

NUMERO 4 - 2015

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

FILIPPO PATRONI GRIFFI

Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i> . . . . .	664
<b>ANTONINO CATAUDELLA</b>	
<i>Il giudice e le nullità</i> . . . . .	667
<b>ENRICO SCODITTI</b>	
<i>Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis</i> . . . . .	685
<b>FILIPPO PATRONI GRIFFI</b>	
<i>Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura</i> . . . . .	723
<b>FEDERICO ROSELLI</b>	
<i>Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?</i> . . . . .	743
<b>PAOLO SORDI</b>	
<i>Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare</i> . . . . .	763
<b>FABRIZIO GUERRERA</b>	
<i>Autonomia statutaria e tipologia delle società in house</i> . . . . .	775
<b>STEFANIA PACCHI</b>	
<i>L'abuso del diritto nel concordato preventivo</i> . . . . .	789
<b>BRUNO INZITARI</b>	
<i>Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei</i> . . . . .	817
<b>FABRIZIO MARINELLI</b>	
<i>Il diritto e la vita. Le "spirituali conversazioni" tra Giuseppe Capograssi e Salvatore Satta</i> . . . . .	833
<b>UGO SALANITRO</b>	
<i>Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita</i> . . . . .	853
<b>MASSIMO BASILE</b>	
<i>Un nuovo contratto per il mercato immobiliare?</i> . . . . .	875
<b>ANTONIO SCARPA</b>	
<i>Il voto del condomino in conflitto di interessi</i> . . . . .	913

## Notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sugli atti del consiglio superiore della magistratura

---

Il tema della sindacabilità degli atti del Consiglio superiore della magistratura da parte del giudice amministrativo non è nuovo, ma resta attuale. Lo scritto, dopo una breve premessa ricognitiva degli orientamenti del passato, esamina in genere il tema dei poteri del giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità e di giudizio di ottemperanza, con particolare riguardo al problema del sindacato sulla discrezionalità. Le conclusioni sono poi calate nella tematica specifica del sindacato sugli atti del CSM inerenti al conferimento di incarichi direttivi. La seconda parte dello scritto riguarda il problema dell'eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo nel sindacato sugli atti del CSM. A tal fine, sono esaminati criticamente gli orientamenti più recenti della Corte di cassazione in sede di controllo sulla giurisdizione *ex art. 111* della Costituzione.

723

*The Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) is generally considered as the independent administrative body with the competence to decide questions concerning the career of an “ordinary” judge (i.e. judges sitting in civil and criminal courts). Judicial review by Administrative Courts of CSM decisions is not a new issue, but it is still a relevant one. This essay, following a short review of this debate in its past, analyses the problem of judicial control over*

*administrative discretion in general and with special reference to the appointment of “ordinary” judges as top managerial officers in the courts. In the second part, the essay deals with the oversight of the Corte Suprema di Cassazione related to the judgements of the Supreme Administrative Court; that is, the Council of State concerning judicial review of CSM decisions: in Italy, in fact, the Corte di Cassazione is allowed to verify whether Administrative Courts exceed the scope of their jurisdiction, which refers only to the legitimacy of administrative decisions with no regard to the merits.*

Sommario: 1. Una breve introduzione al tema. – 2. Il sindacato del giudice amministrativo: giurisdizione di legittimità e giudizio di ottemperanza. – 3. Le delibere del CSM e il sindacato del giudice amministrativo. – 4. Limite esterno della giurisdizione ed eccesso di potere giurisdizionale. – 5. La sentenza 5 ottobre 2015, n. 19787.

## 1. - Una breve introduzione al tema.

La questione del “controllo” sugli atti del CSM non è nuova e senza dubbio riflette il dibattito sulla posizione istituzionale del Consiglio.

Già nel 1917, le Sezioni unite della Corte di cassazione <sup>1</sup> escludevano la sindacabilità delle promozioni dei magistrati, sul rilievo della non assoggettabilità «al sindacato di un organo appartenente all’amministrazione» di provvedimenti incidenti sull’indipendenza della magistratura.

E nell’ordinamento repubblicano, nel dibattito sulla natura costituzionale o amministrativa del CSM, è risultata poi prevalente la definizione di Cheli come organo di rilevanza costituzionale <sup>2</sup>. Sicché – come pure precisato in

---

<sup>1</sup> Sent. 3 febbraio 1917, in *Foro it.*, 1917, I, 551.

<sup>2</sup> E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, in *Arch. giur.*, 1965, 61 ss. V. pure V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM ed i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994; F. FABRIZZI, *La collocazione costituzionale degli organi di garanzia delle magistrature*, in B. CARAVITA (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature*, Napoli, 2013, 1 ss. (ivi ampi richiami bibliografici); N. ZANON, *Consiglio superiore della magistratura*, in *Il Diritto, Enc. giur. Sole 24-ore*. Sostenne la natura di organo amministrativo G. FERRARI, *Consiglio superiore della Magistratura*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988.

dottrina – pur trattandosi di organo estraneo all'apparato amministrativo e in particolare non organicamente inquadrato nel potere esecutivo, il CSM assumerebbe nondimeno funzionalmente la qualità di organo della pubblica amministrazione ed eserciterebbe una funzione oggettivamente amministrativa.

In realtà, l'assoggettabilità degli atti del CSM al sindacato giurisdizionale amministrativo è stata questione dibattuta soprattutto agli inizi degli anni 60. A fronte dell'orientamento del Consiglio di Stato, che esplicitamente affermò la sindacabilità degli atti del CSM attraverso l'impugnazione dei decreti che ne “esternavano” la decisione<sup>3</sup>, autorevole dottrina contestava tale orientamento. Penso sia significativa per il nostro dibattito la posizione critica, ma problematica, assunta da Sandulli: il giurista critica la tesi giurisprudenziale dell'assoggettabilità degli atti del CSM al sindacato del giudice amministrativo, paventando vari profili di incostituzionalità, anche in relazione all'art. 102, di una siffatta giurisdizione se non limitata ai vizi di forma del decreto presidenziale di esternazione della delibera. Riconosce tuttavia che «in presenza di certi atteggiamenti del Consiglio superiore, del tipo di quello che ha dato origine alla decisione in rassegna, in contrasto con le leggi e tutt'altro che in armonia coi compiti istituzionali, deve ammettersi che l'orientamento del Consiglio di Stato risponde a un'esigenza di garanzia della legalità in generale e dei diritti dei cittadini in particolare»; e afferma che non appare giustificabile la carenza di un giudice abilitato a conoscere della legittimità dei provvedimenti che incidono sui diritti e gli interessi dei magistrati, per concludere che, a negare l'esistenza di un giudice, «neanche è concepibile che in siffatta materia la funzione di amministrare e quella di giudicare siano concentrate nelle stesse mani» del CSM.

E siamo al cuore del problema politico-istituzionale del tema. Mortati e Nigro, proprio con riferimento alla Magistratura, anzi – è a dirsi – a tutte le Magistrature, ammonivano sul rischio di corporativismo e autoreferenzialità che alligna nei corpi giudiziari e negli organi di autogoverno. E la

---

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 1962, n. 752, in *Giust. civ.*, 1963, II, 5, con nota critica di A.M. SANDULLI, *Atti del Consiglio Superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale*. Lo scritto contiene ampi richiami alla dottrina e alla giurisprudenza anteriori.

dottrina pone in luce l'aspetto dell'indipendenza *interna* dei magistrati, cioè della tutela dell'autonomia e dell'indipendenza rispetto agli organi chiamati al governo delle magistrature.

Oggi – e a partire quanto meno dalla sentenza n. 44 del 1968 della Corte costituzionale <sup>4</sup> – non si dubita che i provvedimenti che incidono sullo stato dei magistrati siano provvedimenti assoggettati al regime giuridico, anche quanto alla tutela, dei provvedimenti amministrativi <sup>5</sup>; e che quindi sono assoggettati al sindacato del giudice amministrativo, quale giudice naturale *ex art. 25* e “ordinario” per la tutela degli interessi legittimi <sup>6</sup>. E il fondamento della tutela è ovviamente rinvenuto nell'articolo 24.

Pertanto i problemi su cui ci soffermeremo sono essenzialmente due: il tipo, o meglio l'estensione del sindacato giurisdizionale; i poteri del giudice in sede di ottemperanza. I due temi saranno visti prima nell'ottica del giudice amministrativo; poi in quella della Cassazione. Come si vedrà, si spazia da un eccesso di potere all'altro... Va, inoltre, avvertito che il tema è riferibile a tutti gli atti del CSM (trasferimenti, provvedimenti che attendono allo stato giuridico-economico, conferimenti di incarichi); ma le questioni sorgono, e si pongono in maniera particolarmente delicata, in relazione al conferimento di incarichi direttivi, alla cui problematica saranno limitate le presenti riflessioni: delicatezza delle questioni dovuta sia a ragioni giuridiche (in correlazione con l'ampiezza di discrezionalità riconosciuta al CSM), sia a ragioni attinenti ai connotati del sindacato “esterno” e ai rapporti tra giudice amministrativo e organo di governo della magistratura ordinaria, sia, infine, a ragioni di politica associativa interna (alla magistratura ordinaria).

---

<sup>4</sup> Seguita dalla sentenza n. 189 del 1992 e dall'ordinanza n. 309 del 2001. La sentenza 8 settembre 1995, n. 419, che ribadisce la sindacabilità anche in sede di ottemperanza e ritiene legittima la nomina del commissario, è in *Foro amm.*, 1996, 19, con nota di G. MONTEDORO, *L'indipendenza del giudice fra amministrazione e giurisdizione*.

<sup>5</sup> «sono soggetti alle impugnazioni previste in via generale per gli atti amministrativi»: così A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982, 93. In tal senso è pacifica anche la giurisprudenza della Cassazione, adita ai sensi dell'articolo 111 Cost.

<sup>6</sup> Per usare l'espressione contenuta nella nota sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

## 2. - Il sindacato del giudice amministrativo: giurisdizione di legittimità e giudizio di ottemperanza.

In sede di giurisdizione di legittimità, cioè in prima battuta, l'atto del CSM è sindacato alla stregua di un provvedimento amministrativo, quindi per violazione di legge ed eccesso di potere (difficile configurare l'incompetenza). La legge 11 agosto 2014, n. 114, di conversione del d.l. n. 90 del 2014, ha eliminato la limitazione del sindacato al solo eccesso di potere "manifesto", contenuta nel decreto-legge <sup>7</sup>; limitazione un po' incostituzionale (art. 113, comma 2), un po' che induceva al sorriso, come se esistesse un vizio di eccesso di potere "tollerabile e tollerato" e una soglia oltre il quale il vizio non era più tollerabile: in altre parole, come se fosse stato introdotto nell'ordinamento la "modica quantità" di eccesso di potere, in quanto tale non punibile.

Violazione di legge ed eccesso di potere sono due fattispecie che, nella giurisprudenza amministrativa, spesso "si tengono": nel senso, che spesso gli indici sintomatici dell'eccesso di potere aiutano a individuare una violazione di legge o, più spesso, una violazione di quel variegato mondo di circolari, criteri, norme interne che, con riferimento specifico al nostro settore, costituiscono il quadro di riferimento cui è parametrato il sindacato di legittimità sull'operato del CSM.

L'eccesso di potere – lo sappiamo – non è una fattispecie determinata; e il sindacato non è condotto sul piano del sillogismo. Il potere è attribuito all'organo dalla norma primaria per un dato fine; lo sviamento in concreto da quel fine è il vizio, e la giurisprudenza ha nel tempo elaborato gli indici rivelatori di quel vizio. E il giudice opera con ampio ricorso a clausole generali: un sindacato tendenzialmente estraneo alla nostra cultura giuridica e giudiziaria in particolare. E ancor più estranea tradizionalmente, ma sempre meno al giorno d'oggi, alla pratica del giudice ordinario.

Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo si modella sulla discrezionalità attribuita all'amministrazione nell'esercizio della funzione di cui si discute. L'ampiezza della discrezionalità rende, per sua natura,

---

<sup>7</sup> L'articolo 2, comma 4, del d.l. n. 90, limitava il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti di conferimento degli incarichi direttivi ai «vizi di violazione di legge e di eccesso di potere manifesto».

meno invasivo il controllo del giudice, il quale potrà spingersi più o meno nel valutare la legittimità dell'atto, con il solo limite di non poter sostituire la propria valutazione a quella demandata all'amministrazione. Questo è il cuore del sindacato di legittimità e il nodo della sua differenza dal sindacato di merito.

Un'applicazione di principio di una siffatta impostazione è quella riferita alla categoria degli atti di alta amministrazione, i quali sono al di qua del confine con gli atti politici e quindi sindacabili, ma il sindacato del giudice può dispiegarsi «solo ove (l'atto) sia affetto *ictu oculi* dal vizio di eccesso di potere nelle particolari figure sintomatiche dell'inadeguatezza del procedimento, illogicità, contraddittorietà, dell'ingiustizia manifesta, dell'arbitrarietà, ovvero dell'irragionevolezza della scelta adottata»<sup>8</sup>.

Il tema si ricollega a quello largamente dibattuto nella dottrina amministrativa e in giurisprudenza sui rapporti tra discrezionalità (amministrativa e soprattutto tecnica) e merito, altrimenti definito come riserva di amministrazione. E, in relazione al tema, ci si è immersi in disquisizioni su sindacato estrinseco e intrinseco, e, nell'ambito di quello intrinseco, tra sindacato forte e debole. Temo ci siano troppe (non sempre utili) complicazioni. Torniamo allo schematicità delle origini.

L'esercizio del potere discrezionale attiene al merito dell'azione amministrativa ed è insindacabile<sup>9</sup>. Qualora, peraltro, il provvedimento dell'amministrazione denoti uno sviamento dalla causa attributiva del potere si ha il vizio di sviamento, desunto da una serie di indici rivelatori elaborati in via giurisprudenziale<sup>10</sup>. Nei manuali si insegna che l'eccesso di potere è lo

---

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2006 n. 129 (in materia di delibera del Consiglio dei Ministri e di decreti ministeriali concernenti valutazione di impatto ambientale).

<sup>9</sup> Ricorda infatti A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 404 s.: «Tanto la discrezionalità amministrativa, quando la cd. discrezionalità tecnica, rimangono (senza peraltro esaurirlo) sul piano del *merito*, e non attengono al profilo della *legittimità* dell'azione amministrativa [Amorth, Ottaviano]. Resta infatti al di fuori di quest'ultima, per rientrare nel primo, ogni aspetto dell'attività amministrativa nel quale sia lasciata all'autorità una possibilità di valutazione... Vi rientra dunque... tutto ciò che... attiene alle scelte discrezionali dell'Amministrazione in vista della realizzazione degli interessi affidati alle sue cure». Perciò attiene al *merito* «la valutazione della preparazione dei candidati, che è presupposto per la loro promozione».

<sup>10</sup> e di recente (in parte) rielaborati alla luce dei canoni comunitari; questi ultimi costituiscono la *summa* degli strumenti di sindacato giurisdizionale adoperato dai giudici di vari Paesi in una sorta di percorso ascendente verso la formazione della giurisprudenza comunitaria, alla quale poi attingono i giudici dei Paesi membri per integrare i propri modelli di

strumento giudiziale (oggi lo definiremmo un “rimedio”, nel senso anglosassone del termine) in forza del quale il giudice valuta, sul piano della legittimità, la scelta discrezionale della pubblica amministrazione, che, sul piano fisiologico attiene al merito dell’azione amministrativa. Quindi la scelta discrezionale è insindacabile... ma fino a un certo punto (cioè fino a quando quella scelta non risulti viziata sotto il profilo dell’eccesso di potere, che trasferisce la discrezionalità sul piano della legittimità). Ed è sempre stato così. Da questo punto di vista, cioè sotto il profilo del sindacato, discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica non si atteggiavano diversamente.

In estrema sintesi, direi: il sindacato sui provvedimenti amministrativi deve essere “forte, pieno ed effettivo”, riguardare la cognizione piena del fatto, e al giudice è attribuito non il compito di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere attribuito all’Autorità sia stato correttamente esercitato <sup>11</sup>: con il logico corollario che il giudice può giungere a sindacare la congruità e l’attendibilità della scelta amministrativa, mai la sua opportunità e anche solo la sua opinabilità; e mai può sostituire il suo giudizio a quello dell’amministrazione. Questo canone, con parole diverse, è l’insegnamento di fondo che si trae dalla giurisprudenza, insegnamento di volta in volta adattato sul piano delle parole a seconda che si tratti di valutare la discrezionalità tecnica o quella amministrativa, l’atto di un Comune o quello di un’Autorità indipendente.

Diverso il discorso con riferimento ai poteri del giudice in sede di ottemperanza. Qui ci troviamo nell’esercizio di una giurisdizione di merito, che – secondo quanto comunemente si dice – consente al giudice la valutazione del merito delle scelte e di sostituirsi all’amministrazione sia nella scelta sia nella stessa adozione del provvedimento. Ma la logica dell’ottemperanza è diversa: i poteri del giudice non sono tanto frutto della loro inerenza formale alla giurisdizione di merito, ma sono, in concreto, la conseguenza dell’inerzia, della violazione o dell’elusione del giudicato da

---

sindacato con i canoni provenienti, attraverso il giudice europeo, dai giudici di altri Paesi membri.

<sup>11</sup> Cons. Stato, VI, 21 marzo 2011, n. 1712. La nota sentenza IV, n. 601 del 1999 ha sancito la piena sindacabilità della discrezionalità tecnica, distinguendola dal merito dell’azione amministrativa.

parte dell'amministrazione: è l'amministrazione stessa che, violando sostanzialmente il *dictum* del giudice, cioè la norma posta dal giudice per il caso concreto quale scaturisce dal giudicato, "si consegna" al giudice e rinuncia a esercitare (correttamente) i suoi poteri.

Naturalmente si tratta di poteri del giudice forti e incisivi, che impingono nelle attribuzioni dell'amministrazione: questo richiede, da una parte, *self-restraint* da parte del giudice con riferimento al caso concreto; dall'altra, consapevolezza da parte dell'amministrazione che non solo la violazione, ma anche l'elusione del giudicato, doverosamente sanzionate dal giudice, restringeranno progressivamente l'area di discrezionalità che l'ordinamento assegna.

### 3. - Le delibere del CSM e il sindacato del giudice amministrativo.

Se si trasferiscono le considerazioni esposte al sindacato sugli atti del CSM vediamo che se i principi possono essere chiari (e nemmeno sempre), le applicazioni sono più complicate <sup>12</sup>.

Le delibere del CSM non sono più quelle di una volta, quando si pretendeva di individuare la motivazione della delibera nel dibattito, con voci inevitabilmente contraddittorie, svoltosi in seno al Plenum <sup>13</sup>. Oggi la situazione è mutata. Le motivazioni sono per lo più comprensibili. Il quadro di riferimento normativo consente al CSM una valutazione significativamente discrezionale, sia pure sulla base di criteri, che lo stesso Organo si dà, talvolta anche stretti. In principio, le delibere sono espres-

---

<sup>12</sup> Un'ampia e ragionata rassegna dottrinarina e, soprattutto, di casi giudiziari è in A. DANESI, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sugli atti degli organi di garanzia delle magistrature ordinaria e speciali*, in B. CARAVITA (a cura di), *Gli organi di garanzia delle magistrature*, cit., 117 ss., spec. 133 ss., per quanto concerne gli atti di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi. In dottrina, per profili particolari, cfr. F.G. SCOCA, *Atti del CSM e loro sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 9; F. SORRENTINO, *Discrezionalità del Consiglio Superiore e sindacato del giudice amministrativo*, in N. ZANON-M.G. DI RENZO VILLATA-F. BIONDI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, Milano, 2012; V. POLI, *Il conferimento di incarichi direttivi ai magistrati ordinari nella giurisprudenza del C.d.S.*, in *Foro it.*, 1998, III, 421 ss.

<sup>13</sup> Una volta (parlo della fine degli anni 80) le delibere erano sostanzialmente prive di motivazione. Spesso, anche in giudizio, il CSM si difendeva sostenendo che la motivazione andasse ricercata nella proposta al *plenum* e poi nel dibattito al suo interno. Se non che spesso la proposta non era unanime e, soprattutto, nel dibattito anche chi condivideva la proposta la sosteneva con argomentazioni difforni dalla proposta o dagli altri che pure la sostenevano. Casi di scuola di motivazione perplessa.

sione di discrezionalità direi per lo più tecnica: si tratta di scegliere il magistrato più adatto a ricoprire il posto. La valutazione, al di là di elementi più specifici (per esempio, anzianità, esperienza nel settore penale o precedente esperienza direttiva), è ampiamente discrezionale. Non so se ciò basti a ricondurre le delibere in questione agli atti di alta amministrazione<sup>14</sup>. Ma la cosa non credo rilevi ai nostri fini, quanto alla tipologia del sindacato giurisdizionale.

Per la giurisprudenza amministrativa il giudizio è sintetico e unitario (cioè non analiticamente rivolto a giustificare la prevalenza in ogni singolo parametro); ed è di tipo comparativo. Ciò consente lata discrezionalità. Ma anche sindacabilità. In primo luogo, le ragioni poste a fondamento della delibera devono essere comprensibili, o “percepibili” (per esempio, nel caso in cui il *plenum* si discosti dalla proposta); la motivazione deve fondarsi su elementi di fatto certi e frutto di accurata istruttoria (altrimenti avremo il travisamento dei fatti o il difetto di istruttoria) e deve essere “congrua”, cioè deve esserci congruenza tra elementi utilizzati e decisione finale; deve essere “completa”, nel senso che l’iter logico deve tener conto di tutti gli elementi valutativi ritenuti dalla stessa disciplina applicabile come significativi (la cui mancata considerazione renderà “incompleto”, incongruo e comunque viziato il processo decisionale). Infine, se, come spesso accade, tutti i candidati sono ottimi magistrati, come è probabile che sia, il candidato prescelto non potrà venir fuori come un coniglio dal cappello: se tutti sono bravissimi, sussiste un obbligo *rafforzato*, e non attenuato, di motivazione sulla scelta finale<sup>15</sup>.

Naturalmente, in sede di giudizio di ottemperanza, accade anche per le delibere del CSM quanto è stato dianzi detto in generale: la discrezionalità

---

<sup>14</sup> Cass. civ. n. 19787 del 2015, su cui si tornerà, parla di «attività di alta amministrazione di rilevanza costituzionale», probabilmente come specie dell’attività di alta amministrazione riferita a un organo di rilievo costituzionale.

<sup>15</sup> V. significativamente Cons. Stato n. 281 del 2012 (sent.), dove l’atto del CSM è annullato perché la motivazione del provvedimento, dopo aver utilizzato per la comparazione tra i due candidati «un non dissimile contenuto letterale» aveva prescelto poi uno dei due senza alcuna motivazione a sostegno della preferenza.

Quella sopra riportata nel testo è una esemplificazione tratta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. V., per riflessioni analitiche e casistica, oltre all’opera già citata di A. DANESI-F. TAORMINA, *Il conferimento di incarichi direttivi ai Magistrati*, Intervento al Convegno ANM di Palermo del 22 marzo 2013, in [www.movimentoperlagiustizia.it](http://www.movimentoperlagiustizia.it).

del CSM, in sede di riesercizio del potere, resta vincolata dalle statuizioni giudiziali; e, inoltre, l'inerzia del CSM amplia i poteri di intervento del giudice, che si estendono anche al merito. In realtà, non solo il CSM ma lo stesso giudice amministrativo sono vincolati dalle statuizioni contenute nella sentenza e, più in generale, dall'effetto conformativo del giudicato. La rilevanza dell'effetto conformativo è centrale nella dinamica del processo amministrativo, mentre tale effetto è estraneo alla sentenza civile: il dato di fondo è che la consistenza del potere discrezionale muta nel giudizio di ottemperanza; non è più la stessa di cui l'amministrazione godeva prima del giudicato di annullamento. Due esempi su tutto (sempre tratti dall'esperienza giurisdizionale): se un elemento non poteva o, per converso, doveva essere valutato, il CSM non potrà più discutere la statuizione, perché essa, sul punto, è coperta da giudicato. Questo si vuol significare quando si dice che il potere pubblico è conformato, anche progressivamente, dalla sentenza amministrativa. Inoltre, e siamo al secondo principio, non è pensabile che le valutazioni del CSM successive al giudicato prendano in considerazione elementi nuovi che vengono posti a giustificare lo stesso esito valutativo della delibera annullata: l'amministrato e il giudice non possono rincorrere sempre nuove motivazioni poste dall'amministrazione a sostegno dell'atto <sup>16</sup>.

#### 4. - Limite esterno della giurisdizione ed eccesso di potere giurisdizionale.

Il controllo sui limiti esterni della giurisdizione è demandato alla Corte di cassazione, ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione.

Non è questa la sede per affrontare in linea generale l'interpretazione che dei "motivi inerenti alla giurisdizione" fornisce, in modo non sempre univoco, la giurisprudenza più recente. In una battuta, potrebbe dirsi che l'eccesso di potere giurisdizionale non dovrebbe mai rinvenirsi tutte le volte che il giudice amministrativo, pur sindacando in maniera piena e

---

<sup>16</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 356 del 2013 (sent.). La giurisprudenza tende a riconoscere maggiore libertà di ri-valutazione nella prima delibera successiva a quella annullata; nella seconda delibera, però, l'amministrazione dovrà "calare le carte" ed esaminare tutti gli elementi da prendere in considerazione, positiva o negativa.

approfondita l'operato dell'amministrazione, non sostituisca la propria valutazione a quella dell'amministrazione e non fondi il proprio convincimento su valutazioni di opportunità (salvo quanto si dirà per l'ottemperanza). Per converso, il difetto di potere giurisdizionale, inteso come mancato esercizio della giurisdizione, dovrà essere ravvisato quando il giudice amministrativo neghi in radice o in astratto la tutela (negando l'esistenza di una norma attributiva di una situazione soggettiva), mentre mai dovrebbe riguardare presupposti processuali o condizioni dell'azione, altrimenti risolvendosi il sindacato in un sostanziale giudizio di terzo grado.

In materia di impugnazione degli atti del CSM, la giurisprudenza è significativa<sup>17</sup>.

In linea di principio, la Cassazione ribadisce correttamente i limiti esterni della giurisdizione amministrativa di legittimità<sup>18</sup>. Mi sembrava, fino alla sentenza n. 19787 del 2015, su cui si tornerà, che, in ordine alla stessa, non sorgessero particolari problemi.

I problemi invece si pongono in sede di ottemperanza, in quanto in questa sede si "concretizzano" i principi (e gli incarichi contestati)<sup>19</sup>.

La Cassazione premette, e correttamente, che l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile anche nei confronti delle sentenze di ottempe-

---

<sup>17</sup> Per una rassegna critica sulla giurisprudenza in materia e per ampi richiami di riferimento anche di segno opposto, cfr. R. VILLATA, *Lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss., ora, con un significativo *addendum*, in R. VILLATA, *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 483 ss. Cfr. pure G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 367 ss.; M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, spec. 161 ss. Per la dottrina meno recente, cfr. V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Foro it.*, 1977, IV, 23 ss.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1568 ss.

<sup>18</sup> Tra le molte, v. le chiare precisazioni al riguardo di Cass. 8 marzo 2012, n. 3362.

<sup>19</sup> È presto per valutare l'incidenza in materia della novella legislativa apportata del d.l. n. 90 del 2014, come convertito, ai sensi della quale, in sede di ottemperanza relativa a sentenze che annullino delibere di conferimento di incarichi direttivi, «il giudice amministrativo (...) ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lettere a) e c) dell'articolo 114 c.p.a.». In altre parole, il giudice non può dettare modalità esecutive e non può emettere il provvedimento sostitutivo. La norma è poco chiara nelle sue implicazioni. Il giudice può comunque nominare un commissario *ad acta* [art. 114, lett. d)]; e anzi può farlo anche nella fase della cognizione (art. 34). Ed è noto che il commissario è organo ausiliario del giudice, agisce per lui e anche in sua vece. Che il giudice non possa dettare modalità esecutive non esclude l'effetto conformativo della sentenza e soprattutto non può escludere, per evidenti ragioni di costituzionalità, il sindacato sulle "modalità esecutive" decise dal CSM.

ranza. In sede di giurisdizione di merito – precisa la Corte – l’illegittimo sconfinamento nel merito amministrativo non può essere ravvisato nella semplice circostanza che il giudice abbia effettuato quelle valutazioni e adottato quei provvedimenti che l’amministrazione stesso avrebbe dovuto adottare in adempimento del giudicato, perché in ciò è la natura stessa del giudizio di ottemperanza. L’ottemperanza si muove nei limiti interni alla giurisdizione amministrativa di merito se è (invocata e) concessa in considerazione dell’accertamento del contenuto effettivo del giudicato, anche con riguardo al suo effetto conformativo, e alla valutazione del comportamento inerte o elusivo dell’amministrazione; attiene ai limiti esterni, invece, la contestazione secondo cui il giudice abbia esercitato i poteri dell’ottemperanza in difetto della possibilità stessa di instaurare un giudizio di ottemperanza («*in difetto della norma attributiva del potere*»).

E allora le affermazioni della Corte, sono in linea di principio condivisibili, ancorché non del tutto convincenti in alcuni passaggi, ma, non versandosi in casi abnormi, assai difficili da applicare come elemento discriminante la giurisdizione. E portano ad alcune conseguenze che lasciano perplessi, soprattutto in pratica.

---

734

---

Procediamo con ordine.

Non del tutto convincenti in alcuni passaggi: quando si legge che è decisivo stabilire se si controverta sul modo in cui il potere giurisdizionale sia stato esercitato o sulla spettanza (verrebbe da chiedersi: in concreto o in astratto?) di tale potere, sembra utilizzarsi un criterio – carenza o cattivo uso del potere – che, ancorché lo si voglia continuare a utilizzare (e dottrina e giurisprudenza amministrativa tendono a evitarlo), per il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo con riferimento all’attività dell’amministrazione, mi sembra abbastanza incongruo se utilizzato rispetto all’attività di un giudice: il cd. eccesso di potere giurisdizionale non ha nulla a che vedere con l’eccesso di potere amministrativo (che riguarda il rapporto tra norma e provvedimento) e la possibilità o meno, anche in astratto, che un provvedimento venga valutato in sede di ottemperanza attiene ai presupposti dell’ottemperanza, in mancanza dei quali il ricorso è inammissibile (o erroneamente giudicato ammissibile); nel qual caso, il provvedimento va sindacato in sede di giurisdizione generale di legittimità. La valutazione dell’elusività del provvedimento, e

conseguentemente la decisione se il provvedimento vada impugnato in via ordinaria o in sede di ottemperanza, è una questione che attiene alla contestazione che al giudice dell'ottemperanza quel particolare potere spettasse o meno: ma mi sembra questione tutta interna alla giurisdizione amministrativa. A meno che non si ritengano ricorribili in Cassazione, alla stregua di un anomalo terzo grado, gran parte delle questioni che insorgono in sede di ottemperanza<sup>20</sup>.

Una diversa prospettiva è quella in cui si pone la Suprema Corte, a fronte di una nota sentenza del Consiglio di Stato<sup>21</sup>, il quale, a seguito di ripetute delibere annullate e ripetute dal CSM con esito analogo, ha definitivamente, in sede di ottemperanza, ordinato al CSM di provvedere “ora per allora” alla valutazione dei candidati, ancorché gli stessi fossero oramai stati collocati in pensione.

La Cassazione<sup>22</sup> afferma che vi è eccesso di potere giurisdizionale, per carenza della «esistenza stessa dei presupposti in presenza dei quali sussiste il potere del giudice amministrativo di emettere un provvedimento di ottemperanza» se il ricorrente, e nella specie tutti i candidati, siano stati nel frattempo collocati a riposo.

---

735

---

Questo perché:

- a) il collocamento a riposo è una sopravvenienza che «incide sulla concreta attuabilità del precedente giudicato»;
- b) il collocamento a riposo preclude allo stesso CSM di dar corso a una nuova valutazione comparativa in quanto la causa tipica del provvedi-

---

<sup>20</sup> Non mi sembra condivisibile, quindi, l'assunto, ricorrente nella giurisprudenza della S.C., secondo cui attiene ai limiti esterni la questione se il Consiglio di Stato abbia «esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo alla normale giurisdizione di legittimità, e quindi all'esercizio di poteri cognitivi e non esecutivi» (Cass. 19 gennaio 2012, n. 736). Non convince, naturalmente, se riferito al rapporto tra impugnazione di atto nella sede ordinaria o di ottemperanza. La recente sentenza n. 19787 del 2015 – come si vedrà – sembra aver rimeditato questo orientamento, assumendo che rientra nei limiti interni della giurisdizione la decisione con la quale il Consiglio di Stato stabilisca se una delibera del CSM, adottata a seguito di giudicato di annullamento, vada impugnata in sede di giurisdizione generale di legittimità o in sede di ottemperanza.

<sup>21</sup> Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8252 (sent.).

<sup>22</sup> Cass. 9 novembre 2011, n. 23302. A diversa conclusione perviene in apparenza Cass. 19 gennaio 2012, n. 736; ma a ben guardare tale conclusione è sostenuta da mere ragioni processuali (giudicato sul punto di giurisdizione attinente ai limiti del potere giurisdizionale di ottemperanza), mentre il principio viene ribadito.

mento richiesto è il conferimento dell'incarico direttivo, la cui realizzazione è preclusa dal collocamento a riposo;

c) l'interesse del ricorrente alla rideterminazione della propria posizione originaria ai fini giuridici (il Consiglio di Stato si riferiva alla posizione previdenziale) non rileva, perché non è questione di interesse ad agire bensì di oggetto e scopo del provvedimento amministrativo e conseguentemente del giudizio di ottemperanza;

d) «anche e proprio per questa ragione, del resto, il legislatore ha ampliato l'area del possibile risarcimento del danno (che può, all'occorrenza, assumere i connotati del danno da perdita di *chance*)».

In pochissime parole, il concorso virtuale e la valutazione "ora per allora" sono impediti dalla sopravvenienza, ritenuta decisiva, del collocamento a riposo, che preclude la "causa tipica" dell'atto, cioè il conferimento dell'incarico.

Conclusioni e motivazioni non sembrano convincenti, per le seguenti ragioni:

a) il tema delle sopravvenienze in sede di ottemperanza al giudicato è largamente dibattuto da sempre nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa; ma mai è stata negata la possibilità di un provvedimento "ora per allora" idoneo a soddisfare l'interesse, talvolta anche morale, più spesso con riflessi economici del ricorrente. Questo perché il provvedimento ora per allora è quello che assicura la tutela in forma specifica, nei limiti del possibile, al ricorrente. E non si dica che non si tratta di interesse ad agire, perché la procedibilità della domanda è condizionata dalla persistenza dell'interesse e dall'impossibilità sopravvenuta: l'ora per allora rimedia a una impossibilità sopravvenuta parziale;

b) se il collocamento a riposo in corso di giudizio viene ritenuto idoneo a determinare il venir meno dei presupposti dell'ottemperanza, unico effetto certo (e non auspicabile) è l'ampliamento della giurisdizione cautelare (oggi pressoché inutilizzata nei confronti del CSM, e ragionevolmente): perché l'unica cosa che non si può tollerare – ma questo va detto in generale – è che i tempi del giudizio o dei giudizi o addirittura i comportamenti elusivi o inerti dell'amministrazione possano ripercuotersi a danno del ricorrente vittorioso più di quanto già non si riflettano oggettivamente (con l'impossibilità di ricoprire l'incarico);

c) ma sono le conseguenze pratiche che lasciano maggiormente perplessi: a seguire il ragionamento, il ricorrente potrà ottenere nelle sedi appropriate rideterminazione a fini previdenziali (probabilmente dalla Corte dei conti) e, soprattutto, danno per perdita di *chance* (probabilmente dal giudice amministrativo; magari, se vi è domanda, dinanzi allo stesso giudice dell'ottemperanza in conseguenza della ritenuta impossibilità di esecuzione: art. 112, comma 3, c.p.a.). Ma allora occorre chiedersi: il giudizio prognostico sulla fondatezza della domanda, cioè la valutazione comparativa in ordine al conferimento dell'incarico (sia pure ai fini previdenziali o risarcitori) lo farà il giudice adito al posto del CSM <sup>23</sup>?

#### 5. - La sentenza 5 ottobre 2015, n. 19787.

La Corte è intervenuta nuovamente sulla questione in sede di impugnazione di una sentenza resa in sede di giurisdizione generale di legittimità. Ciò conferisce particolare rilevanza alla decisione.

Se le conclusioni cui perviene la decisione nel caso di specie possono anche essere condivisibili, meno convincenti sono alcuni passaggi motivazionali.

Tre le questioni decise, trasfuse nell'enunciazione dei principi di diritto:

a) attiene ai limiti interni della giurisdizione amministrativa stabilire se una delibera vada impugnata in sede di ottemperanza o di giurisdizione generale;

b) il principio, oramai consolidato, secondo cui vi è eccesso di potere giurisdizionale se il giudice dell'ottemperanza ordina al CSM di riformulare "ora per allora" il giudizio sul conferimento dell'incarico, non è riferibile alla giurisdizione generale di legittimità «*ancorché tale ultima circostanza [id est, il collocamento a riposo] non consenta successivamente, senza che risultino superati i limiti esterni della giurisdizione, al giudice amministrativo, adito in sede di ottemperanza, di ordinare al CSM di assegnare il posto ora per allora al magistrato vittorioso nel giudizio amministrativo*» (il corsivo è mio);

---

<sup>23</sup> Nella sentenza n. 23 del 2013, infatti, il Consiglio di Stato, pur rigettando nel merito la domanda, ha ritenuto di avere (e correttamente) giurisdizione sulla perdita di *chance*.

c) travalica i limiti esterni il giudice amministrativo che, nella sede ordinaria di legittimità, «operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della delibera 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, invece di svolgere un sindacato di legittimità di secondo grado, anche a mezzo del canone parametrico dell'eccesso di potere quale possibile vizio della delibera stessa» (il corsivo è mio).

Senz'altro condivisibile il primo principio.

Condivido anche il secondo principio, nel senso che l'ordine al CSM di riformulare il giudizio sui candidati non è impedito dal collocamento a riposo del ricorrente, ma francamente non è dato comprendere perché la situazione sia diversa in sede di ottemperanza.

Si può condividere anche il terzo principio, ma solo attraverso una lettura della motivazione "correttiva" del tenore letterale del principio di diritto. Partiamo da *sub b*).

Qui la Cassazione sembra voglia a tutti i costi difendere il precedente orientamento – che, per quanto detto, non sembra condivisibile – per negarne la riferibilità all'ordinaria giurisdizione di legittimità. Per far ciò arriva testualmente a dire che l'annullamento fatti salvi gli ulteriori provvedimenti – che, in caso di collocamento a riposo, significa la rivalutazione ora per allora, per l'appunto – può essere disposto, ancorché non possa essere portato a esecuzione. Non poterlo disporre – prosegue la Suprema Corte – significa violare l'articolo 24 e contraddire la natura sostanziale dell'interesse legittimo; verrebbe però da chiedersi perché vada bene non poterlo eseguire. Ora, se la Cassazione intende dire che, in sede di ottemperanza, il magistrato collocato a riposo non può avere l'incarico, nessuno ne dubita. Ma la pronuncia ora per allora – come abbiamo detto – ha tutt'altro senso nel diritto e nel processo amministrativo: riguarda la rivalutazione di una situazione – la cui prima definizione ad opera dell'amministrazione è stata giudicata illegittima – in modo che possano prodursi gli effetti conseguenti, ovviamente possibili. L'impossibilità attiene a uno dei possibili effetti del provvedimento, sia pure il principale, non alla riedizione del potere di valutazione.

Colpisce che la Cassazione, a sostegno della tesi, prefiguri, da parte del

CSM, un provvedimento di “conferma” del giudizio già espresso, quasi a conferire legittimazione al posto ricoperto dal magistrato già valutato positivamente, o, nel caso in cui ciò non si verifichi, un provvedimento «di non luogo a provvedere; il quale ultimo schiude la strada al risarcimento del danno per perdita di chance». Andrebbe chiarito se questo anomalo non luogo a provvedere – che presuppone o da cui consegue una sorta di improcedibilità in sede processuale – contenga la rivalutazione del candidato con esito a lui favorevole (sia pure senza assegnazione di incarico); e allora è proprio il provvedimento “ora per allora”; oppure, sia un vero non luogo a provvedere, e allora il giudizio prognostico sul danno, cioè la rivalutazione nel merito, dovrà farla il giudice del danno.

Passiamo alla “massima” *sub c)*. Qui il principio di diritto, per come enunciato, lascia perplessi. Dire che travalica i limiti esterni il giudice che operi un giudizio sulla ragionevolezza della scelta anzi che svolgere un sindacato di legittimità sull’eccesso di potere è dire che la ragionevolezza non è un “canone parametrico” dell’eccesso di potere. Il che metterebbe in crisi un sistema; non solo italiano, ma anche europeo, e anche dei Paesi di *Common Law* in sede di *Judicial Review* <sup>24</sup>.

Diciamo che il principio affermato è quello (consolidato) secondo cui il giudice non può sindacare una scelta opinabile né sostituire una propria valutazione a quella dell’amministrazione. E non servirà nemmeno invocare a supporto la sovrapposizione «all’esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere di autogoverno della magistratura», a meno che con questa frase, inserita nel principio di diritto non si voglia affermare una limitata sindacabilità degli atti del CSM, che sappiamo non essere nella Costituzione.

Nella fattispecie, il punto critico della sentenza del Consiglio di Stato cassata è che essa pone a fondamento della sentenza una questione – interpretazione della norma sulla “equiparazione” tra servizio in magistratura e in avvocatura dello Stato – non congrua rispetto all’iter motivazio-

---

<sup>24</sup> È noto che il sindacato sulla ragionevolezza, insieme con quello sulla proporzionalità e sulla correttezza dell’azione amministrativa, costituisce la moderna declinazione delle fattispecie sintomatiche dell’eccesso di potere (cfr. per tutti P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993) e costituisce canone largamente condiviso nella giurisprudenza europea e in quella degli Stati membri, anche, e soprattutto, dei Paesi di *common law*.

nale del CSM, perché da questo utilizzata solo in chiave parametrica a fronte di una più generale valutazione, attenta ai profili indicati dallo stesso Consiglio di Stato nella precedente sentenza. Questo errore di prospettiva – quasi a configurare un vizio di violazione di legge, che non era né poteva essere in questione – ha probabilmente sorretto una sentenza che, in questo senso e in questi limiti, poteva dirsi tradotta in una valutazione diretta dei candidati, questa sì eccedente i limiti esterni della giurisdizione. E tanto sarebbe bastato alla Cassazione per annullare la sentenza.

Ma la sentenza n. 19787 lascia aperta, in prospettiva, una questione decisamente delicata.

È largamente condivisa nella dottrina amministrativistica la considerazione che il c.p.a. abbia ampliato la sfera di cognizione della giurisdizione di legittimità, definito meglio il contenuto della sentenza al di là del mero annullamento, e soprattutto, in certa misura, anticipato – come mi è parso di poter dire <sup>25</sup> – l'effetto conformativo, o parte di esso, alla fase della cognizione, contestualmente accentuando il carattere meramente esecutivo del giudizio di ottemperanza: in altri termini, i confini tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito sub specie di giudizio di ottemperanza vanno sfumando <sup>26</sup>. Ciò rende la sentenza amministrativa sempre più sentenza. Ed è una circostanza valutata positivamente in termini di effettività e tempestività della tutela. La Cassazione marca un solco profondo, invece, tra cognizione e ottemperanza, che temo non sia più nei tempi, nella pratica giurisprudenziale e nella elaborazione dottrinarica, e, soprattutto, nel codice.

Forse dobbiamo riflettere se la giurisdizione di ottemperanza – qualificata in origine come giurisdizione di merito per consentire al giudice di azionare poteri in teoria preclusi dal principio di separazione dei poteri – sia

---

<sup>25</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Pubblici poteri e tutele nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in onore di G. Palma*, Torino 2012, III, 2131 ss., spec. 2141 s. (rielaborazione dello scritto *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>26</sup> L'articolo 34, comma 1, lett. e), infatti, consente al giudice di anticipare alla fase della cognizione quanto tradizionalmente avveniva nella fase dell'ottemperanza, creando così una saldatura tra le due fasi: in tal senso anche R. DI PACE, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma.

una giurisdizione di merito in senso stretto<sup>27</sup>. O più semplicemente una giurisdizione in cui il giudice utilizza tutti i poteri volti ad assicurare l'attuazione di un giudicato, nella quale quindi la tradizionale contrapposizione tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito mi sembrerebbe mal posta. Il tutto con la consapevolezza che la sentenza amministrativa, in quanto resa contro pubblici poteri, non può perdere l'effetto conformativo, meglio ancora se anticipato alla fase di cognizione del rapporto, a pena di rendere non effettiva la tutela.

## 6. - Conclusioni.

Questa è tutta una vicenda tra giudici o magistrati. Magistrati, per lo più, nel CSM, che amministrano. Giudici al Tar e al Consiglio di Stato, che giudicano l'atto di quei magistrati che valutano altri magistrati. Giudici della Cassazione che giudicano le sentenze di quei giudici che hanno valutato gli atti del CSM.

È fin troppo banale osservare che il CSM dovrebbe valutare con obiettività le posizioni dei colleghi al solo fine di conferire l'incarico al più idoneo; che il giudice amministrativo debba fare esercizio di *self-restraint* nella valutazione del tipo di discrezionalità riconosciuta al CSM; che la Cassazione eserciti il sindacato ai sensi dell'articolo 111 senza snaturare la logica e la struttura stessa del giudizio amministrativo, minandone l'effettività e, con essa, la credibilità (non solo del giudice amministrativo).

Ma la prospettiva è probabilmente un'altra. Nel nostro sistema, come nella maggior parte dei Paesi europei, esiste un sistema duale di giurisdizione. È stato appurato che si tratta di due giurisdizioni "ordinarie" che si integrano nel fornire la tutela assicurata dall'articolo 24 Costituzione, come recita la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

Persistono aree intermedie di confine, che determinano conflitti di giurisdizione, e che richiedono una conoscenza approfondita delle singole giurisdizioni ma anche un confronto tra giudici che quotidianamente si

---

<sup>27</sup> F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss., spec. 869 s., si interroga acutamente, di recente, su giurisdizione di merito e giudizio di ottemperanza, rilevando le differenze tra le due ipotesi e giungendo a negare la "utilità" della giurisdizione di merito (non del giudizio di ottemperanza).

misurano su problematiche di tutela diverse. Esistono poi questioni delicate, in cui si tratta di giudicare sugli atti degli organi di autogoverno: se per il giudice amministrativo è delicato sindacare gli atti del CSM e di altri organi di autogoverno, lo è del pari, e forse di più, sindacare gli atti dell'organo di autogoverno della giustizia amministrativa.

Forse – ma non so quanto il percorso sia praticabile – per le questioni di giurisdizione e per l'impugnazione degli atti degli organi di autogoverno, è giunto il momento di pensare a quel Tribunale supremo dei conflitti o come altro lo si voglia chiamare, che esiste in altri Paesi e di cui parlava Mortara sul *Monitore dei tribunali* nel 1899: un luogo che, con il confronto, potrà incrementare quello scambio di esperienze, di formazione, di culture giudiziarie che costituiscono, come tutte le diversità, un elemento di ricchezza.