

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore

Renato Rordorf

Vicedirettore

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

Comitato di redazione

Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

Comitato scientifico

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

Segretaria di redazione

Fernanda Torres

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Renato Rordorf
direttore responsabile:	Andrea Meccia
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

IV trimestre 2017 - chiuso in redazione in febbraio 2018

Sommario

Editoriale		
di <i>Renato Rordorf</i>	Pag.	3
Introduzione. Una prospettiva è possibile per un compleanno difficile		
di <i>Vincenza (Ezia) Maccora</i>	”	6
Il modello ordinamentale delineato dalla Carta costituzionale		
Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale		
di <i>Gaetano Silvestri</i>	”	19
La discrezionalità del Consiglio: una prerogativa irrinunciabile dell'autogoverno o un peso insostenibile per la magistratura?		
di <i>Mariarosaria Guglielmi</i>	”	30
60 anni di vita: la struttura e le nostre rughe		
di <i>Marco Patarnello</i>	”	37
Il dovere di rendere conto		
di <i>Giuseppe Cascini</i>	”	45
Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm: una questione politico-costituzionale		
di <i>Luca Geninatti Satè</i>	”	49
Discrezionalità e responsabilità: la “carriera”		
Soggetti soltanto alla legge. I magistrati e le carriere		
di <i>Riccardo De Vito</i>	”	58
Le nomine dei dirigenti: banco di prova per la difesa dell'autogoverno		
di <i>Rita Sanlorenzo</i>	”	66
La conferma del dirigente: dall'analisi dei dati alla ricerca di una credibile prospettiva		
di <i>Daniele Cappuccio</i>	”	71

Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm: una questione politico-istituzionale

di Luca Geninatti Satè

L'articolo esamina il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm come questione politico-costituzionale, ossia come tema che non può essere ridotto al problema di diritto amministrativo della soggezione degli atti del Consiglio al sindacato del giudice amministrativo (come se fossero provvedimenti amministrativi *tout court*), ma deve fondarsi sul riconoscimento del ruolo costituzionale del Csm.

Sono quindi ricostruite le caratteristiche essenziali di questo ruolo, conducendo a delineare la funzione del Csm come rivolta alla garanzia della funzione giurisdizionale; ed è da questo ruolo costituzionale del Consiglio superiore che sono ricavati i limiti al sindacato giurisdizionale sui suoi atti.

1. Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm come questione politico-costituzionale

Il tema del sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio superiore della magistratura ha assunto le caratteristiche di un problema soprattutto perché è stato tradizionalmente ridotto a una questione di diritto amministrativo, trascurandone l'essenziale componente politico-costituzionale.

L'origine di questa distorsione sta nell'aver assimilato i provvedimenti del Csm ai provvedimenti amministrativi *tout court*, configurandone perciò il sindacato in termini del tutto analoghi al giudizio sugli atti degli organi amministrativi (sia con riguardo alla giurisdizione, sia con riferimento al procedimento e – soprattutto – ai vizi deducibili).

Questa assimilazione è dovuta al fatto che il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm

è stato assorbito nel quesito sulla loro giustiziabilità: e poiché dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 44/1968¹ (estensore Mortati) si è consolidato l'orientamento secondo cui l'art. 24 Cost. determina il necessario assoggettamento di tutti gli atti dell'ordinamento a forme di controllo giurisdizionale (attuando quella caratteristica dello Stato di diritto contemporaneo puntualmente identificata da Leopoldo Elia nella tendenza a «*dissolvere, quanto alla tutela dei diritti, gli ordinamenti particolari nell'ordinamento generale*»²), si è ritenuto che l'aver sancito la giustiziabilità dei provvedimenti del Csm esaurisse il problema del sindacato giurisdizionale sui suoi atti.

In realtà, questo problema riguarda l'identificazione dei limiti cui il sindacato giurisdizionale è sottoposto, e dunque la delimitazione dei suoi confini (o, secondo i termini più d'uso nella dottrina amministrativa, della sua ampiezza e profondità)³, mentre le teorie che si sono sviluppate nel periodo post-costituzio-

1. Corte cost., 30 aprile 1968, n. 44.

2. L. Elia, *Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 709.

3. Cfr., in questo senso, già M. Midiri, *Deliberazioni del Csm e sindacato giurisdizionale*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001, p. 220; v. anche L. Pepino, *Riforma dell'ordinamento giudiziario e Consiglio superiore della magistratura*, *ivi*. In argomento, e per la connessione fra il ruolo costituzionale delle funzioni del Csm e l'esercizio del controllo giurisdizionale sui relativi atti, F. Sorrentino, *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, in G. Campanelli (a cura di), *Controllare i giudici? (Chi, come, cosa, perché)*, Torino, 2009.

nale (anche successivamente alla citata sentenza della Corte costituzionale), unitamente alla giurisprudenza amministrativa affermatasi al riguardo, si sono concentrate sul primo segmento della questione, trascurandone il secondo.

Questa riduzione del problema più ampio a solo una delle sue componenti ha anche generato alcuni errori nella soluzione dell'altra, con la conseguenza che il tema dei limiti al sindacato giurisdizionale non solo non è stato affrontato in termini analitici precisi, ma si è talora ritenuto di risolverlo come semplice corollario della necessaria giustiziabilità.

Dalla necessaria soggezione a controllo giudiziario dei provvedimenti del Consiglio superiore si è così dedotta la loro assimilazione ai provvedimenti amministrativi, con la conseguenza che, anche a causa di una impropria sovrapposizione fra l'art. 24 Cost. (come fonte della necessaria giustiziabilità di tutti gli atti dell'ordinamento) e l'art. 113 Cost. (fonte, invece, della soggezione al giudice di tutti i provvedimenti amministrativi), «è sembrato passaggio obbligato l'affermazione del ... carattere amministrativo [dei provvedimenti del Csm] per sostenerne la impugnabilità»⁴.

Questo nesso ha perciò ostacolato una ricostruzione autonoma dei limiti al sindacato giurisdizionale, fondata essenzialmente sul ruolo costituzionale del Consiglio superiore della magistratura.

La riduzione degli atti del Csm alla generalità dei provvedimenti amministrativi, come presupposto dell'estensione ai primi del sindacato giurisdizionale tipico dei secondi, è d'altra parte avvenuta prescindendo dal fatto che il controllo giudiziario degli atti dell'Amministrazione fu concepito in un contesto (storico, giuridico e culturale) cui era estraneo il problema di sottoporre a giudizio gli atti degli organi costituzionali, riportando sostanzialmente l'attività del Consiglio superiore al periodo in cui essa si configurava come segmento dell'amministrazione della giustizia⁵, degradandone il ruolo costituzionale.

Il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm deve quindi essere ricondotto all'analisi dei limiti cui è sottoposto il controllo giudiziario (con particolare riguardo ai vizi deducibili in giudizio e, dunque, all'estensione del sindacato stesso), elidendo l'errato

presupposto – sulla base del quale si ritiene risolto questo problema semplicemente affermando la giustiziabilità dei provvedimenti consiliari – che la soggezione all'art. 24 Cost. comporti anche l'applicazione dell'art. 113, e dunque superando l'assimilazione fra i provvedimenti del Consiglio e la generalità dei provvedimenti amministrativi come condizione essenziale per garantire l'attuazione del diritto di difesa in giudizio (essendo i primi sindacabili, ex art. 24 Cost., anche se non identificabili nei secondi⁶).

In questa prospettiva, il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm si fonda sulla individuazione dei limiti che il ruolo costituzionale del Consiglio genera sull'ampiezza del sindacato, anziché sulla trasposizione di questi limiti da quelli che riguardano i provvedimenti amministrativi in generale.

2. Il ruolo costituzionale del Csm e il governo della magistratura come strumento per la garanzia della funzione giurisdizionale

Le attribuzioni del Csm sono state tipicamente ricondotte a una forma di riserva, stabilita dalla Costituzione a favore dell'organo consiliare, funzionale a sottrarre la magistratura ordinaria dall'indirizzo politico dell'Esecutivo⁷ e, di qui, a precostituire le condizioni essenziali per l'esercizio della giurisdizione in modo indipendente e imparziale.

È nitida, in questo senso, la posizione della giurisprudenza costituzionale, secondo la quale «la Costituzione riserva, e vuole sia riservata, per quanto attiene allo stato giuridico dei magistrati dell'ordine giudiziario» una «disciplina diversificata», «sia garantendo loro direttamente l'inamovibilità, nei sensi e alle condizioni di cui all'art. 107, comma primo, sia sottraendoli, anche per quel che concerne tutte le vicende del predetto stato, ad ogni dipendenza da organi del potere esecutivo»: «strumento essenziale di siffatta autonomia, e quindi della stessa indipendenza dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, che essa è istituzionalmente rivolta a rafforzare, sono le competenze attribuite al Consiglio superiore dagli artt. 105, 106 e 107 Cost., nelle quali deve rien-

4. F.G. Scoca, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, in *Riv. Proc. Amm.*, 1987, p. 25.

5. Sia consentito rinviare a L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Giappichelli, Torino, 2012.

6. Cfr. F.G. Scoca, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., p. 26.

7. Cfr. G. Landi, voce *Magistrato (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, v. XXV, Milano, 1975, p. 203; F. Bonifacio-G. Giacobbe, *Art. 104 Cost.*, in G. Branca-A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992, p. 28 ss.; M. Devoto, *Il pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 376.

trare ogni provvedimento che direttamente o indirettamente possa menomarla»⁸.

Sebbene le competenze del Consiglio superiore siano storicamente originate da un contesto essenzialmente rivolto alla conservazione delle prerogative di ceto della magistratura, piuttosto che all'attuazione del disegno costituzionale⁹, i modelli descrittivi del ruolo costituzionale del Csm quale organo di garanzia dei principi di autonomia e indipendenza hanno accompagnato l'evoluzione dei suoi caratteri verso la configurazione di un organo preposto alla garanzia della magistratura.

Per definire il ruolo costituzionale del Consiglio, infatti, è opportuno considerare la correlazione tra le attribuzioni ad esso riservate dalla Costituzione e i principi di autonomia e indipendenza dalla magistratura, come avviene quando il Csm, data la funzione attuativa del principio costituzionale di autonomia e indipendenza cui è chiamato, viene rappresentato come organo di garanzia, destinato ad assicurare le garanzie della magistratura attraverso compiti «di attuazione immediata dei principi costituzionali»¹⁰, senza con ciò configurarsi né come vertice organizzativo dell'ordine giudiziario, né come organo di autogoverno¹¹, dovendosi invece considerare come «un organo di governo autonomo rispetto agli altri poteri dello Stato secondo i principi contenuti nell'art. 104 comma 1 della Costituzione»¹², con la conseguenza che l'autonomia dell'organo di governo tutela «direttamente l'autonomia dell'ordine governato»¹³.

L'elemento costitutivo del ruolo costituzionale del Csm diventa quindi la natura delle sue attribuzioni, che si possono configurare come lo strumento co-

stituzionale per la garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, distinguendosi – in forza di tale caratteristica – dalle ordinarie funzioni amministrative per il fatto che esse perseguono il fine costituzionale «di garantire l'autonomia dell'ordine giudiziario e l'indipendenza del singolo» magistrato, attuando «l'imparzialità della giurisdizione»¹⁴.

È dalla natura delle funzioni del Csm che si deduce, quindi, il suo ruolo costituzionale, ricavando dalla strumentalità delle prime in funzione attuativa della Costituzione (in quanto meccanismi per la garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura), la natura del Consiglio quale organo preposto alle stesse garanzie costituzionali.

Questo rapporto strumentale va colto anche nelle funzioni che il Consiglio superiore esercita in materia di formazione e, soprattutto, nei compiti ad esso spettanti in relazione alla carriera dei magistrati, dato il «rapporto tra indipendenza e "valutazione" di professionalità»¹⁵ dei magistrati stessi.

Il fenomeno per cui «nell'esperienza istituzionale italiana il controllo sulla professionalità dei magistrati (a cominciare dal tirocinio sugli uditori è stato, fino alla metà degli anni '60 del secolo scorso, assorbito all'interno dei meccanismi di immissione di avanzamento in carriera e delle correlative valutazioni»¹⁶ non presenta, quindi, soltanto il versante indicativo della lacuna che l'ordinamento giuridico avrebbe registrato nell'introdurre istituti – normativamente disciplinati – per la carriera dei magistrati, ma contiene anche una componente che si radica nella connessione fra regole della progressione di carriera e garanzie dell'indipendenza¹⁷.

8. Cfr. Corte cost., 18 luglio 1973, n. 142, in *Giur. cost.*, pp. 1413 ss.

9. Anche se, com'è stato notato, in Assemblea costituente si volle estromettere il Ministro della giustizia dal governo della magistratura, pur trascurando parzialmente di regolare i conseguenti rapporti fra Csm e Guardasigilli: cfr. S. Sicardi, *Il conflitto di attribuzione tra Csm e Ministro della giustizia*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 31 ss.

10. L. Daga, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Jovene, Napoli, 1973, p. 294.

11. Corte cost., n. 142/1973, cit., ove si precisa che «il cosiddetto autogoverno» è espressione «da accogliersi piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica». Sulla preferibilità del termine "governo autonomo" dell'ordine giudiziario, anziché "autogoverno", per indicare il nesso fra l'autonomia del Csm e la garanzia dell'autonomia dell'ordine giudiziario v. V. Onida, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, Csm e principi costituzionali*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 21 ss.

12. L. Daga, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 290.

13. *Ibidem*. Cfr. anche A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 298.

14. F. Bonifacio-G. Giacobbe, *Art. 104 Cost.*, cit., pp. 28 ss.

15. N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 70.

16. S. Sicardi, *Formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007*, in Id. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Esi, Napoli, 2010, p. 185.

17. In argomento, T. Giovannetti, *La valutazione della professionalità dei magistrati nel quadro dei principi costituzionali*, in F. Dal Canto-R. Romboli (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, 2004, pp. 149 ss.; S. Sicardi, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario*, in Id. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, cit., pp. 57 ss.

In questo senso, dal fatto che la disciplina contenuta nella Costituzione dava «*per presupposto un qualche meccanismo di progressione in carriera all'interno dell'ordine giudiziario*»¹⁸, attribuendo le relative funzioni «*alla competenza del Csm*»¹⁹, e dal fatto che l'interpretazione teleologica (se non quella psicologica) dell'art. 105 Cost., nella parte in cui assegna al Consiglio superiore il compito di deliberare sulle "promozioni", induce a ritenere che la volontà costituente era «*rivolta ad assicurare non solo l'indipendenza verso l'esecutivo (cosiddetta esterna), ma anche verso i magistrati superiori (cosiddetta interna)*»²⁰, deriva il fondamento del ruolo costituzionale del Csm, proprio in ragione della correlazione strumentale tra i compiti del Consiglio in materia di progressione di carriera e l'attuazione dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura (per quanto questa correlazione si sia affermata, verosimilmente, attraverso la stessa "astuzia della storia" che ha condotto il Csm, da organo volto alla difesa delle prerogative storiche "di casta", a strumento per l'attuazione dei principi costituzionali²¹).

È vero che, nel corso dell'attuazione delle norme costituzionali del Titolo IV, e soprattutto dopo l'entrata in vigore della legge n. 195/1958, la progressiva assunzione da parte del Csm di una funzione centrale in materia di carriera e promozioni avvenne principalmente attraverso i discussi poteri "paranormativi" del Consiglio²², e che questo contribuì ad affievolire la percezione di questo nesso, conducendo alla svalutazione dei suoi fondamenti costituzionali, ma ciò è accaduto nel più ampio contesto delle molte distorsioni cui hanno condotto le tormentate vicende interpretative e applicative della stessa legge istitutiva del Csm.

Si può dunque affermare che: (a) nel vigente ordinamento costituzionale il Csm è l'organo preposto alla garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura; (b) esso ha dunque un ruolo costituzionale, nel senso che è chiamato a svolgere compiti strumentali all'attuazione della Costituzione e, in particolare, di quella sua parte volta ad assicurare le prerogative della magistratura e, per questo tramite, ad attuare il principio di imparzialità della giurisdizione²³, come attività rivolta all'attuazione della Costituzione²⁴; (c) questo ruolo costituzionale del Consiglio superiore risulta, anzitutto, dal testo della Costituzione italiana del 1947, perché ricostruendo la natura delle attribuzioni che il titolo IV assegna al Consiglio, e le caratteristiche dei rapporti che la Costituzione disegna fra esso, il Ministro della giustizia e lo stesso corpo giudiziario, si può ricavare una configurazione delle funzioni del Consiglio superiore come strumenti per attuare l'imparzialità della giurisdizione, garantendo l'autonomia dell'ordine giudiziario e l'indipendenza del singolo magistrato²⁵.

Va però riconosciuto che il ruolo assegnato dal testo della Costituzione al Csm non consente ancora di completare il passaggio da un organo destinato a svolgere di compiti di organizzazione amministrativa a un soggetto dotato di funzioni complessivamente rivolte alla garanzia dell'intero sistema costituzionale²⁶.

Il processo non lineare che ha condotto dalla concezione del Csm come organo di natura essenzialmente amministrativa alla sua configurazione come garante dell'autonomia e indipendenza della magistratura si è fondato sulla capacità (propria soprattutto della cultura giuridica e accademica) di valorizzare la Costituzione e pretenderne l'attuazione²⁷, ed è lungo questo processo che si è potuta costruire la saldatura culturale

18. S. Sicardi, *Formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007*, in Id. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, cit., p. 186.

19. cit.

20. Ivi, p. 187; G. Neppi Modona, *Commento agli artt. 101, 102, 104-107, 111 (L'indipendenza della Magistratura ordinaria)*, in Id. (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, 1998, pp. 426 ss.

21. Cfr. M. Dogliani, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in F. Lanfranchi (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.

22. V., sul punto, M. Bertuzzi, *Progressione delle funzioni ed incarichi direttivi negli uffici di merito*, in D. Carcano (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, pp. 50 ss. Cfr. anche, al riguardo e più ampiamente, L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, cit., pp. 114 ss.

23. Cfr. Corte cost., sent. n. 497/2000.

24. Cfr. A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, pp. 279 ss.

25. Cfr. L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, cit., pp. 57 ss.

26. Cfr. cit.

27. M. Dogliani, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 77.

tra la magistratura di formazione positivista e il costituzionalismo²⁸, rendendo la stessa garanzia dell'autonomia la condizione organizzativa che ha consentito lo sviluppo del corpo giudiziario come attore dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale²⁹.

Ma questo passaggio (molto approfondito rispetto alla trasformazione del potere giudiziario da "potere nullo" a "custode della legge"³⁰ e meno studiato con riguardo a quella componente della "amministrazione della giustizia" che si traduce nel governo della magistratura³¹) possiede delle implicazioni anche sulla percezione della natura costituzionale delle funzioni relative all'organizzazione della funzione giudiziaria, perché se, da un lato, la collocazione del Csm nel contesto delle garanzie di autonomia e indipendenza ha costituito il presupposto per l'evoluzione in senso costituzionale della magistratura, dall'altro, simmetricamente, questo ruolo ha indotto, lungo il percorso attuativo del modello costituzionale, la valorizzazione delle attribuzioni del Consiglio superiore, rendendole funzionali alla tenuta complessiva dell'assetto costituzionale.

È in questo senso che il ruolo del Csm definito dall'Assemblea costituente si può considerare l'antecedente del ruolo costituzionale che esso assume in forza dell'attuazione della Costituzione, attuazione che quello stesso ruolo ha consentito e della quale è stato presupposto.

Se, dunque, nel testo della Costituzione il riconoscimento dell'autonomia e indipendenza della magistratura è concepito come il fondamento di un obiettivo di garanzia della funzione giudiziaria non destinato ad esaurirsi solo nelle funzioni del Csm (essenzialmente per evitare che ciò implicasse una separazione del governo della magistratura dall'ordinamento generale, e quindi un governo autonomo

di essa³²), è stato grazie al processo di stratificazione delle interpretazioni e trasformazioni della Costituzione (approdate al progressivo affermarsi della sua applicazione diretta e del suo uso giudiziario³³) che ha potuto compiersi la sostanziale discontinuità rispetto al ruolo del Consiglio superiore nell'ordinamento pre-costituzionale.

Questo processo alimentato dall'evoluzione che hanno conosciuto le concezioni della Costituzione, e i dibattiti sull'effettività stessa della Costituzione (intesa come il problema del fondamento della validità delle Costituzioni in termini politici complessivi³⁴), ha generato una comprensione del ruolo costituzionale del Consiglio superiore della magistratura che risente intimamente delle condizioni storiche, culturali, intellettuali e politiche in cui esso è maturato³⁵.

In questo senso, se il legame con le vicende istitutive del Csm riuscì progressivamente ad affievolirsi a partire dalla fine degli anni '60, lasciando spazio alle ricostruzioni che hanno valorizzato il ruolo costituzionale del Consiglio come strumento per l'attuazione dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura, ciò non è avvenuto (o, almeno, non compiutamente) per le interpretazioni della disposizioni contenute nella legge istitutiva (e, quindi, per le discussioni intorno alla portata precettiva di quelle disposizioni), che hanno invece continuato a conservare un attaccamento molto stretto con quelle vicende³⁶.

Il ruolo costituzionale del Csm, come espressione della sua funzione di garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura (fattori necessari all'attuazione della giurisdizione come garanzia del principio democratico³⁷) lo distingue dalla fisionomia che esso aveva nell'ordinamento pre-costituzionale, allorché la funzione giudiziaria si configurava essen-

28. Cfr. S. Senese, *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, in *Atti del Seminario su «La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale»*, Milano, 1978, pp. 46 ss.

29. M. Dogliani, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 76.

30. Cfr., per tutti, A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. Sicardi (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, cit.

31. Cfr. L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, cit., pp. 1 ss.

32. Cfr. G. Verde, *Garanzie, controlli costituzionali e conflitti nell'esercizio della giurisdizione*, in *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012; A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano, dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, 1999.

33. Sui cui v., in generale, S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione Repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

34. M. Dogliani, *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di "costituzionalismo.it")*, in www.costituzionalismo.it/articoli/157.

35. Cfr. S. Senese, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, cit.; A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2004; D. Piana-A. Vauchez, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Il Mulino, Bologna, 2012.

36. V., sul punto, L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, cit., pp. 93 ss.

37. Cfr. L. Elia, *Politica e costituzione, Lectio Magistralis* in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Accademico 2002-2003 della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università della Calabria, Soveria Mannelli, 2003; A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, cit.

zialmente come mezzo per concorrere all'attuazione dell'indirizzo politico attraverso l'applicazione delle leggi³⁸ (e, conseguentemente, l'interpretazione assumeva il carattere di una deduzione meccanica volta a tradurre nel caso concreto l'indirizzo politico sotteso alla legge).

Si può quindi concettualmente tracciare una simmetria fra, da una parte, la trasformazione della giurisdizione, da strumento di raccordo fra potere legislativo ed esecutivo a limite del potere politico e garanzia del principio democratico, e, dall'altra, la trasformazione del ruolo del Csm, da organo amministrativo preposto all'organizzazione del corpo burocratico dei magistrati a organo costituzionale chiamato ad assicurare le prerogative della magistratura in quanto corpo avviato ad adottare le decisioni giudiziarie in funzione attuativa dell'ordinamento costituzionale.

Mentre nel modello antecedente alla Costituzione italiana la funzione giudiziaria era destinata a garantire il raccordo fra potere esecutivo e potere legislativo, avendo essa il compito di dare attuazione all'indirizzo politico sotteso alla legislazione (e quindi assicurando che l'indirizzo politico delle leggi si perpetuasse nella loro applicazione), e veniva quindi rafforzata dal puntuale e rigoroso isolamento delle funzioni di governo della magistratura da quelle di controllo sull'attività di governo e dell'amministrazione (le prime concentrate nel sistema di Cassazione³⁹, le seconde sottratte al contenzioso amministrativo), nell'ordinamento costituzionale la configurazione della funzione giurisdizionale come limite all'esercizio del potere politico⁴⁰, elevando la giurisdizione, dalla semplice applicazione della legge (come attività ancillare al potere esecutivo), alla garanzia del principio democratico (nella sua duplice valenza di fondamento rappresentativo del potere e di limitazione del suo esercizio), ha indotto a una concezione delle funzioni di governo della magistratura come attività non più ridotte all'amministrazione di un corpo di funzionari, ma rivolte alla garanzia e all'attuazione dei principi costituzionali (e dello stesso principio democratico).

3. Le conseguenze del ruolo costituzionale del Csm sulla natura delle sue funzioni

La diversità sostanziale fra questi ruoli (il Csm come organo preposto alla tutela delle prerogative

della magistratura volte alla garanzia del principio democratico, anziché come organo amministrativo strumentale all'applicazione delle leggi in funzione dell'affermarsi del relativo indirizzo politico) determina una divergente natura delle funzioni del Consiglio superiore, che non sono riducibili a mere funzioni amministrative, ma si configurano come attribuzioni costituzionali.

Dalla configurazione delle funzioni del Csm come attribuzioni costituzionali deriva una specifica conseguenza sulla natura degli atti che il Consiglio compie nell'esercizio di queste attribuzioni, che non sono ascrivibili alla categoria dei provvedimenti amministrativi, ma devono intendersi propriamente come atti costituenti immediato esercizio di attribuzioni costituzionali.

Da una parte, quindi, al tempo dell'unificazione italiana la saldatura fra governo della magistratura e azione amministrativa (e la identificazione degli atti di organizzazione del sistema giudiziario con gli atti amministrativi *tout court*) era una conseguenza puntuale della riconducibilità della funzione giurisdizionale all'attività di esecuzione delle leggi (di cui la sottrazione dei provvedimenti amministrativi al controllo giurisdizionale era il necessario contraltare).

Dall'altra parte, nell'ordinamento costituzionale del secondo dopoguerra la correlazione tra governo della magistratura e imparzialità della funzione giudiziaria (e il riposizionamento della giurisdizione come limite all'esercizio del potere politico) comporta una discontinuità fra l'attrazione dei poteri del Csm nell'azione amministrativa (caratteristica di un modello, come quello pre-costituzionale, in cui essi non costituivano espressione di una funzione di garanzia, ma rappresentavano strumenti per attuare un modello di amministrazione della giustizia fondato sulla sua legittimità politica) e la loro configurazione come strumenti per l'attuazione dei principi costituzionali.

4. I limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm come implicazione del suo ruolo costituzionale

In questo quadro, il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm va ricostruito innanzitutto risolvendo in senso affermativo la questione della sottoposizione di essi a controllo giudiziario, essendo ciò imposto dall'art. 24 Cost. e risultando

38. Cfr. L. Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, cit., pp. 11 ss.

39. Su cui v. G. Caberlotto, voce *Cassazione e Corte di Cassazione*, in *Dig. it.*, v. VII, Torino, 1887-1896; S. Satta, voce *Corte di Cassazione* (diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, v. X, Milano, 1956.

40. Cfr. L. Elia, *Politica e costituzione*, cit.

coerente con l'integrazione del Consiglio superiore nell'ordinamento costituzionale (di cui rappresenta, anzi, uno strumento attuativo) e, più in generale, con la tendenza dei modelli costituzionali contemporanei (felicitemente descritta da Elia) a dissolvere gli ordinamenti particolari in quello generale⁴¹.

La garanzia di giustiziabilità dei provvedimenti consiliari vale anche, in questo senso, a neutralizzare i rischi, che lungamente occuparono l'Assemblea costituente⁴², di configurare la magistratura come un corpo separato e di mantenere autonomo (e dunque separato rispetto all'ordinamento costituzionale generale) il suo governo.

La soggezione, in particolare, degli atti del Csm alla giurisdizione amministrativa, e segnatamente alla competenza esclusiva del Tar per il Lazio, costituisce semplicemente una scelta del legislatore attuativa del principio costituzionale (e ritenuta non lesiva delle prerogative costituzionali, né del principio di uguaglianza, dalla Corte costituzionale⁴³), scelta che dunque resta reversibile per il legislatore ordinario a favore di altre soluzioni organizzative idonee a garantire l'inderogabilità della generale giustiziabilità degli atti dell'ordinamento.

Con riguardo, invece, del problema di stabilire l'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del Csm occorre chiarire che sicuramente esso include l'apprezzamento della violazione di legge, e questo non solo per l'esigenza di dare un contenuto al controllo giudiziario imposto dall'art. 24 Cost. (controllo che, come contenuto minimo essenziale, deve almeno pretendere che un atto sia conforme alla propria fonte sulla produzione, e dunque alla Costituzione e alle leggi prodotte conformemente ad essa⁴⁴), ma anche perché la necessità che i provvedimenti del Consiglio superiore siano conformi alla legge è testualmente richiamata dalla Costituzione quando stabilisce che le funzioni del Csm siano esercitate secondo le norme dell'ordinamento giudiziario (art. 105 Cost.).

In questo senso, le norme sull'ordinamento giudiziario costituiscono il limite di diritto oggettivo all'attività del Consiglio superiore, ed è sul rispetto di questo limite che si esplica il sindacato giurisdizionale.

Non può invece il medesimo sindacato giurisdizionale estendersi alla valutazione dell'eccesso di potere, perché l'eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo è un vizio che riguarda l'esercizio di funzioni amministrative; siccome, invece, il Csm non ha funzioni amministrative, ma attribuzioni costituzionali, non è possibile la configurazione stessa dell'eccesso di potere (nei termini in cui questo vizio è apprezzabile dal giudice amministrativo).

Questa distinzione va rimarcata come presupposto necessario ad evitare l'assimilazione dei provvedimenti del Csm riguardanti i magistrati a meri provvedimenti amministrativi, assimilazione che si è invece consolidata (oltre che a causa del fatto che il ruolo costituzionale del Csm non è stato valorizzato sino al punto da trarne la distinzione tra funzioni amministrative e attribuzioni costituzionali) in conseguenza di una superficiale sovrapposizione fra l'art. 24 e l'art. 113 Cost., presumendo che la necessità di sottoporre gli atti del Csm al controllo giudiziario, imposta dalla prima norma, comportasse anche l'applicabilità della seconda, che invece disciplina l'impugnazione degli atti della pubblica amministrazione.

Distinguendo l'art. 24 dall'art. 113 Cost. si può elidere uno degli ostacoli formalisti che hanno concorso a ricostruire in termini problematici la questione della profondità del sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm⁴⁵, questione che trova nella configurazione del ruolo costituzionale del Consiglio gli elementi per sostenere che, se da una parte i provvedimenti del Csm sono certamente suscettibili di controllo giudiziario, ai sensi dell'art. 24 Cost., dall'altra essi non sono sindacabili ai sensi dell'art. 113 Cost., e che in ogni caso un sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità che il Consiglio superiore impiega nell'esercizio delle proprie attribuzioni costituzionali è incompatibile con il ruolo costituzionale del Csm, sia perché la verifica sulla correttezza nell'esercizio di funzioni strumentali alla garanzia delle prerogative della magistratura sfugge al giudizio del Consiglio di Stato, sia perché l'oggetto del sindacato amministrativo in ordine al corretto esercizio di un potere è necessariamente circoscritto ai poteri amministrativi (e dunque all'apprezzamento dell'eccesso di potere come vizio dell'atto amministrativo)⁴⁶.

41. L. Elia, *Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, cit.

42. Cfr. A. Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano, dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, cit.

43. Corte cost., sent. n. 44/1968.

44. Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. Torino, 1966, pp. 225 ss.

45. V., sul punto, F.G. Scoa, *Atti del Csm e loro sindacato giurisdizionale*, cit.

46. Accogliendo questa impostazione potrebbe quindi diventare superfluo il ricorso a una modifica legislativa al fine di sottrarre dal sin-

5. Verso il controllo sull'attività del Csm come strumento per l'attuazione della Costituzione

Questa ricostruzione non comporta che resti sprovvista di tutela l'eventualità in cui il Csm, nell'esercizio delle attribuzioni costituzionali che ad esso spettano, ecceda, arbitrariamente o irragionevolmente, i limiti delle proprie funzioni, assumendo perciò in modo obliquo decisioni riguardanti i magistrati.

L'ipotesi dell'incorretto esercizio delle proprie funzioni da parte del Consiglio superiore resta infatti attratta nel conflitto di attribuzioni fra il singolo magistrato e il Csm, posto che questa fattispecie, laddove ritenuta fonte di lesione a danno di un altro organo titolare di funzioni costituzionali, rientra tipicamente nel conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato (nella forma del conflitto cd. "da menomazione"⁴⁷).

Il magistrato che ritenga una decisione del Csm che lo riguarda afflitta da irragionevolezza dovrà quindi (non ricorrere al giudice amministrativo deducendone l'eccesso di potere, ma) sollevare conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale sostenendo che l'incorretto esercizio delle proprie funzioni da parte del Consiglio superiore incide sull'adeguato esercizio della funzione giurisdizionale, di cui egli è costituzionalmente titolare.

Questa soluzione (che offre quindi al magistrato due rimedi distinti a fronte delle decisioni del Csm: il ricorso giurisdizionale per violazione di legge, il conflitto di attribuzioni per i vizi di incorretto esercizio del potere) richiede almeno due presupposti: da una parte, la legittimazione del magistrato a sollevare conflitto di attribuzioni in quanto potere dello Stato, presupposto che già sussiste nell'ordinamento costituzionale, in quanto la titolarità della funzione giurisdizionale rende il singolo magistrato organo in grado di esercitare in forma definitiva la funzione giudiziaria, risultando perciò incluso nel novero dei "poteri dello Stato"⁴⁸; dall'altra, che l'incorretto esercizio da parte del Csm delle proprie funzioni in materia di governo della magistratura si riverberi sulla menomazione della funzione giurisdizionale svolta dal magistrato.

Questo secondo presupposto costituisce anche l'elemento che serve a completare l'evoluzione verso la con-

cezione del governo della magistratura come funzione rivolta alla garanzia e all'attuazione dei principi costituzionali: perché ammettendo che le attribuzioni del Csm si configurano come strumenti per l'attuazione delle prerogative della magistratura si può affermare che un esercizio inadeguato di esse è in grado di menomare lo svolgimento della funzione giudiziaria.

Il riconoscimento del ruolo costituzionale del Csm è quindi al tempo stesso condizione e conseguenza dell'identificazione dei limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti, perché il modello che consente di circoscrivere il giudizio amministrativo alla violazione di legge, affidando al conflitto di attribuzioni la verifica del corretto esercizio delle attribuzioni costituzionali del Consiglio, induce anche a consolidare la concezione del governo della magistratura in grado di far superare le rappresentazioni del Csm come organo amministrativo (preposto alla gestione della funzione giurisdizionale intesa quale segmento dell'attività esecutiva) e di valorizzarne il ruolo costituzionale come organo di garanzia della autonomia e indipendenza della magistratura ordinaria.

Concorre del resto a valorizzare il ruolo costituzionale del Csm anche l'asimmetria che, in questo modello, s'instaura fra i requisiti di legittimazione del magistrato che intende ricorrere al giudice amministrativo per eccepire la violazione di legge e i presupposti per l'instaurazione del conflitto di attribuzioni: mentre, infatti, nel primo caso il magistrato agisce sulla base dell'interesse legittimo, di cui è personalmente titolare, all'adozione di provvedimenti conformi alle norme sull'ordinamento giudiziario, nel secondo egli agisce in quanto organo costituzionale per dedurre la menomazione che deriva alla funzione giurisdizionale dall'incorretto esercizio delle funzioni da parte del Consiglio superiore.

Questa asimmetria contribuisce a spogliare la verifica sull'esercizio dell'attività del Csm da possibili ragioni corporative, evitando l'ambiguo intrecciarsi delle aspettative sulla progressione di carriera con l'esercizio delle funzioni di garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura, perché condizione per il conflitto di attribuzioni non è l'asserita compressione di un interesse (di carriera o di ceto), ma la supposta lesione delle prerogative costituzionali.

In questo senso, il riconoscimento dei limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm come conseguenza della valorizzazione del suo ruolo costituzionale non è

dacato giurisdizionale la valutazione dell'eccesso di potere, come discusso in passato dal Parlamento: cfr. Camera dei Deputati, X Legislatura, *Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari*, 31 gennaio 1990, n. 546, pp. 12-13.

47. Su cui v., in generale, P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999.

48. Cfr., per gli antecedenti della ricostruzione del carattere diffuso del potere giudiziario, A. Pizzorusso, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982. Sulla giurisprudenza costituzionale, v. L. Pesole, *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Giappichelli, Torino, 2002.

solo funzionale a garantire l'indipendenza del Consiglio superiore nei confronti degli altri poteri dello Stato⁴⁹: affidando alla Corte costituzionale, in sede di giudizio sul conflitto di attribuzioni, la verifica sul corretto esercizio delle funzioni del Csm la questione riguarda (non più un'aspirazione individuale *versus* una decisione

organizzativa, ma) il difettoso esercizio di una funzione costituzionale a danno di un'altra, e così il controllo sull'attività del Consiglio superiore si trasforma da un'occasione di conflitto fra il magistrato e l'organo di governo della magistratura in uno strumento per l'attuazione della Costituzione.

49. Dato che esso «non può essere sottoposto a limiti nell'esercizio delle attribuzioni ad esso costituzionalmente spettanti: possono essere prefigurati meccanismi di "controllo" affinché non ecceda dall'ambito delle proprie attribuzioni, ma non possono essere posti vincoli e condizioni al momento dell'esercizio delle attribuzioni previste dalla Costituzione»: V. Onida, *La posizione costituzionale del Csm e i rapporti con gli altri poteri dello Stato*, cit., p. 21.