d'inazione sia 'giudicato' dal denunciante (unico effettivo controinteressato di fatto), ancorché egli sia privo di qualunque potere di reazione giuridica. Se a postulare l'accesso siano invece altri soggetti (magistrato denunciato, Consiglio Superiore della Magistratura, A.N.M., altri enti), il P.G. si riserva il potere di esternare l'archiviazione volta per volta; e possiamo presumere che consentirà l'accesso soltanto nei casi in cui l'archiviazione sia stata adeguatamente motivata.

Si è già visto tuttavia che l'ordine di servizio viola sia l'*intentio legislatoris*, volto a riconoscere al denunciante il «*diritto alla risposta*» (v. *retro* sub par. IV.), sia le disposizioni sull'accesso documentale (come statuito dall'ultima decisione del T.A.R.: v. *retro* sub par. VII.C) e su quello generalizzato.

Infine, l'interprete non può sottrarsi a una domanda finale: davvero l'esternazione dell'archiviazione è utile? Ebbene la risposta è certamente affermativa, nel senso che l'esternazione della motivazione dell'archiviazione consente di valutare quanto meno l'operato del soggetto tenuto ad esercitare il potere disciplinare: proprio quello che vuole impedire il P.G. con l'ordine di servizio.

Il nostro sistema ammette archiviazioni non giustiziabili, ma aborrisce quelle segrete o discrezionalmente segrete.

X. SINTESI

L'analisi fin qui svolta approda alle seguenti conclusioni.

- a) L'unica interpretazione costituzionalmente accettabile della Riforma Mastella è quella - corrispondente all'*intentio legislatoris* rivelata chiaramente dai lavori preparatori e coerente con la disciplina delle altre archiviazioni - secondo cui al diritto del denunciante d'invocare il controllo disciplinare, corrisponde il



dovere speculare del P.G. di ‘rispondere’, e quindi di palesare al denunciante e al denunciato l’archiviazione da essi richiesta (*retro sub* par. IV. . Dal sistema si deduce altresì che analogo dovere incombe sul P.G. nei confronti del Consiglio Superiore della Magistratura, qualora ne faccia istanza.

- b) Soltanto in subordine, restando insuperabili le criticità dell’orientamento negativo espresso dal C.D.S., l’archiviazione (in quanto provvedimento amministrativo) è integralmente accessibile ai sensi della disciplina dettata in tema di accesso documentale e generalizzato (*retro sub* par. n. V. .
- c) Pertanto non può accettarsi la mobile frontiera della segretezza, eretta dal P.G.:
 - a. per anni nella ostensione del solo dispositivo dell’archiviazione, rifiutando illegittimamente la comunicazione della motivazione;
 - b. in sede giudiziaria nella successiva proclamazione dell’assoluta segretezza *erga omnes* dell’intera archiviazione, postulata con successo davanti al C.D.S., non appena fu rilevata l’insostenibilità di una velatezza parziale;
 - c. in seno al recente ordine di servizio alla cui stregua, ferma la segretezza assoluta dell’archiviazione nei confronti del denunciante già confutata dalla sentenza del T.A.R. Lazio n. n. 13332/2020 (v. *retro sub* par. VII.C), il P.G. non intende neppure conformarsi alle pur propuguate statuizioni della sentenza del T.A.R. n. 5714 del 7 maggio 2019 (confermata dal C.D.S.), nei casi di ostensione dell’archiviazione richiesta da altri soggetti.
- d) In definitiva l’‘ordine’ di servizio in questione si rivela *contra* o *praeter legem*, nella misura in cui regola l’esternazione dell’archiviazione autonomamente, astraendo cioè dai vincoli stabiliti sia dalla stessa riforma Mastella (correttamente interpretata), sia dalla legislazione sull’accesso (documentale o civico), sia dalle decisioni emesse nella materia dal G.A.
- e) Una pur minima ricostruzione sistematica del potere disciplinare (v. *retro sub* parr. II. IX). rende evidente che, nel nostro ordinamento, l’archiviazione può essere persino fittiziamente motivata (restando incensurabile), ma non può mai essere legittimamente segreta, rendendo così impossibile il ‘giudizio’ sul suo autore.

Il principio generale di trasparenza (che, specialmente in tema di accesso generalizzato, incardina diritti soggettivi) va preso sul serio, da tutti; e massimamente in un tornante della Storia in cui, a causa dell’ultimo clamoroso scandalo, è gravemente compromesso il rapporto fiduciario tra gli Utenti finali della Giustizia e la Magistratura.

Devono finalmente essere abbandonati «... *schemi obsoleti, ereditati dalla legislazione anteriore e ancora attivi dopo l’entrata in vigore della Costituzione, imperniati sull’idea, che rimandava ad antichi pregiudizi corporativi, secondo cui la miglior tutela del prestigio dell’ordine giudiziario era racchiusa nel carattere di riservatezza del procedimento disciplinare*» (Corte Costituzionale, sent. n. 497/2000).

Non è accettabile – e desta scalpore - che mediamente ogni anno oltre 1260 archiviazioni (il 91,6% dell’intera produzione disciplinare annua del P.G.) siano destinate al definitivo oblio, sebbene conoscerne la motivazione è tanto importante quanto apprendere le ragioni (a tutti accessibili) per cui le sanzioni vengono disposte dalla Sezione Disciplinare del C.S.M. Viene così, per altro, sprecato un formidabile patrimonio di esperienza giuridica, che potrebbe servire alla conoscenza e allo sviluppo dogmatico di questa importante branca del diritto.

Gli *arcana imperii* e gli *arcana maiestatis* possono ‘infettare’ il Potere; soltanto la trasparenza lo ‘immunizza’.

«Datemi il giudice che volete, parziale, corrotto, anche mio nemico, purché non possa procedere ad alcun atto fuori che dinanzi al pubblico»⁵².

⁵² GABRIEL HONORÉ MIRABEAU – *Essai sur le despotisme*, Londres, 1775.



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


**Pacini
Giuridica**