



Diritto e Processo Amministrativo

Postilla a Il controverso requisito della permanenza in servizio del consigliere C.S.M. la decisione spetta al giudice ordinario (nota a Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2021 n. 215).

di [Enrico Zampetti](#)

23 febbraio 2021

Sommario:

Postilla a Il controverso requisito della permanenza in servizio del consigliere C.S.M. la decisione spetta al giudice ordinario (nota a Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2021 n. 215).

di Enrico Zampetti

1. La decisione in commento dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia relativa alla delibera del C.S.M. recante l'anticipata cessazione dalla carica nei confronti di un consigliere collocato a riposo nel corso del mandato. Il sopravvenuto collocamento a riposo è la causa della disposta cessazione, che di fatto impedisce l'assolvimento

del mandato per l'intero periodo di quattro anni previsto dall'articolo 104 della Costituzione.

Nel pronunciare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato conferma le conclusioni del giudice di primo grado che già si era espresso a favore della giurisdizione ordinaria[i]. In particolare, il giudice d'appello rileva che l'impugnata delibera sarebbe il “*frutto di una mera attività cognitiva della volontà di legge e puramente intesa all'automatica applicazione della stessa*” ovvero di una “*attività (vincolata) di verifica della sussistenza dei requisiti legalmente necessari per il mantenimento della carica, ivi compresi quelli costituenti un prius logico del diritto di elettorato passivo*”. Conseguentemente, esclude che la delibera in contestazione possa inquadrarsi in una “*manifestazione di autoritatività*”, non essendo riconducibile ad alcun potere discrezionale e restando estranea a qualsiasi “*apprezzamento comparativo di interessi in conflitto*”. In quanto atto meramente “*cognitivo*”, la delibera del C.S.M verrebbe pertanto ad incidere su una posizione di diritto soggettivo inquadrabile nel “*diritto di elettorato passivo*” nella sua “*duplice portata genetica e funzionale: di diritto all'acquisizione, non meno che alla conservazione dello status elettivo*”. La qualificazione della situazione giuridica in termini di diritto soggettivo radicherebbe così la giurisdizione ordinaria sulla controversia, in coerenza con i consolidati criteri di riparto affermati in materia elettorale[ii].

2. Nel qualificare la delibera del C.S.M. quale espressione di una “*attività (vincolata) di verifica della sussistenza dei requisiti legalmente necessari per il mantenimento della carica*”, la sentenza non indica il preciso fondamento normativo che sancirebbe la correlazione tra il mantenimento della carica e l'attualità del rapporto di servizio. Ciò non di meno, parrebbe presupporre l'esistenza di un'espressa disposizione che, ai fini della conservazione della carica, richieda lo *status* di magistrato in servizio per l'intera durata del mandato. Solo l'esistenza di una siffatta disposizione consentirebbe, infatti, di qualificare la delibera di cessazione anticipata come atto meramente cognitivo “*della volontà di legge*”, ossia alla stregua di un atto che, senza implicare alcuna valutazione discrezionale, si limiti a certificare l'insussistenza del diritto di elettorato passivo, nella sua dimensione funzionale di “*diritto alla conservazione dello status elettivo*”.

Va, tuttavia, osservato che, nell'attuale contesto normativo, non sussiste una esplicita previsione che condizioni il mantenimento della carica allo *status* di magistrato in servizio. La permanenza in servizio per l'intera durata della carica non è, infatti, annoverata né tra le cause di sospensione, decadenza e incompatibilità previste dagli articoli 33 e 37 della legge sul C.S.M. n. 195 del 1958, né tra i requisiti di eleggibilità previsti dall'articolo 24, rispetto ai quali lo *status* di

servizio è richiesto al “*momento di convocazione delle elezioni*”**[iii]**. Non sembra quindi un caso che, pur prefigurandone (più o meno implicitamente) l’esistenza, la pronuncia manchi poi di individuare esattamente la norma che, al soprallungo del collocamento a riposo, verrebbe a imporre la cessazione anticipata.

L’assenza di un’espressa previsione dovrebbe, quindi, escludere che, ai fini del mantenimento della carica, il consigliere debba permanere in servizio per tutta la durata del mandato, come peraltro parrebbe desumersi anche dalla riserva di legge in materia di accesso alle cariche eletive**[iv]**. Del resto, quando ha inteso correlare l’intera durata della carica al rapporto di servizio, il legislatore lo ha previsto espressamente, come ad esempio in ambito universitario, laddove l’articolo 2 co.11 della legge 240 del 2010 stabilisce testualmente che “*l’elettorato passivo per le cariche accademiche è riservato ai docenti che assicurano un numero di anni di servizio almeno pari alla durata del mandato prima della data di collocamento a riposo*”. In altre ipotesi, l’irrilevanza del rapporto di servizio ai fini della conservazione della carica si ricava direttamente dalla disciplina positiva. È, ad esempio, il caso dei giudici costituzionali scelti nell’ambito della magistratura, laddove l’articolo 135 Cost. stabilisce testualmente che “*i giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa*”, escludendo che per ricoprire la carica di giudice costituzionale sia necessario lo *status* di magistrato in servizio.

Si conferma così che i requisiti di accesso e conservazione delle cariche pubbliche sono generalmente oggetto di un’espressa disciplina normativa e che, di conseguenza, se un determinato requisito non è previsto dalla legge o da altra fonte idonea, lo stesso non può invocarsi per conformare o limitare l’elettorato passivo, nella sua duplice veste genetica e funzionale.

3. Vero è che l’assenza di un’espressa previsione potrebbe essere compensata da un’interpretazione sistematica della disciplina di riferimento, da cui desumere la necessaria correlazione tra (conservazione della) carica consiliare e *status* di magistrato in servizio**[v]**. In tal senso potrebbe intendersi quel passaggio della pronuncia in cui si sottolinea che il nesso tra cessazione anticipata e sopravvenuto collocamento a riposo discenderebbe “*dal paradigma normativo, così come concretamente interpretato*”**[vi]**. Tuttavia, nemmeno in tal caso la sentenza chiarisce esattamente quale sarebbe il processo interpretativo idoneo a giustificare la disposta cessazione, sicchè il fondamento della delibera rimane oscuro e incerto.

In base ad alcuni precedenti giurisprudenziali [vii] e a quanto emerso nel dibattito occasionato proprio dalla vicenda in esame [viii], qualche indicazione potrebbe trarsi dal principio di rappresentatività democratica che, secondo determinate ricostruzioni, informerebbe di sé la costituzione del Consiglio, soprattutto se quest'ultimo sia prevalentemente concepito come organo di “autogoverno” della magistratura [ix]. In questa prospettiva, i consiglieri togati sarebbero i rappresentanti della magistratura in seno al Consiglio, con la conseguenza che, una volta interrotto il rapporto di servizio per sopraggiunti limiti d’età, il consigliere non sarebbe più legittimato a ricoprire la carica, in quanto non più rappresentante della magistratura [x].

Sotto altro profilo, un ipotetico fondamento della disposta cessazione potrebbe anche ricavarsi dai principi generali di buona amministrazione, ove intesi a garanzia di un corretto funzionamento del Consiglio. Va da sé che, per giustificare in tal senso la cessazione anticipata, dovrebbe supporsi che la carica espletata da un magistrato in servizio garantisca il funzionamento del Consiglio più correttamente di quanto assicuri la carica espletata (per un periodo) da un magistrato ormai in pensione.

Senonchè, resta il fatto che la pronuncia omette un’esatta individuazione del principio o dell’approdo interpretativo da cui possa desumersi l’astratto fondamento della disposta cessazione.

4. Le poche considerazioni svolte consentono di esaminare più a fondo le conclusioni della sentenza, a partire dalla natura giuridica riconosciuta all’atto impugnato.

L’assenza di un’esplicita previsione che correli il mantenimento della carica allo *status* di magistrato in servizio rende problematica la qualificazione della delibera in termini di atto meramente cognitivo della “*volontà di legge*”. Un’attività di mera cognizione può, infatti, configurarsi solo se la previsione esista, poiché solo in tal caso l’atto amministrativo può fare applicazione di un preciso disposto normativo. Se la previsione non esiste, un’attività cognitiva non parrebbe nemmeno ipotizzabile, proprio in quanto manca la disposizione di cui l’atto dovrebbe fare applicazione.

Se poi il fondamento volesse individuarsi nel richiamato principio di rappresentatività, la natura di atto cognitivo resterebbe comunque problematica. Per riconoscere alla delibera una siffatta qualificazione dovrebbe, infatti, assumersi che l’unica soluzione idonea a garantire il principio s’identifichi necessariamente con l’anticipata cessazione dalla carica, se in quanto il rapporto di servizio s’interrompa in corso di mandato. Tuttavia, al di là di quanto possa emergere dai citati

precedenti, non sembra affatto scontato che la cessazione anticipata sia l'unica soluzione idonea a dare attuazione al principio, soprattutto se si considera che il concetto di rappresentatività può misurarsi anche sulla scelta espressa dagli elettori e non soltanto sull'attualità dello *status* di servizio. Se, al momento dell'elezione, la magistratura ha designato come consigliere un determinato soggetto, pur sapendo che nel corso del mandato sarebbe stato collocato a riposo, un'eventuale cessazione anticipata risulterebbe in contrasto con la scelta espressa, poiché verrebbe a rompere quel rapporto di rappresentanza creatosi attraverso l'elezione. In altri termini, la soluzione può mutare in funzione della diversa concezione di rappresentatività che si prediliga, se esclusivamente orientata sull'appartenenza alla magistratura ovvero anche incentrata sulle scelte concreteamente espresse dagli elettori. In quest'ottica, una decisione fondata sul principio di rappresentatività potrebbe risultare sempre il frutto di un apprezzamento discrezionale tra diverse soluzioni, sicchè (anche) la scelta della cessazione anticipata rappresenterebbe soltanto uno dei possibili esiti valutativi, ma non l'unica conseguenza imposta dall'applicazione del principio.

In linea di massima, considerazioni analoghe valgono anche per i principi di buona amministrazione posto che, in assenza di un'espressa previsione, solo un'apposita valutazione potrebbe in concreto rivelare se, ai fini del corretto funzionamento del Consiglio, sia preferibile la cessazione anticipata o la conservazione della carica per l'intera durata.

5. Se, dunque, in assenza di un'espressa previsione normativa, il fondamento della cessazione anticipata volesse individuarsi nei principi generali (variamente) implicati nell'interpretazione della disciplina positiva, la delibera del C.S.M. potrebbe coerentemente inquadrarsi come manifestazione provvidenziale di un potere amministrativo discrezionale. Si è infatti già sottolineato che, ove il principio fosse quello di rappresentatività, ma lo stesso vale anche per i principi di buona amministrazione, la delibera esprimerebbe soltanto una delle scelte astrattamente possibili. Conseguentemente, rispetto a una qualificazione in termini provvidenziali, la giurisdizione sulla controversia apparterrebbe al giudice amministrativo, dal momento che, in base ai tradizionali criteri di classificazione, la situazione giuridica incisa dalla delibera avrebbe la consistenza dell'interesse legittimo, non potendo comunque ricondursi al diritto di elettorato passivo così come concretamente configurato a livello legislativo. In questo senso, la giurisdizione del giudice amministrativo sarebbe perfettamente coerente (anche) con l'articolo 135, co. 1, lettera a), c.p.a.[\[xii\]](#), che devolve alla competenza funzionale del TAR Lazio le controversie relative ai provvedimenti adottati dal C.S.M. nei confronti dei magistrati[\[xiii\]](#).

[i] Sulla sentenza di primo grado del TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 novembre 2020 n. 11814, sia consentito rinviare a E. Zampetti, *Il controverso requisito della permanenza in servizio per il consigliere CSM, la decisione spetta al giudice ordinario*, in questa Rivista, 19 novembre 2020.

[ii] Come noto, secondo il consolidato orientamento in materia di elezioni amministrative, al giudice ordinario sono devolute le controversie “*afferenti questioni di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità dei candidati*” in quanto relative a “*diritti soggettivi di elettorato*”, mentre al giudice amministrativo quelle “*afferenti alla regolarità delle operazioni elettorali*” in quanto relative a “*posizioni di interesse legittimo*” (così TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 11814/2020, cit.; *ex multis*, Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013 n. 3826; Cons. St., sez. V, 11 giugno 2013 n. 3211; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 7 novembre 2018 n. 10756).

[iii] La legge 24 marzo 1958 n. 195 “*Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura*” prevede le cause di ineleggibilità, incompatibilità e decadenza dalla carica di consigliere. Nel recare la disciplina dell’elettorato attivo e passivo, l’articolo 24 stabilisce che non sono eleggibili i magistrati che “*al momento della convocazione delle elezioni non esercitino funzioni giudiziarie o siano sospesi dalle medesime*”, gli uditori giudiziari e i magistrati di tribunale che “*al momento della convocazione delle elezioni non abbiano compiuto almeno tre anni di anzianità nella qualifica*”; i magistrati che “*al momento della convocazione delle elezioni abbiano subito sanzione disciplinare più grave dell’ammonimento, salvo che si tratti della sanzione della censura e che dalla data del relativo provvedimento siano trascorsi almeno dieci anni senza che sia seguita alcun’altra sanzione disciplinare*”; i magistrati che abbiano prestato servizio “*presso l’Ufficio studi o presso la Segreteria del Consiglio superiore della magistratura per la cui rinnovazione vengono convocate le elezioni*”; i magistrati che “*abbiano fatto parte del Consiglio superiore della magistratura per la cui rinnovazione vengono convocate le elezioni*”. A sua volta, nel prevedere le ipotesi di incompatibilità, l’articolo 33 sancisce che i componenti del Consiglio “*non possono far parte del Parlamento, dei consigli regionali, provinciali e comunali, della Corte costituzionale e del governo*”; che i componenti eletti dal Parlamento, finché sono in carica, “*non possono essere iscritti negli albi professionali. Non possono essere titolari di imprese commerciali né far parte di consigli di amministrazione di società commerciali. Non possono altresì far parte di organi di gestione di unità sanitarie locali, di comunità montane o di consorzi, nonché di consigli di amministrazione o di collegi sindacali di enti pubblici, di società commerciali e di banche (...)*”. Con specifico riferimento ai casi di sospensione e decadenza dalla carica, l’articolo 37 prevede che “*i magistrati componenti il Consiglio sono sospesi di diritto dalla carica se*

sottoposti a procedimento disciplinare, sono stati sospesi a norma dell'articolo 30 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511"; che "i componenti del Consiglio superiore decadono di diritto dalla carica se sono condannati con sentenza irrevocabile per delitto non colposo"; che "i magistrati componenti il Consiglio superiore incorrono di diritto nella decadenza dalla carica se riportano una sanzione disciplinare più grave dell'ammonimento".

[iv] Cfr. articolo 51 Cost., secondo cui *"tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizione di egualanza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge"*.

[v] Resta inteso che una siffatta operazione dovrebbe pur sempre contenersi entro i limiti fisiologici dell'interpretazione, particolarmente stringenti in materia elettorale, senza possibilità di creare *ex novo* dei divieti oltre i significati evincibili dalle norme o dai principi interpretati.

[vi] Nello stesso senso la decisione di primo grado, quando sottolinea che *"l'attività di verifica del Consiglio si è basata su una interpretazione del panorama legislativo e dei principi ad esso ricavabili"*.

[vii] Cons. St., Sez. IV, 16 novembre 2011 n. 6051, secondo cui il C.S.M. sarebbe costituito *"in base al principio di rappresentatività democratica"*, con la conseguenza 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"*. In tale contesto – prosegue la decisione - *"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"*. La pronuncia riguarda specificamente un provvedimento del CSM che aveva autorizzato il trattenimento in servizio sino al 75 anno di un membro togato. Avverso tale provvedimento aveva proposto ricorso il primo dei non eletti, deducendo l'interesse a contestare il provvedimento in quanto il suo eventuale annullamento gli avrebbe consentito di subentrare nel Consiglio al posto del consigliere che, in assenza del disposto trattenimento, sarebbe stato collocato a riposo per sopraggiunti limiti di età. Di qui l'eccezione di carenza d'interesse al ricorso proposta dal destinatario del provvedimento di trattenimento in servizio, argomentata sul presupposto che la disciplina del C.S.M. non richiederebbe lo *status* di magistrato in servizio come requisito per il mantenimento della carica e che, pertanto, anche l'eventuale annullamento

del provvedimento impugnato non avrebbe garantito al ricorrente l'utilità anelata, dal momento che l'ipotetico collocamento a riposo del consigliere non avrebbe impedito il residuo espletamento della carica. Nel disattendere l'eccezione, il Consiglio di Stato enuncia l'assunto sopra riportato, rilevando che, pur in assenza di un'espressa previsione di legge, la cessazione anticipata per intervenuto collocamento a riposo troverebbe fondamento nel principio di rappresentatività democratica; con specifico riferimento al Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, si veda anche Cons. St, Adunanza della Sezione Prima, 7 marzo 2007 n. 601/2007.

[viii] R. Russo, *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex?* e S. Amore, *Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, entrambi in questa Rivista, 12 ottobre 2020; N. Rossi, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, in *Questione Giustizia*, 31 luglio 2020; M. A. Cabiddu, *CSM: i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, in *Questione Giustizia*, 8 ottobre 2020.

[ix] È evidente che l'esatta qualificazione del C.S.M. rappresenta una questione di estrema rilevanza, a fronte dei diversi inquadramenti che tendono a valorizzarne ora la funzione di "autogoverno" della magistratura, ora a porne in risalto la funzione di garanzia dell'autonomia e indipendenza della magistratura stessa. In quest'ottica, si può probabilmente ipotizzare che il principio di rappresentatività presenti una maggiore rilevanza in relazione ad una qualificazione del C.S.M. come organo di "autogoverno".

[x] In questo senso, N. Rossi, *Sta per nascere al CSM un caso Davigo?*, cit., 4 ss.; R. Russo, *L'affaire Davigo. Semel iudex semper iudex*, cit., 5; per una diversa impostazione, S. Amore, *Collocamento in quiescenza del magistrato ordinario e cessazione del mandato elettivo al C.S.M.*, cit., 11 ss. e M. A. Cabiddu, *i membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni, anche quando si chiamano Davigo*, cit., 4 ss.

[xi] Ai sensi dell'articolo 17, primo comma, l. n. 195 del 1958, come richiamato dall'articolo 135, lettera a), c.p.a., "tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del Consiglio superiore, con decreto del Presidente della Repubblica controfirmato dal Ministro, ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del Ministro per la grazia e giustizia".

[xii] In senso contrario, il Consiglio di Stato esclude che la giurisdizione amministrativa possa desumersi dall'articolo 135 c.p.a., sul rilievo che la previsione, in quanto norma sulla competenza, postulerebbe a monte la giurisdizione amministrativa senza però fondarla. Senonchè, nella ricostruzione ipotizzata, la controversia avrebbe proprio ad oggetto una posizione di interesse legittimo e, di conseguenza, la prospettata giurisdizione amministrativa

sarebbe perfettamente coerente anche rispetto alla citata norma codicistica.
