

***Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale\****

**di Massimo Luciani** – *Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*

SOMMARIO: 1. La magistratura, ordine e potere, nella Costituzione. – 2. La coerenza del disegno costituzionale. – 3. Nodi problematici. – 4. La cultura dei magistrati.

**1. La magistratura, ordine e potere, nella Costituzione**

Non sempre le norme costituzionali sulla magistratura hanno pienamente convinto gli studiosi. È stata soprattutto la lettera dell'art. 104, comma 1, (*"La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere"*), che infatti alcuni hanno ritenuto "ambigua"<sup>1</sup> o "particolarmente sofferta"<sup>2</sup>, a sollecitare i maggiori interrogativi. Per quanto mi riguarda, invece, ritengo che si tratti non solo di un elemento-chiave dell'architettura del Titolo IV della Parte II della Costituzione, ma anche di una delle formule della Carta più precise e felici<sup>3</sup>. Vediamo perché.

---

\* Relazione al Corso straordinario organizzato dalla Scuola della Magistratura su "Le garanzie istituzionali di indipendenza della magistratura in Italia", Roma, 5-7 novembre 2019.

<sup>1</sup> N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5<sup>a</sup> ed., Bologna, Zanichelli, 2019, 22.

<sup>2</sup> G(IUS.). VERDE, *Il conferimento degli incarichi direttivi fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, ne *Lo Stato*, 2019, 105.

<sup>3</sup> Le considerazioni che immediatamente seguono sono anche in M. LUCIANI, *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, a cura di A.A. Cervati e M. Volpi, Torino, Giappichelli, 2010, 114.

Magistratura come “ordine”, anzitutto. Se si parla di “ordine” è perché si vuol dire ch’essa non è un “corpo”<sup>4</sup>, cioè una separata organizzazione titolare di interessi suoi propri, distinti da quello generale alla realizzazione della volontà oggettiva dell’ordinamento<sup>5</sup>. Né separatezza né corporativismo, ma pieno inserimento nella struttura istituzionale: questo l’implicito, ma non per questo meno chiaro, messaggio del testo costituzionale.

Magistratura come “potere”, poi. È una qualificazione che l’art. 104 impone solo indirettamente, certo, ma che comunque impone: se la magistratura è indipendente da ogni “altro” potere, ciò vuol dire che la Costituzione la vede - appunto - anche come un potere. Non c’è da stupirsene. Non solo tutti i Costituenti avevano familiarità con la dottrina tradizionale della tripartizione dei poteri, nella quale la giurisdizione ha un suo posto preciso, ma alcuni di loro, peraltro senza rigettare tale dottrina, condividevano allo stesso tempo la tesi gramsciana che tutti e tre i poteri sarebbero “anche organi dell’egemonia politica”<sup>6</sup>. Come non definire “potere”, dunque, la magistratura?

La contestuale qualificazione come “ordine”, però, non consente di fermarsi qui e costringe l’interprete a un supplementare sforzo d’intellezione. Se è (anche) un ordine, infatti, deve trattarsi di un potere assai diverso da tutti gli altri. Diverso, è palese, perché per definizione gli sfugge l’esercizio della funzione di indirizzo politico, che la Costituzione riserva al Parlamento e al Governo. Diverso, ancor più radicalmente, perché gli sfugge l’“attitudine alla intermediazione politica”<sup>7</sup>, intermediazione che opera nel circuito opinione pubblica - partiti - istituzioni di governo, cui la magistratura è estranea. Non si tratta, però, di una *deminutio*, anzi. È proprio in quanto è (anche) un “ordine”, è proprio per la sua estraneità al circuito dell’intermediazione politica, che la magistratura (grazie agli artt. 101, comma 2, e 112 Cost.)<sup>8</sup> gode della piena indipendenza, garanzia che l’ordinamento le riconosce per tutelare al meglio

<sup>4</sup> A.A. CERVATI, *L’indipendenza dei magistrati e della magistratura in Italia e in Francia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore*, cit., 166.

<sup>5</sup> Che la magistratura non sia portatrice di separati interessi dice, fra gli altri, L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, Jovene, 1973, IX.

<sup>6</sup> A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, ed. a cura di V. Gerratana, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Einaudi, 1975, Quaderno 6 (VIII), § 81 (p. 752).

<sup>7</sup> C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in AA. VV., *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, a cura di B. Caravita, Roma-Bari, Laterza, 1994, 4. Dissento, peraltro, da Mezzanotte quando, più avanti (*ivi*, 13), afferma che sui giudici si rovescerebbero “enormi problemi di legittimazione” qualora “l’esercizio della giurisdizione fosse emancipato da qualsiasi onere di corrispondenza ai valori”. Per me vale, infatti, l’esatto contrario: è il soggettivismo della giurisprudenza per valori che mette a rischio, oggi, la legittimazione di una magistratura che - almeno in Italia e nei paesi di diritto romano - continua a essere reclutata per concorso e non elettivamente. Sul punto, mi permetto di rinviare, da ultimo, al mio *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma*, in corso di pubblicazione in *Questione giustizia*, n. 3/2019.

<sup>8</sup> La Corte costituzionale, come è noto, ha perentoriamente e giustamente affermato, nella sent. n. 420 del 1995, che “la garanzia costituzionale dell’indipendenza del pubblico ministero ha la sua sede propria nell’art. 112”.

i diritti dei cittadini nei confronti degli “altri” poteri<sup>9</sup>. Estraneità all’intermediazione politica, imparzialità e indipendenza, dunque, stanno e cadono assieme, sicché se la prima fosse negata e la seconda non fosse praticata, la terza non potrebbe più essere pretesa. Di questo l’ordine-potere magistratura dev’essere consapevole appieno.

## 2. La coerenza del disegno costituzionale

Perfettamente coerente con la felice formula del primo comma è il disegno del Consiglio superiore della magistratura tracciato dai commi successivi<sup>10</sup>.

Perfettamente coerente, anzitutto, la presidenza da parte del capo dello Stato. È una scelta che qualcuno ha criticato, sostenendo ch’essa parrebbe non “potere assicurare l’autonomia e l’indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato”<sup>11</sup>, ma si tratta d’una critica fuori centro.

In primo luogo in negativo, perché le possibili alternative prospettate in Assemblea Costituente erano certamente peggiori<sup>12</sup>. Affidare la presidenza (ma anche la stessa vicepresidenza) al Ministro della giustizia avrebbe significato contraddire l’intento di assicurare la massima garanzia dell’indipendenza della magistratura nei confronti dell’Esecutivo, né si sarebbe giustificato con l’esigenza di ridurre l’esposizione politica del Consiglio (esigenza oggi evocata da chi vorrebbe un potenziamento del ruolo del Ministro nei confronti di quest’ultimo)<sup>13</sup>. Affidarla al Primo Presidente della Corte di cassazione avrebbe significato contraddire l’intento di non ridurre la magistratura a ceto separato, a “corpo”<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> “L’indipendenza”, è stato correttamente rilevato, “non è un privilegio più o meno corporativo, in quanto è strumentale rispetto all’eguaglianza delle persone di fronte alla giustizia e alla tutela dei diritti” (M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l’equilibrio con gli altri poteri dello Stato tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in AA. VV., *Magistratura e politica*, a cura di S. Merlini, Firenze, Passigli, 2016, 90).

<sup>10</sup> Opposta la posizione di chi ravvisa nell’architettura costituzionale del CSM una non sciolta contraddizione fra una concezione “politica” e una concezione “amministrativa” della magistratura e del Consiglio (così, S. BENVENUTI, *Il Consiglio superiore della magistratura francese. Una comparazione con l’esperienza italiana*, Milano, Giuffrè, 2011, spec. 68 sgg.).

<sup>11</sup> G. AZZARITI, *Presidenza della Repubblica e presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, in *Pol. dir.*, 1992, 314 sg.

<sup>12</sup> Lo rilevano, fra gli altri, L. CHIEFFI, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, Jovene, 1998, 53 sg.; G. SILVESTRI, *Il vicepresidente del Csm nella Costituzione e nella legge*, in *Foro it.*, 2015, V, 458.

<sup>13</sup> G(IUS.). VERDE, *Il conferimento degli incarichi direttivi*, cit., 128. Troppi sono i rischi di questa posizione e non basta dire che “sui rapporti fra Ministro e Csm [...] vigila il Presidente della Repubblica”, perché non si può certo pretendere dal capo dello Stato che sorvegli *tutti* i momenti del diuturno rapporto fra Ministro e Consiglio.

Ovviamente, queste considerazioni critiche non sottintendono una disattenzione per il problema del raccordo fra Ministro e CSM, che, invece, è serio, considerato che non mancano “snodi nevralgici” e “zone grigie” in cui le attribuzioni dell’uno e

E poi, soprattutto, in positivo. Chi meglio del capo dello Stato, rappresentante dell'unità nazionale<sup>15</sup>, può garantire il raccordo della magistratura con gli altri poteri dello Stato, ma senza attentare alla sua autonomia e alla sua indipendenza<sup>16</sup>? Il capo dello Stato, lungi dall'essere - come invece vorrebbe buona parte della nostra dottrina<sup>17</sup> - *pouvoir neutre*, quasi una riedizione dell'antico monarca costituzionale, è un autentico "giroscopio costituzionale", capace di mettere ordine ed equilibrio nella confusione dei rapporti istituzionali<sup>18</sup>. Ed è proprio per questo (proprio perché non è *pouvoir neutre*) che non è titolare di meri poteri di interdizione, ma agisce utilizzando anche potenti strumenti di stimolo e di impulso, sui quali può gettare tutto il peso di una legittimazione che gli viene - nientemeno - dalla rappresentanza dell'unità nazionale<sup>19</sup>. Chi meglio di lui, allora, può garantire che la magistratura non oltrepassi i confini assegnatili e che nessuno degli altri poteri ne comprometta l'indipendenza<sup>20</sup>? La presidenza da parte del capo dello Stato è dunque irrinunciabile ed è per questo che - al di là della vessata questione della separazione delle carriere, di cui qui non è necessario parlare - lasciano assai perplessi le ipotesi (che

---

dell'altro si intersecano (così S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, Torino, Giappichelli, 1993, 168).

<sup>14</sup> L'osservazione è diffusa. V., ad es., A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica come presidente del CSM*, Napoli, Jovene, 2011, 47.

<sup>15</sup> È specificamente per questa sua *qualitas* che la Costituzione gli affida la presidenza del CSM (così anche G. SILVESTRI, *Il vicepresidente del Csm*, cit., 467).

<sup>16</sup> In questo senso, fra gli altri, A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica*, loc. cit.; G. SILVESTRI, *Il vicepresidente del Csm*, cit., 458; F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2018, 107.

Una precisazione. Qui e in avanti non mi occuperò della disputata questione del rapporto fra autonomia e indipendenza nell'art. 104 Cost., nel quale alcuni leggono una mera eniadi e altri (ad es., F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *Articolo 104*, nel volume, *La magistratura*, t. II, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1986, 7) l'instaurazione di un rapporto di strumentalità fra la prima e la seconda.

<sup>17</sup> I richiami sono superflui. Semmai, può essere utile osservare che è sempre sulla base di questa (a mio avviso errata) premessa qualificatoria che si ritiene di spiegare l'affidamento al capo dello Stato della presidenza del CSM (così, ad es., A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della Bicamerale*, Milano, Giuffrè, 1999, 348; S. FRANZONI, *I giudici del Consiglio superiore della magistratura*, Torino, Giappichelli, 2014, 59).

<sup>18</sup> M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, spec. 11 sgg. Al potere "equilibratore" del Presidente della Repubblica come ragione giustificatrice della sua presidenza del CSM, del resto, fece riferimento lo stesso Ruini nel suo intervento alla seduta dell'Assemblea Costituente del 25 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, 1<sup>a</sup> ed., 2458).

<sup>19</sup> Quando, dunque, si afferma che nel CSM il capo dello Stato non avrebbe "alcun potere autonomo" (L. CARLASSARE, *La presidenza del CSM secondo i Costituenti*, in *Questione giustizia*, 1986, 35) o che la Costituzione non avrebbe "inteso realizzare un'influenza del Presidente della Repubblica sulla magistratura e più direttamente sul Consiglio Superiore" (L. ARCIDIACONO, *La presidenza del CSM*, in *Studi in memoria di M. Condorelli*, Milano, Giuffrè, 1988, II, 57), non si dicono cose di per sé inesatte, ma si offre un'immagine solo parziale della complessa funzione che il capo dello Stato è chiamato ad assolvere come Presidente del Consiglio superiore della magistratura.

<sup>20</sup> È stato sostenuto (da F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *Articolo 104*, cit., 43) che questa prestazione sia assicurata dal Presidente della Repubblica in quanto "espressione della unità dello Stato", ma credo che sia più corretto farla risalire alla sua funzione equilibratrice del sistema, di cui si dice nel testo.

riprendono ed estremizzano discussioni già svolte in seno alla Commissione D'Alema)<sup>21</sup> di una duplicazione dei Consigli (uno per la magistratura giudicante, uno per quella requirente), visto che una duplice presidenza del capo dello Stato sarebbe non solo praticamente, ma soprattutto logicamente impossibile (in astratto, infatti, i due organi potrebbero anche essere contrapposti in sede di conflitto di attribuzione)<sup>22</sup>.

Perfettamente coerente con l'art. 104, comma 1, Cost., poi, dare la vicepresidenza a un laico<sup>23</sup>, sempre allo scopo di non smarrire il collegamento fra Consiglio e altri poteri dello Stato, equilibrando la forza della componente togata<sup>24</sup>.

Perfettamente coerente anche la proporzione tra i componenti, per due terzi appartenenti all'ordine e per un terzo estranei: la maggioranza ai togati evita il rischio che l'autonomia resti sulla carta<sup>25</sup>; la rappresentanza dei laici (figure professionalmente qualificate, ma che ben possono venire dal Parlamento e dai Consigli regionali, come si desume dal sesto comma) evita il rischio che il Consiglio (e con esso la magistratura tutta) si autointerpreti come corpo separato<sup>26</sup>.

Perfettamente coerente affidare al Consiglio, all'art. 105, *“le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati”*, ma anche affidargliele *“secondo le norme dell'ordinamento giudiziario”*, cioè nel rispetto di paradigmi normativamente predefiniti.

Perfettamente coerente, infine, affidare al Ministro della giustizia *“l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia”*, ma anche affidarglieli *“ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura”*, perché una cosa è l'approntamento della macchina, altra la sua conduzione<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Sulle quali, criticamente, L. CHIEFFI, *La magistratura*, cit., 173 sgg.

<sup>22</sup> Si potrebbe obiettare che il conflitto ipotizzato nel testo non apparterebbe alla famiglia di quelli costituzionali, disciplinati dall'art. 134 Cost., perché intra e non intersoggettivo. Non è difficile replicare, però, che la complessità dell'assetto costituzionale dei poteri non esclude affatto che soggetti del medesimo plesso organizzativo (“potere”) possano confliggere ai sensi dell'art. 134 Cost. perché titolari di attribuzioni costituzionali che *devono* essere così difese (pensiamo a un conflitto fra Camera e Senato).

<sup>23</sup> La vicepresidenza laica, come è noto, è il frutto di un emendamento dell'On. Lussu approvato alla seduta dell'Assemblea Costituente del 25 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, 1<sup>a</sup> ed., 2480).

<sup>24</sup> Così, anche L. CHIEFFI, *La magistratura*, cit., 55 sg.

<sup>25</sup> A dire il vero, non la pensava così Ruini, che difese in Assemblea Costituente la scelta iniziale della Commissione per la Costituzione di prevedere una composizione paritaria laici-togati (intervento alla seduta del 25 novembre 1947, in *Atti Ass. Cost.*, 1<sup>a</sup> ed., 2458).

<sup>26</sup> Considerazioni analoghe in G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 177.

<sup>27</sup> In questo modo, poi, si specificava che “in ogni caso non venivano lese le competenze del Consiglio”: L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 209.

Emerge, dunque, un quadro - appunto - coerente, ma coerente non significa necessariamente semplice. E qui nulla è semplice.

### 3. Nodi problematici

Non pochi interrogativi, in effetti, sono sollecitati dal pur coerente disegno del Titolo IV. Ne ricordo, però, solo due, che mi paiono particolarmente significativi.

i) La prima questione riguarda il significato e le conseguenze del riconoscimento costituzionale del Consiglio superiore. La dottrina, in genere, se l'è cavata sostenendo che la formula "organo di rilevanza costituzionale" avrebbe "una portata tecnicamente precisa"<sup>28</sup> e di quel riconoscimento - dunque - descriverebbe bene il senso. A me invece non sembra, perché, anche a voler ammettere che il CSM sia così qualificabile<sup>29</sup> la nozione di "organo di rilevanza costituzionale" (o di "rilievo costituzionale"), per quanto assai diffusa fra gli studiosi e ormai penetrata anche nella legislazione<sup>30</sup>, è da considerare insoddisfacente e poco precisa<sup>31</sup>.

Meritoriamente, è di recente tornata sul tema la Corte dei conti<sup>32</sup>.

Prima una delibera delle Sezioni Riunite in sede consultiva ha affermato che gli organi di rilevanza costituzionale "*non sono inseriti nell'apparato amministrativo dello Stato-governo, quindi non fanno*

<sup>28</sup> A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad cost.*, 1989, 471 sgg., ora in *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, ES, 2019, 1068.

<sup>29</sup> Il che è stato pur messo in dubbio dalla dottrina: v., ad es., L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 281, nt. 21.

<sup>30</sup> V., ad es., gli artt. 1, comma 2, del d. l. 16 maggio 1994, n. 293; 93 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112; 14, comma 17, lett. b), della l. 28 novembre 2005, n. 246; 1 della l. 24 dicembre 2007, n. 244; 2, comma 28, della l. 24 dicembre 2007, n. 245; 2, comma 28, della l. 22 dicembre 2008, n. 204; 18, comma 4, del d. l. 1° luglio 2009, n. 78; 2, comma 28, della l. 23 dicembre 2009, n. 192; 5, comma 7, del d. lgs. 28 maggio 2010, n. 85; 2, comma 27, della l. 13 dicembre 2010, n. 221; 4, comma 1, del d. l. 6 luglio 2011, n. 98; 17 del d. l. 24 aprile 2014, n. 6; 2, comma 34, della l. 28 dicembre 2015, n. 209; nonché numerosi elenchi e tabelle allegati a fonti primarie in materia contabile e finanziaria (da ultimo, alla l. 30 dicembre 2018, n. 145).

<sup>31</sup> Rivelatrice mi sembra una risalente, ma assai nota, pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. IV, 14 marzo 1962, n. 248, in *Cons. Stato*, 1962, I, 447), nella quale si afferma che sono organi costituzionali quelli che "*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*" e che il CSM sarebbe solo organo di rilevanza costituzionale perché "*è discutibile che possano considerarsi supremi interessi dello Stato quelli affidati alla cura del Consiglio, perché, pur dovendosi riconoscere che l'indipendenza della Magistratura è prima e sostanziale garanzia di giustizia, le funzioni del Consiglio sono circoscritte all'amministrazione e alla disciplina di un Corpo, sia pure importantissimo, di persone investite di una pubblica funzione, cui si aggiungono poteri di proposta ed attribuzioni consultive in un limitato settore di legislazione e di amministrazione*". Un assunto che, mi pare, non colpisce per precisione dommatica.

<sup>32</sup> Non credo, dunque, che la questione possa considerarsi "superata" (come sostennero F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *Articolo 104*, cit., 44) o "nominalistica" (come ha sostenuto G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 182).



*capo allo Stato-amministrazione bensì direttamente allo Stato-comunità (o Stato-ordinamento), in posizione costituzionale di separatezza rispetto alle Amministrazioni dello Stato di talché in sede di disciplina legislativa dei rispettivi assetti sono stati da sempre loro riconosciuti ampi margini di autorganizzazione sconosciuti al plesso «ordinario» della pubblica amministrazione” e che “La loro diretta previsione in Costituzione sottintende il pregio costituzionale delle funzioni agli stessi affidate”<sup>33</sup>.*

Poi, si sono pronunciate le Sezioni riunite in sede di controllo<sup>34</sup>, pur se dalla circoscritta prospettiva - di loro competenza - del controllo contabile.

Proprio in questa prospettiva, una risalente sentenza della Corte costituzionale<sup>35</sup> aveva affermato che da tale controllo “è esente l’attività di quegli organi, come il Capo dello Stato, il Parlamento e questa Corte, la cui posizione, ai vertici dell’ordinamento costituzionale, è di assoluta indipendenza”<sup>36</sup>, ma non aveva chiarito se questa elencazione fosse solo esemplificativa o tassativa. Ora la Corte dei conti sembra propendere per questa seconda alternativa, affermando che il suo controllo va escluso solo nei confronti di quegli organi, appunto in quanto “*organi costituzionali*”. Nondimeno, anche quelli di rilevanza costituzionale esibiscono una specifica peculiarità, in quanto “*non pare esservi dubbio che, pur nelle sensibili differenze dei profili fisiognomici individuati in Costituzione e nelle conseguenti disposizioni di legge ordinaria, tratto comune riconoscibile a tali Organi sia l’estraneità ad una sussunzione del loro operato nell’ambito delle politiche pubbliche governative*”, il che li distingue da tutte le pubbliche Amministrazioni e fa escludere “*la soggezione al controllo di efficienza gestionale ex art. 3, comma 4, della legge n. 20/1994*”.

Come si vede, i cosiddetti organi di rilevanza costituzionale godono di un regime dei controlli contabili molto diverso da quello delle comuni Amministrazioni, che si avvicina in modo significativo a quello degli organi comunemente definiti “costituzionali”. La differenza da questi ultimi, tuttavia, parrebbe restare ancora marcata nella diversa prospettiva della revisione costituzionale: l’opinione comune è che, mentre gli organi costituzionali sarebbero “indefettibili”, quelli di rilevanza costituzionale

---

<sup>33</sup> Del. n. 1 del 2018.

<sup>34</sup> N. 2/SSRRCO/QMIG/19 del 26 febbraio 2019.

<sup>35</sup> Sent. n. 143 del 1968.

<sup>36</sup> La sentenza così proseguiva: “*anche in materia di spese, poiché esse sono necessarie al funzionamento dell’organo, un riscontro esterno comprometterebbe il libero esercizio delle funzioni politico-legislative o di garanzia costituzionale che gli sono attribuite*”.

sarebbero liberamente sopprimibili seguendo il procedimento di revisione costituzionale previsto dall'art. 138 Cost. Si tratta di un'affermazione che, nella sua nettezza, lascia perplessi<sup>37</sup>.

Come osservò Leopoldo Elia in uno splendido discorso tenuto in Senato il 26 giugno 1991, l'art. 138 Cost. è più che sufficiente per “modificare anche norme di grande rilievo in ordine alla forma di governo”<sup>38</sup>, perché i limiti assoluti alla revisione (menzionati dalla Corte costituzionale sin dalla sent. n. 1146 del 1988) concernono unicamente le opzioni ideologiche fondamentali della Costituzione (si pensi al principio di eguaglianza o al principio democratico) e solo “quel minimo di strutture organizzative che siano con esse collegate da un *necessario* rapporto di strumentalità”<sup>39</sup>. Proprio questo, tuttavia, deve fare riflettere.

Ciascuno dei cosiddetti organi di rilevanza costituzionale, in realtà, presidia una di quelle opzioni fondamentali: la garanzia di alcune situazioni soggettive e della corretta amministrazione pubblica il Consiglio di Stato; la garanzia di altre situazioni soggettive e della corretta spendita del pubblico danaro la Corte dei conti; la moderazione del conflitto sociale il CNEL; la protezione della sicurezza nazionale il Consiglio supremo di difesa; l'autonomia e l'indipendenza della magistratura il CSM. Ora, poiché, in astratto, queste prestazioni potrebbero essere erogate anche da *organi* o *meccanismi* diversi da quelli attualmente previsti in Costituzione, ne viene che il legislatore di revisione può disporre sia degli organi che dei meccanismi. Non può disporre, tuttavia delle *prestazioni* stesse, che vanno comunque erogate in quanto sono connesse a scelte costituzionali fondamentali e non eludibili. Ciò significa che ognuno di questi organi potrebbe essere soppresso con una legge di revisione costituzionale, sì, ma significa anche che la revisione sarebbe illegittima se non fosse accompagnata dalla garanzia della perdurante erogazione delle prestazioni costituzionalmente doverose che essi, allo stato, devono assicurare<sup>40</sup>. Non è dunque vero che “l'unico esito giuridicamente rilevante del rango superprimario delle norme istitutive del Consiglio superiore e attributive dei relativi poteri si risolv[a] nel dato che tale organo e tali poteri non possano essere intaccati nemmeno da una norma di rango legislativo”<sup>41</sup>. La dottrina e la pratica<sup>42</sup> dei principi

---

<sup>37</sup> V'è anche chi dubita della possibilità di identificare gli organi costituzionali movendo dall'accertamento della loro indefettibilità. Così, in particolare, L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 265.

<sup>38</sup> V., ora, il volume *Leopoldo Elia. Discorsi parlamentari*, a cura di A. Manzella, Bologna, il Mulino, 2018, 193.

<sup>39</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 5<sup>a</sup> ed., II, Padova, Cedam, 323.

<sup>40</sup> Si può discutere se quell'erogazione sia o meno, in concreto, soddisfacente. Come si sa, è una polemica che (sovente con un difetto di informazione) ha toccato soprattutto il CNEL, ma quanto si dice nel testo non concerne il *fatto*, bensì il *dover essere*.

<sup>41</sup> Così, invece, S. FRANZONI, *I giudici*, cit., 302.

<sup>42</sup> Una pratica, invero, nonostante tutte le cautele aspettative, s'è ormai affermata. Penso, in particolare, alle sentt. nn. 238 del 2014 e 115 del 2018 (ma anche all'ord. n. 24 del 2017, che ha preceduto quest'ultima) della Corte costituzionale.



costituzionali inviolabili non ammettono indebiti ampliamenti del nucleo intangibile della Costituzione, ma neppure consentono una sua semplicistica riduzione, disattenta ai nessi fra principi e strutture.

Nel caso specifico del Consiglio superiore della magistratura, allora, la sua qualificazione di organo di rilevanza costituzionale lo mette solo apparentemente a completa disposizione del legislatore di revisione, perché questi dovrebbe essere in grado di identificare organi o meccanismi istituzionali alternativi capaci di erogare la medesima prestazione richiesta al Consiglio, che è - nientemeno - la garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Oltretutto, come ha osservato la Corte dei conti nella già ricordata pronuncia delle Sezioni riunite in sede di controllo, l'esigenza di indipendenza dal Governo "è particolarmente intensa per gli Organi [di rilevanza costituzionale] «a carattere magistratuale»" (i quali godono anche di "autonomia in sede regolamentare «atipica e rinforzata»"). Con la conseguenza che la loro eliminazione o revisione incontra a più forte ragione i limiti che poco sopra si sono indicati.

ii) L'altro interrogativo che intendo porre riguarda la definizione del Consiglio superiore dal punto di vista delle funzioni che gli sono affidate: è corretto parlare di organo di "autogoverno" o di organo di "governo autonomo" della magistratura?

Come è noto, la prima espressione si trova in varie fonti legislative<sup>43</sup> e non ricorre solo per il CSM<sup>44</sup>. Così, si parla di "Organi di autogoverno della magistratura ordinaria, amministrativa, contabile, tributaria, militare"<sup>45</sup> e ancor più genericamente di "organi di autogoverno delle magistrature"<sup>46</sup>, ma l'espressione è usata anche in riferimento più specifico alle singole magistrature<sup>47</sup>. La seconda, invece, la troviamo all'art. 84 del Regolamento interno del CSM<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Esso sembra comparire per la prima volta all'art. 27, comma 2, della l. 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>44</sup> V., da ultimo, l'art. 2-duodecies del d. lgs. 30 giugno 1993, n. 196, per come novellato dall'art. 2 del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101: "In applicazione dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera f), del Regolamento, in relazione ai trattamenti di dati personali effettuati per ragioni di giustizia nell'ambito di procedimenti dinanzi agli uffici giudiziari di ogni ordine e grado nonché dinanzi al Consiglio superiore della magistratura e agli altri organi di autogoverno delle magistrature speciali o presso il Ministero della giustizia, i diritti e gli obblighi di cui agli articoli da 12 a 22 e 34 del Regolamento sono disciplinati nei limiti e con le modalità previste dalle disposizioni di legge o di Regolamento che regolano tali procedimenti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 23, paragrafo 2, del Regolamento".

<sup>45</sup> Art. 5, comma 3, del d. l. 31 maggio 2010, n. 78 (ma v. anche l'art. 6); art. 5, comma 2, del d. l. 6 luglio 2011, n. 98, nonché All. A al medesimo decreto legge (del quale vanno considerati anche gli artt. 37 e 39).

<sup>46</sup> Questa l'espressione usata dall'art. 16, comma 4, del d. l. 12 settembre 2014, n. 132.

<sup>47</sup> Così, per la magistratura tributaria e quella amministrativa, v., da ultimo, l'art. 37, comma 13, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, per come novellato dall'art. 1, comma 494, della l. 27 dicembre 2017, n. 205: "L'organo di autogoverno della magistratura tributaria provvede al riparto delle somme di cui al comma 11 tra gli uffici giudiziari che hanno raggiunto gli obiettivi di smaltimento dell'arretrato di cui al comma 12, secondo le percentuali di cui al comma 1, e tenuto conto delle dimensioni e della produttività di ciascun ufficio. Il Presidente del Consiglio di Stato, sentito l'organo di autogoverno della magistratura amministrativa, provvede al riparto delle risorse di cui al comma 11-bis tra gli uffici della giustizia

Orbene, vent'anni or sono Alessandro Pizzorusso sostenne essere “fortemente ambigua [...] la definizione del Consiglio come di «autogoverno della magistratura»”, sia perché “governo” è lemma che si attaglia al potere esecutivo<sup>49</sup>, sia perché “il prefisso «auto» sembra alludere ad una situazione di autonomia nei confronti degli altri poteri dello Stato”, che però non è quella “di un organo dello Stato dedito alla cura degli interessi generali nello stesso modo in cui tali interessi sono curati dagli altri organi collocati al vertice degli altri poteri che concorrono a formare la struttura costituzionale complessivamente considerata”<sup>50</sup>. Anche se per motivazioni non coincidenti, trovo condivisibile questa posizione critica<sup>51</sup>.

Il cammino del Consiglio superiore, infatti, è segnato dalla sua stessa collocazione costituzionale. Averlo posto all'art. 104, subito dopo la solenne proclamazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, ha significato per i costituenti renderlo funzionale alla realizzazione di questi due principi<sup>52</sup>: il perimetro dell'attività del CSM è pienamente definito da questa esigenza<sup>53</sup>. Parlare di “governo” della magistratura, pertanto, è equivoco, perché non è in tale “governo” che s'identifica la missione del Consiglio<sup>54</sup>.

---

*amministrativa, tenendo conto della produttività e delle dimensioni di ciascun ufficio. Per gli anni 2015, 2016 e 2017, il Ministro della giustizia, sentito il Consiglio superiore della magistratura, provvede al riparto delle somme di cui al comma 11 tra gli uffici della giustizia ordinaria in conformità ai criteri di cui al primo periodo”*

<sup>48</sup> Decr. 4 ottobre 2016, in G.U. 7 ottobre 2016, n. 235: “*Il Consiglio promuove l'adozione di protocolli di intesa con i corrispondenti organi di governo autonomo della magistratura di altri ordinamenti europei e internazionali, al fine di garantire lo scambio di esperienze tra i componenti, i magistrati segretari del Consiglio e i loro omologhi”*.

<sup>49</sup> A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi*, cit., 1065.

<sup>50</sup> A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi*, cit., 1066.

<sup>51</sup> In senso appunto critico, fra i molti, S. BARTOLE, *L'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, 4 sgg.; F. SORRENTINO, *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Torino, Giappichelli, 2009, 189 (il quale contesta sia il prefisso “auto”, che rischia di identificare i giudici con il CSM, sia il sostantivo “governo”, che postula una funzione di indirizzo della magistratura che al CSM sfugge). A favore dell'espressione “organo di governo autonomo”, invece, L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., 287 sgg., anche perché quelli del Consiglio superiore non sarebbero atti amministrativi, ma “veri e propri «atti di governo» della magistratura”, da ritenere, probabilmente, sottratti al sindacato del giudice amministrativo (*ivi*, 378 sgg.).

<sup>52</sup> Analogamente, G. FERRI, *Commento all'art. 104 della Costituzione*, ora in ID., *La magistratura in Italia. Raccolta di scritti*, Torino, Giappichelli, 2018, 123.

<sup>53</sup> È corretto, pertanto, affermare che “non è tanto la «posizione» del CSM nella forma di governo italiana a qualificarne il ruolo e la funzione svolta e quindi il regime dei suoi atti, è piuttosto la sua funzione di garantire l'indipendenza dei magistrati a definirne la posizione” (così F. SORRENTINO, *Governo dei giudici*, cit., 188). Se, dunque, è “l'esistenza di un organo come il C.S.M. a precostituire le condizioni indispensabili affinché sia garantita l'autonomia dell'ordine giudiziario” (così N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 26), è proprio la funzionalizzazione a tale garanzia che segna la posizione costituzionale e il cammino del Consiglio.

<sup>54</sup> Né potrebbe parlarsi di organo di autogoverno in quanto il CSM sarebbe “rappresentativo” della magistratura, perché questo significherebbe evocare la “equivoca e sfuggente figura della rappresentanza di interessi” (così G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 176).

Certo, i “quattro chiodi” cui, per riprendere le parole di Ruini in Assemblea Costituente<sup>55</sup>, è appeso il quadro competenziale del CSM (assunzioni; assegnazioni e trasferimenti; promozioni; provvedimenti disciplinari) implicano attività che possono anche dirsi di “governo”, ma queste sono il *mezzo*, non il *fine*, che resta saldamente ancorato alla garanzia dell’autonomia e dell’indipendenza.

È per questo che le attività di “governo” (cioè, più correttamente, di “amministrazione dell’attività giurisdizionale”) non possono subire alcuna interferenza, non importa se esterna o interna, che, compromettendo l’indipendenza del Consiglio, comprometterebbe anche quella dell’intera magistratura. Per evitare che questo accada il sistema più efficace non pare quello di una riforma delle regole elettorali (lascio da canto l’ipotesi del sorteggio, di ben dubbia costituzionalità ed espressione, invero, di una cultura del sospetto che macchia l’immagine della magistratura)<sup>56</sup>. Non lo è per la semplice ragione che chiunque abbia una minima dimestichezza con i sistemi elettorali sa benissimo che i *players* si adattano sempre alle nuove regole, le quali possono incentivare, ma giammai imporre una radicale ristrutturazione delle forme e dei contenuti della rappresentanza<sup>57</sup>.

Non solo. L’associazionismo interno alla magistratura non è, di per sé, un fenomeno negativo. Non mi sento di condividere appieno la posizione a suo tempo sostenuta da Alessandro Pizzorusso, secondo il quale la “maturazione culturale (ed in certo senso politica) dei magistrati si è venuta realizzando in virtù della loro attività associativa [...]”<sup>58</sup>, sicché “quando il Governo dice che vuole riformare il sistema elettorale del Consiglio per evitarne l’«eccessiva politicizzazione» [...], esso intende dire in realtà che intende combattere questa maturazione dei magistrati”<sup>59</sup>. Pizzorusso, credo, non poteva immaginare le

<sup>55</sup> V. l’intervento alla seduta dell’Assemblea Costituente del 25 novembre 1947, in *Atti Ass. Cost.*, 1<sup>a</sup> ed., 2460.

<sup>56</sup> Anche altre (e numerose) sono le incongruenze del sorteggio (può vedersene un elenco in G. FERRI, *Problemi e prospettive di riforma del sistema elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura*, ora in ID., *La magistratura in Italia*, cit., 134 sg.), ma è quello di cui si dice nel testo il tratto più inquietante: decido di sorteggiare - cioè - perché non ho fiducia nella capacità della magistratura di scegliere i componenti del Consiglio secondo logiche virtuose e non deviate.

Sulla necessità di una legge di revisione costituzionale per l’introduzione del sorteggio, tra gli altri, G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Padova, Cedam, 2005, 167; G. SCARSELLI, *La riforma del CSM*, in AA. VV., *L’ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, a cura di G. Ferri e A. Tedoldi, Napoli, ESI, 2016, 200. Questo A., peraltro (*ivi*, 199 sg.), è favorevole al sorteggio e propone l’estensione al CSM del sistema previsto dalla c.d. legge Gelmini per i concorsi universitari (sorteggio fra candidati forniti di specifiche caratteristiche professionali). Si consenta di osservare che richiamare a paradigma quella legge, non propriamente nota per i suoi meriti, sembra alquanto azzardato.

<sup>57</sup> La possibile, se non probabile, eterogenesi dei fini che può viziare le proposte di riforma del sistema elettorale del Consiglio è messa opportunamente in luce da G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 180. Del resto, la storia insegna che i vizi oggi lamentati si sono determinati proprio “a dispetto della volontà del legislatore di togliere alle correnti il monopolio dei seggi” (così G. FERRI, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e la riforma della giustizia*, ora in ID., *La magistratura in Italia*, cit., 141).

<sup>58</sup> A. PIZZORUSSO, *Su alcune recenti proposte di riforma del C.S.M.*, in *Legalità e giustizia*, 1984, 878 sgg., ora in *L’ordinamento giudiziario*, cit., II, 1058 sg.

<sup>59</sup> A. PIZZORUSSO, *Su alcune recenti proposte*, cit., 1059.

degenerazioni che avvenimenti recenti hanno squadernato davanti ai nostri occhi, svelando quel “quadro sconcertante e inaccettabile” di cui ha parlato il Presidente della Repubblica nel suo intervento al *plenum* del CSM del 21 giugno (e al quale fa giustamente riferimento, senza infingimenti, anche il documento introduttivo di questo incontro)<sup>60</sup>. Tuttavia, il confine tra lotta alle degenerazioni e normalizzazione della magistratura è sottile e non ci si può muovere, su questo terreno, con imprudente disinvoltura.

Più efficace e meno rischioso, semmai, è lavorare sulle regole di funzionamento del Consiglio, anzitutto raccogliendo il monito del capo dello Stato a seguire “ritmi ordinati nel rispetto delle scadenze”<sup>61</sup> e l’invito di Gaetano Silvestri ad “abbandonare il deleterio sistema dei «pacchetti» nelle nomine, specie dei titolari di uffici direttivi”, “metodo perverso” - scrive sempre Silvestri - che “ritarda le nomine” e fa correre il rischio di non seguire “necessariamente criteri di merito”<sup>62</sup>. Criteri di merito che, invece, sono cruciali e la cui applicazione il CSM deve acconciarsi a esplicitare sempre nel modo più chiaro, onde uniformarsi, attraverso “regole puntuali e trasparenza delle proprie deliberazioni” (parole, ancora una volta, del capo dello Stato)<sup>63</sup>, ai paradigmi che la giurisprudenza amministrativa ha faticosamente elaborato nel corso di molti anni. Fermo restando, sia permesso osservarlo incidentalmente, che lo stesso giudice amministrativo deve ben intendere le peculiarità che sono proprie della selezione dei magistrati più idonei, rispettando anche sostanzialmente il giusto principio, ch’esso stesso ha enunciato formalmente, a tenor del quale non è consentito alcun sindacato di merito sulle scelte operate dal Consiglio<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> L’intervento del Presidente della Repubblica può leggersi al sito web del CSM, tra le “news” del 21 giugno 2019.

<sup>61</sup> Così il già ricordato intervento del 21 giugno 2019.

<sup>62</sup> G. SILVESTRI, *Pizzorusso e l’ordinamento giudiziario*, in A. PIZZORUSSO, *L’ordinamento giudiziario*, cit., I, XIX. Analogamente, N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 32.

<sup>63</sup> Nell’intervento citato alla nota 60.

<sup>64</sup> In dottrina, sull’esclusione di un sindacato di merito sulle determinazioni del CSM, fra i molti, S. FRANZONI, *I giudici*, cit., 199; G. SANTALUCIA, *Consiglio superiore della magistratura e giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Controllare i giudici?*, cit., 202 sg. Nel senso che si tratti di un “sindacato c.d. debole, limitato cioè alla verifica della non contraddittorietà o della non arbitrarietà dell’atto impugnato”, F. SORRENTINO, *Governo dei giudici*, cit., 190. La questione più delicata, comunque, è quella dell’estensione del sindacato di eccesso di potere, che la Corte di cassazione, in una sua fondamentale sentenza, ha adeguatamente circoscritto, affermando, in particolare, che la contestazione della “ragionevolezza” di una delibera del CSM da parte del Consiglio di Stato, “*peraltro isolata da ogni riferimento al più ampio contesto motivazionale sia della sentenza di primo grado, oggetto del giudizio di appello, sia della stessa Delib. del CSM impugnata in primo grado, non può ritenersi figura sintomatica dell’eccesso di potere, bensì appartiene all’esercizio della discrezionalità amministrativa e quindi esorbita dal sindacato di legittimità del giudice amministrativo, quale quello condotto sul parametro dell’eccesso di potere*” (Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787).

#### 4. La cultura dei magistrati

Sciogliere correttamente questi nodi problematici è, per il CSM, per la dottrina che lo studia e per la politica che è tentata di occuparsene, essenziale. Ma nessuno sforzo d'intelligenza delle cose potrebbe essere sufficiente se il soggetto di cui il Consiglio è riferimento, la magistratura, non avesse di sé una corretta autorappresentazione. E qui si pone una duplice questione: di cultura della giurisdizione e di "ideologia professionale"<sup>65</sup> dei magistrati.

Una questione di cultura della giurisdizione. Storicamente, sia l'interpretazione esterna che l'autointerpretazione interna della giurisdizione hanno continuamente oscillato fra due poli opposti, ora accontentandosi di una sorta di appiattimento sull'*amministrazione*, ora pretendendo una vera e propria confusione con la *legislazione*. Nel primo caso hanno pesato assai antiche suggestioni hegeliane: la funzione esecutiva, si diceva nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, avrebbe compreso sia l'amministrazione che la giurisdizione<sup>66</sup> ed entrambe sarebbero state limitate alla "sussunzione delle sfere *particolari* e dei casi singoli sotto l'universale"<sup>67</sup>, universale che solo la decisione del principe avrebbe potuto attingere. Nel secondo caso agiscono da qualche tempo i richiami di un indirizzo composito, che va dall'ermeneutica al realismo giuridico, unificato dall'idea che il giudice sarebbe titolare di un potere creatore della norma e che, anzi, della norma non si potrebbe nemmeno parlare sino a che essa non fosse *prodotta* dal giudice. Un indirizzo che, a mio parere, è infondato scientificamente ed è inconciliabile col diritto costituzionale positivo, non foss'altro perché svuota di significato lo stesso principio-cardine della soggezione del giudice alla (sola) legge<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Per riprendere la felice formula di V. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in AA. VV., *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 132.

<sup>66</sup> Perché il "compito della sussunzione in generale comprende in sé il *potere governativo*, nel quale sono compresi il *potere giudiziario* e quello di *polizia*" (*Lineamenti di filosofia del diritto*, §287).

<sup>67</sup> *Lineamenti di filosofia del diritto*, §§ 273 e 283.

<sup>68</sup> Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. IX, Milano, Giuffrè, 2016, 402 sg.

Che il principio della soggezione del giudice alla legge sia assolutamente centrale si deve alla sua funzione ancipite: "per un verso, pone un rigoroso limite all'esercizio del potere del giudice; per altro verso, garantisce lo stesso giudice da qualsiasi ingerenza esterna" (così F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *Articolo 104*, cit., 5). E, si badi, il principio è fissato proprio da quella Costituzione che, secondo i sostenitori della tesi criticata nel testo, avrebbe sdoganato la creatività giudiziale, presentandosi come "fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole" (così R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA. VV., *Controllare i giudici?*, cit., 26). Va infine osservato che il principio di soggezione alla legge segue immediatamente, all'art. 101, ("epigrafe" dell'intero Titolo IV, disse Ruini, in *Atti Ass. Cost.*, 2283), quello che la giustizia è amministrata in nome del popolo. La soggezione alla legge non è che la logica derivazione dal principio della legittimazione popolare, ché della volontà popolare, filtrata dalla rappresentanza, la legge era considerata, dai Costituenti, manifestazione.



Una questione di ideologia professionale. Risulta con piana evidenza dagli artt. 101, comma 2, e 112 della Costituzione che compito della magistratura è l'applicazione della legge, ma non sempre lo si intende correttamente. Non lo si intende quando la magistratura requirente si dimostra inconsapevole dell'immensità del proprio potere e delle gravi conseguenze che (ormai per tempi anche lunghissimi) investono la vita delle persone quando esso è esercitato in modo non sorvegliato, ma quasi fosse lo strumento d'una pubblica vendetta, quando esso è esercitato in modo “*strumentale, apparente o per mera ostentazione*”, come a suo tempo scrisse Gaetano Silvestri<sup>69</sup>. Non lo si intende quando la magistratura giudicante situa troppo in basso o troppo in alto la propria funzione.

Troppo in basso, quando il giudice pensa che della legge si dia sempre una sola possibile interpretazione o quando si appiattisce acriticamente sui precedenti, pur così preziosi per la stabilizzazione della giurisprudenza. Negare la creatività del giudice non significa postulare la meccanicità della sua opera intellettuale e valorizzare la certezza del diritto (negletta dai “creazionisti”) non significa precludere qualunque evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali. Il loro cambiamento, infatti, è compatibile con la certezza se è circondato di idonee garanzie, che la stessa giurisprudenza, invero, ha elaborato soprattutto in campo processuale: errore giustificabile; rimessione in termini, *prospective overruling*<sup>70</sup>.

Troppo in alto, quando il giudice non pratica l'applicazione della legge, ma, ricercando la soluzione più “adeguata al caso”<sup>71</sup>, pretende di rendere “giustizia” del caso singolo, giustizia che, se non è quella della legge applicata, è sempre e fatalmente la “sua” giustizia<sup>72</sup>. Se la legge appare inadeguata il rimedio

<sup>69</sup> G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici*, cit., 128 (cors. nell'orig.). Quella “ostentazione”, del resto, è spesso figlia di un protagonismo mediatico giustamente stigmatizzato dai magistrati più accorti (cfr., ad es., E. BRUTI LIBERATI, *La ANM e le “correnti” della magistratura. La tutela dei diritti e degli interessi professionali dei magistrati e la tutela politica degli interessi della giustizia*, in AA. VV., *Magistratura e politica*, cit., 164).

<sup>70</sup> M. LUCIANI, *L'errore di diritto*, cit., *passim*.

Che il principio della soggezione del giudice alla legge sia assolutamente centrale si deve alla sua funzione ancipite: “per un verso, pone un rigoroso limite all'esercizio del potere del giudice; per altro verso, garantisce lo stesso giudice da qualsiasi ingerenza esterna” (così F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *Articolo 104*, cit., 5). E, si badi, il principio è fissato proprio da quella Costituzione che, secondo i sostenitori della tesi criticata nel testo, avrebbe sdoganato la creatività giudiziale, presentandosi come “fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole” (così R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA. VV., *Controllare i giudici?*, cit., 26). Va infine osservato che il principio di soggezione alla legge segue immediatamente, all'art. 101, (“epigrafe” dell'intero Titolo IV, disse Ruini, in *Atti Ass. Cost.*, 2283), quello che la giustizia è amministrata in nome del popolo. La soggezione alla legge non è che la logica derivazione dal principio della legittimazione popolare, ché della volontà popolare, filtrata dalla rappresentanza, la legge era considerata, dai Costituenti, manifestazione.

<sup>71</sup> Sollecitazioni nel senso criticato nel testo, peraltro, vengono anche dalla dottrina. V., fra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009, 179.

<sup>72</sup> Anche il suggerimento (dato da V. ONIDA, *La cultura e la formazione dei magistrati*, in AA. VV., *Magistratura e politica*, cit., 112) di fare appello al “senso di giustizia” del giudice per verificare se la soluzione offertagli dall'interpretazione



non è certo la sua sostanziale disapplicazione, magari coperta dal richiamo al divieto del *non liquet*<sup>73</sup>, ma è il promovimento della questione di costituzionalità. È l'intervento della Corte costituzionale.

Ora, cadere in uno di questi due eccessi costituisce un rischio mortale per la magistratura quale noi la conosciamo. Nel primo caso, perché forte sarebbe la tentazione di sostituire il giudice professionale con un giudice-robot (e sappiamo che questo, in alcuni Paesi, è già realtà). Nel secondo, perché diverrebbe difficilmente resistibile la spinta all'elettività del giudice, che ritengo eversiva dell'intera nostra tradizione giuridica<sup>74</sup>. Intendere bene il proprio ruolo è, per la magistratura, fondamentale. Solo così le sarà possibile resistere ai tentativi di snaturamento della sua posizione costituzionale che ciclicamente, purtroppo, si ripresentano sul palcoscenico del nostro dibattito pubblico.

---

delle fonti è davvero l'“unica conclusione adatta al caso” non può essere raccolto. Infatti: a) se vi sono più soluzioni interpretative si deve privilegiare quella conforme a Costituzione, non quella conforme al “senso di giustizia” del giudice; b) se l'interpretazione costituzionalmente conforme non è praticabile occorre investire della questione la Corte costituzionale; c) non esistono soluzioni “adatte al caso” identificabili sulla base di parametri oggettivi e non in forza della mera soggettività del giudice; d) esistono solo soluzioni giuridicamente corrette o giuridicamente scorrette (sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”* in *Dir. proc. amm.*, 2018, 36 sgg.).

<sup>73</sup> C. LEGNINI - D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto. L'unità perduta tra legislazione, regolazione e giurisdizione*, Roma, LUISS Univ. Press, 2019, 94, sostengono che l'impossibilità di non pronunciarsi sarebbe uno degli elementi dell'attuale condizione storica che tendono “a far confluire le aspettative di protezione verso l'ordine giudiziario”. Condivido questa affermazione, ma con la non secondaria precisazione che a produrre questo effetto non è tanto il divieto di *non liquet*, quanto la sua errata lettura, se non il suo vero e proprio abuso.

<sup>74</sup> Il principio del reclutamento dei magistrati per concorso è così importante che v'è chi l'ha posto accanto a quello di soggezione alla sola legge come “pilastro” che sorregge “la legittimazione costituzionale dei giudici” (così L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, 159).