

I Consigli di autogoverno delle magistrature speciali Bilancio di un'esperienza e problemi (ancora) aperti

Antonio D'Aloia
Università di Parma

Riassunto

L'approfondimento del principio costituzionale di autonomia e indipendenza della giurisdizione ha portato, progressivamente, alla istituzione di organi di autogoverno anche per le magistrature "speciali". Il presente contributo analizza alcuni problemi organizzativi di questi Consigli di autogoverno alla luce dell'esperienza finora maturata.

Parole chiave: giurisdizione, indipendenza, autogoverno, costituzione

Abstract. *The "Special" Judiciary Self-government Councils. Balance of the Experience and Unsolved Problems*

The expansion and implementation of the constitutional principle of autonomy and independence of the jurisdiction has progressively led to the establishment of self-government bodies also for the 'special' judiciary. This paper analyzes some organizational problems of these self-government councils in the light of the experience gained so far.

Keywords: judiciary, independence, self-government, constitution

DOI: 10.32049/RTSA.2021.2.06

1. L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" come scelta costituzionalmente necessaria

Sono ormai quasi 40 anni (la prima legge è la n. 186 del 1982, riferita alla giurisdizione amministrativa) che il principio dell'autogoverno, l'idea cioè che la gestione dell'organizzazione interna della magistratura e dello stato giuridico (carriere, disciplina) dei magistrati debba essere affidata ad organi tendenzialmente rappresentativi dello specifico ordine giurisdizionale e autonomi rispetto al Potere Esecutivo, si è consolidato anche nel campo delle giurisdizioni speciali; in prima battuta, con riferimento ai tre tradizionali blocchi di giurisdizione non ordinaria (amministrativa, contabile, militare, previsti direttamente in Costituzione), più recentemente per la giustizia tributaria (D'Aloia, 1996; Caravita, 2013).

Come ho sostenuto in altre occasioni, per quanto questa scelta non sembri formalmente imposta dalla Costituzione, credo che l'esistenza di organi di autogoverno delle giurisdizioni appartenga all'area di quei principi costituzionali comuni che rappresentano

una garanzia «del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale complessivamente intesa, esercitata cioè sia dalla magistratura ordinaria che dalle (altre) magistrature...» (Corte Cost. 87/2009).

Nella sent. 16 del 2011, la Corte costituzionale sottolinea la «necessità che un organo di garanzia debba comunque esserci», sul presupposto che «l'indipendenza [...] in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie, degrada a velleitaria aspirazione».

In sostanza, secondo questa impostazione, la istituzione per via legislativa dei Consigli di Presidenza (o Consiglio tout court nel caso della magistratura militare) dei giudici “non ordinari” costituisce una opzione costituzionalmente obbligatoria, non liberamente disponibile da parte del legislatore. Quando l'art. 108, comma secondo, Cost., stabilisce che è compito della legge assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, opera un rinvio “circolare”, che ritorna alla Costituzione, e che si prolunga nella individuazione di un modello (quello dell'autogoverno) che deve essere adottato, almeno nella sua configurazione minimale, consistente nell'affidamento – anche per queste magistrature diversa da quella ordinaria – ad organi rappresentativi dell'ordine a cui appartengono, dei compiti di gestione della carriera e dello stato giuridico dei propri componenti; e nel fatto che su questi compiti sia riconosciuto a tali organi un potere deliberativo effettivo, non limitato o condizionato (se non per singoli profili, come può essere anche per la magistratura ordinaria la nomina agli uffici direttivi) da interventi della struttura governativa di riferimento.

Dunque, il vincolo costituzionale non è totale; al tempo stesso però la discrezionalità del legislatore si muove su un registro che è di stretta attuazione della Costituzione, e non semplicemente di prolungamento/estensione dei suoi significati (D'Aloia, 1996, pp. 71 ss., 140 ss., 172 ss).

Lo schema dell'autogoverno può essere replicato anche secondo meccanismi organizzativi e procedurali non esattamente identici a quelli del C.S.M., purché di quello schema siano confermati i contenuti essenziali, la rappresentatività tendenziale dell'organo rispetto al corpo giurisdizionale, e la sua capacità decisionale reale. L'art. 108/2 infatti, chiede che la legge «assicuri» l'indipendenza dei giudici speciali. Il linguaggio utilizzato

appare orientato al risultato, e soprattutto sembra dare per presupposto un modello concreto e già definito di indipendenza al quale la legge è chiamata a conformarsi: e questo modello non può essere altro se non quello (l'unico costituzionalmente) delineato negli artt. 104 ss.

La legge, in questo caso come in altri, reagisce sul contenuto costituzionale e identifica nuove possibilità di interpretazione. È un po' quello che è avvenuto anche con la l. 400/88, la quale, all'art. 15, comma 3, – là dove prescrive che il contenuto del decreto-legge «deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» – è stata ritenuta una «esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost.»; oppure, con la l. 241 del 1990 rispetto alle implicazioni sostanziali (accesso e trasparenza, motivazione del provvedimento amministrativo, partecipazione al procedimento amministrativo e comunicazione dell'avvio del medesimo) di un principio come l'imparzialità amministrativa.

D'altronde, parliamo (forse con l'unica eccezione della giurisdizione militare) di apparati giurisdizionali che hanno avuto e hanno un impatto enorme sulla vita giuridica e sociale. Soprattutto le giurisdizioni amministrativa e contabile hanno sempre rappresentato un segmento giurisdizionale che appariva persino riduttivo configurare come “speciale”, soprattutto in considerazione del consolidamento storico della loro presenza nel sistema istituzionale e dell'estensione delle rispettive aree materiali di competenza.

2. Unità (nella pluralità) della giurisdizione. Evoluzioni del disegno costituzionale

Il linguaggio costituzionale del titolo IV è apparso un po' troppo legato al passato: per Massimo Severo Giannini e A. Piras, addirittura, questa parte della Costituzione, è «un assurdo parasistema che crea disordine» (1970, p. 294).

Non a caso in una sentenza del 1978 (la n. 1) la Corte parlò, a proposito della disciplina della Corte dei conti, di «motivi di tradizione storica accolti dal Costituente», proprio al fine di giustificare il fatto che «l'ordinamento vigente non contempla una piena uniformità di disciplina, quanto all'attribuzione delle funzioni e all'assetto strutturale degli uffici, tra i

magistrati dell'ordine giudiziario e quelli del Consiglio di Stato (in generale amministrativi), della Corte dei conti e dei Tribunali militari».

Dicevamo del concetto di specialità. In realtà, ci sono stati diversi livelli di specialità. Le tre grandi sezioni della giustizia non ordinaria erano costituzionalmente sottratte all'obbligo di revisione che riguardava in generale le giurisdizioni speciali (VI d.t.). Nella sent. 1/1967, la Corte costituzionale le colloca al di fuori di «quel generale sfavore di cui appaiono circondate, nel testo costituzionale, le giurisdizioni speciali, [...] considerandole a parte tra le giurisdizioni speciali», quelle “strane” giurisdizioni che invece la Corte censurava con durezza, ritenendo alcune loro caratteristiche idonee «a minarne l'indipendenza e l'imparzialità» (penso alle sent. nn. 33/1968 e 121/1970 sulle Giunte provinciali amministrative e sulla giurisdizione penale del Comandante di porto).

Rispetto ad esse, la stessa linea di confine tra ordinarietà e specialità sembrava perdere nettezza, portando ancora la Corte costituzionale (nella sent. 278/1987) ad affermare che

la distinzione tra giurisdizioni ordinarie e speciali non trova fondamento in esplicite determinazioni di diritto positivo; essa è delineata dalla dottrina sulla base di note certamente desunte dal diritto positivo, ma scelte dall'interprete in funzione di orientamenti non positivamente rigorosi né controllabili attraverso espresse dichiarazioni della Costituzione o del legislatore ordinario: [...] il criterio discreto [...], già in passato di ardua determinazione, è divenuto, in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, ancora più incerto.

La svolta legislativa che porta all'estensione di un modello di autogoverno anche per queste giurisdizioni avviene negli anni '80; ed è aperta dalla legge 186/1982 che istituisce il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa.

Non è casuale che questa trasformazione arrivi negli anni '80, e che interessi primariamente il giudice amministrativo. La regionalizzazione della giustizia amministrativa con la legge del 1971 aveva prodotto una serie di importanti conseguenze sulla dimensione sociale e istituzionale di questa giurisdizione.

Innanzitutto, l'avvicinamento della giustizia amministrativa ai territori, ai luoghi dove il cittadino incontra quotidianamente l'amministrazione e, nel rapporto, con essa si fa un'idea

chiara (per dirla con Tocqueville) dei suoi diritti e dei suoi doveri. La giustizia amministrativa viene percepita come una giustizia più “a portata di mano”; lo sviluppo avviene sia sul piano quantitativo che sulla percezione stessa delle possibilità di tutela da parte del privato.

Questo determina una profonda trasformazione anche culturale, sociale, che si accompagna ad una riscoperta del significato innovativo, e non semplicemente riassuntivo della tradizione storica, delle norme costituzionali riguardanti l'organizzazione e l'azione della p.a., e ovviamente i meccanismi di tutela, la struttura del processo, la fisionomia del giudice amministrativo.

Sempre negli anni '80, la Corte costituzionale aprirà sentieri importanti per quanto riguarda la tutela cautelare e le possibilità istruttorie nel processo amministrativo (sentt. 190/1985 e 146/1987).

In sintesi, la pubblica amministrazione e la “sua” giustizia si aprono progressivamente all'influenza dei principi costituzionali che appaiono rigenerati e rivitalizzati nel loro significato.

Il diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio penetra, con la sua inviolabilità, nel tessuto del rapporto amministrativo, e attribuisce una nuova luce all'affermazione dell'art. 113 secondo cui «1. Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. 2. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti».

I giudici di cui stiamo parlando non sono come tutti gli altri giudici speciali, e non è irrilevante né meramente confermativa la scelta del Costituente di richiamarli esplicitamente nell'art. 103. Significa che dal punto di vista qualitativo sono giurisdizioni in senso pieno, anche se quantitativamente settoriali, ma soprattutto che l'essere inseriti nella Costituzione comporta un riflesso reciproco, è un riconoscimento impegnativo, che colloca queste giurisdizioni dentro un “contesto” valoriale che ha una sua precisa configurazione attorno alla sequenza indipendenza e autonomia del giudice e dell'apparato giurisdizionale/autogoverno giudiziario.

A questa stregua, l'art. 108/2 è inscindibilmente collegato all'art. 101/2 e agli artt. 104 ss. L'autogoverno della magistratura è nel sistema costituzionale italiano un connotato indefettibile dell'essere giudice, non importa se ordinario o speciale (anche se dirlo oggi, nel momento forse più difficile della storia del C.S.M., non è facile). Le soluzioni tecniche possono essere differenti, ma quel che conta è che il modello sia osservato nella sua struttura minimale.

Peraltro, in questa struttura per così dire "minimale", la Corte costituzionale fa rientrare anche la composizione "mista" di questi Consigli di autogoverno. Nella sent. 16 del 2011, viene affermato infatti che «occorre riconoscere che degli organi suddetti debbono necessariamente far parte sia componenti eletti dai giudici delle singole magistrature, sia componenti esterni di nomina parlamentare, nel bilanciamento degli interessi, costituzionalmente tutelati, ad evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in "caste" autoreferenziali».

La Costituzione offre così una sua chiave di lettura del concetto di unità della giurisdizione. Non più secondo la vecchia e irrisolta (e forse velleitaria) aspirazione della legge del 1865, travolta poi dall'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato e da tutta l'evoluzione della giustizia amministrativa che ne è venuta; ma come unità delle garanzie, della dignità della funzione giurisdizionale. Unità nella pluralità, più che unicità dell'apparato giurisdizionale (Verde, 2003, pp. 343 ss.).

3. L'istituzione dei Consigli di autogoverno dei giudici speciali. La composizione "mista" (togati elettivi, togati "di diritto", "laici")

In questo quadro rinnovato, come si è detto anche sul piano della cultura giuridica, si innestano le riforme degli anni ottanta: la già richiamata l. 186/1982, la l. 561/1988 sul Consiglio della magistratura militare, e l'art. 10 l. 117/1988 sul Consiglio di presidenza della Corte dei conti.

Riforme che, come ho provato a sostenere, hanno una rilevanza che oltrepassa la semplice dimensione legislativa, ponendosi come un'attuazione necessaria della Costituzione, al tempo stesso capace di rielaborare significati, mettere in luce cose prima nascoste sotto l'apparente patina dell'omaggio ai «motivi di tradizione storica» richiamati dal Giudice costituzionale nella sent. 1/1978.

Qual è, adesso, la situazione attuale di questi organi? Non è questa la sede per una completa analisi delle problematiche organizzative e funzionali di tali consigli di autonomia delle magistrature speciali. Mi concentrerò invece sugli aspetti di criticità e sulle “deviazioni” dal modello “ordinario” che ancora caratterizzano il sistema di autogoverno di questi complessi giurisdizionali, e su alcune possibili prospettive di riforma.

Cominciamo dalla composizione di questi organi, e più in generale da alcune anomalie legate all'ordine giudiziario di riferimento, e che finiscono col riflettersi sulla compiutezza del modello di autogoverno pensato dal legislatore – sebbene, come si è detto, in un quadro di necessaria attuazione del dettato costituzionale – per i giudici speciali.

In linea di principio, gli organi di autogoverno delle giurisdizioni speciali riflettono il modello “maggiore” (quello del C.S.M.) nei due elementi principali: il carattere “rappresentativo” della composizione, e la sostanziale estromissione del Governo dalla gestione deliberativa dei tradizionali compiti di un organo di amministrazione della magistratura. Certo, non c'è in nessuno di essi la Presidenza del Capo dello Stato, con tutto quello che significa e che si porta dietro sul piano della rilevanza istituzionale.

Viene riprodotta, con modalità differenti, anche la composizione “mista” togati/laici (inizialmente non prevista per il CPGA), e la presenza di membri di diritto individuati tra le cariche più alte della giurisdizione. Come ho già detto, la Corte costituzionale ha ritenuto che anche la presenza di “laici” di nomina parlamentare sia una soluzione costituzionalmente necessaria.

I membri laici, di nomina parlamentare, ci devono essere (il che significa che le prime versioni del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa e della giustizia tributaria non sarebbero ritenuti oggi costituzionalmente conformi); aggiunge però la Corte che «il

rapporto numerico tra membri togati e membri laici, di nomina parlamentare, può essere variamente fissato dal legislatore».

Ovviamente, almeno a mio avviso, tenendo fermo un principio di prevalenza della componente togata, e soprattutto, della componente togata elettiva. In altre parole, la discrezionalità del legislatore può esercitarsi solo “al di qua” di questa soglia.

Le due esigenze di cui parla la Corte a proposito della necessaria presenza di membri togati e membri laici (evitare la dipendenza dei giudici dal potere politico, nonché la chiusura degli stessi in caste autoreferenziali) non possono essere considerate perfettamente equivalenti. La presenza di membri laici risponde ad un interesse in un certo senso “accessorio” (per quanto necessario) rispetto al primo, che invece chiama in causa il livello “essenziale” (*id est* “minimale”, ineludibile) dell’autonomia organizzativa, vale a dire la sua idoneità rappresentativa.

Restano alcuni dubbi: se, ad esempio, la prevalenza dei togati debba essere mantenuta solo guardando alla consistenza dei togati elettivi, ovvero calcolando anche il numero dei togati “di diritto”. È il caso del Consiglio di presidenza della Corte dei conti, dove tra gli undici componenti solo 4 sono togati elettivi, 4 sono “laici” di nomina parlamentare, e 3 sono i membri di diritto (Presidente, Procuratore Generale, Presidente aggiunto, o, in sua assenza, Presidente di sezione più anziano).

Non è un tema indifferente, soprattutto per realtà organizzative (come sono quelle della magistratura amministrativa e contabile) dove è particolarmente visibile, e corrisponde a tutta una serie di stratificazioni “tradizionali”, una strutturazione verticistica dell’ordine giurisdizionale, e dove i “vertici” hanno un legame particolare con il Governo (i Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, e una parte dei consiglieri di stato e dei magistrati contabili, sono nominati dal Governo), a differenza del Primo Presidente e del Procuratore Generale della Corte di cassazione.

Il legame potenziale di alcuni dei componenti di diritto con il circuito politico (governativo) che ne ha disposto la nomina, e la loro posizione può essere, in sé, un fattore di condizionamento dell’attività del Consiglio di autogoverno, e conseguentemente, dell’autonomia e dell’indipendenza dei singoli magistrati.

Faccio rapidamente una sintesi dell'attuale composizione di consigli di autogoverno dei giudici speciali, per poi soffermarmi su alcuni profili critici.

Il CPGA, dopo la riforma del 2000 (l. n. 205), che a sua volta ne annunciava un'altra rimasta inevasa¹, prevede una composizione di 15 membri, di cui 10 togati (quattro magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato, sei magistrati in servizio presso i TAR), e 4 membri eletti rispettivamente dalla Camera e dal Senato. L'organo è presieduto dal Presidente del Consiglio di Stato.

Undici invece sono i componenti del CPCC. I tre membri di diritto prima ricordati (tra cui il Presidente), quattro membri togati elettivi, e quattro membri laici di provenienza parlamentare.

Un solo membro laico, infine, tra i cinque componenti del CMM, dopo la l. 102/2009; gli altri sono il Primo Presidente della Corte di cassazione, il Procuratore Generale Militare presso la Corte di cassazione, due componenti eletti dalla magistratura militare al suo interno.

4. Le “anomalie” rispetto al modello della magistratura ordinaria. La nomina governativa dei Presidenti e di una quota dei componenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti

Veniamo quindi alle anomalie.

Alcune sono “genetiche”, nel senso che i consigli di autogoverno subiscono le conseguenze di una storia complessa di queste giurisdizioni, e di alcune “stranezze” irrisolte che riguardano il giudice amministrativo e quello contabile, e soprattutto il loro rapporto con il Governo.

L'eccezione forse più vistosa al principio dell'autogoverno giudiziario è rappresentata dalla nomina governativa dei Presidenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, e di

¹ Nella premessa all'articolo 7 è scritto: «In attesa del generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera...».

una quota dei loro componenti (Baccarini, 2017). È il simbolo della “confusione” dei ruoli di questi due organi (confermata anche dalla Costituzione, all’art. 100): consulente e Giudice dell’Amministrazione (e del Governo) il primo – come ha scritto Guido Corso (1997, p. 21), «trovare un luogo, un unico luogo, al Consiglio di Stato nell’ordinamento costituzionale, non è facile» –; organo ausiliario del Governo, controllore dei conti pubblici (e quindi del Governo e del sistema amministrativo) e giudice delle controversie pensionistiche (sempre nell’ambito della p.a.) e dei giudizi di responsabilità amministrativa e contabile il secondo.

Il problema fu largamente discusso tra la fine degli anni ‘60 e gli inizi del decennio successivo. Oggi sembra ormai rimosso, quasi che non fosse più percepito come un elemento da giustificare.

Il giudice costituzionale, com’è noto, respinse le questioni di legittimità costituzionale con argomenti che già allora, in un contesto in cui non si era ancora radicato il principio dell’autogoverno anche per le magistrature speciali, erano apparsi formalistici e provvisori; e forse anche prima di allora, se è vero che Federico Cammeo, scriveva nel suo Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa del 1911, che «Evidentemente l’indipendenza del giudice amministrativo è completa quando ad essa sia concessa una posizione che per metodo di nomina e stabilità nell’ufficio sia eguale a quella dei giudici ordinari» (Cammeo, 1911, p. 286).

Incrociando le motivazioni della sentenza 1 del 1967 e della sent. 177 del 1973, le linee di difesa dell’istituto della “nomina governativa” possono essere così riassunte:

a) la nomina per concorso non è un elemento costituzionalmente necessario in rapporto all’esigenza di garantire l’indipendenza dei magistrati delle giurisdizioni speciali (e comunque vale solo per i giudici ordinari, ex art. 106 Cost.);

b) per i giudici speciali, anzi, la provvista dell’ufficio in modi diversi e con procedimenti diversi da quelli del concorso può essere necessaria, o quanto meno opportuna, per il raggiungimento delle finalità loro assegnate, non potendosi negare l’opportunità di acquisire all’Istituto esperienze maturate nell’ambito dell’Amministrazione attiva);

c) la prassi in tema di nomine ha evidenziato una utilizzazione del potere sostanzialmente priva di episodi di abuso, e caratterizzata da criteri e limiti che appaiono idonei a garantire che la nomina «cada su persone che per l'attività o gli studi giuridico-amministrativi compiuti e per le doti attitudinali e di carattere, posseggano piena idoneità all'esercizio delle funzioni (di consigliere di Stato)»;

d) l'indipendenza è comunque presidiata da garanzie “successive” alla nomina (essenzialmente l'inaffidabilità).

Anche sulle nomine “politiche” di alcuni membri del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia (v. ora il d.lgs. 373/2003), il giudice costituzionale ha adottato un indirizzo di giustificazione del meccanismo fondato su basi diverse da quelle della specialità giurisdizionale, censurando solo (nella sent. 25/76) la possibilità di riconferma dei componenti “esterni”, giudicata radicalmente incompatibile con l'indipendenza dei “nominati” nei confronti dell'istituzione titolare del potere di nomina (Così già Corte cost. 49/68, a proposito dei componenti delle Giunte Provinciali amministrative). Nella sent. 316/2004, la Corte – richiamando anche l'esempio analogo del Trentino-Alto Adige – parla di «un modello del tutto particolare fondato sulla specialità di alcuni statuti regionali i quali possono anche, nel campo dell'organizzazione giudiziaria, contenere norme a loro volta espressive di autonomia».

Appare evidente che tali orientamenti risentano di quel contesto (legislativo e culturale) giuridico, nel quale le giurisdizioni speciali apparivano alla stregua di “sorelle minori” dell'unica giustizia costituzionalmente regolata in tutti i suoi aspetti, quella ordinaria, che l'art. 102, letto nella sua fredda testualità, sembrava configurare alla stregua dell'unica forma di manifestazione della funzione giurisdizionale.

Le riforme legislative degli anni ottanta, l'estensione alle giurisdizioni speciali dello schema dell'autogoverno giudiziario (con l'istituzione dei vari consigli di presidenza e del Consiglio della magistratura militare), la rielaborazione dei significati e della portata degli enunciati costituzionali sull'indipendenza dei giudici appartenenti a questi complessi giurisdizionali (l'art. 108/2, e i suoi collegamenti con gli artt. 101/2, 104 ss., 107), hanno fatto emergere una prospettiva di unitarietà “sostanziale” della giurisdizione (cioè unità in

termini di garanzie, di identificazione dei tratti necessariamente comuni dell'essere magistrato), che ha mostrato una inedita capacità connettiva delle indicazioni costituzionali apparentemente "separate", dedicate alla giurisdizione ordinaria e ai corpi "speciali".

A questa stregua, gli argomenti usati per "salvare" la nomina governativa da una decisione di incostituzionalità, appaiono deboli, "reversibili", sempre più costituzionalmente fuori posto.

La regola costituzionale del concorso è diventata, nel tempo, in modo sempre più marcato, un lato del prisma dell'indipendenza e dell'autonomia del magistrato, raccordandosi a quelle stesse disposizioni (101 e 104), e ai relativi istituti, che adesso hanno avuto concretizzazione anche rispetto alle giurisdizioni "non ordinarie".

Come l'autogoverno, anche il meccanismo del concorso muove da una logica complessiva di estromissione del potere politico-amministrativo dalle vicende concernenti lo status (e quindi la selezione e la carriera) dei magistrati. E l'art. 108, comma 2, non è una norma "in bianco", interamente rimessa alla discrezionalità del legislatore, ma è una norma la cui struttura testuale indeterminata ma "perentoria" (la legge «assicura» l'indipendenza...), si riempie dei contenuti e dei modelli che provengono dalle disposizioni relative alla magistratura ordinaria, appunto gli articoli da 104 a 107.

La nomina governativa appare incompatibile con l'autonomo esercizio di funzioni giurisdizionali. Questo sembra essere il ragionamento che si coglie in controluce nella sentenza della Corte costituzionale n. 136 del 2011, in cui la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale relativa alla nomina del membro nazionale di Eurojust da parte del Ministro della Giustizia (sentite le valutazioni espresse dal CSM), ma solo perché ha escluso la natura giudiziaria delle funzioni di Eurojust e dei membri nazionali di questo organismo (Raeli, 2015).

E la stessa sentenza sull'autodichia della Presidenza della Repubblica (sent. 262/2017), per salvare la costituzionalità di collegi giudicanti nominati dallo stesso apparato istituzionale nei confronti del quale dovrebbero svolgere funzioni di controllo e di valutazione della legittimità di atti e comportamenti riguardanti il proprio personale, ha avvertito la necessità di spargiare le carte sul tavolo, giungendo alla curiosa collocazione

di tali collegi in una sorta di limbo estraneo alla sfera delle giurisdizioni (sia ordinaria che speciali).

Quanto all'argomento della opportunità della "doppia provvista" al fine di rafforzare la "conoscenza e confidenza con l'Amministrazione" di tali organi giurisdizionali (Melis, 1997, p. 18), mi sembra che provi troppo. Se l'esigenza è quella di fare in modo che il giudice speciale (amministrativo o contabile) sia più sensibile alle problematiche specifiche del settore di competenza, abbia una provenienza professionale legata al circuito amministrativo, la si può soddisfare con modalità diverse, che non incidono sul principio (e sulla percezione) dell'indipendenza e dell'imparzialità del magistrato: penso a concorsi di secondo livello, riservati a determinate categorie professionali, o con griglie selettive molto strette, come del resto, in larga parte, è già ora.

Infine, non convince più di tanto l'idea che l'elemento "anomalo" della designazione politico-governativa trovi una correzione soddisfacente nella garanzia dell'inamovibilità dei consiglieri così nominati. Se l'indipendenza e la "neutralità" del giudice devono non solo essere, ma anche "apparire" tali, non solo l'inamovibilità non appare idonea in sé a compensare la provenienza "politica" dei soggetti chiamati a svolgere le funzioni giurisdizionali, e le influenze che possono derivare da una siffatta modalità di selezione, per quanto rischia di consolidare nel tempo queste influenze, proprio in virtù della stabilizzazione della posizione (D'Aloia, 1996, p. 307 e ss.).

Insomma, il problema c'è, e non può essere eluso semplicemente sottolineando che esistono questioni più gravi e urgenti nel campo della giustizia amministrativa, o limitandosi a proporre una riduzione numerica della quota dei consiglieri di nomina governativa.

La norma attualmente vigente per il Consiglio di Stato (art. 22 L. 186/1982) attribuisce la nomina del Presidente al Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. È vero che, nella prassi fin qui largamente utilizzata, la scelta effettiva era nelle mani del Consiglio di presidenza, nel senso che il nominativo da esso indicato nel parere (di regola, il Consigliere con maggiore anzianità), veniva poi confermato/ratificato nei passaggi successivi da parte del Governo.

La prassi però non è una regola; e può succedere facilmente che essa venga accantonata per interessi o situazioni contingenti. In una delle ultime occasioni, il Governo ha chiesto al Consiglio di presidenza una lista di cinque nomi, e ha scelto il Presidente del Consiglio di Stato dentro quella lista (De Francisco e Simonetti, 2016, p. 12).

In questo modo, si è operata una inversione della prassi. Il Governo ha rivendicato la scelta, pure muovendosi nell'ambito di un elenco di nominativi indicati dall'organo di autogoverno. Dunque, al di là della prassi, bisogna guardare la regola, e la regola oggi dice che il Presidente del Consiglio di Stato può essere scelto dal Governo, e questo è un problema se vogliamo prendere sul serio il modello costituzionale di autonomia e indipendenza del giudice.

Allo stesso modo, preoccupa un uso del potere di nomina dei consiglieri di Stato che sembra seguire, soprattutto negli ultimi anni, logiche di spoil system abbastanza marcate.

La verità, almeno dal mio punto di vista, è che questo sistema sia un residuo di ragioni storiche ormai superate, riconducibili in sostanza all'idea che la contiguità funzionale delle magistrature amministrativa e contabile con l'azione del potere amministrativo comportasse naturalmente una forma di legame organico e strutturale con i medesimi apparati; una sorta di "incardinamento" parziale del giudice amministrativo nell'organizzazione burocratica, nel quale si manifestava al fondo l'autorità quasi intangibile dell'atto e della funzione amministrativa: un altro contesto da quello che oggi vede un'amministrazione pienamente immersa nel flusso dei valori costituzionali, caratterizzata da una dimensione di partecipazione, trasparenza, composizione imparziale e tendenzialmente paritaria del conflitto tra interessi pubblici e privati.

Difficilmente potrebbero reggere, se la questione venisse nuovamente portata all'attenzione della Corte costituzionale, le motivazioni del 1967 e del 1973. Il quadro legislativo e costituzionale è profondamente mutato.

Come ho ricordato all'inizio, la Corte costituzionale, nella sent. 87 del 2009, afferma che «l'esistenza di organi di autogoverno appartiene all'area dei principi costituzionali comuni a tutte le giurisdizioni» fungendo da «garanzia del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale complessivamente intesa».

Ora, questo principio può certamente sostenere differenti traduzioni, come la stessa Corte ha ammesso. Nondimeno, non è la mera esistenza di organi di autogoverno che incarna il disegno costituzionale sull'autonomia della magistratura, quanto l'esclusione di ogni intervento dell'esecutivo nelle deliberazioni concernenti lo status dei magistrati, se non in chiave collaborativa o consultiva, come accade per il concerto del Ministro della Giustizia ai provvedimenti di nomina agli uffici direttivi deliberati dal C.S.M.

Un'ulteriore deviazione dal modello “ordinario” dell'autogoverno concerne il ruolo operativo attualmente riconosciuto al Presidente della Corte dei conti. L'art. 11, comma 7, della legge n. 15 del 2009, ha “trasferito” gran parte delle competenze prima riconosciute all'organo di autogoverno della magistratura contabile al Presidente della Corte dei conti, qualificato «organo di governo dell'istituto», che è anche Presidente dello stesso Consiglio di presidenza.

Non casualmente, la stessa legge opera quasi un ridimensionamento linguistico del Consiglio di presidenza, qualificandolo semplicemente «organo di amministrazione del personale di magistratura» (Urbano, 2019, p. 23). Di fatto questa gestione a metà (tra organi monocratico e organo collegiale) non è proprio in linea con il significato più autentico dell'autogoverno, che implica una competenza deliberativa “rappresentativa” e “collegiale”.

Per giunta, il Presidente della Corte dei conti (e del Consiglio di presidenza) è nominato dal Governo, e questo è un fattore aggiuntivo di alterazione di quello schema costituzionale che, secondo il Giudice delle leggi, appartiene all'area dei principi comuni in tema di giurisdizione.

La Corte ha avuto, invero, la possibilità di intervenire su questa “anomalia” organizzativa dell'autogoverno della magistratura contabile, ma non ha colto l'occasione dichiarando inammissibili le questioni proposte.

Nella sent. 257/2017 la Corte, chiamata ad occuparsi specificamente (e unicamente) della competenza a stabilire i criteri di massima per la ripartizione degli affari e dei ricorsi, non condivide la scelta del giudice remittente di individuazione della disposizione da censurare, ma sembra quasi dare un assist per una futura questione di legittimità costituzionale (che al momento non c'è stata) quando alla fine afferma che «l'eventuale vulnus alle predette

garanzie assicurate dall'art. 25, primo comma, Cost., nella prospettiva "sopravvenuta" evidenziata dallo stesso giudice a quo, andrebbe semmai rinvenuto nel combinato disposto dell'art. 10 della legge n. 117 del 1988 e dell'art. 11 della legge n. 15 del 2009, e non nella disposizione censurata dal rimettente».

5. Il problema degli incarichi extragiudiziari

Gli incarichi extragiudiziari sono l'altro nervo scoperto dell'indipendenza dei giudici speciali, ma direi di tutti i giudici. La legge n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione) ha disposto, all'art. 1, comma 18, che «ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie è vietata, pena la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti, la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico».

Non si tratta però solo di arbitrati.

Sono molteplici gli intrecci fiduciari tra giudici (amministrativi e contabili) e Potere esecutivo, che a volte si trasformano in vere e proprie carriere "parallele", amministrative o politiche (Follieri, 2016, p. 1234 e ss.); e anche qui sembra troppo formalistica la risposta indiretta della Corte costituzionale nella sentenza n. 177 del 1973: «Gli eventuali rapporti tra il prescelto e la pubblica Amministrazione che abbiano preceduto la nomina o che, intervenuta questa, potrebbero in ipotesi suscitare vincoli di sorta, si dissolvono nelle persone che siano idonee a ricoprire l'ufficio e all'atto in cui esse acquistano uno status. E per ciò non hanno alcun rilievo in sede di valutazione in astratto della ricorrenza o meno dell'indipendenza del giudice».

Come evidenzia correttamente Follieri (a sua volta, Roberto Bin parla di fenomeno che è scandaloso, una mina messa sotto qualsiasi credibilità del Consiglio di Stato. Questo scambio continuo di ruoli tra giudice e amministratore, giudice e consulente, giudice e politico mi sembra costituire un fattore che mina, non solo l'immagine, ma anche la realtà dell'indipendenza e imparzialità dei magistrati; Bin, 2012, p. 676 e ss.) lo *status* di

magistrato mette a riparo dall'amovibilità, dal trasferimento e dalla instabilità, ma non consente di ottenere gli incarichi extragiudiziari, per i quali occorre mantenere e rinsaldare il rapporto di fiducia con coloro che esercitano il potere politico e amministrativo.

Bisogna essere coerenti su questo punto. Fiduciarità (per come essa viene intesa nell'attuale vita politica) e indipendenza non legano bene. Gli incarichi extragiudiziari creano "commistioni" – come afferma Francesco Dal Canto (2020, p. 20), il quale, tenuto conto della grave crisi di immagine e credibilità che sta attraversando la magistratura negli ultimi mesi, ritiene che sia oggi necessario adottare scelte radicali, trasparenti e, per quanto possibile, prive di ambiguità, tese a sgombrare il campo da ogni dubbio circa possibili indebite commistioni tra sfera politica ed esercizio della giurisdizione – più o meno implicite tra politica e giurisdizione, che non appaiono in armonia con il discorso dell'indipendenza preso sul serio.

6. Problemi del giudizio disciplinare e prospettive di unificazione

Il giudizio disciplinare per i magistrati speciali segue regole differenti tra le diverse giurisdizioni, e rispetto al modello della magistratura ordinaria.

Per la magistratura militare, la legge ha optato per una linea di assimilazione alla magistratura ordinaria, avvalorata dalla Corte Costituzionale con la sent. 71 del 1995. Per la Corte, la giurisdizionalità della funzione disciplinare del CMM trova radicamento nel medesimo carattere della funzione disciplinare riguardante la magistratura ordinaria, e in questo modo viene altresì aggirato l'ostacolo rappresentato dal divieto costituzionale di istituzione di (nuovi) giudici speciali.

Certo, resta un punto di anomalia nel fatto che il Presidente del CMM (che ricordiamo è il Primo Presidente della Corte di cassazione) viene ad interpretare il doppio ruolo di Presidente dell'organo disciplinare e successivamente Presidente della Corte chiamata a giudicare delle impugnazioni avverso i provvedimenti disciplinari. L'astensione sembra

inevitabile, anche in ogni caso non sembra idonea a risolvere del tutto questo problema di potenziale condizionamento.

Completamente diversa è la situazione per gli altri due organi di autogoverno. Il regime disciplinare dei magistrati amministrativi e contabili è sganciato da quello “ordinario” sia nella natura dei provvedimenti disciplinari (che sono considerati atti amministrativi impugnabili davanti al Giudice amministrativo o con il rimedio alternativo del Ricorso straordinario al Capo dello Stato, *ex multis*, Cass., S.U., sentt. 7586/2004; 5126/2002; 1049/2000)², sia sul piano della tipizzazione degli illeciti disciplinari e delle sanzioni.

L’art. 30 del d.lgs 109/2006 afferma testualmente che «il presente decreto non si applica ai magistrati amministrativi e contabili». D’altra parte, è vero che il previgente sistema del d.lgs. 511/46 (in particolare l’art. 18) è richiamato espressamente dall’art. 32 l. 186/82, ma tuttavia esso è stato abrogato dall’art. 32 sempre del dlgs 109 (Secondo Vito Tenore, ritenere che il richiamo operato dall’art. 32 della l. n.186 alle «norme previste per i magistrati ordinari in materia di sanzioni disciplinari e del relativo procedimento», sia ancora oggi quello al r.d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511, ivi compreso il “generico” art. 18, che, sebbene non più operante per i magistrati ordinari, conserverebbero una ultravigenza per i magistrati amministrativi, appare la soluzione «più percorribile in punto di diritto»; Tenore, 2009, p. 3).

Peraltro, sempre in conseguenza dell’art. 30 cit., ai magistrati amministrativi non dovrebbe potersi estendere il principio della tipicità degli illeciti disciplinari (e delle sanzioni), che rappresenta uno degli elementi più significativi della riforma del 2006.

Per i magistrati amministrativi, il parametro resta ancora quello – generico e probabilmente troppo “indeterminato” – del decreto 511/1946. E la riserva di legge ex art.

² La Corte di cassazione, anche prima della novella del 2006 al sistema disciplinare dei magistrati ordinari, aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 32 della l. n. 186 del 1982 nella parte in cui non prevede – a differenza che per la magistratura ordinaria, ai sensi dell'art. 17, l. n. 195 del 1958, e per quella militare, ai sensi dell'art. 1, n. 3 della l. n. 561 del 1988 (nella lettura offertane dalla Corte costituzionale con sentenza n. 71 del 1995) – che i provvedimenti disciplinari nei confronti di magistrati amministrativi siano impugnabili con ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione, non essendo assimilabili, per garanzie di indipendenza e articolazione di carriera, i magistrati amministrativi a quelli ordinari ed essendo diversa la struttura, le funzioni e l'articolazione del procedimento disciplinare davanti al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa rispetto a quello davanti al CSM e al Consiglio della magistratura militare.

108 non sembra consentire operazioni di adattamento/recepimento da parte dei regolamenti interni degli organi di autogoverno (D'Aloia, 1996).

Va detto che la qualificazione amministrativa di questi atti e dei relativi procedimenti, non ha impedito alla Corte costituzionale (sent. n. 87 del 2009) di ritenere irragionevole, e perciò non conforme alla Costituzione, che il magistrato amministrativo sottoposto a procedimento disciplinare possa farsi assistere solo da un altro magistrato, e non anche da un avvocato del libero foro, come previsto (anche qui a seguito di una sentenza della Consulta, la n. 497 del 2000), per i magistrati ordinari.

Secondo la Corte, «vi è una stretta correlazione tra l'indipendenza del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare e la facoltà di scelta del difensore da lui ritenuto più adatto, sicché limitare quest'ultima facoltà significa in definitiva menomare in parte anche il valore dell'indipendenza» e «la correlazione indicata prescinde dalla natura giurisdizionale o amministrativa del procedimento disciplinare, che dipende dai caratteri che il legislatore ha scelto di attribuire al procedimento stesso e agli organi in esso coinvolti». Ciò l'ha indotta a dichiarare l'illegittimità costituzionale della previsione che escludeva la possibilità, per il magistrato ordinario sottoposto a procedimento disciplinare, di farsi assistere da un avvocato (sentenza n. 497 del 2000).

Il procedimento disciplinare relativo ai magistrati ordinari ha natura giurisdizionale e si svolge dinanzi alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, con quanto ne consegue in ordine al regime delle impugnazioni. Quello relativo ai magistrati amministrativi ha natura di procedimento amministrativo e si svolge dinanzi al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa o al Consiglio di presidenza della Corte dei conti.

Non sono pochi i problemi e le aporie relative ai procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati amministrativi e contabili (in verità soprattutto dei primi).

In primo luogo, l'affermato carattere amministrativo produce come conseguenza una potestà disciplinare sindacabile da giudici a loro volta soggetti al medesimo potere di gestione della carriera e della disciplina; e questo non è sicuramente il massimo dal punto di vista del giusto processo disciplinare.

Inoltre, l'iniziativa dei procedimenti disciplinari è affidata dalla l. 186/82 (artt. 33-34) al presidente del Consiglio di stato, oltre che al presidente del Consiglio dei Ministri. In sostanza, i rischi e i limiti di una "giustizia disciplinare domestica", che in diversa misura appartengono a tutte le giurisdizioni, qui trovano un momento di amplificazione, in ragione delle peculiari condizioni strutturali del Consiglio di presidenza, e della corrispondenza tra "vertici" della magistratura amministrativa e "vertici" dell'organo di garanzia. Di fatto, il Presidente del Consiglio di Stato si troverebbe a cumulare nello stesso procedimento le funzioni di promotore dell'azione disciplinare e di presidente dell'organo decidente.

Di fronte a questi problemi, è stato proposto (anche da me: v. D'Aloia, 2011, p. 300) di unificare il regime disciplinare delle diverse magistrature, sia sul piano sostanziale (guardando cioè agli illeciti e alle sanzioni, in vista di una deontologia professionale comune e "aprendo" altresì il giudizio disciplinare alla partecipazione dei privati e dei soggetti collettivi del mondo professionale, sul modello delle *judicial conduct organizations*) (Di Federico, 2002, p. 99), sia sul piano procedurale, con l'istituzione di un'unica Corte di giustizia competente per i provvedimenti disciplinari e formata in modo da non riflettere le istanze corporative di ciascun ordine giurisdizionale.

La prima riforma è più semplice, può essere realizzata sul piano legislativo con la semplice estensione ai magistrati amministrativi e contabili delle norme del dlgs. 109/2006, eliminando la preclusione dell'art. 30.

Più complessa la seconda parte, perché pensare di istituire un'unica Corte disciplinare, rappresentativa dei diversi ordini giurisdizionali, richiede una revisione costituzionale, almeno in senso integrativo/modificativo degli artt. 105 e 107. Dietro c'è un'idea ambiziosa, e a mio avviso giusta, che è quella di sganciare il più possibile la potestà disciplinare da approcci di tipo "corporativo"; forse però è un'ipotesi troppo difficile da concretizzare, e non solo per il necessario passaggio "costituzionale".

Quello che si può già fare più semplicemente, rimanendo sul piano legislativo, è estendere anche ai provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati amministrativi e contabili la qualificazione come "sentenze", che renderebbe unitario e integrato almeno il regime di impugnazione delle decisioni.

In questo modo, non solo verrebbero corrette le anomalie prima segnalate soprattutto con riferimento alla magistratura amministrativa (relative al doppio ruolo del Presidente del Consiglio di Stato e all'impugnazione dei provvedimenti del CPGA davanti agli organi della giustizia amministrativa che sono da esso "amministrati"), ma, più in generale, la giustizia disciplinare potrebbe recuperare un'esperienza unitaria, certamente più coerente con il fatto che il prestigio e la credibilità della funzione giustizia e il rispetto dei diritti fondamentali del cittadino, costituiscono il punto di approdo finalistico di ogni giurisdizione.

Bibliografia

- D'Aloia A. (1996). *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.
- D'Aloia A. (2011). I giudici «speciali» e la riforma costituzionale della giustizia. In Romboli R., Azzariti G., Sicardi S., Pepino L., Panizza S., Campanelli G., Sobrino G., Volpi M., Giangiacomo B., Famiglietti G., Iacoboni A., Luiso F.P., Mura A., D'Aloia A., Nistico M., Il progetto di riforma del titolo IV Della Parte II della costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 Aprile 2011 n. 4275. *Il Foro Italiano*, 134, 10: 241.
- Baccarini S. (2017). Status e carriere dei giudici amministrativi. *GiustAmm.it.*, 6: 7.
- Bin R. (2012). Conclusioni. In Bonetti P., Cassatella A., Cortese F., Deffenu A., Guazzarotti A., a cura di, *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino: Giappichelli.
- Cammeo F. (1911). *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*. Milano: Vallardi.
- Caravita B., a cura di (2013). *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*. Napoli: Jovene.
- Corso G. (1997). Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo. In Cassese S., a cura di, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano: Giuffrè.
- Dal Canto F. (2020). Commistioni "consentite" ma pericolose tra magistratura e politica. *Federalismi.it.* 28: 47. Testo disponibile all'indirizzo web: <https://www.federalismi.it/App>

lOpenFilePDF.cfm?artid=44227&dpath=document&dfile=12102020164023.pdf (04/01/2020).

De Francisco E., Simonetti H. (2016). La nomina del presidente del Consiglio di Stato: quello che noi credevamo. *GiustAmm.it.*, 12. Testo disponibile all'indirizzo web: <https://www.giustamm.it/ga/id/2016/12/5363/d> (28/06/2021).

Di Federico G. (2002). L'indipendenza della magistratura in Italia. Una valutazione critica in chiave comparata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1: 99.

Follieri E. (2016). Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato. *Diritto Processuale Amministrativo*, 4: 1234.

Giannini M.S., Piras A. (1970). Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica Amministrazione. *Enciclopedia del Diritto*, XIX. Milano: Giuffrè.

Melis G. (1997). Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. In Cassese S., a cura di, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*. Milano: Giuffrè.

Raeli V. (2015). Sui criteri per la nomina del Presidente della Corte dei Conti. *lexitalia.it.*, 12, 30 dicembre. Testo disponibile all'indirizzo web: <https://www.lexitalia.it/a/2015/69536> (04/01/2020).

Tenore V. (2009). La responsabilità disciplinare dei magistrati amministrativi. In Fresa M., Fantacchiotti M., Tenore V., Vitello S., a cura di, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*. Milano: Giuffrè.

Urbano G. (2019). Riflessioni sull'indipendenza del magistrato contabile. *Federalismi.it*, 21. Testo disponibile all'indirizzo web: <https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=40586&dpath=document&dfile=13112019153430.pdf> (04/01/2020).

Verde G. (2003). L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente. *Diritto Processuale Amministrativo*, 2: 343.