

Le funzioni del Consiglio superiore della magistratura tra riserva di legge e poteri normativi*

ANGELO CAPUTO**

Sommario

1. Premessa: il contesto legislativo. – 2. La natura della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario. – 3. I poteri normativi del Consiglio Superiore della magistratura. – 4. I poteri normativi del Consiglio e la riforma degli anni 2005/2007: la disciplina delle incompatibilità *ex* artt. 18 e 19 Ord. Giud. e quella dell’accesso alle funzioni di legittimità. – 5. Funzioni del Consiglio di indirizzo dell’amministrazione della giurisdizione: le circolari sul conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi e sul rientro in ruolo dei magistrati che abbiano svolto incarichi politici. – 6. Funzioni del Consiglio e poteri impliciti: le “pratiche a tutela” e la ricognizione di “buone prassi” in materia di intercettazioni.

Data della pubblicazione sul sito: 12 febbraio 2020

Suggerimento di citazione

A. CAPUTO, *Le funzioni del Consiglio superiore della magistratura tra riserva di legge e poteri normativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Relazione, integrata nel testo e nelle note, tenuta al corso della Scuola Superiore della Magistratura dedicato a *Le garanzie istituzionali di indipendenza della magistratura in Italia* (Roma, 5 – 7 novembre 2019), nella prima sessione (*Potestà regolamentare e funzioni amministrative del Consiglio superiore della magistratura*).

** Consigliere della Corte di Cassazione.

1. Premessa: il contesto legislativo.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui rapporti tra l'attività *lato sensu* normativa del Consiglio superiore della magistratura - estrinsecantesi non solo attraverso i regolamenti (prima di tutto, il Regolamento Interno) previsti dalla legge istitutiva¹ o da altre fonti primarie, ma anche e soprattutto attraverso "risoluzioni" e "circolari" incidenti sull'attività dello stesso Consiglio e, in ultima analisi, su vari profili dell'ordinamento giudiziario - si è sviluppato in un contesto caratterizzato da una legislazione in materia lacunosa e frammentaria, ben lontana dal modello di legge - "organica", secondo alcuni studi - di ordinamento giudiziario prefigurato dall'art. 108 Cost.

E' un rilievo, questo, largamente diffuso nelle diverse analisi (e, da alcune di esse, come si vedrà, assunto a fondamento delle soluzioni accolte in ordine, ad esempio, all'individuazione della natura della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario), sicché è sufficiente, sul punto, richiamare l'autorevole giudizio della Commissione Paladin, che non mancò di registrare come l'ordinamento giudiziario si presentasse, all'epoca, «viziato da gravi lacune e aporie», in quanto «le norme legislative in questione non sono state sistematicamente revisionate, in attuazione delle corrispondenti norme costituzionali, ed anzi risultano quanto mai disorganiche e frammentarie»².

Rispetto al contesto legislativo descritto dalla Commissione Paladin, profonde modifiche sono state introdotte, principalmente, con i numerosi decreti attuativi della legge-delega 25 luglio 2005, n. 150 (cd. "riforma Castelli")³ e con la legge 30

¹ Legge 24 marzo 1958, n. 195.

² La Commissione Paladin fu istituita con decreto del Presidente della Repubblica Cossiga del 26 luglio 1990; la *Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della Magistratura* fu trasmessa alle Camere con messaggio presidenziale del 6 febbraio 1991. La relazione (così come il messaggio presidenziale) è pubblicata in *Giur. Cost.*, 1994, 982 ss.; i brani citati nel testo sono tratti da pag. 993.

³ Senza alcuna pretesa di completezza, possono ricordarsi il d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160 (recante una nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati); il d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 (recante la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché la modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati); il d. lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 (recante disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero); il d. lgs. 30 gennaio 2006, n. 26 (che ha istituito la Scuola superiore della magistratura e ha introdotto disposizioni in tema di tirocinio e formazione degli uditori giudiziari, aggiornamento professionale e formazione dei magistrati); il d. lgs. 27 gennaio 2006, n. 25 (che ha istituito il Consiglio direttivo della Corte di cassazione e ha

luglio 2007, n. 111 (cd. “riforma Mastella”), che ha apportato significative modificazioni alla prima. L’ampiezza e la rilevanza dell’innovazione legislativa attuata dalle riforme del 2005/2007 muta in profondità il quadro di riferimento dell’attività del Consiglio superiore della magistratura e fa venir meno, in misura significativa, il presupposto della “supplenza” alla quale, secondo molti studi, era stato chiamato⁴.

Il che, naturalmente, non priva di attualità le questioni relative, da una parte, all’individuazione della natura della riserva di legge (o, meglio, delle riserve di legge) in materia di ordinamento giudiziario e, dall’altra, alla portata dei poteri normativi (o paranormativi) del Consiglio superiore della magistratura, ma le proietta, l’una e l’altra, nella direzione del necessario confronto con le nuove discipline legislative, tanto più che, nella fase recente, l’arsenale delle iniziative di “orientamento” del C.S.M. si è arricchito di nuovi strumenti, anch’essi meritevoli di attenzione.

2. La natura della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario.

Ampio è il ventaglio delle opinioni circa la natura della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario: ampiezza che riflette lo stesso andamento del dibattito sul tema in Assemblea Costituente, dove all’impostazione iniziale volta a riservare ad una legge costituzionale la disciplina della materia (caldeggiata, tra gli altri, da Calamandrei e da Leone), fece seguito una proposta più moderata che si limitava a prevedere una riserva di legge da approvare, però, a maggioranza assoluta, fino a giungere alla formulazione dell’art. 108 Cost., svincolata da qualsiasi connotazione della riserva di legge quale riserva “rinforzata⁵, anche se, ad avviso di una dottrina, i plurimi riferimenti costituzionali all’”ordinamento giudiziario” – in uno con la disciplina *ad hoc* prevista dalla settima disposizione transitoria – fanno sì che detta

introdotto una nuova disciplina dei consigli giudiziari); il d. lgs. 25 luglio 2006, n. 240 (in tema di individuazione delle competenze dei magistrati capi e dei dirigenti amministrativi degli uffici giudiziari nonché di decentramento su base regionale di talune competenze del Ministero della giustizia).

⁴ F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, 2018 osserva che la riforma del 2005/2007 «ha occupato, ora con una certa puntualità e organicità, spazi in passato lasciati scarsamente presidiati».

⁵ Sul dibattito in Assemblea Costituente, vds. A. PIZZORUSSO, *Art. 108*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario alla Costituzione, La magistratura*, Tomo III, Zanichelli Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, 1992, pagg. 1 s.; sul tema, vds. anche R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. X, Utet, 1995, pagg. 374 s., che sottolineano come nel nostro ordinamento non esista la categoria della “legge organica”, richiamata, a proposito della riserva di legge *ex art. 108 Cost.*, da S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Cedam, 1964, pagg. 252 s.

riserva debba essere intesa quale riserva specifica, appunto, all'ordinamento giudiziario", ossia «ad un sistema compiuto e compattamente organico»⁶.

Nella ricostruzione della sua portata, alcuni studiosi sono orientati nel senso della riserva assoluta⁷, pur non escludendo, in talune prospettazioni, il riconoscimento – anche alla luce, come si vedrà, delle indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale – di «spazi di valutazione discrezionale al Consiglio, non potendo (né dovendo) il legislatore stabilire una griglia fittissima di norme che il Consiglio debba quasi meccanicamente applicare»⁸. Del resto, come osservava la stessa Commissione Paladín, la tesi dell'assolutezza delle riserve configurate dal Titolo IV della Costituzione non è mai stata condotta ad estreme conseguenze, posto che «l'esistenza di un organo quale il CSM rischierebbe di non avere senso, se i provvedimenti ad esso spettanti fossero del tutto vincolati alla necessaria e meccanica applicazione di previe norme di legge»⁹.

Altra parte della dottrina, invece, qualifica come relativa la riserva di legge di cui all'art. 108 Cost.¹⁰, valorizzando anche la previsione costituzionale di cui all'art. 105 Cost., «che stabilisce una riserva di competenza del C.S.M., senza alcuna preclusione per l'esercizio di poteri normativi», esercizio possibile sia *secundum legem*, che *praeter legem*¹¹.

Proprio nella prospettiva tesa alla valorizzazione delle attribuzioni costituzionali del Consiglio superiore della magistratura, la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario è stata ritenuta assoluta nei confronti del potere esecutivo e relativa nei confronti dello stesso Consiglio¹²: una riserva di legge, dunque, «a geometria variabile»¹³.

⁶ G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Giur.*, 1988, pag. 6.

⁷ S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, cit., pagg. 248 ss., nonché *Consiglio superiore della magistratura*, in *Nov. Dig. It.*, Appendice, vol. II, 1981, pag. 461.

⁸ F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Editori Laterza, 1994, pag. 47; l'Autore, peraltro, non manca di richiamare «la tendenza ad una "relativizzazione" della riserva, spesso con il dichiarato scopo di giustificare le circolari» adottate dal Consiglio (pag. 45). Propende per la natura assoluta della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario anche 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., pag. 34.

⁹ *Relazione della Commissione presidenziale* cit., pag. 992.

¹⁰ A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, 1990, pag. 26.

¹¹ G. VOLPE, *Il potere normativo del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 24, pagg. 19 s.

¹² G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1975, pagg. 442 s.

¹³ A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, in *Rassegna Parlamentare*, 2/2010, pag. 381.

Le impostazioni più *aperte* alla prospettiva del riconoscimento di un ruolo del Consiglio nell'integrazione normativa della legislazione di ordinamento giudiziario hanno trovato conforto in un'importante pronuncia del giudice delle leggi intervenuta in tema di disciplina della nomina dei magistrati negli uffici direttivi. Con la sentenza n. 72 del 1991¹⁴, la Corte costituzionale ha affermato che dalla riserva di legge di cui all'art. 108 Cost., posta «a fondamento della disciplina sull'ordinamento giudiziario al fine di garantire lo *status* di indipendenza della magistratura sia giudicante che requirente», 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»; detta riserva, tuttavia, 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», sicché, nella materia in esame, la riserva di legge «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».

Dunque, nel complesso e delicato compito di individuare i dirigenti degli uffici giudiziari (ma l'assetto disegnato dalla sentenza n. 72 del 1991 ben può essere riferito, più in generale, al rapporto tra le funzioni consiliari e le riserve di legge in esame¹⁵), il Consiglio superiore opera con un margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale nel quadro delineato, in termini sufficientemente precisi, dai criteri generali di valutazione e selezione stabiliti dalla legge. La dottrina ha letto nella sentenza della Corte costituzionale una conferma della tesi che qualifica come relativa la riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario¹⁶: lettura, questa, che trova conferma nell'esame della questione affrontata e disattesa dal giudice delle leggi. Con la sentenza n. 72 del 1991, infatti, la Corte dichiarò infondata la questione di legittimità dell'art. 6 della legge 24 maggio 1951, n. 392, secondo cui «sono conferiti per anzianità e per merito a magistrati di Corte di cassazione» alcuni uffici direttivi (tra i quali quello di procuratore generale presso la corte di appello che veniva in rilievo nel giudizio *a quo*), e dell'art. 188 Ord. Giud., relativo all'*iter* procedimentale della nomina: fu, dunque, ritenuta costituzionalmente legittima una disciplina legislativa recante criteri di nomina *a*

¹⁴ In *Giur. Cost.*, 1991, I, pag. 516.

¹⁵ Viene in rilievo, innanzi tutto, la riserva *ex art.* 108, primo comma, Cost., ma altre riserve sono previste, ad esempio, dagli artt. 106 e 107.

¹⁶ A. PACE, *I poteri normativi del CSM*, cit., pag. 379

*maglie molto larghe*¹⁷, il che, appunto, conferma la ricostruzione dell'assetto dei rapporti tra fonte primaria e intervento integratore del C.S.M. che attribuisce natura relativa alla riserva *ex art. 108 Cost.*

3. I poteri normativi del Consiglio superiore della magistratura.

Pur non *in toto* sovrapponibili, le indicazioni che possono trarsi dalla ricognizione delle questioni sottese alla definizione della natura della riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario risultano, comunque, sostanzialmente convergenti (anche quelle offerte dalle tesi che considerano assoluta la riserva) nel riconoscere, in linea con l'impostazione della giurisprudenza costituzionale, un significativo margine di intervento discrezionale in capo al C.S.M. nell'integrazione della fonte primaria. Il problema, quindi, si sposta sul terreno dell'individuazione della natura giuridica (normativa o meno, primaria o secondaria) degli atti consiliari e, su questo terreno, è necessario distinguere i regolamenti, che rinvergono il proprio esplicito fondamento in una disposizione legislativa, dagli ulteriori atti (risoluzioni e, soprattutto, circolari) con i quali il C.S.M. definisce in via preventiva criteri specifici e individua puntuali elementi alla stregua dei quali esercitare la propria discrezionalità.

Quanto ai regolamenti, la legge istitutiva del Consiglio n. 195 del 1958 ne prevede due, il regolamento interno (art. 20) e quello di contabilità (art. 9)¹⁸. Di gran lunga più significativo, ai fini delle valutazioni relative al tema in trattazione, è il primo, a proposito del quale parte della dottrina¹⁹ e la stessa Commissione Paladin²⁰ propendono per l'attribuzione ad esso del rango di fonte secondaria: prospettiva, questa, nel cui solco si colloca l'opinione che riconduce il regolamento

¹⁷ Di gran lunga più analitici sono i criteri dettati, in relazione alle nomine per gli uffici direttivi e semidirettivi, dalla disciplina vigente, come si vedrà *infra* al par. 3.

¹⁸ Ai due regolamenti indicati era in passato equiparato il regolamento per il tirocinio degli uditori, adottato dal C.S.M. in forza dell'art. 48 d.P.R. n. 916 del 1958: dopo l'istituzione della Scuola Superiore della magistratura, è discusso se il *Regolamento per la formazione iniziale dei magistrati ordinari* (approvato con delibera del 13 giugno 2012 e modificato con delibera del 20 marzo 2019) conservi natura regolamentare ovvero, nonostante il *nomen*, debba essere assimilato alle circolari integrative di fonti primarie: sul tema, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2019, pag. 51.

¹⁹ F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, cit., pag. 37. Aderiscono alla tesi che attribuisce natura di fonte secondaria al regolamento interno anche R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, cit., pag. 377.

²⁰ *Relazione della Commissione presidenziale*, cit., pag. 995, secondo cui il regolamento è fonte subordinata alla legge.

interno nel *genus* del regolamento di organizzazione²¹. Una diversa impostazione, invece, valorizza il ruolo di amministrazione della giurisdizione affidato al C.S.M. e il carattere di indefettibilità allo stesso riconosciuto, per individuare, nei limiti connessi alle esigenze organizzative e funzionali, un nucleo di potestà autonoma di autoregolamentazione del proprio funzionamento, che rappresenta il completamento del ruolo di garanzia cui il Consiglio è chiamato e che può imporsi anche alla disciplina legislativa primaria²².

Al riguardo, comunque, mette conto osservare che, con delibera del 26 settembre 2016, il Consiglio superiore ha approvato un nuovo Regolamento Interno (modificato poi con delibera del 30 aprile 2018), i cui artt. 24 e 25 riguardano le risoluzioni, il primo, e le circolari e le direttive, il secondo: le risoluzioni possono essere adottate dal Consiglio «su quanto attiene alle proprie attribuzioni», mentre le circolari e le direttive sono emanate «per dare esecuzione o interpretazione alla legge e ai regolamenti, nonché per fornire criteri di orientamento sull'esercizio delle attribuzioni e della discrezionalità del Consiglio»²³.

Le circolari sono gli atti normativi (o para-normativi, come talvolta si afferma) del Consiglio che rivestono senz'altro maggiore importanza. Il carattere “normativo” di tali atti è, tuttavia, controverso e, tendenzialmente, negato o ridimensionato dai sostenitori della tesi della natura assoluta della riserva di legge

²¹ F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 105*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione, La magistratura*, Tomo II, Zanichelli Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, 1986, pag. 96; S. CARLUCCI, *L'attività normativa e paranormativa del Consiglio superiore della magistratura*, in U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Il Mulino, 1992, pag. 362. Sia pure in una pronuncia relativa alla sezione disciplinare del Consiglio superiore, la Corte costituzionale ha affermato che «la Costituzione, regolando solo i tratti essenziali del disegno del Consiglio superiore della magistratura, ha lasciato alla discrezionalità del legislatore ordinario, pur senza vincolarlo ad alcuna forma di attuazione, ampi spazi nella disciplina delle funzioni e dell'organizzazione interna del Consiglio» (Corte cost., sent. n. 262 del 2003, in *Giur. Cost.*, 4/2003, pag. 2154, con nota di F. RIGANO, *Il séguito “regolamentare” di una sentenza additiva a dispositivo generico*).

²² G. SERGES, *La potestà normativa*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il Consiglio superiore della magistratura. Aspetti costituzionali e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2001, pagg. 44 s.

²³ L'art. 15 del previgente regolamento interno non delineava una netta separazione contenutistica tra gli atti indicati, in quanto stabiliva che «il Consiglio può adottare risoluzioni per quanto attiene l'esercizio delle proprie attribuzioni» e che «circolari e direttive sono emanate dal vicepresidente in conformità a tali risoluzioni». Sul nuovo regolamento interno, vds. U. DE SIERVO, *Il regolamento interno del CSM nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018.

in materia di ordinamento giudiziario²⁴. In una diversa prospettiva, invece, dal riconoscimento costituzionale dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura si fa discendere l'attribuzione al C.S.M. di una potestà normativa e, segnatamente, di una «potestà di specificazione e di ricognizione della normativa primaria in tutto ciò che attiene all'ordinamento giudiziario»²⁵: contenuti, questi individuati per la potestà normativa del Consiglio superiore, sostanzialmente corrispondenti a quelli delineati dall'art. 25 del nuovo regolamento interno. Il carattere relativo, almeno rispetto alle attribuzioni del C.S.M., della riserva di legge ex art. 108 Cost. e la definizione operata dalla giurisprudenza costituzionale dell'ambito di integrazione della disciplina legislativa attribuito al Consiglio nell'esercizio dei suoi poteri normativi convergono verso il riconoscimento dell'«esistenza di una potestà normativa che consenta al Consiglio di esercitare l'intero fascio delle attribuzioni ad esso assegnate dalla Costituzione senza ridurle ad un'operazione vincolata e di stretta esecuzione dei criteri fissati dal legislatore», fermo restando che il legislatore stesso «rimane libero di disciplinare in maniera più o meno ampia la materia sulla quale il C.S.M. esercita le proprie attribuzioni a condizione di non limitarsi a dettare una disciplina generalissima [...] ovvero, tutto al contrario, di non occupare l'intera area escludendo ogni spazio per un intervento di specificazione-esecuzione del C.S.M.»²⁶.

²⁴ Secondo V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., pag. 34, il carattere assoluto della riserva ex art. 108 Cost. preclude al Consiglio superiore la predeterminazione dei criteri e della modalità di esercizio della discrezionalità delle scelte ad esso demandate.

²⁵ G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura*, cit., pag. 28. Analoga la prospettiva di G. VOLPE, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento IV, 2000, pagg. 390 s.: nel quadro dell'individuazione delle funzioni del C.S.M., l'Autore osserva che «l'attribuzione costituzionale dell'autonomia della magistratura significa che essa è un'organizzazione dotata di capacità normativa rilevante sul piano generale delle fonti del diritto dello Stato. Pertanto, i suoi organi sono legittimati ad esprimersi anche mediante tipici atti normativi a contenuto astratto e generale (oltre che per mezzo di concreti provvedimenti)». S. PANIZZA, *Art. 104*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, vol. III, 2006, pag. 2015, attribuisce al C.S.M. un limitato potere normativo, che «si traduce anche in atti, variamente denominati, di natura esplicativa, attuativa ed entro certi limiti integrativi dei disposti di rango primario».

²⁶ G. SERGES, *La potestà normativa*, cit., le citazioni sono tratte da pag. 63 e da pag. 64. Anche N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag. 57 esprimono dubbi su «una disciplina legislativa che, proprio nelle specifiche attribuzioni elencate all'art. 105 Cost., azzeri irragionevolmente lo spazio di valutazione del C.S.M., determinando l'insorgere di situazioni concrete che, al contrario, dimostrino come l'esercizio di tale discrezionalità sia non solo opportuno, ma necessario. In tali ipotesi, di una tale disciplina si potrebbe argomentare l'illegittimità costituzionale, per violazione

Del resto, è la stessa legge ad attribuire, in vari e significativi casi, al Consiglio superiore un rilevante ruolo di integrazione della disciplina di ordinamento giudiziario. Nella materia che, anche dal punto di vista storico e in considerazione dei valori costituzionali in gioco (l'inveramento del principio del giudice naturale, prima di tutto), rappresenta il caso paradigmatico di intervento normativo del Consiglio, ossia la materia delle tabelle, l'art. 7-ter Ord. Giud. (inserito, come è noto, dall'art. 4, comma 1, del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, poi più volte modificato) attribuisce al Consiglio il potere di indicare, in via generale, i criteri obiettivi e predeterminati che devono presiedere all'assegnazione degli affari alle singole sezioni ed ai singoli collegi e giudici²⁷. Anche la riforma del 2005/2007 non ha rinunciato alla funzione integrativa esercitata dal Consiglio attraverso i suoi atti normativi: in relazione al tema, anch'esso cruciale per assicurare l'effettività dell'autonomia e dell'indipendenza del magistrato, delle valutazioni periodiche di professionalità, l'art. 11 del d. lgs. n. 160 del 2006 (come sostituito dall'art. 2, comma 2, della legge 30 luglio 2007, n. 111), dopo aver delineato, in termini sufficientemente analitici, i parametri in base ai quali le valutazioni devono essere svolte (capacità, laboriosità, diligenza e impegno), al comma 3 attribuisce al C.S.M. il compito di individuare «gli elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei consigli giudiziari, i parametri per consentire l'omogeneità delle

congiunta degli artt. 3 e 105 Cost.». Il tema evoca quello della riserva di amministrazione in capo alla pubblica amministrazione (cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966), ma, nella prospettiva accolta dagli Autori citati, centrale è l'attribuzione costituzionale di determinate materie al C.S.M.

²⁷ Nell'evoluzione segnata dal succedersi delle varie circolari sulla formazione delle tabelle del C.S.M. si è registrato un arricchimento contenutistico (e, allo stesso tempo, finalistico-funzionale) delle stesse e, in particolare, la proiezione del sistema tabellare verso una prospettiva organizzativa tesa ad assicurare il miglioramento dell'efficienza della risposta giudiziaria da parte dei vari uffici: infatti, «il "diritto tabellare" è diventato altresì lo strumento per l'affermazione, all'interno degli uffici giudiziari, di un'impostazione tendente all'efficienza e attenta agli aspetti gestionali, nei limiti in cui tali aspetti possono rilevare per un'organizzazione peculiare quale quella giudiziaria» (N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag. 233). Nella stessa direzione, l'art. 37 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 stabilisce che annualmente i dirigenti degli uffici «redigono un programma per la gestione dei procedimenti civili, amministrativi e tributari pendenti», programma trasmesso al C.S.M. che ne tiene conto in sede di valutazione sulla conferma del dirigente ex art. 45 del d. lgs. n. 160 del 2006.

valutazioni, la documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere ai consigli giudiziari entro il mese di febbraio di ciascun anno»²⁸.

Anche nei casi in cui l'integrazione della disciplina legislativa con una più specifica disciplina di fonte consiliare non è espressamente prevista dalla prima, il Consiglio, pur dopo la riforma del 2005/2007, ha adottato una circolare integratrice delle previsioni dettate dall'art. 12, d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160 in tema di conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi: dette previsioni individuano una serie di criteri riguardanti, in particolare, l'attitudine direttiva, definita da una disposizione *ad hoc* (il comma 12), che a sua volta fa riferimento a plurimi indici rivelatori di tale attitudine. A fronte di una disciplina legislativa senz'altro più analitica della previgente normativa, come si è già accennato, il Consiglio ha approvato, con la delibera del 28 luglio 2015, un Testo unico sulla dirigenza giudiziaria, che, per ciascuna classe di uffici direttivi e semidirettivi, delinea vari indicatori generali e specifici, oltre a precisare i criteri che devono presiedere alla valutazione comparativa tra gli aspiranti e a definire le scansioni del procedimento.

In realtà, nei casi richiamati e in vari altri in cui il C.S.M. interviene con una propria disciplina integratrice di quella legislativa, ciò che talora è stato stigmatizzato come frutto di una sorta di "espansionismo" del Consiglio sul terreno della disciplina relativa a profili centrali dell'ordinamento giudiziario si traduce, in realtà, come è stato autorevolmente osservato, in un'«autolimitazione», poiché, a ben vedere, non vi è un'espansione della sua area di intervento, ma una sua contrazione, idonea ad individuare le eventuali contraddizioni «fra la motivazione comprendente questi provvedimenti generali e il provvedimento particolare o tra parti generali e parti individuali della motivazione»²⁹. In altri termini, attraverso i propri atti normativi il Consiglio superiore sottopone a «criteri oggettivi lo svolgimento di attività che potrebbero essere largamente discrezionali»³⁰: come è

²⁸ Il Consiglio è intervenuto adottando la circolare in materia di Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati a seguito della legge 30 luglio 2007 n. 111 (circolare n. 20691 deliberata l'8 ottobre 2007 e più volte modificata).

²⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il potere normativo del Consiglio superiore della magistratura*, in Aa.Vv. *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino, 1989, pag. 185. A conclusioni non diverse giunge A. PIZZORUSSO, *Art. 108*, cit., pagg. 7 s., quando rileva che gli atti normativi del C.S.M. tendono essenzialmente, oltre che «a proporre un'interpretazione sistematica delle confuse regole derivanti dalle fonti attualmente operanti» (rilievo, questo riferito all'assetto legislativo anteriore alla riforma del 2005/2007), ad «enunciare una serie di direttive per l'attività amministrativa che compete al Consiglio stesso ed agli organi di amministrazione della giurisdizione da esso dipendenti».

³⁰ M. DOGLIANI, I. MASSA PINTO, *Elementi di diritto costituzionale*, Giappichelli, 2017, pag. 432. La stessa Commissione Paladin (*Relazione della Commissione presidenziale*, cit., pag. 998), che propende per la natura non normativa delle circolari consiliari, ha fatto

confermato dal rilievo che proprio gli atti normativi consiliari costituiscono uno dei parametri (talora quello “privilegiato”) del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti “singolari” del C.S.M.³¹.

D'altra parte, le ragioni di ordine costituzionale sottese al riconoscimento, nei termini e con i limiti indicati, di poteri normativi in capo al Consiglio si saldano al rilievo dell'inidoneità ad assicurare effettività ai principi costituzionali in materia di un assetto dell'ordinamento giudiziario fondato sulla pretesa di “autosufficienza” della fonte legislativa: oltre che, come si è detto, destinata a comprimere illegittimamente le attribuzioni costituzionali del Consiglio³², una siffatta pretesa darebbe vita ad una disciplina inevitabilmente lacunosa (ché non è pensabile la definizione *ex lege* dei tanti aspetti presi invece in considerazione, grazie al ruolo rivestito dal Consiglio, dai suoi atti normativi) e incapace di adattarsi, con la necessaria incisività (anche dal punto di vista della tempistica), al mutare – assai frequente, come insegna l'esperienza pratica - delle situazioni

riferimento a «circolari mediante le quali il Consiglio superiore si autolimita, fissando principi o specifici disposti relativi all'esercizio delle funzioni consiliari».

³¹ Osserva G. SERGES, *La potestà normativa*, cit., pag. 57 che «il ruolo di parametro nella valutazione degli atti amministrativi conseguenti è [...] ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa che spesso ha posto in evidenza il carattere normativo delle circolari (o anche di atti recanti diversa denominazione) ed ha condotto lo scrutinio di legittimità considerando tali atti come produttivi di diritto oggettivo con efficacia integratrice della disciplina legislativa». Il rilievo, naturalmente, *aprirebbe* la riflessione al tema del controllo del giudice amministrativo sugli atti del C.S.M., tema che, per la sua complessità, richiederebbe uno studio *ad hoc* non compatibile con i limiti della presente trattazione: si tratta – è solo il caso di sottolinearlo – di un assetto (quello connesso al controllo del giudice amministrativo sui provvedimenti consiliari) tutt'altro che consolidato, nonostante l'autorevole intervento delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione, che hanno affermato il principio di diritto in forza del quale, in caso di concorso bandito dal C.S.M. per l'attribuzione di un incarico giudiziario, il Consiglio di Stato travalica i limiti esterni della giurisdizione qualora, nel giudizio avente ad oggetto la legittimità della corrispondente delibera del primo, operi direttamente una valutazione di merito del contenuto del provvedimento e ne apprezzi la ragionevolezza, - così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del C.S.M., espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura - piuttosto che limitarsi a sindacarne la legittimità, anche a mezzo del vizio dell'eccesso di potere (Sez. U, Sentenza n. 19787 del 05/10/2015, Rv. 637135).

³² Richiamando la disciplina delle tabelle, G. SERGES, *La potestà normativa*, cit., pag. 60 rileva che «quando si tratta di dare concretezza a principi costituzionali, ed in specie quando ci si trova alla confluenza di valori da coniugare – dall'autonomia ed indipendenza (interna ed esterna) della magistratura al giudice naturale precostituito per legge al buon andamento dell'amministrazione giudiziaria – il ruolo attivo del Consiglio ed un suo conseguente, inevitabile, spazio di potestà normativa non può essere messo in dubbio».

giuridico-fattuali con le quali la normativa di ordinamento giudiziario deve fare i conti³³. Esiti, questi, scongiurati dall'equilibrata e puntuale integrazione della legge che può essere assicurata dal Consiglio attraverso l'esercizio dei propri poteri normativi, nei limiti segnati appunto dalla riserva di legge e, prima ancora, dall'ambito di legittimazione del Consiglio, delimitato alle «funzioni di amministrazione della giurisdizione», ossia alle «attività amministrative strumentali all'esercizio di funzioni giurisdizionali»³⁴: funzioni, queste giurisdizionali, del tutto estranee, naturalmente, alle attribuzioni costituzionali del Consiglio superiore della magistratura, in quanto, come è stato autorevolmente rimarcato, è la stessa Costituzione ad aver posto «le basi della scissione tra “giurisdizione” e “amministrazione della giurisdizione”»³⁵.

Il quadro fin qui delineato consente allora di procedere con un approccio «più ravvicinato», se è lecito mutuare un'espressione della Commissione Paladin³⁶, ossia esaminando più da vicino alcuni atti normativi del Consiglio superiore, ma anche alcune sue “attività”, al fine di vagliarne la coerenza con l'assetto dei rapporti tra le fonti e con il ruolo costituzionale del C.S.M.: la selezione di tali atti e di tali attività sarà svolta sulla base della loro attitudine a dar conto di aspetti generali dell'attuale fase (successiva all'ampia riforma degli anni 2005/2007), ma, naturalmente, sconta l'inevitabile schematismo dovuto al “dato quantitativo”, davvero considerevole, dell'attività consiliare e al suo arricchirsi di nuovi strumenti di intervento.

4. I poteri normativi del Consiglio e la riforma degli anni 2005/2007: la disciplina delle incompatibilità ex artt. 18 e 19 Ord. Giud. e quella dell'accesso alle funzioni di legittimità.

Il profondo mutamento del contesto legislativo determinato dalle riforme dell'ordinamento giudiziario degli anni 2005/2007 offre, nella prospettiva del suo

³³ Cfr. M. DOGLIANI, *Rapporti tra aspetti organizzativi e aspetti gestionali nell'organizzazione della giustizia*, in *Giust. Cost.*, 3-4/1993, pagg. 36 ss.: nella prospettiva di instaurare un confronto tra teoria dell'organizzazione e diritto costituzionale, l'Autore osserva, con riguardo all'attività degli organi preposti all'amministrazione della giurisdizione (C.S.M., consigli giudiziari, dirigenti degli uffici), che «nemmeno i sostenitori più rigorosi della “assolutezza” della riserva di legge di cui all'art. 108 Cost. pretendono che tutti i provvedimenti di amministrazione della giustizia siano mere applicazioni di “previe” leggi», sicché anche la cd. funzione “paranormativa” risponde alla necessità di «produzione di norme interne: inevitabile espressione dell'azione strutturale» (pag. 41).

³⁴ A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, cit., pag. 97.

³⁵ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, 1997, pag. 75.

³⁶ *Relazione della Commissione presidenziale*, cit., pag. 989.

rapporto con le funzioni normative del C.S.M., esempi di segno diverso, ora all'insegna di una sorta di "mutuo riconoscimento" dei due ordini di fonti, ora, invece, improntati ad opzioni del Consiglio non in sintonia con le linee portanti dell'intervento legislativo.

Nella prima direzione si muove senz'altro l'evoluzione della disciplina in tema di incompatibilità per rapporti di parentela o affinità con avvocati e tra magistrati (artt. 18 e 19 Ord. Giud.). L'assetto originario vedeva una disciplina legislativa che, in buona sostanza, stabiliva, da una parte, i gradi parentela e affinità rilevanti e, dall'altra, ulteriori requisiti necessari per il perfezionamento delle fattispecie di incompatibilità (l'abitudine dell'esercizio della professione legale, le dimensioni dell'ufficio). Muovendo dalla constatazione che la giurisprudenza amministrativa escludeva "automatismi" nell'accertamento delle situazioni di incompatibilità, il Consiglio superiore aveva adottato una circolare (l'ultima, prima della novella legislativa, deliberata il 4 dicembre 2003) con la quale individuava una serie di parametri alla stregua dei quali operare la valutazione in concreto circa la sussistenza dei presupposti dell'incompatibilità (dimensioni dell'ufficio giudiziario, sua ripartizione per materie specializzate, ruolo del magistrato, rilevanza dell'attività forense del congiunto, per l'incompatibilità *ex art. 18 O.G.*; dimensioni dell'ufficio giudiziario e sua organizzazione tabellare, per l'incompatibilità *ex art. 19 O.G.*). La disciplina consiliare ha largamente ispirato il legislatore della riforma che ha sostituito gli artt. 18 e 19 O.G. (con l'art. 29, comma 1, d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109) introducendo una serie di modifiche che hanno recepito, talora alla lettera, la circolare del 2003³⁷. Nella medesima prospettiva, il Consiglio ha poi adottato la circolare del 25 maggio 2007. La vicenda appena sintetizzata è significativa da un duplice punto di vista: per un verso, offre una testimonianza (non inedita: si pensi all'evoluzione del sistema tabellare³⁸) di un proficuo "dialogo" tra legislatore e Consiglio superiore, mentre, per altro verso, segnala come il recepimento dell'impostazione della circolare consiliare da parte del legislatore del 2006 attesti in modo irrefutabile la capacità del Consiglio di disciplinare con rigore ed equilibrio situazioni di potenziale conflitto di interessi (tali essendo soprattutto quelle relative ai rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense). È un'indicazione, quest'ultima, preziosa perché, come si vedrà, rispetto ad altre situazioni di potenziale conflitto di interessi la disciplina delineata dalle circolari consiliari presta il fianco a rilievi critici.

³⁷ Cfr. G. NATOLI, *Le incompatibilità di sede di magistrati per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense*, in E. ALBAMONTE, P. FILIPPI (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Utet 2009, pagg. 454 e 472.

³⁸ La nascita e lo sviluppo del sistema tabellare sono ricostruiti da R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, cit., pagg. 401 e s., nonché da E. BRUTI LIBERATI, L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, Feltrinelli, 1998, pagg. 125 ss.

Rilievi del genere devono essere riferiti al secondo esempio di intervento del Consiglio superiore successivo alla riforma del 2005/2007, esempio che riguarda la disciplina dell'accesso alle funzioni di legittimità. Come è noto, il legislatore della riforma ha drasticamente abbassato il limite dell'anzianità richiesta per la partecipazione al concorso per il conferimento delle funzioni di consigliere della Corte di cassazione o di sostituto Procuratore generale: il requisito per la partecipazione è oggi fissato nel conseguimento della quarta valutazione di professionalità (di regola corrispondente a sedici anni di anzianità di ruolo), laddove in precedenza era necessaria un'anzianità di ruolo di venti anni. La modifica si è accompagnata a due ulteriori, significative innovazioni: da un lato, la previsione di una specifica valutazione in ordine alla «capacità scientifica e di analisi delle norme» affidata, nell'ambito del procedimento, ad una commissione *ad hoc* costituita da tre magistrati di legittimità, un professore universitario e un avvocato abilitato al patrocinio dinanzi alle magistrature superiori (art. 12, comma 13, d. lsg. n. 160 del 2006); dall'altro, la previsione che il 10% delle vacanze della Corte e della Procura Generale sia coperta da magistrati che abbiano conseguito la seconda o la terza valutazione di professionalità e che siano in possesso di «titoli professionali e scientifici adeguati» (art. 12, comma 14, d. lgs. n. 169 cit.). Lette congiuntamente, le modifiche introdotte dal legislatore del 2006 alla disciplina dell'accesso alle funzioni di legittimità danno conto di un orientamento di politica del diritto teso a valorizzare l'attitudine nomofilattica degli aspiranti e, in ultima analisi, a delineare una normativa coerente con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale circa la «diversità funzionale», rispetto alle funzioni di merito, delle «funzioni costituzionalmente riservate alla Corte di cassazione» messe in luce dal giudice delle leggi³⁹. Di fronte alle chiare opzioni del legislatore, il C.S.M. ha operato nella direzione di “sterilizzare” il primo profilo della riforma, ossia «l'abbassamento dell'anzianità di ruolo richiesta per l'accesso in via ordinaria, alle funzioni di legittimità»⁴⁰, innalzando – nel “paniere” dei punteggi relativi ai vari parametri - il punteggio previsto per l'anzianità rispetto a quelli relativi ad attitudine e merito⁴¹. Il contrasto con la disciplina legislativa era evidente e, infatti,

³⁹ Corte cost., sent., n. 86 del 1982, in *Giur. Cost.*, 1982, pag. 1828, con nota di P.F. GROSSI, *Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107 terzo comma e 104 quarto comma Cost.*; la sentenza è stata commentata anche da G. LATTANZI, *Appunti sulle sentenze n. 86 e 87 della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1982, pag. 905.

⁴⁰ G. SANTALUCIA, *Sull'accesso in Cassazione (La legge, il Consiglio superiore e il ruolo del giudice di legittimità)*, in *Quest. Giust.*, n. 5 del 2008, pag. 116.

⁴¹ Con la delibera del 28 maggio 2008, il Consiglio ha modificato la circolare n. 15098 del 30 novembre 2003, innalzando il punteggio per l'anzianità e giustificando apertamente tale opzione con l'intento di *contenere* gli effetti della modifica legislativa: dalla relazione di accompagnamento, infatti, si evince, che «con riguardo al trasferimento alle funzioni di

ha ben presto indotto il Consiglio superiore a ritornare sui suoi passi, riequilibrando i punteggi relativi ad anzianità, merito e attitudine nel senso di riconoscere a quest'ultima la necessaria centralità⁴².

5. Funzioni del Consiglio di indirizzo dell'amministrazione della giurisdizione: le circolari sul conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi e sul rientro in ruolo dei magistrati che abbiano svolto incarichi politici.

Un profilo del dibattito sulla collocazione del Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale – al quale sarà qui dedicato solo un cenno, esclusivamente nella prospettiva di dar conto delle questioni poste da alcuni interventi consiliari – riguarda l'attribuzione ad esso di funzioni di indirizzo.

Al riguardo, non sembra controverso il disconoscimento in capo al Consiglio di un potere di indirizzo politico nei termini in cui tale nozione attiene a decisioni programmatiche e ad attività attuative di «piena spettanza degli organi costituzionali collegati all'investitura popolare»⁴³. E' piuttosto sul terreno

legittimità si è ritenuto che il consistente abbassamento dell'anzianità di servizio minima per l'accesso in Cassazione (da 20 a 16 anni di servizio) e la previsione di un canale diretto di accesso per concorso riservato ai magistrati con almeno 12 anni di servizio, imponessero una rimodulazione del punteggio massimo attribuibile per l'anzianità elevandolo dai 5 punti massimi già previsti dalla Circolare a 6 punti».

⁴² Cfr. il par. XVIII della circolare n. 12046 dell'8 giugno 2009 e, più di recente, gli artt. 83 ss. della circolare n. 13778 deliberata il 24 luglio 2014.

⁴³ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit. pag. 185: l'Autore sottolinea l'«inammissibilità di un indirizzo politico consiliare, perché l'attività di indirizzo politico implica sempre la scelta di certi interessi al posto di altri, secondo criteri discrezionali, di cui si porta la responsabilità verso un terzo (popolo, parlamento) ed esprime l'interpretazione che i titolari delle potestà politiche istituzionali danno degli orientamenti prevalenti nei collegi o nelle collettività da cui traggono la propria legittimazione» (pag. 186). Anche secondo V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., pag. 19, il C.S.M. «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». I rilievi svolti rendono ragione delle criticità che caratterizzavano, tra le altre, la proposta, formulata dalla Commissione Bicamerale istituita con la legge costituzionale n. 1 del 1997, di vietare al C.S.M. l'adozione di atti di indirizzo politico: si trattava, come è stato osservato (cfr. G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Cedam, 2005, pagg. 318 ss.), di un divieto che non richiedeva di essere esplicitato, sicché la proposta si prestava ad essere interpretata come un'"accusa" al Consiglio e un tentativo di ridimensionarne le attribuzioni. Sulla proposta della Commissione Bicamerale vds. altresì L. CHIEFFI, *La magistratura*, Jovene, 1998, pagg. 81 ss., nonché F. SCIOLA, *Il Consiglio superiore della magistratura ordinaria negli atti dell'Assemblea costituente e della Commissione bicamerale per le riforme*

dell'amministrazione della giurisdizione – il *proprium* delle attribuzioni costituzionali del C.S.M – che va esaminata la questione dell'individuabilità di una funzione di indirizzo quale tratto comune dei poteri del Consiglio superiore e, prima di tutto, dei suoi poteri normativi. Ed è in questa direzione che, muovendo dal rilievo dell'attinenza delle competenze consiliari a funzioni caratterizzate dal rapporto di strumentalità rispetto all'attività giurisdizionale, si è messo in luce il conferimento al Consiglio, appunto sul terreno dell'amministrazione della giurisdizione, di «un potere che è correttamente qualificabile come potere di indirizzo»⁴⁴. Il punto, pur nei già enunciati limiti della presente trattazione, richiede un approfondimento al fine di rimarcare la diversità del rapporto tra indirizzo politico e indirizzo dell'amministrazione della giurisdizione e i “destinatari” dell'esercizio dell'uno e dell'altro: infatti, solo per l'indirizzo politico, il ruolo dei relativi titolari chiama in causa nozioni come quella di investitura popolare, laddove le funzioni consiliari sono esercitate in rapporto di indipendenza nei confronti non solo dei titolari del potere di indirizzo politico, ma anche nei confronti dei magistrati⁴⁵. E' dunque il caso di ribadire che la descrizione del C.S.M. quale organo di “autogoverno” della magistratura, di risalente origine⁴⁶, può essere accolta, come ha precisato la Corte costituzionale, «piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica»⁴⁷, ossia nel significato per cui i

costituzionali, in G. AZZARITI (a cura di), *Quale riforma della Costituzione*, Giappichelli, 1999, pagg. 112 ss.

⁴⁴ A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in *Quest. Giust.*, 2/1984, pag. 299.

⁴⁵ Osserva A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, cit., pag. 288, che l'ordinamento costituzionale italiano presenta «la caratteristica di affidare le funzioni di amministrazione della giurisdizione ad un organo indipendente, sia nei confronti degli organi costituzionali politici (ed in particolare del ministro della giustizia), sia nei confronti degli organi giurisdizionali».

⁴⁶ L'espressione “autogoverno” della magistratura si rinviene nel discorso inaugurale del C.S.M. istituito dalla cd. legge Orlando (legge 14 luglio 1907, n. 511) tenuto dallo stesso Ministro Orlando il 14 dicembre 1907: osserva G. VOLPE, *Le origini dell'organizzazione corporativa della magistratura e i poteri normativi del CSM*, in A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI, *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene Editore, 2010, pag. 88, che le retoriche affermazioni del Ministro Orlando erano ampiamente smentite dai contenuti della legge, i quali non consentivano di qualificare l'organizzazione giudiziaria nei termini di “autogoverno”, ma, semmai, di «sorvegliato corporativismo».

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 142 del 1973, in *Giur. Cost.*, 1973, pag. 1425, con nota di S. BARTOLE, *In tema di autorizzazione a procedere per vilipendio dell'ordine giudiziario*; la Corte ha precisato che «la presenza nel Consiglio di membri non tratti dall'ordine giudiziario e la particolare disciplina costituzionalmente dettata quanto alla presidenza

criteri-guida che devono presiedere allo svolgimento della sua attività «si iscrivono tutti all'interno dei valori politici sottostanti al ruolo che la Costituzione assegna alla giurisdizione e che sono parte essenziale della forma di Stato che essa delinea»⁴⁸. Ed è solo in questa circoscritta e peculiare accezione che l'attività, innanzitutto quella normativa, del Consiglio superiore può essere qualificata come espressione di «politica giudiziaria»⁴⁹, ossia con esclusivo riferimento al campo dell'amministrazione della giurisdizione e senza alcuna interferenza nell'attività propriamente giurisdizionale⁵⁰.

Le conclusioni fin qui raggiunte sono in linea con la ricostruzione della posizione costituzionale della magistratura come ordine e come potere, secondo la perspicua definizione offerta dal primo comma dell'art. 104 Cost.: che «la magistratura sia indipendente da ogni altro potere indica che la Costituzione la vede - appunto - come un potere», mentre la sua qualificazione, allo stesso tempo, come “ordine” sta ad indicare che «quel potere è assai diverso da tutti gli altri, sfuggendogli per definizione l'esercizio della funzione di indirizzo politico» (riservata a Parlamento e Governo e, secondo alcuni, al Presidente della Repubblica)⁵¹. Esclusa la riconoscibilità in capo al Consiglio superiore della

di esso rispondono all'esigenza (che fu avvertita dai costituenti) di evitare che l'ordine giudiziario abbia a porsi come un corpo separato».

⁴⁸ S. SENESE, *Il governo della magistratura in Italia oggi*, in P. L. ZANCHETTA, *Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale*, FrancoAngeli Editore, 1987, pag. 28; l'Autore rileva che la garanzia dell'indipendenza della magistratura in vista della quale la Costituzione ha previsto il C.S.M. non si esaurisce nel garantire da incursioni dell'esecutivo lo *status* del singolo magistrato, in quanto tale garanzia è necessaria, ma non sufficiente ad assicurare l'indipendenza della funzione, la quale esige una serie di precondizioni, quali «la professionalità degli appartenenti all'ordine, l'adeguatezza di ciascuno di essi alle specifiche funzioni che gli sono affidate, l'assenza di legami del singolo magistrato con centri di potere di varia natura e l'assenza di coinvolgimento in situazioni suscettibili di minarne la credibilità, un'organizzazione degli uffici giudiziari trasparente e correlative modalità di distribuzione degli affari, l'efficienza e la produttività del lavoro giudiziario, la diffusione di una cultura della giurisdizione e l'osservanza delle sue regole».

⁴⁹ Espressione utilizzata da R. BONANNI, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Enc. Giur.*, 2005, pag. 5.

⁵⁰ Come rileva C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, pag. 8, in forza dell'art. 104 Cost. «nessun organo può dettare la “politica giudiziaria”, se con quest'ultima locuzione si intendere alludere alla emissione di “direttive” che indichino agli organi giurisdizionali gli obbiettivi da raggiungere nell'applicazione delle norme giuridiche».

⁵¹ M. LUCIANI, *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in A. A. CERVATI, M. VOLPI (a cura di), *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Giappichelli, 2010, p. 114; l'Autore osserva ancora che «in quanto “ordine”, la

magistratura, da un lato, di un potere di indirizzo politico generale e, dall'altro, di qualsiasi funzione direttamente indirizzata ad incidere sull'esercizio della giurisdizione⁵², il potere di indirizzo consiliare, nel quadro delle attribuzioni costituzionali finalizzate ad assicurare l'effettività della garanzia offerta dai principi di autonomia e indipendenza della magistratura (come è confermato dalla stessa collocazione della disciplina costituzionale nei commi successivi al primo dell'art. 104 Cost.⁵³) e, dunque, nel campo dell'amministrazione della giurisdizione, rende ragione del rilievo dell'«oggettiva politicITÀ dei compiti del Consiglio»⁵⁴. Oggettiva politicITÀ che, in concreto, prende corpo da quella che è stata definita l'«ideologia professionale» della magistratura⁵⁵, ossia dal confronto tra le diverse (in generale e sugli specifici temi) opzioni «politiche» sull'indirizzo dell'amministrazione della giurisdizione: opzioni la cui «voce», nella formazione di tale indirizzo, è garantita

magistratura deve vedersi assicurata un'indipendenza assoluta, perché solo in questo modo le è possibile garantire i diritti dei cittadini anche nei confronti dei poteri pubblici. In quanto «potere», però, deve essere oggetto di limitazioni e deve conoscere l'applicazione del generale principio della corrispondenza tra il potere e la responsabilità». A proposito della posizione del C.S.M. nel sistema costituzionale, G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura*, cit., pag. 36 fa riferimento ad un'«istituzione di vertice garantita costituzionalmente nella sua composizione, nei suoi poteri, nel suo insopprimibile, intangibile, infungibile ruolo di garanzia del corretto esercizio della funzione giurisdizionale».

⁵² Come sottolinea G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, 1997, pagg. 78 s., «la divaricazione tra esercizio della giurisdizione ed esercizio delle attività amministrative riguardanti lo *status* dei magistrati implica, come necessaria conseguenza, che l'ordinamento della giurisdizione non debba coincidere con l'ordinamento dell'amministrazione della giurisdizione. A sua volta quest'ultima può essere raffigurata come due cerchi intersecanti; il primo ricomprende le attività relative ai «servizi» relativi alla giustizia (di competenza del Ministro della giustizia, a norma dell'art. 110 Cost.), il secondo contiene le attività che incidono direttamente sullo *status* dei magistrati (di competenza del C.S.M., a norma dell'art. 105 Cost.)».

⁵³ G. FERRI, *Commento all'art. 104 della Costituzione*, ora in ID., *La magistratura in Italia*, Giappichelli, 2018, pag. 123 osserva che «menzionare il CSM dopo avere affermato che la magistratura è un ordine autonomo e indipendente ha un preciso significato: assegnare al CSM il compito essenziale di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura verso l'esterno». In analoga prospettiva, S. PANIZZA, *Art. 104*, cit., pag. 2011 considera la composizione del C.S.M. quale principale tramite di realizzazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura.

⁵⁴ S. SENESE, *Il governo della magistratura in Italia oggi*, cit., pag. 28.

⁵⁵ V. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., pag. 132.

dall'imprescindibile connotazione "elettiva" della componente togata del Consiglio (art. 104, quarto comma, Cost.)⁵⁶.

La premessa giova a mettere in luce un'ulteriore chiave di lettura dell'attività – anche normativa – del C.S.M., quella offerta dall'analisi degli indirizzi di amministrazione della giurisdizione che ispirano i vari atti: indirizzi valutabili appunto su un piano *lato sensu* politico, oltre che su quello della legittimità. Due esempi possono contribuire a mettere meglio in luce questa duplice prospettiva valutativa dell'attività del Consiglio superiore.

Il primo esempio chiama in causa la – assai complessa - disciplina consiliare in tema di conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi o, meglio, il succedersi, a legislazione invariata (ossia nella vigenza del d. lgs. n. 160 del 2006, già richiamato), di due diverse discipline relative alle nomine dei semidirettivi. Quella risalente al 2008 attribuiva, sotto il profilo attitudinale, «particolare pregnanza alla pluralità delle esperienze» maturate soprattutto nei primi anni di esercizio delle funzioni, mentre, per il periodo successivo, riconosceva un significativo rilievo alla «scelta di un percorso professionale maggiormente specializzato»⁵⁷: il Consiglio esprimeva un duplice *favor* – per la pluralità delle esperienze professionali⁵⁸, nella prima parte del percorso lavorativo del magistrato e, nella fase successiva, per la specializzazione – che delineava, sia pure necessariamente a grandi linee, un percorso verso l'accesso alle funzioni di tipo dirigenziale e, allo stesso tempo,

⁵⁶ Sottolinea la connotazione "elettiva" della composizione del Consiglio superiore G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura*, cit., pag. 8. G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Giuffrè, 1980, pag. 845, instaura una correlazione tra l'elettività della componente togata del Consiglio e la necessità di assicurare la rappresentanza «dei gruppi e delle associazioni, raccolti intorno a programmi ideali di politica giudiziaria».

⁵⁷ Si tratta della circolare sul conferimento degli incarichi semidirettivi deliberata il 30 aprile 2008, che, al paragrafo 3.2.1. (in tema di criteri attitudinali), stabiliva: «Nell'ambito di questa verifica attitudinale va, inoltre, riconosciuta particolare pregnanza alla pluralità delle esperienze maturate, soprattutto nei primi anni di esercizio delle funzioni, che contribuiscono alla formazione di un variegato patrimonio professionale. Nondimeno, nel prosieguo della vita professionale, significativo rilievo assume la scelta di un percorso professionale maggiormente specializzato, e conseguentemente la conoscenza delle problematiche specifiche del settore in cui dovrà essere svolta la funzione semidirettiva, in ragione del ruolo centrale da riconoscere a chi ricopre un incarico semidirettivo sia nell'esercizio dell'attività giurisdizionale sia nel campo dell' "organizzazione"». La previsione era stata poi ripresa nel paragrafo 1.2.1. del testo unico sulla dirigenza varato con delibera del 30 luglio 2010.

⁵⁸ La pluralità delle esperienze professionali, naturalmente, deve essere intesa non solo con riguardo all'esercizio di funzioni giudicanti o requirenti, ma anche con riferimento all'esercizio di funzioni "generaliste" (tribunale) o specialistiche (magistrature del lavoro, di sorveglianza, minorile) o di funzioni in diversi settori.

offriva un criterio preferenziale, *ceteris paribus*, nel giudizio comparativo tra gli aspiranti.

Il nuovo Testo unico sulla dirigenza giudiziaria (delibera 28 luglio 2015), nella parte dedicata agli indicatori attitudinali specifici per il conferimento degli uffici semidirettivi (artt. 15 e 16), non ripropone la previsione richiamata, ma, attribuendo significativa valenza alle «pregresse esperienze direttive e semidirettive in settori analoghi a quelli da conferire», sembra orientato ad una maggiore valorizzazione della specializzazione delle esperienze di tipo dirigenziale, così, sia pure indirettamente, svalutando la pluralità delle funzioni svolte.

Le diverse opzioni non involgono questioni di legittimità, essendo entrambe del tutto compatibili con le prescrizioni legislative, ma, appunto, denotano indirizzi diversi di amministrazione della giurisdizione, valutabili, come si è anticipato, su un piano *lato sensu* politico. Di conseguenza, può essere qui prospettata una sola annotazione riguardante l'opportunità di una chiara esplicitazione delle opzioni sottese alle diverse discipline consiliari e delle ragioni a fondamento delle une e delle altre: una maggiore chiarezza sui diversi orientamenti che si confrontano nell'esercizio del potere di indirizzo e, dunque, nell'elaborazione dell'indirizzo di amministrazione della giurisdizione del Consiglio favorirebbe una consapevole discussione – dentro e fuori la magistratura – sul *merito* delle scelte e, con essa, una più nitida assunzione di responsabilità in relazione a tali scelte.

Il secondo esempio chiama in causa la delicata tematica dei rapporti tra magistratura e attività politico-amministrative. Il Consiglio superiore ha più volte espresso, attraverso risoluzioni relative a proposte rivolte al Ministro della giustizia, un orientamento volto ad introdurre discipline più restrittive dell'accesso del magistrato ad incarichi politici o amministrativi e del successivo rientro in ruolo; da ultimo, con la risoluzione adottata con delibera del 21 ottobre 2015, il Consiglio è giunto a formulare la proposta di precludere il rientro nei ruoli della magistratura in caso di prolungato svolgimento di attività politiche⁵⁹. Ora, molte delle indicazioni del C.S.M. sembrano del tutto condivisibili e, infatti, incontrano un generalizzato consenso: si pensi alla sollecitazione ad intervenire sulla legislazione primaria lì dove consente, in alcuni casi, al magistrato lo svolgimento contemporaneo di funzioni giudiziarie e di funzioni politiche o amministrative⁶⁰.

⁵⁹ Tra le proposte formulate dalla risoluzione del 21 ottobre 2015 vi è, appunto, anche quella di «disciplinare i casi in cui il prolungato svolgimento di attività politico istituzionali imponga il transito, alla fine della esperienza politica, nei ranghi dell'Avvocatura dello Stato o della dirigenza pubblica».

⁶⁰ Cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag. 117. La risoluzione del C.S.M. del 28 aprile 2010 aveva già indicato come auspicabile «un intervento del legislatore che attraverso la normativa primaria renda la disciplina in tema di eleggibilità e di rientro in ruolo del magistrati chiamati a ricoprire cariche pubbliche

Decisamente più problematica sembra, invece, la questione del «transito» del magistrato in amministrazioni diverse da quella giudiziaria alla conclusione del mandato politico o amministrativo. La materia, invero, è governata non solo dalla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, ma anche da quella *ex art. 51 Cost.* e la giurisprudenza costituzionale ha ricondotto nel *genus* dei diritti inviolabili quello di elettorato passivo, sicché le restrizioni di un siffatto diritto «sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale, e ciò in base alla regola della necessità e della ragionevole proporzionalità di tale limitazione»⁶¹. Vero è che la questione in esame riguarda il rientro o, meglio, il divieto di rientro in magistratura all'esito dell'impegno politico-amministrativo, ma è del tutto evidente il – rilevante – condizionamento che una disciplina del genere eserciterebbe sull'esercizio del diritto di elettorato passivo⁶²; ora, un bilanciamento all'insegna della necessità e della ragionevole proporzionalità delle limitazioni ai diritti elettorali del magistrato potrebbe essere assicurato attraverso un approccio orientato alla prevenzione dei conflitti di interesse, approccio che, come si è visto a proposito delle incompatibilità parentali, ha già ispirato apprezzate discipline in tema di ordinamento giudiziario. Molti, naturalmente, sono i profili giuridici della questione⁶³, profili cui non è possibile neppure dedicare un cenno in questa sede: una sola considerazione conclusiva potrebbe essere utile a richiamare il rischio di ricadute di un divieto del genere sul

nelle amministrazioni degli enti locali del tutto omogenea a quella oggi vigente per le elezioni al Parlamento». La risoluzione del 21 ottobre 2015 ha ribadito l'indifferibilità dell'introduzione, a livello primario, della «regola per cui, indipendentemente dalla localizzazione dell'ente territoriale e dalla modalità di accesso alla funzione amministrativa (elezione o designazione per svolgere le funzioni di sindaco, presidente della Provincia, presidente della Regione, consigliere ovvero assessore comunale, provinciale e regionale) occorre, comunque, il collocamento in aspettativa del magistrato».

⁶¹ Corte cost., sent. n. 141 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 1403, con nota di G. MOSCHELLA.

⁶² Non sembra invocabile a sostegno dell'auspicata introduzione di un divieto di rientro in magistratura dopo l'impegno politico-amministrativo la sentenza della Corte costituzionale n. 172 del 1982: il giudice delle leggi ha sì affermato, con riguardo alla garanzia assicurata dal terzo comma dell'art. 51 Cost., che «"conservare il posto" vuol dire soltanto mantenere il rapporto di lavoro o di impiego, ma non già continuare nell'esercizio delle funzioni espletate dall'impiegato interessato»; l'affermazione, tuttavia, si riferiva ad un mutamento di funzioni pur sempre nell'ambito dell'ordine giudiziario.

⁶³ Sui vari temi del rapporto magistratura e politica, vd. G. FERRI, *La magistratura in Italia*, Giappichelli, 2018, pagg. 249 ss.; F. Rigano, *L'elezione dei magistrati al Parlamento*, in *Giur. It.*, 1985, IV, 27 ss.; L. IMARISIO, *Ineleggibilità e incompatibilità politico-istituzionali*, Jovene, 2008, pagg. 164 ss.; G. E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Giuffrè, 2001, pagg. 199 ss.

piano della cultura dei magistrati, accreditando una visione della politica come in sé deviante, come - per riprendere un risalente giudizio - una «lue» così attaccaticcia che anche un numero limitato di magistrati in politica «può gittar lo scompiglio negli altri»⁶⁴ e, con tale visione, quella separatezza del corpo giudiziario che il Costituente ha cercato di contrastare⁶⁵.

La tematica dei rapporti tra magistratura e attività politico-amministrative ha, tuttavia, coinvolto il Consiglio superiore anche sul terreno proprio degli indirizzi di amministrazione della giurisdizione e, segnatamente, nella disciplina del rientro in ruolo a conclusione dell'impegno del magistrato in istituzioni non giudiziarie. Al riguardo, in dottrina si è richiamata la normativa primaria introdotta dall'art. 50 del d. lgs. n. 160 del 2006 che ha stabilito i criteri che deve seguire il Consiglio nel ricollocamento in ruolo e si è messa in luce l'"aggiunta", ad opera della circolare del 2009 in tema di trasferimenti, di un ulteriore criterio, ossia la necessaria, esclusiva assegnazione alle funzioni giudicanti, sottolineando, comunque, che detta aggiunta è stata superata dalla nuova circolare deliberata il 24 luglio 2014⁶⁶. Al riguardo, deve osservarsi che anche la più recente circolare consiliare presenta delle discrepanze rispetto alla disciplina legislativa quanto al riferimento territoriale posto a base del criterio di ricollocamento e che, peraltro, la prima, ma non la seconda, esclude comunque la riassegnazione nel distretto competente, rispetto a quello ove la riassegnazione è esclusa, *ex art. 11 cod. proc. pen.*: il che, in concreto, può integrare un limite ulteriore rispetto a quelli previsti dalla legge. Emergono, dunque, profili di tensione rispetto a una materia retta da una duplice riserva di legge⁶⁷, profili, peraltro, ben più accentuati nella disciplina consiliare anteriore alle modifiche correlate al citato art. 50 del d. lgs. n. 160 del 2006: la circolare n. 15098 del 1993, come modificata dalla delibera consiliare del 13 aprile 2005, prevedeva (così come la circolare del 2009) una serie di limiti di tipo territoriale (compreso quello correlato all'art. 11 cod. proc. pen.) e funzionale (riassegnazione esclusivamente a funzioni giudicanti) in assenza di idonea base legale e in una materia, come si è detto, governata dalla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario e da quella in materia di diritti elettorali, certo non dotata, quest'ultima, di maggiore flessibilità rispetto ai poteri normativi del C.S.M.; poteri all'epoca esercitati *praeter legem* nella direzione della limitazione di diritti qualificati come inviolabili dalla giurisprudenza costituzionale.

⁶⁴ G. ARANGIO-RUIZ, *Eleggibili ed eletti*, Jovene, 1885, pag. 34.

⁶⁵ Vd. *supra* alla nota 47.

⁶⁶ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag. 55.

⁶⁷ In senso contrario a quanto prospettato nel testo, va segnalata T.A.R. Lazio, sez. I, n. 8779/2013 del 03/07/2013 – dep. 11/10/2013, che ha considerato la disciplina consiliare espressione della funzione integrativa riconosciuta al C.S.M.; risulta che contro la sentenza è stata proposta impugnazione, ma che non è ancora intervenuta la decisione su di essa.

6. Funzioni del Consiglio e poteri impliciti: le “pratiche a tutela” e la ricognizione di “buone prassi” in materia di intercettazioni.

La divaricazione riscontrata sul terreno dell’individuazione della natura – assoluta o relativa (in quest’ultimo caso, anche nei confronti del solo C.S.M.) – della riserva di legge di cui all’art. 108 Cost. e sulla titolarità, in capo al Consiglio, di poteri normativi si ripropone anche con riguardo al problema del riconoscimento di “poteri impliciti”. Alla tesi che riconosce al C.S.M. i soli poteri che la Costituzione e la legge gli attribuiscono⁶⁸, si contrappone la ricostruzione che include nel novero dei poteri consiliari anche quelli “impliciti”: orientamento, quest’ultimo, argomentato ora sulla base della posizione del Consiglio di «organo supremo dotato di piena indipendenza [...] di governo della magistratura ordinaria e di rappresentanza unitaria del corpo dei giudici»⁶⁹, ora, invece, valorizzando la sua «specifica collocazione nel sistema degli equilibri costituzionali quale organo, per la sua composizione mista, di contrappeso sia nei confronti del potere politico che nei confronti del potere giudiziario»⁷⁰.

⁶⁸ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag. 49. Per la tassatività dell’indicazione delle competenze consiliari contenuta nell’art. 105 Cost. si esprime M. PATRONO, *La formazione dell’ordine del giorno del Consiglio superiore della magistratura e i poteri del Presidente della Repubblica*, in *Doc. Giust.*, 3/1991, pag. 45.

⁶⁹ V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., pag. 21; l’Autore ha ribadito questa posizione in *I poteri di inchiesta nella istituzione giudiziaria*, in *Quest. Giust.*, 1/1986, pag. 44.

⁷⁰ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit. pagg. 185 s.; l’Autore sottolinea che «la tesi della tassatività dell’enumerazione di competenze contenuta nell’art. 105 Cost., che costituirebbero un numero chiuso di stretta interpretazione, affonda le sue radici in una concezione riduttiva del ruolo del Consiglio, ripiegato sulla autogestione corporativa delle carriere dei magistrati». In analogia prospettiva, secondo C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un’indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 9, «considerare le attribuzioni del C.S.M. quale *numerus clausus* è una conclusione che sarebbe accettabile qualora gli artt. 104 e 105 definissero inequivocabilmente un organo dotato di funzioni finalizzate alla semplice “autogestione” delle carriere dei magistrati», laddove «è il dato testuale ad andare in senso contrario: volendo aderire a questa lettura, apparirebbe ridondante la peculiare, complessa struttura descritta nell’art. 104 Cost., non a caso connotata da evidenti analogie con quella della Corte costituzionale ed inoltre caratterizzata dall’affidamento della presidenza al Capo dello Stato», sicché «la distinzione tra funzioni “tipiche” ed “atipiche” del Consiglio appare obsoleta». Per F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *Art. 105*, cit., pag. 98, «rispetto alle funzioni tipicamente determinate, dalla Costituzione ovvero dalla legge ordinaria, si pongono, in rapporto di strumentalità necessaria, altre funzioni – o competenze – senza le quali l’attuazione delle prime non sarebbe possibile», sicché, «pur nell’ambito della riserva

I brevi cenni alla questione dei poteri impliciti del C.S.M. introducono ai temi specifici qui trattati e, prima di tutto, alle cc.dd. pratiche a tutela. Si tratta, come precisa l'art. 36 del regolamento interno approvato nel 2016, di interventi del Consiglio a tutela di singoli magistrati o dell'ordine giudiziario nel suo complesso che hanno quale presupposto l'esistenza di comportamenti lesivi del prestigio e dell'indipendente esercizio della giurisdizione, tali da determinare un turbamento al regolare svolgimento o alla credibilità della funzione giudiziaria. Le opinioni in merito a questa tipologia di intervento ripropongono, a grandi linee, le divaricazioni registrate sul terreno del riconoscimento al C.S.M. di poteri innominati. I fautori della tesi contraria all'ammissibilità di interventi "a tutela" possono inoltre invocare una pronuncia del giudice amministrativo, la cui *ratio decidendi*, in sintesi, può essere ravvisata nel rilievo dell'impossibilità per il Consiglio di ampliare la sfera delle proprie attribuzioni normativamente individuate⁷¹. In senso contrario, tuttavia, si è efficacemente argomentato collocando gli interventi in esame nel quadro dei compiti di garanzia del C.S.M. suscettibili di essere realizzati anche attraverso "esternazioni" a tutela dell'ordine giudiziario rispetto a situazioni che ne minaccino l'autonomia e l'indipendenza⁷²: potere di esternazione, questo, che difficilmente può essere disconosciuto in capo ad un organo di «sicuro rilievo costituzionale»⁷³. Del resto, l'espressa

di legge, sembra possano essere individuati spazi di autonomia che si inseriscono nella disciplina dettata dalla stessa legge e ne consentono la più organica attuazione».

⁷¹ T.A.R. Lazio, I, 20 aprile 1998, in *F. It.*, 1998, III, 385, con nota critica di R. FUZIO, *Il Consiglio superiore della magistratura deve difendere i magistrati?*. Peraltro, con delibera del 28 aprile 2010, al regolamento interno del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa è stato aggiunto l'art. 38-*bis* in forza del quale «Il Consiglio interviene in relazione a dichiarazioni e comportamenti suscettibili di ledere il prestigio della magistratura amministrativa e il sereno esercizio delle funzioni che le sono attribuite, previo esame della II Commissione, su segnalazione di almeno tre componenti del Consiglio stesso».

⁷² C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 10.

⁷³ Corte cost., sent. n. 148 del 1983, in *F. It.*, 1983, I, 1806, con nota di D. PULITANÒ, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*; conf. sent. n. 189 del 1992, in *F. It.*, 1992, I, 2033, con nota di A. ROMANO, *Giudice amministrativo e giudici amministrativi*. Nitida, nella giurisprudenza costituzionale, è la correlazione tra il ruolo del C.S.M. e la difesa dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura: come rimarcato da Corte cost., sent. n. 44 del 1968 (in *Giur. Cost.*, 1968, pag. 678, con nota di F. CUOCOLO, *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*) risulta dall'art. 104 Cost. che «l'istituzione del Consiglio superiore della magistratura ha corrisposto all'intento di rendere effettiva, fornendola di apposita garanzia costituzionale, l'autonomia della magistratura, così da collocarla nella posizione di "ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere", e conseguentemente sottrarla ad interventi suscettibili

“codificazione” dell’intervento “a tutela” ad opera del nuovo regolamento interno – se, da sola, non invalida gli argomenti dei sostenitori della tesi che esclude la titolarità di poteri impliciti, comunque – rappresenta un indice della stabilizzazione di questo tipo di interventi. Sembra, piuttosto, necessaria una duplice puntualizzazione in ordine a presupposti e contenuti della presa di posizione consiliare: quanto ai primi, pur se immediatamente riferibili a singoli organi giudiziari (magistrati o uffici), gli interventi lesivi devono essere idonei a minare il prestigio e la credibilità dell’istituzione giudiziaria nel suo complesso, come puntualizzato in un intervento dinanzi al *plenum* del Consiglio dal Presidente Napolitano⁷⁴; quanto ai secondi, l’intervento deve essere articolato in termini tali da preservare «le condizioni normali di esercizio indipendente della funzione giudiziaria»⁷⁵, sicché deve escludersi che da esso possa derivare qualsiasi anomalo condizionamento dell’attività giurisdizionale, ossia dell’esercizio delle funzioni dei magistrati chiamati direttamente in causa dagli interventi lesivi ovvero degli altri magistrati destinati ad occuparsi della regiudicanda: funzioni che sono, appunto, l’oggetto dell’intervento “a tutela” da parte del C.S.M.

Il secondo tema che, nel quadro della problematica dei poteri impliciti del Consiglio, merita di essere preso in considerazione è quello delle risoluzioni relative a ricognizioni di “buone prassi”. L’oggetto di tali risoluzioni verte talora su tematiche riconducibili *in toto* all’amministrazione della giurisdizione⁷⁶, ma, in

di turbarne comunque l'imparzialità e di compromettere l'applicazione del principio consacrato nell'art. 101, secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge».

⁷⁴ Delineando - nella seduta del 23 luglio 2007 in occasione della nomina del Primo Presidente della Corte di cassazione - i «limiti entro i quali possono caratterizzarsi le cosiddette “pratiche a tutela”», il Presidente Napolitano precisò che «l’intervento del Consiglio si giustifica quando è insostituibile per tutelare il prestigio e la credibilità dell’Istituzione giudiziaria nel suo complesso ed è solo mirato a reagire ad attacchi e azioni denigratorie, chiaramente tendenti a mettere in dubbio l’imparzialità dei magistrati oppure a insinuare la loro soggezione a condizionamenti politici o di altra natura». N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., pag. 186, peraltro, segnalano che, in una lettera inviata al Vice Presidente del C.S.M. e letta nel *plenum* del 1 dicembre 2010, il Presidente Napolitano espresse «perplexità sulla natura e sulla efficacia di un istituto che si risolve in una dichiarazione unilaterale esposta al rischio di una ulteriore spirale polemica».

⁷⁵ Così la risoluzione del 1 dicembre 1994 citata, insieme con altre significative, da R. BONANNI, *Consiglio superiore della magistratura*, cit., pag. 5.

⁷⁶ La delibera del 17 giugno 2015, ad esempio, riguarda un «nuovo progetto sulle buone prassi di organizzazione degli uffici giudiziari».

altri casi, presenta profili che sembrano, per così dire, “a cavallo” tra l’amministrazione della giurisdizione e l’esercizio della giurisdizione⁷⁷.

Una specifica menzione merita la «ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni» deliberata dal Consiglio il 29 luglio 2016, che muove dal riferimento al monitoraggio sul tema effettuato dalla settima commissione consiliare (ossia della commissione per l’organizzazione degli uffici giudiziari) e alle direttive impartite da alcuni procuratori della Repubblica, per poi esaminare i «principi tratti dalle circolari delle Procure e prescrizioni del Garante della Privacy»: vengono quindi trattate *funditus* una serie di questioni relative al rapporto tra pubblico ministero e polizia giudiziaria (soprattutto in punto di utilizzabilità e di rilevanza delle conversazioni intercettate), alla selezione delle conversazioni ad opera del p.m.⁷⁸, alla custodia delle registrazioni delle conversazioni, all’attivazione dell’udienza stralcio (per la quale si caldeggia un «ricorso mirato a questo istituto») e al «contributo di tutte le parti del procedimento per un uso equilibrato delle intercettazioni». Si tratta di profili – in parte, peraltro, oggetto della riforma legislativa di cui al d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 – per alcuni dei quali il rischio di sconfinamento nell’area delle questioni attinenti all’esercizio della giurisdizione e, quindi, nel “giardino proibito” per il Consiglio superiore è molto elevato; né tale rischio può ritenersi ridimensionato dal carattere formalmente *soft* dell’intervento del Consiglio, posto che, al di là della veste formale e del riferimento a varie iniziative di procuratori della Repubblica, è il contenuto sostanziale dell’intervento consiliare che merita un’attenta considerazione, per preservare i confini delle attribuzioni del C.S.M. fissati dalla Costituzione.

⁷⁷ Ad esempio, la risoluzione del 16 maggio 2018 - recante la «nuova disciplina dell’avocazione ex artt. 412 e 407 co. 3 bis c.p.p. Risoluzione in attuazione dell’art. 21 della circolare sulle Procure: profili ordinamentali, assetti degli uffici requirenti e misure organizzative» - riguarda un tema, quello delle avocazioni, da sempre intrecciato con le «norme contenute nell’ordinamento giudiziario» (A. CASSIANI, *Il potere di avocazione*, Cedam, 2009, pag. 67).

⁷⁸ Secondo la delibera, il p.m. «dovrà operare una attenta verifica delle informazioni utili e rilevanti per le indagini, attraverso un giudizio relazionale con i fatti per i quali si procede e con la personalità dei soggetti individuati come autori del reato, avendo sempre presente la necessità del corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, che impone di sacrificare il bene della riservatezza solo in presenza di una informazione che sia effettivamente rilevante per il processo».