



Ordinamento giudiziario

Attività consiliare e tutela: il delicato equilibrio tra autonomia e controlli di Sandro Saba

di [Sandro Saba](#)

19 gennaio 2022

Sommario:

Attività consiliare e tutela: il delicato equilibrio tra autonomia e controlli * di Sandro Saba

* Tratto dal volume [Migliorare il CSM nella cornice costituzionale editore CEDAM, collana: Dialoghi di giustizia insieme.](#)

Il tema assegnato concerne il (sofferto) rapporto tra autonomia dell'organo di autogoverno e tutela dei diritti e interessi legittimi del magistrato singolo (valori entrambi costituzionalmente sanciti), ossia il delicato equilibrio tra prerogative del CSM (di cui all'art. 105 Cost.) ed effettività dei principi di buon andamento e imparzialità nonché inviolabilità del diritto di difesa (artt. 24 e 97 Cost.).

È oltremodo ovvio che l'individuazione delle tutele accordate al singolo dipenda dalla preliminare definizione della natura giuridica dell'ente delle cui decisioni si discetta (o,

quantomeno, dalla qualificazione della funzione esercitata). Ora, s'è indubbiamente al cospetto di un organo esterno alla pubblica amministrazione (ove intesa in termini classici), circostanza che, in uno alla considerazione costituzionale del CSM, rimette all'interprete il difficile compito di individuare forme di tutele (procedimentali e giurisdizionali) che siano compatibili con le peculiarità dello stesso.

Pare doveroso prendere le mosse (e sarà perdonata la digressione) dai lavori preparatori della l.n. 195/58, in cui, inizialmente, addirittura s'ipotizzò d'attribuire al CSM natura espressamente giudiziaria, con esclusione della sindacabilità (esterna) degli atti adottati, con doppia declinazione della soluzione alternativa: esclusione *tout court* della sindacabilità degli atti ovvero previsione di forme di autodichia. Agli sgoccioli della seconda legislatura è stata tuttavia adottata la legge n. 195 del 58, nella formulazione che tutti conosciamo: l'art. 17 enuncia – ai commi primo e secondo – due norme, che consegnano all'operoso interprete preziosi elementi per la qualificazione della natura giuridica dell'attività del CSM e, conseguentemente, individuazione delle forme di tutela riconosciute al magistrato.

La prima norma prevede che gli atti del Consiglio siano recepiti con decreto presidenziale, controfirmato dal Ministro ovvero con decreto ministeriale (nei casi previsti dalla legge). La seconda assegnava – e assegna tuttora, con le modifiche intervenute nel tempo (dagli anni '90 all'adozione del codice del processo amministrativo) – al giudice amministrativo la cognizione sui predetti.

S'è subito affermato in dottrina che l'illustrata normativa in realtà integrasse mero precipitato di principi generali che concernono l'agire amministrativo. Se il CSM interviene esercitando un potere, nell'interesse pubblico, disciplinando casi concreti e specifici, attraverso un'equa ponderazione degli interessi in gioco, allora esercita un'attività propriamente amministrativa. L'atto è oggettivamente amministrativo e la norma – come affermerà poi la Corte Costituzionale nel '68 – serve unicamente ad attribuire il corretto involucro (amministrativo) a un atto che tale già doveva considerarsi (quantomeno nella sostanza).

In dottrina sono state formulate diverse tesi: dell'atto composto, ineguale (dove l'ineguaglianza formalmente indica la prevalenza del ministro, ma sostanzialmente esprime la prevalenza del CSM), della proposta vincolante, dell'atto presupposto, della decretazione come forma *ad substantiam*. Rimane il dato che il giudice amministrativo ha, sin da principio, ritenuto che gli atti in commento fossero amministrativi, come tali sindacabili e correttamente attribuiti alla giurisdizione generale di legittimità. Così le pronunce del '62 del Consiglio di Stato (nn. 248 del 14 marzo 1962 e 752 del 28 novembre 1962). Fin quando però la questione venne portata

all'attenzione della Corte Costituzionale. Con la prima pronuncia – n. 168 del 12 dicembre 1963 – il Giudice delle Leggi riconosce natura sostanzialmente amministrativa all'attività del CSM. È tuttavia la sentenza n. 44 del 30 aprile 1968 il più importante e completo pronunciamento sul punto: nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite si paventava il rischio d'indebita ingerenza (nell'autonomia costituzionalmente tutelata) insito nell'assegnazione a diversa giurisdizione del sindacato sugli atti del CSM. L'Avvocatura dello Stato sostenne, addirittura, che la soluzione più corretta fosse quella dell'insindacabilità *tout court* delle delibere o, in alternativa, della previsione di forme di autodichia (come già da lavori preparatori). La Corte Costituzionale innanzitutto chiarisce quale sia il rapporto tra atto amministrativo e delibera consiliare: l'atto amministrativo (presidenziale o ministeriale) è di mero recepimento. Con l'adozione della delibera nasce un obbligo giuridico a carico dell'esecutivo di recepire l'atto. Atto che diviene efficace nei confronti del magistrato soltanto col recepimento; ma l'adozione in sé attribuisce e genera l'obbligo di recepire con decreto il provvedimento consiliare. Si ribadisce, poi, quanto già affermato con la precedente pronuncia n. 168: si parla, nuovamente, di attività sostanzialmente amministrativa e quindi relativa sindacabilità, che – correttamente – è attribuita al giudice amministrativo, quale autorità giudiziaria chiamata a conoscere della legittimità degli atti amministrativi. La Corte Costituzionale menziona anche un elemento di opportunità (a suffragio della bontà dell'opzione legislativa): la scelta non solo è ragionevole, in quanto rispondente alla storica (e usuale) distribuzione del potere giurisdizionale; è, altresì, opportuna, siccome fuga il rischio (insito nell'alternativa attribuzione al Giudice ordinario) della *“confluenza che verrebbe a verificarsi, negli appartenenti allo stesso ordine, di destinatari dei provvedimenti del Consiglio superiore della magistratura e di giudici della regolarità del medesimi”*.

Se il provvedimento – come s'è chiarito con questo breve inciso – ha natura amministrativa, bisogna comprendere quali siano le tutele accordate al destinatario dello stesso (sia giurisdizionali che procedurali).

Quelle giurisdizionali sono le prime ad aver formato oggetto di studio e approfondimento, simmetricamente a quanto avvenuto sul fronte amministrativo classico, per tarda emersione del tema delle tutele nel procedimento soltanto con l.n. 241/90. Si reputa, tuttavia, preferibile abbandonare il criterio cronologico e aderire a un'impostazione logica e, così, prendere le mosse dall'esame delle seconde (sebbene di più recente elaborazione).

A tale proposito, il CSM si è interrogato sulla possibilità di applicare la normativa sul procedimento amministrativo alla propria attività, opzione non scontata, trattandosi di disciplina formalmente riservata, a mente dell'art. 29, alle sole amministrazioni statali (e,

tecnicamente, tale non è il CSM). Già nel '92, con la risoluzione del 27 maggio (adottata a seguito di animato e dotto dibattito, come emerge dal verbale della seduta), si è ipotizzata un'estensione, in via tendenziale, della disciplina in commento all'attività consiliare, da realizzarsi – si diceva – attraverso il meccanismo dell'adeguamento regolamentare (ai sensi dell'art. 20 n. 7, l.n. 195/58).

Con la successiva risoluzione del 24 marzo 1993 s'è verificata la compatibilità dei singoli articoli della l.n. 241/90 con le peculiarità dell'organo di autogoverno. È parso d'indubbia applicabilità l'art. 1 (sui principi generali dell'attività amministrativa), in quanto precipitato dei canoni di imparzialità e buon andamento, a caratura costituzionale (art. 97 Cost.), sicuramente riferibili anche all'operato del CSM. Del pari gli artt. 2, comma 1, e 3, sull'obbligo di provvedimento espresso, sorretto da congrua motivazione.

Più problematica la traslazione della restante parte dell'art. 2, sui tempi del procedimento. In un primo momento si è ipotizzato un intervento regolamentare d'individuazione dei termini finali dei procedimenti, differenziati in ragione delle diverse competenze delle Commissioni (con previsione di un meccanismo di conclusione immediata del procedimento o della fase, in caso di superamento di detti termini, attraverso l'azione della Presidenza delle Commissioni e del Consiglio, chiamate a individuare in via ultimativa la seduta di definizione della pratica, fatta salva la possibilità di chiedere motivate proroghe). Tuttavia, con successiva delibera del 21 settembre 2005, abbandonata l'idea dell'intervento regolamentare, s'è rimessa alle singole commissioni l'individuazione dei termini dei relativi procedimenti, con espressa statuizione dell'irrilevanza esterna degli stessi. Allo stato, al di là delle tempistiche dettate per il procedimento disciplinare (di cui al d.lgs. n. 109/06), parrebbe che l'unica norma sui termini sia l'art. 42 del nuovo Regolamento interno del 26 settembre 2016, in tema di trasferimenti per incompatibilità ambientale e funzionale (attuato con circolare del 28 luglio 2017 – art. 4), probabilmente per affinità (in termini di sostanziale incidenza) dei provvedimenti definitori dei due diversi procedimenti.

Il CSM, con la succitata risoluzione del '93, ha reputato non estensibili le disposizioni sul responsabile del procedimento (artt. 4 ss., l.n. 241/90), trattandosi di disciplina concepita per il modello tipico dell'organizzazione amministrativa, caratterizzata da rapporti interni di sovraordinazione o di vera e propria gerarchia tra il dirigente dell'unità organizzativa e i dipendenti alla medesima addetti, tutti peraltro legati alla Pubblica Amministrazione da un rapporto d'impiego.

Ben diversi – s'è detto – sono invece il tessuto e l'organizzazione del CSM. I componenti partecipano ai lavori e alle deliberazioni del Consiglio in posizione di parità. Il che vale anche

per i presidenti delle commissioni, cui competono soltanto poteri di formazione dell'ordine del giorno, di convocazione e di distribuzione del lavoro. L'attività nell'ambito dei lavori consiliari è, inoltre, sempre di tipo collegiale, non avendo il relatore neppure per gli atti istruttori il potere di adottare determinazioni di sorta. Fondate obiezioni, che tuttavia privano il singolo di un ben preciso interlocutore, quale unico referente del Consiglio.

In tema di partecipazione (artt. 7-13, l.n. 241/90), si ritengono pacificamente applicabili gli artt. 7 (sulla comunicazione di avvio del procedimento), 9 (sull'intervento nel procedimento, purché fondato su situazioni differenziate, di diritto soggettivo o interesse legittimo) e 10-bis (sul c.d. preavviso di rigetto, non contemplato dalla delibera, siccome di successivo conio, ma riconosciuto da consolidata giurisprudenza amministrativa: cfr. Tar Lazio – Roma, sez. I, n. 3265/07). Diversamente, è parso (correttamente) incompatibile con le funzioni consiliari, dal contenuto non negoziabile, l'art. 11, in materia di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento. Parimenti non applicabile s'è reputata la disciplina sulla semplificazione amministrativa (artt. 14-21), tra cui il modulo procedimentale della conferenza di servizi, siccome precipuamente destinata alla sola Pubblica amministrazione in senso proprio. In particolare, in tema di silenzio assenso (art. 20), il CSM, con successiva risoluzione del 18 ottobre 2009, ha escluso la generale applicabilità della formula semplificatoria all'attività consiliare (nonostante le modifiche apportate dal Legislatore del 2005, in ragione – nuovamente – dell'estraneità dell'organo di autogoverno alla pubblica amministrazione), salve espresse previsioni (come, ad esempio, in materia d'incarichi extragiudiziari, prevedendo la circolare n. 22581 del 9 dicembre 2015, all'art. 18, l'eventuale definizione mediante silenzio significativo dei relativi procedimenti autorizzatori).

Si registra un'aumentata sensibilità nel tempo anche in tema di diritto di accesso ai documenti amministrativi (corrispondenti artt. 22-28, l.n. 241/90). L'art. 18 del Regolamento interno del 6 aprile 1988 (primo intervento normativo sul punto) contemplava unicamente: il rilascio di copia dei verbali delle sedute pubbliche del *plenum*, a richiesta di chiunque vi avesse un giustificato motivo, su autorizzazione del Comitato di Presidenza; l'ostensione dei verbali delle sedute del Consiglio, ove non pubbliche, e delle Commissioni soltanto ai magistrati che, a giudizio della competente Commissione o del Consiglio (in caso di mancata maggioranza sul punto), vi avessero interesse; il rilascio, da parte del Comitato di Presidenza, di copia degli atti acquisiti o formati nel corso dei procedimenti consiliari, definiti in seduta pubblica, a richiesta di chiunque (nuovamente) vi avesse giustificato motivo. Si trattava, evidentemente, di una tutela assolutamente contenuta del diritto alla trasparenza dell'agire consiliare. Così, preso atto delle sopravvenienze normative nonché d'incalzanti pronunzie giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato, sez.

IV, 14 aprile 2010, n. 2093), si è proceduto a radicale riforma dell'istituto con delibera del 5 dicembre 2012, dal contenuto sostanzialmente trasposto nell'art. 33 del nuovo Regolamento interno del settembre 2016. Come illustrato nella delibera del 2012, la disposizione di nuovo conio disciplina due distinti profili, il diritto alla pubblicità dell'azione del CSM e il diritto di accesso in senso proprio. Al primo si riferisce il comma 1, che sancisce il diritto di tutti di ottenere copia o visione dei verbali delle sedute pubbliche del Consiglio e delle delibere consiliari, anche adottate dalle Commissioni, ove siano assunte in seduta pubblica, che rende conoscibili alla generalità dei consociati il documento, in funzione della assicurazione di un controllo democratico diffuso sulla attività del CSM, previsto e garantito dal legislatore, in modo non dissimile da quanto avviene, ad esempio, per la fase dibattimentale dei procedimenti penali. I restanti commi dell'art. 33 concernono, invece, il diritto di accesso in senso stretto. Al comma 2 sono poste le limitazioni all'ostensione, involgenti documenti coperti da segreto per espressa previsione legislativa; che riguardino sicurezza personale dei magistrati, sfera sanitaria e sfera privata delle persone; documenti attinenti a procedimenti penali, disciplinari o concernenti l'iscrizione di ricorsi amministrativi, fatta eccezione per la fase pubblica dei procedimenti. È comunque garantito ai richiedenti l'accesso e il rilascio di copia dei documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere propri interessi giuridici. La prevalenza dell'accesso difensivo sul diritto alla riservatezza è verificata caso per caso e in concreto rispetto alle effettive esigenze di difesa prospettate dal richiedente l'accesso (commi 3 e 4). È poi delineata la disciplina relativa all'accesso ai verbali delle Commissioni e agli atti e documenti formati o acquisiti nel corso dei procedimenti consiliari, distinguendosi tra procedure definite o meno. Nel primo caso (comma 5), la visione o il rilascio di copia sono accordati, su autorizzazione del Comitato di Presidenza (previo parere della Commissione), a tutti i soggetti (privati e pubblici), compresi quelli portatori d'interessi diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è chiesto l'accesso. La visione o il rilascio di copie delle delibere adottate in seduta segreta non sono consentiti nei casi in cui la segretazione sia stata disposta per esigenze di tutela della sicurezza di beni o persone, salvo che la richiesta provenga dal magistrato interessato al procedimento. Contro il diniego di autorizzazione, anche parziale, è ammesso reclamo al Consiglio che delibera entro trenta giorni (comma 5). Per i procedimenti non ancora definiti, la visione o il rilascio di copia dei verbali delle Commissioni nonché degli atti e dei documenti formati o acquisiti nel corso del procedimento sono autorizzati dal Comitato di Presidenza, previo parere della Commissione, esclusivamente nel caso in cui la conoscenza o la copia di tali atti siano strettamente necessari al richiedente per far valere propri diritti o interessi in giudizio. Contro ogni diniego, anche parziale, di autorizzazione è ammesso reclamo al Consiglio, che

delibera entro trenta giorni (comma 6). È evidente la compressione del diritto d'accesso (riconosciuto soltanto ove finalizzato alla tutela giurisdizionale) in ipotesi di procedimenti non ancora conclusi.

Esaurito il tema delle facoltà accordate nella fase procedimentale di adozione dell'atto (che s'è detto sostanzialmente amministrativo), residua l'analisi del versante giurisdizionale delle tutele riconosciute avverso la statuizione consiliare. L'impiego del plurale è d'obbligo, essendovene più d'una: amministrativa generale di legittimità (art. 17, comma 2, l.n. 195/58), amministrativa esclusiva sul rapporto d'impiego (art. 133, comma 1, lett. i, codice del processo amministrativo) e ordinaria, rimessa alle sezioni unite della Corte Suprema di Cassazione, sui provvedimenti disciplinari (art. 17, comma 3, l.n. 195/58).

Oggetto del presente approfondimento sarà la prima, ovvero quella prevista a fronte di provvedimenti che si assumano lesivi di interessi legittimi (pretensivi o oppositivi). L'analisi deve necessariamente prendere le mosse dal dettato dell'art. 17, comma 2, l.n. 195/58, come modificato nel tempo (con particolare riferimento all'interpolazione operata con d.lgs. n. 104/10, di approvazione del codice del processo amministrativo).

L'originaria formulazione attribuiva al Consiglio di Stato la competenza a conoscere della legittimità degli atti del CSM, poi assegnata al TAR Lazio con l.n. 74/90. Si tratta, come chiarito con l'art. 135 del codice del processo amministrativo, di competenza funzionale e inderogabile, come già da interpretazione dominante, fatta salva dalla Corte costituzionale (sentenza n. 189 del 22 aprile 1990), che ha reputato non irragionevole la deroga al foro di servizio, in considerazione della particolare natura del CSM (organo di rilievo costituzionale); dello *status* del magistrato, che lo distinguerebbe da tutti i dipendenti pubblici; infine, dell'esigenza di assicurare uniformità della giurisprudenza fin dalle pronunce di primo grado. In dottrina si sono da subito manifestate perplessità sull'attribuzione della cognizione al Giudice amministrativo, derivanti dalla concentrazione in capo allo stesso della giurisdizione sulle controversie riguardanti gli appartenenti tanto alla magistratura ordinaria quanto a quella amministrativa (come noto, di qualsiasi provvedimento concernente il giudice speciale, anche di contenuto sanzionatorio, s'è sempre affermata la natura squisitamente amministrativa: cfr. Cass. civ., sez. un., 29 settembre 2000, n. 1049; Cass. civ., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5126; Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2004, n. 7585).

Vi sarebbe, poi, il rischio di un “intreccio contraddittorio”: il Giudice amministrativo, le cui decisioni sono pur sempre ricorribili in Cassazione, anche se per soli motivi di giurisdizione (art. 111 Cost.), è in condizione – s’è detto – di incidere sull’ordinamento giudiziario, compreso il suo organo di vertice, eventualità tutt’altro che remota, giacché gran parte del contenzioso attiene al conferimento degli uffici direttivi e, già nel 2007, l’intervento del giudice amministrativo (nei due gradi di giudizio) ha riguardato proprio la nomina del Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Venendo all’oggetto del giudizio, inizialmente si accordava la facoltà d’impugnazione del solo decreto di recepimento della delibera consiliare, reputandosi quest’ultima meramente preparatoria e, per quanto vincolante per l’Esecutivo, ancora priva di effetti giuridici esterni. S’è, poi, fatta strada la tesi della diretta impugnabilità dell’atto del CSM, nel caso in cui difettasse, per natura dello stesso, una decretazione governativa di recepimento. Ci si riferisce, in particolare, alle statuzioni di verifica dei titoli di ammissione dei componenti togati del Consiglio (art. 20, n. 1, l.n. 195/98), sulle quali il Consiglio di Stato, con pronuncia n. 567 del 18 maggio 1971, ha rivendicato la propria cognizione diretta (onde evitare un vuoto di tutela, incompatibile col dettato dell’art. 24 Cost.), poi assegnata alla giurisdizione del Giudice ordinario, siccome concernente posizioni di diritto soggettivo pieno (cfr. Cass. civ., sez. un., 7 ottobre 1972, n. 2918). S’è, inoltre, affermata la facoltà d’immediata impugnazione della delibera consiliare, pur in mancanza di formale decreto, ove comunque messa in esecuzione (così Tar Lazio, sez. I, 4 febbraio 1976, n. 69). Infine, con la pronuncia Tar Lazio, sez. I, 8 giugno 1983, n. 491, è stata definitivamente sostenuta la diretta impugnabilità di qualsiasi statuzione consiliare, sostenendosi (addirittura) la natura soggettivamente amministrativa del CSM, per quanto non collocato nell’ambito della pubblica amministrazione intesa come insieme delle autorità che fanno capo al Governo e che da questo dipendono (orientamento confermato in Cass. civ., sez. un., 21 febbraio 1997 n. 1617).

Quanto alle parti processuali, la legittimazione attiva è riconosciuta a chi possegga lo *status* di magistrato ordinario, inclusi i giudici di pace e i giudici onorari (ritenuti comunque appartenenti all’ordine giudiziario) nonché i magistrati in tirocinio, limitatamente gli atti di nomina che attribuiscono lo *status* di magistrato. La legittimazione passiva era, inizialmente, attribuita al solo Ministero, in aderenza alla ricostruzione teorica che vedeva nel decreto ministeriale l’atto conclusivo del procedimento amministrativo e nella delibera del Consiglio superiore della magistratura un atto meramente endoprocedimentale (sprovvisto di autonomia funzionale amministrativa). Tuttavia, con la citata pronunzia Cass. SSUU n. 1617/97, s’è evidenziato che “nessuna norma espressa attribuisce la legittimazione processuale al solo Ministero di Grazia e

Giustizia. In considerazione, anzi, sia della posizione costituzionale del Consiglio suddetto, sia del fatto che al Ministero di Grazia e Giustizia non è consentito di sindacare il contenuto delle delibere consiliari, sia - infine - del fatto che le deliberazioni consiliari sono immediatamente impugnabili, la legittimazione processuale del Consiglio Superiore della Magistratura nei giudizi amministrativi concernenti le sue delibere non può che essere riconosciuta, quanto meno come legittimazione in via sostitutiva. Se così non fosse, dalla conseguente posizione di soggezione al Ministro in ordine alla difesa giudiziale dei propri provvedimenti non potrebbero non derivare, al Consiglio, significative menomazioni alla sua autonomia". Anche in materia di appello avverso sentenze sfavorevoli si è riconosciuta legittimazione concorrente, peraltro con facoltà di ricorso, per il CSM, ad avvocati del libero Foro (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2006, n. 2227).

In merito alla cognizione, come sancito all'art. 7, comma 4, codice del processo amministrativo, "sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma", ossia le due azioni di annullamento (per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere: cfr. art. 21-octies, l.n. 241/90, nonché art. 29 del codice del processo amministrativo) e condanna (art. 30, citato codice).

In ordine al profilo caducatorio, rilevano essenzialmente i vizi di legittimità della violazione di legge e dell'eccesso di potere. Quanto al primo, integrano gli indefettibili parametri di valutazione sia la normativa di rango primario che la produzione paranormativa del CSM, quale autovincolo all'attività dello stesso. È, tuttavia, il positivo riscontro del secondo (ossia dell'eccesso di potere) – quale patologia tipica dell'agire discrezionale – a destare maggiori perplessità e preoccupazioni, per l'insopprimibile esigenza di evitare indebiti travalicamenti dei limiti del sindacato di mera legittimità assegnato al Giudice amministrativo. Invero, come reiteratamente affermato, "il giudice non può sostituire proprie valutazioni a quelle dell'organo di governo della magistratura, sicché una valutazione di questo, se opinabile ma sorretta in punto di fatto da adeguata istruttoria ed esatta rappresentazione della realtà, è perciò stessa sottratta al sindacato di legittimità, perché l'opinabilità delle valutazioni e delle conseguenti scelte costituiscono il proprium dell'esercizio della discrezionalità" (così Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2006, n. 10835). La violazione della regola di riparto, tra azione amministrativa e controllo di legittimità, determina eccesso di potere giurisdizionale (censurabile con ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 91 del codice del processo amministrativo), come lucidamente affermato in Cass. civ., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19787, a mente della quale "l'individuazione dell'eccesso di potere giurisdizionale corre lungo la linea di discriminare tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta

logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute: altro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa", sicché "il Consiglio di Stato travalica i limiti esterni della giurisdizione qualora, nel giudizio avente ad oggetto la legittimità della corrispondente delibera del primo, operi direttamente una valutazione di merito del contenuto del provvedimento e ne apprezzi la ragionevolezza – così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura – piuttosto che limitarsi a sindacarne la legittimità, anche a mezzo del vizio dell'eccesso di potere".

V'è, poi, il tema dell'esecuzione (obbligatoria) delle decisioni del Giudice amministrativo. All'art. 17, comma 2, l.n. 195/58, come modificato con d.lgs. n. 104/10, è espressamente contemplato il giudizio d'ottemperanza, destinato a concludersi, in ipotesi di accoglimento del ricorso introduttivo, con l'assegnazione al CSM di un termine per provvedere. Si tratta, tuttavia, di un'ottemperanza mitigata (per inapplicabilità di alcune delle previsioni di cui all'art. 114 del codice del processo amministrativo), non potendosi, infatti, prescrivere le modalità dell'ordinato adempimento (anche mediante determinazione del contenuto del provvedimento o, in alternativa, emanazione dello stesso in luogo dell'autorità consiliare, come ordinariamente consentito). Sulla piena compatibilità della stessa con le garanzie di autonomia del CSM si veda Corte cost. 6 settembre 1995, n. 419, ove s'affirma che "una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo avente rilievo costituzionale qual è il CSM. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria", pronuncia con la quale è stata pure riconosciuta la legittimità della designazione di un commissario *ad acta* (nel caso di specie l'allora Ministro di grazia e giustizia). Orientamento ribadito dalla successiva giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1551).

Sempre in tema d'ottemperanza s'è, da ultimo, affermato che "non è affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale la decisione adottata dal Consiglio di Stato, all'esito di giudizio di ottemperanza, con lo quale lo stesso si pronunci su rinnovate valutazioni della P.A. prospettate, al contempo, come elusive del giudicato ed innovative – giacché fondate su circostanze sopravvenute –

rispetto a quelle già ritenute illegittime dal giudice amministrativo” (Cass. civ., sez. un., 20 giugno 2017, n. 15275), per l’esigenza di concentrazione nonché di celere e definitiva composizione della controversia amministrativa. D’altronde, come sostenuto in Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2013, n. 3259, dopo un giudicato di annullamento, dal quale derivi per l’amministrazione il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo, “*sussiste l’obbligo per la stessa di esaminare l’affare nella sua interezza sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati, essendo fondamentale impedire che l’amministrazione proceda più volte all’emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuzioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli al ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato*”, onde garantire adeguata effettività alle sentenze del Giudice amministrativo, contenere in tempi ragionevoli la risposta giurisdizionale nonché evitare inutili duplicazioni di accesso alla tutela giurisdizionale stessa (così già Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2). Nel solco tracciato dalle menzionate pronunzie, s’è da ultimo affermato che “*tenore letterale delle norme in materia d’ottemperanza e ratio dell’istituto inducono a concludere nel senso dell’ammissibilità e, in ogni caso, della procedibilità del ricorso proposto ai sensi dell’art.112 codice del processo amministrativo, pur se non vi sia stata l’impugnazione del provvedimento sopravvenuto elusivo del giudicato, non potendosi ravvisare qualsivoglia preclusione o decadenza processuali in conseguenza della mancata impugnazione*” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 giugno 2016, n. 2769).

Intimamente connesso risulta, infine, il tema degli effetti dell’annullamento delle decisioni consiliari (in materia di dirigenza) sulla persistente legittimazione del dirigente nonché della validità degli atti da questi adottati (dalla nomina e successivamente alla pronuncia demolitoria).

Secondo il Giudice amministrativo (così TAR Lazio – Roma, sez. I, 26 maggio 2014, n. 5571), dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (quand’anche solo provvisoriamente esecutiva) il destinatario del provvedimento di nomina cessa dalle funzioni e dall’ufficio (con applicazione della disciplina sulla supplenza), senza necessità di ulteriori provvedimenti esecutivi. La validità degli atti *medio tempore* emanati è fatta salva, nonostante l’efficacia *ex tunc* dell’annullamento, mediante ricorso alla teoria del funzionario di fatto: “*allorché venga annullata in sede giurisdizionale la nomina del titolare di un organo, l’accertata invalidità dell’atto di investitura non ha di per sé alcuna conseguenza sugli atti emessi in precedenza, tenendo conto che quando l’organo è investito di funzioni di carattere generale, il relativo procedimento di nomina ha una sua piena autonomia, sicché i vizi della nomina non si riverberano sugli atti rimessi alla sua competenza generale*” (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2407).

Diversamente opina il CSM, come da risposta a quesito del 16 ottobre 2013: il titolare dell'incarico direttivo non è tenuto a dare esecuzione spontanea e autonoma alla sentenza del giudice amministrativo, in quanto egli non dispone del rapporto di servizio in cui è incardinato; occorre sempre un provvedimento amministrativo che, se del caso, rimuova il titolare dall'incarico e lo assegna ad altro; il titolare di un ufficio è comunque tenuto ad assicurare la continuità dello stesso, di cui è stato investito, sino a quando l'amministrazione, che ad esso l'ha assegnato, non provveda diversamente, rimuovendolo ed attribuendogli altro incarico; nelle more in cui il CSM provveda a riesercitare il potere, detto magistrato, nella costanza del rapporto di impiego pubblico e in ottemperanza ai doveri ad esso connessi, è tenuto a continuare ad esercitare le funzioni conferite con la delibera annullata, sicché gli atti successivamente emessi non possono considerarsi inesistenti ovvero radicalmente nulli (venendo al più in rilievo la figura del funzionario privo di investitura) né sono ravvisabili ipotesi di usurpazione di pubbliche funzioni.

È evidente la frizione tra le opposte letture offerte, come d'altronde già in tema d'ottemperanza, trattandosi della difficile composizione delle contrapposte esigenze, a matrice costituzionale, della salvaguardia della piena autonomia dell'organo di autogoverno e dell'effettività delle tutele giurisdizionali riconosciute al singolo, quale tema di assoluta attualità e (temo) di non prossima soluzione.

* Testo della relazione presentata al Convegno *Migliorare il Csm nella cornice istituzionale*, Roma, 11 ottobre 2019. Tratto dal volume **Migliorare il CSM nella cornice costituzionale editore CEDAM, collana: Dialoghi di giustizia insieme**, in tema di riforma del CSM pubblicati su questa Rivista: **La rappresentanza di genere nel CSM; I sistemi elettorali nella storia del CSM: uno sguardo d'insieme, Migliorare il Csm nella cornice costituzionale; le ragioni della composizione mista e delle modalità di formazione, Il Consiglio superiore della magistratura tra crisi e prospettive di rilancio; I difetti dell'attuale sistema elettorale del CSM: una prospettiva per il futuro prossimo che non metta a rischio l'autonomia della magistratura; Il metodo elettorale del sorteggio. Appunti sul ruolo storico del sorteggio nella selezione dei titolari di poteri pubblici.**

sul tema si legga **Autogoverno della magistratura e tutela giurisdizionale. Brevi cenni sui profili problematici della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei magistrati**

