



SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA:
SNODI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE DI RIFORMA
23 OTTOBRE 2020

L'IMPUGNABILITÀ DEGLI ATTI DI CONFERIMENTO DEGLI INCARICHI DIRETTIVI DEL CSM*

PATRIZIO IVO D'ANDREA **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La trascurabilità della natura del CSM quale organo di rilevanza costituzionale. – 3. Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche del CSM. – 4. Il problema dell'inesauribilità della discrezionalità amministrativa del CSM. – 5. Il problema dell'impugnabilità delle circolari del CSM. – 6. La disciplina speciale in tema di ottemperanza. – 7. Un accenno di conclusione.

1. Premessa

Il profilo dell'impugnabilità degli atti del CSM, con particolare riferimento a quelli di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, ha costantemente rappresentato l'arena nella quale le tesi sulla natura dell'Organo di rilievo costituzionale e dei suoi provvedimenti, anche alla luce della forma di governo e di Stato, sono state poste alla prova concreta della loro tenuta (e razionalità) pratica.

In chiave retrospettiva, ci si potrebbe limitare a constatare che, com'è noto ormai da anni, gli atti del CSM che hanno natura provvedimento sono impugnabili davanti al Giudice amministrativo; che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati è piena ed effettiva; infine che ormai 35 anni fa la Corte costituzionale, superando iniziali resistenze del Consiglio Superiore, ha riconosciuto la sottoposizione dell'Organo anche

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Ferrara.

alla giurisdizione estesa al merito in sede d’ottemperanza¹.

Non mancano, però, diversi profili che meritano un supplemento di riflessione, alla luce della giurisprudenza amministrativa. In questa chiave se ne tenta, di seguito, una sintetica disamina.

2. La trascurabilità della natura del CSM quale organo di rilevanza costituzionale

Nella giurisprudenza amministrativa è costantemente riconosciuto che il CSM è un organo di rilievo costituzionale, titolare di specifiche prerogative elencate nell’art. 105 Cost.

È conseguentemente osservata la seguente prassi nella redazione delle sentenze del Giudice amministrativo in materia di conferimento degli incarichi di direzione nella magistratura: terminata la ricognizione dei fatti e dello svolgimento del giudizio, nella parte “in diritto” si esordisce proprio con la constatazione della natura del CSM di organo costituzionale. Segue, allora, la massima tralattizia sui limiti dello scrutinio del Giudice amministrativo, che si vuole scrupolosamente limitato ai soli motivi di legittimità, con esclusione di ogni ipotesi di sovrapposizione del Giudice alle scelte discrezionali del Consiglio Superiore.

Il concreto sindacato sugli atti di conferimento degli incarichi direttivi, però, non risente in alcun modo di questa dichiarazione d’intenti.

Le deliberazioni del CSM non sono considerate “atti politici”², né (nonostante il prestigio e l’importanza del *munus* attribuito) atti di alta amministrazione, difettando l’elemento fiduciario connesso alle finalità di governo e di attuazione d’indirizzo politico³.

¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 419 del 1995, annotata da M. BRANCA, *Sulle esecuzioni delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3171 ss., il quale esordiva osservando come fosse “difficile dubitare” di un tale esito (3172) e rilevava che la Corte avesse sopravvalutato il fatto che il TAR fosse vincolato a decidere dell’assetto provvisorio del Tribunale di Catania (questione oggetto di giudizio), mentre avrebbe dovuto con maggiore nitore statuire sulla possibilità per il TAR, connaturata alla necessità di eseguire un *decisum* giudiziario, “di sostituirsi, direttamente o tramite commissario, al potere inottemperante” (3175). P. CARROZZA, *Collegialità della decisione e impugnabilità*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 112, osserva che la questione della sindacabilità degli atti del CSM è stata sviluppata in termini effettivamente problematici per l’ultima volta nel 1984 da Giorgio Cugurra nella relazione al convegno di Parma per il 25ennale dell’istituzione del CSM.

² Cfr. Cons. St., Sez. IV, sent. 1° settembre 2015, n. 4098, in tema di deliberazioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa.

³ Si può argomentare *a contrario* muovendo da TAR Lazio, Sez. I, sent. 9 marzo 2012, n. 2383, in cui si afferma che è atto di alta amministrazione la nomina del componente nazionale dell’organizzazione Eurojust, in quanto tale designazione, pur a seguito di un procedimento complesso che comprende una fase valutativa del CSM, mantiene un elemento di scelta fondato sull’*intuitus personae*, che certamente difetta nella selezione dei vertici degli uffici giudiziari. Peraltro vedasi in senso contrario, ma a quel che consta isolata, la sent. Cons. St., Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893 “*sebbene possa essere condivisa la ricostruzione proposta dall’amministrazione appellante circa la natura giuridica di atto di alta amministrazione da riconoscere alla delibera per il conferimento dell’ufficio di Primo Presidente della Corte di Cassazione, prima carica magistratuale dello Stato, non può tuttavia negarsi che ciò non può implicare la sottrazione di tale atto al sindacato giurisdizionale di legittimità e, più in generale, alla*

Il sindacato del Giudice amministrativo, poi, non è strutturalmente differente da quello esercitato nei confronti degli altri plessi della pubblica Amministrazione.

Esso si estende anzitutto al pieno accertamento dei fatti richiamati dalla deliberazione, nonché delle allegazioni delle parti (tanto che la prima ragione che può determinare l’annullamento di una delibera impugnata è proprio la rilevazione di un errore nella ricognizione dei *curricula* dei candidati da parte del CSM).

Quanto ai vizi degli atti, oltre alla violazione di legge, il Giudice amministrativo può rilevare le diverse figure dell’eccesso di potere e, se si vuole, anche di incompetenza⁴.

A tal proposito, è noto che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, in un arresto del 2015, contestarono al Consiglio di Stato l’eccesso di potere giurisdizionale per aver svolto una “*diretta valutazione di merito – e non già un sindacato sulla valutazione di merito del CSM a mezzo del canone parametrico dell’eccesso di potere [...]*” nel comparare due diverse esperienze attitudinali di due magistrati “*secondo un apprezzamento di ragionevolezza*” (segnatamente si trattava di una lunga esperienza quale avvocato dello Stato contrapposta a una maggiore anzianità nell’esercizio delle funzioni giurisdizionali di legittimità⁵).

Dopo aver richiamato la circostanza che la “*discrezionalità del CSM*” è “*espressione di alta amministrazione di rilievo costituzionale (art. 105 Cost.)*”, quindi “*particolarmente ampia*”, la Suprema Corte pronunciò il principio di diritto che, “*In caso di concorso bandito dal Consiglio Superiore della magistratura per l’attribuzione di un incarico giudiziario travalica i limiti esterni della giurisdizione il Consiglio di Stato che, adito in grado d’appello avverso una pronuncia di primo grado avente ad oggetto la legittimità, o no, della Delib. CSM e quindi nell’esercizio dell’ordinaria cognizione di legittimità, operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della Delib. stessa e ne apprezzi la ragionevolezza, così sovrapponendosi all’esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere, garantito dall’art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura, invece di svolgere un sindacato di legittimità*”.

In questa ricostruzione, la valutazione di ragionevolezza dell’operato del CSM esorbiterebbe, dunque, dall’ambito dello scrutinio di legittimità del provvedimento amministrativo. Ove si fosse dato seguito a questo orientamento, il sindacato degli atti del CSM avrebbe effettivamente preso una strada autonoma rispetto al *main course* invece seguito dalla giustizia amministrativa⁶.

garanzia costituzionale di tutela prevista nei confronti di tutti gli atti della pubblica amministrazione ai sensi degli articoli 24 e 113 della Costituzione”.

⁴ Si può accomunare al vizio d’incompetenza il caso in cui si contesta al *Plenum* di aver deliberato in mancanza di un passaggio procedimentale obbligato, come l’adozione di una proposta da parte della Commissione competente.

⁵ È la nota sent. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787.

⁶ Questa strada, che come si dirà *infra* è stata abbandonata, è invece auspicata da L. GENINATTI SATÈ, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm: una questione politico-costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2017, 49 ss. L’autore, dopo aver riconosciuto la sindacabilità degli atti del CSM per violazione di legge, osservava che “Non può invece il medesimo sindacato giurisdizionale estendersi alla valutazione dell’eccesso di potere, perché l’eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo è un vizio che riguarda l’esercizio di funzioni amministrative; siccome, invece, il Csm non ha funzioni amministrative, ma attribuzioni costituzionali, non è possibile la configurazione stessa dell’eccesso di potere (nei termini

È noto che la dottrina da tempo ha criticato la ricostruzione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e la loro utilità nello studio della patologia dell'atto amministrativo⁷ e che, nella topografia dei vizi dell'atto amministrativo, generalmente non è inclusa l'irragionevolezza (pur essendo invece menzionate figure in qualche modo analoghe ma non interamente sovrapponibili, come l'illogicità e l'ingiustizia manifesta)⁸.

È parimenti noto, però, che per consolidato orientamento il Giudice amministrativo richiama la ragionevolezza come canone dell'azione amministrativa discrezionale⁹ e che già Feliciano Benvenuti nel 1950, nell'elaborare il concetto di vizio della funzione amministrativa proprio in contrapposizione con la ricostruzione delle figure di eccesso di potere come sintomi della deviazione dal fine legale, si richiama alla ragionevolezza come principio regolatore dell'attività amministrativa, giungendo all'ovvia conclusione dell'illegittimità delle determinazioni non conformi al principio di ragionevolezza¹⁰.

La tesi dell'esclusione del vizio di ragionevolezza, però, è stata abbandonata, tanto che ancora di recente il Consiglio di Stato ha ricordato che “*i provvedimenti di nomina dei magistrati ad incarichi direttivi adottati dal CSM possono essere sindacati ove risultino inficiati da palese irragionevolezza, travisamento dei fatti o arbitrarietà, in quanto la posizione costituzionale dell'organo di autogoverno non permette di escludere la sua azione dall'ordinario regime di controllo valevole per tutta l'attività amministrativa, così che il giudizio di legittimità su tali atti può implicare apprezzamenti che non si arrestano alla sola verifica della loro conformità a legge, ma si estendono anche alla verifica della sussistenza di quei vizi in cui si declina l'eccesso di potere, secondo i relativi profili sintomatici dell'illogicità, dell'irragionevolezza o travisamento dei fatti, nonché della carenza di motivazione o istruttoria*”¹¹.

Né deve ingannare il fatto che talvolta l'irragionevolezza viziante sia qualificata come “*palese*”. Come attenti commentatori hanno dimostrato nel commentare la formulazione originaria del d.l. n. 90 del 2014, che limitava il sindacato sul

in cui questo vizio è apprezzabile dal giudice amministrativo)”.

⁷ E. CARDI - S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, ed. inf.; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, ed. inf. Cfr. la più risalente impostazione di P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, 131: “la distinzione tra i casi di eccesso di potere palesi e quelli che sono soltanto indiziari è praticamente importante; poiché il fatto sintomatico, se può determinare una presunzione di illegittimità dell'atto, ed anche giustificare l'annullamento, non esclude che l'atto possa essere rinnovato, con gli stessi effetti giuridici, ma depurato di quei difetti che poterono indurre a ritenerlo frutto di una valutazione abnorme”.

⁸ R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12^a ed., Molfetta, 2010, 1078.

⁹ Ancora di recente il Consiglio di Stato ha ricordato che anche il controllo “*estrinseco*” sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi, dunque svolto “*nei limiti del vizio di eccesso di potere*”, si estende “*all'adeguatezza dell'istruttoria, alla ragionevolezza del momento valutativo, nonché alla congruità e proporzionalità rispetto al fine perseguito*”: Cons. St., Sez. III, sent. 22 settembre 2020, n. 5548; 10 gennaio 2018, n. 96. Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 313 ss.

¹⁰ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, 1 ss.

¹¹ Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2020, n. 4584; cfr. anche Sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 597; 14 maggio 2015, n. 2425.

conferimento degli incarichi di direzione nella magistratura ai “vizi di violazione di legge e di eccesso di potere manifesto”, tale aggettivazione non può comportare “improprie limitazioni di sindacato” né essere “legittimamente intesa come una riduzione della normale tutela rispetto a tale vizio”¹². Il vizio, in altri termini, è palese nel momento stesso in cui è rilevato dal Giudice ed è rilevato dal Giudice proprio perché è palese: l’eccesso di potere non si lascia declinare in termini qualitativi. In caso contrario sorgerebbero dubbi di compatibilità con l’art. 113 Cost., per indisponibilità di un rimedio effettivo nei confronti della violazione dei diritti e degli interessi legittimi perpetrata dalla pubblica Amministrazione¹³.

Non basta. Tale è l’acribia del sindacato esercitato dal Giudice amministrativo che in alcune recenti pronunce è stato riconosciuto particolare rilievo anche al dibattito in seno all’organo collegiale e alle proposte deliberative non approvate dal CSM.

È noto che, secondo la comune giurisprudenza, gli atti preparatori e la discussione che precede la deliberazione degli organi collegiali hanno rilievo solo ai fini interpretativi e non possono sostituire la specifica motivazione del provvedimento approvato¹⁴, anche perché è naturale che i singoli componenti dell’organo che si esprime a maggioranza possono avere orientamenti personali anche profondamente divergenti. Tanto, con la conseguenza che proposte parimenti divergenti, che assumono a fondamento motivazionale elementi diversi e che prospettano valutazioni diverse su tali elementi, non costituiscono certo elementi sintomatici dell’eccesso di potere.

Nondimeno, nei confronti del CSM il Giudice amministrativo ha ritenuto di impiegare tutte le diverse proposte pervenute al *Plenum* del CSM nel percorso di conferimento delle funzioni direttive e semidirettive al fine di verificare la congruità e la conformità del deliberato ai parametri normativi di riferimento, anche perché forniscono “materiale cognitivo relativo al curriculum dei candidati sul quale si è tenuta la votazione finale”¹⁵.

3. Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche del CSM

L’esercizio della discrezionalità del CSM non è dunque valutato con maggiore deferenza per il fatto che l’Organo ha rilievo costituzionale.

Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi non è strutturalmente diverso nemmeno in riferimento al “tipo” di discrezionalità cui è ricondotta l’attività del CSM.

Sul punto è stata condivisibilmente rilevata una contraddittorietà tra le fonti primarie, le indicazioni provenienti dalle circolari del CSM e le elaborazioni generali in

¹² M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in *Federalismi.it*, 14/2014, 4 s.

¹³ In questo senso M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 n. 90*, cit., 5.

¹⁴ Cons. St., Sez. V, sent. 8 febbraio 2011, n. 854; 28 giugno 2016, n. 2912; TAR Lombardia, Sez. II, 16 novembre 2017, n. 2181.

¹⁵ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 11972; Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2020, n. 4131.

punto di discrezionalità (pura e tecnica)¹⁶.

In alcune sentenze, il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati è stato ricondotto all’esercizio di “*discrezionalità tecnica*”¹⁷.

Le fonti primarie rilevanti, nel descrivere la procedura di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, impiegano l’espressione “*valutazione*”¹⁸, che implica “un accertamento di natura tecnica”¹⁹.

Per contro, la Circolare recante il Testo Unico sulla Dirigenza giudiziaria, nella relazione d’accompagnamento, afferma che l’attività di designazione deve “*preservare l’autonomia valutativa del CSM, evitando di introdurre nelle procedure selettive criteri tali da minare la discrezionalità propria di un Organo di rilevanza costituzionale [...] anche al fine di arrestare recenti tentativi di degradazione della discrezionalità consiliare a mera discrezionalità tecnica*”.

Più in generale, l’esercizio di discrezionalità pura sembra male attagliarsi ai casi di nomina ad incarichi direttivi e semidirettivi, atteso che l’unico interesse pubblico che deve essere perseguito è la nomina del migliore profilo professionale rispetto all’ufficio da conferire. Per contro, la deliberazione del CSM sembra esibire (e dover esibire, ai sensi dei precetti costituzionali) tratti sovrabbondanti alla mera attività valutativa tipica dei concorsi pubblici, che possono essere ricostruiti in termini di una discrezionalità “mista”, in cui la scelta amministrativa è effettivamente connessa e condizionata alle valutazioni tecniche.

In ogni caso, si deve osservare che, nella pratica, il rilievo di tale questione scolora sino a diventare irrilevante, anche alla luce del fatto che il Giudice amministrativo da una parte riconosce i margini insindacabili della discrezionalità amministrativa “pura” e che, d’altra parte, la discrezionalità tecnica è soggetta al sindacato anche intrinseco del Giudice amministrativo e che i più recenti orientamenti sono improntati al sostanziale superamento della contrapposizione tra sindacato “forte” e “debole”²⁰.

4. Il problema dell’inesauribilità della discrezionalità amministrativa del CSM

Un terzo profilo del tema in esame che mostra di bel nuovo l’assoluta equiparazione del CSM agli ordinari plessi amministrativi è quello che può essere definito come “non inesauribilità” della discrezionalità amministrativa dell’Organo.

La questione è di particolare rilievo perché sovrappone problemi delicatissimi e centrali nell’ambito della giustizia amministrativa (come la stessa natura dell’interesse legittimo e la sua diversità rispetto al diritto soggettivo) a problemi cruciali di natura

¹⁶ R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2019, 7.

¹⁷ Cfr. Cons. St., Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5835; Sez. IV, 22 giugno 2011, nn. 3799 e 3800.

¹⁸ L’art. 12 del d. lgs. n. 160 del 2006 usa formule come “*sono specificamente valutate le pregresse esperienze*”, “*deve essere valutata anche la capacità scientifica*”, è indetta una “*procedura valutativa*”, *et similia*.

¹⁹ Cfr. ancora R. DE NICTOLIS, *Il sindacato*, cit., 8 ss.

²⁰ R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 844 ss.

pratica (come l’effettiva capacità del sistema di soddisfare le pretese della parte privata nei confronti della pubblica Amministrazione).

La questione si è posta al momento della valutazione degli atti adottati in sede di rieffusione del potere del CSM a seguito di un primo annullamento del provvedimento di conferimento dell’incarico direttivo o semidirettivo.

Come è noto, la posizione del magistrato che presenta la domanda nel procedimento di conferimento degli incarichi direttivi è ascrivibile all’interesse legittimo pretensivo, il cui soddisfacimento necessita di uno specifico e infungibile *facere* della pubblica Amministrazione. Si è allora posto il problema di individuare quali garanzie assistano tale interesse pretensivo, a seguito – lo si accennava – della formazione di un giudicato di annullamento nei confronti del provvedimento di conferimento dell’incarico.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha affermato che l’ordinamento della giustizia amministrativa “*non accoglie il principio dell’«one shot»*”, ovvero non riconosce l’attribuzione dell’interesse legittimo pretensivo a seguito di un annullamento del provvedimento amministrativo²¹. Al contrario, “*quale equo temperamento tra esigenze all’apparenza inconciliabili (la «forza» della res iudicata e la stessa funzione ed utilità di quest’ultima; la continuità del potere amministrativo ex art. 97 della Costituzione; il principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 della Costituzione medesima) - consente che la prima rieffusione del potere successiva ad un giudicato demolitorio sia tendenzialmente «libera»*”²².

Ciò sta a significare che, “*dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo*”, l’Amministrazione ha l’obbligo “*di esaminare l’affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati*”²³.

A tenere fede a queste determinazioni viene fuori probabilmente uno dei tratti distintivi tra diritto soggettivo e interesse legittimo (pretensivo) di più chiara e marcata distinzione pratica, nella misura in cui il diritto soggettivo è attribuito in via definitiva e ultimativa a seguito della formazione della cosa giudicata, mentre per l’interesse legittimo (almeno pretensivo, che è la figura che presenta tratti di maggiore somiglianza al diritto soggettivo) la parte privata deve risultare vincitrice in due contenziosi: l’originario e il successivo, sulla rieffusione del potere amministrativo. Non è questa la sede per una compiuta disamina della questione. C’è da dire però che, nella sua semplicità, forse nella sua brutalità, questo profilo differenziale coglie un precipitato dei principi costituzionali riferiti al rapporto tra pubblica Amministrazione e soggetti privati ed è coerente con la nota giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di riparto di giurisdizione e di limiti all’individuazione di materie di giurisdizione amministrativa

²¹ Cons. St., Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 438.

²² Cons. St., Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 438.

²³ Così ancora la cit. sent. n. 438 del 2015 del Consiglio di Stato. Il principio c.d. dello “one shot temperato” era stato già affermato almeno da Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; di recente è stato ribadito da Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144, Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; 24 giugno 2020, n. 4057.

esclusiva²⁴.

Il tema è stato oggetto di ricorso *ex art.* 111 Cost. proposto dal CSM innanzi le Sezioni Unite della Corte di cassazione. L’Amministrazione propugnava la tesi dell’inesauribilità della propria discrezionalità amministrativa, intesa quale corollario delle attribuzioni costituzionali dell’Organo di governo autonomo della Magistratura. In questo senso, si sosteneva che la posizione istituzionale del CSM, preordinata al perseguimento dell’interesse pubblico al buon andamento degli uffici giudiziari, imporrebbe una lettura costituzionalmente orientata del divieto di riesercitare il potere amministrativo per più di due volte mediante nuove valutazioni discrezionali, una volta intervenuto l’annullamento dell’atto. In questa prospettiva, l’assenza di ogni margine discrezionale dell’attività del CSM sarebbe ipotizzabile solamente nei casi in cui l’attività del Consiglio fosse vincolata già *ab origine*, in quanto interamente predeterminata dal legislatore. Questa ricostruzione muoveva dall’esame casistico della giurisprudenza costituzionale che, negli anni ‘90 dello scorso secolo, aveva riconosciuto la sottoposizione del CSM alla giurisdizione amministrativa in sede d’ottemperanza, in quanto quelle vicende avevano effettivamente a oggetto controversie in cui il Giudice amministrativo si era potuto sostituire al CSM (estendendo al merito della vicenda la propria cognizione) anche perché la disciplina rilevante non consentiva alcun margine discrezionale per l’attività dell’Organo. In questa prospettiva, dunque, il CSM si riteneva ovviamente vincolato dall’autorità del giudicato amministrativo, con la precisazione che tale autorità non potesse estendersi a quanto effettivamente sfuggiva dal preciso ambito conformativo del giudicato effettivamente maturato.

La Corte di cassazione, allineandosi all’orientamento del Consiglio di Stato, ha invece affermato che, in sede di ottemperanza, il CSM può valutare discrezionalmente esclusivamente fatti storicamente sopravvenuti, ove rilevanti²⁵.

A questa soluzione si è pervenuti tenendo in conto “*l’esigenza di conferire adeguata effettività alle sentenze del G.A. e, nel contempo, di contenere in tempi ragionevoli la risposta giurisdizionale e di evitare inutili duplicazioni - o comunque proliferazioni - di accesso alla tutela giurisdizionale*”, anche alla luce dell’orientamento della Corte EDU circa l’esigenza di concreta operatività della decisione giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione²⁶.

²⁴ Il riferimento è alla nota sent. Corte cost., n. 204 del 2004; in tema cfr. almeno M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*; in *Federalismi.it*, 2004; M. CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004; L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amministrativo – Cons. St.*, 2004, 1903 ss.; D. SICLARI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*, in *Foro amministrativo - Cons. St.*, 2004, 1918 ss..

²⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 20 giugno 2017, n. 15275.

²⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, 18 novembre 2004, ric. n. 68138/01, *Zazanis e a. c. Grecia*, § 35: “*La Cour rappelle que le droit d’accès à un tribunal garanti par l’article 6 § 1 de la Convention serait illusoire si*

La formazione del giudicato, dunque, determina una linea di discontinuità temporale. Ciò che è accaduto prima gode della certezza propria della cosa giudicata, che comporta “*un assetto consolidato degli interessi coinvolti*”²⁷, oramai intangibile. Ciò che sopravviene, invece, è storicamente e strutturalmente estraneo all’ambito conformativo del giudicato e consente la riedizione discrezionale del potere. In questo modo, ad avviso della Suprema Corte, si è determinato un equo bilanciamento degli interessi costituzionali in conflitto.

5. Il problema dell’impugnabilità delle circolari del CSM

Si è già avuto modo di citare la Circolare del CSM recante il Testo Unico sulla Dirigenza Giudiziaria²⁸.

È noto il dibattito dottrinario relativo alla potestà normativa del CSM.

Secondo un orientamento, la riserva di legge posta dall’art. 105 costituirebbe un limite “intrinseco” ai poteri del CSM e al loro esercizio discrezionale, con la conseguenza che l’attività normativa del CSM, pur intervenuta in via di “supplenza” rispetto a un legislatore poco attento, sarebbe inammissibile²⁹.

Secondo un diverso orientamento, la riserva posta dagli artt. 105 e 108 deve essere interpretata non solo in prospettiva “funzionale”, ma anche “istituzionale”, con la conseguenza che la riserva di legge deve essere intesa come assoluta nei confronti dei poteri normativi del Governo, ma come relativa nei confronti del CSM, limitatamente all’esercizio delle funzioni *ex art. 105 Cost.*³⁰.

In questa prospettiva, è stato parimenti osservato che “la *ratio* delle Circolari del CSM” (essendo quella la veste formale che hanno assunto gli atti regolamentari del Consiglio) consiste nell’offrire “criteri di orientamento della discrezionalità del Consiglio. In altre parole si è tentato, in tal modo, di preconstituire un sistema di regole che assicurasse l’uniforme esercizio del potere discrezionale al riparo da immotivati e contingenti vagli soggettivi, dai quali può scaturire l’arbitrio”³¹.

l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie”; cfr. anche 11 dicembre 2003, ric. n. 62503/00, *Karahalios c. Grecia*, § 29; 19 marzo 1997, ric. n. 18357/91, *Hornsby c. Grecia*, §§ 40 ss.

²⁷ Così ancora la sent. Cass., Sez. Un., n. 15275 del 2017.

²⁸ Circolare n. P-14858/2015 del 28 luglio 2015 e ss.mm.ii.

²⁹ Cfr. F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *La Magistratura – Tomo II*, in *Commento alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1992, 78 ss.; A. PIZZORUSSO, *La Magistratura – Tomo III*, in *Commento alla Costituzione Branca*, cit., 7; S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’Ordine giudiziario*, Padova, 1964, 248 ss.; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 44 ss.; V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 34.

³⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, 442 s.; G. VERDE – E. CAVASINO, *Art. 105*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, ed. inf.; H. SIMONETTI, *Art. 108*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit.; M.R. MORELLI, *Art. 104*, in V. CRISAFULLI e L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 649. In generale sulla riserva di legge v. il recente studio di G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, 2019, e la bibliografia ivi citata.

³¹ Così la COMMISSIONE PRESIDENZIALE PER LO STUDIO DEI PROBLEMI CONCERNENTI LA DISCIPLINA E

Più nette sono state le indicazioni della giurisprudenza, che ha riconosciuto al CSM un ampio potere regolamentare, connotato da elevatissima discrezionalità.

A tal proposito, in tema di assegnazione dei magistrati alle funzioni direttive e semidirettive oppure a particolari incarichi, la Corte costituzionale ha affermato che dalla riserva di legge *ex artt. 105 e 108 Cost.* “*discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità della nomina*”. Tale riserva, però, “*non implica*” che “*tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore 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. Pertanto, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell’organo decidente verso la scelta della persona più idonea*”³².

Nello stesso senso si è orientato il Consiglio di Stato il quale, pronunciandosi in tema di tramutamenti (e, in particolare, di assegnazione provvisoria ad altra sede), ha affermato che “*la riserva di legge fissata dagli articoli 105 e 108 della Costituzione non implica necessariamente che tutta la disciplina riguardante i magistrati ordinari debba essere fissata direttamente dalla legge, dovendo ammettersi che l’organo di autogoverno della magistratura sia titolare di un ampio potere/dovere di integrazione del sistema normativo positivo in modo da assicurare e garantire i fondamentali principi costituzionali di autonomia, terzietà ed indipendenza della magistratura*”³³.

Nella giurisprudenza, le circolari del CSM sono costantemente qualificate come autolimitazione della discrezionalità amministrativa³⁴. In questa prospettiva, i testi di ordine generale erano ricondotti al medesimo *genus* delle deliberazioni con cui il Consiglio rispondeva ai quesiti posti dagli uffici giudiziari: la soluzione del quesito specifico acquisiva la dignità del “*parere di massima*”, inteso a orientare anche *pro futuro* l’attività amministrativa degli uffici giudiziari³⁵. L’unica differenza era, appunto,

LE FUNZIONI DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, presieduta da L. Paladin, istituita con d.m. 26 luglio 1990, *Relazione*, in *Documenti e giustizia*, 1991, 130 ss.

³² Corte cost., sent. n. 72 del 1991.

³³ Cfr. Cons. St., Sez. IV, sent. 7 marzo 2007, n. 1069; sent. 12 marzo 2007, n. 1193; sent. 9 aprile 2014, n. 3859; TAR Lazio, Sez. I, sent. 3 febbraio 2009, n. 1024; sent. 23 marzo 2010, n. 4557.

³⁴ Tra le pronunce più risalenti cfr., *ex plurimis*, TAR Lazio, Sez. I, 3 febbraio 2010, n. 1444; 20 gennaio 2010, nn. 1156 e 1158; Cons. St., Sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 111; 9 maggio 1994, n. 404. Di recente Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 71: “*per consolidata giurisprudenza, il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria non è - difettando la clausola legislativa a regolamentare ed essendo comunque materia riservata alla legge (art. 108, primo comma, Cost.) - un atto di natura regolamentare, cioè un atto normativo, ma un atto amministrativo di autovincolo nella futura esplicazione della discrezionalità del CSM a specificazione generale di fattispecie in funzione di integrazione o anche suppletiva dei principi specifici espressi dalla legge, vale a dire soltanto una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell’organo di governo autonomo (cfr. Cons. St., IV, 14 luglio 2008, n. 3513; 28 novembre 2012, n. 6035; 6 dicembre 2016, n. 5152; V, 17 gennaio 2018, n. 271; V, 6 settembre 2017, nn. 4215 e 4216; 6 settembre 2017, n. 4220; 17 gennaio 2018, n. 271; 23 gennaio 2018, n. 432; 2 agosto 2019, n. 5492)*”.

³⁵ Anche M. VIETTI, *Codice dell’ordinamento giudiziario*, a cura di S. Erban - G. Fiorentino - F. Troncone, Milano, 2013, accomuna le circolari generali e le delibere puntuali ai fini della raccolta dei

l'identificazione del destinatario dell'atto: se, in termini generali, la circolare amministrativa ha come destinatari gli uffici subordinati o periferici dell'Autorità che l'ha emanata, sicché la vincolatività poggia proprio sull'ordine gerarchico d'organizzazione dell'Amministrazione³⁶, nel caso del CSM il primo destinatario della circolare era lo stesso Consiglio, il quale doveva ritenersi dunque autovincolato a tali determinazioni.

Emerge dall'esame della giurisprudenza che, in termini strutturali, l'autovincolo produce i medesimi effetti del parametro normativo: l'illegittimità del provvedimento che se ne discosti; tale è la forza del vincolo che da esso non ci si può sottrarre nemmeno attraverso un *surplus* di motivazione³⁷.

Ciò è tanto vero che il Consiglio di Stato, trovandosi a aderire alle censure di un magistrato che contestava l'irragionevolezza di una previsione del Testo unico sulla Dirigenza giudiziaria in materia di indicatori specifici per il conferimento degli incarichi direttivi di legittimità, nonché la sostanziale contraddittorietà con la normativa primaria dettata dal d. lgs. n. 160 del 2006, ha ritenuto non solo di annullare i provvedimenti che avevano fatto applicazione di tale previsione, ma anche di estendere il dispositivo d'annullamento alla contestata disposizione della Circolare.

Una decisione, peraltro, assunta senza che la sentenza abbia a motivare sul problema dell'applicabilità della nota giurisprudenza sull'incapacità delle circolari amministrative di ledere le situazioni giuridiche soggettive dei privati, i quali non hanno, com'è noto, l'onere d'impugnarle³⁸.

Chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte di cassazione ha effettivamente riscontrato che “*il Giudice amministrativo d'appello ha annullato, essenzialmente per violazione di legge, la disposizione regolamentare*”³⁹, aggiungendo che il Consiglio di Stato “*ha essenzialmente ritenuto che tale indicatore [specifico oggetto della disposizione annullata] produca, anche in virtù dello speciale rilievo che il T.U. assegna agli indicatori specifici attitudinali, l'effetto discriminatorio di precludere la considerazione, ai fini della nomina a presidente di sezione, della partecipazione dei magistrati della Procura Generale alle udienze delle Sezioni unite; e che tale effetto si ponga in contrasto con il disposto del D.Lgs. n. 160 del 2006, art. 12, commi 11 e 12*”.

testi normativi riguardanti l'ordinamento giudiziario.

³⁶ F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, agg. 2001, ed. inf.; ma vedasi la ricostruzione in termini di genericità dell'uso del termine “circolare” di M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, il quale ricorda che non è “necessario che la circolare sia diramata da un ufficio (od organo) soprordinato ad altri uffici (od organi) subordinati” (1) e che “la circolare non può vincolare nessuno; l'atto notificato per circolare vincolerà i vari soggetti secondo quanto comporta la sua natura” (4).

³⁷ *Ex plurimis* cfr. Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5205 “*La deliberazione relativa al conferimento di incarichi direttivi se è da un lato, per ius receptum, rientrante nell'ambito della discrezionalità del C.S.M., dall'altro è comunque vincolata ai parametri di attitudine e merito richiesti dalla circolare n. 13000 del 2001 e successive modificazioni, ai fini della scelta del «candidato più idoneo, con riguardo alle esigenze di funzionalità dell'ufficio ed, eventualmente, a particolari profili ambientali»*”; in senso analogo Sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1647; 14 aprile 2010, n. 2098; 24 luglio 2003, n. 4241.

³⁸ L'orientamento è noto e consolidato. Tra le sentenze più recenti può richiamarsi Cons. St., Sez. VI, 26 settembre 2018, n. 5532; sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5047.

³⁹ Cass., Sez. Un., sent. 11 luglio 2018, n. 18240.

Come si vede, la Corte di cassazione ha riconosciuto che la circolare del CSM può sortire in via diretta un effetto discriminatorio *contra legem*, sicché è ben possibile che il Giudice amministrativo ritenga di cassare tale previsione.

Va segnalato che le Sezioni Unite non hanno ritenuto di avanzare rilievi nemmeno circa il capo conclusivo della sentenza allora impugnata, in cui il Consiglio di Stato aveva indicato che, in sede d’ottemperanza, il CSM avrebbe dovuto rideterminarsi non solo riformulando i giudizi di conferimento dell’incarico direttivo allora oggetto di causa, ma anche “*riformulando l’annullato requisito attitudinale specifico previsto dall’art. 21, lett. b), del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria, ponendolo al riparo dai vizi di legittimità qui rilevati*”.

Tale vicenda squarcia definitivamente il “velo di Maya” della tesi della circolare del CSM come mero autovincolo, che orienta la discrezionalità amministrativa dell’Organo, senza debordare nella produzione normativa, problematicamente ammissibile ai sensi degli artt. 105 e 108 Cost.

Si tratta, è da ritenersi, di una presa d’atto maggiormente conforme sia al principio di certezza del diritto⁴⁰, anche nella prospettiva della *foreseeability* prescritta dalla Convenzione EDU⁴¹, sia al principio costituzionale del pieno ed effettivo diritto di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione *ex art. 113 Cost.* e, in particolare, al secondo comma dell’articolo. Come è stato osservato in dottrina, infatti, il divieto di limitazione della tutela giurisdizionale a “*particolari mezzi di impugnazione*” o a “*determinate categorie di atti*” depone per il massimo ampliamento possibile degli atti passibili d’impugnazione, ogniqualvolta sia astrattamente o concretamente rilevabile il conflitto con un interesse protetto dalle norme che delimitano il potere amministrativo⁴². In questo senso, correttamente è stato osservato che anche la discrezionalità nella fissazione dei criteri di conferimento degli incarichi può essere oggetto di sindacato giudiziario, quando risulti che detto potere sia stato esercitato in difformità dai “*criteri già prestabiliti dalla legge, che possono essere solo specificati, ma non derogati o innovati*”⁴³.

La maggiore aderenza alla tutela degli interessi dei privati e al principio di certezza del diritto emerge anche nel raffronto con alcune recenti pronunce del Giudice amministrativo che sembrano indicare un differente rapporto tra le circolari e i provvedimenti singolari di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi.

⁴⁰ Che, com’è noto, la Corte costituzionale riconduce al principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*; cfr., tra le più recenti, le sentt. nn. 57 e 108 del 2019.

⁴¹ Il riferimento obbligato è alla sent. Corte EDU, 17 febbraio 2004, ric. n. 39748/98, *Maestri c. Italia*; le considerazioni sulla capacità delle Circolari del CSM di conseguire l’obiettivo della piena prevedibilità della condotta dello Stato si trovano ai §§30 ss.

⁴² F. SAITTA, *Art. 113*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., ed. inf.; cfr. anche G. BERTI, *La Magistratura – Tomo II*, in *Commento alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1987, 98, il quale sottolinea come la giurisprudenza costituzionale abbia sorvegliato circa la “disponibilità per le parti del pieno utilizzo di tutti gli strumenti processuali connessi alla giurisdizione”.

⁴³ Sul punto R. DE NICTOLIS, *Il sindacato*, cit., 9, ha osservato che “la discrezionalità nella fissazione dei criteri non va del tutto esente dal sindacato giudiziario, in quanto il potere del CSM di fissare i criteri di valutazione deve essere esercitato nel rispetto del principio di legalità e pertanto dei criteri già prestabiliti dalla legge, che possono essere solo specificati, ma non derogati o innovati”.

In particolare, in una recente sentenza avente ad oggetto il conferimento dell’incarico di Procuratore Aggiunto presso un Tribunale capoluogo di distretto, il Consiglio di Stato ha affermato che il compito del Giudice amministrativo è quello di verificare se la prevalenza riconosciuta dal CSM al magistrato designato all’incarico “*nella comparazione con gli altri candidati [...] sia stata ritenuta in giusta applicazione delle regole che il C.S.M. stesso s’è dato o se dello scostamento da queste ne sia stata data adeguata motivazione e seria spiegazione*”⁴⁴.

In questo modo il Consiglio di Stato ha qualificato l’autovincolo in termini di onere motivazionale aggiuntivo posto in capo al CSM, il quale può rimettersi al catalogo degli indicatori specifici e generici stabiliti in via generale, ma può anche decampare da tale inquadramento, purché tale scelta sia sorretta da una specifica motivazione.

In questo senso, la circolare diventa uno schema di controllo dell’operato del CSM fornito al Giudice amministrativo, chiamato a verificare l’adesione al paradigma generale oppure il ragionevole e motivato allontanamento da esso.

Questa seconda linea ricostruttiva del rilievo delle circolari sembra anche palesare una critica al Testo Unico del 2015. L’articolazione del giudizio attitudinale sul doppio pilastro degli indicatori “generali” e di quelli specifici, infatti, ha generato non pochi problemi attuativi, mostrando una rigidità mal conciliabile proprio col mandato costituzionale conferito al CSM⁴⁵. Nondimeno, il riconoscimento della potestà del CSM di allontanarsi dall’applicazione degli indicatori sembra sbilanciare il sistema verso il polo opposto, comportando il rischio di una totale imprevedibilità del giudizio comparativo, così danneggiando anche il magistrato che intenda valutare la possibilità di presentare la propria candidatura per l’incarico direttivo (tanto più che l’art. 50 della Circolare del 2015 limita il numero di domande che si possono presentare contestualmente a tre incarichi direttivi e tre incarichi semidirettivi).

In un’altra prospettiva, può affermarsi che il “*recupero della autorevolezza e della credibilità*” del CSM, auspicato dallo Presidente della Repubblica⁴⁶ a seguito delle note

⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2020, n. 4131; cfr. anche sent. 14 maggio 2020, n. 3047, in cui si afferma che “*il Testo unico non reca norme, cioè regole di diritto, ma solo pone criteri per un futuro e coerente esercizio della discrezionalità valutativa dell’organo di governo autonomo: sicché un successivo contrasto con le sue previsioni non concretizza una violazione di precetti, ma un discostamento da quei criteri che, per la pari ordinazione dell’atto e il carattere astratto del primo, va di volta in volta giustificato e seriamente motivato. Ove ciò non avvenga, si manifesta un uso indebito e distorto di quel potere valutativo, vale a dire ricorre un eventuale vizio di eccesso di potere, non già di violazione di legge. In ipotesi di denunciato contrasto con il Testo unico, dunque, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo deve vagliare se in concreto siano stati e adeguatamente dimostrati esistenti i detti presupposti per derogarvi*”.

⁴⁵ Ciò è tanto vero che, sin dalle prime sentenze applicative, il Consiglio di Stato ha adottato una prospettiva *problem solving* e ha cercato di temperare tali rigidità: cfr. la ricostruzione del rapporto tra i due tipi di indicatori nella sent. Sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4786, intesa a scongiurare “*l’automatica e incondizionata prevalenza del magistrato che li [gli indicatori specifici] possiede rispetto a quello che non li possiede*”.

⁴⁶ L’intervento del Presidente della Repubblica al *Plenum* straordinario del 21 giugno 2019 è riportato integralmente sul sito internet del CSM all’indirizzo https://www.csm.it/web/csm-internet/attualita/news/-/asset_publisher/YoFfLzL3vKc1/content/plenum-con-il-presidente-della-repubblica (ult. cons. 18 ottobre 2020). Il Presidente della Repubblica ha sottolineato che, nell’attesa delle riforme di competenza del legislatore, “*Il CSM [...] può – ed è, più che opportuno, necessario – provvedere ad adeguamenti delle*

vicende che hanno interessato alcuni componenti dell’Organo, passa anche per un ritrovato equilibrio tra l’insopprimibile margine di discrezionalità del Consiglio e la certezza dei parametri e dei criteri da applicare nell’esercizio delle proprie attribuzioni.

6. La disciplina speciale in tema di ottemperanza

Si è visto che il CSM è soggetto alla giurisdizione amministrativa estesa al merito in sede di ottemperanza. Anche in questo campo sono stati numerosi i punti critici che hanno interessato il Giudice amministrativo e la Corte di cassazione, relativi alle difficoltà (oggettive o presunte) di dare seguito al giudicato di annullamento.

A tal proposito, va anzitutto rilevato che l’ampiezza del controllo della Corte di cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* si è fortemente ridotto a seguito della sent. Corte cost., n. 6 del 2018, che ha determinato la “capitolazione della giurisdizione dinamica”⁴⁷. Con quella decisione la Consulta, invece di limitarsi ad agevolare un recupero degli opportuni limiti del sindacato sul rispetto della giurisdizione⁴⁸, ha finito per circoscrivere eccessivamente le possibilità di controllo dei casi in cui il giudice amministrativo deborda dall’ambito del giudizio di legittimità oppure impiega i poteri della giurisdizione di ottemperanza estesa al merito in difetto dei presupposti. Questi casi, ancorché attengano all’accertamento della “*possibilità stessa, in una determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza*” alla luce della corretta interpretazione dell’ambito conformativo del giudicato, sono oggi relegati a ipotesi di *errores in procedendo*, non censurabili innanzi la Corte di cassazione⁴⁹. In buona sostanza ne consegue che, nonostante la diversità strutturale tra la giurisdizione di legittimità e quella estesa al merito, il difetto dei presupposti per l’esercizio dei poteri di ottemperanza non è contestabile per il solo fatto che è il Giudice amministrativo competente in entrambi i casi, sicché non è possibile il darsi di un difetto “relativo” di

proprie norme interne, di organizzazione e di funzionamento, per assicurare, con maggiore e piena efficacia, ritmi ordinati nel rispetto delle scadenze, regole puntuali e trasparenza delle proprie deliberazioni”.

⁴⁷ Così, con formulazione evocativa ma capace di cogliere nel segno, A. POLICE – F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Il Processo*, 2019, 113 ss.

⁴⁸ La necessità dell’orientamento di *self restraintment* è illustrata in maniera convincente da A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione ‘funzionale’ delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 1111 ss., specie in riferimento alle *rationes decidendi* che erano invocate dalla Suprema Corte a giustificazione dell’evoluzione “dinamica” del sindacato sulla giurisdizione, i.e. in merito ai casi di erronea declaratoria d’inammissibilità delle domande giudiziali, di invocata tutela dei diritti fondamentali, di necessità di rispetto del primato del diritto eurounioniale; argomenti analoghi sono illustrati da M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 704 ss. Sulla vicenda v. anche G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 122 ss.

⁴⁹ Le citazioni sono tratte da Cass., Sez. Un., sent. 14 gennaio 2020, n. 413; cfr. anche Cass. Sez. Un., 25 marzo 2019, n. 8311 del 2019; 20 marzo 2019, n. 7926.

giurisdizione e la conseguente *translatio* del giudizio⁵⁰.

Prima della “capitolazione”, le Sezioni Unite avevano avuto già modo di affermare che:

- il Giudice Amministrativo non può imporre all’Amministrazione di rinnovare il procedimento, al solo fine di determinare le condizioni per l’accertamento di diritti azionabili dalla parte privata, quanto non sia più possibile proporre il ricorrente all’incarico oggetto di causa, in quanto collocato in quiescenza⁵¹;

- per converso, il CSM non può disattendere l’obbligo di dare esecuzione a una sentenza d’annullamento rivalutando i *curricula* dei candidati per il solo fatto che il magistrato che dovrebbe ottenere l’incarico in attuazione del giudicato amministrativo è particolarmente vicino al collocamento in quiescenza⁵².

Il Consiglio di Stato, invece, aveva avuto modo di affermare che, nel caso in cui fosse divenuta impossibile l’adozione della determinazione amministrativa necessaria per la concreta soddisfazione dell’interesse pretensivo della parte privata che aveva ottenuto un giudicato d’annullamento, era legittima l’esecuzione del giudicato amministrativo limitata all’inserimento nel fascicolo personale del magistrato della sentenza resa sul ricorso proposto dallo stesso magistrato, corredata dall’annotazione “*vincitore del contenzioso per la nomina quale [...]*”⁵³.

Il livello del contenzioso sulla corretta esecuzione del giudicato amministrativo è stato tale da indurre il legislatore a dettare una disciplina specifica sul punto.

L’art. 2, comma 4, secondo periodo, del d. l. n. 90 del 2014, nella formulazione

⁵⁰ Il dibattito sul rimedio *ex art.* 111, comma 8, Cost., non è concluso: la stessa Corte di cassazione, con ord. Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598, ha chiesto alla Corte di giustizia UE di verificare se “*l’art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell’Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l’effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l’uniforme applicazione del diritto dell’Unione e l’effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l’esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali”.* A commento dell’ordinanza v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 2020; R. BIN, *è scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?* A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione, in *Federalismi.it*, 2020, S. BARBARESCHI - L. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Giustizia insieme*, 2020.

⁵¹ Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302.

⁵² Cass., Sez. Un., sent. 2 febbraio 2015, n. 1823.

⁵³ Cons. St., Sez. IV, 27 giugno 2012, n. 3800.

vigente a seguito della conversione in legge, ha disposto che, "Nel caso di azione di ottemperanza, il giudice amministrativo, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lettere a) e c) del comma 4 dell'articolo 114 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo n. 104 del 2010"⁵⁴.

Ciò sta a significare che il CSM non è soggetto agli interventi "sostitutivi" più incisivi da parte del Giudice amministrativo e che la fase strettamente "esecutiva" del giudicato, in caso d'inerzia del Consiglio Superiore, necessita della nomina di un Commissario *ad acta*, al quale spetta il compito di agire, in via procedimentale, quale camera di compensazione tra l'ossequio dovuto alle pronunce dell'autorità giurisdizionale e la tutela delle attribuzioni costituzionali assegnate dall'art. 105 Cost.⁵⁵.

Questa disposizione conferma che il profilo essenziale della garanzia del governo autonomo della Magistratura è quello istituzionale, inteso alla massima riduzione possibile della concreta sottrazione al CSM della competenza amministrativa nelle funzioni di cui all'art. 105 Cost.

7. Un accenno di conclusione

In che modo deve considerarsi, dunque, la "normalizzazione" del CSM nell'ambito del contenzioso per l'impugnazione dei provvedimenti di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, che esibisce quale tratto di speciale dignità solamente la segnalata disciplina derogatoria in sede di ottemperanza?

A ben vedere, non ci sono elementi che indichino una distonia con l'impianto costituzionale delle garanzie della magistratura.

Deve osservarsi che, come suggerisce anche il dato topografico della collocazione dell'art. 101 in apertura della Sez. I del Titolo IV della Parte Seconda della Costituzione, in una prospettiva sistematica la principale garanzia dell'autonomia della magistratura è la sua sottoposizione "*soltanto alla legge*"⁵⁶, assistita dalla riserva di legge di cui all'art. 108 Cost.

Completa il sistema delle garanzie la presenza del CSM, che ha il compito di sottrarre al circuito politico rappresentativo costituito dalle Camere e dal Governo le

⁵⁴ Le suddette lett. a) e c) dell'art. 114 del d. lgs. n. 104 del 2010 prevedono che il Giudice dell'ottemperanza, quando accoglie il ricorso, "a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione" e "c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano".

⁵⁵ Sulla centralità della figura del Commissario *ad acta* nell'ottemperanza nei confronti del Consiglio di Stato cfr. la cit. sent. Cass., Sez. Un., sent. 20 giugno 2017, n. 15275, nonché la cit. sent. Cons. St., Sez. IV, 27 giugno 2012, n. 3800.

⁵⁶ Garanzia che corrisponde all'essere amministrata "*in nome del popolo*". Sul punto v. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, 6. Sull'art. 101 Cost. v. N. ZANON - L. PANZIERI, *Art. 101*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., ed. inf.; R. GUASTINI, *Art. 101*, in *Commento alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1994, 165 ss.

competenze di cui all’art. 105 Cost. È traguardando il rapporto CSM – Ministero della Giustizia che si coglie la natura e il rilievo dell’Organo di governo autonomo della magistratura. Esso non è la sede di rappresentanza democratica della magistratura né di emersione degli orientamenti maturati in seno alle associazioni della magistratura organizzata, come dimostra la sua composizione “mista”⁵⁷, la presidenza affidata dal Presidente della Repubblica, la Vicepresidenza affidata a un componente laico e, infine, l’impossibilità di esprimere un indirizzo politico-amministrativo nello svolgimento delle sue funzioni⁵⁸.

La formula del “governo autonomo della magistratura” deve essere allora interpretata facendo valere il genitivo come “oggettivo” e non “soggettivo”: la Costituzione vuole un meccanismo che governi la magistratura in via autonoma dall’Amministrazione ministeriale, non un meccanismo che deve essere governato in via corporativa da parte della magistratura⁵⁹.

In questo senso si sono espressi il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione e il Presidente della Repubblica nell’ambito del dibattito in seno alla riunione del *Plenum* del CSM del 15 luglio 2020, chiamato a deliberare il conferimento degli incarichi di Primo Presidente e Presidente aggiunto della Suprema Corte⁶⁰.

Il Procuratore generale osservò che “nel termine «governo» si annida un possibile equivoco, cioè che al CSM sia devoluta una funzione di direzione e di indirizzo della magistratura, a cui corrisponderebbe come conseguenza implicita la necessità di assicurarne la governabilità, magari attraverso meccanismi maggioritari di elezione e gestione dell’organo” e precisò che “questo equivoco va chiarito, perché non c’è nulla di più contrario a un organo che non è libero nelle sue determinazioni, ma che svolge la funzione di amministrare e che dunque alle regole della corretta amministrazione è vincolato”.

Il Presidente della Repubblica, intervenuto quale Presidente dell’Organo, dichiarò di voler “riprendere le parole [...] del Procuratore Salvi sul significato di governo autonomo e non di autogoverno. Vi è una considerazione di fondo che queste parole esprimono e che vorrei fare mie”.

Si tratta di considerazioni certamente condivisibili e che dimostrano come le attribuzioni costituzionali di cui all’art. 105 non mutino natura per il solo fatto di essere svolte dal CSM invece che dal Ministero della Giustizia⁶¹.

⁵⁷ Sul tema cfr. M. VOLPI, *I membri laici del CSM. Ruolo politico o di garanzia?*, in *Federalismi.it*, 2016.

⁵⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 471 ss., ora in *L’ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, 1071; M. LUCIANI, *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM*, in *Questione giustizia*, 2020, che richiama Corte cost., n. 142 del 1973, in cui si esclude che possa essere riconosciuta “una integrale rappresentanza di quello [l’ordine giudiziario] da parte del Consiglio superiore”.

⁵⁹ Per un riscontro di questa tesi nei lavori dell’Assemblea Costituente, v. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova 1982, 30.

⁶⁰ Il verbale di seduta è pubblicato sul sito internet del CSM, sezione “lavori del Consiglio” – “dal *Plenum*”.

⁶¹ Cfr. in questo senso N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna 2006, 19; IDD., *Diritto costituzionale dell’ordine giudiziario*, Milano 2002, 10 ss. V., poi, la prospettiva peculiare di A. PIZZORUSSO, *Il CSM nella forma di governo vigente in Italia*, in *Questione giustizia*, 1984, 281 ss., oggi nel volume delle opere dello stesso sui temi dell’amministrazione della

Non ci si sarebbe stupiti, nel dominio della Costituzione repubblicana, di un sindacato pieno e pienamente garantista degli interessi legittimi e dei diritti dei privati nei confronti dell’Amministrazione ministeriale; non ci si può stupire che le medesime garanzie vengano riconosciute nei confronti del CSM.

Né tali garanzie potrebbero essere comprese sulla base di un preteso “indirizzo politico” conferito al CSM e confinato all’ambito materiale dell’organizzazione della Giustizia, per il semplice motivo che non è praticabile la stessa ricostruzione di tale potestà.

Sul punto è stato sostenuto che il CSM esprimerebbe un “indirizzo politico”, nel senso che “tutti i suoi poteri, considerati nel loro insieme, non sono la sommatoria di competenze frazionate, generatrici di atti isolati, privi di criteri ordinatori, ma si inseriscono in una policy di settore, i cui confini sono tracciabili a partire dal dettato costituzionale e dalle leggi attuative”, pur “nel rispetto [...] delle riserve di legge contenute nella Costituzione e nell’ovvio riconoscimento della superiorità della fonte legislativa”⁶².

Questa ricostruzione, però, presta il fianco a critiche che muovono anzitutto dalla storiografia del concetto di “indirizzo politico”. Esso ha una genesi in un contesto storico-giuridico non neutro: esso viene impiegato da Costantino Mortati⁶³ alla fine degli anni ’30 del Novecento recependo indicazioni dottrinali di ambito tedesco, per aggiungere alle tre funzioni statali tradizionali quella di “governo”, ritenuta preminente sulle altre⁶⁴. È una dottrina che nasce e si sviluppa nell’ambito degli ordinamenti autoritari-totalitari a partito unico e che solo faticosamente e al prezzo di un certo “alleggerimento” è stata poi rielaborata nel dominio della Costituzione repubblicana e pluralistica, tentando la distinzione tra l’indirizzo politico “costituzionale” e quello “di maggioranza” e riducendola all’esercizio delle prerogative e delle funzioni assegnate dalla Carta agli organi costituzionali⁶⁵.

Giustizia *L’ordinamento giudiziario*, Napoli 2019, Vol. II, 529: “le attività di «amministrazione della giurisdizione» [...] presentano infatti caratteristiche analoghe a quelle proprie di qualunque altra attività amministrativa”. L’A. aggiunge, peraltro, che quelle attività “implicano continuità e sistematicità di esercizio delle relative potestà e, conseguentemente, determinazioni di programmi”, qualificando il CSM come organo di “democrazia partecipativa” e non di “democrazia rappresentativa”.

⁶² G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2017, 4, 24; lo stesso A. è intervenuto sul tema in *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Sistemapenale.it*, 2020; analogamente rifiuta la tesi della “natura meramente amministrativa del C.S.M., collocato al centro di un delicato equilibrio tra organi costituzionali e interlocutore del potere politico”, F. DAL CANTO, *Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2020, 9 ss.

⁶³ C. MORTATI, *L’ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, 7 ss.

⁶⁴ Lo ricorda M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1993, ed. inf.

⁶⁵ Cfr. P. BARILE, *La Corte costituzionale come organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 907 ss.; ID., *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 332 ss.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, 134 ss. Di “alleggerimento” del concetto di indirizzo politico parla M. DOGLIANI, *loc. cit.*, il quale dà conto anche delle obiezioni anche radicali alla utilizzabilità del concetto di indirizzo politico (cfr. P. CIARLO, *Mitologia dell’indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988; G.A. ALMOND, *Il “ritorno allo Stato”*, in *Problemi di Amministrazione pubblica*, 1990, 193 ss. Obiezioni al quale l’A. risponde costruendo una tesi “convenzionale” e non “di comando” dell’indirizzo politico, inteso dunque non come fatto limitativo della discrezionalità degli organi costituzionali, bensì come

In questa prospettiva, manca una solida superficie per teorizzare un indirizzo politico (ancorché "alleggerito") del CSM nell'Amministrazione della Giustizia. Si dovrebbe, infatti, arrivare al paradosso di dover immaginare due concomitanti funzioni di indirizzo politico: la prima riservata al Parlamento (e al Governo nell'esercizio delle funzioni legislative) grazie alla riserva di legge *ex art. 108 Cost.*, la seconda subordinata alla legge ma ancorata alle funzioni elencate dall'*art. 105 Cost.* e svolta, per di più, da un organo che ha una legittimazione rappresentativa diversa e separata da quella derivante dall'espressione dell'intero corpo elettorale⁶⁶.

Più saldamente ancorata al dato costituzionale, dunque, sembra la tesi che ricostruisca le tutele dei privati nei confronti dell'attività del CSM nella prospettiva del parallelismo e della separazione rispetto all'Amministrazione ministeriale.

In questo senso, infine, non può stupire il fatto che, nella delicatissima fase dell'ottemperanza, che può comportare la sostituzione del Giudice all'Amministrazione chiamata a eseguire il giudicato, siano state apprestate quelle previsioni speciali che, di nuovo, sottolineano il profilo della separazione istituzionale nell'esercizio delle competenze di cui all'*art. 105 Cost.*

capacità del circuito democratico-rappresentativo di elaborare indirizzi di politiche connotate da "effettività, continuità e coerenza" anche rispetto ai "processi attuativi, e in particolare rispetto a tutta l'attività amministrativa", recuperando la possibilità che lo Stato sia attore non di *policies*, ma di una "politica" espressione di "razionalità sinottica", frutto di una "concezione attiva, progettuale, tecnica, razionale della politica, e dunque una concezione dell'indirizzo come di un disegno consapevolmente e complessivamente voluto" di realizzazione di un equilibrio sociale.

⁶⁶ Cfr. V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., 19: il CSM "non esprime e non può esprimere in forma autoritativa un indirizzo politico in senso proprio, essendo nel nostro sistema, in forza del principio democratico, tale espressione riservata a organi democraticamente legittimati"; il CSM può al limite concorrere "in forma di proposta o di avviso alla formazione dell'indirizzo politico".