GIUSTIZIA INSIEME

Ordinamento giudiziario

Autogoverno della magistratura e tutela giurisdizionale. Brevi cenni sui profili problematici della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei magistrati

di Fabio Francario

14 novembre 2018

La tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei magistrati, rispetto a quella di qualsiasi altro funzionario di un'amministrazione pubblica, presenta peculiari profili problematici legati essenzialmente all'esistenza di un organo di autogoverno, competente per l'adozione dei provvedimenti relativi allo status del personale (nomine, promozioni, trasferimenti, disciplina etc). Tali competenze vengono così sottratte a quella che sarebbe altrimenti l'amministrazione titolare del potere di provvedere in materia, ed affidate ad un organo che non ha natura amministrativa, ponendo con ciò il problema di capire se e come le sue decisioni siano eventualmente impugnabili. Il fenomeno non è solo della magistratura ordinaria, ma caratterizza ormai anche le magistrature speciali, il cui ordinamento si è progressivamente avvicinato al modello di autogoverno della prima con il crescere del distacco dal potere esecutivo, nelle cui articolazioni erano precedentemente assorbite [1].

Il modello dell'autogoverno caratterizza il rapporto di servizio del personale di magistratura in ragione della necessità di assicurare il rispetto dei principi costituzionali che vogliono che il giudice sia soggetto "soltanto alla legge" (art. 1001 Cost.) e che la magistratura sia costituita in "ordine autonomo e indipendente da ogni altri potere" (art. 104 Cost.); principi che

evidentemente escludono che i magistrati possano essere governati, così come qualsiasi altro dipendente pubblico, da organi appartenenti al sistema dell'amministrazione pubblica e che rendono con ciò peculiare il problema della tutela giurisdizionale avverso gli atti di un pubblico potere non riducibile ad una pubblica amministrazione.

Per i magistrati ordinari, il problema sembrerebbe espressamente risolto dall'art 17 della legge 24 marzo 1958 n. 195, che, nel prevedere che "*tutti 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 grazia e giustizia*", dispone altresì che *"contro i predetti provvedimenti, è ammesso ricorso al Consiglio di Stato per motivi di legittimità"* e che *"contro i provvedimenti in materia disciplinare, è ammesso ricorso alle sezioni unite della Corte suprema di Cassazione"*.

Se la ricorribilità in Cassazione avverso i provvedimenti disciplinari tutto sommato non ha mai creato particolari problemi, in quanto l'attività del Consiglio in tal caso viene qualificata come giurisdizionale (*ad vocem*), più di un dubbio è stato invece avanzato con riferimento alla previsione dell'impugnabilità dei provvedimenti incidenti sullo status innanzi al giudice amministrativo, sia per l'intrinseca impugnabilità degli atti, sia per la scelta del giudice amministrativo. Sotto questo profilo, la norma dà per scontata la soluzione affermativa del problema dell'ammissibilità della tutela giurisdizionale avverso gli atti del Consiglio Superiore della Magistratura, e l'individuazione del giudice naturale in quello amministrativo.

L'articolata soluzione proposta dal citato art. 17 della l. 195/1958 appare oggi consolidata in giurisprudenza, nonostante la dottrina non sia mai stata del tutto convinta della bontà della soluzione e sia rimasta comunque perplessa [2]. Il fatto è che quello della tutela giurisdizionale per le violazioni della normativa in materia di ordinamento giudiziario rimane pur sempre un problema particolarmente delicato e complesso, in quanto tocca principi costituzionali fondamentali (la tutela dei diritti ed interessi legittimi riconosciuta come diritto inviolabile di ogni cittadino – magistrati compresi – dall' art. 24 Cost.) e le fondamenta stesse dell'ordinamento repubblicano (il principio di separazione dei pubblici poteri e della soggezione del giudice soltanto alla legge – artt 101 e 104 Cost.).

Nella loro essenza, i termini della questione sono riassunti e ponderati nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 44 del 14 maggio 1968 [3], occasionata dalle già ricordate disposizioni recate dall'art. 17 della legge 24 marzo 1958 n. 195 .

Sotto un primo profilo, il problema si riassume nella necessità di chiarire se il buon adempimento della funzione strumentale affidata al Consiglio Superiore della Magistratura esiga la sua sottrazione ad ogni interferenza, non solo dei poteri attivi (ed in specie di quello esecutivo) ma anche del potere giurisdizionale. Contrapposta, è la già ricordata esigenza di assicurare a tutti i cittadini, compresi quelli appartenenti alla categoria dei magistrati, la tutela giurisdizionale dei propri diritti ed interessi legittimi.

Sotto un secondo profilo, il problema riguarda l'individuazione del giudice competente. Le esigenze che si contrappongono, nell'affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa o ordinaria, sono, rispettivamente, quella di evitare di qualificare e considerare semplicemente come pubblica amministrazione il Consiglio Superiore della Magistratura; e di evitare "la confluenza che verrebbe a verificarsi negli appartenenti allo stesso ordine di destinatari dei provvedimenti del Consiglio Superiore della Magistratura e di giudici della regolarità dei medesimi".

Affermata la prevalenza dell'esigenza di tutela giurisdizionale su quella d'indipendenza del Consiglio, con l'affermazione della sussistenza della giurisdizione amministrativa è altresì evidentemente prevalsa l'esigenza di evitare la confluenza nel medesimo ordine sulle decisioni dell'organo di autogoverno; superando il problema della non appartenenza al potere esecutivo del Consiglio Superiore della Magistratura senza limitarsi al fatto che le decisioni vengono formalmente recepite in decreti ministeriali, ma sottolineando la natura sostanzialmente amministrativa dell'attività svolta (in tal senso v. già Corte Cost. 168/1963).

Pacificamente ammessa nei confronti del decreto presidenziale o ministeriale di recepimento, l'impugnativa è stata dunque ben presto estesa alla delibera del Consiglio Superiore della Magistratura in quanto atto preparatorio del procedimento concluso dal decreto presidenziale o ministeriale[4] e, successivamente, alla deliberazione in quanto tale, indipendentemente dalla circostanza che si traduca in un decreto presidenziale o ministeriale[5].

Su tali basi, può oggi ritenersi definitivamente risolto il problema tradizionale dell'impugnabilità delle decisioni del Consiglio Superiore della Magistratura.

Non possono tuttavia non rilevarsi talune anomalie di sistema derivanti dalla concentrazione in capo al giudice amministrativo della giurisdizione per le controversie riguardanti gli appartenenti tanto alla magistratura ordinaria, quanto a quella amministrativa.

Innanzi tutto perchè è evidente che in tal modo i due ordinamenti giurisdizionali non rimangono separati e distinti, ma vengono collegati in un intreccio contraddittorio: il giudice

amministrativo, le cui decisioni sono pur sempre impugnabili, anche se solo per motivi di giurisdizione (art 111 Cost.), in Cassazione, è in condizioni di poter incidere sull'ordinamento giudiziario, compreso il suo organo di vertice. E sotto questo profilo non si tratta di un rischio remoto, poiché gran parte del contenzioso finisce con il riguardare il conferimento degli uffici direttivi e, nel 2007, l'intervento del giudice amministrativo ha riguardato proprio la nomina del Primo Presidente della Corte di Cassazione[6]. Né si tratta di un rischio puramente astratto, se si considera che al giudice amministrativo è riconosciuto anche il potere di adottare le misure necessarie per assicurare l'esecuzione delle proprie decisioni ricorrendo, in caso di inottemperanza, ad un commissario ad acta per sostituire il CSM [7].

In secondo luogo va sottolineato che si ripropone per altro verso quella situazione di “confluenza” ritenuta inammissibile dalla Corte Costituzionale; se solo si considera che la magistratura amministrativa è soggetta all'autogoverno non del Consiglio superiore della magistratura ma del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, e che le decisioni di quest'ultimo rimangono impugnabili innanzi al giudice amministrativo. In sostanza: il giudice amministrativo conosce delle decisioni sui giudici amministrativi (anche quando si tratta di provvedimenti disciplinari, viene esclusa la competenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione)[8].

La disarmonia appena rilevata tocca i principi informatori del sistema complessivamente considerato. Anche scendendo ad analizzare il sistema di tutela concretamente vigente per i magistrati ordinari, si rivela però come esso sia caratterizzato dalla coesistenza non perfettamente armonizzata di una giurisdizione esclusiva e di una giurisdizione generale di legittimità.

Le peculiarità della prima sono più che altro nelle ragioni che hanno giustificato la conservazione dello status pubblicistico del rapporto di servizio dei magistrati. Differentemente dalle altre categorie parimenti sottratte al processo di privatizzazione che ha interessato il personale professionale alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, la conservazione del rapporto di pubblico impiego non è stata imposta dalla necessità di salvaguardare, rispetto allo schema di lavoro privatistico, i tratti autoritari e di subordinazione gerarchica, ma, al contrario, sempre e solo l’autonomia e l’indipendenza della magistratura[9]. Salva questa precisazione di principio e salvo il fatto che la giurisdizione esclusiva presuppone la sussistenza di un rapporto d’impiego professionale e non onorario, per il resto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i rapporti d’impiego dei magistrati, almeno sotto il profilo del trattamento economico, non presenta peculiarità di rilievo. Diversamente, la giurisdizione generale di

legittimità, proprio a causa dell'imputazione o della partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa dell'organo di autogoverno, presenta più di una peculiarità nel concreto svolgimento del giudizio amministrativo e nella sua instaurazione: in ordine al provvedimento impugnabile, alle parti del processo, all'ampiezza del sindacato giurisdizionale[10].

[1] Il Consiglio superiore della magistratura viene istituito con l. 24 marzo 1958 n. 195; il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa con l. 27 aprile 1982 n. 186; il Consiglio di presidenza della corte dei conti con l. 13 aprile 1988 n. 117; il Consiglio della magistratura militare con l. 30 dicembre 1988 n. 561. Sul quadro d'insieme in dottrina v. D'Aloia,.L'autogoverno delle magistrature, 71 ss ; S.Senese, Giudice (nozione e diritto costituzionale), in Dig. Disc. Pubbl., VII, Torino Utet, 1991, 218 ss; I. Lolli, L'autogoverno delle giurisdizioni speciali : profili problematici e prospettive di riforma, in Giur. Cost., 1997, 2071 ss

[2] Cfr.: G. FERRARI, *Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Enc. Giur. Treccani,* VIII, Roma, IPZS, 1988; G. CUGURRA, *Atti del Consiglio Superiore della Magistraura e sindacato giurisdizionale,* in *Dir. Proc. Amm.*, 3/1984, 310ss. Più in generale, sul problema dell'impugnabilità delle delibere del C.S.M. v. anche E. CANNADA – BARTOLI, *Tutela dei magistrati eletti al Consiglio superiore, giurisdizione del Consiglio di Stato e forma degli atti,* in *Foro amm*., 1972, p. 109 s.; V. SPAGNA MUSSO, *Sulla sindacabilità degli atti del C.S.M. da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur cost*., 1962, p. 1609 ss; A. M. SANDULLI. , *Atti del Consiglio superiore della magistratura e sindacato giurisdizionale*, in *Giust. civ*., 1963, II, 3 ss. ; U. DE SIERVO, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio superiore della Magistratura,* in *Giur. cost.,* 1968, p.690 ss.

[3] Corte cost. 14.5.1968, n.44, in *Foro it*., 1968, I, 1396 ss.

[4] Cons Stato, Sez. IV, 14 marzo 1962 n. 248; Id., 22 novembre 1962 n. 752

[5] Tar Lazio, Sez. I, 8 giugno 1983 n. 491

[6] Cfr.: Cons Stato, Sez. IV, 10 luglio 2007 n. 3893)

[7] Corte Cost. 8 settembre 1995 n. 419, in *Foro It.,* 1995, I, 2641; Id. 15 settembre 1995 n. 435

[8] Cfr.. Cass. SU 29 settembre 2000 n. 1049

[9] S. BATTINI, *Il personale*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. CASSESE, I, Milano, 2003, 563.

[10] Amplius v. F. FRANCARIO, M. ROSSI SANCHINI, *La tutela giurisdizionale amministrativa,* in E. ALBAMONTE, P. FILIPPI (a cura di) *Ordinamento giudiziario. Leggi regolamenti e procedimenti*, Lavis (Tn), 2009, 943 ss.