



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. III

(ESTRATTO)

MARIA AGOSTINA CABIDDU

**CSM E DECADENZA:
TRA INTERPRETAZIONE E RISCITTURA DELLA COSTITUZIONE**

23 NOVEMBRE 2020

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Maria Agostina Cabiddu
CSM e decadenza:
tra interpretazione e riscrittura della Costituzione

ABSTRACT: *The essay critically analyses the decision of the Italian Superior Counsel for Judicial Officers (Consiglio Superiore della Magistratura – CSM) regarding the termination of one of its members due to his (mandatory) retirement from judicial office. The author focuses in particular on the identification of the nature and function of the Counsel according to the relevant provisions of the Italian Constitution. In light of this approach, the CSM’s decision appears ultimately in conflict with the constitutional purpose of the Counsel itself, which is to safeguard and guarantee the general interest in relation to the judicial power rather than to represent and manage the interests of the judicial officers.*

SOMMARIO: 1. *Dràmatis personae* - 2. Antefatti - 3. Chi fa che cosa - 4. Trovate e invenzioni - 5. *Misunderstandings* - 6. Leggi e ri-leggi - 7. Precedenti - 7.1. Il parere del Consiglio di Stato - 7.2. La sentenza del Consiglio di Stato - 7.3. Il precedente “proprio” - 8. Rappresentanza e rappresentazione - 9. Postilla su questione preliminare.

1. *Dràmatis personae*.

In data 19 ottobre 2020 il *Plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura ha approvato (con 13 voti a favore, 6 contrari e 5 astensioni) la proposta della Commissione verifica titoli di deliberare “la cessazione del dott. Piercamillo Davigo dalla carica di membro togato del Consiglio Superiore della Magistratura a seguito di collocamento a riposo per raggiunti limiti di età, a partire dal 20/10/2020” e contestualmente “convalidare l’elezione a componente del Consiglio Superiore della Magistratura, subentrante a componente cessato dalla carica per raggiunti limiti di età, quale magistrato che esercita funzioni effettive di legittimità, il dottor Carmelo Celentano”.

Si è concluso così il primo atto di una vicenda degna della fantasia di un grande sceneggiatore, che, sfuggendo ai canoni drammaturgici (pseudo)aristotelici delle famose tre unità (di luogo, di tempo e di azione), ha già riservato e promette di riservare ancora “colpi di scena”. Non tutto accade nelle ovattate stanze del Palazzo dei Marescialli: per quel che è dato sapere, poco più in là, in via dei Portoghesi, si muove l’Avvocatura dello Stato, alla quale è richiesto un parere, ritenuto – del tutto inopinatamente – molto rilevante e poi, sparse per la città, ci sono le sedi dei giornali, delle Riviste e delle televisioni dove, senza sosta, si lavora al “caso” e chissà...; l’orizzonte temporale, ben al di là di quello che si svolge, classicamente, dall’alba al tramonto, si dilata dal momento dell’apertura della pratica, su richiesta del diretto interessato, fino in limine alla data del suo settantesimo compleanno, quando, improvvisamente, tutto precipita, smentendo le previsioni della vigilia; quanto all’unità di azione, ciò che emerge dal verbale della seduta del 19 ottobre è, in realtà, solo un racconto parziale, non potendosi escludere - e anzi essendo certi, dato il ricorso al TAR subito presentato - ulteriori svolgimenti: il nastro è stato già riavvolto e altri personaggi, a iniziare appunto dai giudici amministrativi, compariranno sulla scena prima che la vicenda possa dirsi conclusa.

Come nei migliori “*chronicle plays*” shakespeariani, tra gli interpreti figurano “eroi” della nostra storia recente e della cronaca istituzionale ma anche il (piccolo) mondo che li attornia: caratteri e sentimenti più o meno nobili, equivoci e giochi di potere e, al centro di tutto, un tema che trascende le vicende dei singoli e attinge l’universale (*rectius*, in questo caso: la dimensione costituzionale).

«Davvero si pensa che Piercamillo Davigo possa rimanere in carica al Consiglio Superiore anche quando non sarà più magistrato?» si era chiesto, un *ex* componente del Consiglio Superiore, avvertendo che un tale convincimento «si porrebbe in netto contrasto con la legalità e la funzionalità dell’organo e con le esigenze di rappresentatività e di legittimazione che devono

caratterizzare l'attività del Consiglio Superiore e in particolare modo della Sezione disciplinare»¹. Certo, anche a prendere per buone quelle preoccupazioni, si potrebbe facilmente obiettare, secondo l'ammonimento evangelico (Lc 6, 39-45), che, nella situazione data, altri sono i problemi che mettono a repentaglio la credibilità e la legittimazione dell'organo e tuttavia non è questo il momento per liquidare apoditticamente l'una o l'altra tesi, non fosse che perché tutte suscettibili di ricadute sulla collocazione costituzionale del Consiglio e comunque dipendenti da un certo modo di intendere lo stesso: organo di autogoverno², come si dice con formula ambigua³ o organo di garanzia e, se questa è la domanda, occorre ragionare, per quanto possibile, con mente scevra da ogni posizione preconcepita: cosa ovvia e appunto per questo non andrebbe detta, se non fosse che, in questa vicenda, anche le ovvietà sono continuamente rimesse in discussione.

Fatto sta che la questione della decadenza "è di rilievo generale, giacché qualifica la natura della "rappresentanza togata" in seno al CSM"⁴ e allora eccolo il vero protagonista di questa vicenda: il C.S.M., il suo ruolo, il suo "posto" nella Costituzione e nell'attuazione costituzionale.

2. Antefatti.

Per rendersi conto delle funzioni e del ruolo del Consiglio Superiore, in relazione alla collocazione di questo nell'ordinamento, se ne deve osservare, innanzitutto, la composizione, stabilita nelle sue linee essenziali dall'art. 104 Cost., subito dopo l'affermazione della magistratura come "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere": "una delle formule della Carta più precise e felici"⁵, che delinea un potere, che proprio in quanto anche "ordine" - non "corpo" separato, titolare di interessi particolari - gode della garanzia costituzionale, con l'avvertenza però che "estraneità all'intermediazione politica, imparzialità e indipendenza (...) stanno e cadono assieme, sicché se la prima fosse negata e la seconda non fosse praticata, la terza non potrebbe più essere pretesa"⁶.

Su questa premessa, frutto di un intenso dibattito in Costituente⁷, il punto di equilibrio circa la

¹ Così, N. ROSSI, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, in [Questione Giustizia](#) del 31 luglio 2020.

² "Organo politico - organo di garanzia. Posto il quesito in modo così netto, la risposta maggioritaria in dottrina è, senza dubbio, per la seconda ipotesi. Sennonché, nell'uso corrente, il Consiglio è qualificato "organo di autogoverno" e addirittura vi è stato un congresso dell'Associazione nazionale magistrati (1996) intitolato «Governo della giustizia e autogoverno della magistratura». Si potrebbe dire: due equivoci messi insieme fanno un grave errore. Chi può pretendere di "governare" la giustizia? Il Governo? Certamente no, poiché il Ministro del settore non si occupa della giustizia *tout court*, ma, più limitatamente, dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (art. 110 Cost.), mentre il CSM non governa né la giustizia né i magistrati, ma espleta soltanto quelle funzioni che Alessandro Pizzorusso ha felicemente denominato di "amministrazione della giurisdizione", sottratte al Ministro per garantire l'indipendenza esterna dei magistrati e non per sostituirsi a quest'ultimo in una inammissibile pretesa di direzione dall'alto (G. SILVESTRI, *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Sistema penale*, 20 giugno 2020).

³ A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quad cost.*, 1989, 471 sgg., ora in *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, 1065.

⁴ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 5a ed., Bologna, 2019, 36.

⁵ Così, recente, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020 e ID., *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*, Torino, 2010, 114.

⁶ M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., p. 3.

⁷ La seconda sottocommissione discusse a lungo della composizione del Consiglio, a partire da due tesi opposte: l'una, ispirata a una rigida interpretazione della divisione dei poteri, avrebbe voluto un C.S.M. composto soltanto da magistrati, onde evitare il rischio di contaminazioni (on. Dominedò), di penetrazione del «la politica nelle decisioni singole o di far giungere indebite pressioni ed ingerenze professionali agli organi giudiziari» (on. Caccuri); l'altra, invece, dalla consapevolezza che bisognava impedire la creazione di uno «stato nello stato», di una «casta chiusa e intangibile» (on. Preti), un «mandarinato» (on. Persico), un organo del tutto separato dagli apparati amministrativi dello Stato e sottratto al controllo dell'organo di rappresentanza popolare, dei mezzi d'informazione e della stessa pubblica opinione (on. Cappi), un corpo separato, con a capo un C.S.M. despota dell'ordinamento della magistratura (on. Grassi). Tutti d'accordo, peraltro, sulla necessità di assicurare continuità tra vita sociale e vita istituzionale, di realizzare

composizione del Consiglio fu trovato, come è noto, sull'emendamento suggerito dall'on. Scalfaro nella seduta pomeridiana del 12 novembre 1947: componenti eletti per “due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie⁸ e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio”⁹, oltre al primo presidente e al procuratore generale della Corte di cassazione, membri di diritto.

Quanto alla presidenza, respinte le proposte di conferire l'incarico al Ministro della giustizia o al Primo Presidente della Corte di Cassazione, essa è attribuita al Capo dello Stato quale organo di congiunzione formale dei poteri dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale¹⁰ e, in sua mancanza, al Vice Presidente, eletto dal Consiglio tra i membri laici: un apparato complesso e puntigliosamente articolato¹¹, mirante “nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente tutelati, ad evitare tanto la dipendenza dei giudici dal potere politico, quanto la chiusura degli stessi in “caste” autoreferenziali”¹², rinsaldando quell'intendimento di sistema che vuole “la magistratura chiamata ad amministrare la giustizia in nome del popolo (formula di apertura del titolo dedicatole, da non intendersi soltanto come controcanto rispetto all'art. 68 dello Statuto) e pertanto istituzionalmente aperta e rivolta al servizio dei cittadini¹³.

Il che – si badi – vorrebbe (e varrebbe anche a) “testimoniare la trasposizione, a livello di governo dei giudici, dell'*equilibrio massimo tra la funzione decidente o normativa e la funzione interpretativa e applicativa dell'ordinamento*”¹⁴; ma si tratta – come dimostra la questione assai controversa del tipo di sistema elettorale con cui eleggere i membri di estrazione “togata” (ben sei leggi dal 1958 ad oggi) e, da ultimo, la vicenda che qui interessa – di un equilibrio fragilissimo, esposto a continui fraintendimenti e a tentativi di manipolazione.

Attenzione, infatti, a intendere la rappresentatività della magistratura alla stregua di una rappresentanza di interessi e ad abusare dell'autonomia¹⁵ perché questo finirebbe non solo per svilire il ruolo del Consiglio, sviandolo dal fine ad esso assegnato dalla Costituzione, ma anche per “far rifluire sul singolo magistrato una responsabilità che l'indipendenza raggiunta con

un'armonia istituzionale (on. Varani) e di far sentire un soffio di vita esterno all'ordine giudiziario (on. Leone), sicché la formulazione dell'art. 97 del progetto originario di Costituzione prevedeva una composizione paritetica, con la partecipazione «fuori quota» del Primo Presidente della Corte di Cassazione quale Vice Presidente.

⁸ F. BONIFACIO - G. GIACOBBE, *La magistratura*, in *Commentario alla Costituzione (artt. 104 -107)*, Bologna, 1986, 56.

⁹ Come è noto, un CSM composto totalmente di membri togati era la richiesta dei partiti più conservatori e distanti dal nuovo spirito costituzionale ed era il progetto del gruppo dell'Uomo Qualunque a prevedere l'autogoverno assoluto, affinché – come si è detto - la magistratura *rimanesse* autonoma, non affinché diventasse autonoma. Sul punto, M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna 2015, 424 e F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 70, 91 e 124.

¹⁰ Una soluzione che rispondeva anche ad esigenze di «simmetria istituzionale» (on. Leone) e alla necessità di impedire che il C.S.M. diventasse «un corpo chiuso e ribelle», una specie di «cometa che possa uscire per conto suo dall'orbita costituzionale» (on. Calamandrei).

¹¹ Cfr. G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario gen.*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1980, 842 e ss.; S. BARTOLE, *Autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario*, 4 e ss; L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, 280 e ss.

¹² Così Corte cost., sent. n. 16 del 2011.

¹³ Così, R. BALDUZZI, *La posizione costituzionale del CSM tra argomenti di ieri ed effettività dell'organo*, in *Vita e pensiero*, n. 3/2019, ma v. anche 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*, cit., 114.

¹⁴ Così, G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 670. Più in generale, R. TONIATTI, *Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio costituzionale*, in R. Toniatti-M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Milano, 2011, 573 ss.

¹⁵ N. ZANON - F. BIONDI, *Chi abusa dell'autonomia rischia di perderla*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019. In effetti, è stato osservato che “da ultimo, con la legge n. 44/2002, il legislatore è intervenuto riducendo sensibilmente il numero dei componenti con una decisione che, per molti versi, è apparsa rivolta a restringere l'area di azione che il CSM, nel tempo, aveva guadagnato come organo di rappresentanza e difesa dell'intera magistratura ed a ricondurlo al più ristretto ambito dell'attività amministrativa” (così G. SERGES, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, 2008, 625

l'autogoverno della categoria non soddisfa sotto alcun profilo"¹⁶.

3. *Chi fa che cosa.*

“Scoprire che un giudice ubbidisce a un certo modello metapositivo di giustizia, mentre l'altro ha agito per un'inconsapevole solidarietà di classe e un terzo perché condivide una data ideologia e un quarto per automatismo, non è cosa meno interessante o più scandalosa del constatare che un quinto ha deciso secondo logica e in un atteggiamento asettico di neutralità emotiva. Una casistica del genere non interessa, a meno che emergano i presupposti dell'astensione o della ricsuzione o del motivo di revisione (...). Oltre al resto, un'ottima ragione di senso comune per sorvolare sui motivi profondi della decisione è che non sapremo mai quali fossero, salva l'ipotesi romanzesca del diario, della confidenza, del grido sfuggito nel sonno e simili"¹⁷. Memori di questo insegnamento, formulato con riferimento al processo penale ma in realtà estensibile a chiunque sia chiamato a decidere secondo diritto, lasceremo da parte ogni tentativo di indagine sul come i (componenti de)l C.S.M. di fatto abbia(n) deliberato la decadenza del dott. Davigo: il tema può suscitare la curiosità del sociologo, dello storico e/o dello psicologo ma (deve) lascia(re) indifferente il giurista, al quale la decisione interessa in quanto fatto regolato giuridicamente.

Insomma, per controllare, dal nostro punto di vista, la bontà di una decisione non c'è altra via che l'analisi degli argomenti proposti: nel caso di specie, ce n'è abbastanza per il giuspubblicista ma anche, più in generale, per tutti coloro che hanno a cuore la tenuta dei fragili equilibri istituzionali che caratterizzano il sistema.

Colpisce, innanzitutto, la contraddizione in cui la delibera clamorosamente incappa quando, da un lato, invoca l'autogoverno e, dall'altro, si rifugia nel parere dell'Avvocatura dello Stato, motivando la cosa in modo ancora più sorprendente: *“la funzione consultiva svolta dall'Avvocatura (...) si traduce nella collaborazione nei confronti di un'istituzione pubblica al fine della soluzione di questioni tecnico-giuridiche ed interpretative, idonea ad illuminare preventivamente e corroborare sul piano della legalità e correttezza operativa l'organo od ente assistito nello svolgimento della propria azione amministrativa”* e fin qui – a ragionare in astratto – non ci sarebbe niente da dire, così come – sempre in astratto – rasenta l'ovvietà l'osservazione per cui viene *“fatta salva la possibilità per l'Amministrazione consultante di disattendere il parere medesimo, fermo restando però che, per giurisprudenza pacifica, un orientamento contrario a quello espresso dall'organo legale consultivo impegna in modo particolare l'ente sul piano motivazionale, richiedendosi adeguata giustificazione del dissenso nell'atto amministrativo conclusivo (ex multis, Consiglio di Stato, 8 aprile 2000, n. 2045). Per converso, il provvedimento adottato in conformità al parere è sufficientemente motivato ove si richiami, anche per relationem, il parere stesso”*.

Senonché, la Commissione non sta ragionando in astratto e, soprattutto, “il consultante” non è un organo qualsiasi ma è precisamente quell'organo che, secondo la legge istitutiva, *“può fare proposte al Ministro della Giustizia (...) su tutte le materie riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia”, nonché “dare pareri (...) sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie”* (art. 10, l. 24 marzo 1958, n. 195 - *Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura*); il quale, tuttavia, in questo caso, non sarebbe in grado di consigliare se stesso e avrebbe persino difficoltà a motivare un orientamento contrario rispetto a quello espresso da un parere non vincolante; tutto questo sulla premessa del *“la rilevanza della questione, l'elevato rischio di contenzioso e l'esistenza di diverse tesi sul punto”*, come se il C.S.M. fosse chiamato a decidere solo questioni irrilevanti, pacifiche e

¹⁶ G. BERTI, *Manuale*, cit. 670. Peraltro, se è vero che «l'indipendenza è [...] forma mentale, costume, coscienza d'un'entità professionale» è altrettanto vero che «in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie, essa [...] degrada a velleitaria aspirazione» ([Corte cost., sentenza n. 266 del 1988](#)).

¹⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, 954.

prive di qualsivoglia margine di incertezza: non dunque quell'organo chiamato a garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura ma un "sinecura" onorifico, senza obblighi e responsabilità.

A proposito di attribuzioni e competenze: "a quale titolo" l'istruttoria della pratica e la formulazione della proposta al Plenum è stata attribuita alla Commissione verifica titoli¹⁸? Forse che si dubita, ora per allora, del possesso di questi da parte del consigliere Davigo? Se così non è, si deve infatti osservare che nessuna competenza (neppure istruttoria) sulla verifica della permanenza, *durante la carica*, dei requisiti di eleggibilità del consigliere eletto si può desumere dal Regolamento interno e, in particolare, agli articoli 2 e 9 dello stesso¹⁹: il che, da un lato, costituirebbe di per sé un vizio del procedimento, dall'altro prova che la permanenza dei requisiti di eleggibilità, durante la carica, è un falso problema... un elementare principio di economia, noto come rasoio di Occam, impone, d'altra parte, di non creare organi e procedure senza necessità. Il logico medievale non aveva però pensato all'eventualità, tutta nostrana, di creare problemi *ad hoc*: l'ufficio e la procedura seguiranno.

4. Trovate e invenzioni.

Non è senza rilievo che la proposta approvata dal Plenum parta da un parere e non come ci si sarebbe aspettati dal dettato costituzionale. Con il che non si vuol dire che la delibera ignora la Costituzione, ma che questa viene in considerazione solo in un secondo tempo – con buona pace di ogni gerarchia – e, attenzione, solo per corroborare, con un singolare argomento a contrario, quanto sostenuto dalla Commissione verifica titoli, che si fonda sul parere dell'Avvocatura, che richiama la sentenza del Consiglio di Stato: "*la correttezza delle conclusioni raggiunte non è inficiata dal disposto di cui all'art. 104 della Costituzione, secondo cui i membri elettivi del CSM durano in carica 4 anni. La durata, invero, si riferisce alla durata della carica non già dei singoli componenti*".

Eppure, siamo stati educati a credere che debbano essere le leggi e – *a fortiori* – i provvedimenti amministrativi a doversi adeguare alla Costituzione e non viceversa. Qui, invece, si stende il testo dell'art. 104 sul letto di Procuste per adattarlo al provvedimento, senonché l'operazione non riesce e, anzi, fa emergere un'altra formidabile contraddizione: la delibera sottolinea, richiamando l'art. 104 della Costituzione, che i membri elettivi del CSM durano in carica 4 anni; il che, continua, "si riferisce alla durata della carica non già dei singoli componenti, bensì all'organo nel suo complesso. Ciò trova puntuale riscontro in numerose disposizioni della legge istitutiva del CSM, quali l'art. 30 (...); l'art. 39 (...); l'art. 36 del regolamento di attuazione (...)" ... appunto, si starebbe per dire: se la durata è stabilita dalla Costituzione e dalla legge per l'intero organo, può la Commissione (e quindi il CSM) sostenere la durata predefinita dell'intero collegio e, nel contempo, la necessaria decadenza del consigliere collocato a riposo per sopraggiunti limiti d'età? Sì, "se supponiamo che la prosa legislativa italiana sia grammaticalmente *legibus soluta*; sebbene non somigli a Malherbe o a Boileau e nemmeno a Vaugelas, il nostro legislatore è iniziato a qualche pratica sintattica, o almeno lo dobbiamo supporre; se no, risultando impossibile ogni discorso obiettivamente verificabile nel *theatrum justitiae*, tanto varrebbe il metodo usato con notevoli estri equitativi dal «*juge Bridoye*,

¹⁸ Al riguardo, si legge nella proposta presentata al *Plenum* "il Comitato di Presidenza, superando l'eccezione di incompetenza proposta dal prof. Benedetti nella seduta del 5 ottobre 2020, ha rimesso la pratica in oggetto alla Commissione verifica titoli ai sensi dell'art. 9, comma 1 del regolamento, secondo cui "*se .. si deve provvedere alla sostituzione dei membri del Consiglio venuti a cessare per qualsiasi causa, il Consiglio provvede alla stessa verifica, nonché alla proclamazione, se si tratta di componente eletto dai magistrati, su relazione della Commissione prevista dall'art.1, comma 2*" ... senonché, l'articolo 9, comma 1, non parla affatto di competenze della Commissione circa la decadenza, tantomeno quando si tratti di una decadenza non espressamente prevista.

¹⁹ *Amplius*, F. GIGLIOTTI, [Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura e permanenza in carica. Le ragioni \(esclusivamente tecniche\) di un voto](#), in questa [Rivista 2020/III](#), 563 ss..

lequel sententioit les procès au sort de déz»²⁰.

Insomma, se le parole hanno un senso, la Costituzione, facendo riferimento a «i membri elettivi», dice chiaramente – e *in claris non fit interpretatio* – che è il Consiglio composto da quegli eletti che, salvi i previsti casi di decadenza o di cessazione, dura in carica quattro anni. Il testo non distingue, infatti, fra membri “laici” e membri “togati”: per tutti, il mandato dura quattro anni, rimanendo esclusi da questa previsione solo i membri di diritto (Presidente della Repubblica, primo presidente della Corte di Cassazione, procuratore generale della Corte stessa), che durano in carica per il tempo in cui permane il titolo di appartenenza al Consiglio.

Questa interpretazione trova conforto in quella storico-soggettiva. A leggere i lavori preparatori si scopre subito, infatti, come le questioni attinenti all’eleggibilità, alle incompatibilità e alle decadenze siano state oggetto di intenso dibattito, all’esito del quale i Costituenti hanno ritenuto di fissare in Costituzione i punti evidentemente irrinunciabili (fra i quali la distinzione tra membri di diritto e membri elettivi di cui sopra), rimettendo alla legge sull’ordinamento giudiziario la risoluzione di alcune questioni che erano state sollevate in Assemblea: su un’equa suddivisione dei rappresentanti tra le varie categorie di magistrati; sul grado minimo richiesto per la candidatura al Consiglio; su eventuali criteri di distribuzione territoriale delle rappresentanze; etc., per escludere con apposita votazione, l’eleggibilità al Consiglio dei magistrati a riposo, tanto per i due terzi riservati all’ordine giudiziario, quanto per il restante terzo eleggibile dal Parlamento (A. C., p. 2479).

Un’ulteriore conferma sembra rinvenirsi nel comma successivo dell’articolo 104 Cost., a tenore del quale, gli stessi membri elettivi, anche qui senza distinzione fra laici e togati, «non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale».

Salvo pensare a una clamorosa svista, è evidente che tale divieto acquista significato, per i consiglieri togati, solo nell’ipotesi che qui interessa, ovvero qualora sia cessata l’appartenenza del magistrato all’ordine giudiziario, risultando altrimenti del tutto superflua, dal momento che, per i magistrati “in servizio”, l’incompatibilità è già stabilita in via generale dall’art. 16 del R. d. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario).

Insomma, la Costituzione (e i lavori preparatori) parla(no) chiaro: il “collocamento a riposo” del magistrato comporta la sua “radicale” ineleggibilità al Consiglio ma solo per i membri di diritto esso è causa di decadenza (com’è ovvio, dal momento che, per essi, il “ruolo” costituisce “il” titolo di appartenenza al Consiglio) mentre non rileva, a questo fine, la distinzione fra membri togati e membri laici.

Le letture volte a estendere tale causa di decadenza anche ai togati elettivi poggiano tutte su non meglio precisate ragioni di “opportunità istituzionale” e sulla concezione del CSM come organo rappresentativo della magistratura, una sorta di “parlamentino” dei giudici - come anche si sente dire - o di sindacato, idea che non trova fondamento nella Costituzione e finisce per svilire il ruolo di garanzia ad esso attribuito che ne giustifica il rilievo costituzionale.

Per la verità, qualcuno un aggancio testuale in Costituzione sembrerebbe averlo trovato. Non nel titolo IV naturalmente, dove, come si è detto, il dato letterale e la *voluntas* del legislatore escludono la decadenza, ma in una lettura, per così dire sistematica, della disciplina degli organi di garanzia. A questa tesi forse si riferisce la proposta al Plenum, laddove afferma che “quando il legislatore si è voluto riferire alla durata in carica dei componenti di un organo lo ha espressamente previsto”²¹.

²⁰ Così, F. CORDERO, in un passo memorabile della sua *Procedura penale*, cit., 147.

²¹ Il raffronto con la Consulta, spiega un Presidente emerito della Corte «ci dimostra quanto sia improponibile l’ipotesi che un consigliere togato del Csm resti in carica come tale anche dopo che sia andato in quiescenza come magistrato ... in tal caso, è esplicitamente previsto all’articolo 135 che il mandato dei giudici è di nove anni “per ciascuno di essi”. Non si parla di durata della Corte, di un suo determinato collegio, ma della permanenza del singolo componente» (G.M. FLICK, *Davigo non può restare al Csm anche dopo il congedo*, in *Il dubbio* del 26 settembre 2020).

Un argomento di per sé debole, tanto più se si considera, quanto alla durata del mandato dei giudici costituzionali, il “caso Crisafulli”. Nominato giudice costituzionale il 14 maggio del 1968 dal presidente della Repubblica Giuseppe Saragat, il suo mandato sarebbe dovuto scadere il 25 maggio 1977, ma fu prorogato, oltre il termine ordinario di

Ora, qualunque prassi ermeneutica postula degli accordi lessicali e una disciplina grammaticale minima: premesso che fra i componenti della Corte costituzionale non vi sono membri di diritto – il che basterebbe da solo a chiudere ogni possibilità di raffronto, dal momento che la distinzione fra questi e quelli elettivi è invece determinante nella composizione del Consiglio Superiore anche al fine che qui interessa -, non sembra andare troppo in là l'argomento secondo cui nell'art. 104 Cost. mancherebbe l'esplicito riferimento a ciascun giudice della durata del mandato, che è invece presente nell'art. 135: un singolare, si osserva, non un plurale (membri elettivi) come nel caso dell'art. 104. La tesi non convince. Certo, non vi è dubbio che nell'art. 135 la durata del mandato sia riferita al singolo ma altrettanto indubbio è che nell'art. 104 la durata del mandato dei membri elettivi sia fissata in quattro anni ma – attenzione - per tutti e quindi per ciascuno di essi, posto che il tutti ricomprende i singoli, con esclusione – si ripete - dei soli componenti di diritto.

A ragionare diversamente – per far dire alla Costituzione ciò che essa non dice – si potrebbe sostenere allora che poiché, secondo l'art. 135, «i giudici della Corte costituzionale sono scelti fra i magistrati anche a riposo» lo stesso debba valere anche per il C.S.M., dal momento che l'art. 104 non lo esclude ma sarebbe - è appena il caso di dire - un modo assai strano di argomentare in diritto.

La verità è che la disciplina della composizione dei due organi si lega – e non può essere diversamente – alle funzioni e al ruolo a ciascuno di essi assegnati, sicché conviene stare ai dati (normativi) e alla rigorosa applicazione dei criteri di interpretazione.

Come accennato, scientemente, l'Assemblea costituente decise di rimettere alla legge sull'ordinamento giudiziario le modalità relative alla elezione dei due terzi dei membri del Consiglio superiore da parte dei magistrati. Fu infatti votato l'inciso «secondo le norme dell'ordinamento giudiziario», ritenuto implicito e quindi superfluo nel coordinamento finale, che per questo lo sopprime.

La risoluzione di molte – non di tutte²² – le questioni rimane pertanto affidata alla legge sull'ordinamento giudiziario - forse per questo molti degli interventi recenti sul tema vanno dritti alla legge, superando di slancio la Carta come se questa non esistesse o parlasse invano²³ - la quale tuttavia essendo una legge non può che essere subordinata alla Costituzione e interpretata in senso costituzionalmente orientato.

5. *Misunderstandings.*

Se poi dal piano costituzionale, si passa a quello delle fonti primarie, si scopre subito che la legge 24 marzo 1958, n. 195 (*Norme sulla Costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della Magistratura*) nel testo in vigore, modificato dalla legge 28 marzo 2002, n. 44, disciplina l'elettorato passivo prevedendo, tra l'altro, che «non sono eleggibili i magistrati che al momento della convocazione delle elezioni non esercitano funzioni giudiziarie...» (art. 24, comma 2, lett. a). Non solo: secondo la legge, l'elezione da parte dei magistrati ordinari dei sedici componenti togati del CSM si effettua in collegi unici nazionali diversi per magistrati «che esercitano le funzioni» di legittimità, di pubblico ministero e di giudice presso gli uffici di merito (art. 23).

Fin qui, *nulla quaestio*. Non vi è dubbio, infatti, che il possesso – effettivo ed attuale – dello *status* di magistrato nell'esercizio delle funzioni sia una condizione di eleggibilità o, se si preferisce

scadenza dall'ufficio fino al 2 agosto 1979, ai soli fini dello svolgimento del cosiddetto "processo Lockheed" (sul punto, v. M. C. GIANNINI, *Crisafulli*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Istituto Giovanni Treccani, Parte 1, 766). Un precedente interessante sotto diversi profili: non solo e non tanto per la proroga (istituto che, per definizione, permette l'ultrattività del mandato) quanto e soprattutto per il fine di quella proroga: consentire il regolare svolgimento del processo penale in corso dinanzi alla Corte, laddove nel caso che qui interessa, incomprensibilmente, si è rilevata l'impossibilità per il componente togato in quiescenza di continuare a far parte della Sezione disciplinare.

²² Tra quelle decise in Costituzione vi è, appunto, a parere di chi scrive, proprio quella sulla durata del mandato dei membri elettivi.

²³ Tra gli altri, R. ROMANELLI, G. VARANO, *C.S.M.: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, in [Diritto di Difesa](#), 19 aprile 2020.

un requisito indefettibile per la capacità elettorale passiva e ciò in coerenza con l'art. 104 della carta costituzionale, che prevede l'elezione di due terzi dei componenti del Consiglio Superiore da parte di tutti i magistrati ordinari «tra gli appartenenti alle varie categorie».

Vale peraltro la pena osservare che l'appartenenza a una particolare categoria di magistrati in servizio o, se si preferisce, l'effettività delle funzioni dev'essere verificata al momento dell'insediamento del Consiglio, posto che – una volta entrati a far parte del Consiglio, come recita l'art. 30, comma 2 del dpr 16 settembre 1958, n. 916 (Disposizioni di attuazione e di coordinamento della legge 24 marzo 1958, n. 195, concernente la costituzione e il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura e disposizioni transitorie) – “i magistrati componenti elettivi sono collocati fuori del ruolo organico della magistratura” e, dunque, durante il mandato da consigliere nessun magistrato, come tale, svolge funzioni effettive, sicché, paradossalmente, – a seguire la tesi della Commissione – tutti i componenti di estrazione togata, una volta posti fuori ruolo per essere entrati al Consiglio, dovrebbero essere per ciò stesso dichiarati decaduti.

Non coglie nel segno neanche l'argomento secondo cui l'art. 5 della legge n. 195/1958, nello stabilire che “*per la validità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura è necessaria la presenza di almeno dieci magistrati e di almeno cinque componenti eletti dal Parlamento (...), esclude la presenza di un tertium genus, riferendosi soltanto a magistrati o membri laici che votano le delibere nell'assemblea plenaria*”²⁴...

Fermo restando quanto già detto circa il requisito dell'effettività delle funzioni, si osserva che la figura del magistrato in quiescenza non costituisce affatto un genere spurio (né togato, né laico) ignoto al sistema. I componenti del CSM fanno, per es., che, ai sensi dell'art. 15, c. 4, *dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150* nel procedimento disciplinare, l'incolpato può farsi assistere, non da chiunque, ma da “altro magistrato, anche in quiescenza, o da un avvocato”; non chiunque, ma i magistrati a riposo possono essere nominati giudici ausiliari in Cassazione o presidenti di commissione tributaria (art. 3, d. lgs n. 545/1992) e, per rimanere, in ambito costituzionale, eletti o nominati giudici costituzionali, ma – attenzione – non eleggibili al CSM neanche dal Parlamento: una conferma, sia pure implicita, della rilevanza della categoria e della non assimilabilità del magistrato a riposo “(sotto il profilo della categoria professionale) a quella del componente laico *tout court*”²⁵.

Insomma, siamo di fronte a una categoria (quella del magistrato in quiescenza) che esiste ed è riconosciuta (e dunque non costituisce il paventato *tertium genus*) ma, ancora una volta, il punto è un altro: ai nostri fini, come si è detto, tale condizione non rileva o, meglio, semplicemente costituisce causa di ineleggibilità e non di decadenza e, forse, a intendere il CSM come organo di garanzia – secondo quanto voluto dalla Costituzione – si potrebbe persino sostenere che i membri di estrazione togata a fine carriera sono nella condizione ideale per svolgere al meglio il compito ad essi affidato: *sine spe ac metu*²⁶.

A nulla vale agitare spauracchi come quello secondo cui “*la eventuale partecipazione alle delibere di un Consigliere non più magistrato (perché pensionato, o dimessosi volontariamente dalla magistratura, o per qualsiasi altra ragione privo dello status di magistrato) potrebbe comportare la nullità delle delibere per 'erronea' composizione dell'organo, con conseguente impugnabilità dei provvedimenti adottati, aumentando in modo esponenziale il prevedibile contenzioso che ne deriverebbe*”: essendo le parti di un rapporto quantomeno due, è evidente che

²⁴ *Amplius*, sul punto, F. GIGLIOTTI, [Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura](#), cit., spec. 571 ss. ivi comprese le note.

²⁵ *Ibidem*, anche per le considerazioni circa l'ipotizzato *squilibro sopravvenuto* tra componente togata e componente laica.

²⁶ D'altra parte, come si legge nel parere dell'Ufficio Studi del CSM 121/2011 sul caso Borraccetti, “la valorizzazione del profilo funzionale della provenienza del componente eletto dai magistrati, essenziale per assicurare il pieno svolgimento da parte del C.S.M. del compito di presidio dell'indipendenza e dell'imparzialità dei singoli magistrati, potrebbe non essere in sé sminuita dal collocamento a riposo di un membro togato, al punto da rendere plausibile il pericolo di soggezione dei medesimi magistrati ad altri organi interni od esterni all'ordine giudiziario”.

ogni decisione è potenzialmente in grado di scontentarne almeno una e non si può escluderne l'impugnazione²⁷... l'unico modo per limitare il rischio è quello di adottare decisioni il più possibile solidamente argomentate e il diritto libero – quale quello utilizzato nella delibera del Consiglio - non è, probabilmente, il miglior antidoto in tal senso.

Insomma, in nessun modo si può ricavare dal requisito di eleggibilità una decadenza non prevista dalla legge istitutiva del Consiglio Superiore né tantomeno dalla Costituzione che, anzi, per quanto detto sopra, espressamente la esclude.

D'altra parte, se si guarda alla disciplina della decadenza, contenuta nell'art. 37 della legge n. 195 del 24 marzo 1958, che prevede anche i casi di sospensione dalla carica di componente del Consiglio, è facile constatare che le ipotesi elencate non contemplano il congedo del magistrato.

Il primo caso riguarda, indistintamente, tutti i componenti del CSM i quali «decadono di diritto dalla carica se sono condannati con sentenza irrevocabile per delitto non colposo».

Il secondo si riferisce esclusivamente ai «magistrati componenti il Consiglio Superiore», i quali «incorrono di diritto nella decadenza dalla carica se riportano una sanzione disciplinare più grave dell'ammonizione».

Infine, il terzo, ha riguardo ai soli componenti eletti dal Parlamento, per i quali «nei casi di proscioglimento per una causa estintiva del reato, ovvero per impromovibilità od imperseguibilità dell'azione penale» il Presidente del Consiglio superiore dà comunicazione ai Presidenti delle due Camere, le quali decidono se debba farsi luogo a sostituzione.

«Nessun esplicito riferimento è fatto al caso in cui il componente togato eletto al Consiglio superiore cessi dalla sua funzione di magistrato, per qualsiasi causa, sia essa determinata dalle dimissioni volontarie, o per raggiunti limiti di età, con il conseguente collocamento in stato di quiescenza»²⁸, eppure, si fa notare «questa eventualità, lungi dal non essere elencata dall'art. 37 nelle cause di decadenza perché improduttiva di tali effetti, pare piuttosto non espressamente nominata perché l'appartenenza al corpo della magistratura costituisce il presupposto indefettibile, o se si preferisce una preconditione, per continuare ad esercitare le proprie funzioni di rappresentanza in seno al Consiglio superiore»²⁹... pare ma non è: la Costituzione lo esclude e, a guardar bene, poiché le parole tradiscono il pensiero e tanto più lo tradiscono le parole scritte, quando si scrive di «appartenenza al corpo della magistratura» quale presupposto indefettibile per continuare a far parte del Consiglio Superiore, si ha in mente – evidentemente – un organo rappresentativo della corporazione dei magistrati: proprio ciò che la Costituzione non vuole!

6. Leggi e ri-leggi.

Secondo la delibera, “un ulteriore argomento a favore della cessazione dalla carica deriva direttamente dalla previsione di cui all'art. 39, legge n. 195/1958, che disciplina la sostituzione dei componenti eletti dai magistrati, stabilendo che: *“Il componente eletto dai magistrati che cessa dalla carica per qualsiasi ragione prima della scadenza del Consiglio superiore della magistratura è sostituito dal magistrato che lo segue per numero di preferenze nell'ambito dello stesso collegio”*, sicché sarebbe “evidente che tra le varie ragioni della cessazione non possa che ricomprendersi la cessazione dall'ordine giudiziario, dato che la legge parla testualmente di cessazione “per qualsiasi ragione”: un classico esempio di fallacia che dà per dimostrata la stessa tesi (il collocamento a riposo comporta la decadenza automatica dal Consiglio) che dev'essere dimostrata.

Ora, come si è visto, le ipotesi di sospensione e decadenza sono disciplinate dall'art. 37, che non

²⁷ Più esplicitamente: l'argomento risulta, all'evidenza, “strabico”, dal momento che il problema si pone – e, ad avviso di chi scrive, con maggior forza – anche nell'ipotesi di “erronea” composizione dell'organo per l'illegittima deliberazione della decadenza e il subentro dell'altro componente non legittimato.

²⁸ Così, R. ROMANELLI, G. VARANO, *C.S.M.: l'esercizio delle funzioni giudiziarie requisito per la permanenza nella carica di consigliere togato*, cit.

²⁹ *Ibidem*.

contiene alcuna clausola residuale (il che, data la materia, lascia intendere che si tratti di un elenco tassativo), laddove l'art. 39 disciplina la sostituzione dei componenti di estrazione togata decaduti e con la formula "per qualsiasi ragione" fa riferimento, ovviamente, ai casi espressamente previsti dal precedente articolo senza introdurre surrettiziamente di nuovi, tantomeno di carattere residuale, posto che le norme limitative del diritto di elettorato passivo, così come tutte quelle riguardanti la materia elettorale, sono di stretta interpretazione, in alcun modo estensibili³⁰.

Ma c'è di più. Non solo non c'è alcuna disposizione normativa che imponga la permanenza (della condizione di eleggibilità) dell'effettivo esercizio delle funzioni per tutta la durata del mandato consiliare, ma - a differenza di quanto accade in altri ambiti - non è prevista l'ineleggibilità del magistrato che non garantisca la permanenza in servizio per tutto il tempo in cui eserciti la carica, anzi, nel caso concreto, il dott. Davigo, oltre che essere ritenuto eleggibile, a seguito dell'elezione a componente del CSM, era stato anche eletto dal *Plenum* quale membro della Sezione disciplinare e indicato come componente di ben due delle Commissioni quadriennali (quella per la verifica titoli e la II Commissione), segno evidente che (allora) non vi erano dubbi circa la durata dell'incarico, che - qualora esistenti - avrebbero forse fatto propendere per la sua destinazione a quelle commissioni la cui composizione muta annualmente.

Né si può immaginare che il legislatore sia stato, sul punto, distratto o vago. Che così non sia è provato proprio dalle vicende relative al comma 1 dell'articolo in questione, che, a seguito della l. n. 343 del 1975, fu modificato nel senso di prevedere che: *"I magistrati, che per il numero di preferenze ottenute nell'ambito di ciascuna lista seguono gli eletti al Consiglio superiore nella rispettiva categoria, vengono chiamati a sostituire i componenti della stessa categoria che cessino dalla carica per la perdita dei requisiti di eleggibilità ovvero per qualsiasi altra ragione prima della scadenza del Consiglio"*.

Senonché, tale disposizione, che operava una saldatura tra i requisiti di eleggibilità e quelli di conservazione del mandato, è stata abrogata e riformulata dall'art. 13 della l. n. 74 del 1990, che ha integralmente riscritto l'art. 39, il cui primo comma oggi recita: *"Il componente eletto dai magistrati che cessa dalla carica per qualsiasi ragione prima della scadenza del Consiglio è sostituito dal magistrato che lo segue per numero di preferenze nell'ambito della stessa lista nello stesso collegio"*, sopprimendo dunque proprio la previsione della cessazione anticipata dalla carica in caso di perdita dei requisiti di eleggibilità³¹, che era stata introdotta nel 1975 e che la recente delibera vorrebbe reintrodurre in via interpretativa.

Non meno rilevante la modifica dell'art. 30 del d.p.r. 916 del 1958 (recante Disposizioni di attuazione e di coordinamento della legge 24 marzo 1958, n. 195, concernente la costituzione e il funzionamento del Consiglio superiore della magistratura e disposizioni transitorie), che, nella versione originaria, prevedeva che i componenti del C.S.M. eletti tra i magistrati continuassero ad esercitare le funzioni giudiziarie per tutta la durata della carica mentre oggi, come si è osservato nel precedente paragrafo, dispone che *«i magistrati componenti elettivi sono collocati fuori del ruolo*

³⁰ La Corte costituzionale ha più volte affermato che le cause di ineleggibilità sono eccezionali, di stretta interpretazione e devono essere rigorosamente informate alla soddisfazione di effettive esigenze di pubblico interesse (sentt., 2 febbraio 1990, n. 53; 3 ottobre 2003, n. 306; 7 luglio 2007, n. 288; 13 febbraio 2008, n. 25; 6 febbraio 2009, n. 27). In dottrina, tra gli altri, C. DE CESARE, *Incompatibilità ed ineleggibilità parlamentari*. in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 3; F. SORRENTINO, *Le cause di incompatibilità ed ineleggibilità nelle elezioni amministrative*, in *Giur. merito*, 2008, 888.

³¹ In tal senso, sembra andare - con tutti gli opportuni distinguo - anche la disciplina del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa. L'art. 1, comma secondo, del d.lgs. 62/2006 ha abrogato il quarto comma dell'art. 7 della l. 186/1982, che disponeva *"i membri eletti che nel corso del quadriennio perdono i requisiti di eleggibilità o si dimettono, o cessano per qualsiasi causa dal servizio oppure passano dal Consiglio di Stato ai tribunali amministrativi regionali o viceversa, sono sostituiti, per il restante periodo, dai magistrati appartenenti al corrispondente gruppo elettorale che seguono gli eletti per il numero dei suffragi ottenuti"*, aggiungendo, al comma terzo dell'art. 9 del medesimo testo legislativo, il seguente periodo: *"In caso di dimissioni o di cessazioni di uno o più membri elettivi dall'incarico per qualsiasi causa nel corso del quadriennio sono indette elezioni suppletive tra i magistrati appartenenti al corrispondente gruppo elettorale per designare, per il restante periodo, il sostituto del membro decaduto o dimessosi"*.

organico della magistratura». Il che dimostra, ulteriormente, che l'effettività delle funzioni – come intesa dalla delibera in oggetto – non è e non può essere requisito per la permanenza in Consiglio e, dunque, non può essere motivo di decadenza, come non lo è il collocamento a riposo dei consiglieri provenienti dalle Università, anch'essi collocati fuori ruolo organico, ai sensi dell'art. 30-bis dello stesso d.p.r.³².

Ancora meno convincente, allora, l'osservazione per cui «il dato della "appartenenza" ad una particolare categoria di magistrati in servizio (...) ritorna nella vita quotidiana dell'organo di governo autonomo proiettandosi nell'operatività della sua più delicata articolazione: la Sezione disciplinare»³³, come proverebbe il fatto che l'art. 6 della stessa legge n. 195 del 1958 e ss. mm., nel regolare le sostituzioni in seno al collegio disciplinare stabilisca che «i componenti effettivi magistrati sono sostituiti dai supplenti della medesima categoria» e che «sulla ricusazione di un componente della sezione disciplinare, decide la stessa sezione, previa sostituzione del componente ricusato con il supplente corrispondente». Anche questo argomento non sembra utile ai fini che intende perseguire ovvero enucleare una causa di decadenza non prevista, per giunta in spregio al dettato costituzionale. Quelle disposizioni si limitano - e non si vede la possibilità di interpretazione estensiva o, peggio, creativa – ad affermare che qualora debba essere sostituito un componente togato il supplente debba essere individuato fra coloro che sono stati eletti sulla base degli stessi requisiti; il che è precisamente quel che accade (*rectius*: dovrebbe accadere) in ogni organo collegiale all'interno del quale siedano soggetti eletti o nominati sulla base dell'appartenenza a un gruppo: niente di più e niente di meno.

Del tutto fuorviante poi l'osservazione per cui la norma costituzionale (art. 104, comma 6, Cost.) che fissa la durata quadriennale dell'organo elettivo non serve a «far nascere un diritto soggettivo dell'eletto di rimanere in carica per un quadriennio. È questa la risposta che è stata costantemente e giustamente data a quanti - subentrati in Consiglio nell'arco della consiliatura – hanno avanzato la pretesa di prolungare la loro permanenza in carica sino al raggiungimento del quadriennio»³⁴. Un argomento suggestivo, ma – attenzione - si tratta, come dicono gli anglosassoni, di una *red herring*, un espediente retorico che non ha niente a che vedere con il caso di specie, dove non si fa questione di diritti o pretese di permanenza in carica a prescindere dalla durata dell'organo o di subentri nell'arco della consiliatura ma, al contrario, esattamente della durata in carica dell'organo come legittimamente risultante dalle elezioni e, dunque, come espressamente recita il testo, della durata in carica dei suoi «membri elettivi».

Né a ciò può opporsi la prassi finora seguita per i consigli giudiziari, non solo e non tanto perché il d.lgs. 25/2006, che li disciplina, insiste sull'organo “composto da...” piuttosto che sulla posizione dei membri elettivi³⁵ quanto e soprattutto perché, a differenza del CSM, si tratta di organi comunque privi di copertura costituzionale e poi: una prassi si può correggere, anche in via di interpretazione, una legge no e, per quanto riguarda la Costituzione, una simile evenienza non dovrebbe neanche essere pensata.

³² Articolo aggiunto dall'art. 9, l. 3 gennaio 1981, n. 1, mentre l'art. 8 della stessa legge ha modificato l'art. 30 nel senso che si è detto nel testo. Al riguardo, merita riportare il passaggio del parere dell'Ufficio Studi del CSM 121/2011, sul caso Borraccetti: “Sino ad ora non sono stati riscontrati precedenti di componenti magistrati del C.S.M. che siano stati collocati a riposo durante la consiliatura. Tuttavia, si deve segnalare che durante la consiliatura 2002 - 2006 due dei componenti eletti dal Parlamento in quanto professori ordinari di università in materie giuridiche, il prof. Di Federico ed il prof. Berlinguer, sono stati collocati a riposo dall'attività professionale di docenti universitari durante la consiliatura, ma nonostante ciò hanno proseguito nell'incarico al C.S.M. fino al suo termine naturale.

Non sfugge l'evidente diversità di fattispecie, giacché è palese che il rilievo costituzionale delle funzioni di governo autonomo esercitate dal C.S.M. suggerisce l'attribuzione di un diverso rilievo alla riconducibilità all'ordine giudiziario dei membri cd. "togati" rispetto alla qualificazione professionale dei cd. "membri laici". Ciò nondimeno i citati precedenti non appaiono privi di rilevanza sintomatica”.

³³ Così, N. ROSSI, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, cit.

³⁴ Ancora, N. ROSSI, cit.

³⁵ Peraltro, le parole sono importanti, come ha osservato il consigliere Cascini nel suo intervento al Plenum del CSM, sottolineando la differente formulazione della disposizione costituzionale e di quella relativa ai consigli giudiziari.

7. Precedenti.

Non vale la pena seguire gli argomenti volti a dimostrare come la questione della (eventualmente il)legittima composizione dell'organo C.S.M. e, in particolare, della sezione disciplinare possa riflettersi negativamente anche in relazione a casi particolarmente “caldi”, come quello che vede coinvolto l'ex consigliere, nonché ex Presidente dell'A.N.M., Luca Palamara: si rischia di non arrivare a sentenza prima del 20 ottobre avvertiva qualcuno³⁶ o, peggio, si rischia di comprimere il diritto alla difesa dell'imputato e il diritto all'informazione si sono lamentati altri³⁷. Al riguardo ha detto parole definitive il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione: «qualora la decisione del Csm incida sulla legittima qualità di giudice di un componente, chiederemo la rinnovazione degli atti compiuti. È ciò che avviene normalmente tutti i giorni nelle aule dei tribunali: se un giudice va in pensione, si cerca di fissare quante più udienze possibile, chiedendo la collaborazione delle parti, per evidenti esigenze di concentrazione del giudizio. Se poi l'esigenza di accertamento della responsabilità, in ogni suo aspetto, richiede invece tempi più lunghi, è questa esigenza che prevale e si potranno rinnovare le prove che il nuovo giudice riterrà necessarie»³⁸ e tanto basta; a maggior ragione se si considera che il caso che tante preoccupazioni aveva destato nei citati commentatori, il 19 ottobre, dinanzi al CSM, non era più in agenda.

Importa invece soffermarsi, sia pure brevemente, su quelli che vengono, da più parti, indicati come precedenti puntuali. Si tratta, da un lato, di un parere del Consiglio di Stato riguardante la possibilità o meno per un magistrato della Corte dei Conti eletto nel Consiglio di Presidenza di “permanere” nell'organo elettivo dopo il suo collocamento fuori ruolo per lo svolgimento di altro incarico³⁹, dall'altro, della sentenza del supremo giudice amministrativo riguardante un componente dello stesso Consiglio Superiore, sulla quale - come si è accennato e come si vedrà nel prosieguo - si fonda la delibera del CSM⁴⁰.

A questi se ne dovrebbe aggiungere un terzo, ovvero il parere dello stesso CSM – dunque un proprio precedente - nel caso di cui sopra⁴¹ ... la Commissione verifica titoli lo cita *en passant* ma evidentemente non lo condivide e quindi lo pretermette senza preoccuparsi di esplicitarne i motivi: proviamo, con un esperimento mentale, a immaginare che lo stesso accada in Cassazione, in Consiglio di Stato o dinanzi alla Corte costituzionale.

7.1. Il parere del Consiglio di Stato.

Andiamo con ordine, partendo dal parere, che appare, in effetti, *prima facie*, piuttosto ficcante.

Occorre ricordare, innanzitutto, che la disciplina del Consiglio di presidenza della Corte dei conti si è costruita sul paradigma delle norme, espressamente richiamate anche nel parere, relative al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, per le quali – non diversamente da quanto previsto al riguardo per il C.S.M. - l'esercizio delle funzioni d'istituto costituisce un requisito di eleggibilità all'organo di “autogoverno”.

Come recita l'art. 8, primo comma, l. n. 186 del 1982, «non sono eleggibili al consiglio di presidenza i magistrati che, al momento della indizione delle elezioni, non esercitano funzioni istituzionali». Ora, si legge nel parere, premesso che la limitazione del diritto ad accedere ad uffici rappresentativi, per il suo carattere restrittivo del generale *ius ad officium* elettivo (art. 51 Cost.), è

³⁶ *Ibidem*, ma anche G.M. FLICK, cit.

³⁷ Fra gli altri, P. MIELI, *Caso Palamara: quanta fretta al Csm*, in *Il Corriere della sera*, 20 settembre 2020.

³⁸ G. SALVI, *Caso Palamara, i tempi del Csm e della Cassazione*, in *Il Corriere della sera*, 24 settembre 2020.

³⁹ CdS, Adunanza Sezione Prima, 7 marzo 2007, 601/07.

⁴⁰ CdS, Sez. IV, n. 06051/2011.

⁴¹ Al riguardo, l'intervento (dal quale chi scrive ha appreso dell'esistenza del parere) del consigliere Cascini al *Plenum* del 19 ottobre.

da ritenere eccezionale e di stretta interpretazione⁴², se il fine della disposizione è quello di «collegare effettività ed attualità delle funzioni di istituto alla capacità rappresentativa, si constata agevolmente che quest'impedimento della capacità elettorale passiva si fonda sulla considerazione che, per questa funzione di (parziale) autoamministrazione, l'eleggibilità richiede nell'eletto una rappresentatività del corpo sociale che sia effettiva ed attuale» ma, attenzione, «non vi sono ragioni plausibili per limitare la portata di quella presunzione al momento genetico della rappresentanza nell'autogoverno: la rappresentatività deve permanere per tutto il mandato, giacché la stessa ragione di presunta riduzione di capacità rappresentativa può intervenire ad operare in un momento sopravvenuto qualsiasi del mandato stesso», causando la decadenza del consigliere: «questo avviene in caso di cessazione del rapporto di servizio, ma anche nel caso di sopravvenuto non esercizio delle funzioni d'istituto e dunque del collocamento fuori ruolo che sopravvenga *durante munere*».

Una concatenazione logica che merita di essere approfondita. Come è facile osservare, il punto centrale del ragionamento svolto nel parere sta nell'idea secondo cui, data la «funzione di (parziale) autoamministrazione, l'eleggibilità richiede nell'eletto una rappresentatività del corpo sociale che sia effettiva ed attuale» e su questo si potrebbe persino convenire, salvo naturalmente intendersi sul significato da attribuire a nozioni come quella di (parziale) autoamministrazione e di rappresentatività sulle quali si tornerà nel prosieguo.

Il punto però è un altro e lo individua, correttamente, lo stesso parere. Dalla disciplina del Consiglio di presidenza della Corte dei conti si ricava una presunzione e, si legge, «non vi sono ragioni plausibili per limitare la portata di quella presunzione al momento genetico della rappresentanza nell'autogoverno». Il che è quanto dire che si tratta di una presunzione "*iuris tantum*", che ammette la prova contraria, prova non rinvenibile nell'ordinamento delle magistrature amministrativa e contabile ma ben presente, al massimo livello, nel caso del C.S.M. dove, appunto, è la stessa Costituzione a disciplinare la durata del mandato degli eletti.

In effetti, la disciplina del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti modellata sul paradigma del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, sulla base di un rinvio mobile, comporta, prosegue il parere, che la stessa possa «variare grazie alle novellazioni successive, non esistendo una regola superiore che la irrigidisca per modo che la portata della simiglianza ravvisata in origine tra i due organi resti comunque immutata nel tempo e non diminuibile. Entrambi i consigli di presidenza non sono, a differenza del Consiglio superiore della magistratura, organi di rilievo costituzionale: che si introduca il principio dell'autogoverno anche per le magistrature speciali è certamente conforme alle caratteristiche e alle garanzie che la Costituzione delinea per tutte le magistrature, ma non è necessitato; a maggior ragione non è dato rinvenire al livello costituzionale una qualche regola che imponga la specularità organizzativa di questi organi tra loro o rispetto al CSM»⁴³.

Il che è quanto dire che, mentre le garanzie stabilite per le magistrature speciali⁴⁴ possono, per così dire, prendere l'ascensore per arrivare al livello delle garanzie stabilite per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria non vale il reciproco, ovvero non si può far degradare o, se si preferisce, "decadere" un organo di rilievo costituzionale al regime stabilito per altri - per quanto simili - organi di governo autonomo, la cui indipendenza sia assicurata però "solo" dalla legge.

Bisogna allora domandare ai fautori della decadenza implicita, presupposta o ricavata in via di interpretazione sistematica se davvero si pensa che la disciplina stabilita in Costituzione per il C.S.M. possa subire modificazioni sulla base di novelle successive o in via di interpretazione? La

⁴² In tema di ineleggibilità, l'eleggibilità è infatti la regola, l'ineleggibilità l'eccezione: [Corte cost., sentt. 26 marzo 1969, n. 46; 3 marzo 1988, n. 235; 30 novembre 1989, n. 510.](#)

⁴³ V. CdS, Adunanza Sezione Prima, 7 marzo 2007, 601/07, p. 14.

⁴⁴ Per un quadro del progressivo avvicinamento fra i diversi organi di governo autonomo, v. B. Caravita (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, Napoli, 2013.

risposta non può che essere obbligata, sicché il parere invocato a sostegno della decadenza prova esattamente il contrario, ovvero il riconoscimento – e non avrebbe potuto essere diversamente – della rigidità della regola superiore prevista per il C.S.M., organo di rilievo costituzionale, a differenza dei Consigli di presidenza delle magistrature “speciali”.

7.2. *La sentenza del Consiglio di Stato.*

Quanto alla sentenza precitata, è stato condivisibilmente osservato⁴⁵, che «ciò che si discute nel caso Borraccetti fu “esclusivamente” la natura del termine per esercitare l’opzione per il mantenimento in servizio sino al settantacinquesimo anno di età, termine che il giudice amministrativo considerò meramente ordinatorio e perciò rispettato dall’interessato (che aveva presentato domanda di trattenimento in servizio con qualche mese di ritardo) confermando la validità di una deliberazione del Consiglio Superiore che riguardava peraltro una pluralità di magistrati»⁴⁶. Il che, ad essere conseguenti, significa che quel “precedente” non è tale nel caso di specie.

Senonché, il parere dell’Avvocatura dello Stato e, per suo tramite, la delibera del CSM la pensano diversamente, tanto da ancorare la decisione a un passaggio della sentenza, nel quale si osserva che se “per “autogoverno” deve intendersi un sistema in virtù del quale la gestione e l’amministrazione di una determinata istituzione è affidata ai suoi stessi esponenti, nella specie attraverso un organo costituito in base al principio di rappresentatività democratica, ne discende che la qualità di appartenente all’istituzione medesima (nella specie, l’ordine giudiziario) costituisce condizione sempre essenziale e imprescindibile per l’esercizio della funzione di autogoverno e non solo per il mero accesso agli organi che la esercitano”⁴⁷.

In altri termini, il fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto la cessazione dall’ordine giudiziario per quiescenza fra le cause di cessazione della carica di componente del C.S.M. dipende non già da una ritenuta irrilevanza del collocamento a riposo, ma dall’essere addirittura scontato che la perdita dello status di magistrato in servizio, comportando il venir meno del presupposto stesso della partecipazione all’autogoverno, è ostativa alla prosecuzione dell’esercizio delle relative funzioni in seno all’organo consiliare”⁴⁸. Un *obiter dictum*⁴⁹, posto che «è opinione della Sezione che la questione qui esaminata non coinvolga il diritto di elettorato passivo e sue eventuali limitazioni, ma attenga piuttosto al presupposto stesso che la legge contempla per il conseguimento della qualità di componente elettivo togato del C.S.M.», fermo restando che, continua la sentenza, «una lettura formalistica del già citato art. 24 della legge nr. 195 del 1958 o di altre disposizioni in materia appare decisamente insufficiente a illuminare sui principi e sulla *ratio* sottesi alla disciplina tutta in materia di autogoverno della magistratura» ... appunto: la lettera della legge non basta e tantomeno bastano i presupposti, specie quando non si capisce a cosa, esattamente, ci si riferisce: occorre guardare, innanzitutto, alla Costituzione, cioè ai principi e alla collocazione costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura.

7.3. *Il precedente “proprio”.*

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ CdS, Sez. IV, n. 06051/2011.

⁴⁷ Una petizione di principio, anche secondo S. AMORE, *Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, in [Giustizia Insieme](#), 12.10.2020.

⁴⁸ Sul punto, criticamente, sembra, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 36.

⁴⁹ Se anche non lo si ritenesse tale, è certo che la questione è stata affrontata e risolta dal giudice di primo grado come “pregiudiziale in senso tecnico”, intesa come mero presupposto logico, di diritto o di fatto, dell’effetto dedotto in giudizio e quindi come presupposto che il giudice deve accertare solo in via strumentale ed incidentale per accordare il bene richiesto e su cui può e deve decidere senza alcuna efficacia autonoma di giudicato (in tal senso, Cass., n. 2645 del 7 marzo 1995; Cass., n. 11195 del 12 novembre 1997; Cass., n. 462 del 19 gennaio 1999; Cass., n. 17632 del 11 dicembre 2002).

Avendo sposato *toto corde* il parere dell'Avvocatura, la Commissione non perde tempo a giustificare il revirement rispetto al proprio precedente puntuale, ovvero alla delibera del CSM del 21/4/2011 relativa alla impugnazione della sentenza del TAR n. 2416/2011 sul caso Borraccetti.

Eppure, sarebbe stato interessante, per non dire necessario, misurarsi con gli argomenti presentati in quel documento e nel collegato parere dell'Ufficio Studi del 18/4/2011. Per non ripetere quanto già detto, ne estraiamo quello relativo alla modifica dell'art. 30 del d.P.R. 916 del 1958, a seguito della quale i membri elettivi provenienti dalla magistratura sono collocati fuori dal ruolo organico.

Detta modifica, si legge nel parere dell'Ufficio studi, “ebbe la sua *ratio* giustificatrice non solo negli accresciuti compiti affidati, al C.S.M. che assorbivano molte energie, quanto, e soprattutto, nella riconosciuta opportunità di rendere sempre più autonomo e distaccato l'esercizio delle funzioni di governo autonomo della magistratura dall'esercizio contemporaneo delle funzioni giudiziarie, che avrebbe potuto avere un'influenza negativa sulla necessaria imparzialità della funzione di alta amministrazione affidata ai componenti del Consiglio.

Si è così passati da un sistema che imponeva un collegamento di stretta immanenza funzionale tra carica elettiva ed esercizio effettivo delle funzioni giudiziarie sia al momento dell'elezione - *ex art. 24 comma 2 lett. a), legge 195/58* -, che per tutta la durata della carica, ad un altro che limita tale collegamento alla sola prima fase”.

Se questa opportunità allora riconosciuta oggi non lo è più, forse occorre dirlo chiaramente (e non può che essere il legislatore a farlo⁵⁰) e non dare anche questo per presupposto, perché – e occorre esserne consapevoli – questo segnerebbe un ritorno al passato (e certamente a prima del 1981), volontà che, peraltro, la recente decisione del CSM lascia trasparire, per altra via, quando qualifica e ri-qualifica il Consiglio come organo di autogoverno, mettendo in non cale sessanta anni della propria storia... e pace, se questo fosse conforme a Costituzione; la verità è che, forse a propria insaputa, il C.S.M., con la delibera del 19 ottobre, non ha semplicemente “inventato” una decadenza, ma è andata pericolosamente oltre: ha riscritto, insieme alla legge, anche qualche articolo della Costituzione: non sarebbe stato accettabile neanche in regime statutario, tanto meno sotto l'ombrello dell'art. 138.

8. *Rappresentanza e rappresentazione.*

Ora, proprio questo è il punto: tutti gli argomenti affastellati sbrigativamente nella delibera non hanno altro scopo se non quello di rafforzare l'assunto da cui muove l'Avvocatura dello Stato (*rectius*: il Consiglio di Stato), quel “se, infatti, per autogoverno deve intendersi ...”, che, nelle mani della Commissione Verifica Titoli diventa un formidabile *argumentum ad iudicium*, in ragione del quale si predica la verità dell'enunciato facendo appello al fatto che esso è giudicato tale da un gruppo particolarmente vasto o influente (i magistrati? I consiglieri?) di persone, affiancandogli (subliminalmente, ma non troppo) la fallacia del *baculum*: attenzione, cari colleghi, ché se non sarete d'accordo con quanto proposto seguiranno spiacevoli conseguenze.

Il punto è che la verità di un enunciato non dipende da chi e/o da quanti lo giudicano tale e neanche dalle paventate conseguenze. Nel nostro caso, trattandosi di un organo costituzionale o quantomeno di un organo di rilevanza o di rilievo costituzionale⁵¹, dipende essenzialmente da quel

⁵⁰ Vorrebbe colmare “la (attuale) lacuna legislativa in materia attraverso una (pretesa) *interpretazione autentica* di un dato normativo (l'art. 32 della legge istitutiva del Consiglio) che sembrerebbe non contenere in alcun modo, per la verità, la regola che si vorrebbe formalizzare la «proposta di legge» AC 2961 (presentata il 30 settembre 2020, annunciata il 2 ottobre 2020) dell'On. E. Costa, di «interpretazione autentica dell'art. 32 della legge 24 marzo 1958, n. 195» (Sul punto, F. GIGLIOTTI, [Collocamento a riposo di un componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura](#), cit., 571, n. 32)... piuttosto, una conferma della lacuna.

⁵¹ Sul punto E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale (appunti per una definizione)*, in *Studi economico-giuridici della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, XLVI, 1, 1966, 155 ss. La formula avrebbe una «portata tecnicamente precisa» secondo A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, cit. Non così per altri autori, che, anzi, ne sottolineano le criticità. Fra questi, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della*

che prevede o non prevede la legge e, prima ancora, la Costituzione e i suoi principi: a questi - si starebbe per dire: solo a questi - lo studioso, il «riformatore avveduto»⁵² e, soprattutto lo stesso Consiglio dovrebbero guardare, specie a fronte della crisi – forse la più profonda dalla sua istituzione – che esso sta attraversando, a seguito delle note vicende che hanno coinvolto alcuni esponenti politici e alcuni magistrati, anche membri del C.S.M.

Ora, se si guarda ai principi, a venire in rilievo è, innanzitutto, per quanto qui interessa il primo comma dell'art. 104, a tenore del quale «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» e se è vero che la formula non è andata esente da critiche⁵³ certo è che dalla stessa si possono trarre indicazioni utilissime anche ai nostri fini. Innanzitutto, come è stato autorevolmente osservato, «se si parla di “ordine” è perché si vuol dire ch'essa (magistratura: ndr) non è un “corpo”, cioè una separata organizzazione titolare di interessi suoi propri, distinti da quello generale alla realizzazione della volontà oggettiva dell'ordinamento (...) Magistratura come “potere”, poi. È una qualificazione che l'art. 104 impone solo indirettamente, certo, ma che comunque impone: se la magistratura è indipendente da ogni “altro” potere, ciò vuol dire che la Costituzione la vede - appunto - anche come un potere»⁵⁴.

Va da sé che ordine e potere non possano andare disgiunti. Proprio in quanto è (anche) un “ordine”, estraneo al circuito dell'intermediazione politica, al potere giudiziario è assicurata, ai sensi degli artt. 101, comma 2, e 112 Cost.⁵⁵ la piena indipendenza⁵⁶, garanzia⁵⁷ che – è appena il caso di dire – non è certo in funzione della magistratura come corporazione, ma della collettività e delle persone, come affermato dalla dottrina più attenta⁵⁸, oltre che dalla giurisprudenza⁵⁹ e, in particolare, dalla Corte costituzionale, secondo cui, dato il ruolo e le funzioni ad esso assegnate, il CSM è la “pietra angolare” dell'ordinamento giudiziario⁶⁰.

In effetti, proprio la collocazione del Consiglio superiore subito dopo la proclamazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura significa che queste garanzie⁶¹ – non il

magistratura nel sistema costituzionale, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2020, 11 ss., e L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973, 281, nt. 21.

⁵² M. LUCIANI, in *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM, Relazione al Convegno “Voltare pagina. La riforma del sistema elettorale del CSM”*, Roma, 23 giugno 2020, contributo destinato alla raccolta di *Scritti in onore di Fulco Lancaster*.

⁵³ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 22.

⁵⁴ Così, M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 2 e ID., *Le proposte di riforma del Consiglio superiore della magistratura in Italia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, a cura di A.A. CERVATI e M. VOLPI, Torino, 2010, 114 ma v. anche A.A. CERVATI, *L'indipendenza dei magistrati e della magistratura in Italia e in Francia*, in AA. VV., *Magistratura e Consiglio superiore*, cit., 166 e L. DAGA, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., IX.

⁵⁵ La «garanzia costituzionale dell'indipendenza del pubblico ministero ha la sua sede propria nell'art. 112» ([Corte cost. sent. n. 420 del 1995](#)).

⁵⁶ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 4.

⁵⁷ Da ultimo, la Commissione Scotti (cfr. Relazione della Commissione ministeriale per le modifiche alla Costituzione e al funzionamento del Consiglio superiore della magistratura, [al sito del Ministero della giustizia](#), 2016, 19) ha ricordato che il CSM «non è un semplice consiglio di amministrazione, è piuttosto un'istituzione di garanzia nonché rappresentativa di idee, di prospettive, di orientamenti su come si effettua il governo della magistratura e su come si organizza il servizio giustizia, anzi su quale sia il ruolo della magistratura e dello stesso Consiglio superiore».

⁵⁸ V. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 670, ma v. anche S. PANIZZA, *Art. 104*, in R. Bifulco, a. Celotto, m. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l'equilibrio con gli altri poteri dello Stato tra modello costituzionale e ipotesi di riforma*, in S. Merlini (a cura di), *Magistratura e politica*, Firenze, 2016, 90, dove anche si rileva che «l'indipendenza non è un privilegio più o meno corporativo, in quanto è strumentale rispetto all'eguaglianza delle persone di fronte alla giustizia e alla tutela dei diritti».

⁵⁹ Da ultimo, Corte dei conti n. 2/SSRRCO/QMIG/19 del 26 febbraio 2019.

⁶⁰ [Corte cost., sent. n. 4/1986](#).

⁶¹ Così, F. SORRENTINO, *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. CAMPANELLI, Torino, 2009, 188; M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 14 ss.; N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 26.

governo o l'auto-governo – ne definiscono il ruolo e la funzione, sicché il perimetro dell'attività del CSM è pienamente definito dall'esigenza di dare un'adeguata risposta a questa esigenza⁶².

Parlare di “governo” della magistratura è, insomma, equivoco, perché non è in tale “governo” che si identifica la missione del Consiglio, specie se, con questa formula si vuole alludere a una funzione “rappresentativa” della magistratura o di una categoria di essa, non fosse che perché questo significherebbe evocare la “equivoca e sfuggente figura della rappresentanza di interessi”⁶³.

Lascia dunque perplessi anche in sede formale la perentorietà con la quale il nostro locutore intavola senza tante storie quanto gli viene comodo nel gioco dialettico, sebbene sia una premessa smentita dal testo: “nessun dubbio può concretamente porsi in ordine al fatto che il CSM sia l'organo di autogoverno della magistratura: ciò in quanto, secondo la lettura data dalla più autorevole dottrina costituzionalistica, l'art. 105 della Costituzione assegna al Consiglio - e solamente al Consiglio - la deliberazione di tutti i provvedimenti riguardanti lo *status* giuridico dei magistrati ordinari”.

Intanto, come già accennato, la “più autorevole dottrina costituzionalistica” (*rectius*: tutta la dottrina costituzionalistica⁶⁴), la pensa proprio all'opposto, ritenendo che la formula “autogoverno della magistratura” sia errata e foriera di gravi equivoci⁶⁵.

Al di là poi dell'opinione dei professori – che vale in quanto a sua volta giuridicamente sostenuta –, è il testo costituzionale a smentire l'assunto, a partire, come si è visto, dall'attenzione prestata alla composizione dell'organo, proprio al fine di evitarne la torsione corporativa, fino all'assegnazione ai componenti “laici” della Vicepresidenza (e, del resto, il Presidente della Repubblica è il Primo “componente laico”, nonché membro di diritto)⁶⁶.

Il che impedisce di per sé di qualificare il CSM come organo di tipo corporativo⁶⁷, mero rappresentante degli interessi di una categoria (che, in quanto tali, dovrebbero ritenersi contrapposti a quelli di altri organi e/o di altre categorie economico-professionali, con buona pace della funzione propria della Presidenza affidata al capo dello Stato)⁶⁸.

⁶² Come si legge nella Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del CSM presieduta da Livio Paladin, “la *ratio* che accomuna le disposizioni costituzionali riguardanti le attribuzioni del Consiglio va pertanto ricercata nell'esigenza - universalmente messa in luce e sottolineata dalla Corte stessa - di riservare a quell'organo ogni provvedimento che «direttamente o indirettamente possa menomare l'indipendenza della magistratura”.

⁶³ In tal senso, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 176.

⁶⁴ Giova riportare quanto si legge nella “Relazione Paladin”: “Quanto alla «posizione costituzionale», il solo punto ben saldo, e generalmente indiscusso, consiste in ciò: che il Consiglio si risolve in un organo di garanzia creato in funzione dell'indipendenza dei singoli magistrati ordinari e dell'autonomia dal loro complessivo «ordine» rispetto agli altri poteri dello Stato. Lo rende palese il nesso riscontrabile fra il primo comma dell'art. 104 Cost., concernente appunto la magistratura quale «ordine autonomo e indipendente», ed i commi successivi dell'articolo stesso, contenenti la previsione e la disciplina organizzativa dal C.S.M. E vale a confermarlo - oltre ai lavori preparatori della Costituente - la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha rilevato più volte come «strumento essenziale di siffatta autonomia, e quindi della stessa indipendenza dei magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, che essa è istituzionalmente rivolta a rafforzare», siano «le competenze attribuite al Consiglio superiore dagli artt. 105, 106 e 107 Cost. (cfr. le [sentt. n. 142 del 1973](#) e [n. 148 dal 1983](#)).

⁶⁵ Basti ricordare, per tutti, il classico studio di A. PIZZORUSSO, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del C.S.M.*, cit., 1071 sg.

⁶⁶ Sulla composizione insiste anche N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 36, per sottolineare che “*le qualificanti presenze esterne alla magistratura fanno piuttosto preferire, per esso, la definizione di organo di governo autonomo della magistratura*”.

⁶⁷ Si osserva che “nonostante l'obbligo imposto al legislatore di modellare la legge elettorale del CSM tenendo conto della distinzione in “categorie” dei magistrati, la Costituzione, nel riferirsi a queste, non voleva delineare un CSM “corporativo” (quale risulterebbe da un'elezione nella quale i pubblici ministeri possono votare solo per i pubblici ministeri, i giudici per i giudici, ecc.), imponendo essa di tenere conto della distinzione solo per ciò che riguarda l'elettorato passivo ([Corte cost., sentt. n. 168 del 1963](#) e [n. 87 del 1982](#))” (così, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 35).

⁶⁸ La pensa diversamente, R. RUSSO, *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?*, in [Giustizia Insieme](#), 12.10.2020, dove si legge che «il rigoroso rispetto della ‘categorizzazione’ rende puntuale e articolato il principio di rappresentatività, cioè l'esigenza che il Consiglio, nella sua componente togata, costituisca l'espressione di gruppi di

Tantomeno si può dire che al Consiglio spetti il governo dell'intera magistratura nel senso della imposizione alla stessa di un qualsivoglia indirizzo politico, cui corrisponda una legittimazione, appunto politico-rappresentativa dell'organo, posto che la prima garanzia dell'indipendenza della magistratura è la sua sottoposizione "solo alla legge" *ex art. 101 Cost.*, assistita dalla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario *ex art. 108 Cost.*

Certo, come è stato osservato di recente, «i "quattro chiodi" cui, per riprendere le parole di Ruini in Assemblea Costituente⁶⁹, è appeso il quadro competenziale del CSM (assunzioni; assegnazioni e trasferimenti; promozioni; provvedimenti disciplinari) implicano attività che possono anche dirsi di "governo", ma queste sono il mezzo, non il fine, che resta saldamente ancorato alla garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza»⁷⁰ e non vi è dubbio, per riprendere la formulazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del CSM presieduta da Livio Paladin, che la presenza del CSM aggiunge un'ulteriore e importantissima garanzia – ma, attenzione: nella prospettiva "istituzionale" sopra ricordata - proprio attraverso la sottrazione al Governo e al Ministero della Giustizia delle funzioni amministrative elencate all'art. 105.

Tutto ciò consente di superare anche quelle tesi, che, pur senza postulare, come invece fa la delibera approvata, che il CSM tecnicamente rappresenti l'ordine giudiziario, sostengono la tesi della decadenza del mandato del Consigliere togato elettivo collocato in quiescenza sul presupposto dell'effettività delle funzioni come patente di rappresentatività.

In particolare, è stato recentemente sostenuto⁷¹ che:

- alla luce della "complessa fisionomia dell'organo di governo autonomo, non sarebbe aderente alla realtà sostenere che esso rappresenti in senso tecnico l'ordine giudiziario";
- nondimeno, "sarebbe egualmente sbagliato ignorare che la Costituzione ha voluto che confluisse nel Consiglio una componente genuinamente rappresentativa della magistratura destinata a confrontarsi e a raccordarsi con la componente laica nell'ambito di un organo collegiale presieduto dal Presidente della Repubblica";
- sicché la funzione di "saldatura, raccordo, confronto tra componenti di diversa estrazione e sensibilità" presuppone che il *munus* consiliare sia svolto da "magistrati pienamente partecipi della vita della magistratura e destinati a rientrarvi al termine dell'esperienza consiliare".

A ben guardare, questo è anche il nucleo della decisione recentemente assunta dal Consiglio Superiore. Sennonché, all'affermazione della funzione rappresentativa del Consiglio (o della sua componente togata) non segue - *pour cause* – alcun chiarimento circa il tipo di rappresentanza al quale ci si riferisce. Come è noto, la lingua italiana, a differenza di altre – e, in particolare, di quella tedesca – non ha termini atti a distinguere tra rappresentanza privatistica e rappresentanza politica e tuttavia – quale che sia quella "presupposta" - si deve osservare che i componenti togati del CSM non assicurano né la "rappresentanza" privatistica (*Vertretung*) dei loro elettori, né quella istituzionale del potere giudiziario e nemmeno quella politica delle realtà associative (*Repräsentation*).

Questo - si badi - non significa negare il rapporto, che attraverso l'elezione, si stabilisce tra eletto ed elettori, il quale, tuttavia, si rifà (e si ferma) al senso linguistico originario della parola, a tenore del quale "rappresentare significa rendere visibile e presente un essere invisibile (*Abwesend*) per mezzo di un essere che è presente (*Anwesend*) pubblicamente"⁷²: si rifà perché in questa formula, se si vuole paradossale, è riassunto il nocciolo delle due tesi che da sempre si contrappongono in tema di rappresentanza, ovvero quella dell'indipendenza (del rappresentante) e quella del mandato; si

interessi professionali sufficientemente omogenei, in concreto individuati per legge nelle categorie dei magistrati, esercenti in concreto: le funzioni di legittimità presso la Suprema Corte ovvero la P.G. (due seggi); le funzioni requiranti (quattro seggi); le funzioni di merito (dieci seggi)... insomma: un sindacato!

⁶⁹ V. l'intervento alla seduta dell'Assemblea Costituente del 25 novembre 1947, in *Atti Ass. Cost.*, 1^a ed., 2460.

⁷⁰ Ancora M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit., 16.

⁷¹ N. ROSSI, *Sta per nascere ...*, cit.

⁷² Così, C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, trad. it., Milano, 1984, 277, e G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, trad. it., Milano, 1989, 70.

ferma, perché la previsione della non immediata rieleggibilità dei membri elettivi (art. 104, comma 6 della Cost.), che comporta, di per sé, il venir meno della responsabilità⁷³ nei confronti dei propri elettori - tratto caratterizzante sia la rappresentanza privatistica che quella pubblicistica – conferma, se ancora ce ne fosse bisogno, che il togato eletto al CSM non rappresenta, appunto, gli interessi di qualcuno o di qualcosa ma semplicemente rende presenti i rappresentati, mediante il suo contributo di esperienza, la sua conoscenza dei colleghi e del loro mondo, l'idea condivisa della giurisdizione e dei problemi della giustizia.

La (speciale) politicità del Consiglio Superiore risiede, dunque, nel complesso delle sue attribuzioni, che, considerate «nel loro insieme, non sono la sommatoria di competenze frazionate, generatrici di atti isolati, privi di criteri ordinatori, ma si inseriscono in una *policy* di settore, i cui confini sono tracciabili a partire dal dettato costituzionale e dalle leggi attuative»⁷⁴. Se poi si guarda alle ragioni profonde dell'attuale crisi, sembra opportuno chiarire, ulteriormente, che «politica non significa, su questo versante, schieramento sistematico di parte, ma, al contrario, confronto volto all'individuazione della più regolare, coerente ed efficace prassi attuativa delle norme costituzionali e legislative. Se questa “politica” in senso peculiare fosse stata sempre prevalente nel Consiglio, forse le correnti non si sarebbero trasformate in macchine spartitorie di posti e benefici, favorite, in questa loro disdicevole tendenza, da accordi slegati da ogni considerazione generale, che non sia di pura accumulazione del potere, anche in collegamento con la politica partitica, che avrebbe dovuto invece rimanere fuori dall'organo di garanzia»⁷⁵.

Il che è quanto (riba)dire che il Consiglio non può, in alcun modo, definirsi come uno strumento di “rappresentanza in senso tecnico dell'ordine giudiziario”⁷⁶, come da tempo, del resto, ha rilevato la stessa Corte costituzionale⁷⁷, trattandosi piuttosto, come si è detto, di «un organo “di garanzia” chiamato ad esprimere, nei limiti fissati dalla Costituzione e dalla legge sull'ordinamento giudiziario, “indirizzi” in materia di amministrazione della giurisdizione»⁷⁸.

⁷³ Sul punto, v. le preoccupazioni espresse nella Relazione finale della Commissione di studio per la riforma del sistema elettorale del CSM (1996), presieduta da E. BALBONI, recentemente ripubblicata in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 17.06.2019.

⁷⁴ G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2017.

⁷⁵ Così, G. SILVESTRI, *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, cit...; in senso opposto, R. DE VITO, *Il caso Davigo: la vera posta in gioco*, in [Questione Giustizia](#), 12.10.2020, secondo il quale «occorre essere ben avvertiti (...) del gravissimo pericolo che si corre nel gettare a mare la *rappresentatività democratica* del Consiglio superiore per sostenere la tesi della permanenza in carica di un consigliere non più appartenente all'ordine giudiziario»; e ciò in quanto «appartenenza e rappresentatività costituiscono un binomio indefettibile nel concetto di governo autonomo. Non solo perché non si può essere rappresentativi se non si è appartenenti – cosa che si tocca con mano anche nel funzionamento quotidiano del Consiglio –, ma anche perché l'appartenenza, con le conseguenze che ne derivano in termini di soggezione al procedimento disciplinare, impedisce che la rappresentatività trasmodi in arbitrio».

⁷⁶ Per tutti, v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1963, 3 ss. e, più recentemente, G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, 2009, 82.

⁷⁷ Cfr. [Corte cost., sent. n. 142/1973](#).

⁷⁸ V. in tal senso, da ultimo, F. DAL CANTO, *Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio*, Relazione presentata a Roma l'11 ottobre 2019 al Convegno della rivista *Giustizia Insieme* dal titolo *Migliorare il CSM nella cornice costituzionale*, in *Consulta on line*, 30 gennaio 2020 e M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, cit. G. SILVESTRI, *Il Vicepresidente del Csm nella Costituzione e nella legge*, in CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA-ASSOCIAZIONE VITTORIO BACHELET, *Ruolo e funzione del Vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura a 35 anni dalla scomparsa di Vittorio Bachelet*, Roma, 2017, 6, nt. 3 (anche in *Liber amicorum di Piero Alberto Capotosti*, Bari, 2016, II, 707 ss.), “per dare il senso della considerazione unitaria dell'Ordine giudiziario nel confronto con gli altri poteri dello Stato, senza però attribuire allo stesso il significato di organo che decide un indirizzo politico giudiziario inammissibile nel nostro sistema costituzionale” (sul punto v., in senso parzialmente diverso; ID., *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 4/2017, 24). Sulla preferibilità della qualificazione del Csm come organo di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura rispetto a quella di organo di autogoverno v. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 505 e P.A. CAPOTOSTI, *Il ruolo del giudice nella Costituzione, alla luce del pensiero di Vittorio Bachelet*, in [Nomos](#), 2008, 112.

In questa luce, cadono, allora – a prescindere dal caso concreto -, tutte le preoccupazioni da più parti avanzate circa la presunta perdita di capacità rappresentativa o, addirittura, l'estraneità «al corpo elettorale che gli ha conferito il mandato» del consigliere cessato dal servizio come magistrato e anzi si comprende la profonda coerenza dell'art. 104 Cost. e della l. n. 195 del 1958, dove l'appartenenza all'ordine giudiziario rileva per l'esercizio del diritto di elettorato (attivo e) passivo, non per il mantenimento della carica.

D'altro canto, “l'indipendenza dei giudici non è assicurata dall'exasperazione dell'organizzazione in senso rappresentativo del loro governo, tanto più se questa rappresentatività rispetto all'insieme dei giudici si deve comporre con una, sia pure minore, rappresentanza politica: la combinazione nell'unico organo di tali due rappresentanze accentua una politicità per così dire di ritorno, che non concede nulla o quasi alla partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia”⁷⁹ con il risultato che “l'affermazione dell'indipendenza a livello di categoria comporta l'accentuazione degli effetti del distacco tra queste forme di indipendenza e il dovere di rispondere delle proprie attività: dovere che non può essere della categoria, né sanzionato in tutto all'interno di questa, ma è di ogni singolo magistrato”⁸⁰... Davvero si pensa che questo corrisponda al dichiarato intento di ri-legittimare un'istituzione in crisi o alla garanzia (dell'indipendenza e/o degli interessi) dei magistrati in nome dei quali si afferma di agire?

9. Postilla su questione preliminare.

La pubblicazione sul sito del CSM dell'o.d.g. aggiunto per il *Plenum* del 4 novembre 2020, contenente la proposta di conferimento del mandato all'“Avvocatura dello Stato a costituirsi in giudizio deducendo l'infondatezza nel merito del ricorso proposto dal dott. DAVIGO e della formulata domanda cautelare, altresì deducendo la questione di giurisdizione nella forma dell'eccezione del difetto di giurisdizione o del regolamento preventivo di giurisdizione” costringe a qualche specifica considerazione.

La proposta evidenzia in via preliminare che “Il dott. Davigo, infatti, pur se ha impugnato la delibera consiliare, quindi, un atto amministrativo, di fatto aziona, con il ricorso, il suo diritto soggettivo a far parte del Consiglio Superiore della Magistratura, in quanto componente eletto nel luglio del 2018”.

Questa volta è l'Ufficio studi dello stesso CSM a “istruire” il Consiglio e con esso l'Avvocatura e non mancano i riferimenti giurisprudenziali, più o meno pertinenti, nel senso che subito si dirà.

Occorre dar conto - si legge - “dell'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte, secondo il quale, la giurisdizione in tema di contenzioso elettorale amministrativo è distribuita tra giudice ordinario e giudice amministrativo, spettando al primo le questioni che, come quelle di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità, afferiscono al diritto di elettorato passivo, e al secondo quelle che riguardano le operazioni elettorali”¹.

Tale orientamento è condiviso anche dal giudice amministrativo il quale, anche di recente, ha riaffermato che le “*controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, essendo finalizzate a tutelare un diritto soggettivo perfetto, inerente all'elettorato passivo, devono essere devolute alla giurisdizione del giudice ordinario; peraltro, la giurisdizione non incontra limitazione o deroghe nel caso in cui la questione di eleggibilità sia introdotta mediante impugnazione del provvedimento, poiché, in tali ipotesi, la decisione non verte sull'annullamento dell'atto amministrativo, ma sul diritto soggettivo perfetto riguardante l'elettorato attivo o passivo.*” (v. Consiglio di Stato sez. V, 11/02/2019, n. 990).

Tali principi sono stati poi ribaditi dalle Sezioni Unite Civili della Cassazione anche nell'ordinanza n. 5574/2012, con la quale è stato deciso il ricorso proposto con regolamento preventivo di giurisdizione proprio da un componente laico del Consiglio Superiore della Magistratura dichiarato decaduto per incompatibilità². In detta pronuncia è stato affermato che, “*in*

⁷⁹ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670-671.

⁸⁰ G. BERTI, *Manuale*, cit., 670-671.

tema di contenzioso elettorale amministrativo, sono devolute al giudice ordinario le controversie concernenti l'ineleggibilità, la decadenza e l'incompatibilità, in quanto volte alla tutela del diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo; né la giurisdizione del giudice ordinario incontra limitazioni o deroghe per il caso in cui la questione di eleggibilità venga introdotta mediante impugnazione del provvedimento di decadenza, perché anche in tale ipotesi la decisione verte non sull'annullamento dell'atto amministrativo, bensì sul diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato attivo o passivo (così anche Cass., sez. Un., nn.8469/2004 e 11646/2003)". Inoltre, è stato chiarito come tale principio si attagli "de plano ai componenti eletti (dal Parlamento o dai magistrati) del CSM" e ciò in quanto "anche la posizione soggettiva acquisita da quest'ultimi per effetto della scelta compiuta dagli elettori si configura come diritto soggettivo perfetto"⁸¹.

Dunque, sostiene il Consiglio, non siamo di fronte a una decadenza (né, tantomeno a un requisito di eleggibilità o a un'incompatibilità); cionondimeno, si discute di un diritto soggettivo, sicché come emergerebbe dalle sentenze dei supremi giudici, la competenza spetta al giudice ordinario.

Peraltro, come dice il saggio, "questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica" o quantomeno per la "pratica Davigo".

In effetti, se si considera la sentenza della Cassazione civile sez. un., n. 5574 del 2012, si scopre subito che la vicenda riguardava il caso di un membro "laico" del CSM, dichiarato decaduto dalla carica per incompatibilità, essendo al momento dell'elezione amministratore unico di una società, incarico che non aveva tempestivamente dismesso dopo l'assunzione della carica, così come la recente sentenza del Consiglio di Stato, riguardava un'ipotesi di incompatibilità alla carica di consigliere comunale (per aver precedentemente assunto la carica di assessore). Insomma, se è vero che "al fine di stabilire il giudice fornito di giurisdizione deve farsi riferimento non già alla prospettazione delle parti, ma al criterio del "petitum sostanziale", il quale va identificato anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, individuata sulla base dei fatti allegati e del rapporto giuridico di cui sono manifestazione e dal quale la domanda è identificata", non vi è dubbio che, nel caso di specie, "i fatti allegati" e "il rapporto giuridico di cui sono manifestazione"⁸² facciano propendere per l'infondatezza dell'eccezione e dunque per il radicamento del giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

A ben vedere, d'altra parte, la questione di giurisdizione non fa che evidenziare gli insuperabili paradossi su cui è fondata la delibera che ha "dichiarato" la decadenza nel "caso Davigo" – fattualmente e giuridicamente del tutto diverso - da quelli oggetto delle sentenze richiamate nella proposta all'o.d.g. della seduta del CSM del 4 novembre 2020.

La prospettazione dell'Ufficio studi muove, infatti, dall'affermazione – invero opinabile – secondo cui, pur avendo impugnato un atto amministrativo, di fatto, l'ex consigliere avrebbe azionato, con il ricorso, il suo diritto soggettivo a far parte del Consiglio Superiore della Magistratura, in quanto componente eletto nel luglio del 2018".

Un'affermazione che mal si concilia e, anzi, contraddice radicalmente l'impianto della delibera del 19 ottobre, che – di fatto - non *concerne (la disciplina del)l'ineleggibilità, la decadenza e*

⁸¹ L'Ufficio Studi del CSM fa riferimento, testualmente, a : « Cass., Sezz. Un. Civ., sent. n. 1 del 27/01/1999; ord. n. 8469 del 04/05/2004; ord. n. 717 del 22/01/2002. Nel medesimo senso Cass., Sez. Un. Civ., sent. n. 22640 del 29 ottobre 2007, così massimata: "in tema di contenzioso elettorale amministrativo, la giurisdizione è distribuita tra giudice ordinario e amministrativo - ai sensi degli artt. 82 e ss. del d.P.R. n. 570 del 1960 e dell'art. 6 della legge n. 1034 del 1971; - nel senso che al primo spettano tutte le controversie che concernono l'ineleggibilità, le incompatibilità e le decadenze, ossia aventi ad oggetto diritti soggettivi, mentre al secondo spettano quelle aventi ad oggetto in via diretta l'annullamento degli atti amministrativi attinenti alle operazioni elettorali; né la giurisdizione del giudice ordinario viene meno per il fatto che la questione sull'ineleggibilità venga introdotta mediante l'impugnazione del provvedimento di convalida degli eletti. Ne consegue che è devoluta alla giurisdizione dell'A.G.O. la cognizione della controversia promossa da un elettore diretta a far valere l'ineleggibilità alla carica di sindaco del soggetto che abbia già ricoperto detta carica per due mandati consecutivi immediatamente precedenti le elezioni, come disposto dall'art. 51, comma 2, del D.Lgs. n. 267 del 2000".

⁸² Così, Consiglio di Stato sez. V, 11/02/2019, n. 990.

l'incompatibilità, ma, come si è visto, l'erroneo presupposto del CSM come organo di autogoverno, rappresentativo (degli interessi) dei magistrati, da cui si fa discendere l'ulteriormente erronea necessità, per la permanenza in carica del componente togato, dell'effettività delle funzioni.

Insomma, delle due l'una: quando si sostiene che con il ricorso si aziona un diritto soggettivo, derivante dalla contestazione della decadenza, si finisce per negare quanto affermato nella precedente delibera, che, non avendo trovato una previsione espressa in tal senso, era risalita, di presupposto in presupposto, fino alle funzioni e al ruolo del CSM; se, invece, l'oggetto della delibera (e del ricorso) è, appunto, il presupposto, per ciò stesso, si esce dalla materia elettorale e dalla possibilità – ammesso che il ricorrente ne avesse la volontà – di far valere immediatamente diritti soggettivi, sicché l'interesse personale e attuale alla legittimità del provvedimento non potrebbe qualificarsi altrimenti se non come interesse legittimo.

Talvolta succede che da premesse false saltino fuori conclusioni vere, grazie a qualche fortunato incidente deduttivo. Questa volta no e, tuttavia, il giudice adito non rileva incongruenze o, meglio, si limita ad osservare che: “pur non venendo in considerazione una ipotesi di ineleggibilità o decadenza, comunque i poteri esercitati dal Consiglio Superiore della Magistratura nei confronti del dott. Davigo non possono definirsi di natura autoritativa ma devono ricondursi nell'ambito delle attività di verifica amministrativa della sussistenza dei requisiti necessari per il mantenimento della carica, ivi compresi quei requisiti che costituiscono un *pruis* logico del diritto di elettorato passivo.

In sostanza, il CSM ha affermato che, a seguito del collocamento a riposo, il dott. Davigo, in quanto componente togato dell'organo, non sarebbe più possesso di un (pre)requisito necessario per mantenere la carica. L'attività di verifica del Consiglio si è basata su una interpretazione del panorama legislativo e dei principi da esso ricavabili, la cui correttezza è contestata dalla parte ricorrente.

Ne consegue che, in applicazione del criterio di riparto generale della giurisdizione prima richiamato, il *petitum* sostanziale del giudizio attiene sempre alla tutela di un diritto soggettivo, poiché la verifica svolta dal CSM non è idonea a far “degradare” a interesse legittimo la posizione dell'interessato.

Né rileva, ai fini del riparto di giurisdizione, la circostanza, richiamata nella memoria difensiva di parte ricorrente, che l'art. 135, comma 1, lett. a), del Codice del processo amministrativo attribuisca a questo Tribunale amministrativo la competenza funzionale inderogabile sulle “*controversie relative ai provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari adottati ai sensi dell'articolo 17, primo comma, della legge 24 marzo 1958, n. 195*”, cioè (come recita la norma rinviata) quelle concernenti “*Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati*”. L'art. 135 c.p.a., infatti, si limita a individuare talune materie riservate, in deroga alle ordinarie regole di competenza territoriale di cui all'art. 13 c.p.a., alla cognizione del Tar Lazio, sede di Roma, nel presupposto che la relativa controversia sia comunque sottoposta, in base agli ordinari criteri, alla giurisdizione di questo giudice.

Dunque, poiché la presente fattispecie non riguarda una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la situazione giuridica di cui si chiede la tutela ha la consistenza, nonostante la veste provvedimentale assunta dalla delibera del CSM impugnata, di diritto soggettivo, la relativa cognizione deve essere riconosciuta al giudice ordinario”⁸³.

Insomma, se ben si comprende, la delibera del CSM non sarebbe, secondo il giudice, né sostanza (materia elettorale) né accidente (giurisdizione esclusiva); spese compensate, trattandosi di una vicenda nuova e complessa: meglio disfarsene.

⁸³ TAR per il Lazio, sez. I, n. 11814/2020.