

3 GIUGNO 2015

L'unità della magistratura

di Agatino Cariola

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Catania



L'unità della magistratura*

di Agatino Cariola

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Catania

Sommario: 1. Giurisdizioni, saperi e categorie giuridiche – 2. L'unità della giurisdizione – 3. Unità della magistratura: l'art. 106 Cost. come criterio esclusivo di nomina degli esterni all'organizzazione giudiziaria – 4. *segue*: un'unica magistratura ed un unico Consiglio superiore

1. Giurisdizioni, saperi e categorie giuridiche

L'esistenza nel nostro Paese di più giurisdizioni appare essere il presupposto più forte per l'uso di categorie giuridiche diverse e piuttosto autoreferenziali ad opera appunto dei vari giudici, quasi si trattasse di saperi differenziati, specie in un tempo in cui l'attenzione in ordine alla produzione del fenomeno giuridico è rivolta soprattutto al ruolo della giurisprudenza¹.

La circostanza che la stessa Costituzione utilizzi le nozioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo², e che riconosca oltre quella ordinaria le giurisdizioni amministrativa, contabile e militare, ha di fatto comportato che l'intero sistema di organizzazione giudiziaria esistente nel 1948 sia stato quasi cristallizzato e legittimato per il futuro, paradossalmente bloccando un sistema che, invece, ad esempio nel campo dei rapporti tra cittadini ed amministrazione si era sviluppato per stratificazioni e sovrapposizioni, dall'iniziale assunto di unità della giurisdizione voluto da Mancini³, alla regolazione dei conflitti di attribuzione nel 1877, alle riforme crispine del 1889-1890, alla specificazione del carattere giurisdizionale delle decisioni del Consiglio di Stato

* Destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

¹ Al riguardo per tutti v. G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, Relazione conclusiva al XXVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti – Salerno 22-24 novembre 2012, Napoli, 2014, 143 ss.

² Sul punto, per tutti, A. ROMANO, *Premessa*, in Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, Padova, 2001, IX ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*⁶, Bologna, 2002, 62 ss.

³ Su cui lo stesso P.S. MANCINI, che ha steso la Relazione sui conflitti di giurisdizione, propedeutica alla legge n. 31 marzo 1877, in *Atti del Primo Congresso Giuridico Italiano*, Roma, 1872, 327 ss. Per la "storia" della legge abolitrice del contenzioso amministrativo v. ora F. MERUSI, *L'unificazione amministrativa (legge 20 marzo 1865, n. 2248) e l'evoluzione post-unitaria. Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Amministrare*, 2015, 225.



solo nel 1907, all'istituzione della giurisdizione esclusiva nel 1924, e così via. Lo stesso è da dire per la giurisdizione contabile, estesa oltre ogni previsione dai più recenti interventi legislativi ⁴.

Si tratta di vicende note, ma non si insiste mai abbastanza sul fatto che le categorie giuridiche sono state elaborate a partire dall'organizzazione giudiziaria.

Alla fine non vale nemmeno ricordare S. Spaventa ed il suo famoso discorso di Bergamo del 7 maggio 1880, giacché esso muoveva appunto da «la necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione» ⁵. Semmai, è da lamentare che si sia tradita l'ispirazione spaventiana tesa a lamentare il «pericolo che corrono le nostre istituzioni per causa della ingerenza indebita dei deputati nell'amministrazione dello Stato, e alla necessità di porvi riparo» ⁶ e ad assicurare quindi la maggiore imparzialità dell'amministrazione: ancora di recente si è lamentato che le cd riforme «sono spesso il frutto dell'opera di gabinetti ministeriali in cui lavorano (oltre a cosiddetti esperti assunti senza concorso) magistrati consiglieri di stato e della corte dei conti, occupati ad applicare leggi, ad interpretarle per i bisogni contingenti, o a scriverne di nuove sempre per le esigenze del momento: in ogni caso a configurarsi ulteriori spazi di intervento», e si è contestato il circolo vizioso tra produzione normativa e sua applicazione ⁷, che elude il principio di separazione dei poteri pur da affermarsi a base di un ordinamento democratico che vuole assicurare l'indipendenza del potere giudiziario ⁸.

Allora, che i signori del diritto – per riprendere una terminologia abusata – siano diversi ha effetti anche sotto il profilo delle categorie giuridiche utilizzate.

E' tuttora inattuata la previsione di M.S. Giannini secondo cui si sarebbe formato un «nuovo diritto "comune"», giacché il diritto amministrativo conserva sì «una sua zona autoritaria che si sta [però] aprendo verso forme procedimentali e convenzionali», ma «per il resto tende a divenire un diritto che trova i suoi moduli nel diritto privato, insieme al quale si avvia a ritornare un diritto unitario» e del quale acquista il carattere corale» ⁹. Sotto il profilo sostanziale non può non riconoscersi l'unità dell'esperienza giuridica, specie a considerare la situazione dei soggetti che richiedono accesso alle sedi giurisdizionali per la tutela della sfera personale o patrimoniale oppure per il conseguimento di un bene. Epperò, a questi stessi soggetti è difficile spiegare categorie che seguitano ad essere adoperate come domini piuttosto riservati di saperi con pretesa

⁴ Sul punto A. LANZAFAME, *L'estensione di competenze del giudice contabile: le anomalie di un giudice che appare alla ricerca di identità e con un processo di serie minore*, in www.leggioggi.it (27 aprile 2014).

⁵ Da S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione ed altri scritti*, Napoli, 2006, 58.

⁶ S. SPAVENTA, *op. cit.*, 17.

⁷ Ancora A. LANZAFAME, *op. cit.*

⁸ Sul quale è sempre fondamentale G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I e II, Milano, 1979 e 1984.

⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 866.



di esclusività in quanto legittimati per l'appartenenza ad assetti organizzativi diversi: così, per riferirsi alla distinzione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, la categoria dell'interesse legittimo continua ad essere il punto di discriminazione delle giurisdizioni¹⁰, malgrado l'estensione delle materie di giurisdizione esclusiva abbia di fatto comportato l'attrazione al giudice amministrativo di molte controversie, trasformandolo da giudice della funzione amministrativa¹¹ a giudice dei rapporti economici in cui è parte la pubblica amministrazione, ovvero il soggetto che nello stato sociale è o dovrebbe essere il motore più forte dell'economia.

La costituzionalizzazione dell'interesse legittimo ha comportato l'abbandono di una riflessione unitaria sulle situazioni giuridiche soggettive, di modo che diritti ed interessi e rispettive giurisdizioni sembrano oggetti di mondi diversi, e la categoria dell'interesse, invece di essere frutto della teoria generale, è appannaggio pressoché esclusivo di una branca del diritto¹². Nozioni quali correttezza e buona fede, da un lato, ed eccesso di potere, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria o di motivazione, dall'altro, sono spesso intese siccome riferite ad esperienze diverse, e solo con difficoltà transitano da un settore all'altro, *id est* da una giurisdizione all'altra¹³. Non si è sviluppata una considerazione unitaria delle situazioni giuridiche, imperniata tuttora sulle posizioni di diritto e di interesse, e malgrado significativi sforzi dottrinali volti, però, non tanto a rimettere in discussione la categoria dell'interesse legittimo, quanto ad individuarne la presenza in rapporti tradizionalmente oggetto del diritto privato¹⁴. Anzi, la nozione di interesse è (stata) sempre più legata all'esercizio del potere pubblico¹⁵ e nelle applicazioni giurisprudenziali compare spesso l'idea circa l'insindacabilità del contenuto accolto dalla scelta (non solo politica, ma appunto) amministrativa. La giurisprudenza, infatti, risulta unificare il trattamento riservato alle decisioni provenienti da organi dotati di legittimazione politica e quelle adottate da organi di estrazione burocratico-amministrativa, malgrado la separazione tra indirizzo politico e gestione

¹⁰ V. art. 7, d.lgs. n. 104 del 2010, e soprattutto Corte costituzionale nn. 204/2004 e 19172006.

¹¹ Come ancora lo configura l'art. 7 d.lgs. n. 104/2010.

¹² Sulla nozione di interesse legittimo v. almeno E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 9 ss.; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti Convegno 150° Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 ss.; M. NIGRO ed Altri, *Ma che cos'è questo interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1987, II, 317 ss.; F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

¹³ Così, per fare un esempio, risulta tuttora difficile davanti al giudice ordinario rilevare che l'amministrazione è tenuta al rispetto del principio di correttezza sancito dagli artt. 1175 e 1375 c.c.; nel campo dei rapporti in cui è parte un'amministrazione tale principio trova espressione nei corollari di ragionevolezza e proporzionalità che non a caso costituiscono principi generali del procedimento amministrativo, la cui trasgressione allora ridonda in violazione del medesimo principio di correttezza.

¹⁴ L'ovvio riferimento è a L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Sull'argomento può ricordarsi ancora di recente Cass., s.u., 3 febbraio 2014, n. 2290.

¹⁵ V. appunto l'art. 7 d.lgs. n. 104/2010, e sempre sulla scorta di Corte costituzionale n. 204/2004.



sia stata già da tempo affermata nel nostro ordinamento ed abbia trovato riconoscimento legislativo in applicazione di più alti principi costituzionali.

Eppure, a riprendere la suggestione di Giannini, non dovrebbe essere impossibile accostare la cd discrezionalità amministrativa all'autonomia di cui gode ogni soggetto e ritenere lo stesso interesse legittimo niente più e/o di diverso dalla posizione giuridica di chi richiede a controparte, compresa un'amministrazione, correttezza nello svolgimento di ogni rapporto. Lo stesso diritto privato, che rimane l'esperienza giuridica comune, da sempre tutela posizioni che possono definirsi strumentali come quella al rispetto del possesso, oppure all'affidamento nel comportamento delle controparti nella conduzione delle trattative, e le quali solo per comodità possono definirsi diritti alla medesima stregua della proprietà, pur ricevendo tutela per le menomazioni loro arrecate. Di fatto, in un'epoca segnata dalla globalizzazione anche nel campo giuridico la cultura italiana non è riuscita ad esportare la categoria dell'interesse legittimo oltre i confini nazionali: il che dovrebbe indurre quantomeno a riflettere sull'essenza e l'utilità della stessa categoria. Invece, il risultato paradossale è che, per un verso, si è debitori dell'idea del cd diritto amministrativo paritario¹⁶; per altro verso, e come si è notato, si è addirittura codificato il nesso tra situazione giuridica soggettiva ed esercizio del potere amministrativo, inteso sempre come qualcosa di diverso dello spazio di autonomia riconosciuto ad ogni soggetto. Invero, stando ai presupposti dello Stato di diritto, la considerazione del potere pubblico dovrebbe indurre ad estendere l'intervento giudiziario ed a limitare l'ambito della sfera insindacabile¹⁷: al contrario, la cultura italiana sembra tuttora più preoccupata di porre limiti già all'azione, cioè a dire all'accesso alla giustizia¹⁸.

L'integrazione europea contribuisce di certo ad affermare l'efficacia generale di alcuni principi/criteri e ad rafforzarne la portata, ad esempio la tutela dell'affidamento, valore fondamentale dello Stato di diritto¹⁹, sebbene alla fine risulti paradossale che ci si richiami ai

¹⁶ Secondo la lezione di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.

¹⁷ Cfr., muovendo da una vicenda particolare, D. MESSINEO, *Atti politici, stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 2013, 717 ss.

¹⁸ Il riferimento è sempre all'art. 7, d.lgs. n. 104/2010, dove si riporta l'esclusione degli atti politici dal sindacato giurisdizionale amministrativo, giacché «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico», malgrado la chiara lezione a suo tempo di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, poi in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1981, 451 ss., 503 ss. Nello Stato delle autonomie, ove per l'art. 114 Cost. enti locali e Stato sono posti sullo stesso piano, in quanto tutti espressioni di sovranità popolare, non si comprende perché solo gli atti del Governo centrale dovrebbero essere nemmeno impugnabili e non anche quelli degli esecutivi locali.

¹⁹ V. Corte costituzionale, nn. 349/1985, 822/1988, 155/1990, 39/1993, ma è da riconoscere pure che il diritto comunitario ha accentuato tale tutela, ad esempio, CGCE, 15 luglio 2004, in causa C – 459/02.



principi del diritto europeo come a qualcosa di diverso da quelli dell'ordinamento italiano²⁰, come se si trattasse di valori da importare differenti da quelli della cultura giuridica della quale quest'ultimo è il prodotto, ovvero come se all'elaborazione di tali principi sovranazionali l'esperienza giuridica italiana non partecipasse, e senza oltretutto a questo punto dare alcuna chiave di soluzione alla possibile ipotesi di contrasto tra gli uni e gli altri²¹.

2. L'unità della giurisdizione

La realtà è che i linguaggi giuridici sono ancora ed al tempo stesso il presupposto ed il prodotto di differenti giurisdizioni, ciascuna con i propri assetti organizzativi. Il modo in cui si è formato l'assetto delle giurisdizioni ha comportato l'elaborazione di tradizioni culturali in parte diverse, rafforzate indubbiamente da spinte corporative. L'elaborazione nei periodi più recenti di testi processuali ad opera delle diverse giurisdizioni – ed è evidente il riferimento al codice del processo amministrativo nel 2010 – rafforza la tentazione autoreferenziale delle giurisdizioni. Eppure, le regole processuali sono alla fine le più generali dell'ordinamento, perché per definizione dettano le norme circa l'accesso alla giustizia e – sembra pleonastico ricordarlo – si pongono quale limite per lo stesso giudice²².

Ogni riflessione sui linguaggi nel diritto intercetta pertanto e pressoché si confonde con il tema relativo all'unicità della giurisdizione.

Si deve a G. Silvestri l'insistenza sul tale principio da ricostruire «con maggiore ampiezza e organicità, facendo leva sulle norme esistenti»²³, sino a ritenere che la Costituzione abbia già realizzata l'unificazione di tutti i giudici sotto la categoria della magistratura ordinaria. La Costituzione «riconosce e prevede una serie di giurisdizioni distinte tra loro per struttura, poteri e competenze, ma ammette un solo tipo di magistrato, tranne particolari eccezioni ... in posizione

Nella letteratura italiana cfr. almeno F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F. MANGANARO, *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

²⁰ Che, ad esempio, la partecipazione dell'interessato al procedimento amministrativo discendesse dal principio di sovranità popolare lo si notava già molto prima della legge sul procedimento, G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; M. ALÌ, *Studi sui procedimenti amministrativi a partecipazione popolare*, Milano, 1970. Sull'argomento, dopo la l. n. 241/1990, poi, per tutti M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo: dai principi comunitari alla legge n. 241 del 1990*, Milano, 1990.

²¹ Il riferimento è all'art. 1, l. n. 241/1990, come riformulato dalla l. n. 15/2005, che nel richiamo ai principi del diritto europeo sul procedimento amministrativo come a qualcosa di giustapposto e diverso dal diritto italiano necessariamente induce all'ipotesi di un loro possibile contrasto che richiede soluzione.

²² Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁵, II, Padova, 1984, 231, a proposito addirittura della legge costituzionale prevista dall'art. 137 Cost. per la regolazione dell'accesso alla Corte costituzionale.

²³ *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 707 ss., 709. Dello stesso A., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, part. 28 ss.

marginale rispetto alla giurisdizione vera e propria»²⁴. Da qui l'esistenza di un solo *status* per tutti i magistrati ed il disegno di un governo unico di tutte le magistrature.

Di contro è rilevato che il disconoscimento del valore normativo della distinzione ordinario-speciale comporterebbe la svalutazione di precise disposizioni costituzionali²⁵. Si riconosce certo la vocazione unitaria espressa dalla Costituzione in ordine alle giurisdizioni e si avverte la preoccupazione per la diminuzione del ruolo della magistratura ordinaria, così come si critica la situazione, «a dir poco curiosa, che nello stesso ordinamento vigono contemporaneamente il principio di unicità della giurisdizione e cinque diverse discipline inerenti lo status dei soggetti che esercitano quella che dovrebbe essere l'unica funzione giurisdizionale»²⁶. Ma la chiave di razionalizzazione del sistema non potrebbe non essere che quella della revisione, a partire da quella costituzionale.

Epperò, non può dirsi che lo stato del potere giurisdizionale sia accettabile in ordine alla sua organizzazione, come al suo funzionamento. Il metodo del costituzionalista non può non muovere dall'insoddisfazione per l'assetto esistente, giacché altrimenti il suo *discorso* si ridurrebbe alla giustificazione del reale in una sorta di panglossismo alla *Candide* di Voltaire; la Costituzione va sempre adoperata *magis ut valeat*, secondo l'insuperata lezione di Crisafulli.

E' noto che la Costituente respinse la proposta di ritornare all'unità della giurisdizione accolta nel 1865, bocciando la proposta Calamandrei²⁷: l'assetto organizzativo immaginato da P.S. Mancini era stato da tempo superato con la creazione della giurisdizione amministrativa ed il mantenimento delle giurisdizioni contabile e militare. Quel voto dell'Assemblea costituente è stato di fatto inteso pressoché quale integrale conferma dell'impianto al tempo esistente, come se la Costituzione non avesse disposto nulla al riguardo. Si è anzi sviluppato un sistema in cui sussistono diverse magistrature, piuttosto autoreferenziali, che addirittura fanno capo a ministeri

²⁴ G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., 726.

²⁵ Così A. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra "attuazione" e "adeguamento" della Costituzione*, Napoli, 1995, 237, ma *passim*. Che sia «da ritenersi perciò sostanzialmente delusa dalla Costituzione l'aspirazione all'unità della giurisdizione» è ammesso da A. PIZZORUSSO, *La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, I, Bologna-Roma, 1994, 195.

²⁶ A. POGGI, *op. cit.*, 385.

²⁷ I lavori in II Sottocommissione, II sezione, risultano tuttora di una freschezza impressionante: già con la sua relazione del 5 dicembre 1946 Calamandrei proponeva l'unicità della giurisdizione e la soluzione più rigorosa, cioè l'abolizione generale di tutte le giurisdizioni speciali, comprese appunto quelle amministrative, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei deputati, VIII, Roma, 1970, 1890; ma nella seduta del 19 dicembre 1946 la sua proposta non venne approvata, *ivi*, 1947, sebbene con alcuni distinguì e certamente con l'intento chiaramente manifestato in molti interventi di modificare profondamente la disciplina delle giurisdizioni cd speciali. Sui lavori in Costituente v., poi, F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 112 ss.; A. POGGI, *op. cit.*, 116 ss..



diversi. Se per l'art. 110 Cost., «spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia», e quindi la giurisdizione ordinaria rimane collegata al Ministero della giustizia, le magistrature amministrativa e contabile fanno capo alla Presidenza del consiglio e quella militare al Ministero della difesa. La magistratura tributaria – della quale non è traccia in Costituzione – è legata al Ministero dell'economia. Solo per la magistratura ordinaria «il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare» (art. 108 Cost.). Addirittura, la magistratura amministrativa è distinta in gruppi, in magistrati dei tribunali amministrativi²⁸ e del Consiglio di stato, come se si trattasse di giurisdizioni diverse. Alla stregua del modello previsto in Costituzione per la giurisdizione ordinaria sono stati istituiti Consigli di presidenza delle giurisdizioni amministrativa, contabile, militare e tributaria²⁹. Poi, l'assimilazione con il CSM non è a tutto tondo: ad esempio, i membri laici sono nominati in maniera distinta ora dai Presidenti delle Camere³⁰, ora dai due rami del Parlamento, stante il combinato disposto degli artt. 55 e 104 Cost.³¹; ed il Capo dello stato non è membro di tali organi, integrandosi già per questo una strana anomalia, specie a considerare il ruolo di garanzia assegnato al Presidente proprio riguardo la giurisdizione, e che allora non può non riguardare tutte le giurisdizioni³². Sempre sul tema, la presidenza di tali organi attribuita – rispettivamente - al Presidente del Consiglio di stato, della Corte dei conti, del Tribunale supremo militare, della Corte di cassazione, risulta quantomeno stonata rispetto al modello degli artt. 87 e 104 Cost., che vede la presidenza attribuita, appunto, al Presidente della Repubblica e la vicepresidenza (spesso effettiva) ad un soggetto eletto dal Parlamento: il Presidente della Corte di cassazione è sì membro di diritto del CSM, ma alla pari degli altri componenti, giacché nell'equilibrio costituzionale non dovrebbe essere apparso opportuno assegnare compiti che attengono al mantenimento di garanzie fondamentali ad un soggetto che continua a svolgere funzioni giudicanti.

²⁸ Addirittura riuniti in un'associazione loro propria, quale l'ANMA.

²⁹ Rispettivamente con ll. nn. 186/1982, 117/1988, 561/1988, e d.lgs. n. 545/1992. Sugli organi di cd autogoverno delle giurisdizioni, per tutti, A. D'ALOIA, *L'autogoverno della magistratura non ordinaria nel sistema costituzionale delle giurisdizioni*, Napoli, 1996; B. CARAVITA, a cura di, *Gli organi di garanzia delle magistrature. Profili istituzionali del governo autonomo del potere giudiziario*, Napoli, 2013.

³⁰ Consiglio di presidenza Corte dei conti e Consiglio magistratura militare.

³¹ Consigli di presidenza giustizia amministrativa e giustizia tributaria.

³² Sul punto si segue L. ARCIDIACONO, *La presidenza del Consiglio superiore della magistratura*, Milano, 1988, 31 ss., ma *passim*, ma l'osservazione è già in G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., 741, che ritiene essenziali negli organi di autogoverno il doppio bilanciamento della presidenza del Capo dello stato e della presenza dei membri cd laici. V., poi, S. SICARDI, *Il Presidente della Repubblica come presidente del CSM*, in B. CARAVITA, a cura di, *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 49 ss.



In realtà, solo una lettura del testo costituzionale pre-orientata a mantenere l'assetto esistente, inteso quale non modificabile, ed a legittimarlo a mezzo del fondamento costituzionale, porta a sottovalutare la portata innovativa delle norme costituzionali, quasi il loro «impatto eversivo»³³. La Costituzione non può essere utilizzata solo per consacrare per sempre – quasi che fosse immutabile – l'organizzazione preesistente. Né potrebbe concludersi che la disciplina sull'organizzazione giudiziaria, cioè a dire la regolazione delle giurisdizioni diverse da quella ordinaria, sia rilasciata alla legge ordinaria, che quindi potrebbe continuare a modificarla, nel rispetto di taluni (restrittivi) limiti. La Costituzione contiene in realtà principi ed istituti diversi, giacché, se per un verso riconosce il ruolo dei giudici amministrativi, contabili e militari, per altro verso inizia pure la disciplina del potere giudiziario con la proclamazione secondo cui «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario» (art. 102). Appunto: la Costituzione parla al singolare di funzione giurisdizionale, considerata sempre unica. In linea di ipotesi, a Costituzione invariata, la legge potrebbe ricomprendere nell'organizzazione dell'unica funzione tutte le giurisdizioni oggi disciplinate in modo così diverso. La circostanza - ed il punto sarà ripreso ancora in seguito - che l'art. 103 sia fra gli artt. 102 e 104 potrebbe comportare appunto che le giurisdizioni amministrativa, contabile e militare non siano altro che sezioni specializzate dell'unica giurisdizione ordinaria³⁴. Si vuol dire che - alla fine - non risulta tanto definito e certo il quadro costituzionale sulla pretesa esistenza di apparati giurisdizionali tanto diversi, ognuno dei quali farebbe sistema a sé. L'insistenza sulla scelta del legislatore potrebbe comportare gli esiti più disparati in ordine al riparto di giurisdizione, come riguardo lo *status* dei magistrati³⁵.

³³ L'espressione è di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 73 ss., riferita però all'introduzione nell'art. 111 Cost. del giusto processo, ad opera della l.cost. n. 2/1999. Continuando la riflessione dell'A., e svolgendo un accenno avanzato all'inizio, dopo il riconoscimento in Costituzione del giusto processo, che discende dal principio di indipendenza del giudice (Corte costituzionale, n. Corte cost. n. 240/2003), non sono immuni da dubbi di costituzionalità le tante norme che permettono la nomina di magistrati ordinari, amministrativi o contabili, negli uffici di gabinetto ministeriali, negli uffici legislativi, quali consiglieri giuridici, ecc., ad esempio dpr n. 138/2013.

³⁴ Vi accenna, seppure non condividendolo, G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., 726, 729.

³⁵ E' vero che le note sentenze della Corte costituzionale, nn. 204/2004 e 191/2006, più volte citate, hanno individuato limiti appunto di natura costituzionale al potere del legislatore di intervenire sul riparto tra le giurisdizioni, ma una riflessione più circospetta induce a guardare con una certa diffidenza agli esiti di tale giurisprudenza, perché constata l'estensione della giurisdizione amministrativa in tutti i casi in cui venga in questione l'esercizio del potere pubblico autoritativo.



3. Unità della magistratura: l'art. 106 Cost. come criterio esclusivo di nomina degli esterni all'organizzazione giudiziaria

In ogni caso, ad ammettere l'esistenza in Costituzione di più giurisdizioni, dovrebbe riconoscersi che il modello dell'organizzazione giudiziaria ordinaria integra la disciplina per (ciò che si è appena definito) gli altri apparati giurisdizionali. Già su taluni istituti le discipline sui magistrati amministrativi e contabili rinviano alle norme previste per i magistrati ordinari³⁶. Ma l'assimilazione dovrebbe essere già riferita alle previsioni costituzionali, le quali almeno rappresentano limiti per il legislatore.

Ad esempio, l'art. 19, comma 1, l. n. 186/1982³⁷ prevede tuttora che il Governo possa nominare consiglieri di stato, in ragione di un quarto, professori universitari ordinari di materie giuridiche, avvocati con almeno quindici anni di esercizio professionale, dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche, e magistrati di altre giurisdizioni. Lo stesso potere di nomina governativa è previsto per i giudici della Corte dei conti dall'art. 7, r.d. n. 1214/1934³⁸. In un certo senso, potrebbe dirsi che tale potere del Governo ha fatto parte della storia della giustizia amministrativa, sia allorché lo stesso S. Romano è stato nominato Presidente del Consiglio di stato, in altro contesto e su altri presupposti; sia quando si è operata la cd. infornata a Palazzo Spada³⁹, che ha portato all'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 177/1973⁴⁰.

Ora, a parte la questione se il 'modello' indicato dalla decisione della Corte appena richiamata sia stato applicato in ogni fattispecie di nomina, il potere di nomina da parte del governo di c.d. giudici laici appare confliggere con più principi costituzionali: con l'art. 100 e con l'art. 108 Cost., giacché la nomina dei consiglieri di stato da parte del Governo non ne assicura certo l'indipendenza nei confronti dell'esecutivo, voluta dallo stesso Costituente; con l'art. 111, commi 1 e 2, Cost., perché il giusto processo guarda con sospetto a nomine di giudici che intervengono oltretutto senza alcun trasparente procedimento; con gli artt. 3 e 106 Cost., giacché il principio per l'accesso a tutte le magistrature rimane quello del concorso pubblico, in applicazione anche degli artt. 51 e 97 Cost. In ogni caso il modello per la nomina di «estranei» «all'amministrazione

³⁶ Così, ad esempio, dispongono su taluni profili gli artt. 27, 28, 30, 32, l. n. 186/1982, per i magistrati amministrativi.

³⁷ Seguita poi dall'art. 4 d.lgs. n. 373/2003 per il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana.

³⁸ Sul quale v. Corte costituzionale n. 1/1967.

³⁹ E. CANNADA BARTOLI, *Natale a Palazzo Spada*, in *Foro amm.*, 1972, 1113 ss.

⁴⁰ Sono noti, infatti, l'intervento dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 24 settembre 1973, la riforma operata dal d.p.r. n. 579/1973, e appunto la sentenza della Corte costituzionale n. 177/1973.



della giustizia» passa non per la nomina diretta del (soggetto elevato alle funzioni di) giudice da parte del Governo, ma al contrario per la decisione dell'organo di autogoverno nell'esercizio di una competenza che assume carattere di esclusività.

Il profilo può essere ulteriormente svolto. L'art. 106 Cost. delinea un modello che assegna al CSM di designare taluni soggetti in possesso di particolari requisiti all'ufficio di consigliere di cassazione. La disciplina di attuazione è stata dettata dall'art. 10 l. n. 195 del 1958. La scelta di avvocati e professori universitari interessati a divenire consiglieri di cassazione è rimessa al CSM, che decide sulla base delle domande degli interessati, senza vincolo alcuno e soprattutto senza alcuna iniziativa da parte del Governo. Solo in tal modo è possibile derogare alla regola che prevede che «le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso».

Allorquando è intervenuta Corte cost. n. 177 del 1973, l'organizzazione interna - per dir così - della giustizia amministrativa era ancora affidata per intero al Governo, di modo che la citata sentenza ha dovuto quasi di necessità limitarsi ad auspicare vincoli procedurali e contenutistici a carico del medesimo Governo, anche se non a caso già quella decisione prefigurava la designazione o la proposta da parte del Consiglio di stato (forme di cooptazione, cioè, lontane dall'ingerenza governativa).

Successivamente, però, il modello degli artt. 104 ss. Cost. si è diffuso oltre l'ambito della giurisdizione ordinaria, con l'istituzione degli organi di c.d. autogoverno anche per le magistrature speciali sullo schema appunto del Consiglio superiore della magistratura, alle cui competenze non a caso spesso si rinvia.

A questo punto, però, anche le nomine dei consiglieri di stato non possono sfuggire al modello che la Costituzione ha indicato per la giurisdizione ordinaria e che per l'appunto promuove, cioè a dire alla necessità che la scelta dei nominati sia fatta dall'organo di autogoverno senza alcuna ingerenza (nemmeno sotto il profilo dell'iniziativa) da parte del Governo. Solo in tal modo si assicurerebbe la terzietà e l'imparzialità del giudice (art. 111 e art. 6 Cedu), nonché l'indipendenza dell'ufficio giudiziario (art. 108), e si rispetterebbe il principio di eguaglianza che guarda con sospetto all'esistenza di discipline differenziate. L'organo di autogoverno della giustizia amministrativa potrebbe benissimo apprezzare le competenze amministrative del nominato, analoghe a quelle di un magistrato di cassazione.

Il modello dell'art. 106 Cost. appare rilevante anche sotto altro profilo, e cioè per la considerazione della cerchia dei nominabili. Si vuol dire che l'inclusione dei dirigenti pubblici nella categoria dei nominabili al Consiglio di stato sembra per un verso estremamente estesa, poiché potrebbe arrivare a comprendere anche i dirigenti degli enti locali stranamente equiparati a



tal fine ai consiglieri di corte d'appello; per altro verso è assai lontana dalla previsione della disposizione costituzionale, che opportunamente si riferisce solo a professori universitari e ad avvocati, giacché gli uni e gli altri dovrebbero essere per definizione soggetti liberi e critici, legati alla prospettiva di tutela dei diritti. Al contrario, a carico dei dipendenti pubblici (diversi da professori e giudici, non a caso tutelati da particolari garanzie) il rapporto di pubblico impiego con i suoi obblighi conforma l'attività e prevale sullo svolgimento delle funzioni. Insomma, i dirigenti pubblici potrebbero stare bene in un organo con funzioni meramente consultive, sebbene anche in questo caso si pone l'esigenza di assicurarne l'indipendenza rispetto al Governo come richiede l'art. 100 Cost., ma non possono comporre di certo un organo giurisdizionale⁴¹.

Considerazione diversa va fatta per i magistrati delle altre giurisdizioni. A parte quanto si dirà sul fatto che sarebbe coerente alla Costituzione l'esistenza di un'unica magistratura, risulta del tutto illegittimo il potere di nomina governativa a consiglieri di stato di magistrati provenienti da giurisdizioni diverse. Esso, infatti, implica che taluni magistrati intrattengano rapporti con l'Esecutivo sì da poter essere presi in considerazione ai fini della nomina, in netto contrasto con l'indipendenza che deve assicurare l'esercizio della funzione giurisdizionale e le sue manifestazioni.

Insomma, i soggetti indicati dall'art. 106, comma 3, Cost. per la nomina a consigliere di cassazione (avvocati e professori universitari) esauriscono le categorie di nominabili anche al Consiglio di stato ed alla Corte dei conti. L'art. 106 Cost. esprime un vero e proprio "modello" di partecipazione dei laici alla giustizia (argomento ex art. 102 Cost.) dal quale non è possibile per il legislatore ordinario discostarsi.

Del resto, non potrebbe sostenersi che la presenza di "amministrativi" nel supremo consesso della giustizia amministrativa risponda ad esigenze di preparazione e, quindi, di funzionalità dell'organo, e ciò sotto più ragioni di segno diverso ma tutte convergenti. Infatti, la giurisdizione ordinaria non è meno interessata a disporre delle necessarie competenze professionali le volte in cui ha a che fare con l'attività e/o l'organizzazione amministrativa, eppure non si è mai pensato di modificare la struttura dei giudizi civili o la composizione degli organi giudicanti in

⁴¹ Tale conclusione deve rafforzarsi a proposito dell'art. 4, d.lgs. n. 373 del 2003. Infatti, se per l'art. 19, l. n. 186 del 1982 i consiglieri di stato sono nominati sino al collocamento in quiescenza, i componenti laici del CGA sono nominati solo per sei anni: non è peregrino ipotizzare che il dipendente pubblico nominato giudice amministrativo (al CGA) ritorni dopo l'espletamento del mandato ad essere inserito nella struttura amministrativa di appartenenza e ad essere sottoposto alle indicazioni provenienti dagli organi di guida politica e/o dai funzionari in posizione superiore. Ma a questo punto l'intero impianto costituzionale sull'indipendenza di ogni magistratura sarebbe profondamente vulnerato in contrasto con gli artt. 3, 24, 97, 103, 111, 113 Cost.



considerazione della qualità di un soggetto-parte. Oltretutto, siffatto esito sarebbe in palese spregio del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Sarebbe assurdo solo proporre che un prefetto, un dirigente ministeriale o un militare facciano parte della Cassazione, e ciò non solo perché non lo consente l'art. 106 Cost., ma perché la cultura della giurisdizione non è caratteristica o *habitus* che si acquista con un semplice “passaggio” di funzioni. Allora, è inammissibile che soggetti dotati di tali esperienze (e che costituiscono l'ossatura dell'organizzazione pubblica per la cura prestata in concreto agli interessi pubblici) facciano parte degli organi di giustizia amministrativa. Se fosse vero che la presenza di giudici di nomina governativa e provenienti senza alcun concorso dai ranghi dell'amministrazione arricchisce il giudizio amministrativo, tale presenza dovrebbe essere logicamente e coerentemente assicurata sin dal primo grado e non solo in appello: eppure, in maniera contraddittoria rispetto alla pretesa premessa l'attuale legislazione non prevede affatto la presenza di soggetti “laici” presso i collegi giudicanti dei tribunali amministrativi regionali (se non in occasione della loro prima istituzione e sempre previo concorso). Sempre ad aderire all'ipotesi che la presenza di giudici provenienti dalle fila dell'amministrazione attiva arricchisca il giudizio amministrativo, dovrebbe apparire evidente che tale conclusione è ripudiata in radice dal nostro ordinamento, giacché i principi di eguaglianza, di indipendenza della funzione giurisdizionale, di effettività della tutela giurisdizionale, di parità delle armi, ecc., richiedono la netta separazione tra il campo della cura in concreto degli interessi (pubblici, affidata per l'appunto all'amministrazione attiva ed ai suoi agenti), e la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche, di competenza di soggetti per definizione disinteressati ed in posizione di assoluta neutralità. Considerazioni analoghe vanno avanzate per le nomine governative presso la giurisdizione contabile.

4. segue: un'unica magistratura ed un unico Consiglio superiore

Quello indicato è, però, un profilo tutto sommato secondario, di rifinitura per dir così del sistema giudiziario nelle sue attuali articolazioni, all'interno di un'organizzazione che per l'appunto conserva impianti organizzativi diversi e che, allora, si limita a fare un'applicazione analogica dell'art. 106 Cost. Rimane il punto fondamentale circa l'assetto complessivo di tale sistema ed è quello relativo alla coerenza costituzionale – *id est* la legittimità – di un assetto che vede giurisdizioni e relativi apparati organizzativi del tutto diverse.

La tesi dominante – irrobustita dal fatto - ritiene che il mantenimento delle giurisdizioni amministrative nell'art. 103 Cost. comporti di necessità anche la conservazione di magistrature



diverse⁴². L'argomento forte a favore di tale conclusione è – a parte la valorizzazione del rifiuto in Assemblea costituente di tornare al modello di Mancini – l'art. 108 Cost., secondo cui «le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia»⁴³. Si tratta di un evidente argomento *a contrario*: la stessa Costituzione ammetterebbe che vi siano magistrature diverse alle quali si applicano leggi particolari e non un unico ordinamento giudiziario. La disciplina sulle fonti di organizzazione diventerebbe così la consacrazione dell'assetto pre-costituzionale, anzi il presupposto per la divaricazione abbastanza forte delle magistrature che si è avuto nello svolgimento della legislazione.

L'argomento *a contrario* non è irresistibile: per la sua formulazione testuale l'art. 108 Cost. non è una norma imperativa, ma facoltizzante nel senso che “permette” alla legge di dettare norme differenziate per la magistratura ordinaria e per le altre, ma non definisce affatto che magistrature diverse debbano esserci. Lo stesso è da dire per il secondo comma: che la legge deve provvedere a garantire l'indipendenza dei giudici e dei pubblici ministeri nelle giurisdizioni speciali, come degli estranei, compresi quelli presenti negli organi giudiziari ordinari per l'art. 102 Cost., è affermazione di principio fondamentale in ordine appunto all'indipendenza di tutti coloro che “hanno a che fare con l'amministrazione della giustizia”, ma non dà alcuna indicazione in ordine alla *necessità* che sussistano magistrature diverse né riguardo il contenuto delle possibili discipline, se non appunto l'esigenza di assicurare l'indipendenza dei giudici.

Niente allora impedisce che, mantenendo giurisdizioni diverse, la legge possa unificare le magistrature, cioè a dire modalità di accesso, regime giuridico, trattamento disciplinare ed

⁴² Per tutti può vedersi ancora V. BACHELET, *op. cit.*, 483 ss., il quale, pur riportando «la considerazione che il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti non fanno parte dell'ordine giudiziario (disciplinato dagli artt. 104-107)», ed ammettendo le disarmonie del testo costituzionale, conclude «che la magistratura si compone nel nostro ordinamento, in base a costituzione: dei giudici dell'ordine giudiziario, del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali; della Corte dei Conti; dei tribunali militari», 487.

⁴³ Non appaiono di rilievo in ogni caso le disposizioni transitorie e finali VI e VII, che prevedevano la «revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari», il «riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'articolo 111»; l'osservanza delle norme dell'ordinamento vigente «fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione». G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., 731, ricorda che Corte costituzionale n. 215/1976 ha escluso che gli artt. 108 e 111 Cost. si riferiscano al Consiglio di Stato, alla Corte dei conti e ai tribunali militari, destinatari di altri articoli della Costituzione, artt. 103 e 111, (allora) terzo comma. Alla riflessione di Silvestri anche per la contestazione della tesi il fondamento per mantenere magistrature diverse sarebbe l'art. 135, primo comma, Cost., che contiene il termine al plurale, *ivi*, 722.



economico dei magistrati, i quali si distinguerebbero «fra loro soltanto per diversità di funzioni» (art. 107) e per l'assegnazione all'una o all'altra giurisdizione.

Infatti, il punto è se la Costituzione esige il mantenimento di *status* diversi per magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, o se al contrario richiede che vi sia un unico *status* per i magistrati contemplati appunto nel testo costituzionale agli artt. 102 e 103, *id est* un unico ordinamento giudiziario. Ora, se si abbandona l'idea di rimanere legati al rigetto in Assemblea costituente della proposta Calamandrei⁴⁴ ed ad una sorta di intento originario ipostatizzato oltre misura⁴⁵, può convenirsi che il sistema costituzionale va ricostruito a partire dalle previsioni di contenuto più generale e di principio (e non certo dalle disposizioni di carattere complementare come l'art. 108, il quale oltretutto insiste sull'indipendenza delle magistrature speciali, non sul fatto che le stesse debbono esserci e secondo l'esperienza conosciuta). A questo punto la norma di principio, cioè che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario» (art. 102), è quella di carattere assolutamente generale e riguarda tutte le giurisdizioni, comprese quelle indicate al successivo art. 103, giurisdizioni particolari certo, ma cui sono adibiti sempre magistrati ordinari.

In altri termini, la Costituzione ha scisso assetti delle giurisdizioni e disciplina dello *status* dei magistrati alle stesse assegnate: se le giurisdizioni sono diverse⁴⁶, non per questo sono diverse le magistrature. Come si è notato⁴⁷, non può non esistere un unico *status*, che trova espressione già in Costituzione. Le magistrature cui allude l'art. 108, primo comma, sono quelle residuali che il Costituente conosceva e che guardava con sospetto⁴⁸. Per il rilievo che hanno nello Stato-amministrazione ed in quello che assicura «l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico», non può pensarsi di definire (ancora) speciali le giurisdizioni amministrativa e contabile. Che i tribunali militari siano composti da magistrati ordinari è una scelta che ben si lega allo spirito democratico della Repubblica che informa persino l'ordinamento delle forze armate (art. 52).

⁴⁴ V. *retro* nota 27.

⁴⁵ Sul tema, se si vuole, A. CARIOLA, *La «tradizione costituzionale»: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, Milano, 2007, 521 ss,

⁴⁶ Espressioni del pluralismo in ambito giurisdizionale, che comporta reciproca legittimazione, sulla quale D. MESSINEO, citato in A. CARIOLA, *Regolazione e giurisdizione: la prospettiva europea e italiana*, in *Jus*, 2005, 487.

⁴⁷ Ancora G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit.

⁴⁸ Sul punto è sempre interessante l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *op. cit.* 269 s., riguardo la nozione di *giudice a quo* e la miriade di soggetti cui nel nostro ordinamento sono attribuite funzioni giurisdizionali.



In linea di principio la magistratura, allora, è unica ed unico è il suo *status*. Ciò deriva dal medesimo *discorso* costituzionale sull'ordinamento giurisdizionale e sulla giurisdizione, che sono i nomi delle due sezioni del Titolo IV, ed al cui interno sono frapposte disposizioni riferite indistintamente alla magistratura, all'una e all'altra giurisdizione (si pensi alla limitata ricorribilità in cassazione delle sentenze amministrative, contabili e militari), ai mezzi di tutela (art.113).

Nessuno, del resto, penserebbe di non riferire a tutti i giudizi ed a tutti i giudici che «la giustizia è amministrata in nome del popolo», e che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101); che le «limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici» (art. 98) possono riguardare tutti i magistrati e non solo quelli ordinari; soprattutto, che «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104). La norma da ultimo richiamata è la regola basilare del sistema liberal-democratico, ciò che potrebbe dirsi il nucleo duro del principio di separazione dei poteri⁴⁹. Ma allora essa si applica (per tutte le giurisdizioni e) per tutti i magistrati, riuniti al singolare nell'unica magistratura. L'argomento letterale è di norma fragile, ma in questo caso si è di fronte alla proclamazione di un principio in Costituzione quanto mai fondamentale, al punto di snodo dell'organizzazione pubblica e del sistema di tutela delle libertà individuali, e che pure utilizza il termine singolare di magistratura. Tra l'altro, nessun giudice di nessuna giurisdizione ammetterebbe che ad esso non si applichi l'indipendenza, specie a considerare l'art. 6 Cedu ed il novellato art. 111.

Allo stesso modo, nessuno penserebbe di sostenere che la garanzia dell'inalterabilità, prevista dall'art. 107 Cost. solo per i magistrati ordinari non si estenda e non riguardi anche i magistrati amministrativi, contabili e militari, ai quali, secondo la riferita *communis opinio*, si riferirebbe solo il successivo art. 108. E lo stesso è a dire per la distinzione tra i magistrati solo per funzioni.

Ma riferire ai magistrati amministrativi, contabili e militari il primo comma dell'art. 104 – e dell'art. 107 - comporta anche l'applicazione dell'intera disciplina sullo *status*, ad iniziare dall'accesso per concorso e salve le possibilità indicate nell'art. 106; sino alla competenza dell'unico Consiglio superiore della magistratura a decidere su assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari (art. 105). Del resto, la previsione del primo comma dell'art. 104 fa sistema con l'istituzione del CSM e con la sua particolare composizione, a partire dalla presidenza attribuita al Capo dello Stato. Quest'ultimo rimane un

⁴⁹ V. sempre G. SILVESTRI, *La separazione*, II, cit., 213, che vede nelle speciali gaurentigie di indipendenza dei giudici «il principium individuationes di tutte quelle attività che si usa classificare come giurisdizionali». Sull'art. 104 Cost. v., poi, F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, II, cit., 1986, 1 ss.; S. PANIZZA, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M Olivetti, Torino, 2006, 2007 ss.



aspetto importante: le leggi istitutive dei consigli di presidenza diversi dal CSM non hanno potuto (né disporre l'elezione dei membri laici ad opera del Parlamento in seduta comune, né) prevedere la presidenza del Capo dello stato, in applicazione del principio secondo cui ulteriori competenze degli organi costituzionali - almeno di quelli diversi da Parlamento e Governo - possono e debbono essere previste solo con legge costituzionale⁵⁰. Ma a questo punto tali consigli di presidenza appaiono essere "figli di un dio minore" rispetto al modello del CSM, prodotti di soluzioni contingenti a dir poco disordinate, e diviene difficile riconoscer loro la medesima posizione costituzionale dell'organo di riferimento⁵¹.

Tutto ciò ha rifluenze sull'assetto organizzativo complessivo, compreso quello del Governo. Se per espresso disposto della Costituzione l'«ordinamento giurisdizionale» è unico, non vi è ragione di riferire «al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia» (art. 110) solo con riguardo alla giurisdizione ordinaria, mentre le altre giurisdizioni fanno riferimento ad altri Ministeri, come se si trattasse di corpi separati all'interno dell'unico Stato.

Allo stesso modo, non vi è ragione di non attribuire al «Ministro della giustizia [la] facoltà di promuovere l'azione disciplinare» (art. 107) nei confronti di tutti i magistrati a qualsiasi giurisdizione siano in concreto assegnati⁵². Le previsioni che assegnano l'esercizio dell'azione disciplinare al Presidente del Consiglio⁵³, ed addirittura al Ministro della difesa⁵⁴, risultano di assai dubbia costituzionalità, specie se si considera l'avvenuta costituzionalizzazione del ruolo del

⁵⁰ Così A. RUGGERI, *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Pol. dir.*, 1987, 175 ss., 196.

⁵¹ V., infatti, V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA, a cura di, *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 17 ss.

⁵² L'esistenza di più organi di autogoverno non è immune, peraltro, da inconvenienti pratici che integrano profili di irrazionalità e di incostituzionalità. Si pensi al Consiglio di presidenza della giustizia tributaria, competente ad applicare su iniziativa del Presidente del Consiglio dei ministri o del presidente della commissione tributaria regionale i provvedimenti disciplinari nei confronti dei componenti le commissioni tributarie, artt. 15-16, d.lgs. n. 545/1988. Ne discende che i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, i quali oggi fanno parte in gran numero delle commissioni tributarie, sono assoggettati assieme alle competenze disciplinari dei rispettivi organi di autogoverno e del Consiglio di presidenza della giustizia tributaria. Verrebbe da chiedersi se possa rimanere senza conseguenze sul piano disciplinare a carico, ad esempio, di un magistrato ordinario e di competenza del CSM l'irrogazione di una sanzione disciplinare da parte di tale Consiglio di presidenza, o se invece alla "prima" sanzione non debba seguire almeno l'apertura di un procedimento disciplinare presso appunto il CSM, per la lesione dell'immagine della magistratura. Ma a questo punto risulterebbe violato il divieto di *ne bis in idem* nel campo disciplinare e, per quanto qui rileva, sarebbero lese le attribuzioni del CSM sui giudici, *id est* le garanzie di indipendenza di questi ultimi. Insomma, l'intero assetto organizzativo risulta segnato da incongruenze discendenti dall'idea di "confezionare" singoli abiti per i vari corpi giudiziari.

⁵³ Artt. 33, l. n. 186/1982; art. 10, l. n. 117/1988; art. 16, d.lgs. n. 545/1988.

⁵⁴ Art. 1, l. n. 561/1988.



Guardasigilli, di modo che non appare possibile per il legislatore intervenire sull'assetto delle giurisdizioni, “trasferire” la cognizione di una materia da una giurisdizione all'altra e, di conseguenza, svilire le attribuzioni del Ministro della Giustizia.

Di “difficile” legittimità costituzionale risultano, poi, l'art. 31, l. n. 186/1982, e l'art. 32, d.lgs. n. 545/1992, che assegnano al Presidente del Consiglio dei ministri «l'alta sorveglianza su tutti gli uffici e su tutti i magistrati» amministrativi e «sulle commissioni tributarie e sui giudici tributari».

Insomma, non può riconoscersi razionalità ad un sistema (delle giurisdizioni e) delle magistrature venutosi configurando per sovrapposizioni e per spinte corporative. Il principio accolto in via generale in Costituzione sembra essere quello dell'unità della magistratura per le giurisdizioni ordinaria, amministrativa, contabile e militare, direttamente prese in considerazione nel testo costituzionale. E, per ritornare alla riflessione iniziale sulla babele di linguaggi⁵⁵ adoperata dalle e nelle diverse giurisdizioni, ciò potrebbe essere utile a valorizzare un sapere giuridico molto più unitario, che è poi presupposto della certezza del diritto e del ruolo di tutela delle situazioni soggettive che si assegna ad ogni giudice, di quel carattere «corale», *id est* sociale e diffuso, che si è auspicato raggiungersi nel *discorso* giuridico.

⁵⁵ L'espressione è già in G. SILVESTRI, *Giudici ordinari*, cit., 742, a proposito però degli organi di autogoverno delle magistrature.