

GIUSTIZIA E POLITICA COSTITUZIONALI

Collana diretta da

Alfonso Di Giovine - Mario Dogliani - Gustavo Zagrebelsky

Con la pubblicazione di questa collana, che porta il titolo impegnativo e inconsueto di Giustizia e politica costituzionali, ribadiamo la fedeltà alle radici della nostra formazione, che ci lega alla consapevolezza dei nessi – e delle distinzioni che non causano rimozioni – tra diritto e cultura e diritto e politica. Consapevolezza che ha continuativamente caratterizzato lo studio del diritto costituzionale a Torino. Proviene da antichi Maestri (da Melegari ad Arangio Ruiz a Brunialti a Mosca a Pierandrei), ma ci è caro qui soprattutto ricordare coloro i quali ce l'hanno direttamente trasmessa, in modi diversi, con il loro insegnamento e con i quali l'abbiamo condivisa: Giuseppino Treves, Franco Levi, Leopoldo Elia, Giorgio Lombardi, Elio Casetta.

In copertina:

MARIA ROSA BENSO, *Topografia*, olio su tela, 2010.

Luca Geninatti Satè

Il ruolo costituzionale del C.S.M.
e i limiti al sindacato giurisdizionale
dei suoi atti



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2012 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-3722-1

I volumi pubblicati nella presente collana sono stati oggetto di procedura di doppio referaggio cieco (*double blind peer review*), secondo un procedimento concordato dai Direttori della collana con l'Editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale.

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Ringraziamenti</i>	IX

INTRODUZIONE

1. Amministrazione della giustizia e governo della magistratura	1
2. La questione del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M.	4
3. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti	7

CAPITOLO PRIMO

IL GOVERNO DELLA MAGISTRATURA DAL 1860 ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

1. Il governo della magistratura nella concezione della funzione giurisdizionale come segmento dell'esecutivo fra il 1860 e il 1890	11
2. Il governo della magistratura e la giustiziabilità degli atti amministrativi	28
3. Dalla istituzione del C.S.M. all'affermazione della insindacabilità giurisdizionale dei suoi atti: tentativi verso la separazione del governo della magistratura dalla gerarchia amministrativa	35
4. L'integrazione del governo della magistratura nel modello dello Stato totalitario durante il periodo fascista	47
5. Il governo della magistratura nella transizione dal regime fascista alla Costituzione repubblicana	52

CAPITOLO SECONDO
IL RUOLO DEL C.S.M. NEL TESTO
DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

1. Il ruolo costituzionale del C.S.M. nei lavori preparatori della Costituzione italiana del 1947	57
2. Il ruolo del C.S.M. e l'esegesi delle disposizioni costituzionali in materia di attribuzioni: a) premesse di metodo	64
3. (<i>segue</i>): b) le norme sulle attribuzioni del C.S.M. e del Ministro della Giustizia e il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore	67
4. (<i>segue</i>): c) il ruolo costituzionale del C.S.M. e l'ordine giudiziario	71
5. (<i>segue</i>): d) la questione del numero chiuso delle attribuzioni contenute nell'art. 105 Cost.	73
6. Il ruolo del C.S.M., la sua natura di organo costituzionale o a rilevanza costituzionale e i principi di autonomia e indipendenza della magistratura	75
7. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e l'attribuzione della sua presidenza al Capo dello Stato	89

CAPITOLO TERZO
PROFILI DEL RUOLO COSTITUZIONALE DEL C.S.M.
NELLA INTERPRETAZIONE E ATTUAZIONE
DELLA LEGGE N. 195/1958

1. Dalla legge n. 195/1958 ad oggi: significati di un periodo	93
2. Il ruolo costituzionale del C.S.M. nell'interpretazione e attuazione della legge n. 195/1958: a) il problema dell'attribuzione degli incarichi direttivi	99
3. (<i>segue</i>): b) il problema dei poteri normativi del C.S.M.	107
4. Caratteri del ruolo del C.S.M. nella giurisprudenza costituzionale	117

CAPITOLO QUARTO
IL RUOLO COSTITUZIONALE DEL C.S.M. E I LIMITI
AL SINDACATO GIURISDIZIONALE DEI SUOI ATTI

1. Il problema dei limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M.	127
2. Le questioni concernenti la forma degli atti del C.S.M. e le conseguenze sulla impugnabilità di essi	132

pag.

3. Profili della giurisprudenza amministrativa sul sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M.	138
4. Caratteri della giurisprudenza costituzionale sui limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M.	145
5. La distinzione tra funzioni amministrative e attribuzioni costituzionali e la teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione	150
6. I limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M.	155

CONCLUSIONI

1. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e il governo della magistratura come strumenti per la garanzia della funzione giurisdizionale	163
2. Le conseguenze del ruolo costituzionale del C.S.M. sulla natura delle sue funzioni	167
3. I limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. come implicazione del suo ruolo costituzionale	168
4. Verso il controllo sull'attività del C.S.M. come strumento per l'attuazione della Costituzione	170
<i>Opere citate</i>	173

RINGRAZIAMENTI

Desidero innanzitutto ringraziare il Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, Michele Vietti, per avermi inizialmente prospettato i termini del problema discusso in questo libro e per averne poi discettato con me a lungo, contribuendo ad arricchire gli elementi e le questioni che lo compongono.

Devo inoltre molti ringraziamenti al mio maestro, Mario Dogliani, per la lettura del testo e per le correzioni, le integrazioni e i suggerimenti che mi ha indicato, e soprattutto – a monte – per continuare a trasmettermi, con il Suo insegnamento, gli strumenti analitici necessari allo studio che ha prodotto questo lavoro.

Sono molto grato anche a Gustavo Zagrebelsky e Alfonso Di Giovine per aver letto il testo e averne perfezionato la stesura con le loro osservazioni.

Sincera gratitudine rivolgo a Stefano Erbani, magistrato dell'Ufficio Studi e Documentazione del Consiglio Superiore della Magistratura, per la cortesia con cui ha reso disponibili, dimostrando grande preparazione, alcuni dei materiali esaminati per la stesura di queste pagine e importanti riferimenti bibliografici.

Ringrazio infine Vittorio Italia e Jörg Luther per la gentilezza e la precisione con cui hanno letto il manoscritto e segnalato le revisioni di cui necessitava.

L.G.S.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Amministrazione della giustizia e governo della magistratura. – 2. La questione del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. – 3. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti.

1. *Amministrazione della giustizia e governo della magistratura.*

L'espressione "*amministrazione della giustizia*" è progressivamente caduta in disuso a favore del termine "*giurisdizione*", del quale continua ad essere usata come sinonimo soltanto se lo impongano particolari esigenze stilistiche o di prosa.

Le ragioni di questa preferenza linguistica derivano dal ruolo che la *iurisdictio* ha assunto nello Stato costituzionale, e quindi dal superamento del carattere meccanico e dichiarativo della giurisdizione tipico dello Stato di diritto ottocentesco¹.

Alla "nullificazione" del potere giudiziario attuata dallo stato liberale attraverso la configurazione dei giudici come un corpo di funzionari statali², sottoposti al controllo delle carriere come strumento di omologazione, lo Stato costituzionale ha infatti sostituito, mediante la subordinazione di ogni potere alla costituzione³, il riposizionamento dell'attività giurisdizio-

¹ Cfr. S. SICARDI, *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale: da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana*, in ID. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, p. 28; N. ZANON, *Il diritto costituzionale, la magistratura e la giustizia, oggi: una riflessione*, in *Percorsi costituzionali*, 2009, p. 6.

² Cfr., in argomento, M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in F. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.

³ Cfr. A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, cit., p. 34.

nale verso la sua funzione di limite all'esercizio del potere politico⁴, 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 esercizio⁵), e così riattualizzando l'antica distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*⁶.

La svolta linguistica dalla “*amministrazione della giustizia*” alla “*giurisdizione*” rivela quindi il bisogno di enfatizzare un distacco tra l'applicazione delle leggi come funzione amministrativa e la decisione giudiziaria come attuazione delle garanzie costituzionali.

Le due locuzioni, tuttavia, possiedono significati che coincidono solo in parte, dato che la prima è più ampia della seconda.

“*Amministrazione della giustizia*” non indica, infatti, soltanto l'attività di applicazione del diritto, ma anche l'organizzazione degli organi, apparati e uffici dell'ordinamento preposti a quella attività (l'organizzazione – secondo un'ulteriore variante lessicale – del “sistema giudiziario”).

In questa accezione, essa include quindi i due diversi compiti che la Costituzione assegna, rispettivamente, al Consiglio Superiore della Magistratura e al Ministro della Giustizia: il “*governo della magistratura*” (espressione che può ellitticamente comprendere le funzioni attribuite al C.S.M. dall'art. 105 Cost.) e «*l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia*», ai sensi dell'art. 110 Cost.

Posto che l'affermarsi dello Stato costituzionale ha determinato una netta riconfigurazione della “*amministrazione della giustizia*” intesa nel primo significato (al punto da indurre un mutamento del relativo significante), è accaduto altrettanto anche con riguardo alla seconda accezione?

Il ruolo assunto dai giudici, e dalla funzione giurisdizionale, nello Stato costituzionale ha cioè portato a concepire anche il governo della magistratura e l'organizzazione dei servizi giudiziari in termini conseguenti, come attività non più legate all'amministrazione di un corpo di funzionari, ma all'esercizio di una funzione rivolta alla garanzia e all'attuazione dei principi costituzionali (e dello stesso principio democratico)?

⁴ Cfr. L. ELIA, *Politica e costituzione*, Soveria Mannelli, 2003, p. 9.

⁵ A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, cit., p. 38. V. anche S. BARTOLE, *Giudizi ed attuazione dei valori costituzionali*, in *Quad. Cons. Sup. Mag.*, 2009, *maxime* p. 29.

⁶ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 77; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, Torino, 1991, p. 113.

E, in particolare: si è registrata anche nelle concezioni del governo della magistratura quella cesura in grado di far superare le rappresentazioni del C.S.M. come organo amministrativo (preposto alla gestione della funzione giurisdizionale intesa quale segmento dell'attività esecutiva) al fine di valorizzarne il ruolo costituzionale come organo di garanzia della autonomia e indipendenza della magistratura ordinaria?

Il percorso è stato, in questo caso, molto più accidentato.

La comprensione del ruolo costituzionale del C.S.M., e quindi della rilevanza costituzionale del governo della magistratura, è avvenuta con grande lentezza, attraverso il progressivo lavoro della giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, della cultura giuridica e accademica che si è dedicata a valorizzare la Costituzione e a pretenderne l'attuazione⁷.

I molti richiami alla necessità che «*la posizione riconosciuta al giudice nel sistema costituzionale ed istituzionale*» trovi «*una adeguata e conforme risposta nella legge sull'ordinamento giudiziario*»⁸ (che costituisce lo strumento normativo cui la Costituzione ha attribuito il compito principale di organizzazione del sistema giudiziario) sono quindi stati provocati – e in parte continuano ad esserlo – da una persistente inerzia nell'accostare alla concezione costituzionale dei giudici e della giurisdizione una corrispondente configurazione dell'amministrazione della giustizia e del governo della magistratura.

Rispetto all'espansione del ruolo della magistratura, e all'evoluzione della funzione giurisdizionale, il modo in cui vengono intesi il governo della magistratura e l'organizzazione del sistema giudiziario risente quindi di uno scarto, che appare tanto più paradossale in quanto maturato proprio a fronte dell'importanza acquisita dalla funzione giurisdizionale: mentre i giudici e la giurisdizione assumono un ruolo essenziale nella garanzia del principio democratico⁹, il governo della magistratura tende a rimanere imbrigliato nelle categorie della gestione amministrativa dei funzionari statali, il che ha contribuito ad acuire quella «*distanza che separa la straordinaria profondità e creatività della funzione giudiziaria odierna e l'organizzazione*

⁷ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 77.

⁸ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Torino, 2006, p. 63.

⁹ V., in argomento, A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, Roma-Bari, 1998; G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1990; P. PEDERZOLI, *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale*, Milano, 2004, p. 61 ss.

ad essa preposta, originariamente pensata per un corpo di pubblici dipendenti il cui carattere maggiormente apprezzato era l'apatia sociale e l'abitudine di nascondere le proprie decisioni dietro un burocratico: "ita lex"»¹⁰.

2. La questione del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M.

Del carattere anomalo di questa asimmetria (l'evoluzione in senso costituzionale della giurisdizione, cui non ha pienamente corrisposto un'equivalente concezione dell'amministrazione della giustizia e del governo della magistratura) costituisce un esempio emblematico la questione del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M.

Essa infatti, per un verso, è rappresentativa del fenomeno di attrazione del governo della magistratura nello Stato costituzionale, ma, per l'altro, testimonia la persistenza di una concezione del C.S.M. (e quindi degli atti in cui si esplica la sua attività) debitrice del modello pre-costituzionale, una concezione – più in generale – legata all'idea del governo della magistratura come mera funzione amministrativa.

Sotto il primo profilo (dell'integrazione del governo della magistratura nei principi dello Stato costituzionale), è stata decisiva l'affermazione da parte della Corte costituzionale della necessaria soggezione degli atti del C.S.M. al controllo giudiziario, in quanto imposta dall'art. 24 Cost.¹¹.

Questa affermazione, in quanto determina l'inclusione del Consiglio Superiore nell'ordinamento costituzionale, consente di attribuire un preciso significato giuridico-costituzionale alla tesi dell'impossibilità di considerare l'ordine giudiziario come "corpo separato" dal resto dell'ordinamento¹², attuando quella caratteristica dello Stato di diritto contemporaneo puntualmente identificata da Elia nella tendenza a «*dissolvere, quanto alla tutela dei diritti, gli ordinamenti particolari nell'ordinamento generale*»¹³.

In senso analogo ha anche contribuito la configurazione dei provvedimenti disciplinari del C.S.M. come esercizio di una funzione giurisdiziona-

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 206.

¹¹ Corte cost., 30 aprile 1968, n. 44, in *Giur. cost.*, 1968, p. 678 ss.

¹² Come riconosciuto esplicitamente dalla Corte soltanto alcuni anni dopo: cfr. Corte cost., sent. 18 luglio 1973, n. 142, *ivi*, 1973, p. 1413 ss.

¹³ L. ELIA, *Postilla alla sent. n. 44 del 1968, ivi*, 1968, p. 709.

le¹⁴, perché ciò ha permesso di integrare la funzione disciplinare del Consiglio nella categoria della giurisdizione (applicando all'una le medesime regole, e le stesse garanzie, proprie dell'altra)¹⁵.

Sul secondo versante (della persistenza di elementi sintomatici di una configurazione del governo della magistratura come funzione meramente amministrativa) si è invece assistito alla comune assimilazione dei provvedimenti del C.S.M., diversi da quelli disciplinari, alla generalità degli atti amministrativi: un fenomeno – questo – che ha interessato soprattutto i provvedimenti riguardanti i magistrati (previsti dall'art. 17 della legge n. 195/1958) e che è divenuto il presupposto, spesso implicito, sulla base del quale il sindacato giurisdizionale su di essi si è affermato a ricalco di quello che riguarda gli atti amministrativi *tout court*.

In questo senso, nonostante l'evoluzione della teorica riguardante la configurazione del C.S.M. come organo amministrativo e la qualificazione dei suoi atti come provvedimenti “non soggettivamente”, ma “oggettivamente”, amministrativi, si è registrata un'espansione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti consiliari (talora favorita dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹⁶) che implica una concezione del Consiglio Superiore come organo essenzialmente preposto alla gestione amministrativa di funzionari pubblici, svalutandone il ruolo costituzionale.

Il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. (inteso come il problema della identificazione dei limiti cui il sindacato giurisdizionale è sottoposto, e dunque della delimitazione dei suoi confini) rappresenta quindi un nodo euristicamente fecondo perché in esso si coglie la tensione che tuttora sussiste fra la rilevanza della funzione giurisdizionale rispetto all'attuazione dei principi costituzionali e la debolezza delle concezioni del governo della magistratura come attività eminentemente amministrativa, concezioni che di norma non sono sviluppate nelle ricostruzioni dottrinali (le quali tendono, al contrario, ad affermare la rilevanza costitu-

¹⁴ Cfr. Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giur. cost.*, 1971, p. 83 ss.; Cass., SS.UU., 3 marzo 1970, n. 506, in *Giur. it.*, 1970, c. 845 ss.; 29 ottobre 1974, n. 3255, in *Giust. civ. mass.*, 1974, p. 1433.

¹⁵ Cfr. S. BARTOLE, *Osservazioni sulla c.d. giurisdizione disciplinare dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1189 ss.; N. ROSSI, *Il potere disciplinare*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001, p. 69 ss.

¹⁶ Cfr., p.e., Corte cost., 4 novembre 2002, n. 457, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3792 ss., che ha ammesso la sindacabilità degli atti del C.S.M. anche sotto il profilo dell'eccesso di potere.

zionale dei compiti del Consiglio) ma che tuttavia costituiscono il presupposto della dilatazione che di fatto presenta il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti del C.S.M.

Vi è certamente un suggestivo alone di paradosso nell'accostare l'accrescimento del ruolo della giurisdizione al problema dei limiti al sindacato giurisdizionale: potrebbe infatti apparire controintuitivo ammettere che proprio al rafforzamento del ruolo dei giudici come risorse per la garanzia dei principi costituzionali debba corrispondere la delimitazione del sindacato giudiziario.

Si tratta, però, di un paradosso solo apparente: la connessione che sussiste fra «*il ruolo assegnato al giudice dall'ordinamento e la disciplina dell'organizzazione giudiziaria*»¹⁷, da una parte, e quella caratteristica dello Stato costituzionale che consiste nel creare “benéfici ossimori”, limitando poteri accreditati come assoluti¹⁸, dall'altra parte, concorrono a disegnare un modello nel quale i limiti al sindacato giurisdizionale divengono strumenti per garantire i principi stessi che tutelano la funzione giudiziaria.

Data la sottoposizione alla Costituzione tanto del *gubernaculum*, quanto della *jurisdictio*¹⁹, e la soggezione del giudice (non solo alla legge, ma anche) alla Costituzione²⁰, il riconoscimento del ruolo costituzionale del governo della magistratura implica la configurazione del C.S.M. e delle sue funzioni come strumenti per la garanzia dei principi costituzionali di autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario, con la conseguenza che limitare l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sull'esercizio di quelle funzioni costituzionali (evitando che l'accrescimento della giurisdizione si rivolti contro le garanzie che la proteggono) assume il significato di preservare il ruolo stesso della magistratura nel sistema costituzionale.

¹⁷ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 87.

¹⁸ Cfr. A. DI GIOVINE, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. BRAVO (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, 2004, p. 328.

¹⁹ ID., *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, cit., p. 34.

²⁰ Cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008; E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, 1999.

3. *Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti.*

Lo studio del ruolo costituzionale del C.S.M. e dei limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti si colloca in questo orizzonte.

La questione attiene, in particolare, alla connessione fra il ruolo che la Costituzione attribuisce al Consiglio Superiore della Magistratura, la conseguente configurazione delle attribuzioni che ad esso spettano e l'ampiezza del sindacato giurisdizionale che viene esercitato sui suoi atti, con particolare riguardo all'assimilazione (che di quel sindacato costituisce il presupposto) fra i provvedimenti consiliari e la generalità degli atti amministrativi.

A questo fine, è utile preliminarmente ricostruire i caratteri che il governo della magistratura ha assunto nella concezione, diffusa nel periodo statutario²¹, della funzione giurisdizionale come segmento dell'esecutivo, in modo da comprendere in quali termini l'assimilazione delle funzioni del C.S.M. ai caratteri di un'attività amministrativa sia connaturata a una configurazione della giurisdizione diversa da quella tipica dello Stato costituzionale, rispetto alla quale appare, invece, incompatibile.

Questa ricostruzione serve anche a rilevare alcuni dei tentativi verso la separazione del governo della magistratura dalla gerarchia amministrativa e a cogliere come lo sforzo di sottrarre gli atti del C.S.M. al sindacato giurisdizionale (paradigmaticamente rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 3 febbraio 1917, estensore Mortara), benché sintomatico di un'evolutissima concezione del governo della magistratura come attività coesistente alle prerogative della giurisdizione, rimaneva necessariamente estraneo all'esigenza di ricondurre anche quella attività all'unità dell'ordinamento giuridico, e quindi di integrare le funzioni tipiche del Consiglio Superiore nella cornice dei principi costituzionali, sottoponendone gli atti al controllo giudiziario.

Di qui la necessità di approfondire il ruolo costituzionale del C.S.M., considerando sia il testo della Costituzione italiana del 1947, sia le interpretazioni che si sono stratificate lungo il periodo della sua attuazione²².

È infatti opportuno mantenere separati lo studio dei lavori preparatori, l'esegesi del testo della Costituzione del 1947 e l'interpretazione delle

²¹ Cfr. *infra*, Capitolo Primo.

²² Cfr. *infra*, Capitolo Secondo.

norme costituzionali inclusiva degli assetti che la loro attuazione ha prodotto nel lungo periodo, distinguendo lo studio dei problemi che hanno interessato l'analisi degli enunciati costituzionali dalla ricognizione delle interpretazioni che di quegli enunciati sono state sviluppate in funzione della legislazione attuativa della Costituzione.

Questa distinzione consente di svolgere su piani diversi la discussione sui problemi testuali delle disposizioni costituzionali sul C.S.M. e la ricostruzione delle interpretazioni alle quali ci si è richiamati per sostenere le diverse soluzioni legislative prospettate (e che hanno condotto a elaborare una nozione condivisa del ruolo del Consiglio Superiore), al fine di evitare che le due facce del problema si confondano a vicenda.

Infine, è necessario considerare l'evoluzione del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore attraverso l'interpretazione e l'attuazione della sua legge istitutiva²³, perché se, da una parte, la progressiva emancipazione dalle condizioni materiali, e dalle concezioni culturali, sottese all'approvazione della legge ha creato i presupposti per lo sviluppo verso un nuovo modello di C.S.M., dall'altra, le questioni interpretative e applicative della legge n. 195/1958 hanno continuato ad essere discusse entro un contesto teorico rimasto fortemente debitore del clima in cui la legge stessa fu approvata, clima che ne ha dunque condizionato in profondità tutte le letture successive, rendendo spesso difficoltoso l'affermarsi di sue interpretazioni costituzionalmente orientate.

È in questo senso che il problema del nesso fra il ruolo costituzionale del C.S.M. e la delimitazione del sindacato giurisdizionale dei suoi atti²⁴ si configura come una componente del tema più ampio che riguarda il rapporto fra il governo della magistratura e l'esercizio della funzione giudiziaria.

Da una parte, infatti, la ricognizione di alcune debolezze dogmatiche che hanno a lungo alimentato il presupposto implicito della degradazione delle attribuzioni costituzionali del Consiglio Superiore della Magistratura a mere funzioni amministrative (fra cui spicca l'eccessiva semplificazione che ha condotto ad assimilare i provvedimenti del C.S.M. alla generalità degli atti amministrativi, anche in ragione di una altrettanto semplicistica sovrapposizione fra il principio della generale soggezione di tutti gli atti al controllo giudiziario, *ex art. 24 Cost.*, e quello della sottoposizione al sindacato giurisdizionale di tutti i provvedimenti amministrativi, *ex art. 113*

²³ Cfr. *infra*, Capitolo Terzo.

²⁴ Cfr. *infra*, Capitolo Quarto.

Cost.) consente di elaborare interpretazioni maggiormente coerenti con il disegno costituzionale (come accade per la distinzione fra funzioni amministrative e attribuzioni costituzionali e la conseguente esclusione dell'eccesso di potere, in quanto vizio esclusivo delle prime, dal sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M.²⁵).

Dall'altra parte, il fatto che dalla concezione del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. come un qualunque giudizio amministrativo possa derivare una svalutazione del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore, e delle funzioni che esso svolge, aiuta a comprendere più in profondità il rapporto fra il governo della magistratura e la funzione giudiziaria, e a segnalare quanto facilmente, anche nello Stato costituzionale, l'equilibrio tra queste due componenti dell'amministrazione della giustizia sia soggetto ad alterazioni.

²⁵ Cfr. *infra*, Capitolo Quarto, paragrafi 5 e 6.

CAPITOLO PRIMO

IL GOVERNO DELLA MAGISTRATURA DAL 1860
ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA
COSTITUZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. Il governo della magistratura nella concezione della funzione giurisdizionale come segmento dell'esecutivo fra il 1860 e il 1890. – 2. Il governo della magistratura e la giustiziabilità degli atti amministrativi. – 3. Dalla istituzione del C.S.M. all'affermazione della insindacabilità giurisdizionale dei suoi atti: tentativi verso la separazione del governo della magistratura dalla gerarchia amministrativa. – 4. L'integrazione del governo della magistratura nel modello dello Stato totalitario durante il periodo fascista. – 5. Il governo della magistratura nella transizione dal regime fascista alla Costituzione repubblicana.

1. *Il governo della magistratura nella concezione della funzione giurisdizionale come segmento dell'esecutivo fra il 1860 e il 1890.*

I caratteri fondamentali del rapporto fra potere esecutivo e sistema giudiziario che si delineò al tempo dell'unificazione italiana traggono origine dall'ordinamento della monarchia costituzionale, conformemente a quel processo che mirava a «*connettere l'ordine civile con le guarentigie politiche*»¹ e che caratterizzò il progredire delle istituzioni politiche in Italia a partire dalla metà del XIX secolo².

¹ L. BLANCH, *La rivoluzione del 1848 e la reazione*, in ID., *Scritti storici*, v. II, Bari, 1945, p. 7.

² In argomento, v. A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860 – 1890)*, Napoli, 2007; G. GALASSO, *Identità e storia nazionale nell'Italia unita*, in ID., *L'Italia s'è desta. Tradizione storica e identità nazionale dal Risorgimento alla Repubblica*, Firenze, 2002; R. FEOLA, *Costituzione e parlamento a Napoli nel 1848*, in F. LIVORSI (a cura di), *Libertà e Stato nel 1848-49*, Milano, 2001; R. MARTUCCI, *L'invenzione dell'Italia unita*, Milano, 1999; precedentemente, G. CANDELORO, *L'Italia moderna*, Milano, 1956-1986; G. CA-

In questo “avanzamento moderato”, volto a contrapporsi alle aspirazioni delle minoranze repubblicane e radicali³, l’affermazione della «*individualità storica*» dello Stato-nazione⁴ si alimentò dell’esperienza raggiunta dal complesso delle istituzioni della monarchia sabauda⁵, dando vita a un processo storiograficamente considerato una “interpretazione evolutiva” del sistema parlamentare albertino⁶.

Questo contesto determinò anche le linee di sviluppo del sistema giudiziario: in particolare, esso contribuì in modo decisivo alla prevalenza di un modello (già adottato dalla costituzione francese moderata successiva alla Restaurazione) in cui la giustizia costituiva un’espressione dello Stato amministrativo non configurabile in termini di autonomia rispetto alla centralità della funzione di governo⁷.

La strutturazione del sistema giudiziario, e la stessa politica della giustizia, mutuarono i propri fondamenti da questa sottesa continuità con il modello amministrativo napoleonico, innestata sulle tracce del costituzionalismo quarantottesco di matrice moderata rimaste impresse nell’ordinamento albertino⁸ e arricchita dalle ideologie sul primato della legislazione contro la degenerazione degli interpreti⁹.

ROCCI, *Storia d’Italia dall’Unità ad oggi*, Milano, 1988; R. ROMEO, *Dal Piemonte sabauda all’Italia liberale*, Bologna, 1979. Questo collegamento non comporta, peraltro, una continuità fra Regno di Sardegna e Regno d’Italia, come dimostrato da M. DOGLIANI, *Il sistema costituzionale*, in M. FIRPO-N. TRANFAGLIA-P.G. ZUNINO, *Guida all’Italia contemporanea*, II – *Istituzioni politiche e forme di governo*, Milano, 1998, p. 1 ss.

³ Documentate dalla posizione leggibile in C. BALBO, *Della monarchia rappresentativa in Italia*, Firenze, 1857, p. 296.

⁴ Cfr. F. CHABOD, *L’idea di nazione*, tr. it. Roma-Bari, 2000, p. 18 ss. In argomento, B. BONGIOVANNI, *Nazioni e nazionalismo nell’800*, in AA.VV., *Il pensiero politico. Idee, politiche, dottrine*, v. III, t. II, Torino, 1999; E. DI CIOMMO, *I confini dell’identità: teorie e modelli di nazione in Italia*, Roma, 2005.

⁵ Sull’argomento (oltre a F. RACCIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1901-1909), v. soprattutto C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d’Italia (1848-1948)*, Roma-Bari, 2010⁷; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1988; G. REBUFFA, *La costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia*, Bologna, 1995.

⁶ V. C. GHISALBERTI, *Stato e costituzione nel Risorgimento*, Milano, 1972; cfr. anche, sulla questione, M. DOGLIANI, *Il sistema costituzionale*, cit.

⁷ Cfr. M. D’ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966.

⁸ R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana*, Roma, 2002, pp. 36-38.

⁹ Ideologie alla base dei tentativi di neutralizzazione del potere giudiziario, su cui v. la ricostruzione (anche bibliografica) contenuta in V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del pote-*

Coerentemente, quindi, il rapporto fra potere politico e funzione giurisdizionale (e, dunque, fra il sistema giudiziario e il quadro politico-amministrativo) è presentato in termini sintonici nella giuspubblicistica italiana e francese della prima metà dell'Ottocento¹⁰, dal momento che la giustizia era destinata a collocarsi in una posizione utile a garantire la tenuta del rapporto fra potere esecutivo e potere legislativo¹¹, perché alla funzione giurisdizionale era assegnato il compito di dare attuazione all'indirizzo politico sotteso alla legislazione, garantendo quindi la chiusura del legame fra esecutivo e legislativo.

Questa posizione di raccordo (volta ad assicurare che l'indirizzo politico delle leggi si perpetuasse nella loro applicazione, demandata alla magistratura) veniva 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 Cassazione¹², le seconde sottratte al contenzioso amministrativo¹³.

L'attribuzione al sistema di Cassazione delle funzioni di governo della magistratura¹⁴ rispondeva quindi all'esigenza di conformare il sistema giu-

re giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento, Napoli, 2009; v. inoltre F. DI DONATO, *La puissance cachée de la robe. L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique*, in AA.VV., *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Atti del Convegno internazionale di Rouen (26-27 marzo 1998), Parigi, 2001, pp. 89-116; ID., *L'ideologia dei robins nella Francia dei lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime*, Napoli, 2003.

¹⁰ R. ROMANELLI, *Magistratura e potere nella storia moderna*, in ID., *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, p. 8; A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., p. 15; P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, p. 89 ss.; per la giuspubblicistica francese, v. P. BASTID, *Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française*, Parigi, 1954; M. ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Parigi, 1957; M. TROPER, *La separation du pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Parigi, 1980; J.P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Parigi, 1995.

¹¹ V. G. GALASSO, *Potere e istituzioni in Italia. Dalla caduta dell'Impero romano ad oggi*, Torino, 1974, p. 165.

¹² Su cui v. G. CABERLOTTO, voce *Cassazione e Corte di Cassazione*, in *Dig. it.*, v. VII, Torino, 1887-1896; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, in ID., *Opere complete*, Napoli, 1976; S. SATTÀ, voce *Corte di Cassazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, v. X, Milano, 1956.

¹³ Cfr. L.A. MACAREL, *Elements de droit politique*, Parigi, 1833, p. 412.

¹⁴ Previsto dal progetto di riforma organica dell'ordinamento giudiziario, in 257 artico-

diziario come ordine organizzato gerarchicamente e burocraticamente:

la magistratura non deve essere posta in una sfera separata dall'amministrazione propriamente detta; imperocché sono entrambi rami nei quali si diparte l'esecuzione della legge¹⁵.

Al momento dell'unificazione italiana, dunque, 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 controttare).

La natura della funzione giudiziaria come espressione speculare all'amministrazione, ma pur sempre segmento dell'esecutivo, era del resto stata normativamente codificata nell'art. 68 dello Statuto albertino¹⁶, la cui interpretazione evolutiva rimase sostanzialmente ancorata, specialmente sino agli anni '70, al programma del partito moderato¹⁷, e la stessa approvazione della legge organica del 9 maggio 1851 (completata dalla legge sulle retribuzioni del 27 giugno 1851) dichiarava nitidamente l'intento di configurare la magistratura come organo «omogeneo» rispetto alle altre istituzio-

li, presentato nel dicembre 1853: cfr. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, cit., p. 423 ss.; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura dal 1848 al 1925*, Milano, 1965, pp. 47-54.

¹⁵ M. MINGHETTI, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, (1881), Napoli, 1990, p. 28; M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, cit., p. 9 ss.

¹⁶ Gli artt. 68-73 dello Statuto albertino (rubricati «Dell'ordine giudiziario») erano ispirati alle carte quarantottesche moderate, che avevano a loro volta recepito la struttura della *Charte constitutionnelle* del 6 giugno 1813. In argomento, M. CARVALE, *Modelli costituzionali dell'Ottocento*, in M. DE NICOLÒ, *Costituente, costituzione e riforme costituzionali*, Bologna, 1998, pp. 15-20; L. LACCHÉ, *Governo rappresentativo e principio parlamentare: le Chartes francesi del 1814 e 1830*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2004, p. 99 ss.; G. NEGRI-A. SIMONI, *Lo Statuto albertino e i suoi lavori preparatori*, Torino, 1992; L. CIAURRO, *Lo Statuto albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma, 1996; E. PIOLA CASELLI, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario*, Torino, 1906; R. FEOLA, *Costituzione e parlamento a Napoli nel 1848*, cit., pp. 141-178; R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 40; G. ARANGIO-RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, (1898), Napoli, 1986.

¹⁷ Cfr. A. VITTORIA, *Giustizia moderata. La Destra, la Cassazione e la legge Vigliani*, in *L'Ape ingegnosa. Rivista del Dipartimento di Scienze dello Stato dell'Università di Napoli Federico II*, 2005, p. 183 ss.

ni¹⁸, intento successivamente confermato dall'attribuzione del controllo disciplinare dei magistrati ai giudici della Cassazione e dalla disciplina del reclutamento e delle assegnazioni contenute nel decreto Rattazzi del 13 novembre 1859¹⁹.

In particolare, la stessa scelta di individuare direttamente nel decreto le qualifiche dei magistrati idonei alla promozione ai gradi superiori, e il connesso riconoscimento dell'intervento del governo sulle nomine e sulle promozioni (sulle quali la facoltà di espressione in ultima istanza era attribuita al procuratore generale del Re presso la Cassazione), delineavano un modello in cui i poteri di nomina e promozione erano esercitati nell'ambito di criteri predeterminati dal diritto positivo.

Ciò accadeva perché questi poteri non costituivano espressione di una funzione di garanzia, ma rappresentavano strumenti per attuare un modello di amministrazione della giustizia fondato sulla sua legittimità politica.

L'esercizio dei poteri di nomina e di promozione (e, più in generale, dei poteri di governo della magistratura) non era quindi suscettibile di sindacato perché tali poteri non erano destinati alla soddisfazione di un interesse pubblico diverso e ulteriore rispetto all'affermazione del modello istituzionale della magistratura come organo di esecuzione delle leggi, con la conseguenza che l'organizzazione del sistema giudiziario era ascritta integralmente alle determinazioni del potere esecutivo, intese come fonti deputate all'ordinamento della funzione di esecuzione del diritto legislativo.

Questo modello consentì anche il superamento delle difficoltà organizzative derivanti dall'unificazione amministrativa dei primi anni '60, conducendo alla loro risoluzione attraverso la prevalenza del centralismo giudiziario²⁰.

A margine del dibattito sulla prevalenza del modello del giudice di legittimità e della Cassazione unica rispetto al sistema della terza istanza e

¹⁸ Cfr. ID., *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., pp. 22-23; P. PIASENZA, *L'irresponsabilità politica della magistratura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, 1975, pp. 535-633.

¹⁹ R.D. 18 novembre 1859, n. 3781. Sul punto, v. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, cit., pp. 41-52; E. PIOLA CASELLI, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 234 ss.

²⁰ Cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale ed unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari, 2000; G. GORLA, *Introduzione allo studio dei tribunali supremi italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario, I, Documentazione storica*, Rimini, 1985, pp. 330-352.

della revisione di matrice tedesca²¹, e della valorizzazione dell'esperienza francese (in cui alla Corte di Cassazione veniva «subordinata gerarchicamente l'intera magistratura»²²) confluita nel mantenimento delle Cassazioni preunitarie coordinate da una Corte Suprema di giustizia proposto dalla Commissione Cassinis²³, vi era il significato politico (e il ruolo di “chiusura” del sistema giudiziario come segmento dell'attività di esecuzione delle leggi) della capacità unificatrice della Cassazione, enfatizzato dal disegno di legge presentato da Miglietti nel 1862²⁴.

Affermare l'esigenza di centralizzare le funzioni di governo della magistratura, integrandole nel rapporto fra Esecutivo e Cassazione, nel momento in cui si sviluppava il più ampio dibattito sull'unificazione politica e amministrativa e sul decentramento²⁵, contribuiva infatti a consolidare l'appartenenza del sistema giudiziario all'amministrazione, la cui legittimazione politica doveva necessariamente transitare dal raccordo degli organi periferici in un modello centralista, come corollario dell'unificazione legislativa²⁶.

La soggezione dei poteri di governo della magistratura in capo al Ministro, unitamente alla configurazione della Corte di Cassazione come organo gerarchico-disciplinare di vertice, risultava sostanzialmente confermata nella struttura del R.D. 2 dicembre 1865, n. 2626²⁷, che segnò anche la

²¹ V. l'ampia ricostruzione (e raccolta documentale) di M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, cit., pp. 448-537; cfr. anche M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, pp. 27-50.

²² M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, cit., p. 34 ss.

²³ *Ibidem*; M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, cit., p. 108 ss., *maxime* p. 115; M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione nell'Italia unita: profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata. 1865-1923*, Milano, 2005.

²⁴ Cfr. E. PIOLA CASELLI, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario*, cit., p. 360 ss.; A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., pp. 33-34.

²⁵ Per la ricostruzione di questo dibattito v. R. RUFFILLI, *La questione regionale dall'Unità alla dittatura (1862-1942)*, Milano, 1972; P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia. Dal 1848 a oggi*, Roma, 2010; ID., *Il centro e la circonferenza. Profili di storia dell'amministrazione*, Milano, 2005.

²⁶ Come testimonia la stessa posizione di Giuseppe Pisanelli, Ministro della Giustizia nel governo Farini-Minghetti, che confermò l'assetto costituito dalle Cassazioni pre-unitarie proprio sul presupposto che questo rappresentasse lo schema migliore per garantire la graduale legittimazione politica dell'unificazione amministrativa: cfr. G. PISANELLI, *Della corte di Cassazione*, (1859), Napoli, 1875.

²⁷ Il decreto recepiva sostanzialmente il modello della legge 13 novembre 1859, n. 3781, (c.d. “legge Rattazzi”), rispetto alla quale veniva introdotto l'art. 216, che istituiva il c.d.

prima significativa distinzione fra la disciplina di unificazione degli (altri) ordinamenti amministrativi (operata con le leggi 20 marzo 1865, n. 2245, e 2 aprile 1865, n. 2248²⁸) e la regolamentazione del sistema giudiziario.

In questa fase, anche il dibattito sull'art. 199 del R.D. n. 2626/1865 (sostanzialmente riproduttivo del previgente art. 103 del decreto Rattazzi) e sull'eccessiva estensione dei poteri del Ministro rispetto alla inamovibilità dei magistrati²⁹, dibattito che rimase sostanzialmente assorbito nelle discussioni sulla necessaria stabilizzazione politica dello Stato³⁰, non era indirizzato a salvaguardare le prerogative della magistratura e le garanzie della funzione giurisdizionale, ma a cercare di assicurare la prevalenza della legge (in quanto fonte idonea a predeterminare le condizioni per la progressione di carriera) rispetto alle decisioni del potere esecutivo.

Il problema del governo della magistratura non era quindi ricondotto all'esigenza di garantire l'ordine giudiziario, ma restava immerso nel conflitto fra l'eterodirezione della legge e quella del Ministro, come espressioni, rispettivamente, della supremazia del Parlamento e di quella del Governo, e quindi della prevalenza del principio di predeterminazione delle decisioni amministrative sulle ragioni di unificazione del sistema politico (rispetto alle quali dominava la diffidenza verso il ruolo di formazione e gestione del consenso che la magistratura avrebbe potuto possedere³¹).

«*veniat*» del Ministro sul magistrato: «*Egli può chiamare a sé ogni giudice, affinché risponda sui fatti ad esso imputati. Il giudice deve comparire nei termini che gli sono prefissi*»; v., sul punto, P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura dal 1848 al 1925*, cit., p. 92.

²⁸ V. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale ed unificazione giuridica in Italia*, cit., p. 307; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980, p. 106 ss. Sulle conseguenze dell'unificazione amministrativa rispetto all'abolizione del contenzioso amministrativo, v. *infra*, paragrafo 2.

²⁹ Dibattito (testimoniato, per esempio, da scritti come quello di F.S. MERLINO, *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia*, [1925], Milano, 1974) che condusse ai numerosi progetti di riforma, che si susseguirono sino alla caduta della Destra, accomunati da analoghi obiettivi di revisione del sistema introdotto dalla legge Rattazzi e dal R.D. n. 2626/1865: progetto De Falco (19 aprile 1866), progetto De Filippo (18 aprile 1868), progetto Raeli (10 marzo 1870), progetto Vacca (3 maggio 1870), secondo progetto De Falco (30 novembre 1870), primo e secondo progetti Vigliani (3 ottobre 1873 e 15 aprile 1875). Sull'argomento, P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura dal 1848 al 1925*, cit., pp. 77-98; E. PIOLA CASELLI, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 304-312, 364 ss.

³⁰ R. ROMANELLI, *L'Italia liberale*, Bologna, 1997, p. 32 ss.

³¹ A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., p. 39.

Questo modello, che perdurò anche durante il processo di riforma della Cassazione³² (di fatto rendendo la legge organica, da provvisoria, stabile fonte di disciplina dell'ordinamento giudiziario³³), fu interessato da un primo tentativo di rivisitazione nell'ambito dei dibattiti sull'allargamento delle libertà politiche e civili che prepararono l'avvento della Sinistra al governo³⁴.

È stata riconosciuta, in questo senso, l'embrionale e parziale innovazione che, con riguardo al rapporto fra potere politico e amministrazione della giustizia, era sottesa alla posizione espressa da Pasquale Stanislao Mancini (sin dall'intervento alla Camera del gennaio 1875)³⁵, che però non determinò immediatamente una alterazione dello schema amministrativo gerarchico-verticale³⁶.

Oltre a non potersi enfatizzare, in senso contrario, le dichiarazioni programmatiche sulla «*assoluta indipendenza della magistratura*»³⁷, il fatto che la Sinistra si distinse inizialmente per una valorizzazione della funzione giurisdizionale e per il potenziamento delle sue risorse non corrispose a un indebolimento dell'attrazione del governo della magistratura nell'ambito delle funzioni amministrative.

Non solo, infatti, la stessa impostazione di Mancini confermava espressamente che l'opera di razionalizzazione si sarebbe dovuta svolgere «*senza ricorrere a riforme legislative*»³⁸ (così indirettamente rafforzando il ruolo

³² Ivi, pp. 41-48; v. anche M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, cit., p. 42.

³³ N. PICARDI, *La riforma giudiziaria tra il XIX e il XX secolo*, in G. TARZIA-B. CAVALLONE, *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, I, Milano, 1989, p. 55 ss.

³⁴ Sul contesto sociale e istituzionale che precedette la Sinistra al Governo v. L. MASCILLI MIGLIORINI, *La sinistra storica al potere. Sviluppo della democrazia e direzione dello Stato (1876-1878)*, Napoli, 1979; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, cit.

³⁵ AA.PP., Camera, *Discussioni*, Leg. XII, Sessione 1874-1875, tornata del 20 gennaio 1875 (e anche in P.S. MANCINI, *Discorsi parlamentari*, v. V, Roma, 1896): «Io credo fermamente, o Signori, che se vi è bilancio nel quale sia possibile ottenere considerevoli economie di spese, e notabili miglioramenti nella celerità e nella regolarità degli affari, è il bilancio della Giustizia; ma ad una condizione, quella cioè che si abbia una volta il coraggio d'intraprendere con un sistema maturamente concepito ed inflessibilmente eseguito, serie riforme territoriali ed organiche.».

³⁶ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 11.

³⁷ *Annunzio del Primo Ministero presieduto da Agostino Depretis*, Camera, seduta del 28 marzo 1876, in A. DEPRETIS, *Discorsi parlamentari*, v. VI, Roma, 1891, p. 260.

³⁸ Cfr. *Bilancio del Ministero di grazia e giustizia e dei culti pel 1876*, intervento dell'on. Min. Mancini, in P.S. MANCINI, *Discorsi parlamentari*, v. V, cit., p. 323.

dell'amministrazione come fonte privilegiata per l'organizzazione giudiziaria), ma, in concreto, l'attività riformatrice si svolse essenzialmente attraverso una riorganizzazione delle strutture, degli uffici e del personale³⁹, contribuendo a valorizzare la corrispondenza fra garanzie della magistratura ed efficienza delle decisioni amministrative a sostegno dell'ordinamento giudiziario.

Il ruolo della legge, come atto funzionale a garantire le prerogative della magistratura, fu però rivitalizzato nei dibattiti sulla riforma dell'art. 202 e, soprattutto, dell'art. 199 della legge organica.

Sul primo, che prevedeva la collocazione a riposo dei magistrati al raggiungimento del 75° anno di età, Mancini si manifestò a più riprese apertamente contrario alla sua abolizione, con l'obiettivo di favorire il rinnovamento generazionale della classe giudiziaria⁴⁰, ma il dibattito che ne derivò appare, oggi, caratterizzato da una paradossale inversione dei termini: la posizione di Mancini conteneva, infatti, una valorizzazione della previsione di legge come fonte che (sostituendosi alle determinazioni dell'Esecutivo) poteva consentire l'evoluzione in senso costituzionale dello Stato (e, quindi, anche delle regole per il governo della magistratura)⁴¹, posizione a fronte della quale l'alta magistratura oppose ferme resistenze⁴², mostrando di preferire la decisione amministrativa come strumento di conservazione delle proprie prerogative⁴³.

³⁹ Cfr. *Bilancio del Ministero di grazia e giustizia e dei culti pel 1877*, seduta del 14 dicembre 1877, in P.S. MANCINI, *Discorsi parlamentari*, v. V, cit., p. 442 ss.

⁴⁰ *Ibidem*. Cfr. anche *Progetto di legge presentato dal Dep. Catucci e preso in considerazione l'11 maggio 1878*, «Abrogazione dell'art. 202 del R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626», in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XIII, Sessione 1878-79, doc. n. 47, p. 1; *Abrogazione dell'art. 202 – Relazione della Commissione* (pres. Mancini, segr. Pisavini), *ivi*, doc. n. 47-A, pp. 2-3.

⁴¹ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, cit.; ID., *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in AA.VV., *Storia d'Italia, Annali* 12, Torino, 1997, pp. 721-756; P. SARACENO, *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, in *Quaderni di Clio*, Roma, 1988; G. OLDRINI, *La cultura filosofica napoletana dell'800*, Roma-Bari, 1973, pp. 83-102, p. 261.

⁴² E così ottenendo il riconoscimento della facoltà di mantenere in servizio i magistrati ultrasettantacinquenni che avessero mantenuto, oltre all'idoneità fisica, «*il requisito di meriti o servizi eccezionali*»: cfr. *Abrogazione dell'art. 202 – Progetto della Commissione*, Articolo Unico, in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XIII, Sessione 1878-79, p. 8.

⁴³ La vicenda va naturalmente contestualizzata nella forte dipendenza della magistratura dalla provenienza notabiliare [su cui v. P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica*

In questo senso, se i tre progetti di riforma del 1877⁴⁴ condussero soltanto al breve testo in materia di retribuzioni confluito nella legge 20 dicembre 1877, n. 4189⁴⁵ (benché proprio la revisione del sistema retributivo s'indirizzasse apertamente all'affermazione dell'autonomia della magistratura⁴⁶), fu invece la discussione sull'art. 199 a segnare un primo tentativo di distanziamento fra il governo della magistratura (almeno di quella giudicante) e la concezione amministrativistica della funzione giurisdizionale.

La disposizione prevedeva che «*i funzionari dell'ordine giudiziario che hanno, a termini dell'art. 69 dello Statuto, acquistato l'inamovibilità, non possono esserne privati nel loro grado, o sospesi, né posti, senza il loro consenso, in disponibilità, in aspettativa o riposo, anche con pensione, salvo nei casi previsti dalla presente legge, e secondo le forme in essa prescritte*».

La garanzia d'inamovibilità affidata alla riserva di legge era peraltro temperata dalla successiva facoltà che i giudici potessero «*per utilità del servizio essere tramutati da una corte o da un tribunale ad altra corte o tribunale, con parità di grado e di stipendio*».

L'esperimento di dissociare la sede dei magistrati dalla decisione governativa era già stato avviato dagli esponenti della Sinistra in sede parlamentare⁴⁷ (anche se ad esso, inizialmente, non si accompagnò la politica giudi-

dall'integrazione alla separazione. Linee di un'analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'Unità al fascismo, Roma, 1979; ID. (a cura di), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, Roma, 1988], che – oltre a ostacolare il reclutamento di nuovi magistrati – rendeva difficoltosa l'integrazione fra società civile e ordine giudiziario.

⁴⁴ Depositati da Mancini il 13 giugno 1877, riguardavano: il primo le circoscrizioni, il secondo le «guarentigie alla magistratura», il terzo la riforma della giustizia correzionale. Cfr. AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XIII, Sessione 1876-77, docc. nn. 122, 123, 124.

⁴⁵ Cfr. *Raccolta ufficiale di leggi e decreti del Regno d'Italia*, anno 1877, pp. 2885-2887. L'iter degli altri disegni di legge fu sostanzialmente interrotto a causa della crisi del secondo dicastero Depretis.

⁴⁶ Cfr. P. SARACENO (a cura di), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, cit.; il nesso fra la revisione delle retribuzioni e l'obiettivo di favorire l'autonomia di giudizio dei magistrati si legge anche nella Circolare del Ministro Mancini del 23 maggio 1876, in *Raccolta delle circolari emanate dal Ministero di grazia e giustizia e dei culti*, Roma, 1881, v. 2, p. 758 ss.

⁴⁷ Cfr. P.S. MANCINI, *Eccitamento del Deputato Mancini al Ministro guardasigilli per consultare le Facoltà giuridiche dell'Università e le rappresentanze dell'ordine degli avvocati sul nuovo progetto di Codice di Commercio*, Roma, 1873; A. DEPRETIS, *Provvedimenti straordinari di pubblica sicurezza ed inchiesta parlamentare sulla Sicilia*, seduta del 10 giugno 1875, in AA.PP., Camera, *Discussioni*, Leg. XII, Sessione 1874-75.

ziaria della Sinistra al governo⁴⁸); ora, però, la proposta di riforma presentata da Mancini esplicitava con chiarezza la finalità di precisare i limiti di discrezionalità governativa nell'applicazione dell'art. 199.

Il dibattito politico sulla modifica dell'articolo colse però il lato debole della proposta, perché la revisione della norma fu interpretata come sintomo dell'ingerenza della politica nell'organizzazione del sistema giudiziario, rovesciando così i termini del problema: lo *status* dell'inamovibilità, oggettivamente condizionato dalla decisione ministeriale, veniva rivendicato dalla Destra come limite all'esercizio della funzione legislativa, e perciò destinato a rimanere insensibile alle decisioni della maggioranza parlamentare⁴⁹.

Lontana dalle concettualizzazioni della "dignità della legislazione"⁵⁰, questa impostazione poté alimentarsi anche dalla percepibile dissociazione fra l'impostazione programmatica di Mancini e le azioni del Governo in materia di politica giudiziaria: lo stesso Guardasigilli, che in Parlamento sosteneva l'esigenza di imparzialità dei «*funzionari dell'ordine giudiziario*» (avvedutamente così menzionati), affinché «*nessuno tenti di trasformarli in alcuni luoghi in agenti politici, in agenti elettorali, in ausiliari efficaci di un partito contro un altro partito*»⁵¹, con una circolare di pochissimi giorni prima⁵² aveva impartito ai magistrati direttive puntuali sul sequestro della stampa, e con un'altra dello stesso giorno del discorso parlamentare disponeva istruzioni in materia di «*contegno della Magistratura nelle elezioni politiche e amministrative*»⁵³.

Questa linea cominciava a mostrare la necessità di strutturare il governo della magistratura non soltanto attraverso l'estensione della inamovibilità, ma anche attraverso un rafforzamento dell'organizzazione interna, compito

⁴⁸ Governo che, anzi, con il decreto 22 maggio 1876 disponeva il trasferimento d'ufficio di alcuni alti magistrati politicamente legati alla Destra: v. *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, 22 maggio 1876, p. 2019 ss.; sulla vicenda v. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, cit., p. 230.

⁴⁹ Cfr. AA.PP., Senato, *Discussioni*, Leg. XIII, Sessione 1876, 23 giugno 1876, p. 490.

⁵⁰ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, tr. it. Milano, 2001.

⁵¹ AA.PP., Camera, *Discussioni*, Sessione 1876-78, tornata del 23 maggio 1876, p. 498 ss., leggibile in P.S. MANCINI, *Discorsi parlamentari*, v. V, cit., p. 311.

⁵² Circolare 16 maggio 1876 ai Procuratori generali del Re presso le Corti di Appello del Regno, recante «*Norme direttive intorno ai sequestri e ai processi in materia di stampa*», in *Raccolta delle Circolari emanate dal Ministero di grazia e giustizia e dei culti*, cit., p. 755.

⁵³ Circolare 23 maggio 1876 alle Autorità giudiziarie «*Sul contegno della magistratura nelle elezioni amministrative e politiche*», *ivi*, p. 758.

che però, mentre da un lato presupponeva il riconoscimento della legge come fonte di attuazione delle garanzie della magistratura (peraltro non ancora intese secondo la nozione adottata dall'art. 100 della Costituzione belga⁵⁴), dall'altro veniva intrapreso dal Governo mediante atti ministeriali, e dunque lungo una via (allineata a quella seguita dalla Destra⁵⁵ e quindi) coerente con la concezione della funzione giurisdizionale come segmento dell'attività di esecuzione delle leggi.

In questo contesto, il disegno di legge sulle *Guarentigie alla magistratura* presentato nel giugno 1877⁵⁶ offriva uno schema articolato in modo puntuale: i «*pareri sul merito o demerito dei funzionarii dell'ordine giudiziario del distretto*» e le «*proposte e pareri per le promozioni ed i tramutamenti dei magistrati*» erano assegnati alle *Commissioni delegate* (composte da magistrati d'appello e destinate a succedere alle *Commissioni giudiziarie locali* del 1873); i pareri erano quindi trasmessi alla *Commissione consultiva di Giustizia*, presieduta dal guardasigilli che, per la prima volta, era senza diritto di voto.

Era perciò evidente il tentativo di attenuare il peso della decisione discrezionale del Ministro rispetto alle nomine e promozioni dei magistrati, ancorché nessuna modifica venisse indirizzata alla riforma degli altri istituti che disegnavano il governo della magistratura come attività di organizzazione amministrativa interna⁵⁷.

Il tentativo di riforma si arenò in Parlamento, dove nemmeno venne discusso per l'intervenuta crisi del secondo governo Depretis.

Vi era però, nelle proposte di Mancini, una chiara consapevolezza dell'incidenza che «*le vie oblique del trasferimento*»⁵⁸ potevano avere sulla prerogativa di inamovibilità, sebbene questa prerogativa non fosse intesa come esigenza connessa all'indipendenza della magistratura, ma come ne-

⁵⁴ Cfr. F. ROSELLI, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 476 ss.

⁵⁵ Episodi embrionali di quella politica continuatrice della Destra nella politica interna oggetto delle accuse che avrebbero condotto, anni dopo, alle dimissioni del IV governo Depretis: cfr. AA.PP., Camera, *Discussioni*, Leg. XV, Sessione 1882-83, pp. 2979, 2973 e, successivamente, tornata del 13 febbraio 1886, *ivi*, p. 16766.

⁵⁶ Cfr. AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XIII, Sessione 1876-77, doc. n. 123.

⁵⁷ Come il c.d. «*veniat*» o il potere di «*tramutamento*» del magistrato; sul primo, v. *retro*, nt. 27; sul secondo, v. la *Relazione* al disegno di legge sulle «*Guarentigie alla magistratura*», in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XIII, Sessione 1876-77, doc. n. 123, p. 1.

⁵⁸ *Ibidem*.

cessaria garanzia della funzione strumentale dei giudici rispetto all'attuazione del pubblico servizio dell'esecuzione delle leggi.

Garantire l'inamovibilità come *status* dei magistrati in quanto tali, sull'esempio della Costituzione belga, corrispondeva a un modello non applicabile in Italia, perché l'obiettivo non era assicurare l'autonomia dell'ordine giudiziario, ma definire un governo della magistratura che ne assicurasse l'assolvimento ai compiti di esecuzione giudiziaria delle leggi, e dunque che garantisse l'organica collocazione dei magistrati nel sistema amministrativo della giustizia: in Italia, riteneva Mancini,

sonovi traslocamenti richiesti da necessità di pubblico servizio, la quale deve passare innanzi ad ogni considerazione personale, non potendosi agli interessi particolari subordinare quelli generali⁵⁹.

Il governo della magistratura era quindi un tassello della costruzione dello Stato amministrativo, rispetto alla quale la decisione ministeriale era interpretata come un baluardo⁶⁰.

L'intensificarsi di questa concezione, e il conseguente rafforzamento del ruolo del Ministro come presidio della necessaria appartenenza della magistratura alla funzione amministrativa di esecuzione delle leggi, caratterizzò gli anni a venire e quasi tutto il decennio successivo.

Dapprima, la proclamazione dei «diritti collettivi» da parte di Cairoli nel suo discorso alla Camera del 16 marzo 1878⁶¹, e il traumatico contraccolpo dell'attentato al Re da parte dell'anarchico Passannante, condussero a una stagione caratterizzata dalla politica della "libertà nell'ordine", in cui l'esercizio della giustizia in nome del re assunse una insostituibile funzione strumentale rispetto all'obiettivo del completamento dello Stato⁶²; coerentemente, alla sua prima esperienza governativa il guardasigilli Tajani prov-

⁵⁹ Disegno di legge sulle «*Guarentigie alla magistratura*», in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XIII, Sessione 1876-77, doc. n. 123, p. 2.

⁶⁰ G. MOSCA, *Dei rapporti tra il parlamento e il potere giudiziario*, 1885, ora in ID., *Ciò che la storia potrebbe insegnare: scritti di scienza politica*, Milano, 1958, p. 95; sul passaggio dallo Stato costituzionale allo Stato amministrativo v. M. DOGLIANI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 13-18; sulla costruzione dello Stato amministrativo v. S. CASSESE, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974; B. SORDI-L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, *maxime* p. 225 ss.

⁶¹ Cfr. AA.PP., Camera, *Discussioni*, Leg. XIII, Sessione 1878-79.

⁶² V., sul tema, L. MASCILLI MIGLIORINI, *La sinistra storica al potere. Sviluppo della democrazia e direzione dello Stato (1876-1878)*, cit., p. 242; R. ROMANELLI, *L'Italia liberale*, cit., p. 53 ss.

vide a modificare il decreto attuativo dell'art. 199 della legge organica, attenuando le limitazioni alla decisione ministeriale in materia di trasferimenti dei magistrati⁶³.

Per conseguenza, anche il dibattito sull'unificazione della giurisdizione penale⁶⁴ confluì nell'esigenza di riformare il sistema giudiziario e il governo della magistratura in modo da garantire maggiore efficacia della funzione giurisdizionale come segmento dell'attività di applicazione delle leggi vigenti, strumentale all'attuazione dell'indirizzo politico ad esse sotteso⁶⁵.

Successivamente, con l'inasprimento della questione sociale⁶⁶ (animata anche dalle agitazioni nelle campagne⁶⁷), «lontana [...] ogni ipotesi d'integrazione dei socialisti nelle logiche del regime parlamentare»⁶⁸, l'obiettivo del controllo sociale assunse il predominio delle strategie di governo⁶⁹, e, per questa via, l'irrigidimento del controllo sui magistrati corrispondeva all'accentuarsi dell'esigenza di rendere efficace la funzione amministrativa dell'esecuzione delle leggi (al fine dell'attuazione del sotteso indirizzo politico), rispetto alla quale il governo della magistratura era percepito come uno strumento insostituibile⁷⁰.

⁶³ R.D. 5 gennaio 1879, n. 4686, in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XIV, Sessione 1878-79; su Tajani v. P. SARACENO, *Diego Tajani*, in AA.VV., *Il Parlamento italiano*, Milano, 1988, p. 391 ss.; F. GRISPO, *Vincenzo Calenda di Tavani magistrato e ministro del Regno d'Italia*, in P. SARACENO (a cura di), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, cit., pp. 71-120.

⁶⁴ V. G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in AA.VV., *Storia d'Italia, Annali V*, Torino, 1973, p. 1903 ss.

⁶⁵ Cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, cit., p. 152.

⁶⁶ Su cui v. R. ROMANELLI, *L'Italia liberale*, cit., pp. 327-329; E. SERENI, *Il capitalismo nelle campagne (1860-1900)*, Torino, 1947.

⁶⁷ V. G. CAROCCI, *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, cit., pp. 65-71; G. TONIOLO, *Storia economica dell'Italia liberale (1850-1918)*, Bologna, 1988, pp. 119-121; R. ROMEO, *Risorgimento e capitalismo*, Roma-Bari, 1998; G. ARE, *Economia e politica dell'Italia liberale (1890-1915)*, Bologna, 1974.

⁶⁸ A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., p. 97.

⁶⁹ Cfr. G.C. JOCTEAU, *L'armonia perturbata. Classi dirigenti e percezione degli scioperi nell'Italia liberale*, Roma-Bari, 1988; R. MARTUCCI, *L'invenzione dell'Italia unita*, cit., pp. 332-338; D. ADORNI, *Il brigantaggio*, in *Storia d'Italia - Annali XII*, Torino, 1998; v. inoltre G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura (1870-1922)*, Torino, 1976.

⁷⁰ V. U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, 1976, p. 466 ss.; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie*

Il processo di integrazione organica della magistratura nell'azione amministrativa di controllo sociale del Governo (rappresentata dagli interventi del ministro Zanardelli) fu particolarmente percepito dalle accuse progressiste e radicali⁷¹, che s'indirizzavano proprio contro il nesso strumentale fra l'amministrazione della giustizia e la strategia politica dell'esecutivo.

Il fatto che Depretis, capo del governo, rispondesse indifferentemente tanto alle critiche sulle pressioni sulla magistratura⁷² quanto a quelle sull'eccessivo sodalizio tra funzione giurisdizionale e indirizzo politico, richiamandosi in entrambi i casi alla necessità di assicurare i cardini dello Stato liberale, e quindi il carattere di necessità dell'azione di governo⁷³, è emblematico della configurazione simbiotica che la giustizia assumeva rispetto all'amministrazione governativa delle leggi (in funzione di controllo delle classi pericolose⁷⁴).

Lungo questo percorso tendeva a collocarsi anche il ritorno di Tajani al dicastero della giustizia con il VII governo Depretis, perché se è vero che fra i corollari della sua politica giudiziaria «*vi era il riallineamento tra l'indirizzo politico-giudiziario del governo e quello politico-giurisprudenziale della magistratura*»⁷⁵, alla base della sua azione vi fu la sostanziale contiguità fra governo e (alta) magistratura⁷⁶.

A interrompere questo processo di rafforzamento del governo della magistratura come strumento per la sua integrazione organica nelle strategie del governo contribuì lo scoppio della questione sociale, anche perché si registrava l'inedito fenomeno «*di vere, imponenti manifestazioni nella pubblica opinione*»⁷⁷ che interferivano direttamente con l'amministrazione della giustizia⁷⁸.

e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, cit.; U. ALLEGRETTI, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in *Storia d'Italia – Annali XII*, cit.

⁷¹ V. G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura (1870-1922)*, cit., p. 30 ss.

⁷² Cfr. AA.PP., Camera, *Discussioni*, Leg. XV, Sessione 1882-83, 9 maggio 1883, p. 2972.

⁷³ *Ivi*, p. 2975.

⁷⁴ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, cit., p. 177.

⁷⁵ A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., p. 118.

⁷⁶ Cfr. C. GUARNIERI, *La Corte di Cassazione*, in *Storia d'Italia – Annali XIV*, Torino, 1998, p. 793; P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dall'integrazione alla separazione. Linee di un'analisi socio-politica dell'alta magistratura italiana dall'Unità al fascismo*, Roma, 1979.

⁷⁷ V. AA.PP., Camera, *Discussioni*, Leg. XV, Sessione 1882-86, 13 febbraio 1886, p. 16764.

⁷⁸ A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., p. 120.

La risposta del governo si tradusse nella presentazione del progetto di riforma organica della giustizia del 1885⁷⁹.

Se l'obiettivo dichiarato del progetto si richiamava alla continuità con le proposte di riorganizzazione del sistema già sottese alla politica giudiziaria di Mancini⁸⁰, esso conteneva una novità assolutamente radicale, consistente nel riconoscimento del ruolo della legge quale strumento di garanzia dell'ordine giudiziario.

Le disposizioni sullo *status* dei magistrati, infatti, rinunciavano all'estensione della inamovibilità di sede ma limitavano tassativamente i casi di trasferimento d'ufficio da parte del ministro⁸¹, così delineando un sistema in cui la decisione amministrativa doveva avvenire sulla base del principio di responsabilità ministeriale⁸², essendo l'azione giudiziaria primariamente rimessa alle funzioni individuate dal legislatore.

Nel progetto di Tajani, dunque, era la legge a incorporare il ruolo direttivo prima affidato alla decisione del ministro, con ciò segnando una svolta fondamentale: lo spostamento dal provvedimento amministrativo alla legge del ruolo di atto-fonte formalmente chiamato a garantire il ruolo, i compiti e le prerogative della magistratura.

E infatti, conformemente a questo disegno, il progetto di legge ripartiva la giurisdizione disciplinare fra il ministro e il vertice dell'ordinamento giudiziario attraverso il ruolo svolto dal *Consiglio superiore della magistratura*, che compare per la prima volta come organo competente alla valutazione dei trasferimenti, dei titoli di promozione, dello *status* e della carriera dei giudici.

Il *Consiglio* veniva concepito nel progetto come «emanazione della *suprema corte di giustizia*»⁸³, caratteristica che, unitamente alla previsione at-

⁷⁹ *Disegno di legge del ministro di grazia e giustizia e dei culti Tajani per la riforma dell'ordinamento giudiziario del 25 novembre 1885*, in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Leg. XV, Sessione 1882-83-84-85, doc. n. 348.

⁸⁰ *Relazione del ministro sul disegno di legge del ministro di grazia e giustizia e dei culti Tajani per la riforma dell'ordinamento giudiziario del 25 novembre 1885*, pp. 13-15 (relazione che citava ampi passaggi delle proposte di Mancini).

⁸¹ *Ivi*, pp. 76-81; nell'art. 114 del disegno di legge si prevedeva che i trasferimenti d'ufficio da parte del ministro potessero avvenire solo in casi particolari, ma escludendo l'inamovibilità di sede dei magistrati come regola generale.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ivi*, p. 38, p. 81 ss., su cui v. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit.; E. PIOLA CASSELLI, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 409-440.

tribuisce al guardasigilli diritto di voto e suprema sorveglianza su tutte le giurisdizioni⁸⁴, rendeva questo organo estraneo alla struttura ministeriale, con la conseguenza di ascriverlo non più all'attività di esecuzione delle leggi, ma a quella di organizzazione della magistratura, funzione che per la prima volta conosce autonomia concettuale (rispetto alla quale la collocazione fuori dal governo poteva essere interpretata come l'embrionale versante istituzionale).

La discussione del progetto di legge, assorbita nel dibattito sulla riorganizzazione della magistratura superiore (cui esso parimenti provvedeva), subì anche la congiuntura politica⁸⁵ e non raggiunse il voto, ma segnò un importante tentativo di configurare la giurisdizione, anziché come segmento dell'attività di esecuzione delle leggi, come «*alleato politico del legislatore*»⁸⁶.

Il significato della valorizzazione della legge come strumento di garanzia della magistratura assume un ruolo particolarmente rilevante se confrontato con il graduale processo di affermazione del sistema dualistico della giustizia amministrativa⁸⁷, anche se la diffusione dei dibattiti sullo *Rechtsstaat*⁸⁸ e l'obiettivo di conseguire la «*imparzialità nella giustizia e nell'amministrazione sotto un governo di partito*»⁸⁹ potrebbero essere interpretati come gli antecedenti logici e culturali più della concezione organicista del governo della magistratura come segmento interno all'azione amministrativa che del riconoscimento della legge come fonte per la garanzia della magistratura (sotteso al progetto di legge Tajani).

Con le riforme crispine⁹⁰ la disciplina del governo della magistratura mostrò di indirizzarsi verso un ricompattamento della funzione giurisdiz-

⁸⁴ Artt. 162 e 166.

⁸⁵ La relazione della Commissione sul progetto di legge giunse solo nel luglio del 1887, quando, anche sull'onda della forte contrazione dei consensi elettorali emersa nelle consultazioni del maggio 1886, il VII governo Depretis era ormai caduto, mentre Tajani era già stato estromesso dal ministero e sostituito da Zanardelli nell'aprile 1887.

⁸⁶ A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., p. 132.

⁸⁷ Su cui B. SORDI-L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 330, 337.

⁸⁸ S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, in ID., *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da B. Croce*, Bari, 1910, pp. 55, 78.

⁸⁹ M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, in ID., *Scritti politici*, Roma, 1986, p. 605.

⁹⁰ Cfr. R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana*, cit., p. 129; G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Bologna, 2003, p. 96; R. ROMANELLI, *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna, 1995, pp. 279-451, nonché P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia*, cit., p. 68.

zionale con l'azione amministrativa, coerentemente con l'intento di rafforzare il controllo del governo sull'amministrazione che contrassegnò i primi governi di Crispi fra il 1887 e il 1891.

In questo contesto si possono interpretare anche le riforme dell'organizzazione della giustizia promosse da Zanardelli⁹¹ (unitamente con il ripristino delle competenze della Commissione ministeriale – c.d. *Commissione semi-giudiziaria*, in quanto a composizione mista – sui trasferimenti e sulle promozioni istituita dal decreto Villa del 1880 e soppressa da Tajani⁹²).

In particolare, alla legge 8 giugno 1890, che estendeva il sistema dei pubblici concorsi per l'accesso in magistratura, è stata riconosciuta dalla storiografia la funzione di favorire un progressivo «riallineamento tra composizione del ceto giudiziario e logiche della mobilità sociale borghese, con una significativa apertura a tutta la borghesia nell'accesso alla magistratura, contribuendo ad affievolire l'omogeneità sociale e politica tra classe politica e magistratura»⁹³.

Ma questa nuova fase dell'integrazione del governo della magistratura nell'azione amministrativa doveva inevitabilmente confrontarsi con l'evoluzione della giustizia amministrativa.

2. *Il governo della magistratura e la giustiziabilità degli atti amministrativi.*

La riconducibilità degli atti di governo della magistratura alla categoria dei provvedimenti amministrativi non determinò la configurazione del loro sindacato come problema sino al riconoscimento della natura giurisdizionale della IV Sezione del Consiglio di Stato.

⁹¹ Cfr. il disegno di legge 17 giugno 1889, in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Sessione 1889-90, docc. nn. 4 e 4-A; v. anche la *Legge delega per la modifica di circoscrizioni e retribuzioni*, 28 novembre 1888, poi confluita nella legge 30 marzo 1890, n. 6702, sulla quale M. SAJIA, *Le circoscrizioni giudiziarie italiane dall'unità alla Repubblica*, Messina, 1992; in materia di reclutamento dei magistrati, cfr. il disegno di legge Zanardelli del 16 maggio 1889, recante *Disposizioni circa l'ammissione e le promozioni della magistratura (Legge di riforma del reclutamento)*, in AA.PP., Camera, *Raccolta ufficiale degli atti stampati*, Sessione 1889, doc. n. 103, confluito nella legge 8 giugno 1890, n. 6878, e nella legge attuativa 10 novembre 1890, n. 7279.

⁹² Art. 2 del decreto 4 gennaio 1890, su cui G. MIRABELLI, *L'immovibilità della magistratura nel Regno d'Italia*, Napoli, 1880, p. 54.

⁹³ A. VITTORIA, *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860-1890)*, cit., p. 147.

Il sistema risultante dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo non registrò l'ampia estensione della cognizione del giudice ordinario sull'azione amministrativa che avrebbe costituito il corollario della cultura sottesa alla sua approvazione.

Nelle aspettative della classe politica che aveva sostenuto prima i disegni di legge di Minghetti, nel 1861, e di Peruzzi, nel 1863, e quindi il secondo progetto Peruzzi del 1864⁹⁴, confluito nell'Allegato E della legge n. 2248/1865, assumeva un ruolo significativo la componente garantista a favore del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa, coerentemente con i presupposti ideologici della giustizia amministrativa come garanzia del rapporto fra libertà-diritto del cittadino e libertà-potere dell'Amministrazione⁹⁵:

il contenzioso amministrativo, stigmatizzato come «l'arme di guerra dei tempi eccezionali della Rivoluzione francese», venne rifiutato perché «maschera di giustizia compiacente al potere» e «istromento del dispotismo»⁹⁶.

Il recepimento del “mito” del giudice unico, tuttavia, pur rappresentando una «opzione per un modello intimamente liberale»⁹⁷, non condusse a un conflitto fra le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini e l'esercizio delle funzioni amministrative.

In primo luogo, il mantenimento presso il Consiglio di Stato della competenza giurisdizionale in ordine ai conflitti di attribuzione fra giurisdizione e amministrazione concorse a restringere, anziché ad ampliare, i confini della cognizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

In particolare, il controllo ministeriale nella fase introduttiva dei conflitti consentì l'affermarsi di una prevalenza dell'Amministrazione che perdu-

⁹⁴ Cfr. G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli, 1966, p. 101.

⁹⁵ F. BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, v. XIX, Milano, 1970, p. 589.

⁹⁶ B. SORDI-L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 331, con rinvio alle fonti dell'intervento di Pasquale Stanislao Mancini nella seduta parlamentare del 9 giugno 1864 *ivi*, nt. 56. Sul regime esistente nelle Repubbliche cisalpina e italiana v. P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, 1990. Sulla giustizia amministrativa preunitaria nella forma del contenzioso amministrativo v. G.S. PENE VIDARI, voce *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. VII, Torino, 1991, pp. 505-506; R. FEOLA, *La monarchia amministrativa. Il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli, 1984.

⁹⁷ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, p. 37.

rò anche dopo la legge 31 marzo 1877, n. 3761, che attribuì la competenza sui conflitti alla Corte di Cassazione⁹⁸.

Il secondo luogo, le stesse dinamiche istituzionali e culturali che coinvolsero le relazioni fra il giudice ordinario e la pubblica amministrazione si tradussero nella evidente timidezza della funzione giurisdizionale come attività di sindacato sull'azione amministrativa⁹⁹.

Infine, la ritenuta inadeguatezza del sistema introdotto dall'Allegato E rispetto all'effettiva instaurazione di un modello di garanzia giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive di fronte all'azione amministrativa era in realtà frutto della costruzione degli "interessi non diritti"

non come situazioni soggettive [...], ma come punti di riferimento soggettivo di una tutela che doveva salvaguardare innanzi tutto l'amministrazione in se stessa, la quale, in uno Stato che si diceva di diritto, doveva appunto manifestarsi legalmente¹⁰⁰.

A questa inclinazione del sistema verso l'enfaticizzazione delle prerogative dell'autorità amministrativa contribuì anche l'istituzione delle regie avvocature erariali disposto dalla legge 28 novembre 1875, n. 2781 (e la conseguente affermazione dei principi e delle tecniche per la difesa in giudizio dello Stato).

Ma questa stessa istituzione s'inscriveva in una concezione della giustizia amministrativa comune sia al promotore della legge¹⁰¹, sia a un più ampio contesto culturale trasversale alle varie tendenze politiche, che confluì nell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato come risposta al "bisogno" di giustizia amministrativa.

Inserito in quadro concettuale (e lessicale) non privo di ambiguità¹⁰², il dibattito che condusse al superamento del modello introdotto dalla legge

⁹⁸ E. CANNADA BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. VII, Torino, 1991, pp. 517-518.

⁹⁹ V.E. ORLANDO, voce *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. it.*, v. VIII, Milano, 1925, p. 886.

¹⁰⁰ F. BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, cit., p. 604. Sui problemi interpretativi e sul dibattito v. E. CANNADA BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 512-517. Sulla distinzione fra diritti e interessi v. G. MIELE, *La giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968, p. 14.

¹⁰¹ Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, v. III, Firenze, 1882.

¹⁰² Rileva che la dizione «giustizia amministrativa» «designava un insieme indifferenziato e non ordinato» E. CANNADA BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 519.

del 1865, e alla (ri)affermazione del sistema duale, si attestava sempre più dichiaratamente su una linea che anteponeva «la difesa dell'ordine oggettivo dell'autorità e dell'unità del potere esecutivo all'esigenza di protezione della sfera individuale»¹⁰³, con la conseguenza che la giustiziabilità degli atti amministrativi (e dunque anche di provvedimenti di governo della magistratura) andava configurandosi non come un limite al rafforzamento dell'Amministrazione, ma come una sua risorsa.

Documenta questa evoluzione anche lo spostamento della posizione di Crispi verso soluzioni di percepibile impronta spaventiana¹⁰⁴.

Nel dibattito alla Camera che condusse alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, Crispi aveva sostenuto intensamente il modello fondato sui Tribunali del contenzioso¹⁰⁵; successivamente all'entrata in vigore della legge, per due volte presentò altrettanti progetti di legge volti a modificarla, sostituendo il ricorso gerarchico da essa prevista con un «ricorso in via contenziosa innanzi al Consiglio di Stato il quale statuirà udite le parti in pubblica udienza».

Arenatesi entrambe le proposte, la Sinistra reiterò la presentazione di progetti di modifica del sistema più volte fra il 1880 e il 1886, mentre Crispi, in parte distaccandosi da questa impostazione, abbandonò gradualmente l'idea dell'istituzione di un giudice apposito per gli «interessi non diritti», avvicinandosi a una soluzione di carattere amministrativo.

Quando, nel novembre del 1887, Crispi presentò al Senato il disegno di legge recante «*Modificazioni della legge sul Consiglio di Stato*», il percorso si era sostanzialmente compiuto: nella relazione di accompagnamento al progetto di legge Crispi affermava che

la legge 20 marzo 1865 all. E proclamò la unità della giurisdizione restituendo alla giustizia ordinaria tutte le materie di diritto civile e politico, ma nulla avendo sostituito al contenzioso amministrativo, che abolì, rimase abbandona-

¹⁰³ B. SORDI-L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 335.

¹⁰⁴ Per la ricostruzione di questo percorso v. A. BARUCCHI, *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 1859 ss., e anche in AA.VV., *Cento anni di giurisdizione amministrativa. Atti del convegno celebrativo per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Napoli, 1996, p. 21 ss.

¹⁰⁵ Cfr. AA.PP., Sessione 1863-64, Leg. VIII, *Discussioni*, 1864, p. 2970; v. anche AA.PP., Sessione 1863-64, Leg. VIII, *Documenti*, vol. 1, nt. 17, p. 5190: «Io non so capire ... l'esercizio di un diritto privo di interesse, come non so capire che possa esistere un interesse senza che vi si legghi un diritto».

ta alla potestà amministrativa la immensa somma di interessi onde lo Stato è depositario. Quella legge, quindi, se per una parte fu l'applicazione del principio di libertà, segnò per l'altra un vero regresso, in quanto lasciò al solo apprezzamento dell'autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice¹⁰⁶.

È certamente da considerare la correlazione fra la proposta di istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato e le reazioni alle polemiche sul trasformismo¹⁰⁷, elemento che consente di cogliere il ruolo che quella proposta assumeva in funzione di superamento della pratica trasformistica: non tanto come rimedio alla contrarietà dell'azione amministrativa rispetto alla legge, quanto come garanzia di sottrazione dell'azione pubblica alle spinte parlamentari¹⁰⁸, ossia di «*imparzialità nella giustizia e nell'amministrazione sotto un governo di partito*»¹⁰⁹.

Ma alcuni antecedenti teorici della concezione di giustizia amministrativa recepita dalla proposta di legge di Crispi si possono rivenire già nel discorso di Silvio Spaventa del 1880: i problemi che egli ravvedeva nel fatto che «*l'arbitrio tende a dominare in luogo della legge, e l'inframmettenza politica e le passioni di parte a sostituirsi ai criteri del pubblico interesse e della eguale misura e imparzialità dei poteri pubblici verso tutti i cittadini*»¹¹⁰ costituirono, infatti, l'impulso all'istituzione (non tanto di un giudice dell'Amministrazione, quanto) di un organo di controllo dell'Amministrazione stessa, un organo amministrativo garante della legalità dell'azione amministrativa intesa nel senso della sua insensibilità all'indirizzo politico,

¹⁰⁶ Senato del regno, AA.PP., *Documenti*, Sessione 1887-88, v. 1, doc. 6

¹⁰⁷ Sulle ragioni della politica definita trasformistica cfr. R. DE MATTEI, *Dal trasformismo al socialismo*, Firenze, 1940, p. 6 ss.; *ivi*, p. 11 ss., si illustra l'origine del giudizio negativo su tale politica e quindi del significato peggiorativo attribuito al termine «trasformismo». In argomento, v. anche F. MANZOTTI, *Partiti e gruppi politici dal Risorgimento al fascismo*, Firenze, 1973, p. 207 ss.; C. MORANDI, *La politica estera dell'Italia*, Firenze, 1968, p. 214 s.; *ivi* si offre una visione prospettica delle finalità della politica trasformistica impegnata nel mutamento dell'assetto complessivo della comunità nazionale.

¹⁰⁸ Cfr. R. IANNOTTA, *Le condizioni politiche e sociali coeve alla istituzione della Sez. IV del Consiglio di Stato e le prospettive attuali*, in AA.VV., *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, v. 1, Roma, 1989, p. 117 ss.; C. GHISALBERTI, *Stato e Costituzione nel Risorgimento*, Milano, 1972, pp. 277 e 289; *ivi*, pp. 299 e 300, per la delineazione della funzione progressiva dello Stato.

¹⁰⁹ M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, cit., p. 2.

¹¹⁰ S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, a cura di P. Alatri, Torino, 1949.

come in una sorta di “autocontrollo amministrativo”¹¹¹.

L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato ebbe quindi il significato di assicurare «una legalità amministrativa che ponesse le strutture portanti della statualità al riparo dall'instabilità della politica»¹¹², e ciò caratterizzò il giudizio innanzi alla IV Sezione come procedimento decisorio sulla legittimità anziché come sede di una risoluzione giurisdizionale delle controversie fra cittadino e pubblica amministrazione.

In questo senso, la concezione della giurisdizione amministrativa di legittimità come giurisdizione obiettiva, «determinata cioè a tutelare non dei diritti soggettivi, ma la legittimità dell'azione amministrativa o la legalità dell'amministrazione»¹¹³, era destinata a contrassegnare l'iniziale configurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato¹¹⁴.

Com'è noto, furono le circostanze della concreta operatività della Sezione (e, in particolare, la maggiore brevità del procedimento, la possibilità di ottenere l'annullamento dell'atto impugnato e la sospensione temporanea della sua efficacia) a determinare l'estensione dei giudizi amministrativi anche alle fattispecie in cui veniva dedotta la lesione di diritti soggettivi, con la conseguente reazione della magistratura ordinaria che confluì nel riconoscimento della natura giurisdizionale della IV Sezione.

Questo passaggio¹¹⁵ (con le discussioni che lo precedettero e accompa-

¹¹¹ Cfr. A. BARUCCHI, *Appunti di giustizia amministrativa*, Torino, 1997, p. 11.

¹¹² B. SORDI-L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 336.

¹¹³ F. BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, cit., p. 604.

¹¹⁴ Sul Consiglio di Stato ai tempi di Spaventa, fino al 1923, v. F. NARDELLI, *Cenni storici sulla IV Sezione*, in *Il Ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato*, Napoli, 1902, pp. 3-22; V. SCIALOIA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pub. e pub. amm. in It.*, 1931, pp. 407-417; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. XX, Milano, 1985, p. 483; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Silvio Spaventa*, in S. RICCI (a cura di), *Silvio Spaventa. Filosofia, diritto, politica*, Napoli, 1991, pp. 151-169. Sulla storia del Consiglio di Stato, in generale, v. ID., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, pp. 1-19; ID., *Il Consiglio di Stato*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia - Annali*, 14, *Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, pp. 821-843 e ID., *Origine e storia del Consiglio di Stato italiano*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998, pp. 71-85.

¹¹⁵ Cass., SS.UU., 21 marzo 1893, n. 177, in *Foro it.*, 1893, I, c. 294: «la IV Sezione del Consiglio di Stato è stata investita dalle leggi 31 marzo 1889 e 1° maggio 1890 di una vera e propria giurisdizione, la quale ha pure il carattere speciale di fronte a quelle generiche assegnate all'autorità giudiziaria, donde l'ammissibilità del ricorso per incompetenza o eccesso di potere anche contro le decisioni della IV Sezione» (massima tratta dalla relazione dell'Avvocato Generale per il 1898, c. 32).

gnarono¹¹⁶) aprì il sistema della giustizia amministrativa alla distinzione fra l'azione amministrativa, rivolta all'imparziale esecuzione della legge, e la funzione giurisdizionale, destinata a garantire i diritti soggettivi eventualmente lesi dall'esercizio di quella azione, e quindi a porre in antitesi, anziché in convergenza, giudizio amministrativo e azione amministrativa.

Fu quindi l'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa nell'ultimo decennio dell'Ottocento¹¹⁷ (anziché l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato) a rappresentare un'effettiva discontinuità rispetto al modello precedente¹¹⁸, creando i presupposti per il sindacato sugli atti amministrativi come strumento per la garanzia delle situazioni giuridiche soggettive.

In questo contesto, l'ascrivibilità dei provvedimenti di governo della magistratura agli atti amministrativi avrebbe potuto estendere anche ad essi il controllo di legittimità arricchito dal sindacato sull'eccesso di potere, dal momento che

la legge non ha definito il concetto di legittimità degli atti amministrativi, secondo il diritto pubblico, ma ne ha lasciato l'intelligenza alla dottrina e all'uso; e secondo la dottrina e l'uso non è tenuto per legittimo qualunque atto amministrativo contrario alle leggi ed alla giustizia¹¹⁹.

Ma il problema del sindacato giurisdizionale dei provvedimenti sulla magistratura fu interessato dalla scissione fra la natura amministrativa dell'organo di governo e l'evoluzione della natura di atto politico, scissione che, preceduta dall'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura, emerse nel primo decennio del secolo successivo.

¹¹⁶ E. CANNADA BARTOLI, voce *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 522-523.

¹¹⁷ Ricostruito *ivi*, pp. 523 e 529.

¹¹⁸ Modello in cui, tradizionalmente, le eccezioni all'attribuzione delle funzioni di controllo sull'azione amministrativa a organi giurisdizionali rispondevano, comunque, «al principio del rafforzamento dell'amministrazione piuttosto che a quello del controllo sull'operato di quest'ultima»: v. G.S. PENE VIDARI, voce *Giustizia amministrativa (storia)*, cit., p. 504.

¹¹⁹ Cons. Stato, parere 15 novembre 1884, cit. in V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, v. III, Milano, 1901, p. 700 ss.; in argomento, v. M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1970, p. 741. Sull'elaborazione e l'evoluzione del concetto di eccesso di potere v. soprattutto B. SORDI-L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 355, 373, e la bibliografia *ivi* citata.

3. *Dalla istituzione del C.S.M. all'affermazione della insindacabilità giurisdizionale dei suoi atti: tentativi verso la separazione del governo della magistratura dalla gerarchia amministrativa.*

L'inizio del XX secolo si caratterizzò per l'ampiezza del dibattito sul riordino dell'ordinamento giudiziario¹²⁰: i disegni di legge presentati da Nicolò Gallo nel novembre 1906 (che, come si vedrà, confluirono nella "legge Orlando" del 1907) rappresentavano la trentesima proposta di riforma del sistema sottoposta al Parlamento¹²¹.

Sul finire del secolo precedente, il ministro Giacomo Costa, a capo del dicastero dal 10 marzo 1896 sino al 15 agosto 1897, aveva tentato di affrontare la questione dell'indipendenza dei magistrati abbinandola al sistema dell'ammissione e della carriera, in particolare regolando il sistema delle promozioni sulla sola base del criterio dell'anzianità (in evidente corrispondenza con la progressione di carriera degli uffici amministrativi).

Il disegno di legge di Costa (approvato al Senato nel giugno 1897, presentato quindi alla Camera, ma poi ritirato da Zanardelli dopo la morte del guardasigilli e la crisi ministeriale che seguì) prevedeva una composizione integralmente interna all'ordine giudiziario degli organi preposti alla tutela delle garanzie: tale funzione era infatti attribuita ai «Consigli locali», istituiti presso ciascuna Corte d'appello, e a un Consiglio superiore, istituito presso la Corte di Cassazione di Roma, entrambi composti solo da magistrati¹²².

A questi organi erano peraltro attribuite, sul modello della "Commissione Villa", funzioni unicamente consultive: l'espressione di pareri sul contegno, sul profitto degli uditori e sul grado di merito per la promovibi-

¹²⁰ Secondo V.E. ORLANDO, *Prefazione*, in G. PERSICO, *La nuova magistratura*, Roma, 1943, p. 9, che sebbene il riordinamento della giustizia fosse stato, durante tutto il periodo liberale, un argomento «continuamente, appassionatamente dibattuto e discusso», l'attuazione delle riforme «in vario senso ma da tutti invocate, non riesce mai a venire in atto. In altri termini, all'aspirazione pressoché universale di riforme profonde fa riscontro una forma specifica di impotenza riformatrice»; cfr., in argomento, C. MELLONI, *Storia dell'amministrazione della giustizia in età liberale (1876 – 1914)*, Università degli Studi della Tuscia di Viterbo, Dipartimento di storia e cultura del testo e del documento, Tesi di dottorato di ricerca in "Storia d'Europa: società, politica e istituzioni (xix-xx secolo)", XXII ciclo, p. 134.

¹²¹ Cfr. AA.PP., Camera, Leg. XXII, *Discussioni*, tornata del 28 novembre 1906, intervento del ministro Gallo. Sull'argomento L. MUSCI, *Storia della magistratura e storie di magistrati nell'età giolittiana*, in *Analisi storica*, 1988, pp. 217-230.

¹²² AA.PP., Camera, Leg. XIX, *Discussioni*, 2ª tornata del 28 giugno 1897, doc. n. 138.

lità dei giudici giudicanti e requirenti, nonché sul loro eventuale trasferimento.

Il Consiglio Superiore, oltre alla competenza sul riesame delle deliberazioni e dei pareri dei Consigli locali, vedeva estesa la propria competenza anche al parere sull'ammissione nella magistratura degli avvocati esercenti, dei professori di materie giuridiche e dei funzionari amministrativi del Ministero e di quelli dell'avvocatura previsti dal progetto di legge sull'ammissione, nonché, ove richiesto dal guardasigilli, al parere su qualsiasi provvedimento amministrativo che riguardasse il personale.

Pur nella limitatezza della natura consultiva delle funzioni, il progetto si segnalava, più che per la previsione delle sedi locali (che rispondeva al tentativo di sottrarne l'attività dall'amministrazione centrale), per la concezione degli organi preposti alla tutela delle garanzie dei magistrati come emanazione della magistratura stessa, costituendone la più alta espressione poiché composti sia dai magistrati giudicanti sia da giudici requirenti¹²³.

I primi progetti di legge del periodo successivo cercarono di sviluppare il tema della intensificazione delle garanzie e della modernizzazione dell'ordinamento della magistratura.

Nel 1899 il senatore Adeodato Bonasi, divenuto guardasigilli, tentò di tradurre in legge quanto aveva studiato ed esposto nel 1884 nel suo «*La magistratura in Italia*»¹²⁴, elaborando anche un nuovo disegno di legge sulle garanzie e uno sulle modificazioni all'ordinamento della magistratura (entrambi presentati al Senato nella seduta del 7 febbraio 1900).

Nel primo progetto si adottava un concetto di indipendenza inteso come una completa estraneità dei giudici dalle manifestazioni della vita sociale, affidando alla legge (anziché alla discrezionalità ministeriale¹²⁵) il compito di tutelare l'indipendenza e l'autonomia del personale giudiziario.

Le nomine, le promozioni, i trasferimenti e le onorificenze sarebbero stati distribuiti fra due organi entrambi centrali: un Consiglio Superiore della Magistratura¹²⁶ e una Commissione per le promozioni e i trasferimen-

¹²³ AA.PP., Camera, Leg. XX, *Documenti*, 1897, doc. n. 139.

¹²⁴ A. BONASI, *La magistratura in Italia*, Bologna, 1884.

¹²⁵ Ossia alle commissioni consultive, che, limitando il potere esecutivo, avevano esclusivamente il potere di porre vincoli morali all'azione del Governo nei confronti del potere giudiziario. Cfr. P. MAROVELLI, *L'indipendenza della magistratura dal 1848 al 1925*, cit., p. 182 ss.

¹²⁶ Composto dai primi presidenti e dai procuratori generali delle Corti di Cassazione, dai Presidenti di Sezione e dall'Avvocato Generale della Cassazione di Roma, e presieduto dal Presidente più anziano.

ti, eletta annualmente dal Consiglio Superiore della Magistratura e divisa in due sezioni, i cui pareri sarebbero stati decisivi e non più soltanto consultivi.

Nel progetto di Bonasi, però, il governo della magistratura era affidato a organi tutti costituiti di membri dell'alta magistratura, il che denotava ancora una volta la conformazione anche della magistratura al modello gerarchico burocratico della pubblica amministrazione, secondo la tradizione, di origine unitaria, dell'amministrazione della giustizia come segmento dell'attività esecutiva delle leggi rivolto all'attuazione dell'indirizzo politico ad esse sotteso¹²⁷.

Le nomine e le promozioni sarebbero state regolate dall'anzianità per la promozione da aggiunto a giudice di seconda classe, mentre per la promozione dei consiglieri di cassazione e dei giudici di prima classe l'autorità giudiziaria, considerati i casi di nomina e di promovibilità degli alti gradi, avrebbe costituito delle liste e le avrebbe presentate al guardasigilli che da ultimo avrebbe scelto il singolo magistrato da nominare o da promuovere.

Nel giudicare chi dovesse essere promosso il criterio del merito doveva prevalere su quello dell'anzianità.

Infine, abrogando l'art. 129 dell'ordinamento giudiziario del 1865, ai sensi del quale il Pubblico ministero era il rappresentante dell'esecutivo e posto sotto la direzione del Ministero della Giustizia, venne deciso che la prerogativa dell'inamovibilità fosse estesa anche al Pubblico ministero, oltre che ai pretori, e che non sarebbe stata più circoscritta al solo grado ma avrebbe compreso anche quella di sede¹²⁸.

La crisi ministeriale che seguì fece naufragare le proposte Bonasi, determinando anche, per i primi anni successivi, il ridursi del dibattito sulle garanzie e sull'istituzione di un organo di "autogoverno" alle modifiche apportate a inizio secolo alla "Commissione Villa"¹²⁹.

Con la "riforma Gianturco", introdotta dal R.D. 2 dicembre 1900, n. 3913, si suddivise la Commissione in due sezioni, composta ciascuna di otto magistrati della Cassazione di Roma e un rappresentante del Pubblico ministero: la prima si sarebbe occupata della classificazione dell'alta magistratura e del passaggio dalla carriera requirente alla giudicante e la seconda dei pretori. A Sezioni Unite avrebbe giudicato l'ammissibilità alla car-

¹²⁷ Cfr. P. MAROVELLI, *L'indipendenza della magistratura dal 1848 al 1925*, cit., p. 193.

¹²⁸ AA.PP., Camera, Leg. XX, *Discussioni*, 3^a Sessione 1899-1900, doc. n. 65.

¹²⁹ R.D. 4 gennaio 1880, n. 5230, su cui v. *amplius retro*.

riera giudiziaria degli avvocati, professori e funzionari in possesso dei requisiti necessari per l'ingresso in magistratura¹³⁰.

Nel 1901 si stabilì in diciotto il numero dei suoi membri: sedici magistrati della Corte di Cassazione di Roma e due rappresentanti del Pubblico ministero presso la stessa Corte con un mandato di tre anni; le funzioni delle due sezioni rimasero invariate.

Nel gennaio 1904 un altro decreto governativo, oltre ad ampliare la base elettorale della commissione, prevede che i magistrati scrutinati sarebbero stati classificati in promovibili, promovibili a scelta e promovibili per merito eccezionale¹³¹.

L'insieme di queste modifiche non mutò tuttavia l'incidenza del potere discrezionale ministeriale sulla promozione e sul trasferimento dei magistrati¹³²: la Commissione, di fatto, in quanto consultiva non poteva evitare che le decisioni sulla carriera del singolo magistrato fossero rimesse al guardasigilli¹³³, con la conseguenza che essa non riuscì ad assumere il ruolo di un organo in grado di delimitare le competenze ministeriali a tutela delle prerogative dell'ordine giudiziario¹³⁴.

Anzi, secondo il giudizio di Mortara, i tentativi compiuti nel limitare il potere ministeriale «*per quanto laudabili e onestamente pensati*», avevano peggiorato le condizioni perché «*col nascondere il male o renderlo meno avvertito, tendono a radicarlo di più, anziché estirparlo come razionalmente bisogna*»¹³⁵.

Agli esperimenti di riforma dei primi anni del secolo poteva quindi dirsi

¹³⁰ Secondo l'ordinamento giudiziario del 1865 potevano essere nominati pretori i vicepretori mandamentali laureati in legge dopo quattro anni di attività; i laureati in legge dopo cinque anni di esercizio dell'avvocatura; i procuratori laureati in legge dopo otto anni di avvocatura ed i notai laureati in legge dopo otto anni di esercizio della professione. Ai sensi dell'art. 50, inoltre, il Guardasigilli poteva nominare giudici di tribunale i laureati in legge dopo sette di anni di attività nell'avvocatura o dopo dieci anni nello svolgimento della professione di procuratore. Cfr. AA.PP., Camera, Leg. XXI, *Discussioni*, Sessione 1900-1901, doc. n. 124-A.

¹³¹ R.D. 7 gennaio 1904, n. 2.

¹³² 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, p. 19.

¹³³ L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, 1973, p. 91.

¹³⁴ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, p. 209.

¹³⁵ L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia e altri saggi*, a cura di A. Pizzorusso, Napoli, 1992, pp. 64 – 67.

implicitamente sotteso il riconoscimento dell'esigenza di sottrarre il governo della magistratura alla discrezionalità ministeriale; il carattere riformatore raggiunse però, in questi anni, solo una prima (benché rilevante) acquisizione: la necessità di estrarre dalla gerarchia amministrativa facente capo al Guardasigilli la posizione degli organi deputati alla tutela delle guarentigie della magistratura; più tempo avrebbe invece richiesto completare la definitiva scissione fra competenze ministeriali e governo della magistratura attribuendo a quegli organi funzioni non solo consultive, ma, appunto, di "governo".

Della discussa nozione di "autogoverno"¹³⁶, dunque, matura in questo periodo soltanto il primo termine, essendo rimesso a organi che rappresentino emanazione della magistratura il compito di garantirne le prerogative, pur mantenendo in capo al Guardasigilli l'effettivo potere di "governo" dell'ordine giudiziario.

Le tracce di questa impostazione si possono cogliere anche nel disegno di legge presentato da Zanardelli, di concerto con il Ministro della Giustizia Ortu e con quello del Tesoro Di Broglio, che, con il dichiarato obiettivo di assicurare le «*guarentigie contro gli arbitrî nelle promozioni e nei tramutamenti, di maniera che il magistrato, collocato in una posizione elevata e sicura, possa tutto dedicarsi all'amministrazione della giustizia, siano esclusi i pericoli di estranee influenze, e sia data alla magistratura una vera vita organica*»¹³⁷, proponeva un sistema fondato sulla istituzione di un Consiglio Superiore della Magistratura che, istituito presso il Ministero della Giustizia, sarebbe stato costituito da tre consiglieri della Corte di Cassazione di Roma, da un consigliere di ciascuna Corte di revisione regionale¹³⁸, da un membro di ciascun ordine degli avvocati delle Corti di revisione e da due professori in legge. Il Consiglio avrebbe però avuto il compito di esprimere il parere soltanto nel caso di trasferimento di magistrati contro il loro con-

¹³⁶ Discussione che attiene alla riconducibilità delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. alla tutela di interessi che appartengono non solo all'ordine giudiziario, ma all'intero ordinamento e in particolare allo Stato. Assumendo la nozione di "autogoverno" come riferita alla attribuzione dei compiti di governo della magistratura a un organo estraneo alla gerarchia amministrativa facente capo al Ministro della Giustizia (e ritenendo che questa configurazione risponda alla tutela di un interesse costituzionale), la problematicità della questione sembra peraltro ridursi. Il tema sarà comunque ripreso *infra*, a proposito del ruolo costituzionale del C.S.M. nell'esperienza repubblicana, Sul senso solo «figurato» dell'espressione "autogoverno", cfr. Corte cost., 3 maggio 1973, n. 142.

¹³⁷ AA.PP., Camera, Leg. XXI, *Discussioni*, 2ª Sessione 1902-1903, doc. n. 294.

¹³⁸ *Ibidem*.

senso, consenso che era escluso nel caso di incompatibilità o qualora il magistrato avesse avuto nella sede giudiziaria interessi materiali o se nella sede vi fosse stata la presenza di parenti o affini fino al terzo grado che esercitavano una professione giudiziaria¹³⁹.

Il disegno di legge, discusso in Parlamento per quasi tutto il mese di marzo del 1903, incorse nella caduta del Governo e nella decisione del successivo guardasigilli, Scipione Ronchetti, di non ripresentarlo.

Mentre miglior fortuna ebbero le proposte di riforma dell'ordinamento giudiziario che confluirono nella legge 18 luglio 1904, n. 402, i disegni di legge di Ronchetti sul sistema delle guarentigie e della disciplina della magistratura registrarono un temporaneo arretramento: si estendeva l'inamovibilità anche alla sede e si prevedeva il necessario consenso del magistrato per il trasferimento, salvi i casi di incompatibilità; venivano istituiti presso ciascun tribunale e Corte d'appello i Consigli giudiziari con il compito di fornire informazioni sul magistrato al Ministro e alla Commissione consultiva.

Ne emergeva un quadro di sostanziale rafforzamento del controllo del potere esecutivo, impostazione che del resto corrispondeva alla posizione di Ronchetti, che se da un lato manifestava la volontà di mantenere le previsioni contenute nella proposta di riforma di Zanardelli¹⁴⁰, dall'altro riteneva l'assoluta autonomia della magistratura un regresso piuttosto che un progresso, considerando l'integrazione dell'ordine giudiziario nel sistema di controllo del Governo una soluzione che avrebbe consentito alla magistratura «una vita libera, indipendente, sottratta alle seduttrici lusinghe e alle intimidatrici minacce, che le permetta di assicurare i diritti di tutti e contro tutti, ma non già un potere separato da tutti gli altri poteri dello Stato coi quali verrebbe inesorabilmente in conflitto»¹⁴¹.

Ma il progetto di Ronchetti non ebbe fortuna, e i successivi guardasigilli, Camillo Finocchiaro-Aprile ed Ettore Sacchi, non lo ripresero.

Fu in questo contesto che Nicolò Gallo, chiamato alla guida del dicastero da Giovanni Giolitti, presentò al Parlamento nella seduta del 27 novembre 1906 i tre progetti che avrebbero dovuto riformare e rinnovare l'ordinamento giudiziario dalle sue fondamenta.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, un corpo consultivo perma-

¹³⁹ P. MAROVELLI, *L'indipendenza della magistratura dal 1848 al 1925*, cit., p. 200 ss.

¹⁴⁰ AA.PP., Camera, Leg. XXI, 2ª Sessione 1902-1903, discussioni, 1ª tornata del 16 giugno 1904, intervento del ministro Ronchetti, doc. n. 574.

¹⁴¹ AA.PP., Camera, Leg. XXII, *Discussioni*, 1ª Sessione, tornata del 17 febbraio 1905, intervento del ministro Ronchetti.

nente, avrebbe sostituito la Commissione consultiva, la cui mutabilità nei regolamenti e nelle norme relativi allo scrutinio ne avevano reso sempre più complesso il meccanismo. Il nuovo organo avrebbe rappresentato una garanzia superiore sia per i giudizi sul merito, sia per i pareri da emettere per il trasferimento, e sia per la disciplina, considerata una necessità di qualunque corpo, ritenuta come «*richiamo al sentimento del dovere, come rispetto alla funzione*» e non come strumento di sopraffazione¹⁴².

Dopo la morte del ministro Gallo, fu chiamato alla guida del dicastero dal Presidente Giolitti Vittorio Emanuele Orlando.

Orlando presentò alla Camera il progetto di legge “*Modificazioni all'ordinamento giudiziario*”, che riprendeva, con alcuni emendamenti, il progetto del suo predecessore e che divenne la legge 14 luglio 1907, n. 511.

Il ministro aveva deciso di «*scindere il nesso esistente fra i tre progetti e dare il passo a quello, che si presenta nel tempo stesso più urgente e relativamente meno grave, cioè il disegno di legge sull'ordinamento giudiziario*»¹⁴³.

La novità più importante del progetto fu la previsione del Consiglio Superiore della Magistratura, che veniva istituito mediante legge dello Stato e non con decreto reale come era avvenuto, invece, per la Commissione, spostandone in questo modo la collocazione istituzionale dal circuito della legittimazione regia a quello del fondamento rappresentativo (così aprendo la strada a una configurazione del governo della magistratura come funzione d'interesse dell'intero ordinamento, e non di quella sua componente costituita dall'applicazione delle leggi rivolta all'attuazione dell'indirizzo politico sotteso).

Il nuovo organo fu disciplinato nei dettagli dal successivo R.D. 10 ottobre 1907, n. 689: il decreto attribuiva la presidenza del Consiglio al primo Presidente della Corte di Cassazione di Roma e prevedeva che fosse composto dal Procuratore generale della stessa Corte e da sei consiglieri e tre sostituti di Corte di Cassazione eletti dalle Corti regionali in adunanza plenaria e nominati dal Ministro, nonché da altri nove membri, scelti fra alti magistrati giudicanti e requirenti anche se a riposo, nominati con decreto reale sulla proposta del guardasigilli deliberata dal Consiglio dei Ministri.

I componenti, fatta eccezione per i capi della Corte di Cassazione di Roma sarebbero stati rinnovati per metà ogni biennio. Suddiviso in due sezioni permanenti, che avrebbero ricalcato le funzioni delle due sezioni del-

¹⁴² Cfr. AA.PP., Camera, Leg. XXII, *Discussioni*, 1^a Sessione, tornata del 28 novembre 1906, intervento del ministro Gallo.

¹⁴³ AA.PP., Camera, Leg. XXII, *Documenti*, Sessione 1904-1907, doc. n. 544-bis.

la Commissione consultiva, avrebbe deliberato in sezioni separate o in adunanza plenaria. In particolare l'adunanza plenaria si sarebbe occupata della determinazione e revisione dell'elenco delle sedi di pretura più disagiate, della istituzione delle sezioni di pretura, del passaggio dei magistrati dall'ufficio giudicante a quello del Pubblico ministero e viceversa, del collocamento in aspettativa per malattia e della eventuale revisione delle deliberazioni delle singole sezioni.

Al Consiglio spettavano in particolare la decisione sui ricorsi proposti avverso le deliberazioni dei consigli giudiziari periferici, l'espletamento dei concorsi per merito e la formulazione dei pareri sull'ingresso in magistratura di avvocati o professori di legge.

L'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura si collocava nel quadro della progressiva affermazione di un organo funzionale alla garanzia dell'indipendenza dei magistrati concepito come emanazione della magistratura (carattere cui contribuiva la previsione della elettività, almeno in parte, dei suoi membri), ma la sua percezione da parte della magistratura fu per certi versi opposta, perché l'influenza del potere esecutivo nella nomina dei membri veniva intesa, soprattutto dai gradi inferiori¹⁴⁴, come una forma indiretta di rafforzamento del controllo ministeriale sul governo della magistratura¹⁴⁵.

Certamente la configurazione del Consiglio presentava alcune ambivalenze: l'organo era istituito presso il Ministero (come era avvenuto per la Commissione) ed era dotato di funzioni tipicamente amministrative; ma la sua composizione, e soprattutto le modalità con cui iniziò ad operare, contribuirono lentamente a conferire ad esso i caratteri di un organo derivato dall'ordine giudiziario; le funzioni rimanevano consultive, ma (diversamente da quanto avveniva per la Commissione) un parere sulla non promovibilità impediva al Ministro di prendere qualsiasi decisione contraria, mentre in caso di giudizio positivo il Governo si limitava con un suo atto a renderlo definitivo, e nel corso dell'operatività del Consiglio Superiore il Ministro raramente si discostò dal suo parere, utilizzandolo anzi, in certe occasioni, come fonte di legittimazione delle proprie decisioni¹⁴⁶.

¹⁴⁴ E. BRUTI LIBERATI-L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano, 1998, pp. 13-15.

¹⁴⁵ E.R. PAPA, *Magistratura e politica: origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana (1861-1913)*, Padova-Venezia, 1973, p. 80.

¹⁴⁶ P. SARACENO, *L'autonomia della magistratura in età giolittiana*, in *Il Parlamento italiano*, cit., v. VIII, pp. 49-50.

L'indipendenza della magistratura sottesa alla "legge Orlando" non era radicalmente diversa da quella che aveva originato i progetti di legge degli anni precedenti¹⁴⁷, e lo stesso Orlando si mostrava contrario alla compiuta sottrazione del governo della magistratura dal potere esecutivo: «*frasi fatte e sorpassate quelle, che tenderebbero a sottrarre il magistrato all'influenza del ministro, il quale ne risponde; sicché, quand'anche il suo galantomismo non lo trattenga, lo trattiene l'istinto della conservazione, [...] lo trattiene il timore delle possibili censure, cui si sottopone. Si vuole sottrarre, per frasi fatte, il magistrato all'influenza di un ministro responsabile; e non si pensa che egli resta esposto a tutte le influenze del salotto, della sagrestia ed ormai anche della piazza*»¹⁴⁸.

Tuttavia, i caratteri più significativi della riforma (che si sarebbero radicati ulteriormente in sede applicativa) si possono cogliere nella strutturazione formale di un nesso fra un organo di emanazione interna alla magistratura e la natura (non più di privilegio del funzionario, ma) di «garanzia della funzione» alla cui tutela quell'organo era preposto.

Le garanzie della inamovibilità, in questo senso, non sono più affidate a un organo ministeriale che tutela lo *status* del funzionario che appartiene alla medesima gerarchia amministrativa, ma vengono attribuite a un organo esterno, che deriva dall'ordine cui il magistrato appartiene e che è preposto alla salvaguardia della funzione¹⁴⁹.

Solo che, per ora (e finché la separazione del governo della magistratura dall'organizzazione della gerarchia amministrativa non sarà configurata

¹⁴⁷ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 215. Occorre inoltre considerare l'incisivo ruolo dell'Esecutivo nella materia disciplinare: essendo l'inamovibilità fattore che precludeva l'attribuzione al Governo della competenza sulla disciplina giudiziaria, quest'ultima sarebbe stata retta da «*due specie di saldi tribunali che non deliberino, ma giudichino con tutte le normali garenzie processuali, e che per talune regole dei loro giudizi diano sicurezza della maggior possibile imparzialità*»: il Consiglio disciplinare (art. 16), istituito presso la Corte d'appello con competenza nei confronti di conciliatori, uditori, giudici aggiunti e giudici, e la Suprema Corte disciplinare (art. 18), istituita presso il Ministero della Giustizia con competenza sugli alti magistrati; in argomento, v. C. MELLONI, *Storia dell'amministrazione della giustizia in età liberale (1876 – 1914)*, cit., p. 129, nonché A. PIGNATELLI, *I controlli politici sul giudice dallo Stato liberale al regime fascista*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 103 ss.

¹⁴⁸ Discorso pronunciato alla Camera da Orlando durante la discussione del bilancio del Ministero nella tornata del 1° maggio 1907 in *Discorsi parlamentari di Vittorio Emanuele Orlando*, Roma, 1965, v. II, p. 480.

¹⁴⁹ Svaluta questo elemento la ricostruzione di G. VERDE, *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003, p. 46.

come esigenza costituzionale), le attribuzioni di questo organo restano mere funzioni amministrative (per quanto, come si è visto, conferite dalla legge e non più da regio decreto).

Il riconoscimento della estraneità del Consiglio Superiore della Magistratura alla gerarchia amministrativa è definitivamente assunto come presupposto della insindacabilità giurisdizionale dei suoi atti con la nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 3 febbraio 1917, estensore il Presidente Mortara.

La questione sorge dal ricorso del Ministro della Giustizia contro la sentenza con cui la IV Sezione del Consiglio di Stato aveva annullato la deliberazione 11 dicembre 1914 delle Sezioni Unite del Consiglio Superiore¹⁵⁰ (deliberazione che confermava il giudizio di non promovibilità di un magistrato reso dalla II Sezione del Consiglio), ritenendo il Ministro l'assoluto difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Le Sezioni Unite esaminano la vicenda identificando innanzitutto l'atto impugnato dal magistrato innanzi al Consiglio di Stato, che non era un provvedimento ministeriale sulla promovibilità (nel qual caso «*esso, come provvedimento di autorità amministrativa*» certamente avrebbe potuto «*essere sottoposto al sindacato di legittimità della IV Sezione*»¹⁵¹), ma la deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura.

Ne consegue, secondo la Corte di Cassazione, il difetto assoluto di giurisdizione del Consiglio di Stato, dal momento che

il Consiglio superiore della magistratura fa parte dell'ordine giudiziario, non delle gerarchie amministrative. È un organo giudiziario costituito per fornire garanzia di giustizia in quella parte delicatissima della funzione amministrativa che ha per oggetto la scelta dei magistrati idonei alle più elevate funzioni giurisdizionali¹⁵².

Emerge da questa impostazione in che senso il percorso verso la definitiva scissione del governo della magistratura dall'Amministrazione fosse giunto a metà strada: la «scelta dei magistrati idonei» viene ancora concepita come una funzione amministrativa, ma il Consiglio Superiore, titolare di competenze che concorrono all'esercizio di quella funzione, dev'essere inteso come estraneo alla gerarchia amministrativa.

¹⁵⁰ Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 1916, in *Foro it.*, 1916, III, c. 241.

¹⁵¹ Cass., SS.UU., 3 febbraio 1917, in *Foro it.*, 1917, c. 556.

¹⁵² *Ivi*, c. 557.

La scissione è, insomma, organica, ma non ancora funzionale.

Nella sentenza Mortara coglie questa asimmetria, ma si dimostra attento a non enfatizzarla:

il Consiglio superiore della magistratura non è un'autorità amministrativa, né un corpo amministrativo deliberante. Quantunque la funzione di regolare le promozioni, anche nella magistratura, sia funzione amministrativa, non è dal carattere della funzione ma dalla qualità dell'organo che deriva la soggezione al sindacato di legittimità attribuito alla IV Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato¹⁵³.

Questa tesi (del resto fondata sul dato letterale del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato¹⁵⁴) poteva apparentemente ritenersi contraria alla prevalente posizione della dottrina, che riteneva assoggettabile al sindacato il provvedimento del Ministero che prendeva atto della deliberazione del Consiglio sostenendo che, ai fini del sindacato, il primo assorbiva la seconda¹⁵⁵.

Ma ciò valeva, va chiarito, nel caso di pareri favorevoli del Consiglio superiore, a seguito dei quali veniva esercito il potere discrezionale del Ministro; i pareri contrari, invece, precludevano l'esercizio stesso di tale potere, determinando una sorta di inesistenza giuridica del provvedimento ministeriale; e comunque, anche queste posizioni evitavano di sostenere l'annullabilità delle deliberazioni del Consiglio, ritenendo che, dall'eventuale annullamento del provvedimento ministeriale, sarebbe dovuta conseguire soltanto la "inefficacia" della decisione del Consiglio Superiore¹⁵⁶.

Questo profilo del dibattito rientrava nella più ampia discussione sulla assoggettabilità al sindacato giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi emanati da organi non amministrativi, e quindi rientrava nel problema di individuare il fondamento della competenza del giudice amministrativo nella natura dell'organo o in quella dell'atto¹⁵⁷.

¹⁵³ *Ivi*, c. 558.

¹⁵⁴ L'art. 22 del R.D. 2 giugno 1889, n. 6166, prevedeva infatti la competenza della IV Sezione sui ricorsi contro atti e provvedimenti «*di una autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante*», fondando quindi la competenza non sulla natura dell'atto, ma sulla qualità dell'organo.

¹⁵⁵ F. D'ALESSIO, *La posizione costituzionale del consiglio superiore della magistratura e la natura dei provvedimenti in materia di promozione dei magistrati*, in *Giur. it.*, 1918, IV, c. 50 ss.

¹⁵⁶ *Ivi*, c. 61.

¹⁵⁷ Per il dibattito al tempo v. F. CAMMEO, *La competenza della IV sezione sugli atti am-*

Ma l'argomento utilizzato dalle Sezioni Unite per dichiarare l'insindacabilità degli atti del Consiglio Superiore non si limita, peraltro, alla deduzione formale della prima dalla natura del secondo; la sentenza approfondisce anche le ragioni sostanziali che, specialmente con riguardo al vizio di eccesso di potere, impongono di escludere la giurisdizione amministrativa sulle decisioni del Consiglio.

Intanto, osserva la Corte,

se l'organo massimo costituito per garantire la giustizia nell'Amministrazione, in quanto e per quanto l'Amministrazione esercita il suo potere sull'ordine giudiziario, fosse a sua volta soggetto al sindacato di un organo appartenente all'Amministrazione, quale è il Consiglio di Stato, anche nelle sue Sezioni giurisdizionali, si verificherebbe un circolo vizioso, lungo la percorrenza del quale si dilagerebbe la garanzia data alla magistratura per sottrarla efficacemente, in qualche misura, all'arbitrio dell'Amministrazione¹⁵⁸.

Ritorna, dunque, la rilevanza della funzione del Consiglio Superiore, che Mortara recupera qui dopo averla apparentemente subordinata all'argomento della non appartenenza organica del Consiglio alla gerarchia amministrativa: le funzioni attribuite al Consiglio Superiore appaiono incompatibili con un sistema che ne assoggetti gli atti al sindacato del Consiglio di Stato, perché l'esercizio di quelle funzioni, che mirano a sottrarre l'ordine giudiziario all'ingerenza dell'Amministrazione, non può essere giudicato da un organo dell'Amministrazione stessa.

Quanto, poi, all'eccesso di potere, il problema che la Corte rileva è che, siccome il relativo scrutinio autorizza all'esame del fatto e del merito,

si aprirebbero agevolmente le porte alla revisione e modificazione dei giudizi del Consiglio superiore della magistratura da parte della IV Sezione¹⁵⁹.

Nella concettualizzazione di Mortara la scissione fra il governo della magistratura e l'Amministrazione sembra dunque già compiuta: non lo era nel diritto positivo, essendo le funzioni di governo dell'ordine giudiziario comunque attribuite al guardasigilli (ed essendo qualificate come "funzioni amministrative"), ma ciò non impedì alle Sezioni Unite (attraverso l'ele-

ministrativi di autorità non amministrative, in *Giur. it.*, 1903, IV, c. 177 ss.; F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Milano, 1915.

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ *Ibidem.*

gante argomento che non dalla funzione, ma dalla natura dell'organo discende l'assoggettamento al sindacato giurisdizionale) di sottrarre le decisioni del Consiglio Superiore al Consiglio di Stato, addirittura deplorando che quest'ultimo non avesse riconosciuto e dichiarato la propria incompetenza d'ufficio, «*dando lodevole esempio di rispetto ai confini del proprio potere giurisdizionale*»¹⁶⁰.

4. *L'integrazione del governo della magistratura nel modello dello Stato totalitario durante il periodo fascista.*

Nel ventennio fascista il governo della magistratura risentì di un integrale assorbimento nella politica giudiziaria del regime, intendendo con questa nozione «*il complesso delle norme emanate per regolare i rapporti tra la magistratura e il potere esecutivo e l'organizzazione dell'ordine giudiziario, nonché gli specifici interventi del governo, mediante il consolidato strumento delle circolari ministeriali ai procuratori generali per imporre determinate scelte in tema di esercizio dell'azione penale*»¹⁶¹.

La transizione dal modello di inizio secolo, caratterizzato da una percepibile progressione verso la separazione del governo della magistratura dalla gerarchia amministrativa, fu avviato, al pari delle trasformazioni che segnarono il passaggio al fascismo, senza una alterazione formale dei principi liberali in materia di autonomia della magistratura, ma con una corrispondente erosione dei presupposti di quelle regole consuetudinarie che potevano essere considerate parte integrante della costituzione¹⁶².

Sotto questo aspetto, anzi, l'ordinamento giudiziario dello Stato liberale si prestò (come in fondo l'intero Statuto albertino¹⁶³) a tollerare le oscillazioni che, sotto il regime fascista, avrebbero condotto a una sostanziale torsione dei rapporti fra il potere esecutivo e la magistratura.

Ma l'utilizzo delle regole scritte dell'ordinamento giudiziario del 1865

¹⁶⁰ *Ivi*, c. 555.

¹⁶¹ G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia - Annali* 12, Torino, 1997, p. 819.

¹⁶² Cfr. M. DOGLIANI, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 41 e 44.

¹⁶³ Cfr. L. CARLASSARE, *La «rivoluzione» fascista e l'ordinamento statutario*, in *Dir. pub.*, 1996, p. 49 ss.

(e, in particolare, l'attribuzione dei poteri in materia di carriera, trasferimenti e promozioni) come strumento per il rafforzamento dell'organizzazione gerarchica del governo della magistratura poté accadere solo in forza di una diversa interpretazione di quelle regole, intese non più come embrionale presidio dell'indipendenza della magistratura (e quindi come presupposto per la separazione del governo dell'ordinamento giudiziario dalla gerarchia amministrativa), ma come meccanismo per l'integrazione della funzione giurisdizionale nell'azione politica, e quindi dell'assorbimento della prima nella seconda¹⁶⁴.

La sopravvivenza dell'ordinamento giudiziario del 1865 sino al 1941 (eccettuate le correzioni, di cui subito si dirà, apportate dal testo unico Oviglio) può dunque essere interpretata come sintomo di quel processo di alterna compresenza, nella cultura politica del tempo, di interpretazioni diverse dello Statuto e dei principi politici presupposti dalle regole costituzionali, compresenza alimentata dall'assenza di consuetudini in grado di consolidare una delle interpretazioni possibili¹⁶⁵.

In questo contesto, emblematico appare il testo unico approvato con il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2786 (guardasigilli Aldo Oviglio), il cui contenuto rivela una silloge delle norme previgenti selezionate, però, secondo un'impostazione opposta a quella che le aveva originariamente ispirate e accompagnate da modifiche puntuali ispirate dal regime.

Mentre, infatti, il R.D. 14 dicembre 1921, n. 1978, invertendo il modello adottato dalla legge 19 dicembre 1912, n. 1311 (c.d. "legge Finocchiaro Aprile"), aveva ripristinato l'elettività dei componenti del C.S.M., eccettuati i due componenti di diritto, prevedendo anche l'elezione di due membri da parte della facoltà giuridica dell'Università di Roma, il testo unico "Oviglio" non determina, formalmente, alcuno svuotamento delle competenze dell'organo in materia di trasferimenti e promozioni.

Parallelamente, però, gli interventi sostanziali sulla condizione della magistratura e dei magistrati concorrevano nel ridisegnare un ordinamento giudiziario che non tollerasse funzionari *«in condizioni di incompatibilità*

¹⁶⁴ Emblematico, al riguardo, il passaggio dell'editoriale comparso in "Lo Stato", X, 1939 (cit. da O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante in Fascismo*, Milano, 2003, p. 27, nt. 48) secondo cui «Per la dottrina dello Stato totalitario non solo è inammissibile che il giudice sia estraneo all'azione del potere politico, ma nemmeno si può consentire che esso resti indifferente al risultato del fine. Il giudice deve concorrere all'effetto teleologico di tutta la potenza pubblica».

¹⁶⁵ Per questa ricostruzione v. M. DOGLIANI, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 41.

con le generali direttive politiche del Governo», come si esprimeva la legge 24 dicembre 1925, n. 2300, a proposito delle fattispecie idonee a determinare la dispensa dal servizio¹⁶⁶.

L'avanzamento del regime, e la progressiva incorporazione della magistratura e del suo governo nella politica giudiziaria fascista, si avvalsero dunque di norme puntuali e dalla portata limitata (se isolatamente considerata), il cui effetto sistematico si traduceva però nell'estensione alla magistratura (anche a quella giudicante) delle direttive dell'esecutivo – come accadde avviando la prassi di inviare le circolari ministeriali, di regola trasmesse solo ai procuratori generali, anche ai presidenti delle Corti d'appello – e nell'assimilazione dei magistrati ai funzionari gerarchicamente dipendenti dall'amministrazione governativa – come si verificò attribuendo ai prefetti, con la legge 3 aprile 1926, n. 660, la facoltà di convocare presso di sé, oltre ai capi dell'amministrazione provinciale, anche i procuratori del re presso ogni tribunale –.

Accanto a questo percorso di integrazione della magistratura nella politica giudiziaria fascista, indotto dalla stratificazione di singole e rarefatte novelle normative, va certamente considerato l'atteggiamento – riconosciuto dalla storiografia – di esteso allineamento dei giudici alla politica criminale, documentato dalla diffusa conformità dei pronunciamenti della magistratura alle scelte della legislazione penale¹⁶⁷.

Parimenti, occorre rilevare il ruolo della Corte di Cassazione, la cui attività, sotto il regime fascista, è stata interpretata dagli studiosi come un'opera che «*non solo ha fatto proprie le finalità autoritarie e liberticide del regime, ma le ha talvolta anticipate con "ardita" e "fascistissima" attività interpretativa*»¹⁶⁸.

È dunque dal concorso di questi fattori che discende il progressivo smantellamento (costituito soprattutto dal misconoscimento dei principi non scritti del periodo liberale) della monarchia costituzionale e l'edificazione di

¹⁶⁶ V. anche il precedente R.D. 3 maggio 1923, n. 1028, che sostanzialmente avviò il programma di "epurazione" della magistratura, su cui cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 134 ss.; G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 820.

¹⁶⁷ Cfr. O. ABBAMONTE *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante in Fascismo*, cit.; A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965, pp. 242-243; G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 823, nt. 183, nonché pp. 824-825.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 822, nonché O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante in Fascismo*, cit.

un sistema politico totalitario, del quale la magistratura giunse a rappresentare la funzione destinata ad assicurare unità all'ordinamento e all'azione dei pubblici poteri, funzione della quale la trasformazione in senso verticistico del governo della magistratura era un inevitabile corollario.

In questo senso, il "nuovo" ordinamento giudiziario approvato con il R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, rappresentò il completamento del processo di subordinazione del pubblico ministero all'Esecutivo, l'intensificazione delle ingerenze sullo stato giuridico dei giudici e il perfezionamento dell'organizzazione gerarchica della magistratura, accentuando, in particolare, i vincoli di dipendenza interna dei magistrati nei confronti dei capi degli uffici e dei vertici dell'organizzazione, profili che sono finalmente posti in esplicita correlazione con la concezione totalitaria dello statalismo fascista.

Nella relazione di accompagnamento del decreto il Guardasigilli è, sul punto, molto esplicito:

Nel regolare lo stato giuridico dei Magistrati ho naturalmente respinto il principio del così detto autogoverno della Magistratura, incompatibile col concetto dello Stato fascista, essendo inammissibile che nello Stato esistano organi indipendenti dallo Stato medesimo, o autarchie, o caste sottratte al potere sovrano unitario, supremo regolatore di ogni pubblica funzione¹⁶⁹.

Lo *status* giuridico dei magistrati, così come l'intero ordinamento giudiziario, diventa quindi assoggettato al Ministro della Giustizia, emanazione del «concetto dello Stato fascista»: pertanto, il fatto che la sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari e su tutti i magistrati sia esercitata direttamente dal guardasigilli oppure mediante i capi degli uffici (artt. 228-231) costituisce un'alternativa pura, dal momento che entrambi i gradi della gerarchia rappresentano (ed esauriscono) l'espressione delle «*direttive generali segnate dal governo*»¹⁷⁰ per l'esercizio della funzione giurisdizionale, cui la magistratura deve conformarsi.

L'assorbimento del governo della magistratura nell'organizzazione gerarchica dello Stato viene definitivamente compiuto attraverso la regolamentazione dell'azione disciplinare e la struttura del sistema delle promozioni.

¹⁶⁹ D. GRANDI, *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro guardasigilli sul testo dell'ordinamento giudiziario presentata nell'udienza del 30 gennaio 1941*, Napoli, 1941, p. 12.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 20

L'azione di disciplina è promossa per ordine del Ministro; essa è quindi esaminata da una Corte disciplinare (composta da magistrati tutti nominati dal Ministro stesso) che conserva, però, una funzione meramente consultiva, posto che le sanzioni disciplinari sono assunte dal Ministro o, ove si tratti delle più gravi fattispecie della rimozione o della destituzione di un magistrato di grado superiore a consigliere di Cassazione, dal Consiglio dei Ministri (artt. 232-254).

Le promozioni a giudice di appello e di Cassazione prevedono l'intervento di commissioni, di nomina ministeriale, i cui componenti sono scelti tra i magistrati ai vertici della gerarchia giudiziaria; le promozioni di anzianità restano nella competenza del Consiglio Superiore della Magistratura, ma l'organo è composto dai due magistrati di vertice (primo presidente e procuratore generale della Cassazione) e da otto magistrati nominati con decreto reale su proposta del Ministro (art. 213), il che determina la concentrazione delle funzioni di governo della magistratura in organi che costituiscono emanazione dello Stato totalitario.

Quanto ai trasferimenti, i giudici che «*per qualsiasi causa, anche indipendente da loro colpa, non possono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario*» o «*nel modo richiesto dalle esigenze del servizio*» possono essere trasferiti d'ufficio dal Ministro, previo parere (non vincolante) di una «commissione centrale», anche in questo caso composta dai vertici dell'organizzazione giudiziaria.

Fra i vertici della magistratura e il Ministro s'instaura, quindi, una forma di identificazione rispetto alla funzione, che entrambi assolvono, di rappresentare l'emanazione dello Stato totalitario, diffondendone le direttive di politica giudiziaria.

Evocativa, al riguardo, l'immagine descritta ancora dal guardasigilli Grandi nella medesima relazione di accompagnamento del R.D. n. 12/1941:

la giurisprudenza della Corte di cassazione serve di guida costante alle Magistrature inferiori, e ha quindi un valore esegetico che, se non è quello dell'interpretazione autentica, molto a questo si avvicina. Dalla Corte di cassazione si irradia sull'amministrazione della giustizia una luce intensa e perenne, che aiuta i giudici ad attuare il precetto del legislatore con l'opera dell'interpretazione, dominata da unicità di indirizzo, sorretta da squisita sensibilità giuridica e politica, in conformità dello spirito sostanzialmente rinnovatore delle leggi fasciste¹⁷¹.

¹⁷¹ *Ivi*, pp. 6-7.

La dipendenza dall'esecutivo e la strutturazione gerarchica dell'organizzazione dell'ordinamento giudiziario costituiscono quindi i due elementi (fra loro complementari¹⁷²) che caratterizzano il ruolo della magistratura a supporto della politica criminale del regime fascista, ruolo che necessariamente doveva poggiare sulla completa integrazione del governo della magistratura nella politica giudiziaria e, quindi, modello dello Stato totalitario.

Se questa integrazione poté avvenire attraverso un segmento dell'opera di codificazione che contraddistinse il regime, traendo da questa forma addirittura un rafforzamento del principio di legalità in senso formale, fu in ragione del radicamento del diritto positivo fascista in un contesto che non era riuscito ad affermare una interpretazione contraria e irresistibile dei principi costituzionali, embrionalmente maturati in epoca liberale, a sostegno di una separazione del governo della magistratura dall'amministrazione come presupposto (prima ancora che dell'autonomia della magistratura) della connessione fra ordinamento giudiziario e funzione giurisdizionale, intesa come funzione di garanzia delle prerogative del Parlamento rappresentativo.

Ma per l'affermazione di questa interpretazione si sarebbe dovuta consumare una cruenta "lotta per la costituzione".

5. Il governo della magistratura nella transizione dal regime fascista alla Costituzione repubblicana.

Nel contesto instabile della transizione che segue la caduta del fascismo, il governo della magistratura registra inizialmente una prevalente continuità con il modello gerarchico-piramidale dell'ordine giudiziario risalente alla riforma del 1941¹⁷³.

Questa iniziale continuità si deve non tanto all'aver considerato la regolamentazione dell'ordine giudiziario come un segmento della questione istituzionale, che doveva essere protetta fino alla convocazione dell'Assemblea Costituente evitando (secondo l'impegno assunto dai ministri del primo governo Bonomi, insediatosi il 18 giugno 1944) di assumere atti che

¹⁷² G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, cit., p. 828.

¹⁷³ Cfr., C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, *maxime* p. 126.

ne pregiudicassero la soluzione, quanto essenzialmente alla inerzia con cui la prassi organizzativa riusciva ad assorbire un mutamento istituzionale immediatamente non facile da decifrare¹⁷⁴.

Anche per questa ragione, i profili del governo della magistratura che, fra il 1943 e il 1946, manifestano elementi di persistenza con l'ordinamento giudiziario precedente non possono venire enfatizzati come eccezioni alla "necessaria discontinuità"¹⁷⁵ fra il periodo pre-repubblicano e l'epoca post-costituzionale¹⁷⁶, ma solo come indici di un precipitato amministrativo lento ad evolversi.

Segnali di una ridefinizione dei rapporti fra organizzazione dell'Esecutivo e governo della magistratura si colgono in quegli atti che, come le circolari dei Guardasigilli del 1944 e 1945¹⁷⁷, si propongono di riattivare la partecipazione dei magistrati alla vita politica o nelle fonti che attribuiscono al C.S.M. le funzioni relative ai trasferimenti d'ufficio alle dispense dal servizio, già di competenza della Commissione centrale (conseguentemente soppressa)¹⁷⁸.

Peraltro, proprio l'assiduo ricorso alle circolari (ministeriali o dei procuratori, secondo un'eloquente equivalenza fra organi dell'Esecutivo e ver-

¹⁷⁴ In argomento, G. GUARINO, *Due anni di esperienza costituzionale italiana* (1946), ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, 1994; V. GUELI, *L'assetto costituzionale provvisorio e le prerogative dei senatori* (1946), in ID., *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, 1950.

¹⁷⁵ Su cui v. M. DOGLIANI, *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblistica pre e post-costituzionale*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990, p. 109 ss.

¹⁷⁶ Il 15 luglio 1944 Vittorio Emanuele Orlando e Tomasi della Torretta di Lampedusa vengono chiamati a presiedere, rispettivamente, la Camera dei deputati e il Senato del Regno, per assicurare – secondo il comunicato del Governo – una «continuità ideale dell'antica Camera dei deputati con l'Assemblea» che il popolo italiano avrebbe liberamente eletto. La tesi della continuità dell'ordinamento provvisorio rispetto alle istituzioni statutarie trova un sostegno, almeno per quanto riguarda il Senato, in alcuni precedenti giurisprudenziali: un ricorso alla Corte di cassazione contro le decadenze dei senatori, decise dall'Alta corte di giustizia straordinaria istituita dal d.lgs.lgt. 27 luglio 1944, n. 159, è respinto per inammissibilità. Solo il d.lgs.p. 24 giugno 1946, n. 48, dichiarerà cessato il Senato del Regno dalle sue funzioni con effetto dal 25 giugno 1946, e la legge cost. 3 novembre 1947, n. 3, disporrà la soppressione del Senato del Regno e definirà la posizione giuridica dei suoi componenti.

¹⁷⁷ Circolare 6 giugno 1944, 285; circolare 18 agosto 1945, n. 1941; in argomento, v. G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla liberazione agli anni Cinquanta*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. III, Torino, 1997, p. 90 ss.

¹⁷⁸ D.lgs.lgt. 8 febbraio 1945, n. 114.

tici della magistratura) come strumento di pressante indirizzo verso l'esercizio dell'attività giurisdizionale (rivolte ora a sollecitare il perseguimento dei reati commessi contro le forze alleate¹⁷⁹, ora ad ammonire circa l'astensione da rapporti con la stampa in grado di far presumere adesioni politiche dei magistrati¹⁸⁰) rappresenta un indice della forza pervasiva delle prassi organizzative, perché anche gli interventi orientati al mutamento istituzionale continuavano ad avvalersi di un metodo, come l'invio di circolari, che originava dalla concezione gerarchico-amministrativa del governo della magistratura propria dell'ordinamento previgente.

In un contesto caratterizzato dal fatto che la magistratura restava un corpo «nella sua gran parte dichiaratamente estraneo al processo democratico di rinnovamento istituzionale»¹⁸¹, e simboleggiato da episodi come il mancato saluto al Capo dello Stato (e l'omessa menzione della Repubblica) che diede vita al «caso Pilotti»¹⁸², una svolta verso la rimozione anche formale delle norme collidenti con l'esigenza di indipendenza dell'ordine giudiziario (che, nel frattempo, era stata ampiamente marcata in occasione della ricostituzione dell'*Associazione nazionale magistrati*¹⁸³) fu l'approvazione del d.lgs.lgt. 31 maggio 1946, n. 511, sulle guarentigie della magistratura.

Il decreto introduce, in particolare, il necessario parere del Consiglio Superiore sui trasferimenti senza consenso (che continuano ad essere disposti dal Ministro), parere vincolante nel caso del trasferimento di magistrati giudicanti.

La «*direzione*» del Guardasigilli sul pubblico ministero è trasformata nella «*vigilanza*» del Ministro su tutti gli uffici giudiziari, secondo una variante linguistica che evoca la graduale penetrazione nel modello gerarchico-amministrativo del principio di autonomia, in attesa della sua costituzionalizzazione come connotato dell'ordine giudiziario¹⁸⁴.

¹⁷⁹ V. G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, cit.

¹⁸⁰ *Ivi*.

¹⁸¹ M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica e i problemi giuridici della continuità*, Milano, 2000, p. 226.

¹⁸² Su cui v., da ultimo, F. LONGO, *Quando i magistrati erano "apolitici". Note sul «caso Pilotti»*, in *Quest. giust.*, 2011, p. 157 ss.

¹⁸³ V., in particolare, E. PIGA, *I problemi della magistratura*, in *La Magistratura*, 1945, n. 1; in argomento, R. CANOSA-P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974, *maxime* pp. 81-82; E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967, *maxime* p. 67 ss.

¹⁸⁴ La trasformazione della «*direzione*» in «*vigilanza*» è stata particolarmente enfatizzata

La funzione disciplinare viene d'altra parte ricondotta alla giurisdizione, mediante l'indiretta qualificazione della Corte disciplinare come organo di carattere giurisdizionale, anche se per i magistrati di grado non superiore a giudice la competenza è attribuita ai Consigli giudiziari, mentre scompaiono le competenze dell'Esecutivo nell'irrogazione delle sanzioni disciplinari.

In questo contesto, il decreto sulle guarentigie non conduce ancora al superamento della «*dipendenza interna dei singoli magistrati dai vertici dell'ordine giudiziario*»¹⁸⁵, con la conseguenza che il C.S.M. vede paradossalmente intensificata la sua configurazione di organo amministrativo di vertice (e il governo della magistratura si connota, quindi, essenzialmente come funzione amministrativa).

Al Consiglio Superiore sono infatti trasferiti molti dei poteri in materia di promozioni, trasferimenti e responsabilità disciplinari in precedenza spettanti al Ministro, ma la composizione esclusivamente togata dell'organo accentua la dissociazione fra l'autonomia dell'ordine giudiziario, intesa come impermeabilità alle ingerenze degli altri poteri, e la sua indipendenza, concepita come sottrazione del governo della magistratura al perseguimento di interessi pubblici ulteriori rispetto alla tutela del suo ruolo costituzionale, sicché «*sotto questo punto di vista, non pare possibile parlare di autogoverno della magistratura, bensì di magistrati governati dai vertici dell'ordine giudiziario*»¹⁸⁶.

La resistenza della prassi organizzativa, di cui s'è detto a proposito dei fattori che ancoravano il periodo transitorio ai tratti persistenti dell'ordinamento precedente, era del resto affiancata, nell'ambito del governo della magistratura, dal processo di rafforzamento delle *elites* giudiziarie¹⁸⁷, che proprio attraverso il mantenimento delle posizioni verticistiche, e la sottrazione del governo della magistratura alla direzione ministeriale, acquisiva-

come «*liberazione del pubblico ministero rispetto al ministro*» da E. BRUTI LIBERATI, *Il dibattito sul pubblico ministero: le proposte di riforma costituzionale in una prospettiva comparata*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 140.

¹⁸⁵ G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla liberazione agli anni Cinquanta*, cit., p. 91.

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 94. V. anche E. BRUTI LIBERATI-L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit.

¹⁸⁷ Rispetto al quale resta da valutare quale consapevolezza ne conservasse l'atteggiamento dell'Associazione Nazionale Magistrati, frequentemente rivolto alla difesa dell'organizzazione gerarchica della funzione di governo della magistratura e favorevole che fosse «*rafforzato, non soppresso il vincolo di dipendenza gerarchica dai capi*»: cfr. L. DA GA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 157.

no quel ruolo determinante che avrebbero conservato anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione¹⁸⁸.

Non è dunque dalla configurazione del governo della magistratura come funzione amministrativa che discendeva il rafforzamento della componente di vertice dell'ordine giudiziario, perché il processo fu l'inverso: l'intensificazione del ruolo delle figure apicali, unita al durevole esercizio delle consuetudini amministrative, modellava le funzioni di governo *come se* fossero da ascrivere a un'attività amministrativa tutta interna all'ordine giudiziario (e coerente con questa rappresentazione appariva perciò la formazione del C.S.M.).

L'ambiguità di questa doppia quinta dello scenario in cui maturò il governo della magistratura fra il '43 e il '46, se da un lato è compatibile con l'instabilità tipica della transizione, dall'altro evidenzia quanto in profondità fossero radicati i fattori che avrebbero determinato, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, quell'"ostruzionismo della maggioranza"¹⁸⁹ che concorse al difficile percorso di attuazione del modello costituzionale di governo della magistratura.

E ciò induce anche a rimarcare il fatto che la continuità con l'ordinamento precedente, per quanto non così vistosa da porsi in contrasto con l'impronta politica del regime transitorio, va probabilmente considerata più radicale di quanto le raffigurazioni del contesto politico e istituzionale possano, ancora oggi, suggerire¹⁹⁰.

¹⁸⁸ È stato rilevato, al riguardo, che «*il periodo che segue immediatamente la seconda guerra mondiale segna il punto più alto dell'influenza esercitata dai magistrati di Cassazione nel sistema giudiziario e nello stesso sistema politico*»: C. GUARNIERI, *La Corte di Cassazione*, cit., pp. 803-804.

¹⁸⁹ P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953, p. 129 ss.

¹⁹⁰ V., in argomento, M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit., *maxime* p. 305.

CAPITOLO SECONDO

IL RUOLO DEL C.S.M. NEL TESTO
DELLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

SOMMARIO: 1. Il ruolo costituzionale del C.S.M. nei lavori preparatori della Costituzione italiana del 1947. – 2. Il ruolo del C.S.M. e l'esegesi delle disposizioni costituzionali in materia di attribuzioni: a) premesse di metodo. – 3. (*segue*): b) le norme sulle attribuzioni del C.S.M. e del Ministro della Giustizia e il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore. – 4. (*segue*): c) il ruolo costituzionale del C.S.M. e l'ordine giudiziario. – 5. (*segue*): d) la questione del numero chiuso delle attribuzioni contenute nell'art. 105 Cost. – 6. Il ruolo del C.S.M., la sua natura di organo costituzionale o a rilevanza costituzionale e i principi di autonomia e indipendenza della magistratura. – 7. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e l'attribuzione della sua presidenza al Capo dello Stato.

1. *Il ruolo costituzionale del C.S.M. nei lavori preparatori della Costituzione italiana del 1947.*

Il ruolo assegnato al C.S.M. dalla Costituzione italiana del 1947 non segna ancora il passaggio da un organo destinato ad assolvere compiti di organizzazione amministrativa a un soggetto chiamato a esercitare funzioni rivolte (nel loro complesso) alla garanzia dell'intero sistema costituzionale.

La fisionomia del Consiglio che emerge dai lavori preparatori, e che viene trasfusa nel testo scritto, non corrisponde infatti a quella di un organo preposto a garantire le prerogative costituzionali dell'ordine giudiziario (e, quindi, funzionale ad attuare il rapporto fra magistratura e Costituzione), sebbene questa raffigurazione compaia nelle numerose ricostruzioni che attribuiscono direttamente alle scelte dei costituenti le basi per l'evoluzione dell'ordine giudiziario in senso conforme ai valori costituzionali¹.

¹ V., p.e., E. PACIOTTI, *Ruolo della magistratura in uno stato democratico*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 360 ss.

Il tema è in realtà più complesso, perché nel dibattito sul ruolo attribuito al C.S.M. dalla Costituzione del 1947 si concentrano varie questioni di metodo e si intrecciano profili che è invece opportuno tenere distinti.

Volendo tentare una schematizzazione, si può almeno osservare che:

a) per definire il ruolo costituzionale del C.S.M. occorre mantenere analiticamente separati lo studio dei lavori preparatori, l'esegesi del testo della Costituzione del 1947 e l'interpretazione delle norme costituzionali inclusive degli assetti che la loro attuazione ha prodotto nel lungo periodo;

b) rispetto alla qualificazione del C.S.M. come organo amministrativo o costituzionale, va tenuto presente che la stessa distinzione fra queste categorie (e, a maggior ragione, fra la nozione di "funzione amministrativa" e quella, dalla teorizzazione molto più debole, di "funzione costituzionale") matura, nemmeno del tutto compiutamente, solo nel corso della progressiva attuazione delle disposizioni costituzionali;

c) il fenomeno per cui, durante il primo decennio della "Costituzione inattuata"², la concezione del C.S.M. come organo di natura essenzialmente amministrativa³ ha contribuito a svalutare la portata della trasformazione compiuta dal nuovo ordinamento non implica che questa trasformazione sia da enfatizzare, perché il processo fu inverso, essendo piuttosto «*la fermezza e la capacità di quella parte della cultura giuridica/accademica italiana che ha valorizzato la Costituzione e ne ha preteso l'attuazione*»⁴ ad aver favorito la saldatura culturale tra la magistratura di formazione positivista e il costituzionalismo⁵.

Le ricostruzioni più lineari, che stabiliscono una connessione diretta fra la Costituzione del 1947 e il ruolo del C.S.M. come baluardo delle garanzie costituzionali della magistratura, tendono a valorizzare il dibattito costituente come volto a collocare la disciplina dell'ordine giudiziario in un nuovo «*tessuto costituzionale informato ad un pluralismo assiologico scon-*

² S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione Repubblicana*, Bologna, 2004; v. anche M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.

³ Su cui v. *infra*, Capitolo Terzo.

⁴ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in F. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 77.

⁵ In argomento, v. 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, p. 46 ss.

sciuto alla tradizione statutaria e, ancor più, al regime fascista»⁶.

In questa prospettiva è collocato il tema dell'autogoverno assoluto, già indicato da Torrente in seno ai lavori della Commissione Forti⁷ e poi ripreso da Leone con l'affermazione dell'esigenza di recidere il «vincolo di soggezione» della magistratura all'esecutivo per costituirla «in un ordine che per essere a sua volta autogovernato, cioè indipendente da ogni altro potere», assicurasse l'indipendenza dei suoi componenti⁸.

In realtà, la proposta di un Consiglio Superiore composto totalmente di membri togati era una richiesta delle forze politiche più conservatrici, meno vicine ai nuovi principi costituzionali⁹, e il progetto qualunquista¹⁰ prevedeva l'autogoverno assoluto affinché la magistratura *rimanesse* autonoma, non perché lo *diventasse*¹¹.

È vero, perciò, che nel progetto Calamandrei il C.S.M. (chiamato alla «amministrazione della giurisdizione»¹²) rappresentava il garante dell'indipendenza completa della magistratura, ma ad esso si affiancava il mantenimento di un legame con il potere politico mediante un «*procuratore generale commissario della giustizia*»¹³, scelto tra i procuratori generali su proposta del Parlamento, previsione evocativa dei dubbi dello stesso Ca-

⁶ L. CHIEFFI, *La magistratura: origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, p. 3.

⁷ Nell'ambito della Commissione istituita da Massimo Severo Giannini, in qualità di capo di gabinetto di Pietro Nenni, ministro per la Costituente, il tema della magistratura è affrontato dalla sottocommissione dedicata alla «riorganizzazione dello Stato» (simbolo indicativo della riconduzione dei rapporti fra magistratura ed esecutivo a un ambito essenzialmente organizzativo) e presieduta da Emanuele Piga, presidente di sezione della Corte di Cassazione e presidente dell'Anm dalla sua ricostituzione nel 1944. V., sul punto, L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, pp. 162-164; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999, p. 109 ss.; F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, p. 161 ss.

⁸ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana di venerdì 14 novembre 1947, p. 2105.

⁹ F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., p. 70.

¹⁰ *Ivi*, p. 91, p. 124. V. anche *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta di venerdì 6 dicembre 1946, Intervento dell'on. Castiglia, pp. 1899-1902.

¹¹ Cfr. M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 75. La proposta di un C.S.M. composto soltanto di magistrati era ritenuta necessaria per evitare il rischio di far «penetrare la politica nelle decisioni singole; di far giungere indebite pressioni ed ingerenze professionali agli organi giudiziari»: cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta pomeridiana di mercoledì 12 novembre 1946, Intervento dell'on. Caccuri, p. 2001.

¹² *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta di giovedì 5 dicembre 1946, p. 3.

¹³ *Ivi*, seduta antimeridiana di venerdì 10 gennaio 1947, p. 1893.

lamandrei sulla fedeltà del corpo giudiziario alla Repubblica¹⁴.

In questo senso, «dal testo costituzionale emerge che il riconoscimento dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ordine-potere giudiziario era certamente connesso con le attribuzioni costituzionali del CSM, ma era destinato a promuovere un livello di garanzia dello stesso che non si esaurisse solo nelle attribuzioni del CSM e che non determinasse un "governo autonomo" della magistratura ordinaria»¹⁵.

Il carattere fortemente problematico del nesso fra la composizione del C.S.M. e la questione dell'autogoverno¹⁶ è l'indicatore più importante di un dilemma che oscilla tra lo sganciamento della magistratura dal potere politico e la conservazione dello *status* del corpo giudiziario (e quindi anche della estraneità culturale che esso mostrava, in quegli anni, rispetto alla Costituzione¹⁷).

Proprio la preoccupazione di evitare il crearsi di «una casta chiusa nella magistratura»¹⁸ è alla base della previsione del C.S.M. nel progetto di Leone, il quale ritiene infatti necessario anche includere nella composizione dell'organo «elementi eletti dalle due Camere»¹⁹.

Si genera così un'ambigua torsione fra concetti: la composizione esclusivamente togata viene intesa come un elemento essenziale dell'autogoverno²⁰, a sua volta concepito come presupposto per l'autonomia e l'indipen-

¹⁴ Cfr. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., p. 131; v. anche A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel pensiero di Calamandrei*, in *Quest. giust.*, 1988, p. 771 ss.

¹⁵ G. VERDE, *Garanzie, controlli costituzionali e conflitti nell'esercizio della giurisdizione*, in *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012, p. 86.

¹⁶ Dimostrato sia dalle difficoltà incontrate dal gruppo di lavoro che costituisce una delle due sezioni della seconda sottocommissione della Commissione dei 75 nel raggiungere il consenso sul progetto presentato alla plenaria (in cui il Consiglio è presieduto dal Presidente della Repubblica, mentre vicepresidente è il ministro della Giustizia, ed è composto dal primo presidente della Corte di Cassazione e da membri eletti per metà da tutti i magistrati e per metà dall'Assemblea nazionale), sia dalla riscrittura che ne seguirà proprio in seduta plenaria, su cui v. *infra*, nel testo.

¹⁷ Di cui è ritenuto emblematico, per esempio, il caso della carriera di Gaetano Azzariti, da presidente del tribunale della razza a ministro di grazia e giustizia a giudice e poi presidente della Corte costituzionale: cfr. M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 76; D. PIANA-A. VAUCHEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, 2012, p. 17, nt. 4.

¹⁸ L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 170.

¹⁹ *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta di giovedì 5 dicembre 1946, p. 9.

²⁰ Cfr. Associazione nazionale magistrati, *Cronache dell'assemblea*, in *La magistratura*, 1946, p. 3 ss.

denza della magistratura²¹, le quali, però, non sono ancora interpretate come fattori caratteristici del nuovo sistema costituzionale, ma come strumenti per mantenere una collocazione separata del corpo giudiziario, distacco che invece vogliono scongiurare le posizioni vicine a quella dello stesso Leone²².

Fu quindi la distanza culturale fra le garanzie dell'autonomia che animò il dibattito dei lavori preparatori e le prerogative di autonomia e indipendenza, intese come elementi essenziali della nuova posizione costituzionale della magistratura, che concorse a generare un modello volto a salvaguardare la difesa e l'arroccamento del corpo giudiziario nei confronti della Costituzione²³.

Ed è in questo senso che va interpretato, nel dibattito che impegnò a lungo i lavori preparatori circa la composizione del Consiglio Superiore, il rovesciamento, dovuto al c.d. "emendamento Scalfaro", del precedente compromesso circa la composizione paritaria tra membri togati e laici²⁴:

²¹ ID., *Relazione ufficiale all'ordine del giorno del 3 novembre 1946*, *ivi*; in argomento, v., E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Roma-Bari, 1967, p. 47 ss.

²² Contro la previsione di un Consiglio Superiore «*despota dell'ordinamento della magistratura*» e la costituzione di «*uno Stato nello Stato*» v. l'intervento dell'on. Grassi, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta antimeridiana di martedì 25 novembre 1947, pp. 2248, 2449; sulla necessità di impedire la creazione di una «*casta chiusa, intangibile*», «*separata e irresponsabile*» v. gli interventi, rispettivamente, dell'on. Preti, *ivi*, p. 2445, e dell'on. Dominedò, *ivi*, seduta antimeridiana di venerdì 7 novembre 1947, p. 1826.

²³ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 77.

²⁴ Due tesi si fronteggiarono in questo dibattito: l'una era ispirata dai magistrati e da quanti avevano adottato una rigida interpretazione della divisione dei poteri (ad esempio, on.li Cortese, Buozzi, Dominedò, Perlingier) e proponeva che il C.S.M. fosse composto soltanto di magistrati, perché solo in questo modo si sarebbe evitato il rischio di contaminazioni (on. Dominedò) e quello di far «*penetrare la politica nelle decisioni singole; di far giungere indebite pressioni ed ingerenze professionali agli organi giudiziari*» (on. Caccuri); l'altra era fondata sul presupposto che occorresse evitare di creare un corpo separato e di rendere il C.S.M. decisore arbitrario dell'ordinamento della magistratura (on. Grassi): era da perseguire l'esigenza di realizzare un'armonia istituzionale (on. Varani), di assicurare continuità tra vita sociale e vita istituzionale e di far sentire un soffio di vita esterno all'ordine giudiziario (on. Leone), di impedire la creazione di uno «*stato nello stato*», di una «*casta chiusa e intangibile*» (on. Preti), «*separata e irresponsabile*» (on. Dominedò), un «*mandarinato*» (on. Persico), un organo del tutto separato dagli apparati amministrativi dello Stato e sottratto al controllo dell'organo di rappresentanza popolare, dei mezzi d'informazione e della stessa pubblica opinione (on. Cappi). La proposta contenuta nell'art. 97 del progetto originario di Costituzione assegnava al C.S.M. una composizione paritetica, con la partecipazione «fuori quota» del Primo Presidente della Corte di Cassazione quale

non solo (quale apparirà nel lungo periodo) come alternativa moderata al progetto di attuare un “autogoverno assoluto”²⁵, o come modello di contemperamento fra l’affermazione dell’autonomia con l’esigenza di garantire un collegamento fra gli altri poteri dello Stato²⁶ (secondo la prospettiva di Leone), ma come elemento della configurazione del C.S.M. in quanto organo volto a garantire la conservazione dello *status* dei magistrati²⁷ (e, dunque, il mantenimento dell’assetto organizzativo favorevole ai gruppi più forti²⁸).

L’ambivalenza del ruolo costituzionale del C.S.M. quale emerge dai lavori preparatori è dunque sintetizzabile nel fatto che, per un verso, dal dibattito costituente emerge un organo rivolto a garantire l’autonomia della magistratura rispetto all’evoluzione del nascente ordinamento costituzionale, ma, per altro verso, quella stessa garanzia di autonomia è divenuta (storicamente, culturalmente e giuridicamente) la «condizione organizzativa»²⁹ che ha consentito lo sviluppo del corpo giudiziario come attore di quella stessa evoluzione.

Questo passaggio, molto approfondito con riguardo alla trasformazione del potere giudiziario da “potere nullo” a “custode della legge”³⁰, dev’es-

Vice Presidente. Nel contrasto fra le due ricordate posizioni si pervenne a un compromesso e fu accolto l’emendamento suggerito dall’on. Scalfaro nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1947: due terzi dei membri togati e un terzo di membri laici. In argomento, v. A. GUSTAPANE, *L’autonomia e l’indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., pp. 180-199.

²⁵ Cfr. *Atti dell’Assemblea Costituente*, seduta antimeridiana di mercoledì 12 novembre 1947, Intervento dell’on. Cortese, p. 3793: «è pericoloso inserire nel Consiglio superiore della magistratura ed in così larga misura dei membri estranei, espressioni di correnti politiche contrastanti, le pressioni di interessi politici, il contagio di una politicità che si può propagare anche ai membri del Consiglio superiore attinti dalla magistratura».

²⁶ Fattore che pure concorse all’approvazione dell’emendamento: cfr. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, cit., p. 130: «il timore che un organo di autogoverno formato in maggioranza da membri togati e retto da un alto magistrato potesse favorire l’incontrollata crescita di potere in capo alla magistratura indusse molti conservatori a votare a favore della proposta» dell’on. Lussu, approvata nella seduta pomeridiana del 25 novembre 1947.

²⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, t. II, p. 1275.

²⁸ M. DOGLIANI, *Garanzie d’indipendenza della Magistratura*, cit., p. 76.

²⁹ *Ivi*, p. 77.

³⁰ Trasformazione che, prendendo avvio dalla concezione del giudice come custode del diritto obiettivo contro lo stesso titolare del potere politico [su cui v. già L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia* (1885), Napoli, 1992, p. 31 ss., con Prefazione di A. PIZZORUSSO, *Lo Stato moderno e la giustizia nel pensiero di Lodovico Mortara*], si è evoluta attraverso

sere considerato anche per le sue implicazioni sulla natura giuridica del C.S.M. nell'ambito del disegno costituzionale.

È vero, infatti, che le prime letture del testo approvato dalla seduta plenaria vi colsero il rafforzamento dell'identità di un "potere giudiziario" «*onta di sempre ricorrenti e sempre aberranti opinioni ispirate alla confusione autoritaria dei poteri dello Stato*»³¹, ma l'aver incluso l'istituzione e la disciplina del C.S.M. nell'esercizio del potere costituente ha comunque contribuito a creare una frattura di discontinuità rispetto all'organo preesistente alla Costituzione, perché il governo della magistratura non è più l'elemento di un modello in cui la funzione giurisdizionale è un segmento dell'attività esecutiva, ma la componente di un sistema rivolto all'attuazione della Costituzione³².

Se, da un lato, la collocazione del C.S.M. nel contesto delle garanzie di autonomia e indipendenza, di cui esso rappresenta la «*chiave di volta*»³³, ha costituito il presupposto per l'evoluzione in senso costituzionale della

la valorizzazione della cultura giuridica (e giurisdizionale) come garanzia di fermezza dogmatica a fronte della mutevolezza del diritto legislativo ed è approdata alla consapevolezza della «*necessità che pure il potere giudiziario abbia libertà d'azione affinché, nel rispetto del vincolo della legge, esso tuttavia possa – anche mediante l'interpretazione della medesima – svolgere una funzione di garanzia dei diritti individuali*» (v. A. BRANCACCIO, *Giustizia e democrazia*, in *Leg. giust.*, 1989, p. 364), sino a culminare nell'attribuzione al potere giudiziario della funzione di garanzia dei diritti individuali anche nei confronti dello stesso legislatore, da cui è derivata la radicale trasfigurazione dell'attività giurisdizionale come rivolta alla soddisfazione degli esiti di giustizia originati dalle pretese regolative del caso concreto (su cui v. la fortunata corrente di pensiero avviata da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992) e, quindi, soggetta a una legittimazione che va oltre la sottoposizione alla legge, per ancorarsi in quello «*strato normativo più profondo [...] rappresentato dalla Costituzione e dalla sua cultura presupposta*» (M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 70). In generale, sull'argomento, D. PULITANÒ, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983, p. 93; A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, p. 195 ss.; G. NEPPI MODONA, *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, in S. SCAMUZZI (a cura di), *Italia illegale*, Torino, 1996, p. 161 ss.; M. CAMMELLI, *Crisi dei meccanismi regolativi e supplenza giudiziale*, in *Storia d'Italia – Annali*, XIV – Legge Diritto Giustizia, Torino, 1998, p. 555 ss.; AA.VV., *Compiti della politica, doveri della giurisdizione*, Milano, 1998; A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, p. 31 ss.

³¹ R. ANGELONI, *Il potere giudiziario esiste*, in *La magistratura*, 1947, p. 125.

³² Cfr. M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 279 ss.

³³ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 77.

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.

In questo senso, il ruolo costituzionale del C.S.M. definito dall'Assemblea costituente si può considerare l'antecedente del ruolo costituzionale che esso avrà all'esito dell'attuazione della Costituzione, attuazione che quello stesso ruolo ha consentito e della quale è stato presupposto.

Perciò, il fatto che nelle discussioni dell'Assemblea costituente il tema del ruolo del C.S.M. sia rimasto strettamente legato a quello della posizione costituzionale del potere giudiziario non è necessariamente in antitesi con la formulazione delle disposizioni costituzionali sul Consiglio Superiore, normalmente ritenuta priva di segni linguistici espressi della natura non meramente amministrativa, ma costituzionale, del Consiglio stesso, perché questa natura può derivare al C.S.M. più dal profondo, ossia dalla connessione che esso ha progressivamente assunto con le garanzie del sistema costituzionale della magistratura.

2. Il ruolo del C.S.M. e l'esegesi delle disposizioni costituzionali in materia di attribuzioni: a) premesse di metodo.

La necessità di mantenere separate l'esegesi del testo della Costituzione del 1947 e l'interpretazione delle norme costituzionali inclusa degli assetti che la loro attuazione ha prodotto nel lungo periodo richiede una trattazione dedicata dei problemi sollevati dalle disposizioni costituzionali in materia di attribuzioni del C.S.M.

È chiaro che la ricostruzione del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore va inevitabilmente condotta su entrambi i piani, e si fonda dunque sulla loro intersezione; tuttavia, altro è analizzare gli elementi sintattici, linguistici e lessicali delle disposizioni costituzionali, altro è studiare le norme prodotte dalla loro interpretazione affermatasi lungo il percorso attuativo della Costituzione (e, dunque, anche attraverso la legislazione ordinaria, la giurisprudenza costituzionale e l'attività stessa del C.S.M.).

Questa distinzione analitica (utile sotto il profilo euristico) non va enfatizzata, attribuendole tratti che essa, in realtà, non contiene: in particolare, dalla scelta metodologica di esaminare, prima, le questioni esegetiche sottese alle disposizioni costituzionali e, poi, i temi legati all'interpretazione

delle norme che da esse sono state ricavate nel tempo non devono farsi discendere implicazioni né sull'ormai consumata dialettica fra costituzione formale e costituzione materiale, né sul (presunto) speciale statuto scientifico dell'interpretazione costituzionale³⁴.

Sul primo aspetto, è utile ricordare, da una parte, che l'insieme delle disposizioni costituzionali scritte non s'identifica con il concetto di "costituzione formale", di cui è invece una specie, e che, dall'altra, la "costituzione materiale" non è riducibile alla descrizione del mero assetto di fatto di un ordinamento costituzionale³⁵ (più o meno divaricato rispetto alle prescrizioni della costituzione formale), dato che le consuetudini e le convenzioni costituzionali, che contribuiscono all'affermazione di quelle interpretazioni delle norme costituzionali comprensive dell'ordine politico e organizzativo prodotto nel tempo della loro attuazione, «fanno parte della costituzione in senso formale, in quanto ne esprimono una interpretazione»³⁶.

Pertanto, siccome "costituzione formale" e "costituzione materiale" possono considerarsi al più concetti contrari, ma non necessariamente contraddittori (indicando, l'uno, l'insieme degli enunciati che compongono il testo della costituzione scritta, mentre, l'altro, il complesso dei principi che

³⁴ Su cui v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, Milano, 2004, p. 267 ss., nonché ID., *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. COMANDUCCI-A. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1996; A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 261 ss., cui si rinvia per la ricognizione della letteratura formatasi sull'argomento.

³⁵ Sul concetto di "costituzione materiale" e sulla sua evoluzione, a partire dalla formulazione che ne fu compiuta negli ultimi decenni dell'Ottocento, v. M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in *Historia constitucional*, 2011, p. 21 ss., nonché ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001; in argomento, v. anche A. CATELANI-S. LABRIOLA, *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001; in particolare sulla dottrina mortatiana della costituzione in senso materiale v. A. BERGARECHE GROS, *Introducción a C. MORTATI, La Constitución en sentido material*, Madrid, 2000; G. ZAGREBELSKY, *Premessa a C. MORTATI, La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, 1998; ID., *Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della costituzione in senso materiale*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, t. II, p. 1773 ss.; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, pp. 332-344; ID., *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI-S. LABRIOLA, *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, cit.

³⁶ M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Dir. pub.*, 2009, p. 298.

conformano effettivamente la società in quanto “politicamente custoditi”³⁷), e proprio perché la costituzione in senso materiale non può essere compresa, quanto alla sua efficacia, «*se non contestualmente considerando il ruolo attivo e continuo giocato dai soggetti che [la] hanno post[a]*»³⁸, mentre la costituzione in senso formale è concepita come un insieme di norme obiettive, l'accortezza metodologica necessaria a conservare questa distinzione concettuale consiste proprio nel separare l'analisi degli enunciati costituzionali, come disposizioni di diritto oggettivo, dallo studio di quel «*ruolo attivo*» degli attori costituzionali, escludendo apertamente di trarre dall'indagine di un versante elementi utili alla comprensione dell'altro.

Con riguardo al secondo profilo, distinguere lo studio di alcuni dei problemi che hanno interessato l'esegesi degli enunciati costituzionali (intesa come analisi semantica e linguistica del testo) dalla ricognizione delle interpretazioni che di quegli enunciati sono state sviluppate nel corso dell'attuazione della Costituzione non incide sul rapporto fra metodi interpretativi e costituzionalismo³⁹, né sulle teorie dell'interpretazione costituzionale⁴⁰: in particolare, essa non induce a ritenere che la Costituzione possa venire interpretata come qualunque altro testo normativo⁴¹, né a sostenere l'irrelevanza dei formanti che concorrono al processo di attuazione della Costituzione rispetto all'operazione ermeneutica dell'attribuzione di significato alle proposizioni normative che essa contiene⁴².

Questa distinzione, infatti, non pretende di cogliere dall'esegesi degli enunciati costituzionali elementi utili a dedurre norme costituzionali sul ruolo del C.S.M., né si propone – al rovescio – di ricavare dalle interpretazioni affermatesi nel tempo i significati da attribuire agli enunciati: semplicemente, essa serve a mantenere separata la discussione sui problemi testuali delle disposizioni costituzionali sul C.S.M. dal dibattito sulle inter-

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ Su cui v., in particolare, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 36 ss.

⁴⁰ V., in argomento, AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.

⁴¹ Osserva per esempio che, per l'interprete della Costituzione, il testo di riferimento reclama una maggiore stabilità interpretativa di quella richiesta dalla legge e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, *ivi*, p. 48.

⁴² Tema su cui v. M. TROPER, *Interpretazione costituzionale*, in *Rag. prat.*, 2010, *maxime* p. 99 ss.

pretazioni attraverso le quali quelle disposizioni hanno condotto a elaborare una nozione condivisa del ruolo del Consiglio Superiore, e ciò proprio per evitare che le due facce del problema si confondano a vicenda.

3. (segue): *b) le norme sulle attribuzioni del C.S.M. e del Ministro della Giustizia e il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore.*

Chiariti questi punti, i temi da affrontare circa l'esegesi delle disposizioni costituzionali in materia di attribuzioni del C.S.M. sono, ai fini dell'argomento in discorso, essenzialmente tre:

1. la possibilità di distinguere le attribuzioni costituzionali del C.S.M. da quelle (in materia di giurisdizione) del Ministro della Giustizia;
2. l'esistenza di un'analogia distinzione fra attribuzioni del C.S.M. e poteri dell'ordine giudiziario;
3. il carattere chiuso o aperto dell'elenco delle attribuzioni contenuto nell'art. 105 Cost.

La questione della distinguibilità delle attribuzioni del C.S.M. da quelle del Ministro della Giustizia è riconducibile (anche se raramente ricondotta in modo esplicito⁴³) alle difficoltà esegetiche dell'art. 110 Cost., e in particolare dell'inciso «*Ferme le competenze del Consiglio superiore della Magistratura*».

Minori problemi solleva, infatti, la previsione dell'art. 107 che attribuisce al Guardasigilli la facoltà di promuovere l'azione disciplinare, atteso che essa è piuttosto riconducibile all'insieme delle prerogative del potere esecutivo (anziché all'ambito delle garanzie dell'ordine giudiziario), configurandosi pertanto come una decisione assistita da discrezionalità amministrativa e fonte di responsabilità politica⁴⁴, come tipicamente avviene per le attribuzioni del Ministro inteso come organo amministrativo.

La struttura dell'art. 110, invece, introduce la discussa ripartizione fra le competenze del Consiglio Superiore e «*l'organizzazione e il funzionamento*

⁴³ Per esempio da S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, p. 258 ss., e da A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, p. 87 ss.

⁴⁴ V., sul punto, N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2011, pp. 218-219; N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, p. 227 ss.

dei servizi relativi alla giustizia», che spettano invece al Ministro della giustizia.

Alle tesi della necessaria configurazione di un ruolo residuale e servente, rispetto al C.S.M., dei compiti del Ministro della Giustizia⁴⁵ si affianca l'interpretazione non svalutativa dell'art. 110 Cost., secondo la quale «i servizi, l'organizzazione e il funzionamento dei quali spetta al Ministro, non sono soltanto quelli inerenti al personale delle cancellerie e segreterie, agli ufficiali giudiziari, alle circoscrizioni giudiziarie, ai locali, all'arredamento dei medesimi, ed, in genere, a tutti i mezzi necessari per l'esercizio delle funzioni giudiziarie»⁴⁶, ma comprendono anche «sia l'organizzazione degli uffici nella loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, sia il funzionamento dei medesimi in relazione all'attività e al comportamento dei magistrati che vi sono addetti»⁴⁷.

Entrambe le tesi non precludono la possibilità di riconoscere nell'art. 107 e nell'art. 110 Cost. la fonte dell'attribuzione al Ministro di un insieme rilevante di funzioni in materia di organizzazione della giustizia.

In questo senso si è del resto espressa la giurisprudenza costituzionale, che ha escluso che dall'art. 105 Cost. derivi «una netta separazione di compiti fra il Ministro guardasigilli e l'Organo preposto al governo della Magistratura; come si verificherebbe se, a quest'ultimo, fosse riconosciuta (il che non è, come risulta chiaro dai lavori preparatori) un'autonomia integrale, compresa quella finanziaria, riguardante l'ordine giudiziario.»⁴⁸.

Ma il fatto che non si debba interpretare restrittivamente l'art. 110 Cost. (argomento che, peraltro, è stato utile alla Corte costituzionale essenzialmente per fondare sul dato normativo l'esigenza di una collaborazione istituzionale fra C.S.M. e Ministro, evitando configurazioni conflittuali dei reciproci rapporti) non significa che non sussista una netta distinzione fra la qualificazione giuridica delle funzioni del Consiglio Superiore e quella dei poteri ministeriali.

Le attribuzioni del Ministro restano infatti integralmente circoscritte alle funzioni amministrative, intese come le funzioni assegnate a un organo

⁴⁵ M. BERTONI, *Il ministero di grazia e giustizia*, in E. SPAGNA MUSSO (a cura di), *Costituzione e struttura di Governo*, Padova, 1984, v. I, p. 482 ss., ripresa da V. CARBONE, *La magistratura – Art. 110 Cost.*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992, p. 84 ss.

⁴⁶ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 42.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Corte cost., 12 dicembre 1963, n. 168, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1644 ss.

del potere esecutivo al fine di esercitare i poteri che ad esso competono: infatti, queste attribuzioni, e «*gli oneri finanziari che necessariamente vi si ricollegano, impegnano la responsabilità politica del guardasigilli, come esponente del Governo, verso il Parlamento*»⁴⁹.

Invece, le funzioni del C.S.M. si configurano come diretta conseguenza del ruolo costituzionale che ad esso la Costituzione attribuisce quale organo di garanzia delle prerogative della magistratura.

La distinzione sta perciò in questo: i poteri del Ministro della Giustizia sono funzioni amministrative di cui esso è titolare al fine di esercitare i compiti di organizzazione del sistema giudiziario, compiti – questi ultimi – che discendono dal ruolo che la Costituzione attribuisce al Guardasigilli nell’ambito della sua funzione di attuare l’indirizzo politico in materia di amministrazione della giustizia⁵⁰; le funzioni del C.S.M. sono invece funzioni costituzionali, nel senso che non costituiscono (come nel caso del Ministro) gli strumenti mediante i quali l’organo assolve alla propria funzione nell’ambito della forma di governo, ma rappresentano il fine stesso del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore.

In altri termini, mentre i compiti del Ministro costituiscono una propaggine strumentale delle funzioni esecutive, e quindi, mediante il loro esercizio, l’organo ministeriale persegue la propria funzione politica nell’ambito dell’amministrazione della giustizia, le attribuzioni del C.S.M. sono preordinate all’attuazione delle prerogative costituzionali della magistratura (e non soltanto al perseguimento di un interesse pubblico individuato dal transeunte indirizzo politico)⁵¹.

Questa distinzione, come si è visto, non esclude la cooperazione, nel governo della magistratura, fra Consiglio Superiore e Ministro, di cui è anzi un presupposto: ma altro è l’esercizio di poteri amministrativi preordinati ad attuare l’indirizzo politico in materia di amministrazione della giu-

⁴⁹ *Ivi.*

⁵⁰ Sull’argomento v. C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un’indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, p. 8.

⁵¹ Parzialmente diverse le conclusioni cui giunge, pur sulla base di premesse affini, A. GUSTAPANE, *L’autonomia e l’indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., pp. 349-350, che assorbe nella natura di “organi di rilevanza costituzionale” sia del C.S.M. che del Ministro della Giustizia la distinzione sulla configurazione delle funzioni sviluppata nel testo.

stizia, altro è l'esercizio di funzioni costituzionali volte a preservare le garanzie della magistratura.

Sulla base di questa ripartizione, diventa possibile ridefinire il rapporto fra il Consiglio Superiore della Magistratura e il Guardasigilli (a) individuando una categoria generale (di cui le attribuzioni *ex art.* 105 Cost. costituirebbero le specie) delle competenze del C.S.M., da contrapporre all'organizzazione e al funzionamento dei servizi di giustizia, e (b) configurando il ruolo (costituzionale) del C.S.M. in termini diversi da quello (amministrativo) del Ministro della Giustizia, pur in presenza di una disposizione strutturata sulla simmetria fra due diversi ordini di funzioni apparentemente del medesimo genere.

È infatti proprio in ragione della distinzione (fondata sul testo della Costituzione del 1947) fra compiti del Consiglio Superiore e poteri del Ministro che non può ammettersi la semplice riconducibilità dei primi alla categoria della "gestione amministrativa dell'ordine giudiziario"⁵².

Affermare questa riconducibilità, oltre a elidere il fondamento della distinzione che risulta dagli artt. 105 e 110 Cost. (dato che le funzioni amministrative in materia di organizzazione della giustizia «*bene potrebbero essere esercitate dal potere esecutivo*»⁵³), rischia infatti di degradare nella tesi secondo cui il principio costituzionale dell'autonomia della magistratura è attuato mediante l'esercizio di funzioni amministrative, come accade per il perseguimento di ogni altro interesse pubblico individuato dalla legislazione ordinaria, rendendo evanescente la stessa differenza tra i fini dell'azione amministrativa, stabiliti dalla legge, e i principi costituzionali alla cui attuazione essa deve concorrere.

È in questo senso, del resto, che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che il potere discrezionale spettante ai capi degli uffici per l'assegnazione degli affari dev'essere rivolto unicamente al soddisfacimento di obiettivi e imprescindibili esigenze di servizio, allo scopo di rendere possibile il funzionamento dell'ufficio e di agevolarne l'efficienza, restando, invece, esclusa qualsiasi diversa finalità⁵⁴: il governo della magistratura, inteso (come "gestione amministrativa" dell'ordine giudiziario, e dunque) co-

⁵² N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pp. 40-41.

⁵³ G. SILVESTRI, *Relazione al Convegno su "Il ruolo del C.S.M. Esperienze e prospettive"*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3381 ss.

⁵⁴ Corte cost., ord. 14 gennaio 1988, n. 93, in *Giur. cost.*, 1988, p. 289 ss.; sent. 18 luglio 1973, n. 143, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1430 ss.; sent. 18 luglio 1973, n. 144, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1447 ss.

me funzione amministrativa, può quindi perseguire solo gli interessi pubblici connessi all'organizzazione giudiziaria, con la conseguenza che il dovere, su di essa gravante, di astenersi da ulteriori e diverse finalità (dovere che si fonda logicamente sulla distinzione tra questa funzione e i compiti del C.S.M.) costituisce attuazione delle garanzie costituzionali della magistratura.

4. (segue): c) *il ruolo costituzionale del C.S.M. e l'ordine giudiziario.*

Come indica la giurisprudenza della Corte ora richiamata, assumendo il ruolo costituzionale del C.S.M. come caratterizzato dalla funzione di attuare le garanzie della magistratura diventa possibile chiarire anche la questione della distinzione fra le attribuzioni del Consiglio Superiore e quelle dell'ordine giudiziario.

È infatti comune, nelle ricostruzioni sul ruolo del C.S.M., il riconoscimento del nesso tra le sue attribuzioni costituzionali e l'attuazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, anche ove tale l'applicazione di questo principio riguardi la persona fisica del singolo magistrato.

Al riguardo, la Corte costituzionale ha chiarito⁵⁵ che la finalità perseguita dall'art. 25, c. 1, Cost., nell'enunciare il principio del giudice naturale precostituito per legge, è quella di assicurare l'assoluta imparzialità degli organi giudiziari, sottraendo la loro competenza ad ogni possibilità di arbitrio⁵⁶.

La norma costituzionale (di cui la giurisprudenza della Corte ha anche rimarcato la *sedes materiae*, valorizzando la sua collocazione nella parte della Costituzione concernente «*i diritti e i doveri dei cittadini*») è infatti volta a garantire «*la certezza del cittadino di veder tutelati i propri diritti e interessi da un organo già preventivamente stabilito dall'ordinamento e indipendente da ogni influenza esterna*»⁵⁷, proprio perché istituito sulla

⁵⁵ Su cui v. R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano, 1981; A. PIZZORUSSO, voce *Giudice naturale*, in *Enc. giur.*, v. XV, Roma, 1989, p. 1 ss.

⁵⁶ Corte cost., sent. 17 luglio 1998, n. 272, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2113 ss.; sent. 26 ottobre 1994, n. 460, in *Giur. cost.*, 1994, p. 4967 ss.; sent. 14 novembre 1979, n. 127, in *Giur. cost.*, 1979, p. 1035 ss.

⁵⁷ Corte cost., sent. 23 maggio 1985, n. 156, in *Giur. cost.*, 1983, p. 885 ss.

base di criteri generali fissati in anticipo dalla legge, e non in vista di singole controversie.

L'attuazione di questi principi ha condotto il Consiglio Superiore a elaborare un sistema di criteri strutturati secondo l'impostazione propria di un modello fondato su specifici automatismi, temperati, però, da un «*marginale alle scelte di ottimizzazione del lavoro, purché contenute in criteri prefissati e non operate caso per caso*»⁵⁸ (sistema che anche la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto idoneo a garantire quegli stessi principi⁵⁹).

Ma in tanto è possibile ricondurre all'attuazione delle garanzie costituzionali della magistratura i limiti alla discrezionalità dei vertici degli uffici giudiziari in quanto si ammetta la «*distinzione delle sfere costituzionali del Consiglio e dell'ordine giudiziario*»⁶⁰, distinzione che conduce ad ammettere che il C.S.M. eserciti i propri compiti, in funzione dell'attuazione dei principi di autonomia e indipendenza, anche attraverso la delimitazione della discrezionalità dell'ordine giudiziario, la cui sfera di azione non può quindi coincidere con quella entro cui si esercitano le attribuzioni del Consiglio.

La definizione del ruolo costituzionale del C.S.M. si può dunque avvalere anche della puntuale delimitazione delle sue attribuzioni rispetto a quelle degli altri organi cui spettano poteri idonei a incidere sull'amministrazione della giustizia: pertanto, come la distinzione fra «*amministrazione della giurisdizione*»⁶¹, riservata al Consiglio Superiore *ex artt.* 104 e 105 Cost., e «*amministrazione per la giurisdizione*»⁶², spettante al Guardasigilli *ex art.* 110 Cost., contribuisce a evidenziare la differenza tra la natura costituzionale delle funzioni del Consiglio e il carattere amministrativo delle funzioni ministeriali, così la funzione di contrappeso rispetto all'ordine giudiziario⁶³, riconosciuta alle norme costituzionali sul C.S.M., identifica il peculiare carattere costituzionale del ruolo del Consiglio, le cui attribuzioni restano contrassegnate dal fatto di essere preordinate all'attuazione dei principi costituzionali in materia di autonomia e indipendenza della magistratura.

⁵⁸ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, p. 170.

⁵⁹ Corte cost., n. 272/1998, cit.

⁶⁰ C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 8.

⁶¹ A. PIZZORUSSO, voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, v. XXXI, Milano, 1981, p. 86.

⁶² G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 175.

⁶³ *Ivi*, p. 186.

5. (segue): *d) la questione del numero chiuso delle attribuzioni contenute nell'art. 105 Cost.*

Fra le questioni esegetiche che contribuiscono alla ricostruzione del ruolo costituzionale del C.S.M. ha assunto tradizionalmente molto rilievo il tema del carattere chiuso o aperto dell'elenco di attribuzioni contenuto nell'art. 105 Cost.

L'argomento si è in realtà sviluppato attraverso alcune torsioni: prima, a margine della legge istitutiva del Consiglio Superiore, esso è stato legato al problema dell'ampliamento delle funzioni del C.S.M. rispetto al modello costituzionale⁶⁴, e successivamente, nel più ampio contesto del dibattito sul presunto carattere politico del Consiglio, è stato assorbito dal tentativo di ancorare sul richiamo testuale al *numerus clausus* delle attribuzioni il limite alla presunta degenerazione dei compiti dell'organo in una indefinita serie di funzioni "atipiche"⁶⁵.

Ma, benché questo problema sia certamente rilevante nella definizione della posizione del C.S.M. rispetto agli altri poteri dello Stato⁶⁶, ai fini della comprensione del ruolo costituzionale del Consiglio il dilemma del numero chiuso o aperto dell'elenco non dovrebbe venire enfatizzato, essenzialmente perché occorre evitare di ritenere la soluzione del problema riguardante la natura dell'elenco un presupposto per la definizione del ruolo del C.S.M.

Il rischio che questo intreccio genera è infatti quello di ricavare il carattere chiuso dell'elenco dalla natura amministrativa del Consiglio Superiore, natura che di per sé implica – nel rispetto del principio di legalità dell'Amministrazione – la tassatività delle attribuzioni assegnate dalla legge⁶⁷.

Ma questa costruzione (che argomenta il *numerus clausus* delle funzioni

⁶⁴ Su cui v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit.

⁶⁵ V., p.e., M. PATRONO, *Scenari per una riforma del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 457 ss.; M. CHIAVARIO, *La competenza sugli interventi legislativi a baluardo dell'indipendenza del CSM*, in *Guida al dir.*, 2002, maxime p. 11.

⁶⁶ In argomento, v. A. PIZZORUSSO, *La magistratura – Art. 108*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, cit., p. 7; F. BONIFACIO-G. GIACOBBE, *Art. 105*, *ivi*, p. 101 ss.; S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1987, p. 433; F. BONIFACIO, *Il ruolo istituzionale del CSM*, in *Quest. giust.*, 1987, p. 1 ss.; N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pp. 30-33.

⁶⁷ Posizione assunta ripetutamente dalla giurisprudenza amministrativa: cfr., p.e., T.A.R. Lazio, sez. I, 20 aprile 1998, n. 1329, in *Foro it.*, 1998, III, c. 385, con nota di R. FUZIO, *Il Consiglio superiore della magistratura deve difendere i magistrati?*

declinate dall'art. 105 Cost. attraverso l'asserita natura amministrativa del C.S.M.) non è necessaria, perché non si può cogliere un nesso diretto fra il tenore (tassativo o esemplificativo) dell'elenco delle attribuzioni e il ruolo costituzionale dell'organo.

In particolare: non si può ricavare il carattere chiuso dell'elenco dal fatto che il Consiglio Superiore è un organo dotato di mere competenze amministrative, sia perché non viene chiarita la fonte che attribuirebbe al Consiglio mera natura amministrativa, sia perché s'inverte il rapporto fra qualifica dell'organo e tassatività della norma che, per conseguenza, ne declina le funzioni; né si può dedurre il carattere aperto dell'elenco dal fatto che il Consiglio abbia, invece, una funzione costituzionale il cui esercizio consente l'acquisizione *de facto* di poteri non codificati dalla Costituzione, perché si dovrebbe presupporre una divaricazione fra il ruolo implicitamente attribuito al Consiglio dalle interpretazioni costituzionali e quello originariamente assegnato ad esso dal testo della Costituzione del 1947.

È invece opportuno separare il problema esegetico della natura chiusa o aperta dell'elenco dalla ricostruzione del ruolo costituzionale del C.S.M., non avendo la soluzione di un quesito implicazioni specifiche sulla risposta all'altro.

Il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore va infatti determinato considerando il carattere delle funzioni che la Costituzione attribuisce ad esso, e adottando la distinzione tra funzioni amministrative, caratterizzate dal particolare interesse pubblico cui sono preordinate, e funzioni costituzionali, qualificate come attribuzioni assegnate direttamente per l'attuazione dei principi costituzionali (e non soltanto per l'applicazione delle regole legislative emanate in applicazione di quei principi).

In questa analisi il problema della natura aperta o chiusa dell'elenco contenuto nell'art. 105 Cost. tende quindi ad essere fuorviante, perché sposta la questione a valle del suo nucleo originario, ossia sulla possibilità, per il Consiglio Superiore, di esercitare poteri ulteriori rispetto a quelli codificati, assumendo che ciò dipenda da (o che da ciò consegua) la definizione del ruolo stesso del C.S.M.

È da valorizzare, piuttosto, il nesso fra il carattere esaustivo o no dell'elenco costituzionale e la funzione assunta dalle riserve di legge in materia di ordinamento giudiziario⁶⁸, in quanto l'aver la Costituzione rimesso alla

⁶⁸ V., sul punto, V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri dello Stato*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, p. 18.

fonte parlamentare l'integrazione dei compiti del Consiglio Superiore contribuisce a chiarire il rapporto fra C.S.M. e Parlamento e arricchisce il principio di indipendenza della magistratura con quella sua componente che serve a delimitare il ruolo stesso del Consiglio.

Ma l'essere il C.S.M. soggetto alla legge⁶⁹ non è elemento idoneo a configurarne la natura meramente amministrativa: sia perché non dal tipo di fonte, bensì dal carattere delle funzioni, è possibile dedurre il ruolo costituzionale dell'organo, sia perché l'esegesi dell'art. 105 Cost. induce a configurare la legge come fonte di disciplina dell'esercizio delle funzioni del Consiglio Superiore, le quali sono però assegnate al Consiglio stesso non dalla legge, ma dalla Costituzione.

6. *Il ruolo del C.S.M., la sua natura di organo costituzionale o a rilevanza costituzionale e i principi di autonomia e indipendenza della magistratura.*

Diventa utile, a questo riguardo, comporre un quadro d'insieme sul ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura in relazione ai principi costituzionali di autonomia e indipendenza della magistratura.

Le attribuzioni del C.S.M. 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'Esecutivo⁷⁰ e, di qui, a preconstituire le condizioni essenziali per l'esercizio della giurisdizione in modo indipendente e imparziale.

Nitida, in questo senso, la giurisprudenza costituzionale, secondo cui «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

⁶⁹ Come sostenuto da S. BARTOLE, *Materiali per un riesame della posizione del Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, v. IV, 1977, p. 3; ID., *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, cit.

⁷⁰ Cfr. G. LANDI, voce *Magistrato (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, v. XXV, Milano, 1975, p. 203; F. BONIFACIO-G. GIACOBBE, *Art. 104 Cost.*, cit., p. 28 ss.; M. DEVOTO, *Il pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 376.

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 rientrare ogni provvedimento che direttamente o indirettamente possa menomarla»⁷¹.

Benché dunque – come si è visto – le competenze del Consiglio Superiore siano originate da un contesto essenzialmente rivolto alla conservazione delle prerogative di ceto della magistratura, piuttosto che all'attuazione del disegno costituzionale⁷², i modelli descrittivi del ruolo costituzionale del C.S.M. 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.

Lungo questo percorso evolutivo, il dibattito sulla ascrivibilità del Consiglio alla categoria degli organi costituzionali o a quella degli organi a rilevanza costituzionale ha in realtà parzialmente distratto la dottrina dal nucleo del problema, che consiste propriamente nel chiarire se le attribuzioni del C.S.M. siano assimilabili alle funzioni amministrative o se, invece, debbano – e sotto quali profili – distinguersi da queste.

Le tesi classiche hanno infatti dedotto la funzione costituzionale del C.S.M., quale organo dotato di attribuzioni dirette ad attuare «*l'autonomia organizzativa della magistratura*»⁷³, direttamente dalla sua natura di organo costituzionale “*superiorem non recognoscens*”, traendo quindi dalla sua posizione rispetto agli altri organi costituzionali il carattere essenziale del suo ruolo al fine di garantire «*l'ordinamento costituzionale sancito nella Carta fondamentale*»⁷⁴.

Ma, al di là del fatto che non poche di queste tesi hanno contemperato la qualificazione del ruolo costituzionale del C.S.M. con la natura (meramente) amministrativa delle sue funzioni⁷⁵, oppure l'hanno correlata alla

⁷¹ Cfr. Corte cost., 18 luglio 1973, n. 142, in *Giur. cost.*, p. 1413 ss.

⁷² 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 C.S.M. e Guardasigilli: cfr. S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra CSM e Ministro della giustizia*, Torino, 1993, p. 31 ss.

⁷³ A. TORRENTE, *Il CSM*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, p. 7; ID., voce *C.S.M.*, in *Enc. dir.*, v. IX, Milano, 1961, p. 327 ss.

⁷⁴ F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Milano, 1957, p. 215 ss.

⁷⁵ F. PICOZZI, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. for.*, v. V, Torino, 1960, p. 378.

sua collocazione al vertice organizzativo dell'ordine giudiziario⁷⁶ (rivelando un debito sin troppo accentuato con il modello pre-costituzionale, in cui il governo della magistratura apparteneva integralmente all'attività amministrativa), è la stessa impostazione metodologica fondata sulla correlazione essenziale fra ruolo costituzionale del Consiglio e sua qualificazione come "organo costituzionale" a costituire un passaggio superfluo (benché tradizionalmente diffuso e perciò nel tempo stratificatosi) rispetto alla ricostruzione del problema, perché le ambiguità legate alla nozione stessa di "organo costituzionale" ostacolano una ricostruzione nitida del ruolo costituzionale del C.S.M.

Il punto merita, perciò, alcuni approfondimenti.

Sul problema dell'identificazione di un organo costituzionale la dottrina ha svolto varie argomentazioni⁷⁷; la necessità di chiarire questa nozione deriva però anche dall'esigenza di comprendere se esista un modello, diffuso e consolidato, da utilizzare sia in funzione descrittiva, per illustrare compiutamente le caratteristiche degli organi costituzionali, sia in funzione euristica, per verificare la natura costituzionale di un determinato organo, operazione resa ardua proprio dall'accumularsi delle molteplici teorie avanzate per definire la nozione.

Queste teorie possono individuarsi fondamentalmente in due gruppi, a loro volta internamente articolati.

Da un lato vi sono le teorie che potrebbero chiamarsi *teorie fattuali*, per le quali organi costituzionali sono quelli dotati di certe caratteristiche di fatto (fondate su fonte consuetudinaria di riconoscimento di autonomia); dall'altro lato vi sono le teorie che potrebbero denominarsi *teorie normative*, per cui, invece, organi costituzionali sono quelli ai quali il diritto positivo riconosce determinate caratteristiche⁷⁸.

⁷⁶ Cfr. SANTI ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali*, Palermo, 1898 (ora anche in *Scritti minori*, I, Milano, 1950); F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1977, p. 512 ss.

⁷⁷ E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, in *Arch. giur. Serafini*, Modena, 1965, p. 61 ss., individua tre ragioni pratiche che impediscono di «rinunciare senza serie conseguenze sul terreno delle applicazioni concrete ad un'esatta definizione della categoria degli organi costituzionali quale sola può scaturire dal reperimento di un sicuro criterio di natura giuridica»: la prima è relativa alla definizione della forma di governo, la seconda allo speciale regime giuridico degli organi costituzionali, la terza al tema della identificazione degli atti di natura costituzionale.

⁷⁸ Le garanzie di diritto positivo sono dunque intese, dalle teorie fattuali, come conseguenti alla natura costituzionale degli organi, mentre, dalle teorie normative, come costitu-

Le teorie fattuali si compongono ulteriormente:

a) nelle teorie della natura della funzione, secondo le quali organi costituzionali sono quelli la cui funzione deve esprimere una volontà di grado superiore a quella di altri organi⁷⁹ o, secondo una variante, una volontà non vincolata ad un fine⁸⁰;

b) nelle teorie della posizione nel sistema, secondo le quali organi costituzionali sono quelli «*coessenziali*» al tipo di ordinamento che è fatto sorgere dall'atto costitutivo dell'ordinamento medesimo⁸¹, ossia che si collocano al vertice dell'organizzazione statale⁸²;

c) nelle teorie della partecipazione alla suprema direzione politica, secondo le quali organi costituzionali sono quelli che partecipano al processo formativo della suprema direzione politica⁸³, ovvero, secondo una versione più circoscritta, quelli che sono preposti ad esprimere la volontà suprema dello Stato verso comuni finalità politiche⁸⁴.

tive di tale natura. In termini analoghi, una discussione sul carattere «consequente» o «costitutivo» delle garanzie nei confronti dell'esistenza del bene giuridico garantito si trova, in relazione all'autonomia parlamentare, in P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, in *Rass. parlam.*, 1980, p. 200 ss. e, in relazione alla rigidità della Costituzione, in A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996. La questione è anche esaminata, con riferimento alle immunità parlamentari, da M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in *Storia d'Italia. Annali*, 17, Torino, 2001, p. 1033 ss.

⁷⁹ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, 1972, *maxime* p. 157 ss. Cfr. anche, per la classificazione, C. PAPPAGALLO, voce *Organi costituzionali (indipendenza degli)*, in *Enc. giur. Treccani*, v. XXII, Roma, 1989, il quale però non utilizza le qualifiche «teorie fattuali» e «teorie normative».

⁸⁰ E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, cit., pp. 93-94.

⁸¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 187.

⁸² P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 147-148; A. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1981, p. 20.

⁸³ P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, pp. 97-98; G. FERRARI, *Corso istituzionale di diritto pubblico*, Milano, 1976, pp. 52-53; A. PREDIERI, *Il Consiglio supremo di difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione*, v. III, Milano, 1958, pp. 251-252.

⁸⁴ Questa versione si ritrova nella edizione 10^a di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, p. 212 ss., rielaborata a cura di F. Modugno, A. Baldassarre, C. Mezzanotte; secondo l'ulteriore posizione di P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1997, p. 116 ss., la qualifica di «costituzionali» spetta a quegli organi tra i quali si riparte, secondo le regole previste dalla Costituzione, la funzione di indirizzo politico.

Le teorie normative si articolano in posizioni più mitigate, perché consistono o nell'osservare che «*empiricamente la strada migliore per decidere quali sono gli organi costituzionali è [...] quella di esaminare le garanzie particolari ed eccezionali [scilicet, risultanti dal diritto positivo] di cui, a fini di indipendenza, gode un organo*»⁸⁵, assegnando in tal modo al diritto positivo la funzione di costruire una sorta di «*indici di conoscibilità*»⁸⁶, oppure nella variante che distingue tra *fondamento logico* e *fondamento normativo* della autonomia degli organi costituzionali⁸⁷, riconoscendo il primo nel «*pluralismo interno alla forma di governo*», il secondo «*nella Costituzione*», ma lasciando impregiudicata la possibilità di ricorrere all'uno piuttosto che all'altro per identificare la nozione di organo costituzionale⁸⁸.

Sulle teorie fattuali è necessaria una precisazione: contrapporle a quelle normative non significa sostenere che, per esse, gli organi costituzionali esistono nella realtà indipendentemente da statuizioni normative, ma soltanto sottolineare il fatto che gli organi costituzionali, per usare le parole di Mortati, «*traggono la loro investitura direttamente dall'atto costitutivo*» dell'ordinamento⁸⁹; a questa prospettiva, decisamente radicale, è del tutto sconosciuta l'idea della mobilità, in quanto, intendendola in termini assoluti, occorrerebbe escludere che possano sorgere organi costituzionali «*nuovi*» in un momento successivo a quello dell'«*atto costitutivo*»; una versione più mite di questa posizione condurrebbe a ritenere, invece, che attraverso la revisione costituzionale sia possibile introdurre nuovi organi costituzionali.

Ciò che però caratterizza le teorie fattuali, e vale a distinguerle da quelle normative, è non solo il fatto che esse ritengono la natura costituzionale dell'organo indipendente dalle previsioni del diritto positivo, ma, più radi-

⁸⁵ G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2000, p. 306.

⁸⁶ C. PAPPAGALLO, voce *Organi costituzionali (indipendenza degli)*, cit., p. 1.

⁸⁷ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale – I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 195.

⁸⁸ Poco utile alla identificazione di tale nozione è anche l'eventuale e dibattuta esistenza di un cosiddetto «regime comune» agli organi costituzionali, determinato dal complesso delle statuizioni positive che lo riguardano e, secondo alcune posizioni, espressione dello *status* delle istituzioni chiamate a caratterizzare la forma di governo. Né da parte dei sostenitori dell'esistenza di un tale regime, né da parte avversa, infatti, si è giunti a ritenere che dalla partecipazione ad esso possa derivare la natura costituzionale di un organo. Sembra avviarsi su tale strada, invece, M.C. GRISOLIA, *La riforma della Presidenza del Consiglio. Alcune osservazioni sul potere di organizzazione interna*, in DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti – 2000*, Torino, 2001, p. 118 *maxime*.

⁸⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, cit., p. 187.

calmente, la identificazione che queste teorie compiono della fonte di tale natura in una caratteristica che l'organo possiede per sé, in un particolare tipo di legame che esso mantiene con l'ordinamento costituzionale, e del quale le norme positive sono soltanto una conseguenza.

Al contrario, evidentemente, proprio nelle norme positive è riconosciuta la fonte della natura costituzionale dell'organo da parte delle teorie normative.

Molte delle posizioni che si ritrovano in questo schema presentano, in realtà, dei punti oscuri.

Alle teorie normative (o meglio a quella versione astratta e radicale di esse, come si è visto sostanzialmente assente, in questi termini, dal panorama delle posizioni della giuspubblicistica) potrebbe imputarsi di assegnare un ruolo eccessivamente importante alle statuizioni del legislatore, che modificando le attribuzioni o le garanzie di un determinato organo sarebbe in grado, per ciò stesso, di determinarne la natura di organo costituzionale.

Alle teorie fattuali, invece, sono state mosse articolate obiezioni a seconda delle versioni in cui si sono manifestate.

Nei confronti delle teorie della natura della funzione si è rilevato un eccessivo genericismo; alle teorie della collocazione nel sistema si è replicato, ad esempio, che «*l'indipendenza di un organo non è sufficiente (e forse neanche necessaria) per fargli attribuire la caratteristica di costituzionale*»⁹⁰, e che, poiché «*tutti gli organi costituzionali, ma non solo essi, si vengono a collocare nel sistema in una posizione di supremazia e di indipendenza gerarchica [...] il criterio della supremazia si caratterizza come necessario, ma non sufficiente*»⁹¹; alle teorie del potere di suprema direzione politica (anche diffuse come teorie del potere di indirizzo politico) si è rimproverato l'eccessiva latitudine della definizione assegnata a questo potere⁹².

L'insieme di queste osservazioni sulle teorie conduce dunque ad ammettere che lo schema che si è elaborato è sostanzialmente muto: esso descrive le teorie sulla nozione di organo costituzionale, ma non fornisce la

⁹⁰ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, p. 241 ss. e nt. 2

⁹¹ E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, cit., riportato, come l'A. precedente, da T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, v. III, Modena, 1996, pp. 1045-1046.

⁹² Cfr. T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, cit.

chiave per ricavarne un modello, né descrittivo né euristico, del tutto efficace.

Si potrebbe allora provare a rileggere lo schema secondo uno svolgimento storico-costituzionale⁹³.

Lungo questo percorso, va anzitutto ricordato che la dottrina sugli organi costituzionali diffusa nel periodo statutario era fortemente influenzata dalla teoria organicista⁹⁴, secondo la quale, com'è noto, la sovranità appartiene allo Stato-persona, che si concretizza nei suoi organi, e non può essere attribuita «*alla società e al popolo, che pur non si qualificano (e ciò sarebbe impossibile) come persone giuridiche*»⁹⁵.

Allorché emerge la necessità di precisare la differenza tra i diversi organi in cui si concretizza lo Stato-persona, si radica la tesi che, da una parte, stanno gli organi costituzionali, che sono immediatamente partecipi della sovranità, e dall'altra gli organi amministrativi, che derivano il loro potere dai primi e quindi partecipano solo mediamente alla sovranità⁹⁶; questa distinzione, però, in coerenza con la teoria organicistica, «*riguarda più che altro la posizione che l'organo medesimo assume di fronte allo Stato*».

Prende forma, in questo modo, la teoria (fattuale) dell'organo costituzionale come identificato dalla sua collocazione nel sistema, strettamente legata alla teoria istituzionale dell'organo concepito come unità armonica di vari elementi⁹⁷.

Durante il periodo fascista, la nozione di organo costituzionale risulta alimentata dalle riforme normative introdotte dal nuovo regime, a partire dalla legge n. 2263/1925, sui poteri del Capo del Governo (che per la prima volta introduceva la definizione di organo costituzionale), fino alla redazione dell'art. 289 c.p. che puniva l'attentato contro gli organi costituzionali⁹⁸.

⁹³ Questa rilettura segue l'impostazione adottata da G. LONG, voce *Organi costituzionali e di rilievo costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, v. XXII, Roma, 1989, p. 1 ss., e va condotta con l'avvertimento che «*la dottrina degli organi costituzionali è nata nell'ambito di una particolare concezione dello Stato che non è più attuale. Non si può quindi intenderla in chiave di continuità*» (ivi, p. 5).

⁹⁴ Ivi, p. 1.

⁹⁵ S. ROMANO, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, cit., pp. 32-33.

⁹⁶ V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1897, p. 83.

⁹⁷ SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, p. 103 ss.

⁹⁸ Reato che consisteva nell'impedire: 1) al Re o al reggente l'esercizio della sovranità;

L'identificazione degli organi costituzionali avviene, in questa fase, tenendo in considerazione la nozione elaborata dalla dottrina, ma la fonte della natura costituzionale dell'organo non si ravvisa in elementi fattuali, bensì nelle statuizioni normative⁹⁹.

In Assemblea costituente, com'è stato rilevato, «l'espressione «organi costituzionali» è usata poco, e non corrisponde ad un preciso concetto giuridico, ma ha un generico valore descrittivo»¹⁰⁰; soprattutto, si osserva, «l'adozione di una Costituzione di tipo rigido ha creato, a differenza del passato, una nuova categoria di evidente contenuto giuridico: gli organi che sono espressamente menzionati nella Costituzione e da essa traggono una parte più o meno importante della propria normativa»¹⁰¹.

Questo accento sulla discontinuità nella nozione di organo costituzionale è molto importante, perché il confronto con i caratteri della nozione di organo costituzionale in periodo statutario consente di comprendere come mai Arangio Ruiz poteva ammettere pianamente la distinzione tra organi di creazione e organi creati¹⁰², mentre Mortati sentiva il bisogno di chiamare i secondi «derivati», distinguendoli da quelli «immediati» che sono stati generati dall'atto costitutivo dell'ordinamento: solo per Arangio Ruiz, infatti, il legame con la teoria organicista poteva accomunare tutti gli organi costituzionali nella identica caratteristica di esercitare le funzioni fondamentali e di essere necessari a costituire ed individuare lo Stato.

In questo articolato contesto, gli argomenti secondo cui gli organi costituzionali s'identificano in quelli che, svolgendo una funzione necessaria e caratterizzante della forma di governo, costituiscono emanazione diretta della sovranità (in quanto tali «*superiorem non recognoscentes*»¹⁰³) induco-

2) al Governo del Re o al Capo del Governo l'esercizio delle attribuzioni o delle prerogative stabilite dalla legge; 3) al Gran Consiglio del Fascismo, al Senato o alla Camera dei deputati l'esercizio delle loro funzioni.

⁹⁹ Un criterio diverso era invece avanzato da C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, secondo cui gli organi costituzionali devono essere distinti «*in maniera non giuridica, ma politica, quando si contrappongono quelli che hanno forza, potere e funzioni di indirizzare lo Stato a quelli che non debbano o non possano adempiere a tale missione*»: da qui prende forma la teoria della partecipazione al processo formativo della suprema decisione politica.

¹⁰⁰ G. LONG, voce *Organi costituzionali e di rilievo costituzionale*, cit., p. 3.

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto italiano*, Milano-Torino-Roma, 1913, p. 267, che procedeva identificando l'organo con la persona fisica ad esso preposta.

¹⁰³ Tesi derivante, appunto, dall'elaborazione originaria di Santi Romano e ripresa an-

no a configurare le attribuzioni del Consiglio Superiore della Magistratura come funzioni propriamente “politiche”, in grado di «*incidere sull’indirizzo politico della collettività attraverso modifiche apportate al diritto vigente con i suoi atti*»¹⁰⁴, i quali avrebbero, al pari di quelli di Parlamento e Governo, carattere normativo.

Ma questa tesi (che facilmente si abbina a quella secondo cui il C.S.M., in virtù del suo carattere rappresentativo espressione tanto delle forze politiche come dei magistrati, sarebbe organo deputato a formulare gli indirizzi di politica giudiziaria¹⁰⁵) allontana il ruolo costituzionale del Consiglio dalla garanzia delle prerogative di indipendenza e imparzialità della magistratura, limitandosi a sostituire un organo a un altro (il C.S.M. all’Esecutivo) nello svolgimento di funzioni che di quelle prerogative costituiscono un’antitesi, perché rivolte a orientare l’esercizio della funzione giurisdizionale anziché a preservarne l’estraneità alle direttrici dell’indirizzo politico.

Nemmeno la riconducibilità della natura di “organo costituzionale” alla funzione di governo dell’Ordine giudiziario, da cui deriverebbero i compiti di “politica giudiziaria” del Consiglio¹⁰⁶, è di aiuto anche nella ricostruzione del ruolo costituzionale del C.S.M., sia perché funzionale all’esatta comprensione di questo ruolo è, piuttosto, il riconoscimento delle prerogative attribuite al Consiglio anche in contrapposizione allo stesso ordine giudiziario (come si è visto), sia perché, per sostenerne il ruolo costituzionale (e non meramente amministrativo) non è necessario postulare «*in capo al CSM il ruolo di interlocutore del potere politico per i problemi riguardanti la giustizia*»¹⁰⁷.

Il paradosso di queste ricostruzioni sta dunque nel rovesciamento delle tesi cui esse approdano: assumendo che, per configurare il ruolo costituzionale del C.S.M., sia inevitabile dimostrarne la natura di “organo costituzio-

che dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nella nota sent. 14 marzo 1962, n. 248 (in *Giur. it.*, 1962, c. 193 ss.), in cui gli organi costituzionali sono definiti come quelli «posti al vertice dell’ordinamento dello Stato, non hanno superiori, sono tra loro in posizione di parità ed attendono alla cura dei supremi interessi dello Stato»; resta fra le principali ricostruzioni dogmatiche della questione E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale costituzionale (appunti per una definizione)*, cit., p. 61 ss.

¹⁰⁴ A. GUSTAPANE, *L’autonomia e l’indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 304.

¹⁰⁵ Cfr. S. MERLINI, *Il CSM, la Costituzione e la democrazia*, in *Quale giust.*, 1971, p. 405 ss.

¹⁰⁶ Su cui v. M. BONANNI, voce *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. giur., Agg.*, 2005, p. 1 ss.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 5.

nale”, esse argomentano tale natura sulla base di caratteri del Consiglio (ora la sua equiordinazione con gli organi politici, ora la sua collocazione al vertice dell’ordine giudiziario¹⁰⁸) che ne divaricano la sua funzione di garanzia delle prerogative di autonomia e indipendenza della magistratura: con il risultato che, dimostrato il ruolo costituzionale del C.S.M. in quanto organo costituzionale, si dovrebbe completare l’argomentazione ammettendo che tale ruolo non include la garanzia della autonomia e indipendenza.

Il problema dell’esatta definizione del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore risente, quindi, di una distorsione originaria se ridotto all’alternativa fra la sua qualificabilità come “organo costituzionale” oppure “organo a rilevanza costituzionale”, perché eccedendo l’inammissibilità della prima configurazione (proprio in quando derivante da ricostruzioni delle quali non è elemento essenziale la garanzia delle prerogative della magistratura) a favore della seconda si precostituiscono le basi per sostenere la degradazione del C.S.M. ad organo amministrativo e, di qui, l’assimilabilità dei suoi atti alla generalità dei provvedimenti amministrativi¹⁰⁹.

La natura di organo costituzionale del C.S.M.¹¹⁰ è infatti negata dalle tesi che correlano questa natura alla necessaria partecipazione del Consiglio alla potestà normativa, alle funzioni di governo o all’indirizzo politico¹¹¹, generandosi così un nesso molto contratto fra due alternative speculari: non potendosi ammettere che il C.S.M. si configuri come una propaggine del potere legislativo o di quello esecutivo (né, dei c.d. poteri neutri, se-

¹⁰⁸ Sostenuta tradizionalmente da A. TORRENTE, *Il CSM*, in *Riv. dir. proc.*, cit.

¹⁰⁹ Rileva la possibile dissociazione fra questi nessi, osservando che la mancata partecipazione del C.S.M. all’indirizzo politico non ne escluderebbe la natura di organo costituzionale, che deriverebbe dalla funzione svolta, G. FERRARI, *Consiglio Superiore della Magistratura, autonomia dell’ordine giudiziario e magistrati*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, v. IV, Padova, 1974, p. 2293 ss.

¹¹⁰ La qualificazione come organo costituzionale del C.S.M., spesso sostenuta in correlazione con la tesi della inammissibilità delle forme di sindacato esterno sui suoi atti, è quella più risalente (cfr. C. GIANNATTASIO, *La Magistratura*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei-A. Levi, Firenze, 1950, v. II, p. 176 ss.), nonché la più diffusa al tempo dell’entrata in vigore della l. n. 195/1958 (cfr. G. VIESTI, *Gli aspetti incostituzionali della legge sul Consiglio superiore della Magistratura*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, p. 522 ss.; M. BATTAGLINI, *Appunti sulla natura costituzionale del Consiglio superiore della Magistratura e dei suoi atti, con particolare riguardo all’impugnabilità di essi*, in *Arch. giur.*, 1962, p. 85 ss.); su questo secondo profilo v. *amplius infra*, CAPITOLO TERZO.

¹¹¹ V. A. GUSTAPANE, *L’autonomia e l’indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 308.

condo la nota qualificazione data da Cheli ai poteri posti a garanzia del rispetto della Costituzione da parte delle forze di maggioranza¹¹²), si degrada il suo ruolo costituzionale a un'attività di carattere essenzialmente amministrativo, qualificando il Consiglio come un organo a mera rilevanza costituzionale¹¹³, deputato alla gestione di quella particolare categoria di pubblici dipendenti rappresentata dagli appartenenti all'ordine giudiziario¹¹⁴.

A questa impostazione si possono quindi ricondurre le tesi che configurano il C.S.M. come organo «*di garanzia costituzionale (...) operante al fine primario di assicurare l'attuazione dei valori posti, per l'ordine giudiziario, dall'art. 104*»¹¹⁵, come organo di “raccordo” tra i magistrati e lo Stato-amministrazione¹¹⁶, come organo «*amministrativo del potere giudiziario in quanto apparato*»¹¹⁷ o come organo «*di governo amministrativo e disciplinare della magistratura*»¹¹⁸, perché tutte fondate sulla qualificazione del Consiglio come organo di rilievo costituzionale.

Occorre però tentare una rotazione di questi costrutti: la ricostruzione del ruolo costituzionale del C.S.M. (che può metodologicamente prescindere dalla preventiva soluzione del dilemma sulla sua natura di “organo costituzionale” o “a rilevanza costituzionale” perché non dipende consequenzialmente da essa) è in grado di costituire un antecedente logico utile a sciogliere quello stesso dilemma, sebbene ciò presupponga un alleggerimento concettuale dei pregnanti significati che – per ragioni anche storiche

¹¹² E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, cit., p. 111 ss.

¹¹³ Tesi sostenuta, fra l'altro, in P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1962, p. 128 ss.; A.M. SANDULLI, *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1963, p. 3 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Questioni di costituzionalità della legge sul CSM*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1673 ss.; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 559; F. CUOCOLO, *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 678 ss.; F.G. SCOCA, *Atti del CSM e loro sindacato giurisdizionale*, in *Riv. proc. amm.*, 1987, p. 5 ss., dunque – come si vede – in stretta continuità con la questione dei limiti al sindacato esterno sugli atti del C.S.M. (argomento sul quale si rinvia *infra*, Capitolo Quarto).

¹¹⁴ In questo senso G. CUGURRA, *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 309 ss.; A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature non ordinarie nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996.

¹¹⁵ F. BONIFACIO-G. GIACOBBE, *Art. 104 Cost.*, cit., p. 104.

¹¹⁶ M. DEVOTO, *Profili costituzionali del potere giudiziario*, in *Dir. soc.*, 1994, p. 465.

¹¹⁷ G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 490.

¹¹⁸ M. BESSONE, *Il CSM e le garanzie costituzionali di indipendenza del giudice*, in *Giust. civ.*, 1985, p. 156 ss.

e culturali, oltre che giuridiche, come si è visto – le due nozioni continuano a conservare.

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 C.S.M., 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*»¹¹⁹, senza con ciò configurarsi né come vertice organizzativo dell'ordine giudiziario, né come organo di autogoverno¹²⁰, 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*»¹²¹, con la conseguenza che l'autonomia dell'organo di governo tutela «*direttamente l'autonomia dell'ordine governato*»¹²².

Definito questo ruolo, può rappresentare un perfezionamento teorico connettere ad esso la corrispondente ascrivibilità del C.S.M. agli organi costituzionali o quelli di rilevanza costituzionale, ma siccome questo perfezionamento – per definizione – richiede che queste nozioni siano concettualmente nitide (e come tali vengano condivise dalla comunità scientifica), sin tanto che ciò non avvenga è preferibile accantonare il problema, per evitare che l'ambiguità irrisolta delle categorie descrittive si tramuti, contagiandone la chiarezza, nell'ambiguità dell'istituto descritto.

È in questo senso che la definizione della natura di organo costituzionale o di rilievo costituzionale del Consiglio Superiore si esaurisce «*nella scelta del criterio classificatorio in base al quale il CSM potrebbe rientrare o meno nell'una o nell'altra categoria di organi*»¹²³, dovendosi perciò distinguere

¹¹⁹ L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 294.

¹²⁰ 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 C.S.M. e la garanzia dell'autonomia dell'ordine giudiziario v. V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., p. 21 ss.

¹²¹ L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 290.

¹²² *Ibidem*. Cfr. anche A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 298.

¹²³ L. ARCIDIACONO, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 1357.

«la natura di organo supremo dell'ordine autonomo e indipendente della magistratura posseduta dal Consiglio»¹²⁴ dal carattere di organo costituzionale, distinzione molto utile dalla quale Barile traeva i fondamenti per mettere in dubbio la stessa legittimità costituzionale delle disposizioni sull'impugnabilità dei provvedimenti del Consiglio¹²⁵.

L'elemento costitutivo del ruolo costituzionale del C.S.M. diventa quindi, per effetto di questa rotazione, la natura delle sue attribuzioni, che si possono configurare come lo strumento costituzionale 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»¹²⁶.

È dalla natura delle funzioni del C.S.M. 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 guarentigie 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»¹²⁷ 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»¹²⁸ 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

¹²⁴ P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 143.

¹²⁵ Il tema sarà sviluppato ampiamente *infra*, CAPITOLO QUARTO, dedicato specificatamente al problema, e al quale pertanto si rinvia.

¹²⁶ F. BONIFACIO-G. GIACOBBE, *Art. 104 Cost.*, cit., p. 28 ss.

¹²⁷ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 70.

¹²⁸ 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*, Napoli, 2010, p. 185.

anche una componente che si radica nella connessione fra regole della progressione di carriera e garanzie dell'indipendenza¹²⁹.

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»¹³⁰, attribuendo le relative funzioni «alla competenza del CSM»¹³¹, 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)»¹³², deriva il fondamento del ruolo costituzionale del C.S.M., 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 C.S.M., da organo volto alla difesa delle prerogative storiche "di casta", a strumento per l'attuazione dei principi costituzionali¹³³).

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 C.S.M. di una funzione centrale in materia di carriera e promozioni avvenne principalmente attraverso i discussi poteri "paranormativi" del Consiglio¹³⁴, e che questo contribuì ad affievo-

¹²⁹ 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, p. 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., p. 57 ss.

¹³⁰ S. SICARDI, *Formazione, promozioni e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007*, cit., p. 186.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *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, p. 426 ss.

¹³³ Cfr. M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit.

¹³⁴ 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, p. 50 ss. Cfr. anche, al riguardo e più ampiamente, *infra*, CAPITOLO TERZO, paragrafo 3.

lire 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 C.S.M.

7. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e l'attribuzione della sua presidenza al Capo dello Stato.

Il ruolo costituzionale del C.S.M. va anche ricostruito, nel testo della Costituzione italiana, valorizzando il dato dell'attribuzione della sua presidenza al Presidente della Repubblica.

Questa attribuzione (la cui scelta da parte dell'Assemblea Costituente è stata studiata con ampia profusione di argomenti originalisti¹³⁵) comporta infatti l'attrazione dei compiti di presidenza dell'organo consiliare nell'ambito delle funzioni organiche, e quindi delle caratteristiche proprie, del Capo dello Stato¹³⁶, con la conseguenza che anch'essi possono considerarsi parte del

¹³⁵ Le ricostruzioni classiche riconducono la scelta del Capo dello Stato da parte dell'Assemblea Costituente, dopo l'accantonamento della investitura nella carica del Primo presidente della Corte di Cassazione (su proposta dell'on. Nobili Tito Oro: v. *Atti Ass. Cost.*, seduta del 25 novembre 1947, V, p. 2442) e del Ministro della Giustizia (secondo il suggerimento dell'On. Cappi: v. *Atti Ass. Cost., Discussioni*, seduta II sottocommissione, II sez., dell'8 gennaio 1947, p. 81), alle celebri parole di Meuccio Ruini nella seduta del 25 novembre 1947 (*ivi*, p. 2458), in rapporto alla sua funzione «di arbitro, di moderatore, di equilibratore». In argomento, L. CARLASSARE, *La presidenza del C.S.M. secondo i Costituenti*, in *Quest. giust.*, 1986, p. 32 ss.; P. BARILE, *Magistratura e Capo dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, v. I, Padova, 1972, p. 522 ss.; A. PIZZORUSSO, *Poteri del C.S.M. e poteri del Presidente del C.S.M. circa la formazione e la modificazione dell'ordine del giorno delle sedute*, in *Quest. giust.*, 1985, p. 727 ss.; L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, v. XXXV, Milano, 1986, p. 226 ss.; G. AZZARITI, *Presidenza della Repubblica e Presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 308 ss. Di recente, A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, Napoli, 2011.

¹³⁶ Secondo la puntuale dimostrazione di S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 68 ss., svalutata invece da G. FERRARI, voce *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. dir.*, v. VIII, Roma, 1988, p. 18. In argomento, v. G.U. RESCIGNO, *Quattro note sul Presidente della Repubblica nel CSM*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 141 ss., e soprattutto la equilibrata ricostruzione di S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 49 ss., ove si enfatizza in particolare l'esigenza costituzionale di tutela dell'indipendente esercizio della funzione giurisdizionale. Sul tema, v. anche A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, cit., p. 51 ss.

ruolo che il Presidente della Repubblica assume quale garante della Costituzione (nel senso della concezione garantistica di Serio Galeotti¹³⁷).

In questo senso, le tesi che considerano la presidenza del C.S.M. una «specifica modalità di esercizio» della funzione di Presidente della Repubblica¹³⁸, nel presupposto che non esista «una posizione-funzione del Capo dello Stato come presidente del Consiglio superiore autonoma e distinta da quella di Capo dello Stato in via generale»¹³⁹, possono costituire l'antecedente teorico della ricostruzione del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore.

Aderire a questa impostazione non comporta peraltro necessariamente trarre, da essa, le conseguenze che parte della dottrina ne ha ricavato con riguardo, da un lato, al problema dell'imputazione degli atti del C.S.M. al Presidente della Repubblica e, dall'altro, all'esistenza di un potere di controllo del Capo dello Stato sulle decisioni del Consiglio¹⁴⁰.

¹³⁷ V. S. GALEOTTI, *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione: la concezione garantistica del capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Milano, 1992. In argomento, v. anche G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano (Atti del convegno di Messina-Taormina del 25-27 ottobre 1984)*, Milano, 1985. Sulla complementarietà tra la garanzia offerta, rispettivamente, dal Capo dello Stato, "garante preventivo", e dalla Corte costituzionale, "garante successivo", v. A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993, p. 285 ss.; R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, p. 343 ss. Per le ricostruzioni e il dibattito sul punto cfr. G. FERRI, *Il Consiglio superiore della magistratura e il suo Presidente*, Padova, 1995; M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 41; A. PIZZORUSSO, *Poteri del C.S.M. e poteri del Presidente del C.S.M. circa la formazione e la modificazione dell'ordine del giorno delle sedute*, cit.

¹³⁸ Cfr., G. D'ORAZIO, *La "doppia presidenza" e le sue crisi (il Capo dello Stato e il Consiglio superiore della magistratura)*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 260.

¹³⁹ G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario: a) Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, v. XXX, Milano, 1980, p. 852. In senso opposto le tesi secondo cui la presidenza del C.S.M. si esaurisce nell'ambito dei compiti di direzione del collegio affidati dalla disciplina legislativa e regolamentare. In questa prospettiva, trova spazio la ricostruzione che intende la "doppia presidenza" in senso letterale, considerando i due uffici come *distinti* ancorché affidati al medesimo titolare, «il quale – per usare il linguaggio del teatro antico – duas personae sustinet» (G. SILVESTRI, *Relazione al Convegno su "Il ruolo del C.S.M. Esperienze e prospettive"*, cit., p. 3836): in questo senso, dunque, la carica di Presidente della Repubblica è degradata a mero «titolo di legittimazione per presiedere il C.S.M.» (V. CARBONE, *La magistratura – Art. 110 Cost.*, cit., p. 134).

¹⁴⁰ In argomento, v. M. PATRONO, *La formazione dell'ordine del giorno del C.S.M. ed i*

Entrambi i problemi, infatti, non dipendono dal dato dell'attribuzione della presidenza al Capo dello Stato, ma dal rapporto fra C.S.M. e poteri dello Stato che essa presuppone: costituirebbe perciò una degenerazione interpretativa quella che, dall'esigenza di escludere un potere presidenziale di controllo sugli atti del C.S.M., giungesse a svalutare il ruolo del Capo dello Stato a mero titolo di legittimazione della presidenza stessa¹⁴¹.

Si può quindi contestualmente ammettere che la presidenza del Consiglio Superiore sia maturata nel contesto costituente volto a «scongiurare la degenerazione corporativa e l'isolamento del Consiglio»¹⁴², e che il ruolo del Presidente non abbia con ciò assunto una funzione di contrappeso rispetto al Consiglio stesso (leggendo la composizione del C.S.M., e in particolare le funzioni del Vice-Presidente, attraverso un'interpretazione che ne colga la funzione di assicurare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura da ogni altro potere, incluso il Presidente della Repubblica), senza con ciò escludere che l'attribuzione della presidenza al Capo dello Stato denoti il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore, ossia la sua collocazione nell'ambito degli organi destinati a garantire l'attuazione dei principi fondamentali stabiliti dalla Costituzione (come già rilevato, molto linearmente, da Barile¹⁴³).

È dall'esegesi del testo costituzionale (e della connessione che lega l'art. 87, c. 10, all'art. 104, c. 2¹⁴⁴) che può quindi trarsi l'ulteriore fondamento di una configurazione del C.S.M. costitutivamente diversa da quella di un organo collegiale amministrativo, anziché dall'interpretazione delle norme

poteri del Presidente della Repubblica, in *Dir. soc.*, 1991, p. 513 ss.; G. AZZARITI, *Presidenza della Repubblica e Presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, cit.; v. S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del Consiglio superiore della magistratura*, cit.; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., p. 186 ss. Collega in termini espressamente causali la tesi della funzione presidenziale del C.S.M. come funzione organica del Presidente della Repubblica con l'esistenza dei poteri di controllo del Capo dello Stato sul Consiglio Superiore C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 24.

¹⁴¹ Posizione espressa da V. CARBONE, *La magistratura – Art. 110 Cost.*, cit., p. 134.

¹⁴² Cfr. C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 25; P. RIDOLA, *La formazione dell'ordine del giorno fra poteri presidenziali e poteri dell'assemblea*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 69.

¹⁴³ P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, cit., p. 269.

¹⁴⁴ Sulla quale v. G.U. RESCIGNO *Il Presidente della Repubblica – Artt. 83 – 86 I-VIII comma Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1983, p. 276; P. BARILE, *Magistratura e Capo dello Stato*, cit., p. 551 ss.

contenute nella legge n. 195/1958 in materia di scioglimento del Consiglio (prevista dall'art. 31 per il caso di impossibilità di funzionamento, sentito il parere dei Presidenti delle Camere e del Comitato di presidenza), essendo quest'ultima conseguenza della prima (e non viceversa), con l'ulteriore corollario che il dibattito sui limiti che gravano sui poteri del Presidente – ivi compresa quest'ultima prerogativa attribuita dalla legge – deve radicarsi sul significato costituzionale della presidenza del Capo dello Stato, e non soltanto sulle interpretazioni costituzionalmente orientate delle disposizioni legislative che di quei poteri regolamentano le modalità di esercizio.

CAPITOLO TERZO

PROFILI DEL RUOLO COSTITUZIONALE DEL C.S.M.
NELLA INTERPRETAZIONE E ATTUAZIONE
DELLA LEGGE N. 195/1958

SOMMARIO: 1. Dalla legge n. 195/1958 ad oggi: significati di un periodo. – 2. Il ruolo costituzionale del C.S.M. nell'interpretazione e attuazione della legge n. 195/1958: a) il problema dell'attribuzione degli incarichi direttivi. – 3. (*segue*): b) il problema dei poteri normativi del C.S.M. – 4. Caratteri del ruolo del C.S.M. nella giurisprudenza costituzionale.

1. *Dalla legge n. 195/1958 ad oggi: significati di un periodo.*

L'ampio arco temporale che va dall'entrata in vigore della legge 24 marzo 1958, n. 195, sino ad oggi costituisce un riferimento essenziale per ricostruire il ruolo costituzionale del C.S.M.¹

Le ragioni di questa centralità sono almeno tre, e, per quanto il loro concorso presenti nessi profondi, è necessario mantenerle analiticamente distinte.

In primo luogo, nel corso di questo periodo si sono stratificate interpretazioni e trasformazioni della Costituzione che hanno condotto, dalle questioni sulla normatività del testo², al progressivo affermarsi della sua applicazione diretta (e del suo uso giudiziario).

¹ V., in argomento, F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit.; S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 10 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Noviss. Dig. It., Appendice V*, Torino, 1984, p. 530 ss.; F. TERESI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1984; M.R. MORELLI, *Art. 104*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli-L. Paladin, Padova, 1990, p. 649 ss.; S. PANIZZA, *Art. 104*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino, 2006, p. 2007 ss.

² La letteratura sul tema è molto vasta, ed esorbirebbe dai limiti in cui l'argomento è evocato in questo scritto riprodurre anche soltanto una bibliografia ragionata. Per una sua

Questo processo, alimentato dall'evoluzione che hanno conosciuto le concezioni della Costituzione, le teorie dell'interpretazione (sia della sua categoria generale, ossia dell'interpretazione degli atti normativi, sia dell'interpretazione costituzionale), nonché i dibattiti sull'effettività stessa della Costituzione (intesa come il problema del fondamento della validità delle costituzioni in termini politici complessivi³), 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 maturato, e senza la quali la sua fisionomia apparirebbe, oggi, certamente diversa⁴.

Secondariamente, a partire dalla fine degli anni '60 si sono affermate – innanzitutto all'interno dello stesso ordine giudiziario – visioni del ruolo del C.S.M. sempre più affrancate dai connotati specifici del contesto in cui la legge n. 195/1958 fu approvata.

La progressiva emancipazione dalle condizioni materiali, e dalle concezioni culturali, sottese all'approvazione della legge ha creato i presupposti

ricostruzione dalla prospettiva della giuspubblicistica rappresentazione v. M. FIORAVANTI, *L'attuazione della Costituzione e il ruolo della cultura giuspubblicistica*, 2007, p. 69 ss., nonché ID., *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004, p. 11 ss. Sulla dottrina costituzionale del tempo v. F. LANCHESTER, *La dottrina costituzionale italiana tra il 1948 ed il 1954*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1999, t. II, p. 750 ss. Sulle incertezze dei costituenti nella qualificazione delle norme di principio, v. S. MERLINI, *Piero Calamandrei e la ricostruzione della democrazia in Italia*, in ID. (a cura di), *Piero Calamandrei rettore dell'Università di Firenze. La democrazia, la cultura, il diritto*, Milano, 2005, p. 43 ss.

³ M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di "costituzionalismo.it")*, in www.costituzionalismo.it/articoli/art20050118-1.asp. Per il contesto teorico di queste considerazioni v. D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, tr. it. Bologna, 1994, pp. 24, 40, 46; J.G. MARCH-J.P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni*, tr. it. Bologna, 1992, pp. 48, 70; M. DOUGLAS, *Come pensano le istituzioni*, tr. it. Bologna, 1990, pp. 35-36, 72, 81-90; R. SUGDEN, *Spontaneous Order*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, p. 85 ss.; F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, tr. it. Milano, 1986, pp. 14, 53, 56, 61-62, 114-115, 538.

⁴ Per i mutamenti nel corpo della magistratura si veda S. SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, in G. DE ROSA-G. MONINA (a cura di), *Sistema politico e istituzioni*, Soveria Mannelli, 2003, p. 403 ss. Cfr. anche A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2004, pp. 1325, in cui sono comparsi molti studi sulla giuspubblicistica italiana della seconda metà del secolo scorso (fra cui v. in particolare, sul punto discusso nel testo, P. RIDOLA, *Gli studi di diritto costituzionale*, *ivi*, p. 1253 ss.). Sulla cornice politica, culturale, storica e sociale del tempo v. D. PIANA-A. VAUCHEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit.

per lo sviluppo verso un nuovo modello di C.S.M.⁵, un modello che – in realtà – ha registrato la percezione del ruolo costituzionale del Consiglio molto più nel dibattito dottrinale (e nella giurisprudenza costituzionale) che nel diritto legislativo⁶.

Tuttavia – e questo costituisce il terzo punto – le questioni interpretative e applicative della legge n. 195/1958 hanno continuato ad essere discusse entro un orizzonte teorico che è rimasto fortemente debitore del clima in cui la legge stessa fu approvata, clima che ne ha dunque condizionato in profondità tutte le letture successive, rendendo spesso difficoltoso l'affermarsi di sue interpretazioni costituzionalmente orientate.

Di questi profili, quelli che presentano le connessioni più nette e problematiche sono il secondo e il terzo, perché la scissione fra la percezione del C.S.M. come organo strumentale all'attuazione delle garanzie costituzionali della magistratura – da una parte – e la riproduzione di questioni e argomenti dogmatici modellati sulla sua configurazione di organo amministrativo e verticistico che dominò l'epoca del dibattito sulla legge istitutiva – dall'altra – costituisce uno dei fattori che maggiormente ha inciso sulle ricostruzioni del ruolo costituzionale del Consiglio.

L'innestarsi dell'approvazione della legge n. 195/1958 nel “disgelo costituzionale”⁷, e il fatto (apparentemente controintuitivo) che da questo innesto conseguì inizialmente una più intensa espansione dell'influenza gerarchica esercitata dall'alta magistratura, anziché una precoce valorizzazione del ruolo costituzionale del C.S.M., dimostrano peraltro che il rapporto fra le vicende dell'ordine giudiziario e le interpretazioni e trasformazioni della Costituzione rappresentano un fattore che non si presta a letture lineari.

L'accrescersi della posizione della Corte di Cassazione nell'ordinamento giuridico e il parallelo aumento della sua preminenza all'interno dell'ordinamento giudiziario⁸ (fenomeni che si esplicarono nella particolare in-

⁵ Sui diversi approcci ricostruttivi del ruolo del C.S.M. v. S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, cit.; M. PATRONO, *Scenari per una riforma del Consiglio superiore della magistratura*, cit.; A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del CSM*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 471 ss. Sui lavori preparatori della legge n. 195/1958 e sul dibattito antecedente v. F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit.

⁶ V., sul punto, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, cit., p. 205 ss.

⁷ Secondo la felice espressione utilizzata da A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. 2, t. 2, Torino, 1995, p. 115 ss.

⁸ V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia – Annali 14. Legge diritto giustizia*, cit., p. 713 ss.

fluenza esercitata dall'alta magistratura, almeno fino alla fine degli anni '60, sullo svolgimento della carriera giudiziaria) si collocano proprio nel momento in cui le forze politiche di minoranza tendono a leggere nella Costituzione la «*prefigurazione giuridicamente garantita di un assetto razionale dei rapporti sociali e istituzionali*»⁹.

Questa distonia trova fondamento nel costitutivo rallentamento che l'attuazione delle prerogative della magistratura sconta in un contesto integralmente permeato dall'influenza del principio gerarchico, che rappresenta, almeno per tutto il primo decennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione, il versante conservatore dell'indipendenza esterna della magistratura¹⁰.

L'influsso del principio gerarchico sul reclutamento e sulla formazione dei magistrati (reso possibile anche dal fatto che, in assenza del C.S.M., l'accesso alle funzioni giurisdizionali, esattamente come la partecipazione alle commissioni ministeriali incaricate di redigere le proposte di riforma, restano soggette alle decisioni discrezionali del Ministero e del suo gabinetto, e l'attribuzione degli incarichi direttivi è rimessa alla competenza del Consiglio dei Ministri) determina una naturale insensibilità alla declinazione, sul profilo dei rapporti interni, dei principi costituzionali di autonomia e indipendenza, la cui attuazione rimane circoscritta allo «*stabilire una serie di collegamenti con gli altri poteri, in modo da realizzare un armonico coordinamento tra tutti*»¹¹.

Questo approccio duplicemente riduzionista (delle guarentigie costituzionali della magistratura al versante dell'indipendenza esterna, e di questo versante al tema dei rapporti fra il Consiglio e gli altri poteri dello Stato¹²) s'intreccia con le ulteriori due questioni della complessiva riscrittura della legge sull'ordinamento giudiziario e del trattamento economico dei magistrati¹³, inducendo il procedimento di approvazione della legge istitutiva

⁹ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 12.

¹⁰ Cfr. E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Bari, 1967, p. 94.

¹¹ M. JANIRI, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Noviss. Dig. It.*, v. IX, Torino, 1957, p. 216.

¹² Cfr. A. TORRENTE, *Il Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1953, p. 3 ss., secondo cui «*indipendenza, autonomia, autogoverno non possono significare né separazione dagli altri poteri, né soprattutto svincolo da controlli e sindacati, indispensabili nella complessità dell'organizzazione dello Stato e collaudati da un'esperienza secolare*».

¹³ In argomento, v. F. SCALAMBRINO, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, in *Quest. giust.*, 1984, pp. 219-220; G. FIORUCCI, *Cronache della magistratura (1948-1958)*, in *Studi Parl. Pol. Ist.*, 1972, p. 45 ss.

del C.S.M. a disporsi lungo due assi: quello della configurazione amministrativa del Consiglio, come organo di vertice rappresentativo dell'ordine giudiziario, e quello della sua (presunta) valorizzazione costituzionale, come potere dello Stato in relazione paritetica con gli altri organi.

Le condizioni concitate della votazione finale, avvenuta «*nell'imminenza della battaglia elettorale del 25 maggio 1958, in un'atmosfera fumosa e poco serena, costellata di polemiche costituzionali (la maggior parte delle quali centrate sul previsto scioglimento e sulla riforma del Senato, della quale la lotta elettorale si disinteressò poi completamente)*»¹⁴, portarono a cristallizzare la legge istitutiva in una concezione dell'ordinamento giudiziario intrinsecamente debitrice del clima conservatore che legava i vertici della magistratura e la classe politica dominante¹⁵, una concezione che rimaneva avulsa dal processo di rinnovamento che stava invece maturando all'interno dello stesso ordine giudiziario (e al quale diede deciso impulso, come si vedrà, la giurisprudenza della Corte costituzionale).

Nello svolgimento delle proprie funzioni, il C.S.M. restò legato a questa impostazione gerarchica e verticistica soltanto per il suo primo periodo, che durò sino alla seconda metà degli anni '60, allorché il permanere del predominio dell'alta magistratura, e una serie di elementi fattuali e simbolici (come lo svolgimento dei suoi lavori, sino al 1962, nelle «*poche stanzucce al pianterreno del Ministero della Giustizia*»¹⁶ o l'assenza, sino al 1967, di un autonomo capitolo nel bilancio dello Stato¹⁷), contribuirono a collocar-

¹⁴ R. NIVA, *La storia e la laboriosa nascita del Csm*, in *Riv. Montecit.*, 1959, p. 6.

¹⁵ Cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla Liberazione agli anni '50. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, Torino, 1997, v. 3, t. 2, p. 84 ss., secondo cui in questo periodo si ebbe «*un vero e proprio blocco di potere tra i vertici della magistratura e il ceto politico dominante: i primi vedono confermata, e anzi legittimata attraverso l'organo di autogoverno, la tradizionale supremazia sui magistrati dipendenti; il secondo non vede scalfita la continuità dei poteri di controllo all'interno della magistratura*» (p. 126). Cfr. anche, sul tema, G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*, in M. SCIACCA (a cura di), *Magistratura giovane. Autogoverno, status e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Rimini, 2003, che sottolinea l'eredità dell'autoritarismo della tradizione napoleonica transitata nell'ordinamento piemontese e, di qui, nel Regno d'Italia.

¹⁶ V. CHIEPPA, *Il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, in *La magistratura*, 1960, p. 1.

¹⁷ Cfr. D. PIANA-A. VAUCHEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 57, con le citazioni bibliografiche *ivi* riportate; v. anche F. MORONI, *Soltanto alla legge: l'indipendenza della magistratura dal 1945 a oggi*, Monte Porzio Catone, 2005.

ne l'attività in una linea di forte continuità rispetto alla previgente organizzazione dei rapporti fra giustizia e politica.

Più forte e duraturo fu invece il legame con quel clima che venne ereditato, quasi come un sigillo metodologico, da tutti i dibattiti successivi sull'interpretazione e attuazione della legge istitutiva.

Se, dunque, il legame con le vicende istitutive del C.S.M. 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 vicende.

La traccia più significativa ed emblematica di questo sigillo si ritrova proprio nella complessa vicenda dei limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M., nonché, a monte, nelle ricostruzioni del significato che ha rivestito, e tuttora riveste, la forma giuridica assunta da tali atti.

Il problema (come si vedrà¹⁸) è infatti stato tradizionalmente affrontato prescindendo dalla ricostruzione del ruolo costituzionale del C.S.M., e quindi trascurando interpretazioni costituzionalmente orientate delle norme della legge n. 195/1958.

E il fatto che queste interpretazioni siano state ostacolate anche dal presupposto che il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore implicasse necessariamente il riconoscimento della sua funzione rappresentativa e di governo dimostra esattamente come le discussioni intorno alla portata normativa della legge istitutiva siano rimaste costantemente assorbite nella tensione fra i poli del dibattito originario (il C.S.M. come organo di vertice o come organo rappresentativo e di governo).

Il periodo compreso fra l'entrata in vigore della legge n. 195/1958 e il tempo attuale mostra dunque come, nella trattazione delle questioni applicative della legge, siano spesso mancate le condizioni per l'affermarsi di una concezione costituzionale del C.S.M., intesa come una concezione volta a riconoscere nel Consiglio un organo non rappresentativo, non verticistico e non dotato di funzioni di governo *proprio perché* strumentale all'attuazione dei principi costituzionali.

¹⁸ V. *infra*, CAPITOLO QUARTO.

E infatti, ripercorrendo questo tratto di tempo, vengono in evidenza le principali questioni intorno alle quali il dibattito è rimasto ancorato all'impostazione originaria del problema.

Innanzitutto, la questione della natura del C.S.M. come organo amministrativo, fondata sulla svalutazione del suo ruolo costituzionale (e in larga parte utilizzata come presupposto per l'ampliamento del sindacato giurisdizionale dei suoi atti), è rimasta permanentemente attratta nel tema della forma degli atti prevista dalla legge n. 195/1958 e si è quindi avviluppata nelle pieghe del dibattito conseguente.

Ma anche i problemi dell'attribuzione degli incarichi direttivi e dell'esercizio dei poteri (para)normativi sono sostanzialmente rimasti, per molto tempo, legati alla soluzione del dilemma sulla funzione amministrativo-giurisdizionale o rappresentativa e di governo del C.S.M., spesso trascurandone il ruolo costituzionale (come in una profezia che si autoadempie).

2. *Il ruolo costituzionale del C.S.M. nell'interpretazione e attuazione della legge n. 195/1958: a) il problema dell'attribuzione degli incarichi direttivi.*

L'esercizio dei poteri attribuiti al C.S.M. dalla legge n. 195/1958 in materia di conferimento degli incarichi direttivi ha innanzitutto alimentato il vasto dibattito (ulteriormente accentuatosi dopo le riforme della fine degli anni duemila¹⁹) sull'estensione, e sui limiti, del sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio.

I provvedimenti che attribuiscono questi incarichi, infatti, rappresentano un esempio particolarmente significativo dell'intreccio fra la discrezionalità dell'organo, il ruolo costituzionale di cui essa costituisce espressione, l'interpretazione svalutativa che la degrada a discrezionalità amministrativa comune e il conseguente problema di determinare i confini del sindacato esterno svolto su di essa dal giudice amministrativo.

In questi termini, il problema va concettualmente ricondotto alla più

¹⁹ V., sul punto, A. IACOBONI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario. L'accesso alla magistratura*, in *Foro it.*, 2008, c. 92; L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 651; S. SICARDI, *Formazione, promozione e controlli dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario del 2005/2007*, cit.; R. FUZIO, *La riforma dell'ordinamento giudiziario. Gli incarichi direttivi*, in *Foro it.*, 2008, c. 100.

ampia questione dei limiti che gravano sul sindacato giurisdizionale in conseguenza del ruolo costituzionale proprio del C.S.M.²⁰ (questione nella quale si collocano anche i temi relativi alla forma degli atti del C.S.M. e alla stratificazione delle interpretazioni ancorate al contesto proprio dell'approvazione della legge istitutiva, come si è visto nel paragrafo precedente).

L'argomento presenta tuttavia anche un altro versante, costituito dall'accumularsi delle interpretazioni e applicazioni della legge n. 195/1958 che sono state sviluppate relativamente alle disposizioni della legge che disciplinano la materia.

L'analisi di questo versante consente di comprendere in che senso queste interpretazioni e applicazioni siano rimaste ancorate al dibattito sul ruolo del C.S.M. risalente al periodo in cui fu approvata la legge istitutiva, anziché assumere come presupposto il suo ruolo costituzionale (e perché, di conseguenza, questo stesso ruolo sia rimasto in ombra).

La previsione contenuta nell'art. 11, c. 3, legge n. 195/1958, secondo cui sul conferimento degli uffici direttivi il Consiglio delibera su proposta, formulata di concerto con il Ministro della Giustizia, di una commissione formata da sei dei suoi componenti (quattro togati e due laici), deve infatti la propria origine all'esigenza – tipica del contesto in cui fu discussa la legge e dell'obiettivo di non distanziare l'attività del C.S.M. dall'indirizzo ministeriale – di valorizzare il ruolo del Guardasigilli sino al punto di attribuire ad esso il potere di formare la decisione sul conferimento degli incarichi direttivi congiuntamente con il Consiglio Superiore.

Questa esigenza costituì del resto, all'epoca dell'approvazione della legge istitutiva, un temperamento (apertamente presentato come tale dal Guardasigilli Gonella nell'ambito dei lavori della Commissione Tosato²¹) rispetto all'originaria proposta di attribuire al Guardasigilli il potere di proporre il conferimento degli uffici direttivi con efficacia vincolante nei confronti della deliberazione del C.S.M., che si sarebbe quindi configurata come semplice provvedimento amministrativo attuativo²².

È tuttavia indubbio che, nella prospettiva della legge n. 195/1958, l'attribuzione al Ministro della Giustizia del potere di concerto sul conferimento degli incarichi direttivi rispondeva all'esigenza di valorizzarne il

²⁰ L'intero problema è discusso *infra*, CAPITOLO QUARTO.

²¹ Cfr. G. GONELLA, *Intervento*, in A.S. 1958, p. 27177; v. anche F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 280-281.

²² Cfr. il DDL 8 novembre 1954, n. 794, recante «*Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*».

ruolo nel sistema di governo della magistratura, escludendo l'autonomia del Consiglio Superiore nell'esercizio di compiti che venivano ricondotti alla "organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia" di cui all'art. 110 Cost.

Questo aggancio formale (ossia: la condivisione delle decisioni sul conferimento degli incarichi direttivi come conseguenza necessaria delle funzioni attribuite al Guardasigilli dalla Costituzione²³) si fondava sul rovesciamento, anzitutto testuale, della previsione costituzionale: l'art. 110 Cost. assegna, infatti, al Ministro della Giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi giudiziari «ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura».

Ciò significa (al di là delle questioni sulla natura residuale o principale delle competenze ministeriali²⁴) che il dettato costituzionale non può essere utilizzato per comprimere le prerogative del C.S.M. a favore di quelle del Guardasigilli, poiché – al contrario – sono queste ultime a dover essere esercitate senza incidere sulle funzioni che al Consiglio spettano in ragione del suo ruolo costituzionale²⁵.

Il procedimento per circoscrivere l'ampiezza delle funzioni ministeriali avrebbe quindi dovuto essere l'inverso: ricostruire prima le prerogative del Consiglio Superiore e disciplinare poi le competenze ministeriali, in modo che l'esercizio di queste ultime non incidesse sulle prime (ossia non costituisse una violazione dell'art. 110 Cost. nella parte in cui attribuisce al Guardasigilli compiti che non possono incidere sulle competenze del C.S.M.).

Se questo originariamente non accadde, fu in ragione del contesto culturale e intellettuale in cui germinò la legge istitutiva, contesto che soltanto la giurisprudenza costituzionale successiva (come subito si vedrà) cercò di reinterpretare come orientato a garantire un sistema fondato sul collegamento stabile fra il C.S.M. e gli altri poteri dello Stato²⁶, ma che, storicamente, era caratterizzato dall'esplicito intento di affermare la posizione del

²³ F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 280-281.

²⁴ Sulle ricostruzioni volte a configurare come residuali le attribuzioni del C.S.M. piuttosto che quelle del Guardasigilli cfr. G. VERDE, *L'Amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, 1990, p. 197 ss.; R. ROMBOLI-S. PANIZZA, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. X, Torino, 1995, *maxime* p. 383.

²⁵ Cfr., in questi termini, già L. CARLASSARE, *La giustizia e il «suo» Ministro*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3319 ss.

²⁶ A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 348.

Ministro nel governo della magistratura come limite al ruolo costituzionale del Consiglio Superiore.

La distorsione iniziale (dell'utilizzo dell'art. 110 Cost. come norma che limita il ruolo costituzionale del C.S.M., anziché come garanzia di quello stesso ruolo) è stata alimentata negli anni successivi dalla giurisprudenza costituzionale che ha affrontato il problema della legittimità dell'art. 11, c. 3, legge n. 195/1958 riconducendolo al conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato.

È vero che a questa evoluzione contribuì anche l'affermarsi della regola²⁷ (codificata nell'originaria versione dell'art. 22 del Regolamento interno del C.S.M.) in forza della quale la procedura per il conferimento degli incarichi direttivi assunse una struttura bipartita²⁸: una prima fase, in cui la Commissione competente sottoponeva al Consiglio l'elenco degli aspiranti all'ufficio direttivo, al fine di ottenere dal *plenum* un parere favorevole; e una seconda fase volta all'ottenimento del concerto ministeriale

Questa modalità di esercizio del concerto ministeriale si prestò (più simbolicamente che nella sostanza) ad attenuare le numerose censure d'incostituzionalità formulate dalla dottrina a proposito dell'art. 11, c. 3²⁹, essenzialmente perché anteporre le deliberazioni del Consiglio a quella del Guardasigilli riecheggiava la dialettica testuale dell'art. 110 Cost., consentendo una lettura (che appariva come) costituzionalmente orientata della legge istitutiva.

Il modello poté dunque funzionare essenzialmente grazie alla convenzione interpretativa che leggeva in questa scansione della procedura la non incidenza del concerto ministeriale sulla deliberazione del Consiglio (lettura che era in realtà molto evanescente, perché prevedere il concerto ministeriale dopo la deliberazione del *plenum* del C.S.M. equivaleva a trasformarlo in un potere di veto *ex post*, che avrebbe potuto costituire un limite

²⁷ V., sul punto, G. VERDE, *L'Amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, cit., p. 64 ss.

²⁸ C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 36.

²⁹ Cfr., in particolare, S. PAPA, *La legge sul Consiglio superiore della magistratura. Prime impressioni*, in *Foro it.*, 1959, c. 286 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Questioni di costituzionalità della legge sul CSM*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1672 ss.; G. ABBAMONTE, *Questioni di legittimità della legge istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giust. civ.*, 1964, p. 40 ss.; E. GALLO, *Il Consiglio superiore della magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 13 ss.

alle prerogative del Consiglio ancora più incisivo di quanto previsto dallo stesso art. 11).

Ma la rottura di questa convenzione, culminata nelle contestazioni verificatesi all'inizio degli anni '90 fra il Guardasigilli e il C.S.M. in relazione alla procedura per l'assegnazione dell'incarico di Presidente della Corte d'appello di Palermo³⁰, riportò il problema all'origine, e alla necessità di delimitare le funzioni ministeriali conformemente al modello prescritto dall'art. 110 Cost.

Si è assistito così a una doppia regressione: da un lato, poiché il Consiglio Superiore modificò l'art. 22 del proprio Regolamento anticipando il concerto ministeriale alla fase della formazione della proposta da parte della Commissione, divenne impossibile continuare a interpretare il potere ministeriale come "esterno" rispetto alle competenze del C.S.M. (e quindi di ritenere queste ultime immuni dall'incidenza del primo), data la sua inserzione nel cuore del procedimento decisionale del Consiglio; dall'altro, in conseguenza dell'efficacia *pro futuro* della novella regolamentare (e dunque della sua inidoneità a consentire la risoluzione della contesa sorta in occasione della vicenda palermitana), il problema costituzionale relativo all'incidenza del concerto ministeriale sulle prerogative del C.S.M. venne assorbito nel conflitto di attribuzioni fra i due poteri.

Quest'ultima appare una regressione sotto il profilo concettuale: dall'originaria torsione cui si deve la previsione del concerto e la sua concezione come limite all'esercizio del ruolo costituzionale del C.S.M. (torsione fondata, come si è visto, su di una lettura rovesciata dell'art. 110 Cost.), e dopo la convenzione interpretativa che aveva evitato di enfatizzare questa contrapposizione (e di farla degenerare in illegittimità costituzionale), allorché si è dovuta esaminare l'incidenza del concerto sulle funzioni del Consiglio si è tornati a recuperarne il suo presunto fondamento costituzionale, assorbendo la questione della legittimità costituzionale di un potere amministrativo in quella del corretto esercizio delle attribuzioni costituzionali.

La questione del conferimento degli incarichi direttivi è stata quindi risolta, su netto impulso della giurisprudenza costituzionale, secondo la stessa impostazione concettuale che fu originariamente alla base della legge istitutiva, ossia quella di configurare la funzione del Guardasigilli come contrappeso al ruolo costituzionale del C.S.M.

³⁰ Cfr. E. ROSSI, *Brevi considerazioni in ordine al profilo soggettivo del conflitto di attribuzioni sorto tra C.S.M. e Ministro di Grazia e giustizia per la nomina del Presidente della Corte d'Appello di Palermo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon-B. Caravita-M. Luciani-M. Volpi, Torino, 1993, p. 218 ss.

Il concerto ministeriale previsto dall'art. 11, c. 3, legge n. 195/1958 avrebbe infatti potuto configurarsi come un potere amministrativo assegnato dalla legge al Ministro in attuazione delle attribuzioni ad esso conferite dall'art. 110 Cost., ma – proprio in quanto fondato su questa norma costituzionale – destinato ad essere esercitato “ferme restando” le prerogative del Consiglio Superiore.

Il fatto che, invece, il potere di concerto sia stato attratto nelle funzioni costituzionali del Guardasigilli, e che questa attrazione sia stata esplicitata nell'ambito di un giudizio sul conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato (giudizio sorto, inoltre, dopo che nella giurisprudenza costituzionale era maturato il riconoscimento delle funzioni costituzionali del Ministro in materia di *status* dei magistrati³¹), non ha contribuito a distinguere, da un lato, il ruolo costituzionale del C.S.M. dalle attribuzioni costituzionali del Guardasigilli e, dall'altro, le funzioni costituzionali del Consiglio dalle funzioni amministrative perseguite dal Ministro.

A partire dalla decisione resa dalla Corte costituzionale sul ricordato conflitto sorto agli inizi degli anni '90³² il concerto ministeriale viene infatti

³¹ Cfr. Corte cost., sent. 23 dicembre 1963, n. 168, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1644 ss., secondo cui i “servizi” menzionati dall'art. 110 Cost., ancorché “residuali” rispetto alle competenze riservate al C.S.M., non sono da intendersi «*in senso minimale*», includendo «*sia l'organizzazione degli uffici nella loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, sia il funzionamento dei medesimi in relazione all'attività e al comportamento dei magistrati che vi sono addetti*».

³² Corte cost., 27 luglio 1992, n. 379, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2996 ss.; della vasta letteratura formatasi sulla sentenza, v. in particolare (per i profili concernenti le questioni trattate nel testo) L. CARLASSARE, *La giustizia e il “suo” Ministro*, cit.; A. CERRI, *Brevi note sul conflitto tra C.S.M. e Ministro di Grazia e giustizia*, *ivi*, p. 3226 ss.; A. CARIOLA, *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli: questione giurisdizionale ma non spolitizzata*, *ivi*, p. 3044 ss.; M. DEVOTO, *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della Giustizia, nuovi organi potere*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2962 ss.; P. VERONESI, *Se il “concerto” è “stonato” provvede la Corte*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 290 ss.; M.C. GRISOLIA, *Consiglio superiore della magistratura e Ministro di grazia e giustizia: il punto sulla questione*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 3174 ss.; G. VERDE, *Il conferimento degli uffici direttivi fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, t. II, Milano, 1994, p. 195 ss.; A. D'ALOIA, *Rapporti tra C.S.M. e Ministro di Grazia e Giustizia: il “concerto” per gli incarichi direttivi e la norma per le deliberazioni consiliari*, in *Leg. giust.*, 1994, p. 416 ss.; G. GIACOBBE-M. NARDOZZA, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, 1996, p. 163 ss. In senso favorevole alla soluzione adottata dalla Corte, S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, Torino, 1993, p. 161 ss.; nel senso della sua ineluttabilità, R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, p. 123 ss.

enfattizzato come espressione del principio costituzionale di leale collaborazione fra poteri dello Stato, e dunque come strumento volto a garantire la coesistenza delle attribuzioni costituzionali riconosciute, rispettivamente, al Guardasigilli e al Consiglio.

Attribuendo al potere di concerto la funzione di coordinare «una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti»³³, la giurisprudenza della Corte conduce a valorizzare il principio di leale collaborazione sino al punto di farne discendere non solo un criterio per il corretto esercizio delle prerogative costituzionali (presupposto per l'osservanza del principio della divisione dei poteri³⁴), ma anche lo strumento per elevare a rango costituzionale una funzione amministrativa, generando così una conseguenza inattesa: la degradazione (quanto meno sotto il profilo culturale) del ruolo costituzionale del C.S.M. in una posizione equiparabile al ruolo amministrativo del Guardasigilli.

Scomponendone le fasi, il processo che ha condotto a questa conseguenza si può descrivere secondo questo andamento: (a) al ruolo costituzionale del C.S.M. viene equiparato quello del Guardasigilli (sulla base della distorta lettura – di cui s'è detto – dell'art. 110 Cost.), alle cui attribuzioni costituzionali sono ricondotte (b) le funzioni amministrative assegnate al Ministro dalla legge n. 195/1958; la valutazione sulla legittimità dell'attribuzione di queste funzioni (c) è attratta nel giudizio sul conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato, il quale è risolto (d) mediante ricorso al principio di leale collaborazione, il che conduce a ritenere (e) che il ruolo costituzionale del C.S.M. debba essere esercitato in modo da garantire anche al Guardasigilli di svolgere le proprie funzioni in materia di organizzazione dei servizi della giustizia.

Il problema di questa impostazione (che denota la sua discendenza dal contesto culturale proprio dell'approvazione della legge istitutiva) è quindi riassumibile nel persistente riconoscimento delle attribuzioni costituzionali del Ministro come limite all'esercizio del ruolo costituzionale del C.S.M., con l'effetto di equiparare i due ruoli, stemperandoli nella comune osservanza dei canoni procedurali che discendono dal principio di leale collaborazione.

In questo senso, l'impostazione adottata dalla giurisprudenza costitu-

³³ Corte cost., sent. n. 379/1992, cit.

³⁴ Cfr. R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra i poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 6.

zionale è problematica non solo nella parte in cui formula il discusso paralogismo che radica in una norma di legge un precetto costituzionale «*vestito da principio di leale collaborazione*»³⁵, ma soprattutto in quanto non si limita a stabilire che tale principio impone al C.S.M., come al Ministro, di esercitare i propri poteri secondo una cooperazione rivolta «*al superiore interesse pubblico di operare – a seguito di un esame effettivo ed obiettivo, dialetticamente svolto, di tutti gli elementi ai fini della copertura di quel determinato incarico direttivo*»³⁶, spingendosi a fondare questa regola sul riconoscimento della natura costituzionale del potere ministeriale, assimilandolo alle prerogative del C.S.M. e così affievolendo la distinzione fra il ruolo costituzionale del Consiglio e i compiti del Guardasigilli rispetto all'esercizio delle funzioni in materia di autonomia e indipendenza della magistratura³⁷.

Sotto questo profilo, la degradazione del ruolo costituzionale del C.S.M. che discende dall'impostazione della Corte non è del tutto superata dal successivo orientamento manifestato con la sent. n. 380/2003, per quanto nel suo sviluppo argomentativo possa rilevarsi il tentativo di «*superare la suggestione della pariordinazione*» fra Consiglio e Ministro³⁸.

Le decisione resa dalla Corte nella fattispecie³⁹ attribuisce, infatti, al Consiglio il potere adottare la deliberazione, ma solo in conseguenza della «*stasi indefinita*» provocata dal persistente rifiuto del concerto da parte del Ministro.

La soluzione costituisce, perciò, ulteriore espressione del principio di leale collaborazione (la cui prescrittività non può spingersi a precludere

³⁵ F. SORRENTINO, *Un conflitto deciso ma non risolto*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3345 ss.

³⁶ Corte cost., sent. n. 379/1992, cit.

³⁷ Descrive questa conseguenza in termini di «*astratta posizione di pariordinazione fra Ministro e CSM*» C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 39. Per le critiche a questo effetto dell'impostazione adottata dalla Corte v. in particolare S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia: bilanciamenti legislativi e bilanciamenti giudiziali*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3905 ss., che, riprendendo la critica di Sorrentino, sottolinea come la Corte continui a sfuggire all'individuazione del fondamento della competenza mediante la conversione di una norma strumentale sulla competenza in un enunciato a contenuto assiologico, per poi poter procedere al bilanciamento.

³⁸ C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 40.

³⁹ Corte cost., sent. 30 dicembre 2003, n. 380, in *Giur. cost.*, in *Foro amm.*, 2003, pp. 3570 ss.

l'esercizio di una funzione in caso di mancata cooperazione da parte di uno dei poteri), limitandosi a emancipare il Consiglio dall'onere di sollevare conflitto di attribuzione per menomazione e consentendogli, invece, di procedere all'adozione del provvedimento finale.

È dunque vero, da una parte, che nella sua giurisprudenza più recente «la Corte ha inteso ridimensionare il ruolo del Ministro della Giustizia, sottolineando che l'obbligo di leale collaborazione grava su entrambi i litiganti ma non implica equiordinazione tra gli stessi»⁴⁰; tuttavia, il fatto che il diritto "all'ultima parola" venga riconosciuto al C.S.M. in conseguenza del mancato rispetto del principio di leale collaborazione da parte del Ministro non incide ancora sull'affermazione della funzione costituzionale del Guardasigilli come limite al ruolo costituzionale del Consiglio.

Questa posizione della giurisprudenza costituzionale implica, in realtà, soltanto la delimitazione delle attribuzioni costituzionali del Guardasigilli nell'ambito di una (sfuggente) valutazione di ragionevolezza del comportamento assunto dai poteri dello Stato nel caso concreto⁴¹, ma non sancisce la soggezione delle funzioni ministeriali alle prerogative che, in materia di autonomia e indipendenza della magistratura, sono attribuite dalla Costituzione al C.S.M.⁴².

3. (segue): *b) il problema dei poteri normativi del C.S.M.*

Il complesso dibattito sui poteri normativi del C.S.M. (che ha enfatizzato, volta a volta, il problema dell'attività normativa "di fatto", le difficoltà di rinvenire il fondamento della potestà normativa, le questioni sulla tipizzazione degli atti normativi, o "paranormativi", e sulla loro classificazione

⁴⁰ *Ivi*, p. 41.

⁴¹ V., sul punto, le osservazioni critiche di B. PEZZINI, *Leale cooperazione tra Ministro della Giustizia e C.S.M. alla prova: chi controlla il concerto?*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3911 ss.

⁴² Ne trae il conseguente rafforzamento del ruolo del Ministro F. SORRENTINO, *Incertezze e contraddizioni del principio di leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3909 ss., ricavandone poi l'ulteriore implicazione che il concerto, comunque debba essere inteso, rappresentando ingerenza del Ministro nelle attribuzioni del C.S.M. e determinando una possibile soggezione del magistrato all'esecutivo, si pone in contrasto con gli artt. 105 e 110 Cost.: ID., *Consiglio superiore della magistratura e ministro della giustizia: un rapporto difficile*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 663 ss.

nel sistema delle fonti) si è fondato su interpretazioni della legge n. 195/1958, e in certi casi della stessa Costituzione, che in larga parte prescindono dal (o comunque non valorizzano il) ruolo costituzionale del Consiglio Superiore.

In particolare, i presupposti di questo dibattito hanno continuato a oscillare fra due poli: la configurazione del C.S.M. come organo costituzionale, da una parte, e un'impostazione della questione riguardante i fondamenti del potere normativo propria degli studi sugli organi amministrativi, dall'altra parte.

Questa oscillazione è conseguita anche al sovrapporsi di due questioni che vanno invece tenute distinte: il problema del fondamento della potestà normativa del C.S.M. è infatti da separare concettualmente rispetto a quello della tipizzazione degli atti che promanano dal suo esercizio.

La questione del fondamento dei poteri normativi del Consiglio attiene al principio di legalità, nella sua versione c.d. "formale", che impone l'esigenza di una base legale per l'adozione degli atti dei pubblici poteri⁴³.

Questo tuttavia non comporta la riduzione del problema a quello della previa legge come fondamento degli atti amministrativi (per il solo fatto che, storicamente, le teorizzazioni del principio di legalità in senso formale si sono affinate principalmente con riguardo a questo corno del dilemma⁴⁴), e dunque non significa che l'esigenza di una base legale per l'esercizio dei poteri normativi da parte di un certo organo ne determini la sua assimilazione a un organo amministrativo.

Sotto questo profilo, il tema del fondamento giuridico dei poteri normativi dovrebbe ritenersi espressione del principio di costituzionalità, inteso come principio che esige la predeterminazione da parte del diritto scritto delle regole sulla produzione normativa, e che quindi impone il rispetto delle regole sui caratteri formali della produzione del diritto.

Tuttavia, come nella teoria delle fonti la nozione di "principio di legali-

⁴³ Cfr. R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, p. 88; è, questa, una versione più pregnante rispetto a quella che si traduce nella cosiddetta «preferenza di legge», che si limita all'esigenza che «*i pubblici poteri non si spingano oltre i confini tracciati dalla legge*» (*ibidem*); secondo la nozione formale, dunque, le condizioni di validità degli atti dei pubblici poteri divengono due, e il principio assume i connotati della necessità di una base legale per l'esercizio di questi ultimi.

⁴⁴ Dovendosi la più compiuta elaborazione del principio di legalità in senso formale alla «*sostituzione della formula del principio di legalità entro i limiti delle leggi con l'altra per cui l'amministrazione può esercitarsi soltanto sul fondamento delle leggi*»: cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, p. 120.

tà” rimanda tradizionalmente alla disciplina dei rapporti fra legge e regolamento [e non invece, più estensivamente, al dovere di rispettare (tutte) le regole sulla produzione del diritto], così nell’uso corrente l’espressione “principio di costituzionalità” è utilizzata, per un verso, per descrivere il (solo) rapporto che intercorre tra la costituzione e un elenco tassativo di fonti primarie e, per altro verso, in modo più ampio, per indicare (anche) l’insieme dei valori e dei principi materiali che caratterizzano in senso sostanziale lo stesso ordinamento.

Queste debolezze lessicali non devono incidere sull’impostazione analitica dei problemi: la questione del fondamento legale dei poteri normativi va circoscritta all’esigenza di identificare, nel diritto positivo, le fonti che attribuiscono a un organo un determinato potere, senza che ciò possa implicare un nesso giuridico necessario fra il tipo di fonte che costituisce la base normativa di quegli stessi poteri e la qualifica dell’organo che ne è titolare; non può dunque affermarsi (perché costituirebbe un rovesciamento del problema) la natura di organo amministrativo di un soggetto i cui poteri normativi siano disciplinati da una fonte di rango primario, ricavando l’una qualificazione dall’altra.

La questione della tipizzazione degli atti normativi del C.S.M. (come quella, che ne costituisce un corollario, del *nomen juris* che essi sono destinati ad assumere) attiene invece alle modalità di esercizio di poteri normativi, e dunque – benché sia naturalmente possibile che la fonte istitutiva di un potere provveda anche contestualmente alla sua disciplina – è del tutto ammissibile una scissione tra fonte istitutiva e fonti di disciplina dei medesimi poteri, con la conseguenza che:

- a) possono verificarsi casi in cui esiste la fonte istitutiva, ma non quella di disciplina, da ciò seguendo che
- b) l’inesistenza di una fonte di disciplina non comporta necessariamente una violazione del principio di legalità in senso formale (rappresentando, al più, un discostamento dal modello ideale di sistema delle fonti che si presuma basato sul principio di legalità in senso sostanziale⁴⁵), potendosi in ogni caso ritenere che
- c) il rango assunto dalla fonte di disciplina non necessariamente assume

⁴⁵ Secondo tale nozione, invece, il principio di legalità impone che la legge si spinga a predeterminare forma e contenuto di ogni atto dei pubblici poteri; questa operazione di predeterminazione, a propria volta, può limitarsi a circoscrivere il contenuto entro certi confini (in negativo), ovvero giungere a vincolarlo ad un contenuto univoco, ossia «predeterminarlo interamente»: cfr. R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, cit., p. 87.

rilievo rispetto a quello proprio della fonte istitutiva (il quale ultimo, per quanto osservato in precedenza, non possiede del resto implicazioni necessarie rispetto alla natura giuridica dell'organo dei cui poteri normativi si tratta).

Rispetto al problema dei poteri normativi del C.S.M. si è assistito, in dottrina, al progressivo superamento delle tesi che fondavano la potestà normativa del Consiglio sull'autonomia dell'ordine giudiziario, fosse questo concepito come un'istituzione in senso romaniano⁴⁶ o come un ordinamento settoriale⁴⁷.

In questo senso, ha certamente contribuito a rinsaldare i presupposti per il riconoscimento del ruolo costituzionale del C.S.M. l'evoluzione della dottrina verso l'affermazione della generale spettanza della potestà regolamentare in materia di organizzazione e funzione interno a qualsiasi organo costituzionalmente rilevante, e quindi anche al Consiglio, indipendentemente da un suo esplicito riconoscimento⁴⁸.

Il limite di queste ricostruzioni sta però nell'utilizzo che di esse viene compiuto per sostenere che il fondamento legislativo, anziché costituzionale, della potestà normativa del C.S.M. (e la conseguente natura secondaria

⁴⁶ Cfr. G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, p. 2281 s.; sulla natura normativa delle risoluzioni del C.S.M. v. ID., voce *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 28. *Contra* questa ricostruzione v. M. DEVOTO, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, p. 276, nonché in precedenza, S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 200 ss.

⁴⁷ Cfr. G. VOLPE, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir. – Aggiornamento*, v. IV, Milano, 2000, p. 390, secondo cui l'art. 104 Cost., nel definire «la magistratura come un "ordine autonomo", oltre che indipendente da ogni alto potere», attribuisca ad essa «una capacità normativa rilevante sul piano generale delle fonti del diritto dello Stato», con la conseguenza che il C.S.M. sarebbe legittimato «ad esprimersi anche mediante atti normativi a contenuto generale e astratto (oltre che per mezzo di concreti provvedimenti)»; ID., *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura*, in A. PACE-S. BARTOLE-R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli, 2009, p. 82, ove si individua nell'art. 15 del regolamento interno il fondamento di «una sorta di sub-settore delle fonti del diritto».

⁴⁸ V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., p. 21; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., p. 38; G. SERGES, *La potestà normativa*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001, p. 41.

degli atti che ne costituiscono esercizio) sia da connettere alla configurazione del Consiglio come organo meramente amministrativo, preordinato – al pari degli altri organi creati dalla legge – alla cura in concreto di uno o più interessi pubblici selezionati dalla legge nell’ambito dell’ordinamento.

Ciò che quest’ultima impostazione non valorizza è la distinzione tra il fondamento costituzionale della potestà normativa e la disciplina legislativa delle sue modalità di esercizio: le interpretazioni delle disposizioni contenute nella legge n. 195/1958 come fonti attributive di tutti i poteri normativi del C.S.M. (anche di quelli che trovano invece fondamento nel dettato costituzionale) ha in questo modo rafforzato la configurazione del C.S.M. come organo amministrativo (coerentemente all’impostazione risalente al contesto proprio dell’approvazione della legge attuativa).

La considerazione del ruolo costituzionale del C.S.M. dovrebbe invece condurre a ritenere che il fondamento del potere di organizzazione interna sia radicato nella Costituzione stessa, connotandosi come tratto coesistenziale alla configurazione di organo costituzionale (ed essendo certamente soddisfatto il principio di costituzionalità laddove la base legale di tale potere si rinvenga nella Costituzione, senza l’ulteriore necessità di un’espressa disposizione di legge ordinaria).

La norma contenuta nell’art. 20, n. 7, legge n. 195/1958 costituisce, invece, la tipizzazione della potestà normativa, identificando nell’atto qualificato come “regolamento interno” la fonte idonea a disciplinare il funzionamento interno del Consiglio.

Seguendo questa impostazione, anche il dibattito sulla natura primaria o secondaria del Regolamento *ex art. 20* (beninteso: non di tutti gli atti normativi del C.S.M.) avrebbe potuto assumere minore rilievo, a favore della diversa ricostruzione (comune agli atti normativi degli altri organi costituzionali⁴⁹) fondata sul criterio della competenza, utile a distinguere il Regolamento del C.S.M. dalle altre fonti sulla base di un principio diverso da quello gerarchico.

L’intreccio che ha invece spinto a individuare il fondamento normativo *tout court* dei poteri normativi del Consiglio nella legge n. 195/1958 ha innanzitutto condotto, con riguardo al regolamento interno *ex art. 20*, n. 7, alla sua approvazione mediante decreto del Presidente della Repubblica controfirmato (il d.p.r. 16 settembre 1958, n. 916, pubblicato sulla G.U. 25 settembre 1958, n. 232), ossia ricorrendo alla forma degli atti normativi se-

⁴⁹ V., in argomento, A. D’ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, 2004.

condari, circostanza suscettibile di essere considerata un segmento logico della configurazione del Consiglio Superiore come organo meramente amministrativo.

L'adozione del regolamento interno del C.S.M. mediante un atto fonte dell'ordinamento (anziché un atto del C.S.M. stesso) presupponeva, infatti, l'insussistenza di una potestà normativa ad evidenza esterna propria del Consiglio, con il rischio di attrarre il potere regolamentare nell'ambito di quegli atti del Capo dello Stato che Mortati qualificava «*atti di funzione amministrativa non normativa*»⁵⁰ (e, comunque, con la conseguenza di ammettere la sua generalizzata impugnabilità dinnanzi al giudice amministrativo, «*comune agli atti secondari*»⁵¹).

Soltanto quasi vent'anni dopo (e lungo un percorso rivolto a ridefinire il ruolo del C.S.M. verso la sua rilevanza costituzionale⁵²) l'adozione delle modifiche al regolamento interno mediante d.p.r. del Presidente della Repubblica nella sua qualità del Presidente del C.S.M. (il d.p.r. 26 marzo 1976, pubblicato sulla G.U. 1° aprile 1976, n. 86) ha consentito l'evoluzione verso il riconoscimento del fondamento costituzionale della potestà regolamentare del Consiglio (riconoscimento che peraltro è di consueto affermato in dottrina con molta cautela⁵³).

Il fatto che le modifiche successive (v., p.e., il testo coordinato del regolamento pubblicato sulla G.U. 5 maggio 1988, n. 104) siano state adottate direttamente dal C.S.M., senza nemmeno ricorrere alla forma del d.p.r. non controfirmato, potrebbe enfatizzare gli esiti di questa evoluzione, per-

⁵⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, cit., p. 677.

⁵¹ L. IMARISIO, *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" al CSM*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, p. 79. Non appaiono quindi del tutto condivisibili le risalenti posizioni dottrinali che configurano il decreto presidenziale un atto composto, caratterizzato dal contenuto determinato dal C.S.M. e dalla forma (idonea a darne evidenza esterna) imputabile all'Esecutivo (posizioni alimentate dalla sentenza della Corte cost. n. 44/1968 ed equivocamente fondate sulla necessaria equivalenza tra esigenza di giustiziabilità dei provvedimenti del C.S.M. e loro qualificazione come atti amministrativi: v., sul punto, *infra*, paragrafo 4, nonché Capitolo Quarto): M. MAZZIOTTI, *Questioni di costituzionalità della legge sul CSM*, cit.; G. ABBAMONTE, *Questioni di legittimità della legge istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura*, cit.; A.M. SANDULLI, *Atti del CSM e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1963, p. 3 ss.; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 366.

⁵² S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., p. 205 ss.; A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. parlam.*, 2010, p. 370.

⁵³ V., da ultimo, L. IMARISIO, *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" al CSM*, cit., p. 78 e la bibliografia ivi citata.

ché, riconoscendo all'art. 20, n. 7, della legge istitutiva la funzione di tipizzare l'atto che costituisce esercizio del potere regolamentare, l'esistenza di questa forma tipica esonera dal ricorso alla (diversa) forma del decreto presidenziale⁵⁴.

Considerazioni analoghe dovrebbero invero riguardare il regolamento di contabilità del C.S.M.: se, infatti, si ammette sia «*la stessa rilevanza costituzionale del CSM a giustificare la spettanza di un siffatto potere normativo*»⁵⁵, dovrebbe allora distinguersi tra il fondamento del potere (da individuare nella Costituzione) e la fonte della tipizzazione degli atti che ne costituiscono esercizio, fonte che dovrebbe individuarsi nell'art. 9, legge n. 195/1958, evitando di classificare il regolamento in questione come atto secondario e potendone perciò ammettere l'adozione da parte dello stesso C.S.M. (senza necessità della forma presidenziale, stante il *nomen juris* legislativamente attribuito).

Le conseguenze di questa impostazione (basata sulla considerazione delle implicazioni che ha il ruolo costituzionale del C.S.M. rispetto al sistema delle fonti) sono utili anche rispetto a questioni che il modello fondato sulla natura amministrativa del Consiglio lascia invece piuttosto incerte.

Con riguardo, per esempio, al regolamento per il tirocinio degli uditori, poiché il fondamento normativo di questo atto si trova nel regolamento interno del C.S.M. (art. 48, d.p.r. n. 916/1958), il dibattito sulla natura primaria o secondaria di questa fonte ha indotto l'alternativa consistente nell'opzione tra attribuire al regolamento stesso natura meramente amministrativa oppure assegnare al regolamento interno rango legislativo (presupposto per ritenere il regolamento per il tirocinio un atto regolamentare in senso tecnico).

Il problema di questa aporia è che essa sorge da un'impostazione eccessivamente debitrice dalla configurazione del C.S.M. come organo amministrativo, le cui potestà normative trovano origine nella legge (derivi questa configurazione dalla sovrapposizione fra la questione del fondamento normativo e quella della fonte che tipizza gli atti, dall'incerto confine tra principio di costituzionalità, principio di legalità in senso formale e in senso sostanziale o dall'eredità del contesto approvativo della legge n. 195/1958), inducendo a sviluppare argomentazioni che, pur volte a superarla, contengono elementi suscettibili di venire intesi come rafforzamenti del presupposto che la alimenta.

⁵⁴ Sull'argomento (che non può qui essere ulteriormente approfondito) v. G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1494 ss.

⁵⁵ A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 380.

Le tesi che, per esempio, hanno cercato di risolvere i problemi legati alla natura giuridica del regolamento per il tirocinio ritenendo che l'art. 48 del regolamento di contabilità non ne costituirebbe il fondamento normativo, limitandosi a svolgere una funzione ricognitiva della competenza originariamente attribuita al Guardasigilli (dall'art. 129 della legge sull'ordinamento giudiziario) e implicitamente trasferita al C.S.M. in quanto organo subentrato al Ministro «*ope constitutionis*»⁵⁶, non solo possono venire interpretate come una deroga all'esigenza della previa base legale richiesta dal principio di legalità in senso formale, ma rischiano di indurre a una configurazione del C.S.M. come organo amministrativo che opera in continuità con il Guardasigilli del periodo pre-costituzionale (e, quindi, a una qualificazione del potere regolamentare in termini affini a quello spettante agli organi ministeriali).

Assumere, invece, il regolamento interno come fonte a competenza riservata del C.S.M. (ciò che presuppone un'interpretazione *magis ut valeat* del ruolo costituzionale del Consiglio) consente di configurare il regolamento sui tirocini come fonte secondaria, la quale però, essendo priva di *nomen juris* (poiché, stante il *numerus clausus* delle fonti normative, all'art. 48 del d.p.r. n. 916/1958 non può ricondursi la creazione di una nuova fonte), correttamente viene emanata nella forma di un atto dell'ordinamento dello Stato (*sub specie* dell'ordinamento settoriale del C.S.M., ossia con d.p.r. del Presidente della Repubblica nella sua qualità di Presidente del C.S.M.).

Rispetto, infine, al più ampio problema degli atti adottati dal C.S.M. ai sensi dell'art. 15 del regolamento interno, la configurazione di quest'ultima fonte come atto riservato alla competenza del Consiglio consente, anzitutto, di superare le interpretazioni della legge n. 195/1958 governate dagli interrogativi del fondamento legale delle delibere (intesi come interrogativi sul rispetto del principio di legalità in senso formale) e, quindi, di affievolire la rilevanza del problema del riconoscimento al Consiglio di poteri normativi "di fatto"⁵⁷.

La questione della tipizzazione di questi atti, invece, troverebbe disciplina nello stesso art. 15, norma che però, non risultando rispettata nella prassi (poiché «*le delibere del plenum del CSM sono ... indifferentemente qualificate risoluzioni, circolari e direttive, posto che da tali diverse denominazioni non vengono fatte discendere conseguenze giuridicamente rilevanti.*

⁵⁶ F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 40.

⁵⁷ L. IMARISIO, *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" al CSM*, cit.

Semberebbe però che, nella prassi, le delibere c.d. normative siano denominate circolari; le prese di posizione del CSM su un determinato problema di politica giudiziaria, ancorché riguardante singoli magistrati, siano denominate risoluzioni; le indicazioni applicative di dettaglio di precedenti delibere siano denominate direttive»⁵⁸), ha generato, fin dall'approvazione della legge istitutiva, i molto discussi problemi sull'osservanza delle riserve di legge in materia di ordinamento giudiziario dagli artt. 107 e 108 Cost.⁵⁹.

È noto che il tema dell'attività normativa del C.S.M. è stato progressivamente ricondotto al fenomeno dell'espansione dei poteri del Consiglio come conseguenza sia della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941 sia dell'accumulazione disordinata, disorganica⁶⁰ e lacunosa della legislazione post-costituzionale⁶¹.

Queste ricostruzioni hanno in particolare evidenziato come «*colmare i vuoti di legislazione, arginare le conseguenze della frammentarietà, episodicità e disorganicità della legislazione statale ha comportato inevitabilmente uno sviluppo e una dilatazione di quel potere di "risoluzione" che la previsione del regolamento interno sembrava aver voluto concepire, non già come una valvola di salvezza rispetto al quadro legislativo di riferimento, bensì come (semplice e circoscritto) strumento di precisazione e di più esatta delimitazione, all'interno del Consiglio, delle proprie attribuzioni*»⁶².

Ma questa impostazione non può concorrere a risolvere il problema del fondamento normativo dell'attività del C.S.M. (come espressione del principio di legalità in senso formale), perché le argomentazioni che vi sono sottese presuppongono l'assenza di quel fondamento.

La tesi delle attribuzioni costituzionali acquisite di fatto induce infatti a trascurare quelle che effettivamente spettano al Consiglio, con la conseguen-

⁵⁸ A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 383.

⁵⁹ G. VOLPE, *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura*, cit., p. 82. V. anche F. PERGOLESÌ, *Diritto costituzionale*, v. II, Padova, 1972, p. 146 (ove si sostiene l'incostituzionalità della legge n. 195/1958 per essere stata votata in commissione anziché in assemblea, nonostante la sua natura di legge materialmente costituzionale); S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 242; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 45; V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., p. 34.

⁶⁰ S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, cit., p. 439 s.

⁶¹ F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 37; G. VOLPE, *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura*, cit., p. 82 nonché, già prima, M. DEVOTO, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, cit., pp. 206 ss., 288 ss.

⁶² G. SERGES, *La potestà normativa*, cit., p. 50.

za di rendere necessario il ricorso alla nozione di “attribuzioni costituzionali sostanziali”⁶³ allo scopo di risolvere le questioni che originano dal sottovalutare le attribuzioni che la Costituzione formalmente assegna al C.S.M.

La valorizzazione del ruolo costituzionale del Consiglio consente invece di evitare questo paradosso e di risolvere anche i problemi che riguardano le riserve di legge contenute negli artt. 107 e 108 Cost.

Il dibattito sulla natura assoluta⁶⁴ o relativa⁶⁵ di queste riserve è stato progressivamente assorbito dalle tesi secondo cui la riserva di legge di cui all'art. 108 Cost. «sarebbe, per così dire, a “geometria variabile”: assoluta nei confronti del Parlamento e del Governo e relativa nei confronti del CSM»⁶⁶ «(ma col limite insuperabile, posto dall'art. 107 comma 1 Cost., alla previsione di illeciti disciplinari che implicano conseguenze pregiudizievoli per la garanzia dell'inamovibilità)»⁶⁷.

Questa ricostruzione è stata a sua volta sostenuta dall'argomentazione secondo cui «le norme costituzionali “sulla” produzione giuridica in materia di ordinamento giudiziario sono state implicitamente modificate in via di prassi in quest'ultimi quarant'anni»⁶⁸, con la conseguenza che «la prassi ha mostrato un progressivo svuotamento della riserva di legge posta dall'art. 108 Cost., e ciò sia per l'inerzia del legislatore, sia per l'attivismo dello stesso CSM, che si è autoattribuito una serie di poteri definibili come “paranormativi”»⁶⁹.

⁶³ Pur essendo riconosciuto sia dalla giurisprudenza costituzionale, sia dalla dottrina (come ricordato da A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 386) «che, nei giudizi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, il contenuto precettivo delle «norme costituzionali» (art. 37 comma 1 legge n. 87 del 1953) non solo è spesso desunto da risultanze normative subcostituzionali, ma addirittura da fonti-fatto come la prassi e le consuetudini». Cfr. Corte cost., sent. 18 gennaio 1996, n. 7, in *Giur. cost.*, 1996, p. 67 ss.; sent. 10 luglio 1981, n. 129, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1281 ss.; F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p. 757 ss.

⁶⁴ Come sostenuto da M. DEVOTO, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 276; S. BARTOLE, *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, cit., p. 441; V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM*, cit., p. 34; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 45.

⁶⁵ A. PIZZORUSSO, *La magistratura – Art. 108*, cit., p. 7; G. ZAGREBELSKY, *Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura*, in AA.VV., *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino, 1987, p. 185.

⁶⁶ A. PACE, *I poteri normativi del Csm*, cit., p. 390; G. ZAGREBELSKY, *Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 185.

⁶⁷ A. PACE, *I poteri normativi del Csm*, cit., p. 391.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 34.

In questo modo, all'interno di un ordinamento retto dal carattere formale della produzione normativa (e, quindi, dei criteri ordinatori del sistema delle fonti), il riconoscimento della natura di una riserva di legge viene ricavato dall'auto-attribuzione di un potere paranormativo da parte di un organo costituzionale (giustificando questa auto-attribuzione con le lacune legislative e con l'inerzia parlamentare⁷⁰), mentre il fondamento dei poteri normativi del C.S.M. viene individuato nel consolidarsi di una prassi qualificata come contraria al diritto positivo (la quale non è perciò ritenuta semplicemente la circostanza che ha consentito al Consiglio di esercitare questi poteri durante la presunta assenza di una base legale⁷¹, ma è la fonte che ne legittima l'esercizio nella persistenza di tale lacuna).

Questo fatto non può essere ridotto a un sintomo della deformalizzazione dell'ordinamento⁷², né enfatizzato come il risultato della prevalenza dei significati che l'uso della Costituzione ha stratificato nel tempo rispetto al tenore lessicale delle formulazioni⁷³: esso è propriamente la conseguenza di un'impostazione tradizionalmente poggiata su di una debole valorizzazione del ruolo costituzionale del C.S.M., il cui più puntuale riconoscimento avrebbe consentito di trarre, dal versante del sistema delle fonti, implicazioni teoriche utili a semplificare anche molti dei problemi legati ai poteri normativi del Consiglio.

4. Caratteri del ruolo del C.S.M. nella giurisprudenza costituzionale.

Il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale sin dalla prima, storica, sentenza

⁷⁰ E in particolare valorizzando a tal fine il fatto che il CSM «abbia tentato, con le proprie delibere, per anni ed anni, di sopperire alle carenze legislative predeterminando i criteri della propria attività *praeter se non addirittura, secondo alcuni, contra legem*»: cfr. A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, cit., p. 392.

⁷¹ Il fatto che l'attività del C.S.M. sia stata inizialmente svolta (anche) *praeter legem* è rilevato da M. DEVOTO, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 277; G. SERGES, *La potestà normativa*, cit., p. 39; secondo G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, v. XXX, Milano, 1980, p. 841, il Consiglio avrebbe operato *contra legem*.

⁷² Secondo la nozione elaborata da M. DOGLIANI, *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2001, p. 143 ss.

⁷³ Secondo la teorizzazione formulata in ID., *Interpretazioni della Costituzione*, cit., p. 10.

concernente la legge n. 195/1958, benché da questo riconoscimento non siano state dedotte conseguenze puntuali circa la natura costituzionale, e non meramente amministrativa, delle funzioni spettanti al Consiglio.

La sent. n. 168/1963, pronunciandosi sulle disposizioni della legge istitutiva del C.S.M. che attribuivano al Guardasigilli il potere (sostanzialmente esclusivo) di promuovere l'attività del Consiglio, chiarì infatti immediatamente che il C.S.M. è stato «*preposto dalla Costituzione al governo della magistratura e per garantirne l'indipendenza*»⁷⁴.

Questa statuizione non ha indotto, però, una corrispondente ricostruzione della natura degli atti del Consiglio, di cui fu invece affermato il «*carattere sostanzialmente amministrativo*»⁷⁵.

È vero che questa affermazione originava dal contesto in cui fu posta la questione di legittimità costituzionale, poiché la Corte giunse a questa conclusione in conseguenza del rigetto dell'eccezione di incostituzionalità riguardante l'art. 17, c. 1, legge n. 195/1958, nella parte in cui prevede l'adozione dei provvedimenti del Consiglio mediante decreto del Capo dello Stato controfirmato dal Ministro⁷⁶, ma proprio l'inversione dei termini del problema (ossia: dedurre la natura degli atti del C.S.M. dalla forma prevista per la loro adozione, anziché dalla configurazione sostanziale dell'organo, prescindendo dalla verifica sull'adeguatezza della seconda rispetto alla prima) fu indicativa di un segmento mancante nel percorso di ricostruzione della posizione costituzionale del Consiglio Superiore⁷⁷.

In termini analoghi, nella successiva sent. n. 44/1968 la Corte costituzionale, sulla base di un'interpretazione al tempo stesso originalista e teleologica dell'art. 104 Cost., precisò che «*l'istituzione del CSM ha corrisposto all'intento di rendere effettiva, fornendola di apposita garanzia costituzionale, l'autonomia della magistratura, così da collocarla nella posizione di ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere, e conseguentemente sottrarla ad interventi suscettibili di turbarne comunque l'imparzialità e di compro-*

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 168/1963, cit.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Sui profili di incostituzionalità di questa previsione v. G. VIESTI, *Gli aspetti incostituzionali della legge sul CSM*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, p. 553; F. CUOCOLO, *Deliberazioni del CSM e sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1962, p. 241 ss.

⁷⁷ Critiche alla decisione della Corte furono formulate, al riguardo, da M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, cit., p. 279 ss., e da E. GALLO, *Il CSM nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, cit.

metterne l'applicazione del principio»⁷⁸ di soggezione dei magistrati soltanto alla legge.

L'esplicito fondamento in Costituzione della connessione strumentale fra Consiglio Superiore della Magistratura e attuazione dei principi di autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario era rafforzato dal rilievo che il Consiglio stesso «è altresì fornito di una serie di garanzie corrispondenti al rango spettantegli, nella misura necessaria a preservarlo da influenze che, incidendo direttamente sulla propria autonomia, potrebbero indirettamente ripercuotersi sull'altra affidata alla sua tutela»⁷⁹.

Ma a fronte dell'inquadramento del C.S.M. come organo che non può essere considerato «parte della pubblica amministrazione, in quanto rimane estraneo al complesso organizzativo che fa capo direttamente o al Governo dello Stato o a quello delle Regioni, ed all'altro cui dà vita l'amministrazione indiretta, collegato al primo attraverso l'esercizio di forme varie di controllo ad esso attribuite»⁸⁰, la Corte afferma nondimeno la natura “sostanzialmente” amministrativa delle «misure disposte nei casi concreti in applicazione delle norme relative all'assunzione ed alla carriera dei magistrati»⁸¹, inaugurando così quella corrente interpretativa (a lungo alimentata dalla dottrina senza particolari approfondimenti critici) sintetizzabile nella configurazione del C.S.M. come organo “soggettivamente” non amministrativo ma “oggettivamente” amministrativo⁸².

Il fatto che, anche in questa impostazione, non solo manchi il segmento di connessione fra il ruolo costituzionale del C.S.M. e la peculiare natura dei suoi atti, ma si stabilisca espressamente una interruzione di questo nesso, escludendo che la collocazione dell'organo nell'ordinamento possieda implicazioni sulle caratteristiche dei suoi provvedimenti (che vengono invece integralmente assimilati a quelli amministrativi), ha costituito il principale limite concettuale al compiuto sviluppo delle teorie sul ruolo costituzionale del Consiglio.

Il completamento di queste teorie avrebbe potuto consentire di elaborare in termini più limpidi la distinzione tra le funzioni costituzionali del C.S.M. e le funzioni amministrative proprie degli organi creati dalla legge,

⁷⁸ Corte cost., sent. 30 aprile 1968, n. 44, in *Giur. cost.*, 1968, p. 672 ss.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² Sui cui v., p.e., G. FERRARI, voce *Consiglio superiore della Magistratura*, cit., pp. 22-23.

nonché la derivante suddivisione fra i provvedimenti degli organi costituzionali e i provvedimenti amministrativi *tout court* (suddivisione il cui approfondimento fu invece apertamente evitato dalla Corte costituzionale, ritenendo non «*necessario prendere posizione sul punto se il rango da riconoscere al Consiglio di quello proprio di organo costituzionale, dato che il sistema vigente conosce dei casi di assoggettamento al controllo giurisdizionale di atti provenienti da organi indubbiamente costituzionali*»⁸³).

La dottrina ha peraltro facilmente rilevato come questa deviazione teorica si debba imputare alle esigenze garantiste connesse alla dichiarata necessità di evitare la sottrazione dei provvedimenti del C.S.M. al controllo giurisdizionale⁸⁴.

Tuttavia, l'obiettivo di assicurare l'attuazione dell'art. 24 Cost. anche nei confronti degli atti del Consiglio Superiore non ne comportava necessariamente l'assimilazione alla categoria generale dei provvedimenti amministrativi (con la derivante identica soggezione al sindacato giurisdizionale, comprensiva – dunque – della medesima tipologia dei vizi deducibili), ben potendo tradursi in forme di giustizia specifiche e differenziate, rispettose dell'art. 24 ma, nel contempo, coerenti con il ruolo costituzionale del C.S.M.

L'impostazione originaria della Corte costituzionale (e il suo consolidarsi nella maggior parte della dottrina⁸⁵) generò invece un più semplicistico espediente: garantire la sottoposizione dei provvedimenti del Consiglio all'art. 24 Cost. mediante la loro assimilazione ai provvedimenti amministrativi, come se tale categoria esaurisse la disciplina legislativa attuativa della norma costituzionale, o come se essa costituisse forma vincolante di attuazione di tale norma, con la conseguenza che l'osservanza del diritto di difesa in giudizio dovesse implicare la necessaria qualificazione degli atti del C.S.M. come provvedimenti amministrativi⁸⁶.

⁸³ Corte cost., sent. n. 44/1968, cit.

⁸⁴ Per questa ricostruzione v., in particolare, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 324 ss.

⁸⁵ Per posizioni invece critiche nei confronti di questa impostazione v. U. DE SIERVO, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del CSM*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 705 ss.; F. CUOCOLO, *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del CSM*, *ivi*, p. 678 ss.

⁸⁶ Come invece presupposto dalla Cass., SS.UU., 7 ottobre 1972, n. 2918, in *Foro it.*, 1972, c. 2766 ss., secondo cui «*la posizione di organo supremo di un potere dello Stato, attribuita dalla Costituzione al CSM, non comporta, ex se, la sottrazione dei suoi atti al sindacato giurisdizionale previsto dall'art. 24 Cost. stessa a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi*».

Sotto questo profilo, la posizione sostenuta dalla Corte costituzionale a proposito della necessità, per rendere «*concretamente operanti*» gli atti del Consiglio Superiore, di procedere alla loro adozione mediante provvedimenti dell'Esecutivo si prestò a fungere da presupposto teorico per una significativa svalutazione del ruolo costituzionale del C.S.M., attraendone gli atti nella sfera dei provvedimenti amministrativi del Governo⁸⁷.

Nella giurisprudenza costituzionale degli anni '70 la valorizzazione del ruolo costituzionale del C.S.M. è stata ulteriormente trattenuta dal rifiorire del problema (già alla base dei dibattiti che avevano caratterizzato il contesto di approvazione della legge n. 195/1958) del carattere rappresentativo del Consiglio, venendo quindi assorbita nella questione, ad esso sottesa, dell'impossibilità di considerare l'ordine giudiziario come "corpo separato" dal resto dell'ordinamento costituito.

Nella sent. n. 142/1973, infatti, la Corte induce a interpretare quest'ultima preclusione come un limite alla configurazione del Consiglio quale strumento essenziale dell'autonomia dell'ordine giudiziario (che pure esplicitamente afferma, fondandola direttamente sugli artt. 105, 106 e 107 Cost.)⁸⁸.

I due profili avrebbero invece potuto armonizzarsi considerando l'insussistenza di un carattere rappresentativo dell'ordine giudiziario (ribadita dalla Corte) non come un'eccezione alla funzione di autogoverno, ma come una conseguenza della funzione di garanzia dei principi costituzionali di autonomia e indipendenza, posto che tali principi trascendono gli interessi corporativi dell'ordine stesso, essendo utili a garantirne l'espressione e la compatibilità con l'ordinamento (il che sarebbe equivalso a sostenere che proprio il ruolo costituzionale del C.S.M. impedisce la sua valenza rappresentativa).

Una diretta riaffermazione del ruolo costituzionale del Consiglio proviene invece dalla sent. n. 148/1983, in cui la Corte qualifica il C.S.M. «*un organo di sicuro rilievo costituzionale*»⁸⁹.

⁸⁷ Come già criticato da E. GALLO, *Il CSM nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, cit., secondo cui «*l'attribuire al Ministro la potestà di dichiarare all'esterno la volontà del Consiglio non corrisponde ad un'innocente prassi puramente formale, come vuol far credere la sentenza della Corte. In realtà, essa rappresenta pur sempre un potenziale strumento di possibili interferenze dell'esecutivo, comunque limitativo delle libere decisioni del Consiglio, e sicuramente contrastante con quell'autonomia e indipendenza che – piacesse o non a taluno dei Costituenti – la Costituzione ha tuttavia proclamato*».

⁸⁸ Corte cost., sent. 18 luglio 1973, n. 142, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1413 ss.

⁸⁹ Id., sent. 3 giugno 1983, n. 148, *ivi*, 1983, p. 846 ss.

In particolare, attraverso un'interpretazione sistematica dei primi due commi dell'art. 104 Cost., la Corte ha ricostruito il nesso di strumentalità funzionale tra l'istituzione del Consiglio Superiore e le garanzie di autonomia e indipendenza della magistratura, ricavando da esso anche la posizione di indipendenza dello stesso C.S.M. nei confronti degli altri poteri (e dello stesso ordine giudiziario)⁹⁰.

La potenziale innovatività di questa pronuncia sta però nel valorizzare la «condizione del tutto peculiare che sul piano costituzionale spetta al Consiglio superiore della magistratura»⁹¹ attribuendo direttamente alla Costituzione il fondamento delle prerogative consiliari che pure trovano previsione espressa (soltanto) nella legge ordinaria.

Con riguardo alle immunità dei membri del C.S.M., infatti, la Corte ha ritenuto che la relativa previsione ad opera della legge n. 1/1981 non escludesse (in assenza di una corrispondente disposizione in Costituzione) il radicamento costituzionale della guarentigia, derivando questa direttamente dal ruolo costituzionale del Consiglio.

Questa impostazione (ripresa da tutta la giurisprudenza successiva in materia di insindacabilità dei consiglieri, attestata sull'espressa affermazione del «fondamento costituzionale che assiste l'immunità sostanziale»⁹²) avrebbe potuto essere valorizzata anche per sviluppare le ulteriori implicazioni che discendono dal ruolo costituzionale del Consiglio.

In particolare, la natura costituzionale – e non meramente amministrativa – delle sue funzioni, e le derivanti conseguenze sul regime giuridico dei suoi atti (anche in punto di sindacato giurisdizionale e dei relativi limiti), avrebbero potuto essere configurate come effetti della peculiare posizione attribuita dalla Costituzione al C.S.M. (e, quindi, della sua funzione strumentale rispetto all'attuazione delle garanzie di autonomia e indipendenza della magistratura), deducendone l'appropriata disciplina positiva anche in parallelo (ed eventualmente in parziale alternativa) rispetto al sistema legislativamente previsto per i provvedimenti amministrativi *tout court*.

Questo sviluppo ha invece tardato a verificarsi, poiché la giurisprudenza successiva ha sistematicamente evitato di dedurre dalla Costituzione (e,

⁹⁰ Cfr. A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., p. 338.

⁹¹ Corte cost., sent. n. 148/1983, cit.

⁹² Dopo Corte cost., sent. 14 gennaio 1986, n. 4, in *Giur. cost.*, 1986, p. 40 ss., v. soprattutto Corte cost., sent. 7 ottobre 2009, n. 262, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3645 ss. e da Corte cost., sent. 14 febbraio 2012, n. 87 e n. 88, entrambe pubblicate in G.U. 18 aprile 2012, n. 16.

in parte, dalla legge n. 195/1958) i fondamenti della necessaria distinzione tra le funzioni del C.S.M. e la categoria generale delle funzioni amministrative (e, correlativamente, tra gli atti del C.S.M. e la categoria generale dei provvedimenti amministrativi).

Ne costituisce esempio la sent. n. 72 del 1991, nella quale la Corte ha ricavato da un'interpretazione teleologica e sistematica dell'art. 108 Cost. la peculiare autonomia di giudizio del C.S.M., ritenendo costituzionalmente illegittimo un intervento legislativo che si spinga a comprimere eccessivamente questa autonomia, «*annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale*»⁹³ da parte del Consiglio stesso.

Se, dunque, il ruolo costituzionale del C.S.M. vale a fondare (anche) una sfera di autonomia discrezionale non tangibile dal legislatore (il che, per inciso, indica nettamente la distinzione tra i compiti del Consiglio e la categoria delle funzioni amministrative, nell'esercizio delle quali la discrezionalità dell'organo che ne è titolare si identifica precisamente negli spazi non predefiniti dalla legge), ne dovrebbe conseguire una corrispondente resistenza di questa sfera anche al sindacato giurisdizionale esterno⁹⁴.

Invece, poiché la Corte non ha espressamente svolto questa elaborazione (non essendo del resto compito della giurisprudenza costituzionale sviluppare le implicazioni concettuali delle proprie statuizioni), lasciando quindi implicita la consistente differenza tra la discrezionalità nell'esercizio di funzioni costituzionali – intesa come area di giudizio predeterminabile dal legislatore – e la discrezionalità amministrativa – intesa come l'area di giudizio che residua rispetto alla predeterminazione legislativa –, anche i suoi nitidi antecedenti sono stati trascurati.

Dopo la configurazione del ruolo costituzionale del C.S.M. ricostruita nella sent. n. 379/1992, già discussa in precedenza a proposito del problema concernente il conferimento degli incarichi direttivi⁹⁵, la Corte ha negli ultimi anni potuto sviluppare le implicazioni rimaste sottese alla precedente pronuncia n. 142/1973 a proposito del fatto che il ruolo funzionale del Consiglio rispetto alle garanzie costituzionali della magistratura ne esclude il carattere rappresentativo dell'ordine giudiziario.

Al riguardo, nella sent. n. 497/2000 è stato chiarito che la Costituzione ha affidato «*alle cure del Consiglio superiore della magistratura*» beni quali

⁹³ Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 72, in *Giur. cost.*, 1991, p. 520 ss.

⁹⁴ La questione sarà ripresa *infra*, CAPITOLO QUARTO.

⁹⁵ Cfr. *retro*, paragrafo 2.

«il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura»⁹⁶, e che questi beni «non riguardano soltanto l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini»⁹⁷, valorizzando così il ruolo costituzionale del Consiglio come fondamento della sua funzione ordinamentale e non corporativa.

Infine, nella recente sent. n. 136/2011 la Corte ha ulteriormente chiarito il carattere «sostanziale» della «spettanza al Consiglio superiore della magistratura della decisione in ordine alle assegnazioni dei magistrati ordinari che svolgono le loro funzioni nell'ordinamento giudiziario italiano»⁹⁸, nel senso che tale competenza sussiste pienamente in capo al C.S.M. anche laddove i suoi provvedimenti siano «adottati nella forma del decreto del Capo dello Stato controfirmato dal Ministro ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, del decreto del Ministro»⁹⁹.

Questa affermazione può costituire un presupposto rilevante per dissociare la questione della natura dei provvedimenti del C.S.M. dal problema della loro forma (e, soprattutto, per evitare il paralogismo di dedurre la prima dalla seconda), e anche per distinguere gli atti di nomina che assumono il carattere di provvedimenti amministrativi del Ministro da quelli che costituiscono, invece, esercizio delle competenze costituzionali del Consiglio Superiore.

L'argomento impiegato dalla Corte nella fattispecie muove, infatti, dalla negazione della natura giudiziaria dell'organo internazionale *Eurojust* per ritenere infondata la tesi del giudice remittente secondo cui la nomina del membro italiano di tale organo da parte del Ministro della Giustizia, anziché del C.S.M., sarebbe in contrasto con le disposizioni costituzionali in materia di assegnazione dei magistrati.

Sviluppandone le implicazioni *a contrariis*, questo argomento consente quindi di ritenere che i provvedimenti che riguardano l'ordine giudiziario sono sottratti alla competenza ministeriale perché riservati al C.S.M., diversamente dagli atti che concernono organi non inclusi in tale ordine, i quali possono normalmente qualificarsi come provvedimenti amministrativi ministeriali.

⁹⁶ Corte cost., sent. 11 novembre 2000, n. 497, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3830 ss.

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ Corte cost., sent. 6 aprile 2011, n. 136, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 1767 ss.

⁹⁹ *Ibidem.*

La distinzione tracciata dalla Corte è, naturalmente, circoscritta ai profili della competenza, mentre non si estende alle conseguenze sulla natura dei provvedimenti; questa stessa distinzione potrebbe però costituire un elemento rilevante nella ricostruzione delle implicazioni che discendono dal ruolo costituzionale del C.S.M. rispetto al regime giuridico cui sono soggetti i suoi provvedimenti.

CAPITOLO QUARTO

IL RUOLO COSTITUZIONALE DEL C.S.M E I LIMITI AL SINDACATO GIURISDIZIONALE DEI SUOI ATTI

SOMMARIO: 1. Il problema dei limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. – 2. Le questioni concernenti la forma dei provvedimenti del C.S.M. e le conseguenze sulla impugnabilità di essi. – 3. Profili della giurisprudenza amministrativa sul sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M. – 4. Caratteri della giurisprudenza costituzionale sui limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M. – 5. La distinzione tra funzioni amministrative e attribuzioni costituzionali e la teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione. – 6. I limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M.

1. *Il problema dei limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M.*

Il problema dei limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. non include più il quesito sulla loro soggezione al controllo giudiziario, ossia sulla loro giustiziabilità, pianamente riconosciuta in quanto imposta dall'art. 24 Cost.

Se dopo l'entrata in vigore della legge n. 195/1958 una parte della dottrina aveva sostenuto la tesi che il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore comportasse la sottrazione dei suoi atti al sindacato giurisdizionale¹,

¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Atti del Consiglio Superiore e sindacato giurisdizionale*, cit.; F. CUOCOLO, *Deliberazioni del C.S.M. e sindacato giurisdizionale*, cit.; E. SPAGNA MUSSO, *Sulla sindacabilità degli atti del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1609 ss.; M. BATTAGLINI, *Appunti sulla natura del C.S.M. e dei suoi atti con particolare riguardo alla impugnabilità di essi*, cit.; G. MEALE, *Del sindacato giurisdizionale delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, p. 50 ss.; E. ANTONUCCI, *Gli atti del Consiglio Superiore della Magistratura. Questioni sulla sindacabilità giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato*, in *Nuova Rass.*, 1962, p. 2029 ss.

dopo la sentenza della Corte cost. n. 44/1968² (estensore Mortati) si è infatti 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 Elia nella tendenza a «*dissolvere, quanto alla tutela dei diritti, gli ordinamenti particolari nell'ordinamento generale*»³.

Parte della dottrina successiva ha poi arricchito la soluzione della Corte costituzionale, configurando la soggezione al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M. come una conseguenza dello stesso sistema costituzionale della magistratura e quindi deducendo dal principio di soggezione alla legge *ex art. 101 Cost.* e dal principio di eguaglianza in senso formale la necessaria giustiziabilità anche dei provvedimenti concernenti i magistrati (interpretando perciò l'art. 24 e l'art. 105 Cost. come disposizioni fra loro convergenti)⁴.

È soltanto in forma retorica, dunque, che l'interrogativo sulla soggezione al controllo giudiziario degli atti del Consiglio Superiore continua talora ad affiorare⁵, come sintomo del fatto che, in realtà, l'aver sancito la giustiziabilità dei provvedimenti del C.S.M. non esaurisce il problema del sindacato giurisdizionale sui suoi atti.

Questo problema riguarda, infatti, 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 amministrativista, della sua ampiezza e profondità)⁶.

Le teorie che si sono sviluppate nel periodo post-costituzionale (anche successivamente alla citata sentenza della Corte costituzionale), unitamente

² Corte cost., 30 aprile 1968, n. 44, cit.

³ L. ELIA, *Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 709.

⁴ V., p.e., G. CUGURRA, *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 320.

⁵ Cfr. G. FIANDACA-C.F. GROSSO-A. PROTO PISANI, *Osservatorio dal CSM (dic. 1994 – feb. 1995)*, in *Foro it.*, 1995, c. 184.

⁶ 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*, cit., 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 C.S.M. 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.

alla giurisprudenza amministrativa affermatasi al riguardo, si sono invece concentrate sul primo segmento della questione, trascurandone il secondo.

Il fatto che il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. sia stato assorbito nel quesito sulla loro giustiziabilità non ha soltanto estromesso dal dibattito gli interrogativi sui limiti del sindacato: 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 è stato affrontato in termini analitici precisi, perché si è talora ritenuto di risolverlo come semplice corollario della necessaria giustiziabilità.

In particolare, dalla necessaria soggezione a controllo giudiziario dei provvedimenti del Consiglio Superiore si è dedotta la loro assimilazione ai provvedimenti amministrativi, configurandone perciò il sindacato in termini del tutto analoghi al giudizio sugli atti degli organi amministrativi, e ciò sia con riguardo alla giurisdizione, sia con riferimento al procedimento e – soprattutto – ai vizi deducibili.

L'incompletezza delle riflessioni sui limiti del sindacato giurisdizionale è quindi imputabile al nesso immediato che si è ritenuto di cogliere fra la soggezione degli atti del C.S.M. all'art. 24 Cost. e la loro conseguente inclusione nella categoria degli atti amministrativi.

In questo senso, 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 C.S.M.] per sostenerne la impugnabilità»⁷.

Questo nesso ha perciò ostacolato una ricostruzione autonoma dei limiti al sindacato giurisdizionale, fondata essenzialmente sul ruolo costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura e perciò, stante la peculiarità di questo ruolo, non necessariamente derivata dal ricorso a istituti e categorie già esistenti.

L'assimilazione degli atti del C.S.M. 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 pro-

⁷ F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., p. 25.

blema 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 giustizia⁸, e degradandone quindi il ruolo costituzionale.

L'incompleto approfondimento del problema dei limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M. come conseguenza del suo ruolo costituzionale (e, quindi, la mancata elaborazione di un'autonoma categoria dei provvedimenti del Consiglio Superiore, distinta da quella dei provvedimenti amministrativi *tout court*) ha del resto alimentato anche alcune incongruenze nelle ricostruzioni teoriche del problema, frutto dei limiti entro cui esse sono state costrette per effetto dell'alternativa – percepita come irriducibile – fra la sottrazione degli atti al controllo giudiziario e la loro identificazione con i provvedimenti amministrativi.

Da una parte, cogliendo l'inadeguatezza della riduzione degli atti del C.S.M. alla generalità degli atti amministrativi, sono state proposte categorie che ne valorizzassero le differenze, individuate ora negli "atti di alta amministrazione"⁹, ora negli "atti politici"¹⁰.

Ma, mentre la prima categoria si limitava a introdurre una distinzione meramente evocativa (non discendendone conseguenze specifiche in punto di sindacato giurisdizionale), la seconda, oltre a non accordarsi con il ruolo costituzionale del Consiglio in quanto strumentale non all'indirizzo politico, ma alle garanzie della magistratura, avrebbe comportato la radicale sottrazione al controllo giudiziario degli atti del C.S.M., contrastando con la pervasività dell'art. 24 Cost. sancita dalla Corte costituzionale.

Dall'altra parte, rilevato che configurare come atti amministrativi i provvedimenti del C.S.M. avrebbe potuto condurre a qualificare il Consiglio come organo amministrativo, si è prodotta quella scissione – inaugurata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 44/1968 – fra la natura "sostanzialmente" amministrativa delle «*misure disposte nei casi concreti in applicazione delle norme relative all'assunzione ed alla carriera dei magistrati*»¹¹ e

⁸ Cfr. *retro*, CAPITOLO PRIMO.

⁹ M. BESSONE, *Giurisdizione e politica. Il caso del Csm*, in *Dem. dir.*, 1985, p. 155.

¹⁰ Cfr., in argomento, P. BARILE, voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, v. IV, Milano, 1959, p. 220 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Questioni di costituzionalità della legge sul CSM*, cit.; F. CUOCOLO, *Deliberazioni del C.S.M. e sindacato giurisdizionale*, cit.; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., *maxime* p. 372 ss.; G. SERGES, *Sulla diretta impugnabilità degli atti del C.S.M. relativi allo «status» dei magistrati*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1907 ss.

¹¹ Corte cost., sent. n. 44/1968, cit.

l'inquadramento del C.S.M. come organo che non può essere considerato «parte della pubblica amministrazione, in quanto rimane estraneo al complesso organizzativo che fa capo direttamente o al Governo dello Stato o a quello delle Regioni, ed all'altro cui dà vita l'amministrazione indiretta, collegato al primo attraverso l'esercizio di forme varie di controllo ad esso attribuite»¹², una scissione – sintetizzabile nella configurazione del C.S.M. come organo “soggettivamente” non amministrativo ma “oggettivamente” amministrativo – cui ha aderito molta parte della dottrina costituzionalistica¹³ e che è invece stata criticata dagli amministrativisti sotto l'assorbente profilo della sua stessa ammissibilità teorica¹⁴.

Il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. 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 secondi¹⁵).

In questa prospettiva, il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. 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.

¹² *Ibidem.*

¹³ V. G. FERRARI, voce *Consiglio superiore della Magistratura*, cit., pp. 22-23; S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit. La scissione descritta dalla Corte costituzionale è ritenuta “anacronistica” da G. SERGES, *Sulla diretta impugnabilità degli atti del C.S.M. relativi allo «status» dei magistrati*, cit.; in argomento, v. anche G. GUARINO, voce *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983.

¹⁴ F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 26-27; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, v. IV, Milano, 1959, p. 171 ss.

¹⁵ Cfr. F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., p. 26.

2. *Le questioni concernenti la forma degli atti del C.S.M. e le conseguenze sulla impugnabilità di essi.*

L'assimilazione fra gli atti del C.S.M. e la generalità dei provvedimenti amministrativi (che ha determinato l'affermarsi di un sindacato giurisdizionale identicamente strutturato) è anche stata indotta dalle questioni concernenti la forma dei provvedimenti del Consiglio.

Si tratta di questioni che, propriamente, sorgono dalle disposizioni contenute nell'art. 17 della legge n. 195/1958 (e, in particolare, dalla nota previsione secondo cui «*Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore, con decreto del Presidente della Repubblica controfirmato dal Ministro; ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del Ministro per la grazia e giustizia*»), e che dunque formalmente non coinvolgono gli atti che costituiscono esercizio di competenze funzionali del Consiglio (come il regolamento interno o il regolamento di contabilità¹⁶).

Tuttavia, il tema della forma degli atti consiliari travalica lo stesso art. 17 dato che, in ragione della veste giuridica che assumono, anche gli altri atti del C.S.M. sono sottoposti al sindacato giurisdizionale (sempre in virtù dell'art. 24 Cost.)¹⁷.

La regola contenuta nell'art. 17, c. 1, legge n. 195/1958 a proposito della necessaria adozione delle delibere del C.S.M. in forma di decreto (presidenziale o ministeriale) è stata storicamente interpretata come un precipitato della risalente concezione secondo la quale soltanto gli atti del potere esecutivo, e in particolare del suo vertice, possono essere assistiti da una clausola esecutiva¹⁸.

Le interpretazioni teleologiche dell'art. 17, però, hanno colto in questa regola la traduzione della necessaria giustiziabilità degli atti del C.S.M. (e in questo orizzonte si è sviluppata anche la giurisprudenza costituziona-

¹⁶ Su cui v. *retro*, CAPITOLO TERZO.

¹⁷ Come evidenziato da F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., p. 8.

¹⁸ V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., p. 23; N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 28. In argomento, C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 29. Sul tema v. *funditus* G. VERDE, *La forma dei provvedimenti riguardanti i magistrati e il giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1990, c. 384 ss.

le)¹⁹, intendendo la forma imposta dalla legge ai provvedimenti consiliari come lo strumento per la loro sottoposizione al controllo giurisdizionale²⁰.

Alcune ricostruzioni hanno anche evidenziato come la regola sulla forma fosse da ricondurre all'esigenza di sottoporre gli atti del Consiglio Superiore all'obbligo di registrazione della Corte dei Conti, in ordine ai profili contabili legati all'incidenza che i provvedimenti del C.S.M. possono avere sulle risorse stanziare dall'ordinamento a sostegno (non del Consiglio stesso, ma) dell'intero ordine giudiziario²¹.

Talora la dottrina ha ulteriormente semplificato le regole sulla forma degli atti consiliari volgendo nell'assunto secondo cui l'adozione di una delibera del C.S.M. in forma di decreto comporta «*la trasformazione formale di essa in un atto amministrativo*»²², e dunque implicitamente stabilendo una connessione tra la forma degli atti e la qualificazione sostanziale che essi assumono.

È stata dunque molto enfatizzata la connessione fra la natura oggettivamente amministrativa degli atti del C.S.M. e la forma per essi prescritta dall'art. 17, legge n. 195/1958²³, connessione fondata però su una argomentazione molto facilmente reversibile: mentre in alcuni casi si deduce la natura degli atti dalla loro forma (ritenendo che i provvedimenti del C.S.M. *siano* provvedimenti amministrativi perché adottati con decreto²⁴), in altri²⁵ il verso della dimostrazione si capovolge, e si considera la forma una conseguenza della natura amministrativa dei provvedimenti.

Ciò che resta opaco, in queste ricostruzioni, è tuttavia il fondamento della natura “oggettivamente” amministrativa degli atti, assunto al contempo come presupposto della loro giustiziabilità e come conseguenza della loro forma (che della giustiziabilità è reputata condizione)²⁶.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sentt. nn., 168/1963, 44/1968, 379/1992, cit.

²⁰ L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 378; G. FERRARI, voce *Consiglio superiore della Magistratura*, cit.; F. SORRENTINO, *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, cit.

²¹ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 154; in senso diverso, G. SERGES, *Sulla diretta impugnabilità degli atti del C.S.M. relativi allo «status» dei magistrati*, cit.

²² N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 49.

²³ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 295.

²⁴ G. FERRARI, voce *Consiglio superiore della Magistratura*, cit.

²⁵ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 295.

²⁶ Cfr., sul punto, F. SORRENTINO, *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, cit.

Questi passaggi denotano, in particolare, un incompleto approfondimento della natura non amministrativa, bensì costituzionale, delle funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura, le quali non sono state assegnate dalla legge per il perseguimento di un interesse pubblico dalla stessa individuato²⁷, ma sono state attribuite dalla Costituzione per l'attuazione dei principi e delle regole da essa stabiliti in materia di autonomia e indipendenza della magistratura.

La puntuale considerazione di questa differenza dovrebbe condurre a ritenere che il C.S.M. non svolge funzioni amministrative, ma esercita attribuzioni costituzionali, con la conseguenza che (a) non può dedursi la natura oggettivamente amministrativa dei suoi atti dalla connotazione amministrativa dei suoi poteri²⁸ (non essendo essi poteri amministrativi, ma attribuzioni costituzionali) e (b) se si qualificano organi amministrativi quelli che svolgono funzioni sostanzialmente amministrative, il C.S.M., in quanto esercita funzioni costituzionali, non è certamente un organo amministrativo (come invece ritenuto, ribaltando l'argomento, dalla giurisprudenza amministrativa²⁹).

La ritenuta "trasformazione" delle delibere del C.S.M. in atti amministrativi implicherebbe, invece, che la forma prescritta dalla legge per la delibera ne determini la natura giuridica, e dunque che sia la legge a conformare la natura degli atti assunti da un organo, qual è il C.S.M., istituito dalla Costituzione e le cui funzioni sono state da quest'ultima previste e disciplinate (degli atti, quindi, attraverso i quali il C.S.M. esercita il proprio ruolo costituzionale).

La valorizzazione del ruolo costituzionale del C.S.M. comporta, dunque, il riconoscimento della natura non amministrativa delle funzioni del Consiglio e la conseguente dissociazione di questa qualificazione dalle regole stabilite dalla legge in ordine alla forma dei provvedimenti consiliari.

Distinguere la previsione contenuta nell'art. 17, legge n. 195/1958, circa l'adozione in forma di decreto per gli atti del Consiglio dalla natura giuridica degli atti stessi consente di affermare l'impugnabilità dei decreti, anziché delle mere delibere, senza che ciò implichi né la degradazione di queste ultime a meri atti preparatori, né la riconducibilità dei primi alla categoria generale dei provvedimenti amministrativi.

²⁷ Secondo quanto puntualmente rilevato da F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., p. 28.

²⁸ Cfr. G.B. GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo impugnabile*, Milano, 1990, p. 89.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 1971, n. 567, in *Foro amm.*, 1971, p. 264 ss.

Del resto, se si ammette che la regola sulla forma degli atti consiliari prevista dall'art. 17 (e dunque: la loro adozione in forma di decreto) non ne implica l'assimilazione agli atti amministrativi *tout court*, poiché la natura giuridica dei provvedimenti del Consiglio deriva dal ruolo costituzionale che esso assume in forza della Costituzione (e non dalla forma che la legge ha attribuito ai suoi atti), la stessa questione sulla impugnabilità diretta delle delibere (e la distinzione fra esse e i provvedimenti destinati a contenerle) può essere molto semplificata.

Fin tanto che la forma di decreto è ritenuta lo strumento essenziale per garantire la giustiziabilità degli atti del C.S.M., infatti, si pone il problema della configurazione giuridica – e soprattutto della diretta impugnabilità – delle delibere consiliari, ossia dei provvedimenti del Consiglio Superiore intesi in senso formale.

Rispetto alla diretta impugnabilità, parte della dottrina ha tentato di circoscrivere la questione al tema della rilevanza esterna delle delibere consiliari, interpretando l'art. 17 come fondato sulla presunzione che esse, benché costituiscano la fonte sostanziale della lesione dedotta in giudizio, richiedano la forma del decreto perché inidonee, se non vengano in esso trasfuse, a generare un pregiudizio immediato³⁰.

Ma i profili sostanziali del problema restano indicativi di una incompiuta valorizzazione delle implicazioni del ruolo costituzionale del C.S.M. rispetto alla natura giuridica dei suoi atti.

Le tesi che hanno originariamente configurato le delibere del Consiglio Superiore della Magistratura come atti meramente preparatori³¹, allo scopo di evitare elusioni della necessaria giustiziabilità degli atti consiliari³², comportavano inevitabilmente una degradazione del ruolo costituzionale

³⁰ Cfr. C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 30; G. VOLPE, voce *Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 394; V. CARBONE, *La magistratura – Art. 110 Cost.*, cit., p. 125 ss.

³¹ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., p. 126 ss.; in giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. IV, 14 marzo 1962, n. 248, in *Giur. it.*, 1962, c. 241 ss.; 28 novembre 1962, n. 752, in *Giur. cost.*, 1962, p. 1609 ss.

³² Obiettivo peraltro vanificato allorché radicato sulla tesi della trasferibilità endoprocedimentale dei vizi (cfr. G. CUGURRA, *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 312), posto che in tal modo si ammetteva comunque che il vizio dell'atto procedimentale fosse sindacabile dal giudice amministrativo, sebbene attraverso l'espediente formale dell'impugnazione del decreto.

del C.S.M., imputando all'Esecutivo il contenuto precettivo dei provvedimenti del Consiglio³³.

È sotto questo profilo, in effetti, che la sentenza della Corte cost. n. 44/1968 ha negato la natura meramente preparatoria delle delibere consiliari, considerandola incompatibile con il ruolo costituzionale del C.S.M.

Tuttavia, la configurazione delle delibere del C.S.M. come atti a rilevanza esterna³⁴, abbinata all'assimilazione dei provvedimenti ministeriali alla generalità degli atti amministrativi, ha generato l'inadeguata qualifica delle delibere come provvedimenti amministrativi, da cui è conseguita la già descritta equiparazione del sindacato giurisdizionale delle prime a quello proprio dei secondi.

È dunque accaduto che proprio la qualificazione delle delibere consiliari come atti provvisti di efficacia esterna a prescindere dalla loro adozione in forma di decreto, qualificazione che astrattamente consegue alla valorizzazione del ruolo costituzionale del C.S.M., è stata il presupposto per la riconduzione di esse agli atti amministrativi *tout court*, che invece comporta (unitamente all'equiparazione del relativo sindacato giurisdizionale) la svalutazione di quello stesso ruolo.

Questa distorsione³⁵ è derivata dall'aver ridotto a un dilemma la correlazione tra la disciplina della impugnabilità dei provvedimenti del Consiglio (a propria volta conseguente dalle regole sulla forma) e la natura giuridica sostanziale di essi: assumendo come alternativa la configurazione del C.S.M. come organo amministrativo o come soggetto che si colloca fuori dalla gerarchia della pubblica amministrazione, si è ritenuto che ammettere la diretta impugnabilità degli atti, equivalendo al primo corno del dilem-

³³ Come rilevato da F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., p. 37. Cfr. anche G. SERGES, *Sulla diretta impugnabilità degli atti del C.S.M. relativi allo «status» dei magistrati*, cit., pp. 1912-1913.

³⁴ Per l'evoluzione giurisprudenziale v. V. CARBONE, *La magistratura – Art. 110 Cost.*, cit., p. 125, nonché le pronunce: Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 1982, n. 454, in *Cons. Stato*, 1982, p. 811 ss.; T.A.R. Lombardia – Milano, sez. I, 9 novembre 1985, n. 1090, in *T.A.R.*, 1986, p. 180 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 1986, n. 404, in *Cons. Stato*, 1986, p. 775 ss.; 14 novembre 1986, n. 729, in *Cons. Stato*, 1986, p. 1728 ss.; T.A.R. Puglia – Lecce, 24 novembre 1986, n. 376; T.A.R. Lazio, sez. I, 9 aprile 1988, n. 465, in *T.A.R.*, 1988, p. 1411 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 23 ottobre 1990, n. 805; 4 marzo 1992, n. 242; 30 settembre 1995, n. 759, in *Cons. Stato*, 1995, p. 210 ss.; 3 marzo 2006, n. 1035, in *Foro it.*, 2007, c. 425 ss. Sulla progressiva affermazione dell'impugnabilità diretta v. anche F. SORRENTINO, *Incertezze e contraddizioni del principio di leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3911.

³⁵ Su cui v. F. CUOCOLO, *Deliberazioni del C.S.M. e sindacato giurisdizionale*, cit.

ma, ne comportasse la necessaria assimilazione a tutti gli altri provvedimenti amministrativi (e che, viceversa, escludere questa assimilazione esigesse la inevitabile trasfusione delle delibere consiliari in provvedimenti dell'Esecutivo).

Ma questo dilemma³⁶ poggia su presupposti indimostrati: in particolare, sull'assioma che non si possano ammettere provvedimenti assoggettati al sindacato giurisdizionale *ex art. 24 Cost.* che non siano provvedimenti riconducibili alla generalità degli atti amministrativi.

Distinguendo, invece, la disciplina sulla forma degli atti dalle fonti che ne determinano la natura giuridica (e, come si è già osservato, l'art. 24 Cost., come regola impositiva della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, dall'art. 113 Cost., come norma sul sindacato degli atti amministrativi) diventa possibile separare il doveroso assoggettamento a controllo giudiziario degli atti del C.S.M. dalla delimitazione del sindacato giurisdizionale in termini diversi da quelli che valgono per gli atti amministrativi *tout court*.

Individuando nell'art. 24 Cost. (ma non anche nell'art. 113 Cost.) la fonte della soggezione al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M., e nell'art. 17 (ma non anche nell'art. 26 del t.u. sul Consiglio di Stato) la disciplina sulla giurisdizione degli stessi³⁷, i limiti al controllo giudiziario non possono essere tratti dalle norme legislative in materia di sindacato degli atti amministrativi, ma devono essere ricavati dal ruolo costituzionale del C.S.M., e dunque dalle norme costituzionali che concorrono a definirlo.

Correlativamente, configurare i provvedimenti del C.S.M. come atti distinti dalla generalità dei provvedimenti amministrativi non può comportarne la degradazione a categorie che determinano una svalutazione del ruolo costituzionale del Consiglio (come nel caso della categoria degli atti preparatori o della categoria delle proposte vincolanti³⁸, degli atti preparatori³⁹, dell'atto composto⁴⁰, degli atti che richiedono una fase integrativa

³⁶ Che alimentò anche i conflitti dei primi anni '70 sulla giurisdizione: cfr. Cons. Stato, sent. n. 567/1971, cit.; Cass., SS.UU., 7 ottobre 1972, n. 2918, in *Foro it.*, 1972, c. 2762 ss.; T.A.R. Lazio, sez. I, 8 giugno 1983, n. 491, *ivi*, 1983, c. 402 ss.

³⁷ Cfr. F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., p. 26.

³⁸ E. SPAGNA MUSSO, *Sulla sindacabilità degli atti del Consiglio superiore della Magistratura*, cit., p. 1617.

³⁹ A.M. SANDULLI, *Atti del Consiglio Superiore e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 5.

⁴⁰ F. CUOCOLO, *Deliberazioni del C.S.M. e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 253.

dell'efficacia⁴¹), poiché è da quest'ultimo ruolo che discende la natura giuridica degli atti consiliari, e non viceversa.

3. Profili della giurisprudenza amministrativa sul sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M.

L'assimilazione degli atti del C.S.M. alla generalità dei provvedimenti amministrativi ha condotto la giurisprudenza formatasi sulla questione a equiparare il relativo sindacato giurisdizionale a quello comunemente svolto sull'azione amministrativa.

Per conseguenza, insieme con la complessiva uniformazione del regime processuale⁴², l'ampiezza del controllo giudiziario sugli atti consiliari è stata estesa a tutti i vizi che la legge configura come propri degli atti amministrativi, e i suoi limiti sono stati identificati in quelli che valgono per il sindacato giurisdizionale dinnanzi alla discrezionalità amministrativa (in attuazione dello storico principio che vieta la sostituzione del giudice all'Amministrazione nella sua attività discrezionale).

Questa doppia e conseguente assimilazione non è tuttavia riconosciuta in modo espresso dalla giurisprudenza, che tende invece ad affrontare il problema dei limiti al sindacato degli atti del C.S.M. (come problema connesso alla particolare configurazione dell'organo) ritenendolo risolto sulla base degli stessi limiti che tale sindacato incontra se riferito a qualsivoglia atto amministrativo.

L'assimilazione fra i provvedimenti del C.S.M. e la generalità degli atti amministrativi (che è il presupposto per l'equiparazione dei relativi sindacati) non è quindi apertamente ammessa dalla giurisprudenza, che anzi mostra talora di riconoscere una specifica peculiarità agli atti consiliari, peculiarità che però le sentenze dichiarano di salvaguardare richiamando come confini del sindacato giurisdizionale gli stessi limiti che valgono per il controllo di tutti gli atti amministrativi⁴³.

⁴¹ G. MEALE, *Del sindacato giurisdizionale delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Rass. dir. pubbl.*, cit., p. 56.

⁴² Cfr. G. CUGURRA, *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 315.

⁴³ Fra gli esempi più recenti, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2011, n. 1880, che rileva quale vizio di illegittimità «*gli elementi sintomatici dell'eccesso di potere sotto il profilo*

Si genera in questo modo una contraddittoria torsione: l'antecedente logico dell'equiparazione dei giudizi (ossia l'assimilazione fra gli atti) è – implicitamente – negato perché sostituito dalla – esplicita – affermazione di una distinzione fra i provvedimenti; ma lo strumento per garantire la peculiare natura degli atti del C.S.M. è individuato nell'essere il relativo sindacato soggetto a limiti che sono in realtà gli stessi che gravano sul controllo giudiziario degli atti amministrativi generali (e il presupposto teorico negato implicitamente riaffiora, dunque, nella sostanza).

La giurisprudenza amministrativa, in questo senso, non si limita ad affermare la (ormai pacifica) soggezione necessaria dei provvedimenti del C.S.M. al sindacato giurisdizionale⁴⁴.

Vi sono infatti numerose statuizioni che riconoscono espressamente come sia «*del tutto coerente con la natura e la funzione dell'Organo di autogoverno la presenza di un margine insindacabile di valutazione e di apprezzamento discrezionale*»⁴⁵, giungendo a una percezione nitida dei caratteri che distinguono gli atti del Consiglio Superiore dai provvedimenti amministrativi, dato che i primi «*attuano le competenze costituzionali dell'organo di autogoverno e [...] concorrono alla garanzia dell'indipendenze ed autonomia della magistratura*»⁴⁶.

*della insufficiente motivazione a sostegno della ritenuta evidente prevalenza del profilo professionale del controinteressato»; analogamente, 10 gennaio 2012, n. 20; T.A.R. Lazio, sez. I, 23 febbraio 2012, n. 1893; 3 maggio 2010, n. 9133; 28 aprile 2010, n. 8672. Questa impostazione è stata avallata anche dalla Corte di Cassazione, che ha ritenuto non ecceda «i limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il CSM ha conferito un incarico direttivo, si astenga dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma annulli la suindicata deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il CSM ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare al posizione di contrapposti candidati». Cass., SS.UU., 2 marzo 2012, n. 3266; 9 novembre 2011, n. 23302, in *Foro amm. – CdS*, 2011, p. 3628 ss.*

⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 7112; 27 dicembre 2004, n. 8210; 2 novembre 2004, n. 7105, in *Foro amm. – CdS*, 2004, p. 3140 ss.; 22 giugno 2004, n. 4458, *ivi*, p. 1709 ss.; 7 giugno 2004, n. 3584, *ivi*, p. 1643 ss.; 9 ottobre 2002, n. 5366, in *Cons. Stato*, 2002, p. 2164 ss.; 26 settembre 2001, n. 5080, in *Foro amm.*, 2001, p. 2349 ss.; 13 dicembre 1999, n. 1872, in *Cons. Stato*, 1999, p. 2060 ss.; 7 aprile 1998, n. 555, in *Foro amm.*, 1998, p. 1013 ss.; 3 febbraio 1996, n. 111.

⁴⁵ T.A.R. Lazio, sez. I, 20 settembre 2005, n. 7216.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2005, n. 5047.

Si rinviene quindi una puntuale ricostruzione degli atti del C.S.M. come provvedimenti che costituiscono attuazione non di una funzione amministrativa, ma di una attribuzione costituzionale.

Da questa premessa, tuttavia, non è tratta una ricostruzione specifica dei limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M. (che possa differenziarlo da quello relativo, invece, ai provvedimenti amministrativi), limitandosi la giurisprudenza ad affermare che esso, in conseguenza della particolare natura del potere discrezionale esercitato dal Consiglio, va circoscritto «*all'accertamento estrinseco della legittimità dell'atto, cioè al riscontro dell'esistenza dei presupposti, alla congruità della motivazione, nonché all'esistenza del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusioni*»⁴⁷.

I caratteri del sindacato giurisdizionale sugli atti consiliari che questo orientamento presenta come conseguenti alla particolare natura dei provvedimenti del C.S.M. sono però del tutto sovrapponibili alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, non valendo dunque a distinguere il sindacato sugli atti consiliari da quello svolto su qualunque altro provvedimento amministrativo.

Ciò a cui questo orientamento ha indotto è quindi stata la progressiva riduzione delle attribuzioni costituzionali del Consiglio a mere funzioni amministrative (posto che, come si chiarirà⁴⁸, l'eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo è un vizio delle seconde e non delle prime), equiparandone l'ampiezza del sindacato giurisdizionale e, in particolare, consentendo lo svilupparsi di una profonda e penetrante cognizione proprio delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Esistono, invero, posizioni giurisprudenziali che hanno talora attratto il carattere discrezionale delle funzioni esercitate dal C.S.M. nell'ambito del merito amministrativo, deducendone una più consistente delimitazione del sindacato giurisdizionale.

Ma anche questi orientamenti, sebbene abbiano di fatto condotto a una restrizione del controllo giudiziario sui provvedimenti consiliari, restano concettualmente ancorati alla configurazione dell'attività del Consiglio Superiore come esercizio di una funzione amministrativa, distinguendosi dalle tesi che spingono il sindacato sino alla valutazione dell'eccesso di potere solo nella parte in cui qualificano come attività di merito, anziché discrezionale, quella che il C.S.M. svolge nell'attuazione dei propri compiti, ma

⁴⁷ Id., 10 luglio 2007, n. 3893, in *Foro it.*, 2007, c. 513 ss.

⁴⁸ V. *infra*, paragrafo 5.

uniformandosi a quelle tesi nella parte in cui entrambe presuppongono l'assimilazione delle attribuzioni costituzionali del Consiglio a mere funzioni amministrative (e, quindi, gli atti consiliari a provvedimenti amministrativi).

In questo senso, restano circoscritte nell'orizzonte teorico delle funzioni amministrative (come denota lo stesso uso indistinto del concetto di "discrezionalità amministrativa") anche le pronunce che definiscono il potere del C.S.M. in materia di trasferimento dei magistrati «*ampiamente discrezionale*»⁴⁹, o che riconducono «*la valutazione in ordine alla gravità, al rilievo e allo spessore dei comportamenti negativi*» alle «*valutazioni discrezionali, di pieno merito, demandate all'Organo di autogoverno*»⁵⁰.

Eguale fondate sull'esercizio discrezionale di una funzione amministrativa risultano inoltre le sentenze in cui la giurisprudenza ha precisato che il C.S.M. «*esercita un potere discrezionale che incide su interessi di rango elevato e che involge valutazioni particolarmente complesse, che attengono alla professionalità, competenza ed attitudine dei magistrati. Sono valutazioni che attuano le competenze costituzionali dell'organo di autogoverno e che concorrono alla garanzia dell'indipendenza ed autonomia della magistratura. Si tratta, inoltre, di una discrezionalità che presuppone giudizi connotati da alto grado di soggettività e ciò vale, di per sé, a circoscrivere il sindacato giurisdizionale nei limiti della manifesta irragionevolezza od illogicità della conclusione*»⁵¹, ove si coglie la già osservata torsione fra la configurazione dei provvedimenti consiliari come strumenti per l'attuazione di principi costituzionali e la delimitazione del relativo sindacato in termini identici a quelli che interessano la generalità dei provvedimenti amministrativi.

È attraverso questa breccia che i ricordati tentativi di attrarre l'esercizio delle attribuzioni del C.S.M. nell'alveo del merito amministrativo sono progressivamente confluiti nell'orientamento che ha esteso il sindacato giurisdizionale all'apprezzamento dell'eccesso di potere.

L'orientamento giurisprudenziale più risalente, che deduceva dall'afferenza al merito dei provvedimenti consiliari un limite all'estensione del sindacato giurisdizionale⁵², è divenuto quindi progressivamente minorita-

⁴⁹ Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 712.

⁵⁰ Id., 7 giugno 2005, n. 2921.

⁵¹ Id., sent. n. 5047/2005, cit.; v. anche Id., 5 dicembre 2005, n. 6912; T.A.R. Lazio, sez. I, 21 settembre 2006, n. 9084.

⁵² Id., sez. II, 1° marzo 1977, n. 99; sez. IV, 6 luglio 1982, n. 454.

rio, rimanendo isolate le pronunce secondo cui «*la configurazione del giudizio di legittimità nel vigente ordinamento preclude al g.a. di sindacare la valutazione di merito del Consiglio superiore della magistratura circa l' idoneità dei fatti posti a base del provvedimento di trasferimento a determinare nella sede giudiziaria considerata una situazione pregiudizievole per il prestigio dell'ordine giudiziario*»⁵³.

La giurisprudenza maggioritaria si è infatti attestata sulla tesi secondo cui, se per un verso «*la valutazione delle attitudini e dell' idoneità dei magistrati a ricoprire un posto direttivo o semidirettivo messo a concorso è espressione di un' ampia valutazione discrezionale che, come tale, impinge nel merito dell'azione amministrativa e conseguentemente è sottratta al sindacato giurisdizionale*»⁵⁴, restano per altro verso «*salvi i casi di palese irragionevolezza, travisamento dei fatti ovvero arbitrarietà*»⁵⁵.

In questo modo, la puntualizzazione del confine che distingue la discrezionalità dal merito amministrativo è resa evanescente, perché il sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. è comunque trattenuto nel primo ambito, contribuendo al consolidarsi dell'orientamento che estende in modo esplicito il controllo giudiziario sui provvedimenti consiliari al vizio di eccesso di potere, come evidenzia l'argomentazione che ambiguamente correla, da una parte, il fatto che «*le deliberazioni con le quali il Consiglio superiore della magistratura propone il conferimento di uffici direttivi e superiori ai magistrati sono espressione di attività amministrativa ampiamente discrezionale*»⁵⁶, e, dall'altra parte, la necessità «*che il riscontro di legittimità operabile dal g.a. non possa trasmodare oltre il vaglio dei difetti degli atti stessi suscettibili di concretizzare il vizio di eccesso di potere, e ciò fermo restando, specie ove si tenga conto della particolare posizione ordinamentale del Consiglio Superiore, che in nessun modo il sindacato giurisdizionale può impingere nel merito della scelta discrezionale fatta propria dall'organo di autogoverno*»⁵⁷.

Le affermazioni più nette circa la piena coerenza «*con la natura e la funzione dell'Organo di autogoverno la presenza di un margine insindacabile di valutazione e di apprezzamento discrezionale dei requisiti dei vari candida-*

⁵³ Id., sent. n. 712/2005, cit.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2007, n. 524.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Id., 5 dicembre 2006, n. 7112.

⁵⁷ *Ibidem*; cfr. anche T.A.R. Lazio, sez. I, 19 gennaio 2007, n. 356.

ti»⁵⁸ sono state stemperate nelle versioni che subordinano la sottrazione al sindacato giurisdizionale delle valutazioni del C.S.M. alla condizione che esse «siano adeguatamente motivate e sorrette da un'adeguata istruttoria e da una esatta rappresentazione dei fatti»⁵⁹, aprendo un largo canale al sindacato dell'eccesso di potere.

Questa estensione del sindacato giurisdizionale (conseguenza dell'assimilazione dei provvedimenti del Consiglio Superiore agli atti amministrativi, e quindi della degradazione delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. a mere funzioni amministrative) ha così determinato lo svilupparsi della diffusa giurisprudenza sui caratteri sostanziali delle delibere consiliari⁶⁰.

Lungo questo percorso, il sindacato giudiziario si è spinto a valutare la graduazione tra i vari elementi di valutazione dei magistrati ai fini del conferimento di un incarico, sino al punto di prescrivere il «progressivo ridimensionamento del requisito dell'anzianità»⁶¹.

All'ampliamento del sindacato giurisdizionale verso il rilievo delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere è perciò corrisposto un penetrante ingresso delle decisioni giudiziarie nelle questioni concernenti gli stessi criteri decisionali sottesi ai provvedimenti del Consiglio Superiore⁶².

Questa dilatazione del sindacato ha condotto il giudice amministrativo a indicare le modalità della comparazione fra gli elementi di valutazione⁶³, a intervenire sui parametri per l'attribuzione dei punteggi relativi ai requisiti dell'attitudine, del merito e dell'anzianità⁶⁴, a stabilire il contenuto sostanzia-

⁵⁸ Id., 22 febbraio 2006, n. 1370; cfr. anche Id., 21 settembre 2006, n. 9097; 29 settembre 2005, n. 7629.

⁵⁹ Cons. Stato, sent. n. 1035/2006, cit.

⁶⁰ Su cui v. le rassegne contenute in V. POLI, *Il conferimento di incarichi direttivi ai magistrati ordinari nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (anni 1994-1998)*, in *Foro it.*, 1998, c. 421 ss.; G. SANTALUCIA, *Consiglio superiore della magistratura e giustizia amministrativa*, in *Quest. giust.*, 2008, maxime p. 51; L. SALVATO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura e l'incerta sorte del conferimento degli uffici direttivi*, in *Giust. civ.*, 2001, maxime pp. 3142-3143.

⁶¹ Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 1998, n. 749, in *Foro amm.*, 1998, p. 1358 ss.; cfr. anche 12 marzo 1996, n. 320, *ivi*, 1996, p. 840 ss.; 17 gennaio 1995, n. 15, *ivi*, 1995, p. 33 ss.

⁶² Cfr., *ex multis*, Id., 19 giugno 2007, n. 3299; 30 dicembre 2006, n. 8264; 20 marzo 2006, n. 1465; 7 giugno 2004, n. 3584; 5 agosto 2003, n. 4538; 9 dicembre 2002, n. 6670; 30 settembre 2002, n. 5063; 31 marzo 2000, n. 1876.

⁶³ Id., 15 maggio 2000, n. 2715, in *Cons. Stato*, 2000, p. 1201 ss.; sent. n. 1872/1999, cit.; sent. n. 749/1998, cit.

⁶⁴ Id., 19 dicembre 1994, n. 1033, in *Cons. Stato*, 1994, p. 1691 ss.

le delle doti attitudinali e a specificarne le modalità di accertamento⁶⁵.

Il controllo giudiziario sugli atti del C.S.M. si è così spinto a definire il concetto di “capacità organizzativa” di un ufficio giudiziario⁶⁶, rilevandone gli indici utili all'accertamento, e a declinare le funzioni idonee ad attestare le attitudini all'attribuzione di uffici direttivi specializzati⁶⁷, sino a fissare i limiti entro cui è possibile valorizzare il pregresso esercizio di funzioni giudicanti o requirenti in riferimento al tipo di ufficio direttivo da conferire⁶⁸.

Nei suoi esiti più recenti, questa evoluzione è approdata a ritenere che «costituisce *ius receptum* [...] il principio secondo il quale le deliberazioni con cui il Consiglio superiore della magistratura conferisce uffici direttivi ai magistrati, ancorché espressione di attività amministrativa ampiamente discrezionale, non si sottraggono al sindacato giurisdizionale, quanto meno sotto il profilo della esistenza dei presupposti e della congruità della motivazione, nonché dell'accertamento del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni; fermo restando che il riscontro di legittimità che il giudice deve svolgere è soltanto quello che può eventualmente emergere da gravi difetti degli atti stessi (sviamento di potere, travisamento dei fatti, contraddizione, illogicità), che possono tutti concretizzare il vizio di eccesso di potere»⁶⁹.

L'evoluzione della giurisprudenza amministrativa sugli atti del C.S.M. (che secondo alcuni risolti giudizi ha condotto ad «affidare ai giudici amministrativi la possibilità di sovrapporre le loro scelte a quelle del Consiglio»⁷⁰) ha quindi ampliato il sindacato giurisdizionale estendendolo sino alla piena cognizione dell'eccesso di potere, sulla base dell'implicito presupposto della sostanziale assimilazione dei provvedimenti consiliari agli atti che costituiscono esercizio di una mera funzione amministrativa, pre-

⁶⁵ Id., 2 luglio 1997, n. 801, in *Foro amm.*, 1997, p. 1935 ss.; v. anche T.A.R. Lazio, sez. I, 12 giugno 1995, n. 1063, *ivi*, 1995, p. 2785 ss.

⁶⁶ Cons. Stato., sent. n. 749/1998, cit.; 27 aprile 1998, n. 674, in *Foro it.*, 1998, c. 421 ss.; 3 febbraio 1996, n. 111, in *Foro amm.*, 1996, p. 426 ss.; 9 gennaio 1996, n. 31, *ivi*, p. 57 ss.; 9 maggio 1994, n. 404, *ivi*, 1994, p. 1090 ss.

⁶⁷ Id., sent. n. 2715/2000, cit.

⁶⁸ Id., 5 ottobre 1998, n. 1287, *ivi*, 1998, p. 502 ss.

⁶⁹ T.A.R. Lazio, sent. n. 1370/2006, cit.

⁷⁰ M. PASSARO, *Indipendenza del CSM e sindacato sui suoi atti*, in P. CIARLO-G. PITRUZZELLA-R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, p. 271; v. anche L. SALVATO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura e l'incerta sorte del conferimento degli uffici direttivi*, cit., p. 3143.

supposto che indebolisce la valorizzazione del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore.

4. *Caratteri della giurisprudenza costituzionale sui limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M.*

L'estendersi del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti consiliari sino alla valutazione dell'eccesso di potere è anche stato alimentato da alcune affermazioni contenute nella giurisprudenza costituzionale a proposito dei limiti gravanti su questo stesso sindacato.

L'incompleta ricostruzione del ruolo del Consiglio Superiore della Magistratura nella sent. n. 72/1991 ha inizialmente contribuito – almeno in parte, come si è già osservato⁷¹ – a questa evoluzione.

In quella pronuncia la Corte ha infatti dedotto dalla riserva di legge contenuta nell'art. 108 Cost. l'esigenza di garantire lo *status* di indipendenza della magistratura anche con riguardo al «*momento dell'investitura in tali funzioni, ivi compresa la nomina dei magistrati negli uffici direttivi*»⁷².

Dall'interpretazione della legge – cui l'art. 108 Cost. riserva la disciplina dell'ordinamento giudiziario – come fonte strumentale all'esercizio delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. la Corte ha tratto l'esigenza che essa si astenga da una predeterminazione dei criteri per l'assegnazione degli incarichi «*in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati*»⁷³.

Ne consegue il riconoscimento di una discrezionalità del Consiglio Superiore che precede la disciplina dettata dalla legge, e che anzi è idonea a resistere ad essa, in quanto funzionale all'esercizio delle attribuzioni costituzionali che spettano al Consiglio stesso per la garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura.

Dal fatto che il ruolo costituzionale del C.S.M. implichi un ambito deci-

⁷¹ Cfr. *retro*, CAPITOLO TERZO, paragrafo 4.

⁷² Corte cost., sent. n. 72/1991, cit.

⁷³ *Ibidem*.

sionale caratterizzato da un'autonomia discrezionale non tangibile dal legislatore si dovrebbe quindi trarre una distinzione (concettuale, ma in grado di condizionare direttamente l'interpretazione giuridica) tra la discrezionalità che spetta al Consiglio nell'esercizio delle proprie attribuzioni costituzionali e la discrezionalità amministrativa come categoria dell'azione amministrativa, configurandosi, la prima, come caratteristica dell'attività decisoria che costituisce attuazione delle funzioni costituzionali (e che, come tale, non può essere integralmente compressa da una esaustiva predeterminazione legislativa), mentre, la seconda, come modalità dell'agire amministrativo che, al contrario, consiste nella scelta fra i molteplici strumenti, tutti consentiti dalla legge, idonei al perseguimento dell'interesse pubblico⁷⁴ (distinguendosi, perciò, dal merito amministrativo inteso come valutazione degli interessi assistita da un giudizio assiologico, e perciò coincidente con l'area delle scelte di opportunità⁷⁵).

L'implicazione logica dell'argomentazione svolta dalla Corte nella sent. n. 72/1991 avrebbe potuto consistere nella distinzione esplicita fra attribuzioni costituzionali e funzioni amministrative, le une poste dalla Costituzione a presidio dei principi costituzionali, le seconde determinate dalla legge per la cura in concreto di specifici interessi pubblici.

Il mancato riconoscimento di questa implicazione ha permesso l'affermarsi (ancorché generalmente implicito) della tesi opposta, ossia dell'assimilazione delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. alle funzioni amministrative (da cui è conseguita, come si è visto, l'equiparazione dei provvedimenti del Consiglio alla generalità degli atti amministrativi e il derivante uniformarsi del relativo sindacato giurisdizionale).

Un contributo teorico esplicito a questa assimilazione è stato colto da una parte della dottrina nella giurisprudenza costituzionale sul conflitto di attribuzioni legato alla titolarità del potere di ottemperanza rispetto ai provvedimenti giudiziari pronunciati nei confronti del C.S.M.

⁷⁴ Cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, *maxime* pp. 42-43, 68; in argomento, *ex multis*, F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.

⁷⁵ Cfr. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e Amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2003; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994. In argomento, v. anche Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156, in *Foro amm.* – CdS, 2002, p. 2505 ss.

Dalle argomentazioni sviluppate dalla Corte nelle sentt. nn. 419 e 435/1995⁷⁶ è stata infatti talora ricavata l'inclusione del Consiglio Superiore nell'insieme degli organi amministrativi⁷⁷, riesumando la pregressa questione già affrontata, negativamente, dalla stessa giurisprudenza costituzionale⁷⁸.

Le ragioni di questa deduzione si fondavano sulla presunzione (a propria volta ancorata alle teorie del commissario *ad acta* come organo necessariamente preposto all'adozione di atti amministrativi) che esista una connessione insolubile fra il potere di ottemperanza e la natura giuridica di organo amministrativo, talché l'imposizione del dovere di conformarsi alle decisioni giudiziarie presupponga necessariamente la natura amministrativa dell'organo che vi è soggetto.

A questa conclusione potevano in effetti indurre anche alcuni passaggi della giurisprudenza costituzionale, nelle quali la Corte adotta formule che incorporano il lemma "*amministrazione*" come se avesse scientemente accolto il presupposto dell'assimilazione fra C.S.M. e organo amministrativo (il che, paradossalmente, avrebbe potuto escludere in radice l'ammissibilità del conflitto di attribuzioni).

In realtà, il potere di commissariamento (e l'ammissibilità del giudizio di ottemperanza) si fondano più semplicemente sulla soggezione del Consiglio Superiore della Magistratura alla legge sull'ordinamento giudiziario, individuata dall'art. 105 Cost. come la fonte che disciplina l'esercizio delle attribuzioni costituzionali che la Costituzione stessa ha assegnato al Consiglio (secondo la ricostruzione sviluppata dalla medesima Corte nella citata sent. n. 72/1991).

Se, dunque, il C.S.M. è tenuto all'osservanza della legge sull'ordinamento giudiziario, *ex art. 105 Cost.*, esso deve conformarsi anche alle decisioni giudiziarie che ne costituiscono attuazione, con la conseguenza che la soggezione alla legge si tramuta, come di regola, in quella ai provvedimenti giurisdizionali che la applicano.

Non vi è dunque la necessità teorica di ricavare da questa soggezione (o di identificare come suo presupposto) l'afferenza del Consiglio Superiore all'Amministrazione, posto che la natura giuridica dell'organo è determina-

⁷⁶ Corte cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3147 ss.; 15 settembre 1995, n. 435, *ivi*, p. 3420 ss.

⁷⁷ Cfr. M. MIDIRI, *Deliberazioni del CSM e sindacato giurisdizionale*, cit.

⁷⁸ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 44/1948, cit.; 142/1973, cit.; 148/1993, cit.

ta dalla fonte che provvede a istituirlo, ed essendo stato largamente chiarito che la Costituzione non ha configurato il C.S.M. come un organo amministrativo⁷⁹.

La soggezione del Consiglio Superiore alla legge, e quindi alle decisioni giudiziarie che ne costituiscono attuazione, è del resto un corollario della necessaria sottoposizione a sindacato giurisdizionale di tutti gli atti dell'ordinamento, imposta dall'art. 24, senza che da ciò consegua – come si è osservato – l'assimilazione di questo sindacato a quello che riguarda la generalità degli atti amministrativi.

In particolare, dalla sottoposizione degli atti del C.S.M. alla legge *ex art. 105 Cost.* (principio che costituisce il nucleo effettivo della giurisprudenza costituzionale del 1995) deriva necessariamente la soggezione dei medesimi al sindacato per violazione di legge.

Invece, dal riconoscimento della incomprimibile sfera discrezionale, resistente anche alla legge stessa (secondo il principio affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 72/1991), che al Consiglio spetta in conseguenza del suo ruolo costituzionale, discende l'inammissibilità del sindacato per eccesso di potere: proprio perché anche il C.S.M. deve adeguarsi alle decisioni del giudice, non può infatti ammettersi che queste decisioni comprmano la sfera di discrezionalità più di quanto sia consentito alla legge stessa (il che equivale a riconoscere che, come la legge non può deformare l'ambito decisionale del Consiglio Superiore, così non può fare nemmeno la decisione giudiziaria).

Una lettura sistematica e analitica della giurisprudenza costituzionale sul sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M. avrebbe quindi potuto approdare a ricostruirne i limiti in forma molto puntuale: i provvedimenti del Consiglio sono certamente soggetti a controllo giudiziario *ex art. 24 Cost.* (come chiarito dalla Corte nella sent. n. 44/1968), e sono anche tenuti a rispettare la legge, *ex art. 105 Cost.* (come deducibile dalla soggezione del C.S.M. al potere di ottemperanza, secondo quanto affermato dalla Corte nelle sentenze del 1995); ma poiché la legge costituisce strumento di disciplina delle attribuzioni costituzionali del Consiglio, e non ne è invece la fonte, essa non può spingersi a circoscrivere la discrezionalità che il C.S.M. possiede nell'esercitare le proprie attribuzioni (come puntualizzato dalla sent. n. 72/1991), il che comporta che il sindacato giurisdizionale può certamente rilevare la violazione di legge, ma non può essere esteso a valutare

⁷⁹ Cfr. *retro*, CAPITOLO TERZO.

le eventuali e ritenute figure sintomatiche dell'eccesso di potere (essendo incompatibile con l'intangibilità di quella sfera discrezionale una verifica del giudice amministrativo circa la modalità del suo esercizio).

La giurisprudenza costituzionale ha però manifestato, di recente, una posizione radicalmente opposta, giungendo ad affermare in modo espresso proprio l'ammissibilità del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere.

Con la sent. n. 457/2002 la Corte costituzionale ha infatti esplicitamente ritenuto che «*davanti al giudice amministrativo può venire in considerazione non solo la violazione di legge ma anche l'eccesso di potere*»⁸⁰.

La pronuncia della Corte (che conclude nel senso della non fondatezza della questione) è resa con riguardo a un dubbio di legittimità costituzionale concernente l'impossibilità per il magistrato sottoposto al procedimento di trasferimento d'ufficio di farsi assistere da un avvocato.

La Corte esclude che tale procedimento abbia carattere giurisdizionale (diversamente da quanto avviene per i procedimenti disciplinari), individuandone la natura amministrativa nella configurazione che ad esso deriva dagli atti organizzativi del medesimo C.S.M., che «*ha adottato uno schema tipico del procedimento amministrativo*»⁸¹.

Di qui la tesi secondo cui la mancata previsione dell'assistenza legale non è destinata a incidere sul diritto di difesa del magistrato interessato, il quale, come durante il procedimento può esercitare i diritti di partecipazione nel relativo contraddittorio, così, dopo la sua adozione, può ricorrere all'impugnazione giurisdizionale, soddisfacendo questo meccanismo «*quella ampiezza di tutela giurisdizionale, coesistente allo Stato di diritto, nei confronti delle possibili violazioni di legge da parte del Consiglio superiore della magistratura*»⁸².

È a questo proposito che la Corte inserisce, in ambigua connessione con la «*ampiezza di tutela giurisdizionale, coesistente allo Stato di diritto*», il riferimento ai vizi deducibili, rilevando la possibilità, per il magistrato interessato, di eccepire dinnanzi al giudice amministrativo anche l'eccesso di potere, «*il quale, denunciato in alcuna delle sue figure sintomatiche, consente al giudice un penetrante sindacato sul provvedimento di trasferimento di ufficio per incompatibilità ambientale*»⁸³.

⁸⁰ Corte cost., 4 novembre 2002, n. 457, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3792 ss.

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Ibidem.*

L'assimilazione dei provvedimenti del C.S.M. agli atti amministrativi ha dunque contagiato integralmente la prospettiva della Corte: ha natura amministrativa il procedimento per trasferimento d'ufficio ed è conforme al giudizio sugli atti amministrativi l'impugnazione che il magistrato può proporre, essendo quindi del tutto equiparato anche il penetrante sindacato giurisdizionale che il giudice può svolgere sulla decisione consiliare.

Rimane in secondo piano, in questa ricostruzione, il nesso fra l'auto-sufficienza della partecipazione personale al procedimento e la garanzia di poter stimolare, nel successivo giudizio, un sindacato alquanto profondo sull'atto, essendo perciò difficile da sostenere che l'ampiezza del controllo giudiziario esteso all'eccesso di potere costituisca una delle condizioni in grado di evitare che l'assenza di una difesa tecnica nel procedimento costituisca una lesione dei diritti individuali del magistrato interessato.

Tuttavia, la connotazione fortemente evocativa di questo nesso è stata letta dalla dottrina come il riconoscimento dell'estensione del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. anche ai vizi di eccesso di potere⁸⁴ (e dunque come l'insussistenza di limiti in grado di confinare questo sindacato entro un ambito più ristretto di quello che riguarda la generalità degli atti amministrativi).

Ma che la pienezza di tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti consiliari presupponga l'estensione del relativo sindacato anche all'eccesso di potere rimane una tesi indimostrata (non solo nella giurisprudenza costituzionale), che in parte continua a poggiare, come una *vulgata*, sull'implicita sovrapposizione fra il diritto alla difesa in giudizio *ex art. 24 Cost.* e la garanzia dell'impugnabilità dei provvedimenti amministrativi *ex art. 113 Cost.*

5. La distinzione tra funzioni amministrative e attribuzioni costituzionali e la teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione.

L'individuazione dei limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. è comunemente avvenuta prescindendo dalla distinzione fra attribuzioni costituzionali e funzioni amministrative.

⁸⁴ Cfr. L. SALVATO, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura e l'incerta sorte del conferimento degli uffici direttivi*, cit.

L'assimilazione dei provvedimenti del Consiglio alla generalità degli atti amministrativi (da cui è derivata l'equiparazione del sindacato giurisdizionale e, in particolare, la sua estensione alla cognizione dell'eccesso di potere) si fonda infatti sul presupposto che essi costituiscano esercizio di una funzione amministrativa, o, comunque, che non si ponga un'alterità sostanziale tra la categoria delle funzioni amministrative e le attribuzioni che la Costituzione ha assegnato al C.S.M., che di quella categoria sarebbero perciò una specie⁸⁵.

Il ruolo costituzionale del Consiglio Superiore implica, invece, la configurazione delle sue funzioni come attribuzioni costituzionali, in quanto riconducibili a poteri che la Costituzione ha direttamente attribuito all'organo al fine dell'attuazione di principi e regole della stessa Costituzione⁸⁶.

La qualificazione del C.S.M. come organo di garanzia della autonomia e indipendenza della magistratura, progressivamente elaborata dalla dottrina e con il tempo riconosciuta anche dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁷, comporta infatti che i compiti assegnati al Consiglio stesso dalla Costituzione appartengano alla categoria delle attribuzioni costituzionali.

Alla stessa conclusione ha del resto concorso la giurisprudenza della Corte costituzionale che ha distinto le attribuzioni del Consiglio Superiore da quelle che riguardano l'ordine giudiziario e i singoli magistrati, conducendo a delineare il ruolo del C.S.M. nei termini di un organo di garanzia le cui funzioni sono preordinate «*all'inveramento del disegno tracciato nel Titolo IV attraverso la tutela dell'autonomia e indipendenza della magistratura ordinaria*»⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. al riguardo G. CUGURRA, *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 322; G.B. GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo impugnabile*, cit.

⁸⁶ V. al riguardo R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996; S. BARTOLE, *La Corte e i poteri*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, p. 191 ss.; A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 168 ss.

⁸⁷ V., sul tema, *retro*, CAPITOLO TERZO.

⁸⁸ C. SALAZAR, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 7; v. anche G. SILVESTRI, *Relazione al Convegno su "Il ruolo del C.S.M. Esperienze e prospettive"*, cit.; per la giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., sentt. nn. 44/1968, cit.; 142/1973, cit.; 148/1983, cit.; 379/1992, cit.; 380/2003, cit.

La natura costituzionale (e non meramente amministrativa) delle attribuzioni del C.S.M. costituisce inoltre il fondamento dell'ammissibilità dei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato dei quali esso è parte: non tanto sulla base dell'orientamento più recente che ritiene sussistere la legittimazione al conflitto anche laddove le funzioni di cui l'organo è titolare siano disciplinate dalla legge ordinaria ma assumano uno specifico rilievo costituzionale⁸⁹, quanto in ragione del più consolidato principio per cui l'esistenza di attribuzioni assegnate dalla Costituzione (unitamente alla posizione di indipendenza quale presupposto per l'esercizio definitivo del potere, secondo quanto imposto dalla legge n. 87/1953) determinano la configurazione di un potere dello Stato⁹⁰.

In questo senso, la Corte costituzionale ha chiarito espressamente, a partire dagli anni '90 e proprio in sede di giudizio di ammissibilità sul conflitto tra poteri dello Stato, che «*quella conferita al Consiglio superiore della magistratura in ordine allo status dei magistrati (art. 105 Cost.)*»⁹¹ è «*una attribuzione costituzionalmente garantita*»⁹², riconoscendo che «*il Consiglio superiore della magistratura è l'organo direttamente investito delle funzioni previste dall'art. 105 della Costituzione e il solo competente a esercitarle in via definitiva e in posizione di indipendenza da altri poteri dello Stato, ai sensi dell'art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953*»⁹³.

La configurazione delle funzioni del C.S.M. come attribuzioni costituzionali, conseguenza (o versante funzionale) del suo ruolo costituzionale, rappresenta un elemento essenziale ai fini della ricostruzione dei limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti.

In particolare, la distinzione tra le attribuzioni costituzionali del Consiglio e la categoria delle funzioni amministrative costituisce l'antecedente teorico per escludere che il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti consiliari possa estendersi sino alla cognizione dell'eccesso di potere, essendo quest'ultimo (nella forma sindacabile dal giudice amministrativo) un

⁸⁹ Su cui v. p.e. S. NICCOLAI, *Quando nasce un potere*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1673 ss.

⁹⁰ V., p.e., Corte cost., ord. 22 novembre 2000, n. 530, in *Foro it.*, 2001, c. 371 ss., con cui è stato giudicato ammissibile il conflitto d'attribuzioni proposto dalla sezione disciplinare del C.S.M. contro il Senato avverso una deliberazione di insindacabilità a favore di un magistrato fuori ruolo in aspettativa per mandato parlamentare in ragione sia della «*attribuzione costituzionalmente spettante*» al Consiglio, sia della sua «*posizione di indipendenza*».

⁹¹ Corte cost., ord. 15 aprile 1992, n. 184.

⁹² *Ibidem.*

⁹³ Id., sent. n. 379/1992, cit.

vizio tipico della funzione amministrativa, il quale, allorché riguarda un'attribuzione costituzionale, sfugge alla cognizione giurisdizionale amministrativa.

Il ruolo costituzionale del C.S.M. incide quindi sull'identificazione dei limiti cui è soggetto il sindacato giurisdizionale dei suoi atti almeno per un duplice profilo:

a) in primo luogo, perché la sfera di discrezionalità che connota le attribuzioni costituzionali, come non può essere assorbita da una predeterminazione esaustiva da parte della legge (come rilevato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 72/1991), così non può essere intaccata da un sindacato sull'eccesso di potere, sindacato che, avendo ad oggetto le modalità di esercizio del potere non predeterminate dalla legge (ossia l'esercizio della discrezionalità amministrativa⁹⁴), non può riguardare l'ambito decisionale non *predeterminabile* dalla legge (dovendosi altrimenti ammettere il paradosso che la discrezionalità intangibile per la legge non è tale per il giudice amministrativo);

b) in secondo luogo, perché l'eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo è solo quello che interessa le funzioni amministrative, e dunque – in questa forma – esso non è riscontrabile nei provvedimenti del C.S.M., che costituiscono invece esercizio di una attribuzione costituzionale.

La fortunata tesi sviluppata da Feliciano Benvenuti sull'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa⁹⁵ avrebbe dunque potuto valere ad escludere la configurabilità stessa di questo vizio nei provvedimenti mediante i quali viene esercitata una funzione costituzionale.

Posto che la funzione amministrativa s'identifica nel complesso di poteri attribuiti dalla legge (e non dalla Costituzione) a un organo dalla medesima creato al fine di provvedere alla cura in concreto di uno o più interessi pubblici che la legge stessa ha selezionato⁹⁶ (e non, dunque, allo scopo di

⁹⁴ V., in questo senso, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939, p. 52 ss., ora anche in ID., *Scritti*, Milano, 2000, p. 387 ss.; sulle varie, e anche alternative, ricostruzioni concettuali della discrezionalità (argomento che non può qui essere affrontato), v. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

⁹⁵ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 3 ss.

⁹⁶ Cfr., p.e., F.G. SCOCA, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 5.

garantire e attuare principi e regole costituzionali), la sussistenza di un vizio per eccesso di potere è costitutivamente legata alle modalità con cui l'organo esercita tale funzione.

Nella dogmatica del diritto amministrativo, infatti, l'aver trasferito i vizi del provvedimento a quelli dell'esercizio del potere ha comportato un indissolubile legame tra la legittimità dell'atto e l'interesse pubblico in vista del cui soddisfacimento la legge ha attribuito il potere (di cui l'atto stesso costituisce esercizio)⁹⁷.

È infatti l'interesse pubblico, divenuto canone di validità del provvedimento, il parametro in base al quale verificare tutte le violazioni che riguardano l'esercizio della discrezionalità amministrativa, incluse quelle non direttamente attinenti al vincolo di scopo⁹⁸.

In questo senso, il vizio di eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo resta soltanto quello misurabile adottando come criterio di validità l'interesse pubblico cui il potere stesso è preordinato: in assenza di questo parametro (come accade nelle attribuzioni costituzionali, in cui il fine del potere è concettualmente diverso, identificandosi nell'attuazione della Costituzione stessa), il vizio non è configurabile.

Ne deriva il limite teorico in forza del quale il sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. non può estendersi alla cognizione dell'eccesso di potere, dal momento che questo vizio (inteso come vizio sindacabile dal giudice amministrativo) è configurabile soltanto con riguardo allo svolgimento di funzioni amministrative, perché attiene alla verifica delle modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa condotta assumendo come parametro l'interesse pubblico in funzione del quale il potere è stato assegnato dalla legge.

Essendo l'eccesso di potere un vizio della funzione amministrativa (in quanto la sua «vera essenza» risiede «in un vizio della funzione inteso come il potere nel suo farsi atto»⁹⁹, esso non è dunque rinvenibile nelle attribuzioni costituzionali, e dunque non può a fortiori essere oggetto di cognizione del sindacato giurisdizionale.

Si deve quindi riconoscere che l'estensione del sindacato sugli atti del

⁹⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, v. II, Milano, 1993, p. 321; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.

⁹⁸ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, *maxime* pp. 24-25.

⁹⁹ A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, p. 566.

C.S.M. può venire ammessa soltanto presupponendo l'assimilazione delle attribuzioni costituzionali alle funzioni amministrative, presupposto che non è però coerente (né dogmaticamente, né giuridicamente) con la distinzione che separa i poteri attribuiti dalla Costituzione per l'attuazione dei principi in essa contenuti dalle funzioni assegnate dalla legge per la cura in concreto di un interesse pubblico (essendo i primi coesenziali all'ordinamento costituzionale, mentre le seconde correlate in modo necessariamente transeunte alla nomodinamica dell'ordinamento legislativo).

Omettendo questa distinzione, sul presupposto che la collocazione della norma attributiva del potere nel sistema delle fonti non costituisca «*un sintomo rilevante ai fini della determinazione della natura dell'organo cui il potere è attribuito*»¹⁰⁰, per negare la natura amministrativa delle funzioni del C.S.M.¹⁰¹ diventa necessario enfatizzare il problema della integrazione o separazione dell'attività amministrativa dal governo (o, meglio, dall'attività che consiste nella «*determinazione dell'indirizzo politico-amministrativo, da parte del Governo-organo*»¹⁰²), svalutando il dato dell'attribuzione costituzionale al Consiglio Superiore di funzioni strumentali all'attuazione dei principi costituzionali di autonomia e indipendenza della magistratura (che si distinguono quindi dalle funzioni amministrative positivamente intese¹⁰³).

6. I limiti al sindacato giurisdizionale degli atti del C.S.M.

Dal ruolo costituzionale del C.S.M. (sintetizzabile nella funzione di garanzia che l'organo svolge rispetto all'attuazione dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura) discendono dunque dei limiti specifici

¹⁰⁰ G. CUGURRA, *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 322.

¹⁰¹ Cfr. M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 162 ss.; in giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2007, n. 401.

¹⁰² V. M. DOGLIANI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, in AA.VV., *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012, p. 45 ss.

¹⁰³ Sulla distinzione tra nozione positiva (o "oggettiva") e nozione concettuale di atto amministrativo (da cui si può ricavare quella, correlata, di funzione amministrativa) v. F.G. SCOCA, *Atti del Consiglio superiore della magistratura e loro sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 27-28.

al sindacato giurisdizionale dei suoi atti; le norme costituzionali che configurano l'organo in questo modo determinano perciò la distinzione tra le attribuzioni assegnate al Consiglio dalla Costituzione e la categoria generale delle funzioni amministrative, distinzione che esclude la possibilità di assimilare i provvedimenti del C.S.M. dalla generalità dei provvedimenti amministrativi.

Esclusa questa identificazione, i caratteri del sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio derivano dalle norme costituzionali che definiscono le sue attribuzioni e dai principi generali stabiliti dalla Costituzione con riguardo alla generalità dell'ordinamento (rispetto al quale il C.S.M. non è organo avulso¹⁰⁴).

La regola che impone la generale soggezione di tutti gli atti al sindacato giurisdizionale (come garanzia del diritto individuale di azione e difesa in giudizio) contenuta nell'art. 24 Cost. comporta, quindi, la necessaria sottoposizione dei provvedimenti del Consiglio Superiore a sindacato giurisdizionale¹⁰⁵, sindacato che la legge ordinaria ha attribuito al giudice amministrativo e, in particolare, alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio¹⁰⁶.

In ordine ai confini di questo sindacato, la previsione costituzionale contenuta nell'art. 105 Cost. implica che l'esercizio delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. avvenga secondo le disposizioni di legge in materia di ordinamento giudiziario; ciò comporta che i provvedimenti del Consiglio Superiore debbano essere sindacabili per violazione di legge, costituendo la difformità dalla legge un vizio di illegittimità dei provvedimenti consiliari, ed essendo precisamente la "legittimità" dei medesimi l'oggetto del giudizio amministrativo ai sensi dell'art. 17 della legge n. 195/1958.

La soggezione dei provvedimenti consiliari alla legge (nei termini ora chiariti, e dunque assumendo la legge come fonte che disciplina l'esercizio delle attribuzioni costituzionali del Consiglio) ne determina la correlata sottoposizione ai provvedimenti giurisdizionali che della legge costituiscono attuazione, e dunque comporta la sussistenza anche del potere di ottemperanza nei confronti del Consiglio Superiore¹⁰⁷, ove la mancata con-

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 44/1968, cit.

¹⁰⁵ Come affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità: cfr., p.e., Cass., SS.UU., sent. n. 2918/1972, cit.

¹⁰⁶ Soluzione considerata non costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale nella medesima sent. n. 44/1968.

¹⁰⁷ Corte cost., sentt. nn. 419/1995, cit.; 435/1995, cit.

formità alla legge, giudizialmente accertata, persista anche a seguito della decisione giudiziaria.

Proprio il rapporto fra le attribuzioni costituzionali del C.S.M. e il ruolo della legge ordinaria quale fonte di disciplina del relativo esercizio comporta, però, che il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti consiliari non possa estendersi sino all'apprezzamento dell'eccesso di potere.

Questo limite ha un'origine duplice:

a) da una parte, poiché la legge non può spingersi a predeterminare l'attività del Consiglio Superiore sino al punto da annullare l'ambito discrezionale che ad esso spetta per Costituzione¹⁰⁸, così la cognizione del giudice amministrativo non può ampliarsi oltre questo confine; e siccome il giudizio sull'eccesso di potere riguarda la valutazione delle modalità con cui l'organo ha esercitato la propria discrezionalità amministrativa, e dunque le forme in cui l'azione amministrativa si è sviluppata negli spazi non predeterminati (ma predeterminabili) dalla legge, la sfera discrezionale di azione del C.S.M. intangibile da parte della legge stessa non è suscettibile di essere sindacata nelle forme dell'eccesso di potere;

b) dall'altra parte, poiché l'eccesso di potere si qualifica come vizio della funzione amministrativa (ed è quindi riscontrabile valutando l'esercizio del potere amministrativo secondo il parametro rappresentato dall'interesse pubblico), esso – nella forma dell'eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo – non può configurarsi rispetto a provvedimenti che costituiscano esercizio di attribuzioni costituzionali, stante la non ammissibilità di queste alle funzioni amministrative.

La ricostruzione del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. come sindacato necessario (*ex art. 24 Cost.*), comprensivo della cognizione della violazione di legge (*ex artt. 105 e 108 Cost.*), assistito dal potere di ottemperanza, ma soggetto al limite della insindacabilità dell'eccesso di potere, è anche conciliabile (una volta rimossa l'equivoca sovrapposizione fra l'art. 24 Cost. e l'art. 113 Cost., e la connessa presunta assimilazione fra i provvedimenti del Consiglio e la generalità degli atti amministrativi) con un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 17, legge n. 195/1958: la previsione del sindacato di "legittimità" sugli atti del C.S.M. dovrebbe quindi essere intesa come riferita a un controllo giudiziario limitato alla sola violazione di legge (risultato ermeneutico per cui dovrebbe risultare preva-

¹⁰⁸ Corte cost., sent. n. 72/1991.

lente l'argomento della coerenza verticale su quello della costanza terminologica, che – almeno nel lessico della dottrina amministrativistica – ricomprende entro i vizi di legittimità anche l'eccesso di potere).

Questa ricostruzione comporta quindi di assumere che (i) gli atti del C.S.M. non siano configurabili come provvedimenti amministrativi (bensì come “atti che costituiscono esercizio di attribuzioni costituzionali”) e che (ii) per gli atti diversi dai provvedimenti amministrativi possa ammettersi una dissociazione tra il vizio di violazione di legge e quello di eccesso di potere.

Va dato atto che la scienza amministrativistica tende a negare questa dissociazione, ritenendo invece che sussista un nesso inscindibile fra la violazione di legge e l'eccesso di potere, in quanto componenti necessarie della categoria della illegittimità.

Questo nesso è però di natura concettuale, essendo stato elaborato dalla dottrina amministrativistica con riferimento agli atti amministrativi, per i quali è dunque giustamente sostenuta l'impossibilità di dissociare il vizio di illegittimità in quelli di violazione di legge e di eccesso di potere (e quindi di ammettere il sindacato giurisdizionale sul primo escludendolo sul secondo).

Se invece si considerano gli “atti che costituiscono esercizio di attribuzioni costituzionali” come atti diversi dai provvedimenti amministrativi, è possibile argomentare che, rispetto ad essi, sia costituzionalmente ammissibile (quanto meno guardando alla Costituzione interpretata) scindere quel nesso, e dunque sostenere che la violazione di legge, sindacabile dal giudice amministrativo, non incorpori anche l'eccesso di potere (trattandosi di un vizio proprio degli atti amministrativi, perché vizio della funzione amministrativa, e risultando perciò inconfigurabile quando si tratti di attribuzioni costituzionali).

L'impostazione che qui viene adottata si fonda quindi su questo presupposto: che il nesso logico fra violazione di legge ed eccesso di potere (assunto dalla scienza amministrativistica tradizionale con riguardo agli atti amministrativi) possa venire giuridicamente dissociato con riferimento agli “atti che costituiscono esercizio di attribuzioni costituzionali”, essendo, questa, una dissociazione ammessa dalla Costituzione.

Del resto, individuare i limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. corrisponde alle esigenze di differenziazione del regime d'impugnazione degli atti consiliari (esigenze che una dottrina risalente aveva correlato con il ruolo costituzionale del Consiglio¹⁰⁹) senza però introdurre quelle

¹⁰⁹ Cfr. U. DE SIERVO, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 706.

deroghe alla giurisdizione ritenute inammissibili dalla giurisprudenza costituzionale¹¹⁰ e che impedirebbero il dissolvimento degli ordinamenti particolari in quello generale come connotato dello Stato di diritto nell'epoca contemporanea¹¹¹.

Il sindacato giurisdizionale limitato al vizio della violazione di legge non comporta, infatti, la prevalenza del ruolo costituzionale del Consiglio Superiore sulle ordinarie forme di difesa, né determina un'eccezione delle seconde: rinunciando a ritenere i provvedimenti del C.S.M. atti amministrativi *tout court*, e riconoscendone invece la peculiare natura di "provvedimenti del C.S.M.", come categoria tipica prevista dall'art. 17, legge n. 195/1958, la limitazione del relativo sindacato alla violazione di legge non si configura come un discostamento dall'art. 113 Cost., ma come una forma alternativa, benché ordinaria, di attuazione della tutela giurisdizionale imposta dall'art. 24 Cost.

La delimitazione del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti del Consiglio Superiore della Magistratura alla sola violazione di legge, con esclusione della possibilità che esso si estenda alla cognizione dell'eccesso di potere, rappresenta in questo modo una conseguenza del ruolo costituzionale del C.S.M. e della specifica conformazione dei suoi provvedimenti, pur rimanendo nell'alveo dell'ordinamento generale e, quindi, delle garanzie di difesa previste dall'art. 24 Cost. (garanzie che, proprio in quanto generali, impongono forme di tutela giurisdizionale per la illegittimità degli atti, senza per questo pretendere – una volta ammessa la dissociazione tra la violazione di legge e l'eccesso di potere – che questa tutela di estenda inderogabilmente a entrambi i vizi).

Non si configura, quindi, una deroga alla giurisdizione, ma soltanto un limite all'ampiezza del sindacato giurisdizionale, ampiezza che, per la generalità degli atti amministrativi, è del resto definita dalla legge ordinaria (art. 21-*octies*, c. 1, legge n. 241/1990) ed è dunque sicuramente cedevole a fronte delle norme costituzionali che riguardano il Consiglio Superiore della Magistratura.

Ammettere la tesi sin qui argomentata comporta dunque ricavare dal ruolo costituzionale del C.S.M., e dalla natura costituzionale dei suoi atti, un limite al sindacato giurisdizionale su di essi, limite che consiste

¹¹⁰ Cfr. Corte cost., 15 gennaio 1970, n. 6, in *Giur. cost.*, 1970, p. 29 ss.; 26 giugno 1970, n. 110, *ivi*, p. 726 ss.; 22 ottobre 1975, n. 231, *ivi*, 1975, p. 2202 ss.

¹¹¹ Cfr. L. ELIA, *Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, cit.

nell'escludere dall'oggetto del sindacato stesso il vizio dell'eccesso di potere.

Il persistente tentativo del giudice amministrativo di sindacare la ragionevolezza, congruenza, proporzionalità sottesa agli atti del C.S.M. (vale a dire: le tradizionali figure sintomatiche dell'eccesso di potere) dovrebbe quindi venire configurato nei termini di un'eccedenza del sindacato giurisdizionale rispetto ai propri limiti.

A fronte di questa eccedenza, il Consiglio Superiore della Magistratura dovrebbe allora sollevare conflitto di attribuzioni per menomazione dinanzi alla Corte costituzionale, censurando la decisione del giudice amministrativo perché ritenuta travalicante i limiti insiti nel sindacato giudiziario degli atti che costituiscono esercizio di attribuzioni costituzionali (e dunque ritenuta frutto di un incorretto esercizio dell'apprezzamento giurisdizionale, tale da interferire nello svolgimento delle funzioni attribuite dalla Costituzione al C.S.M.).

Ove la Corte costituzionale, accogliendo la tesi secondo cui la natura costituzionale degli atti del C.S.M. impone un limite al sindacato giurisdizionale su di essi, riconoscesse che l'oltrepassare questo limite comporta una menomazione delle attribuzioni costituzionalmente attribuite al C.S.M., si potrebbe quindi attestare il principio di diritto in forza del quale il giudice amministrativo deve astenersi dal sindacare l'eccesso di potere dei provvedimenti del Consiglio Superiore che riguardino i magistrati.

Si potrebbe obiettare che, in conseguenza dell'affermarsi di questo principio di diritto, l'esercizio delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. resterebbe privo di controllo relativamente ai profili diversi dalla violazione di legge, e che dunque i provvedimenti del Consiglio Superiore fondati sull'esercizio arbitrario delle attribuzioni costituzionali risulterebbero sottratti a qualunque sindacato.

Si può però dimostrare che la sussistenza dei limiti che precludono al sindacato giurisdizionale sugli atti consiliari l'apprezzamento dell'eccesso di potere (come vizio degli atti amministrativi) non comporta che l'esercizio delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. resti prive di una fase di controllo.

Come accade con riguardo all'esercizio delle attribuzioni assegnate dalla Costituzione ai poteri dello Stato, la verifica dei profili concernenti l'afferenza degli atti all'esercizio del potere da cui debbono promanare e la correttezza nell'esercizio del potere stesso (ossia i tradizionali profili suscettibili di integrare il conflitto da *vindicatio potestatis* e il conflitto da menomazione) è attribuita alla giurisdizione costituzionale, nell'ambito del giudizio sui con-

flitti di attribuzione fra poteri dello Stato *ex art. 134 Cost.*

Ne consegue che il sindacato giurisdizionale amministrativo sugli atti del Consiglio Superiore resterà circoscritto alla violazione di legge, mentre i vizi che riguardino la ragionevolezza, la congruenza, la non contraddittorietà, la coerenza e razionalità rispetto allo scopo saranno devoluti alla Corte costituzionale, in quanto elementi che riguardano profili delle attribuzioni costituzionali non disciplinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

Questa soluzione richiede la precisazione di alcuni presupposti e presenta alcune implicazioni.

In primo luogo, essa presuppone la distinzione tra l'interesse legittimo del magistrato, in quanto funzionario sottoposto a provvedimenti esecutivi della legge sull'ordinamento giudiziario, all'adozione di atti conformi alla legge medesima e la prerogativa che deve essere riconosciuta ai magistrati, in quanto organi destinatari di attribuzioni costituzionali, di pretendere dagli altri poteri dello Stato un corretto esercizio delle loro funzioni, che non comporti menomazioni all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Mentre l'interesse legittimo è condizione dell'azione per la proposizione da parte del magistrato (funzionario) del ricorso giurisdizionale amministrativo avverso gli atti del C.S.M. per violazione di legge, la prerogativa di pretendere il corretto esercizio del potere è il fondamento per la proposizione da parte del magistrato (organo) del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, volto a far accertare dalla Corte costituzionale se l'esercizio delle proprie attribuzioni da parte del C.S.M. abbia ecceduto i limiti intrinseci del potere, traducendosi in una menomazione delle funzioni giurisdizionali.

In questo senso, il fattore che rende l'esercizio arbitrario delle attribuzioni del Consiglio Superiore fonte della menomazione della prerogativa del magistrato va individuato nel fatto che esso ha come effetto lo stabilirsi di una organizzazione arbitraria e irragionevole delle funzioni giurisdizionali, privata del carattere di razionalità che invece dovrebbe possedere.

La proposizione del conflitto di attribuzioni da parte del magistrato nei confronti dei provvedimenti del C.S.M. si fonda quindi sull'assunto che il governo arbitrario della magistratura incida sul corretto esercizio della funzione giurisdizionale in quanto, a causa di tale arbitrio, il processo che genera il sistema organizzativo in cui la giurisdizione viene esercitata (e dunque nel quale essa si oggettivizza) risulta affetto da irragionevolezza e incongruenza, il che determina la menomazione della funzione giurisdizionale perché impedisce che essa sia esercitata in un ordinamento organizzato nel modo migliore possibile.

Sotteso alla distinzione tra interesse legittimo (condizione per il ricorso giurisdizionale) e lesione della prerogativa costituzionale (requisito del conflitto di attribuzioni) deve sussistere, peraltro, un ulteriore presupposto: che come l'esercizio delle attribuzioni costituzionali del C.S.M. costituisce uno strumento per la tutela dei principi di autonomia e indipendenza della magistratura, e quindi per «*il momento della concretizzazione dell'ordinamento giudiziario attraverso la giurisdizione*»¹¹², così l'eccesso di potere nell'esercizio di quelle attribuzioni comporti una menomazione della funzione giurisdizionale nel suo complesso, idonea a configurare le reciproche posizioni del magistrato e del C.S.M. come suscettibili di dar vita a un conflitto di attribuzioni sollevato dal magistrato nei confronti del Consiglio Superiore.

L'implicazione che ne deriva è che il magistrato dispone, a fronte degli atti del C.S.M. che lo riguardano, di due strumenti, alternativi rispetto al vizio che egli intenda dedurre, cumulativi nel garantire il controllo sull'attività del Consiglio Superiore: da una parte, il ricorso giurisdizionale amministrativo per violazione di legge, come strumento per il controllo giudiziario sulla conformità dei provvedimenti consiliari al diritto oggettivo; dall'altra, il conflitto di attribuzioni nei confronti del C.S.M., come strumento per l'accertamento dei profili di arbitrarietà e irragionevolezza che gli atti del Consiglio eventualmente contengano, ledendo così l'interesse del magistrato al corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

Corollario di questa implicazione resta, perciò, la sottrazione al sindacato giurisdizionale amministrativo del vizio di eccesso di potere, non configurabile come vizio dell'azione amministrativa ma come elemento dell'incorretto esercizio di un'attribuzione costituzionale, e pertanto necessariamente riservato alla cognizione della giustizia costituzionale.

Si estenderebbe così anche ai provvedimenti del Consiglio Superiore la regola che la giurisprudenza amministrativa comunemente applica con riferimento ai provvedimenti di quegli organi (e in particolare delle Regioni) cui la Costituzione ha assegnato specifiche attribuzioni: la declinazione della giurisdizione amministrativa di fronte a censure che riguardino l'incorretto esercizio di funzioni costituzionali, «*per la funzione esclusiva di risolvere un tal genere di conflitti accordata alla Corte costituzionale, salvo il potere del medesimo giudice amministrativo di sindacare gli altri tipi di vizi di legittimità*»¹¹³.

¹¹² Corte cost., 16 novembre 2000, n. 497, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3831 ss.

¹¹³ Cfr., p.e., Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 1996, n. 868, in *Cons. Stato*, 1996, p. 1113 ss.; in argomento, R. BIN, «*Tono costituzionale*» del conflitto vs. «*tono regionale*» della Repubblica, in *Le Reg.*, 1998, p. 447 ss.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e il governo della magistratura come strumenti per la garanzia della funzione giurisdizionale. – 2. Le conseguenze del ruolo costituzionale del C.S.M. sulla natura delle sue funzioni. – 3. I limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. come implicazione del suo ruolo costituzionale. – 4. Verso il controllo sull'attività del C.S.M. come strumento per l'attuazione della Costituzione.

1. Il ruolo costituzionale del C.S.M. e il governo della magistratura come strumenti per la garanzia della funzione giurisdizionale.

Nel vigente ordinamento costituzionale il C.S.M. è l'organo preposto alla garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura.

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 giurisdizione¹, come attività rivolta all'attuazione della Costituzione².

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 magistrato³.

¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 497/2000, cit.

² Cfr. A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 279 ss.

³ Cfr. *retro*, Capitolo Secondo.

Va però riconosciuto che il ruolo assegnato dal testo della Costituzione al C.S.M. 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 costituzionale⁴.

Il processo non lineare che ha condotto dalla concezione del C.S.M. 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'attuazione⁵, ed è lungo questo processo che si è potuta costruire la saldatura culturale tra la magistratura di formazione positivista e il costituzionalismo⁶, rendendo la stessa garanzia dell'autonomia la condizione organizzativa che ha consentito lo sviluppo del corpo giudiziario come attore dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale⁷.

Ma questo passaggio (molto approfondito rispetto alla trasformazione del potere giudiziario da "potere nullo" a "custode della legge"⁸ e meno studiato con riguardo a quella componente della "amministrazione della giustizia" che si traduce nel governo della magistratura⁹) 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 C.S.M. nel contesto delle garanzie di autonomia e indipendenza, di cui esso rappresenta la «chiave di volta»¹⁰, 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.

⁴ Cfr. *ibidem*.

⁵ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 77.

⁶ Cfr. S. SENESE, *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, cit., p. 46 ss.

⁷ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., p. 76.

⁸ Cfr., per tutti, A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, cit.

⁹ Cfr. *retro*, INTRODUZIONE.

¹⁰ *Ivi*, p. 77.

È in questo senso che il ruolo del C.S.M. 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 stato concepito come il fondamento di un obiettivo di garanzia della funzione giudiziaria non destinato ad esaurirsi solo nelle funzioni del C.S.M. (essenzialmente per evitare che ciò implicasse una separazione del governo della magistratura dall'ordinamento generale, e quindi un governo autonomo di essa¹¹), 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 giudiziario¹²) 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 dai dibattiti sull'effettività stessa della Costituzione (intesa come il problema del fondamento della validità delle costituzioni in termini politici complessivi¹³), 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 maturato¹⁴.

In questo senso, se il legame con le vicende istitutive del C.S.M. 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 com-

¹¹ Cfr. G. VERDE, *Garanzie, controlli costituzionali e conflitti nell'esercizio della giurisdizione*, cit.; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano, dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, cit.

¹² Sui cui v., in generale, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione Repubblicana*, cit.; cfr. anche *retro*, CAPITOLO TERZO.

¹³ M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di "costituzionalismo.it")*, cit.

¹⁴ Cfr. S. SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, cit.; A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, cit.; D. PIANA-A. VAUCHEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit.

piutamente) 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 vicende¹⁵.

Il ruolo costituzionale del C.S.M., come espressione della sua funzione di garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura (fattori necessari all'attuazione della giurisdizione come garanzia del principio democratico¹⁶), lo distingue dalla fisionomia che esso aveva nell'ordinamento pre-costituzionale, allorché la funzione giudiziaria si configurava essenzialmente come mezzo per concorrere all'attuazione dell'indirizzo politico attraverso l'applicazione delle leggi¹⁷ (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 C.S.M., 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 Cassazione¹⁸, le seconde sottratte al contenzioso amministrativo), nell'ordinamento costituzionale la configurazione della funzione giurisdizionale come limite all'esercizio del potere

¹⁵ V., sul punto, *retro*, Capitolo Terzo.

¹⁶ Cfr. L. ELIA, *Politica e costituzione*, cit.; A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, cit.

¹⁷ Cfr. *retro*, Capitolo Primo.

¹⁸ Su cui v. G. CABERLOTTO, voce *Cassazione e Corte di Cassazione*, cit.; S. SATTA, voce *Corte di Cassazione* (diritto processuale civile), cit.

politico¹⁹, 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).

2. *Le conseguenze del ruolo costituzionale del C.S.M. sulla natura delle sue funzioni.*

La diversità sostanziale fra questi ruoli (il C.S.M. 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 C.S.M. 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"²⁰.

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 fun-

¹⁹ Cfr. L. ELIA, *Politica e costituzione*, cit.

²⁰ Cfr. *retro*, CAPITOLO QUARTO.

zione giudiziaria (e il riposizionamento della giurisdizione come limite all'esercizio del potere politico) comporta una discontinuità fra l'attrazione dei poteri del C.S.M. 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.

3. I limiti al sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. come implicazione del suo ruolo costituzionale.

In questo quadro, il problema del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M. 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 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 generale²¹.

La garanzia di giustiziabilità dei provvedimenti consiliari vale anche, in questo senso, a neutralizzare i rischi, che lungamente occuparono l'Assemblea costituente²², 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 C.S.M. alla giurisdizione amministrativa, e segnatamente alla competenza esclusiva del T.A.R. per il Lazio, costituisce semplicemente una scelta del legislatore attuativa del principio costituzionale (ritenuta non lesiva delle prerogative costituzionale, né del principio di uguaglianza, dalla Corte costituzionale²³), scelta che dunque resta reversibile per il legislatore ordinario a favore di altre solu-

²¹ L. ELIA, *Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, cit.

²² 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.

²³ Corte cost., sent. n. 44/1968, cit.

zioni 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 C.S.M. 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 essa²⁴), 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 C.S.M. 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 C.S.M. 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)²⁵.

Questa distinzione va rimarcata come presupposto necessario ad evitare l'assimilazione dei provvedimenti del C.S.M. riguardanti i magistrati a meri provvedimenti amministrativi, assimilazione che si è invece consolidata (oltre che a causa del fatto che il ruolo costituzionale del C.S.M. 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 C.S.M. 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 questio-

²⁴ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. Torino, 1966, p. 225 ss.

²⁵ Cfr. *retro*, CAPITOLO QUARTO.

ne della profondità del sindacato giurisdizionale sugli atti del C.S.M.²⁶, questione che trova nella configurazione del ruolo costituzionale del Consiglio gli elementi per sostenere che, se da una parte i provvedimenti del C.S.M. 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 C.S.M., 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'appruzzamento dell'eccesso di potere come vizio dell'atto amministrativo)²⁷.

4. *Verso il controllo sull'attività del C.S.M. come strumento per l'attuazione della Costituzione.*

Questa ricostruzione non comporta che resti sprovvista di tutela l'eventualità in cui il C.S.M., 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.

Ove la Corte costituzionale, in accoglimento del ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato dal Consiglio Superiore, statuisca il principio di diritto secondo cui gli atti del Consiglio Superiore non possono essere sindacati per eccesso di potere dal giudice amministrativo, l'incorretto esercizio delle proprie funzioni da parte del Consiglio Superiore resterebbe infatti attratta nel (diverso) conflitto di attribuzioni fra il singolo magistrato e il C.S.M., 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 (nel-

²⁶ V., sul punto, F.G. COCA, *Atti del CSM e loro sindacato giurisdizionale*, cit.

²⁷ Accogliendo questa impostazione potrebbe quindi diventare superfluo il ricorso a una modifica legislativa al fine di sottrarre dal sindacato 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.

la forma del conflitto c.d. “da menomazione”²⁸).

Il magistrato che ritenga una decisione del C.S.M. 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 C.S.M.: 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”²⁹; dall'altra, che l'incorretto esercizio da parte del C.S.M. 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 concezione del governo della magistratura come funzione rivolta alla garanzia e all'attuazione dei principi costituzionali: perché ammettendo che le attribuzioni del C.S.M. 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 C.S.M. 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 del-

²⁸ Su cui v., in generale, P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999.

²⁹ 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*, Torino, 2002.

la magistratura in grado di far superare le rappresentazioni del C.S.M. 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 C.S.M. anche l'asimmetria che, in questo modello, s'instaura fra i requisiti di legittimazione del magistrato che intenda 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 C.S.M. 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 C.S.M. come conseguenza della valorizzazione del suo ruolo costituzionale non è solo funzionale a garantire l'indipendenza del Consiglio Superiore nei confronti degli altri poteri dello Stato³⁰: affidando alla Corte costituzionale, in sede di giudizio sul conflitto di attribuzioni, la verifica sul corretto esercizio delle funzioni del C.S.M. 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.

³⁰ 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.

OPERE CITATE

- AA.VV., *Compiti della politica, doveri della giurisdizione*, Milano, 1998.
- AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.
- ABBAMONTE G., *Questioni di legittimità della legge istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giust. civ.*, 1964.
- ABBAMONTE O., *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante in Fascismo*, Milano, 2003.
- ADORNI D., *Il brigantaggio*, in *Storia d'Italia – Annali XII*, Torino, 1998.
- AIMO P., *Stato e poteri locali in Italia. Dal 1848 a oggi*, Roma, 2010.
- ID., *Il centro e la circonferenza. Profili di storia dell'amministrazione*, Milano, 2005.
- ID., *Le origini della giustizia amministrativa*, Milano, 1990.
- ALLEGRETTI U., *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, in AA.VV., *Storia d'Italia, Annali 12*, Torino, 1997.
- ID., *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1988.
- ANGELONI R., *Il potere giudiziario esiste*, in *La magistratura*, 1947.
- ANTONUCCI E., *Gli atti del Consiglio Superiore della Magistratura. Questioni sulla sindacabilità giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato*, in *Nuova Rass.*, 1962.
- AQUARONE A., *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960.
- ID., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965.
- ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto italiano*, Milano-Torino-Roma, 1913.
- ARANGIO-RUIZ G., *Storia costituzionale del Regno d'Italia*, (1898), Napoli, 1986.
- ARCIDIACONO L., voce *Consiglio superiore della magistratura*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006.
- ARE G., *Economia e politica dell'Italia liberale (1890-1915)*, Bologna, 1974.
- ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Cronache dell'assemblea*, in *La magistratura*, 1946.
- ASTUTI G., *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli, 1966.
- AZZARITI G., *Presidenza della Repubblica e Presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Pol. dir.*, 1992.
- ID., *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.

- BALBO C., *Della monarchia rappresentativa in Italia*, Firenze, 1857.
- BARILE P., *Magistratura e Capo dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, v. I, Padova, 1972.
- ID., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1962.
- ID., voce *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959.
- BARTOLE S., *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *Quad. Cons. Sup. Mag.*, 2009.
- ID., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione Repubblicana*, Bologna, 2004.
- ID., *Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia: bilanciamenti legislativi e bilanciamenti giudiziari*, in *Giur. cost.*, 2003.
- ID., *La Corte e i poteri*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998.
- ID., *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1987.
- ID., *Materiali per un riesame della posizione del Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, v. IV, Milano, 1977.
- ID., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964.
- ID., *Osservazioni sulla c.d. giurisdizione disciplinare dei giudici*, in *Giur. cost.*, 1963.
- BARUCCHI A., *Appunti di giustizia amministrativa*, Torino, 1997.
- ID., *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 1859 ss., e anche in AA.VV., *Cento anni di giurisdizione amministrativa. Atti del convegno celebrativo per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Napoli, 1996.
- BASTID P., *Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française*, Parigi, 1954.
- BATTAGLINI M., *Appunti sulla natura costituzionale del Consiglio superiore della Magistratura e dei suoi atti, con particolare riguardo all'impugnabilità di essi*, in *Arch. giur.*, 1962.
- BENVENUTI F., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, 1950.
- ID., voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, v. XIX, Milano, 1970.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BERGARECHE GROS A., *Introducción a C. MORTATI, La Constitución en sentido material*, Madrid, 2000.
- BERTONI M., *Il ministero di grazia e giustizia*, in E. SPAGNA MUSSO (a cura di), *Costituzione e struttura di Governo*, Padova, 1984.
- BERTUZZI M., *Progressione delle funzioni ed incarichi direttivi negli uffici di merito*, in D. CARCANO (a cura di), *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, 2006.
- BESSONE M., *Giurisdizione e politica. Il caso del Csm*, in *Dem. dir.*, 1985.
- ID., *Il CSM e le garanzie costituzionali di indipendenza del giudice*, in *Giust. civ.*, 1985.
- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

- BIN R., *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra i poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001.
- ID., "Tono costituzionale" del conflitto vs. "tono regionale" della Repubblica, in *Le Reg.*, 1998.
- ID., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritto costituzionale*, Napoli, 1977.
- BLANCH L., *La rivoluzione del 1848 e la reazione*, in ID., *Scritti storici*, v. II, Bari, 1945.
- BONANNI M., voce *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. giur., Agg.*, 2005.
- BONASI A., *La magistratura in Italia*, Bologna, 1884.
- BONGIOVANNI B., *Nazioni e nazionalismo nell'800*, in AA.VV., *Il pensiero politico. Idee, politiche, dottrine*, v. III, t. II, Torino, 1999.
- BONIFACIO F.-GIACOBBE G., Art. 105, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992.
- BONIFACIO F., *Il ruolo istituzionale del CSM*, in *Quest. giust.*, 1987.
- BOZZI A., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1981.
- BRANCACCIO A., *Giustizia e democrazia*, in *Leg. giust.*, 1989.
- BRUTI LIBERATI E.-PEPINO L., *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano, 1998.
- BRUTI LIBERATI, E., *Il dibattito sul pubblico ministero: le proposte di riforma costituzionale in una prospettiva comparata*, in *Quest. giust.*, 1997.
- CABERLOTTO G., voce *Cassazione e Corte di Cassazione*, in *Dig. it.*, v. VII, Torino, 1887-1896.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, in ID., *Opere complete*, Napoli, 1976.
- ID., *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, 1953.
- CAMMELLI M., *Crisi dei meccanismi regolativi e supplenza giudiziale*, in *Storia d'Italia - Annali*, XIV - Legge Diritto Giustizia, Torino, 1998.
- CAMMEO F., *La competenza della IV sezione sugli atti amministrativi di autorità non amministrative*, in *Giur. it.*, 1903.
- CANDELORO G., *L'Italia moderna*, Milano, 1986.
- CANNADA BARTOLI E., voce *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. VII, Torino, 1991.
- CANOSA R.-FEDERICO P., *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974.
- CARVALE M., *Modelli costituzionali dell'Ottocento*, in M. DE NICOLÒ, *Costituenti, costituzione e riforme costituzionali*, Bologna, 1998.
- CARBONE V., *La magistratura - Art. 110 Cost.*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992.
- CARETTI P.-DE SIERVO U., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1997.
- CARIOLA A., *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolicizzata*, in *Giur. cost.*, 1992.

- CARLASSARE L., *La «rivoluzione» fascista e l'ordinamento statutario*, in *Dir. pub.*, 1996.
- ID., *La giustizia e il «suo» Ministro*, in *Giur. cost.*, 1992.
- ID., *La presidenza del C.S.M. secondo i Costituenti*, in *Quest. giust.*, 1986.
- ID., *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CAROCCHI G., *Storia d'Italia dall'Unità ad oggi*, Milano, 1988.
- CASSESE S., *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, 1974.
- CATELANI A.-LABRIOLA S., *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001.
- CERRI A., *La giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2004.
- ID., *Brevi note sul conflitto tra C.S.M. e Ministro di Grazia e giustizia*, in *Giur. cost.*, 1992.
- CHABOD F., *L'idea di nazione*, tr. it. Roma-Bari, 2000.
- CHELI E., *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, in *Arch. giur. Serafini*, Modena, 1965.
- CHIAVARIO M., *La competenza sugli interventi legislativi a baluardo dell'indipendenza del CSM*, in *Guida al dir.*, 2002.
- CHIEFFI L., *La magistratura: origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998.
- CHIEPPA V., *Il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*, in *La magistratura*, 1960.
- CIAURRO L., *Lo Statuto albertino illustrato dai lavori preparatori*, Roma, 1996.
- COSTA P., *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990.
- COSTANZO P., *La pubblicità dei lavori parlamentari*, in *Rass. parlam.*, 1980.
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008.
- CUGURRA G., *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1984.
- CUOCOLO F., *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968.
- ID., *Deliberazioni del CSM e sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1962.
- D'ADDIO M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966.
- D'ALESSIO F., *La posizione costituzionale del consiglio superiore della magistratura e la natura dei provvedimenti in materia di promozione dei magistrati*, in *Giur. it.*, 1918.
- ID., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Milano, 1915.
- D'ALOIA A., *L'autogoverno delle magistrature non ordinarie nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996.
- ID., *Rapporti tra C.S.M. e Ministro di Grazia e Giustizia: il "concerto" per gli incarichi direttivi e la norma per le deliberazioni consiliari*, in *Leg. giust.*, 1994.

- D'ANDREA A., *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Milano, 2004.
- D'ORAZIO G., *La "doppia presidenza" e le sue crisi (il Capo dello Stato e il Consiglio superiore della magistratura)*, in *Quad. cost.*, 1992.
- DAGA L., *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, 1973.
- DE MATTEI R., *Dal trasformismo al socialismo*, Firenze, 1940.
- DE SIERVO U., *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, 1968.
- DEPRETIS A., *Discorsi parlamentari*, v. VI, Roma, 1891.
- DEVOTO M., *Il pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996.
- ID., *Profili costituzionali del potere giudiziario*, in *Dir. soc.*, 1994.
- ID., *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della Giustizia, nuovi organi potere*, in *Cass. pen.*, 1992.
- ID., *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, 1977.
- ID., *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale dello Stato*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974.
- DI CIOMMO E., *I confini dell'identità: teorie e modelli di nazione in Italia*, Roma, 2005.
- DI DONATO F., *L'ideologia dei robins nella Francia dei lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime*, Napoli, 2003.
- ID., *La puissance cachée de la robe. L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique*, in AA.VV., *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Atti del Convegno internazionale di Rouen (26-27 marzo 1998), Parigi, 2001.
- DI GIOVINE A., *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, in G.M. BRAVO (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, 2004.
- ID., *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Roma, 1997.
- DOGLIANI M., *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, in AA.VV., *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012.
- ID., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Dir. pub.*, 2009.
- ID., *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CATELANI-S. LABRIOLA, *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001.
- ID., *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Torino, 2001.

- ID., *Immunità e prerogative parlamentari*, in *Storia d'Italia. Annali*, 17, Torino, 2001.
- ID., *Il sistema costituzionale*, in M. FIRPO-N. TRANFAGLIA-P.G. ZUNINO, *Guida all'Italia contemporanea, II – Istituzioni politiche e forme di governo*, Milano, 1998.
- ID., *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in F. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.
- ID., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994.
- ID., *Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblistica pre e post-costituzionale*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, 1990.
- ID., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.
- ID., *Validità e normatività delle costituzioni (a proposito del programma di "costituzionalismo.it")*, in www.costituzionalismo.it/articoli/art20050118-1.asp.
- DOUGLAS M., *Come pensano le istituzioni*, tr. it. Bologna, 1990.
- ELIA L. *Politica e costituzione*, Soveria Mannelli, 2003.
- ID., *Postilla alla sent. n. 44 del 1968*, in *Giur. cost.*, 1968.
- ESPOSITO E., *La validità delle leggi*, Padova, 1934.
- FEOLA R., *Costituzione e parlamento a Napoli nel 1848*, in F. LIVORSI (a cura di), *Libertà e Stato nel 1848-49*, Milano, 2001.
- ID., *La monarchia amministrativa. Il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli, 1984.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002.
- FERRARI G., voce *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. dir.*, v. VIII, Roma, 1988.
- ID., *Corso istituzionale di diritto pubblico*, Milano, 1976.
- ID., *Consiglio Superiore della Magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, v. IV, Padova, 1974.
- FERRI G., *Il Consiglio superiore della magistratura e il suo Presidente*, Padova, 1995.
- FIANDACA G.-GROSSO C.F.-PROTO PISANI A., *Osservatorio dal CSM (dic. 1994 – feb. 1995)*, in *Foro it.*, 1995.
- FIORAVANTI M., *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in *Historia constitucional*, 2011.
- ID., *L'attuazione della Costituzione e il ruolo della cultura giuspubblicistica*, 2007.
- ID., *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004.
- ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001.
- ID., *Stato e costituzione*, Torino, 1991.
- ID., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (a

- cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990.
- FIORILLO M., *Il Capo dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
- ID., *La nascita della Repubblica e i problemi giuridici della continuità*, Milano, 2000, p. 226.
- FIORUCCI G., *Cronache della magistratura (1948-1958)*, in *Studi Parl. Pol. Ist.*, 1972.
- FUZIO R., *La riforma dell'ordinamento giudiziario. Gli incarichi direttivi*, in *Foro it.*, 2008.
- ID., *Il Consiglio superiore della magistratura deve difendere i magistrati?*, in *Foro it.*, 1998.
- GALASSO G., *Identità e storia nazionale nell'Italia unita*, in ID., *L'Italia s'è desta. Tradizione storica e identità nazionale dal Risorgimento alla Repubblica*, Firenze, 2002.
- ID., *Potere e istituzioni in Italia. Dalla caduta dell'Impero romano ad oggi*, Torino, 1974.
- GALEOTTI S., *Il Presidente della Repubblica garante della Costituzione: la concezione garantistica del capo dello Stato negli scritti dell'autore dal 1949 ad oggi*, Milano, 1992.
- GALLO E., *Il Consiglio superiore della magistratura nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1986.
- GARRONE G.B., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo impugnabile*, Milano, 1990.
- GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Roma-Bari, 2010.
- ID., *Unità nazionale ed unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari, 2000.
- ID., *Stato e costituzione nel Risorgimento*, Milano, 1972.
- GIACOBBE G.-NARDOZZA M., *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, 1996.
- GIANNATTASIO C., *La Magistratura*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei-A. Levi, v. II, Firenze, 1950.
- GIANNINI M.S., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, v. IV, Milano, 1959.
- ID., *Diritto amministrativo*, v. II, Milano, 1993.
- ID., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939, p. 52 ss., ora anche in ID., *Scritti*, Milano, 2000.
- GIOVANNETTI T., *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.
- GIULIANI A.-PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987.
- GORLA G., *Introduzione allo studio dei tribunali supremi italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario*, I, *Documentazione storica*, Rimini, 1985.
- GRANDI D., *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro guardasigilli sul*

- testo dell'ordinamento giudiziario presentata nell'udienza del 30 gennaio 1941, Napoli, 1941.*
- GRISOLIA M.C., *La riforma della Presidenza del Consiglio. Alcune osservazioni sul potere di organizzazione interna*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti – 2000*, Torino, 2001.
- ID., *Consiglio superiore della magistratura e Ministro di grazia e giustizia: il punto sulla questione*, in *Giur. cost.*, 1993.
- GRISPO F., *Vincenzo Calenda di Tavani magistrato e ministro del Regno d'Italia*, in P. SARACENO (a cura di), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, Roma, 1988.
- GUARINO G., voce *Atti e poteri amministrativi*, in ID. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983.
- ID., *Due anni di esperienza costituzionale italiana (1946)*, ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, 1994.
- GUARNIERI C.-PEDERZOLI P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002.
- GUARNIERI C., *La Corte di Cassazione*, in *Storia d'Italia – Annali XIV*, Torino, 1998.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, Milano, 2004.
- ID., *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. COMANDUCCI-A. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1996.
- ID., voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. IX, Torino, 1994.
- GUELI V., *L'assetto costituzionale provvisorio e le prerogative dei senatori (1946)*, in ID., *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, 1950.
- GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano, dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, 1999.
- IACOBONI A., *La riforma dell'ordinamento giudiziario. L'accesso alla magistratura*, in *Foro it.*, 2008.
- IANNOTTA, L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e Amministrazione di risultati. Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2003.
- IANNOTTA R., *Le condizioni politiche e sociali coeve alla istituzione della Sez. IV del Consiglio di Stato e le prospettive attuali*, in AA.VV., *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, v. 1, Roma, 1989.
- IMARISIO L., *Riconoscimento di poteri normativi "di fatto" al CSM*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012.
- JANIRI M., voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Noviss. Dig. It.*, v. IX, Torino, 1957.
- JOCTEAU G.C., *L'armonia perturbata. Classi dirigenti e percezione degli scioperi nell'Italia liberale*, Roma-Bari, 1988.

- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, tr. it. Torino, 1966.
- LACCHÉ L., *Governo rappresentativo e principio parlamentare: le Chartes francesi del 1814 e 1830*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2004.
- LANCHESTER F., *La dottrina costituzionale italiana tra il 1948 ed il 1954*, in «Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica – Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1999.
- LANDI G., voce *Magistrato (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, v. XXV, Milano, 1975.
- LONG G., voce *Organi costituzionali e di rilievo costituzionale*, in *Enc. giur.*, v. XXII, Roma, 1989.
- LONGO, F., *Quando i magistrati erano “apolitici”. Note sul «caso Pilotti»*, in *Quest. giust.*, 2011.
- LUCIANI M., *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007.
- MACAREL L.A., *Elements de droit politique*, Parigi, 1833.
- MANCINI P.S., *Discorsi parlamentari*, v. V, Roma, 1896.
- ID., *Eccitamento del Deputato Mancini al Ministro guardasigilli per consultare le Facoltà giuridiche dell'Università e le rappresentanze dell'ordine degli avvocati sul nuovo progetto di Codice di Commercio*, Roma, 1873.
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, v. III, Firenze, 1882.
- MANZOTTI F., *Partiti e gruppi politici dal Risorgimento al fascismo*, Firenze, 1973.
- MARCENÒ V., *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Napoli, 2009.
- MARCH J.G.-OLSEN J.P., *Riscoprire le istituzioni*, tr. it. Bologna, 1992.
- MAROVELLI P., *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura dal 1848 al 1925*, Milano, 1965.
- MARTINES T., *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, v. III, Modena, 1996.
- MARTUCCI R., *Storia costituzionale italiana*, Roma, 2002.
- ID., *L'invenzione dell'Italia unita*, Milano, 1999.
- MASCILLI MIGLIORINI L., *La sinistra storica al potere. Sviluppo della democrazia e direzione dello Stato (1876-1878)*, Napoli, 1979.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, Milano, 1972.
- ID., *Questioni di costituzionalità della legge sul CSM*, in *Giur. cost.*, 1963.
- MEALE G., *Del sindacato giurisdizionale delle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963.
- MECCARELLI M., *Le corti di cassazione nell'Italia unita: profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata. 1865-1923*, Milano, 2005.
- MELIS G., *Il Consiglio di Stato*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia – Annali*, 14, *Legge diritto giustizia*, Torino, 1998.

- ID., *Origine e storia del Consiglio di Stato italiano*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998.
- ID., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997.
- ID., *Il Consiglio di Stato ai tempi di Silvio Spaventa*, in S. RICCI (a cura di), *Silvio Spaventa. Filosofia, diritto, politica*, Napoli, 1991.
- MELLONI C., *Storia dell'amministrazione della giustizia in età liberale (1876 – 1914)*, Università degli Studi della Tuscia di Viterbo, Dipartimento di storia e cultura del testo e del documento, Tesi di dottorato di ricerca in “Storia d'Europa: società, politica e istituzioni (xix-xx secolo)”, XXII ciclo.
- MERLINI S., *Piero Calamandrei e la ricostruzione della democrazia in Italia*, in ID. (a cura di), *Piero Calamandrei rettore dell'Università di Firenze. La democrazia, la cultura, il diritto*, Milano, 2005.
- ID., *Il CSM, la Costituzione e la democrazia*, in *Quale giust.*, 1971.
- MERLINO F.S., *Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia*, (1925), Milano, 1974.
- MIELE M., *La giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968.
- MINGHETTI M., *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, (1881), Napoli, 1990.
- ID., *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, in ID., *Scritti politici*, Roma, 1986.
- MIRABELLI G., *L'immovibilità della magistratura nel Regno d'Italia*, Napoli, 1880.
- MORANDI C., *La politica estera dell'Italia*, Firenze, 1968.
- MORELLI M.R. *Art. 104*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli-L. Paladin, Padova, 1990.
- MORETTI A., *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, Napoli, 2011.
- MORIONDO E., *L'ideologia della magistratura italiana*, Roma-Bari, 1967.
- MORONI F., *Soltanto alla legge: l'indipendenza della magistratura dal 1945 a oggi*, Monte Porzio Catone, 2005.
- MORTARA L., *Lo Stato moderno e la giustizia e altri saggi*, a cura di A. Pizzorusso, Napoli, 1992.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967.
- ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976.
- ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, rielaborata a cura di F. Modugno-A. Baldassarre-C. Mezzanotte, Padova, 1991.
- MOSCA G., *Dei rapporti tra il parlamento e il potere giudiziario*, 1885, ora in ID., *Ciò che la storia potrebbe insegnare: scritti di scienza politica*, Milano, 1958.
- MUSCI L., *Storia della magistratura e storie di magistrati nell'età giolittiana*, in *Analisi storica*, 1988.
- NARDELLI, F., *Cenni storici sulla IV Sezione*, in *Il Ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato*, Napoli, 1902.

- NEGRI G.-SIMONI A., *Lo Statuto albertino e i suoi lavori preparatori*, Torino, 1992.
- NEPPI MODONA G.-PELISSERO M., *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia – Annali 12*, Torino, 1997.
- NEPPI MODONA G., *Commento agli artt. 101, 102, 104-107, 111 (L'indipendenza della Magistratura ordinaria)*, in ID. (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano, 1998.
- ID., *La magistratura dalla Liberazione agli anni '50. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, v. 3, t. 2, Torino, 1997.
- ID., *Ruolo della giustizia e crisi del potere politico*, in S. SCAMUZZI (a cura di), *Italia illegale*, Torino, 1996.
- ID., *Sciopero, potere politico e magistratura (1870-1922)*, Torino, 1976.
- ID., *Carcere e società civile*, in AA.VV., *Storia d'Italia, Annali V*, Torino, 1973.
- ID., *La magistratura e il fascismo*, in *Pol. dir.*, 1972.
- NICCOLAI S., *Quando nasce un potere*, in *Giur. cost.*, 1995.
- NIGRO M., *La pubblica amministrazione tra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985.
- NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1970.
- NIVA R., *La storia e la laboriosa nascita del Csm*, in *Riv. Montecit.*, 1959.
- NORTH D.C., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, tr. it. Bologna, 1994.
- OLDRINI G., *La cultura filosofica napoletana dell'800*, Roma-Bari, 1973.
- ONIDA V., *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri dello Stato*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994.
- ORLANDO V.E., *Prefazione*, in G. PERSICO, *La nuova magistratura*, Roma, 1943.
- ID., voce *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. it.*, v. VIII, Milano, 1925.
- ID., *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, v. III, Milano, 1901.
- ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1897.
- PACE A., *I poteri normativi del CSM*, in *Rass. parlam.*, 2010.
- ID., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001.
- ID., *La causa della rigidità costituzionale*, Padova, 1996.
- ID., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.
- PACIOTTI E., *Ruolo della magistratura in uno stato democratico*, in *Quest. giust.*, 1994.
- PALADIN L., voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, v. XXXV, Milano, 1986.
- PANIZZA S., *Art. 104*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino, 2006.

- PAPA E.R., *Magistratura e politica: origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana (1861-1913)*, Padova-Venezia, 1973.
- PAPA S., *La legge sul Consiglio superiore della magistratura. Prime impressioni*, in *Foro it.*, 1959.
- PAPPAGALLO C., voce *Organi costituzionali (indipendenza degli)*, in *Enc. giur. Treccani*, v. XXII, Roma, 1989.
- PASSARO M., *Indipendenza del CSM e sindacato sui suoi atti*, in P. CIARLO-G. PIRAZZELLA-R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997.
- PATRONO M., *La formazione dell'ordine del giorno del C.S.M. ed i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1991.
- ID., *Scenari per una riforma del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quad. cost.*, 1989.
- PEDERZOLI P., *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale*, Milano, 2004.
- PENE VIDARI G.S., voce *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. disc. pubbl.*, v. VII, Torino, 1991.
- PEPINO L., *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Quest. giust.*, 2007.
- ID., *Riforma dell'ordinamento giudiziario e Consiglio superiore della magistratura*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001.
- PERGOLESI F., *Diritto costituzionale*, v. II, Padova, 1972.
- PESOLE L., *I giudici ordinari e gli altri poteri nella giurisprudenza sui conflitti*, Torino, 2002.
- PEZZINI B., *Leale cooperazione tra Ministro della Giustizia e C.S.M. alla prova: chi controlla il concerto?*, in *Giur. cost.*, 2003.
- PIANA D.-VAUCHEZ A., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, 2012.
- PIASENZA P., *L'irresponsabilità politica della magistratura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, 1975.
- PICARDI N., *La riforma giudiziaria tra il XIX e il XX secolo*, in G. TARZIA-B. CAVALLONE, *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, I, Milano, 1989.
- PICOZZI F., voce *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. for.*, v. V, Torino, 1960.
- PIGA E., *I problemi della magistratura*, in *La Magistratura*, 1945.
- PIGNATELLI A., *I controlli politici sul giudice dallo Stato liberale al regime fascista*, in *Pol. dir.*, 1975.
- PIOLA CASELLI E., *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario*, Torino, 1906.
- PIRAINO S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.
- PISANELLI G., *Della corte di Cassazione*, (1859), Napoli, 1875.
- PIZZORNO A., *Il potere dei giudici*, Roma-Bari, 1998.
- PIZZORUSSO A., *Il disgelo costituzionale*, in AA.VV., *Storia dell'Italia repubblicana*, v. 2, t. 2, Torino, 1994.

- ID., *La magistratura – Art. 108*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992.
- ID., *Lo Stato moderno e la giustizia nel pensiero di Lodovico Mortara*, in L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia* (1885), Napoli, 1992.
- ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990.
- ID., *Problemi definitori e prospettive di riforma del CSM*, in *Quad. cost.*, 1989.
- ID., voce *Giudice naturale*, in *Enc. giur.*, v. XV, Roma, 1989.
- ID., *La magistratura nel pensiero di Calamandrei*, in *Quest. giust.*, 1988.
- ID., *Poteri del C.S.M. e poteri del Presidente del C.S.M. circa la formazione e la modificazione dell'ordine del giorno delle sedute*, in *Quest. giust.*, 1985.
- ID., voce *Ordinamento giudiziario*, in *Noviss. Dig. It., Appendice V*, Torino, 1984.
- ID., *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione*, in P. BARILE-E. CHELIS-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- ID., voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, v. XXXI, Milano, 1981.
- POLI V., *Il conferimento di incarichi direttivi ai magistrati ordinari nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (anni 1994-1998)*, in *Foro it.*, 1998.
- PREDIERI A., *Il Consiglio supremo di difesa e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione*, v. III, Milano, 1958.
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994.
- PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quad. cost.*, 1983.
- RUFFILLI R., *La questione regionale dall'Unità alla dittatura (1862-1942)*, Milano, 1972.
- RACCIOPPI F.-I. BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1901-1909.
- REBUFFA G., *Lo Statuto albertino*, Bologna, 2003.
- ID., *La costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia*, Bologna, 1995.
- ID., *La funzione giudiziaria*, Torino, 1990.
- RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2012.
- ID., *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988.
- ID., *Quattro note sul Presidente della Repubblica nel CSM*, in *Pol. dir.*, 1986.
- ID., *Il Presidente della Repubblica – Artt. 83 – 86 I-VIII comma Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1983.
- RIDOLA P., *Gli studi di diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2004.
- RIDOLA P., *La formazione dell'ordine del giorno fra poteri presidenziali e poteri dell'assemblea*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994.
- RIGANO F., *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982.
- ROMANELLI R., *Magistratura e potere nella storia moderna*, in ID., *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997.

- ID., *L'Italia liberale*, Bologna, 1997.
- ID., *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna, 1995.
- ROMANO SANTI, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933.
- ID., *Nozione e natura degli organi costituzionali*, Palermo, 1898, ora anche in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950.
- ROMBOLI R.-PANIZZA S., voce *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, v. X, 1995.
- ROMBOLI R., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Torino, 2006.
- ID., *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997.
- ID., *Il giudice naturale*, Milano, 1981.
- ROMEIO R., *Risorgimento e capitalismo*, Roma-Bari, 1998.
- ID., *Dal Piemonte sabauda all'Italia liberale*, Bologna, 1979.
- ROSELLI F., *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986.
- ROSSI E., *Brevi considerazioni in ordine al profilo soggettivo del conflitto di attribuzioni sorto tra C.S.M. e Ministro di Grazia e giustizia per la nomina del Presidente della Corte d'Appello di Palermo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon-B. Caravita-M. Luciani-M. Volpi, Torino, 1993.
- ROSSI N., *Il potere disciplinare*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001.
- ROUSSELET M., *Histoire de la magistrature francaises des origines a nos jour*, Parigi, 1957.
- ROYER J.P., *Histoire de la justice en France*, Parigi, 1995.
- RUGGERI A., *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002.
- SAJIA M., *Le circoscrizioni giudiziarie italiane dall'unità alla Repubblica*, Messina, 1992.
- SALAZAR C., *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007.
- SALVATO L., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura e l'incerta sorte del conferimento degli uffici direttivi*, in *Giust. civ.*, 2001.
- SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975.
- ID., *Atti del Consiglio superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1963.
- ID., *Atti del CSM e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1963.

- SANTALUCIA G., *Consiglio superiore della magistratura e giustizia amministrativa*, in *Quest. giust.*, 2008.
- SANTOSUOSSO F., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Milano, 1957.
- SARACENO P. (a cura di), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, Roma, 1988.
- ID., *Diego Tajani*, in AA.VV., *Il Parlamento italiano*, Milano, 1988.
- ID., *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, in *Quaderni di Clio*, Roma, 1988.
- ID., *Alta magistratura e classe politica dall'integrazione alla separazione. Linee di un'analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'Unità al fascismo*, Roma, 1979.
- SATTA S., voce *Corte di Cassazione* (diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, v. X, Milano, 1956.
- SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990.
- SCALAMBRINO F., *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, in *Quest. giust.*, 1984.
- SCHMINCK U., *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, 1976.
- SCIALOIA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pub. e pub. amm. in It.*, 1931.
- SCOCA F.G., *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.
- ID., *Atti del CSM e loro sindacato giurisdizionale*, in *Riv. proc. amm.*, 1987.
- SCODITTI E., *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, 1999.
- SENESE S., *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, in G. DE ROSA-G. MONINA (a cura di), *Sistema politico e istituzioni*, Soveria Mannelli, 2003.
- ID., *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.
- SERENI E., *Il capitalismo nelle campagne (1860-1900)*, Torino, 1947.
- SERGES G., *La potestà normativa*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Torino, 2001.
- SICARDI S., *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*, Napoli, 2010.
- ID., *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale: da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana*, in ID. (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010.
- ID., *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*, Napoli, 2010.
- ID., *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994.

- ID., *Il conflitto di attribuzione tra CSM e Ministro della giustizia*, Torino, 1993.
- SILVESTRI G., *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*, in M. SCIACCA (a cura di), *Magistratura giovane. Autogoverno, status e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Rimini, 2003.
- ID., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997.
- ID., *Relazione al Convegno su "Il ruolo del C.S.M. Esperienze e prospettive"*, in *Giur. cost.*, 1992.
- ID. (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano (Atti del convegno di Messina-Taormina del 25-27 ottobre 1984)*, Milano, 1985.
- SORDI B.-MANNORI L., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. XX, Milano, 1985.
- ID., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985.
- SORRENTINO F., *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Chi, come, cosa, perché)*, Torino, 2009.
- ID., *Consiglio superiore della magistratura e ministro della giustizia: un rapporto difficile*, in *Quest. giust.*, 2004.
- ID., *Incertezze e contraddizioni del principio di leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2003.
- ID., *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994.
- ID., *Un conflitto deciso ma non risolto*, in *Giur. cost.*, 1992.
- ID., *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967.
- SPADARO A., *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino, 1993.
- SPAVENTA S., *La giustizia nell'amministrazione*, a cura di P. Alatri, Torino, 1949.
- ID., *Giustizia nell'amministrazione*, in ID., *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da B. Croce*, Bari, 1910.
- SUGDEN R., *Spontaneous Order*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989.
- TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991.
- ID., *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980.
- TERESI F., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1984.
- TONIOLO G., *Storia economica dell'Italia liberale (1850-1918)*, Bologna, 1988.
- TORRENTE A., voce C.S.M., in *Enc. dir.*, v. IX, Milano, 1961.
- ID., *Il Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1953.
- TROPER M., *Interpretazione costituzionale*, in *Rag. prat.*, 2010.
- ID., *La separation du pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Parigi, 1980.
- VERDE G., *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003.

- VERDE G., *Garanzie, controlli costituzionali e conflitti nell'esercizio della giurisdizione*, in *Decisione conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2012.
- ID., *Il conferimento degli uffici direttivi fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, t. II, Milano, 1994.
- ID., *La forma dei provvedimenti riguardanti i magistrati e il giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1990.
- ID., *L'Amministrazione della giustizia tra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, 1990.
- VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. «Cattivo uso» del potere e sindacato costituzionale*, Milano, 1999.
- ID., *Se il "concerto" è "stonato" provvede la Corte*, in *Quest. giust.*, 1992.
- VIESTI G., *Gli aspetti incostituzionali della legge sul Consiglio superiore della Magistratura*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958.
- VIRGA P., *Diritto costituzionale*, Milano, 1976.
- VITTORIA A., *Governo e sistema giudiziario nell'Italia unita (1860 – 1890)*, Napoli, 2007.
- ID., *Giustizia moderata. La Destra, la Cassazione e la legge Vigliani*, in *L'Ape ingegnosa. Rivista del Dipartimento di Scienze dello Stato dell'Università di Napoli Federico II*, 2005, p. 183 ss.
- VOLPE G., *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura*, in A. PACE-S. BARTOLE-R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli, 2009.
- ID., voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. dir. – Aggiornamento*, vol. IV, Milano, 2000.
- ID., voce *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, v. XXX, Milano, 1980.
- ID., voce *Ordinamento giudiziario: a) Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, v. XXX, Milano, 1980.
- VON HAYEK F.A., *Legge, legislazione e libertà*, tr. it. Milano, 1986.
- WALDRON J., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, tr. it. Milano, 2001.
- ZAGREBELSKY G., *Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della costituzione in senso materiale*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, t. II, Milano, 1999.
- ID., *Premessa a C. MORTATI, La costituzione in senso materiale (1940)*, Milano, 1998.
- ID., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ID., *Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura*, in AA.VV., *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino, 1987.
- ID., *Manuale di diritto costituzionale – I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984.

ZAGREBELSKY V., *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia – Annali 14. Legge diritto giustizia*, Torino, 1998.

ZANON N.-BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2011.

ZANON N., *Il diritto costituzionale, la magistratura e la giustizia, oggi: una riflessione*, in *Percorsi costituzionali*, 2009.

ID., *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

GIUSTIZIA E POLITICA COSTITUZIONALI

Collana diretta da

A. Di Giovine – M. Dogliani – G. Zagrebelsky

Volumi pubblicati

1. LUCA GENINATTI SATÉ, *Il ruolo costituzionale del C.S.M. e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, 2012, pp. X-198.

