

LA SELEZIONE DEI MEMBRI TOGATI DEL CSM IN ASSEMBLEA COSTITUENTE.

LETTURA DELLE DISCUSSIONI IN ASSEMBLEA COSTITUENTE SULL'ART.104 DELLA COSTITUZIONE, IN PARTICOLARE SUL CONCETTO DI "ELEZIONE" DEI MEMBRI TOGATI.*

di Lucia De Micco**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Essenziale digressione sui canoni interpretativi validi per il testo costituzionale. – 3. L'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. – 4. Ulteriori osservazioni su diversi profili problematici connessi.

287

1. Premessa.

Le osservazioni che seguono si propongono di offrire una prospettiva di analisi al problema del mutamento del sistema di scelta dei componenti togati del Consiglio Superiore della Magistratura, avendo riguardo agli eventuali limiti posti dal testo costituzionale.

Uno dei principali ostacoli alla sostituzione del criterio elettivo *stricto sensu* con un criterio di selezione di tipo *casuale*, ovvero fondato sul meccanismo del sorteggio (puro o temperato che sia), è rinvenuto nella formulazione dell'art. 104 Cost., nel punto in cui al comma quarto recita «Gli altri componenti sono *eletti* per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alla varie categorie».

Gli spunti di riflessione offerti esprimono l'intenzione di indagare, senza condizionamenti ideologici e utilizzando il metodo dell'analisi dei lavori preparatori, quale sia stata la volontà del Costituente espressa nella indicazione del termine «*eletti*».

Tanto al fine di fornire un argomento di discussione a ciascuna delle opinioni che si stanno formando in campo sull'argomento, senza il proposito di sostenere in questa sede l'una o l'altra delle soluzioni proponibili come migliore.

Si rivendica dunque la natura speculativa e di approfondimento del contributo, elaborato seguendo criteri di approccio agli studi costituzionalistici sviluppati nel corso del passato percorso accademico.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Magistrato. Dottore di ricerca in Diritto pubblico – Università della Campania "L. Vanvitelli".

2. Essenziale digressione sui canoni interpretativi validi per il testo costituzionale.

Per sviluppare questa premessa, non può prescindersi dalla analisi dei criteri interpretativi della legge, posti in generale, e della loro utilizzabilità in materia costituzionale.

Nel diritto italiano vigente, l'interpretazione della legge è affidata all'art. 12, comma 1, disp. legge gen., premesse al codice civile del 1942, che riproduce pressoché integralmente l'art. 3, comma 1, disp. pubbl., interpr. appl. leggi in generale, premesse al codice civile del 1865:

«Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Per quanto di nostro interesse, il problema sollevato da questa disposizione è cosa debba intendersi per *intenzione del legislatore*: sul punto le dottrine divergono, confrontandosi da un lato i sostenitori della ricerca della volontà del legislatore storico attraverso la rilettura dei lavori preparatori, dall'altro coloro i quali la configurano come “volontà oggettiva della legge”, accertabile alla luce del fine e/o del fondamento assiologico del provvedimento o, ancora, come “volontà oggettivata nella legge”¹.

Così, infatti, per Martines, la *mens* o *ratio legis* è un elemento obiettivo, e non va riferita alla volontà di coloro che hanno formulato il testo, così come risulta espressa nel corso del suo procedimento di formazione, e quindi desunta dai lavori preparatori, dal titolo, o dalla motivazione esplicita².

In virtù della considerazione dell'*intentio legislatoris*, il bagaglio metodologico dei giuristi si vede arricchito dell'interpretazione correttiva, grazie alla quale l'interprete, rilevata una discrepanza tra il testo delle leggi e la volontà del legislatore, rimedia all'inadeguatezza

¹ Così ricostruisce M. Bessone, *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 31. Quanto al rapporto che intercorre tra i due distinti metodi interpretativi -significato proprio delle parole e intenzione del legislatore – che prescrive l'art. 12, comma 1, disp. prel. c.c., si veda R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 396 ss.; e inoltre V. Villa, *L'intenzione del legislatore nell'art. 12 disp. prel.*, in F. Viola, V. Villa e V. Urso (a cura di), *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, Celup, 1974, p. 125 ss.

² T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 91.

dell'interpretazione letterale, sostituendola con un precetto il cui ambito di applicazione è, alternativamente, più ampio (*lex minus dixit quam voluit*) o più ristretto (*lex magis dixit quam voluit*), e rappresenta un'interpretazione estensiva, oppure restrittiva, di una disposizione³.

A voler meglio precisare, l'impostazione che la nostra letteratura giuridica ha preferito avallare è quella che ha letto nell'espressione *intenzione del legislatore* il richiamo all'interpretazione sistematica, scegliendo tra le due accezioni di senso plausibili – soggettiva ed oggettiva mirante alla *ratio legis* – quest'ultima, poi trasformata in *ratio iuris*. La formula legislativa, una volta approvata, e quindi la norma da essa desumibile, vivono di vita propria, per cui la *mens legis* si obiettivizza e va riferita alla norma in quanto immessa nel sistema⁴.

Per questi Autori, i lavori preparatori e gli altri elementi subiettivi succitati possono tutt'al più aiutare ad individuare la norma, convalidando *a posteriori* l'interpretazione del testo. Sennonché, è stato fatto notare⁵, che l'idea che *l'intenzione del legislatore* debba intendersi come interpretazione sistematica, oltre che a contraddire il testo dell'art. 12 disp. prel., non si concilia del tutto con le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza che più volte ha valorizzato i lavori preparatori nella rilettura di certi passi della Costituzione.

D'altronde se pure ciò fosse vero, dovrebbe fare i conti con la considerazione che l'interpretazione sistematica stessa è stata ridisegnata dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, dato che a partire da quel momento la coerenza dell'ordinamento deve essere ormai cercata sul piano costituzionale.

Per di più, le operazioni ermeneutiche che sottostanno ai giudizi di ragionevolezza o ai bilanciamenti di principi ad opera della Corte Costituzionale sono ben lontani dall'essere inquadrati tra i canoni interpretativi prestabiliti dalla stessa giurisprudenza costituzionale o dal Parlamento.

Più radicale quella dottrina, di cui è autorevole esponente il Betti, che critica fortemente il cd. dogma della volontà legislativa, ascrivendola a null'altro che un pregiudizio psicologico, negandole un qualsiasi fondamento nella formula dell'art. 12 disp. prel., in quanto *l'intenzione del legislatore* è da intendersi come scopo pratico che la legge si

³ Sempre M. Bessone, op. cit., p. 27.

⁴ T. Martines, op. cit.

⁵ L. Paladin, *Fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 107.

propone di conseguire. Di qui il rifiuto di riconoscere alcun valore alle opinioni individuali espresse nei lavori preparatori, se non un valore euristico, riconoscibile come ad un qualsiasi altro precedente storico⁶. Diversamente, già nel 1958, Molteni giudicava *luogo comune* l'indifferenza dell'interprete giuridico alla c.d. legge del legislatore, in quanto, contro la teoria normativa del diritto, che sostiene lo sganciamento della legge dal suo autore nello stesso momento della sua nascita, la formula legislativa è un nulla se la si considera avulsa e strappata dall'*humus umano* in cui sorse ed è destinata ad operare.

La difficoltà dell'interpretazione poi, ed in ciò si evidenzia tutta la distanza dalle posizioni del Betti, non è ricavare dalle premesse generali la conseguenza, bensì nel trovare quelle stesse premesse, che costituiscono, quelle sì, la *ratio* della norma. Quando però le norme non hanno un'intrinseca forza di oggettivazione, perché caratterizzate da un'imprevedibile proiezione nel tempo e dalla possibilità di adeguarsi a tutta una serie di situazioni diverse, i lavori preparatori avranno tutt'al più valore di *preistoria*, meri antecedenti storici, in quanto la sfera di applicazione di tali norme non può essere previamente determinata⁷.

Accettare questa ricostruzione porterebbe inevitabilmente a negare valore interpretativo ai lavori preparatori rispetto alla Carta Costituzionale: essa ha un'imprevedibile proiezione nel tempo, in quanto fissa le regole del gioco *allora per ora*, con la conseguenza che all'interprete si chiede di mantenere il più possibile stabile l'interpretazione, in quanto il testo esprime l'accordo fondativo di strutturazione dell'ordinamento⁸.

E veniamo dunque al punto centrale del discorso, relativo al se e fino a che punto i canoni interpretativi propri delle leggi in generale siano applicabili anche al testo costituzionale, che presenta delle indubbie particolarità, non foss'altro per la carica di politicità di cui le sue disposizioni sono portatrici, dato che esse valgono ad esprimere i valori e i fini politici

⁶ E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 261 ss., in G. Crifò (a cura di), *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, vol. II, pag. 808. L'A. chiarisce: "Né il giurista interprete né lo stesso giudice decidente debbono mai, neppure lontanamente, pensare a 'identificarsi' con un mitico legislatore. Essi non hanno che un compito ricognitivo e una posizione di astratta subordinazione alla legge". *Contra*, G. Leone, *Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1958, p. 493, secondo il quale denigrare il valore dell'intenzione del legislatore significa criticizzare il rapporto tra giudiziario e legislativo, con una dilatazione della funzione giurisdizionale in danno della funzione legislativa.

⁷ F. Molteni, *Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della legge*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1958, p. 379 ss. L'A. infatti rivaluta il ruolo dei lavori preparatori soltanto con riferimento a norme dal contenuto specifico, che mirino alla tutela di interessi specifici e concreti, e la cui efficacia nel tempo sia preventivamente determinata e circoscritta.

⁸ M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni preliminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 48.

ritenuti fondamentali dalla comunità che si è organizzata in Stato. Inoltre, a differenza delle altre leggi, la Costituzione si indirizza all'intero corpo sociale, nelle sue varie organizzazioni e strutture organizzative.

Ciò vale a spiegare come l'interpretazione della Costituzione possa essere, e di fatto sia, influenzata da fattori *politici*, dal modo cioè in cui l'interprete opera il raffronto tra i fini ed i valori che egli trae dalle disposizioni costituzionali e la realtà nella quale opera⁹. Partendo dall'applicabilità dell'art. 12 disp. prel. anche all'interpretazione costituzionale, ci si dovrebbe interrogare sulla portata dell'espressione *intenzione del legislatore* rispetto alla Costituzione: come può in questo caso intendersi come interpretazione sistematica?

Come, se la stessa Corte più volte nell'interpretazione della Carta Costituzionale, sfugge dai canoni ermeneutici fissi, avvalendosi del bilanciamento dei valori? Non farà forse questo perché è essa stessa incapace di ritrovare nel *corpus constitutionis* il sistema, che porti a coerenza tutte le spinte sottese al testo costituzionale?

Talvolta poi, per interpretare il parametro o l'oggetto del giudizio di legittimità, la Corte ricorre all'argomento originalista (o psicologico, o ricorso alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, del legislatore in concreto ovvero del legislatore storico), al più *ad adiuvandum*, per rafforzare interpretazioni cui la Corte perviene attraverso altri criteri, accreditando interpretazioni conformi alla volontà degli autori della legge e screditando interpretazioni che manifestamente vanno contro quella volontà.

È stato evidenziato in recenti studi l'uso dell'argomento *originalista* nelle sentenze della Corte Costituzionale in materia di diritti fondamentali, ed è questa ricerca ad aprire al presente studio propizi canali di riflessione¹⁰.

Prendendo le mosse dalla considerazione che da quando la legge non è più espressione della volontà di uno solo la consultazione dei lavori preparatori dell'assemblea legislativa risulta essenziale per risalire alla volontà di cui il documento di legge è espressione, vengono esaminate le ragioni delle resistenze che si registrano nell'uso dell'argomento *originalista*, riassunte nel timore che il suo uso sia elemento di fissità, immobilità e rigida storicizzazione, vevoli ad impedire l'evoluzione del testo legislativo.

⁹ T. Martines, op. cit., p. 96.

¹⁰ C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Archivio di diritto e storia costituzionale*, 2007. Sul tema anche F. Giuffrè e I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

Da qui le osservazioni che mirano a capovolgere questa visione: oltre all'ipotesi di un *legislatore lungimirante* che detti una disciplina precorritrice dei tempi, basterebbe mettere in risalto i casi in cui è la stessa Corte ad utilizzare l'argomento psicologico (o del legislatore storico) non in via esclusiva, promuovendo un ancoraggio rigido ad un tempo che non è più, ma piuttosto per suffragare interpretazioni che rimandano al *vero spirito della norma*, agli *intenti originari o ispiratori*.

Inevitabilmente infatti riemergono nel momento interpretativo le idee contrapposte che la scrittura in comune della Carta Costituzionale ha accompagnato al punto di compromesso, fino ad assurgere ad importanza autonoma nell'interpretazione di alcune scelte che i lavori preparatori consegnano all'attenzione dei futuri commentatori.

Infatti, una cosa sono i lavori preparatori della legge, altra i lavori preparatori della Costituzione.

Ciò è a dirsi per il fatto che solo la seconda contiene regole che aspirano all'*eternità ordinamentale*, in quanto, sebbene anche la legge sia pensata per durare, solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole, dettate dalla Costituzione, dureranno. Questo comporta che mentre per tutti gli interpreti il testo è un significante di riferimento, per l'interprete della Costituzione quel significante reclama maggiore stabilità interpretativa e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* del legislatore storico¹¹.

Dall'indagine ricognitiva sulle sentenze costituzionali che utilizzino l'argomento *originalista* emerge che più spesso il ricorso alla volontà espressa dall'Assemblea costituente è impiegato in negativo: ovvero per circoscriverne il campo d'azione, in modo da lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore ordinario, per intervenire sul terreno che esorbita dal perimetro che l'argomento *originalista* è servito ad individuare.

Dunque, un argomento ancillare alla discrezionalità del legislatore, piuttosto che ostacolo alla modernizzazione e all'evoluzione della Carta costituzionale¹². La storicizzazione risulta piuttosto rivolta ai tempi attuali, attraverso una normazione ordinaria che ritrova le

¹¹ M. Luciani, op.cit., p. 48.

¹² Interessante contributo allo studio delle tecniche interpretative utilizzate dalla Corte costituzionale nelle sue sentenze è costituito dal lavoro di I. Massa Pinto e C. Tripodina (a cura di), *Sul come per la Corte costituzionale «Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero *tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in *Archivio di diritto e storia costituzionale*, www.dircost.unito.it, ora con il titolo *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Dir. pubbl.*, n. 1-2/2010, p. 471 ss.

sue potenzialità proprio nella conferma della finitudine della Costituzione, che ha un testo che vale per quel che dice, e non può essere forzato per dare copertura a casi che *mai* furono nella mente dei Costituenti¹³.

Sorge spontanea la domanda: e se invece quei casi furono *una volta, o forse più* nella mente – e dunque nelle dichiarazioni in Assemblea – dei Costituenti?

Può in quel caso darsi una lettura espansiva alle disposizioni costituzionali, attraverso un'interpretazione costituzionalista che non restringa, ma piuttosto includa quanto i membri dell'Assemblea non hanno avuto poi la determinazione di confermare?

A rigore dovrebbe risponderci di no, essendosi sostenuto che per l'interpretazione costituzionale la conclusione non può portare alla prevalenza dello spirito della legge sulla lettera¹⁴, in quanto è attraverso il testo che il costituente storico ha manifestato la propria volontà ordinante del futuro e, sebbene l'intenzione del costituente storico debba essere attualizzata secondo una lettura adeguata al tempo del testo, è proprio il testo che esprime il *patto fondamentale* che deve guidare l'interprete. Elementi diversi dal testo possono servire ad accertare la sostanza di quel patto, ma il testo, in quanto pensato per durare *aere perennius* esige dall'interprete di essere sondato e rispettato in tutte le sue virtualità di significato¹⁵.

Se è vero dunque che lo studio della lettera della legge e dell'intenzione del legislatore deve servire ad indicare l'eventuale dichiarata esclusione di altre soluzioni, perché “è evidente che se risulta chiaro che il legislatore non volle adottare un certo regolamento questo, per essere stato esplicitamente escluso, non possa rivivere in sede interpretativa”¹⁶, è vero anche che la premessa di tale assunto è che il legislatore costituente abbia espresso con chiarezza la sua preferenza per l'utilizzo dell'una o dell'altra parola, con la portata

¹³ Come richiamato nell'opera cui si sta facendo riferimento, R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2006, p. 743 ss.

¹⁴ “Il testo stampato, nel suo rapporto con la vera espressione, è da considerarsi solamente come la lettera della lettera, dunque esso è anche inferiore a quella, e non dovrà per conseguenza sfuggire a quella stessa correzione”. Così F.K.V. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it. di V. Scialoja, Torino, UTET, 1886–1898, pag. 216. La stessa Corte costituzionale ha dimostrato di accogliere questa impostazione, quando, nella sentenza n. 47 del 1991 relativa alla sottoponibilità delle leggi elettorali a referendum abrogativo, esclude che esse ne siano sottratte sottolineando che l'originaria intenzione della Costituente, che voleva inserire le leggi stesse nel quadro dei limiti indicati nel secondo comma dell'art. 75 Cost., non si è tradotta in una espressa formulazione costituzionale; e non è dato alla Corte *riscrivere alcun punto del testo della Carta costituzionale, quale sancito nella votazione finale del 27 dicembre 1947*. Sul punto si sofferma L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 285.

¹⁵ M. Luciani, op. cit. p. 49.

¹⁶ G. Leone, *Aspetti costituzionali dell'interpretazione della legge*, cit., p. 502.

significante che nel tempo ad essa è stata associata.

È dunque di peso essenziale comprendere quale sia stato il percorso argomentativo dei componenti l'Assemblea nell'individuare il termine utilizzato per descrivere il criterio di selezione dei membri togati del CSM.

3. L'analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente.

La lettura degli atti ufficiali delle discussioni maturate in seno all'Assemblea costituente¹⁷ rappresenta un efficace strumento di apprezzamento delle argomentazioni alla base di assunti che oggi percepiamo quasi come diritto naturale più che positivo, dotato di assoluta incontrovertibilità.

Risulta infatti di estremo interesse verificare, con riguardo anche al solo art. 104 Cost., come ogni elemento dell'attuale assetto costituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura sia stato oggetto di un fervente dibattito che vedeva in campo opinioni fortemente divergenti.

Ancora fino alla discussione del 7 novembre 1947, ad esempio, si è dibattuto sulla opportunità che fosse il Presidente della Repubblica a presiedere l'organo di autogoverno della magistratura, evidenziando più voci che egli fosse legato al Parlamento ed espressione di uno dei partiti che ne compongono la struttura; o ancora oggetto di lungo dibattito è stata la necessità di una composizione mista del Consiglio (Calamandrei ad esempio si espresse in favore di un Csm tutto composto da magistrati).

Quanto al punto di nostro peculiare interesse, è essenziale rilevare che il testo elaborato dalla Commissione per la Costituzione, su cui si apriranno le discussioni in Assemblea costituente il 4 marzo 1947, fu il seguente (l'articolo è riportato con la numerazione originaria 97):

Art. 97.

«La magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, presieduto dal Presidente della Repubblica, è composto del Primo Presidente della Corte di cassazione, vicepresidente, di un altro

¹⁷ Di facile consultazione online sul sito www.nascitacostituzione.it e comunque rinvenibili sul sito della Camera dei Deputati, www.archivio.camera.it.

vicepresidente nominato dall'Assemblea Nazionale e di membri *designati* per sette anni, metà da tutti i magistrati fra gli appartenenti alle diverse categorie, metà dall'Assemblea Nazionale fuori del proprio seno. Gli eletti dall'Assemblea Nazionale iscritti negli albi forensi non possono esercitare la professione finché fanno parte del Consiglio.

Le assunzioni, le promozioni, le assegnazioni ed i trasferimenti di sede e di funzioni, i provvedimenti disciplinari ed in genere il governo della Magistratura ordinaria sono di competenza del Consiglio Superiore secondo le norme dell'ordinamento giudiziario.

Il Ministro della giustizia promuove l'azione disciplinare contro i magistrati, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario».

Risulta di lampante osservazione che il termine utilizzato per la selezione dei membri togati fosse «*designati*».

Lo stesso Presidente della Commissione Ruini, nella sua relazione al progetto del 6 febbraio 1947 si espresse riportando proprio quella specifica parola:

«Il progetto non si spinge ad una forma piena di autogoverno, che non potrebbe mai essere chiuso, corporativo; e non si addirebbe ad un corpo formato mediante concorsi, senza attingere alle fonti della designazione popolare. La Magistratura ha fatto, ad ogni modo, una grande conquista; ed è notevole la riforma adottata, che dà piena garanzia per le nomine, per l'inaffidabilità, per l'assoluta autonomia dei Giudici di fronte al potere esecutivo. All'organo di 'governo della Magistratura' che si crea nel suo Consiglio Superiore, partecipano, oltre ai membri *designati* direttamente dai magistrati, altri scelti dal Parlamento, per riallacciarsi così alla fonte popolare».

Leggendo anzitutto gli atti della Commissione infatti emerge come nelle diverse sedute si alternino i termini «*designati*» e «*nominati*», e a tratti se ne proponga la sostituzione con «*eletti*», senza che mai sia omissivo di evidenziare le implicazioni di tale scambio, in termini di ricadute elettorali.

La seduta dell'8 gennaio si chiude con la formulazione proposta dagli onorevoli Cappi e Uberti, che recitava:

«La nomina, per pubblico concorso, dei magistrati, le promozioni, i trasferimenti ed in genere il governo della Magistratura, sono affidati al Consiglio Superiore della Magistratura composto di membri *nominati* per metà dai magistrati stessi, per metà dall'Assemblea nazionale, presieduto dal Ministro della giustizia».

Il giorno successivo, il 9 gennaio 1947, saranno Leone e Laconi a rilanciare sulla parola

«*eletti*», proposta cui Uberti ribatte evidenziando che dovrà dunque farsi una legge elettorale per stabilire il metodo di elezione.

Il Presidente Conti dunque pone ai voti la seguente formulazione, concordata fra gli onorevoli Cappi-Uberti e Targetti:

«Il Consiglio Superiore della Magistratura è composto di membri *eletti* per metà da tutti i magistrati e scelti fra le loro diverse categorie stabilite dalla legge e per metà dall'Assemblea nazionale».

Castiglia, Relatore, dichiara di votare contro, partendo dal principio che il Consiglio Superiore dovrebbe essere composto soltanto ed esclusivamente di magistrati.

Il Presidente Conti e Calamandrei si associano all'onorevole Castiglia.

Nonostante i voti contrari di Castiglia, Conti e Calamandrei, la formulazione è approvata. Come visto *in incipit* però non sarà questa la formulazione presentata nel Progetto offerto ai lavori della Assemblea, in quanto la versione proposta e anzi riportata è quella invece partorita dal Comitato di Redazione.

Ed è l'articolo così formulato ad essere proposto in Assemblea, ove in seno alla discussione del 25 novembre 1947 si dà lettura delle diverse versioni proposte in sede di emendamenti per la formulazione dell'art. 104 Cost.

In quella sede è di immediata verifica quanto le parole «*eletti*» e «*designati*» ancora si alternino tra le differenti versioni, senza che sia stata data sino ad allora alcuna particolare coloritura di sostanza alla scelta dell'una o dell'altra, impegnati come erano i Costituenti a discorrere della natura di organo a composizione pura o mista del Consiglio, ovvero alla individuazione di chi dovesse esserne il Presidente o il vicepresidente.

Quel giorno, ancora in sede di votazione finale, l'articolo è proposto nella sua versione recante la parola «*designati*».

Solo a quel punto la presentazione di un emendamento da parte dell'onorevole Condorelli, che in seguito si riporterà integralmente, getta luce sulla diversa significanza delle due parole, aprendo un fronte sul quale si pone da una parte l'onorevole Scalfaro, che chiede che la parola «*designati*» sia sostituita con «*eletti*», sostenuto anche dal componente Persico, e dall'altra Condorelli, che in virtù delle sue precedenti osservazioni, chiede che il termine utilizzato sia «*designati*».

Il Presidente Terracini, dopo la proposta di emendamento di Scalfaro, si esprime in questi seguenti termini (testuale):

«Si tratta ora di determinare il modo con il quale i due terzi di magistrati e il terzo degli altri membri debbano essere eletti o designati. Tutti gli emendamenti ed anche il testo della Commissione impiegano il termine ‘*designati*’. Io chiedo, sia alla Commissione, che ai presentatori dei vari emendamenti, se intendano procedere a questa sostituzione».

A questo punto l’onorevole Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione, propone persino un terzo termine: «*nominati*» perché, e cito testualmente, «*nominati* è più vasto di *designati* e comprende l’elezione senza accentuare il colorito elettorale».

Alla introduzione di questo terzo termine, il Presidente Terracini preferisce sorvolare sulla definizione finale della parola scelta, tanto da indicare di adoperare la parola ‘*eletti*’, «salvo nella redazione finale vedere quello che è più opportuno» (testuale).

Si prosegue testualmente riportando le parole di Terracini:

«Per la scelta dei due terzi dei membri del Consiglio Superiore, che devono essere magistrati, vi è la proposta della Commissione, che è poi quella di tutti gli emendamenti, a tenore della quale *si deve procedere ad una elezione, salvo poi a vederne le modalità*; dall’altra parte v’è la proposta dell’onorevole Condorelli, che propone che i magistrati non siano eletti, ma siano invece *designati* direttamente dalla legge, in base ad anzianità di carriera e con criteri di distribuzione territoriale per categoria. Tengano dunque presente che si tratta della contrapposizione di due mezzi: l’elezione da una parte, dall’altra parte invece una indicazione fatta dalla legge».

È importante a questo punto sottolineare che la proposta della Commissione di procedere alla selezione dei membri togati *per elezione* non risulta avere in sé il connotato elettorale che *ex se* si vuole attribuire oggi alla parola *elezione*, in quanto, quando Terracini dice «salvo poi a vederne le modalità» valorizza quella notazione dello stesso Ruini, Presidente della Commissione (che ha partorito l’idea della necessità che si proceda ad elezione) quando propone la parola «*nominati*», più idonea perché comprende l’*elezione* senza accentuare il colorito elettorale.

È dunque chiaro che anche nella mente dei componenti della Commissione, presieduta da Ruini, la parola *eletti* non aveva in sé quella connotazione elettorale che oggi le si è ascritto. Essa significava per lo più *scelti*, tanto da esserne proposta la sostituzione con la parola *designati* al fine di purificarla dal colorito elettorale.

Emerge poi dalle stesse parole di Ruini una certa leggerezza nella soluzione da adottare, quando completa il suo discorso dicendo «ma se volete, va bene anche *eletti*, che è, se ben

ricordo, la parola adoperata nella legge attuale sul Consiglio della Magistratura».

E tanto sebbene sia stato lo stesso Ruini ad indicare che la proposta dell'onorevole Condorelli di immaginare un sistema di designazione *ope legis* non incontri il consenso della Commissione in quanto «l'emendamento Condorelli si scosta per il suo spirito dal testo di prima e di ora. Esso pone una esigenza che l'Assemblea certamente apprezza: di togliere a queste nomine interne della Magistratura il carattere elettorale. Farebbero parte del Consiglio Superiore della Magistratura magistrati *designati*, senza elezione, per loro stesso ufficio. Di fronte al vantaggio di eliminare l'elettoralismo vi sono inconvenienti: il criterio dell'anzianità — ad esempio per i consiglieri di Cassazione, per quelli di Corte d'appello, pei giudici, designati appunto per anzianità, come vorrebbe l'onorevole Condorelli — non darebbe sempre i più adatti e capaci ad adempiere i compiti del Consiglio Superiore. Il Comitato a maggioranza, non ha creduto di seguire la proposta Condorelli».

E sono queste ultime parole a lasciare un senso di confusione nel lettore, in quanto in verità il Comitato aveva presentato un Progetto recante la parola *designati*.

Ciononostante, ammesso che secondo la Commissione il sistema non possa essere quello della designazione *ope legis*, è chiaro come l'Assemblea apprezzi l'esigenza di togliere alle nomine interne alla Magistratura il carattere elettorale.

Risulta dunque evidente dalla lettura combinata degli interventi che in queste discussioni la parola «eletti» non sta per «scelti con un sistema elettorale», sottintendendo dunque la necessità di una campagna di promozione della candidatura e la valorizzazione di un meccanismo di stretta rappresentatività, quale oggi da più parti si vorrebbe assegnare al termine usato in Costituzione.

E anzi, la connotazione elettoralistica del sistema di scelta era considerata rischiosa per le conseguenze condizionanti che essa avrebbe determinato all'interno del corpo della magistratura, tanto da apprezzare l'Assemblea l'esigenza di togliere a queste nomine interne il carattere elettorale.

Sembra piuttosto che il peso che al termine «eletti» è assegnato nei dibattiti sulle modifiche del sistema di scelta dei membri togati sia sfuggito alla proiezione lungimirante dei Costituenti, e che la proposta di una designazione *ope legis* non abbia convinto solo in quanto l'automatismo privo di alcun meccanismo di selezione volontaria non avrebbe garantito la indicazione di magistrati adatti a svolgere il compito di componenti del Consiglio. Ma tanto senza voler in alcun modo valorizzare la connotazione elettoralistica

del termine «eletti», anzi. Sembra piuttosto che alla mancanza di proiezioni su un possibile sistema alternativo a quello della designazione *ope legis* si sia preferito un termine considerato erroneamente neutro.

Un termine privo di quell'insidia che invece certamente non era sfuggita all'onorevole Condorelli, il quale con il suo emendamento propone di privilegiare la parola «designati», capace a suo parere di arginare le derive elettoralistiche del metodo di selezione, di cui la parola «eletti» invece soffre le insidie.

Eppure fu quella la parola preferita nella versione finale dell'articolo, sulle cui implicazioni si sorvolò, demandando a una successiva legge ordinaria di contenuto elettorale l'onere di affrontarle.

Si riporta integralmente l'intervento di Condorelli, formulato in data 25 novembre 1947:

«Noi ci siamo molto preoccupati, come era giusto, di assicurare la *indipendenza costituzionale* dell'ordine giudiziario.

Credo che *non* ci siamo preoccupati altrettanto di assicurare *l'indipendenza istituzionale o interna* dell'ordine giudiziario e dei magistrati.

E difatti, io ritengo che *l'elettoralismo*, così largamente introdotto fra i magistrati, sia veramente un *pericolo per l'indipendenza dei magistrati medesimi*, perché non è difficile prevedere che questa necessità di riunirsi in corpo elettorale assai di sovente per eleggere i rappresentanti presso il Consiglio superiore, verrà a stabilire delle *interdipendenze fra i magistrati*, fra coloro che chiedono i voti e coloro che li danno, il che tante volte si traduce in *do ut des*.

E la cosa è molto più grave quando si tratta di selezione a funzione che si riferisce esclusivamente alle persone, cioè a trasferimenti, a promozioni, a scrutini, e via di seguito. Noi qualche esperienza in materia l'abbiamo già fatta. L'elettoralismo è molto diffuso nelle Università. Lungi da me, professore universitario, chiedere una riforma che diminuisca l'autonomia accademica; ma indubbiamente degli inconvenienti si verificano. Nella formazione delle Commissioni esaminatrici di concorso, per esempio, anzi attraverso la formazione di queste Commissioni, si determinano delle interdipendenze, dei conglomerati, dei patti di tendenza o di scuola, che non sono sempre produttori alla serenità dei giudizi. E credo che i magistrati stessi abbiano fatto una non lieta esperienza di questo elettoralismo nelle recenti elezioni del Consiglio Superiore della Magistratura. Cominciano a correre le lettere, le raccomandazioni, le promesse, le assicurazioni, che

indubbiamente vengono a creare una stratificazione gerarchica fra gli eletti, i grandi elettori, i piccoli elettori ed i singoli elettori.

Io credo che noi proprio renderemmo un servizio alla Magistratura se la liberassimo da questo elettoralismo, che, fra le altre cose, non è strettamente necessario».

A questo punto l'on. Condorelli opera un distinguo sulle elezioni di organi che esprimono un indirizzo politico e quelle relative a un organo che opera scelte tecniche e amministrative:

«Noi abbiamo sempre dinanzi agli occhi lo schema dello Stato democratico che si deve reggere sulle elezioni, in quanto le elezioni da un lato sono dichiarazione di volontà delle direttive dello Stato, della politica, ed è logico che si ricorra al popolo perché indichi dove vuole andare: e sono dall'altro scelta di persone.

Ma queste stesse esigenze, evidentemente, non ci sono quando la scelta è per funzioni che sono esclusivamente tecniche e amministrative, sulle quali i criteri e gli orientamenti politici non c'entrano o, per lo meno, non ci dovrebbero entrare; e quando poi il corpo elettorale è talmente scelto, che si deve supporre che ognuno dei componenti del corpo elettorale sia idoneo.

Ed allora perché non ricorrere ad un sistema di designazione fissa attraverso la legge, che assicurerebbe, secondo me, molto più la indipendenza istituzionale della Magistratura e quella indipendenza psicologica della quale noi ci dobbiamo veramente preoccupare? Noi dovremmo creare un congegno puramente legale per la designazione del Consiglio Superiore.

Io proporrei *che i membri del Consiglio Superiore fossero designati dalla legge con criteri di anzianità*, tenendo conto anche di una distribuzione per territorio e per categorie, se si vuole introdurre anche il criterio della categoria, come è nel testo del progetto e come si prevede in parecchi emendamenti.

Se si dicesse, per esempio: sono eletti i tre più anziani primi presidenti delle tre parti d'Italia: Italia settentrionale, Italia centrale e Italia meridionale; i tre più anziani presidenti di tribunale di queste stesse circoscrizioni; i tre più anziani primi pretori, noi avremmo il duplice effetto di *liberare la Magistratura dal grave pericolo dell'elettoralismo* — che sarebbe un elettoralismo meramente personalistico, non determinato da ragioni politiche né di scuola, come avviene nel campo universitario — e si avrebbe l'altro effetto di scegliere persone che sono certamente capaci della funzione. Perché, indubbiamente, *un magistrato*

esercita una funzione molto più alta quando decide degli averi e della libertà dei cittadini e comunque quando interpreta ed applica la legge, anziché quando decide di trasferimenti o della formazione di commissioni o di provvedimenti disciplinari.

Io perciò ho pensato, dopo lunghe riflessioni e dopo aver ascoltato molti magistrati, di cui molti anche componenti di questa Assemblea, di proporre questo sistema che ritengo atto a proteggere veramente l'indipendenza dei singoli magistrati».

L'intervento si riporta sino a questo punto, in quanto prosegue poi sulla problematica affrontata in Costituente della necessaria cancellazione dall'albo degli avvocati componenti il Consiglio.

4. Ulteriori osservazioni su diversi profili problematici connessi.

Ebbene, l'intervento dell'onorevole Condorelli, acquisito come dato storico scevro da valutazioni di natura politica e pur considerato alla luce dell'insuccesso delle sue proposte in sede di Costituente, serve anzitutto a compiere *a contrario* l'analisi interpretativa che si è tratteggiata, ma fornisce anche spunto di partenza per l'approfondimento di ulteriori aspetti problematici sottesi alla questione che ci occupa.

Anzitutto può essere utile osservare che il sistema del sorteggio è sì diventato il metodo per la selezione dei componenti delle commissioni universitarie di concorso. Proprio quella riforma, *che diminuisce l'autonomia accademica* e che l'oratore non si augura, istituirà il sorteggio quale metodo prevalente nella selezione dei componenti delle commissioni in ambito accademico. Già prima della l. n. 240/2010 – a mente della quale si prevede l'impiego del sorteggio per formare le Commissioni deputate ad esprimere una valutazione ai fini dell'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore universitario, di prima e seconda fascia – con le leggi del 1966, 1973 e del 1979 il meccanismo del sorteggio era inserito in forma pura o mista per selezionare membri degli organi di valutazione.

Ciò ad evidenza che il problema delle interrelazioni interne, che una procedura elettorale di selezione dei membri di organi giudicanti favorisce, si è posto anche in altri ambiti; e che anche in altri contesti si è tentato di dare una soluzione con la epurazione della connotazione elettoralistica dei sistemi di scelta.

Tanto a voler dare conto di un dato storico e non invece a voler significare l'efficienza di

quel sistema, criticato per i suoi scarsi effetti anche all'interno del mondo accademico e ritenuto anche un precedente non calzante rispetto al problema che si affronta in Magistratura¹⁸.

D'altronde val la pena anche di ricordare che l'inserimento del meccanismo di sorteggio nell'*iter* elettivo del C.S.M. è stato già effettuato con la l. n. 74/1990, che prevedeva infatti un collegio unico per la elezione dei giudici di legittimità e quattro collegi circoscrizionali, formati attraverso l'unione tra diversi distretti di Corte d'appello *sorteggiati* quattro mesi prima della votazione.

Era chiaro anche in quel caso che la logica sottesa fosse quella di limitare il peso delle correnti, in risposta alla legge proporzionale n. 695/1975 che, prevedendo un sistema proporzionale a liste concorrenti, aveva valorizzato il carattere rappresentativo del Consiglio¹⁹.

Ma basti pensare come anche la l. n. 44/2002, attualmente vigente, si ponesse lo stesso obiettivo, per comprendere quanto soltanto in fase di applicazione di una legge elettorale possa valutarsi quali ne siano le reali ripercussioni sul sistema e quanto gli scopi prefissi siano effettivamente raggiungibili con gli strumenti in teoria ideati.

La ampiezza dei tre collegi nazionali infatti, lungi dal depotenziare la forza di sostegno delle aggregazioni interne alla magistratura, ne ha determinato un rinvigorimento, vista la incapacità dei singoli candidati di poter spendersi in una campagna elettorale a livello nazionale.

Tutti i tentativi di riforma del sistema di composizione del C.S.M. in effetti si sviluppano anche intorno alla percezione dell'istituto della rappresentatività dell'organo, altro punto toccato dall'intervento di Condorelli, quando partendo dal concetto di elezione nel sistema democratico si connette al problema della sua natura politica.

Il discorso insomma si concentra sulle due opzioni: un C.S.M. inteso come organo di alta amministrazione, cui sia assegnata una funzione strettamente collegata alle sue attribuzioni; ovvero un Consiglio organo che esercita, seppur solo nell'ambito della propria competenza, anche funzioni di indirizzo o comunque funzioni *politiche*, che implicino

¹⁸ ROMBOLIR., *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in *Questione Giustizia*, in cui l'A. lucidamente afferma che un vero parallelo potrebbe farsi soltanto se ad essere sorteggiati fossero i rettori delle Università o i direttori di dipartimento. Sul tema anche DAL CANTO F., *Le prospettive di riforma elettorale del Csm*, in www.gruppodipisa.it/rivista.

¹⁹ Compie una efficace ricostruzione del quadro normativo in materia di sorteggio come metodo decisionale, MANDATO M., *Il sorteggio come metodo di decisione. Principi e fattispecie*, in *Nomos*, 3, 2019.

anche scelte di carattere discrezionale.

A tal proposito vi è chi in dottrina collega la evoluzione della funzione attribuita al C.S.M. con la mutata percezione del giudice nell'ordinamento costituzionale, da mero applicatore della volontà del legislatore a detentore di una posizione essenziale per la realizzazione dei principi costituzionali e per la tutela dei diritti fondamentali.

Motore ed effetto di questa trasformazione sarebbe una maturazione culturale dei magistrati, espressa attraverso la formazione dei gruppi associativi all'interno della associazione nazionale.

Insomma sarebbe questa maturazione, promossa attraverso l'appartenenza ai gruppi associativi, ad aver consentito al giudice di affrancarsi dalla veste di mero funzionario che legge e interpreta le disposizioni legislative per diventare tecnico che coglie e persegue i valori sottesi alle disposizioni legislative e traduce i risultati di questa elaborazione culturale in decisioni quanto più appropriate alle particolarità dei fatti sottoposti al suo esame²⁰.

Orbene – al di là delle osservazioni che si potrebbero già compiere su un assunto di tal specie – che prescinde completamente dall'idea che il cambiamento sia dovuto a una maturazione culturale della compagine giudiziaria, sempre più sollecitata all'approfondimento dei valori costituzionali e convenzionali anche in forza dell'impatto con una società sempre più mutevole, che pone al caso concreto sfide interpretative sempre più alte, al fine di compiere un adattamento di una legislazione troppo spesso miope se non inerte rispetto ai mutamenti sociali; e che tale cambiamento si maturi nell'intima formazione di ciascun magistrato, prescindendo dalla condivisione di tali progressi in formazioni sociali come quelle interne alla associazione nazionale²¹, può essere però necessario porsi una semplice domanda: in che modo questa

²⁰ R. Romboli cita nel contributo già indicato il suo Maestro, A. Pizzorusso, con riferimento al testo *Su alcune proposte di riforma del Csm*, in *Legalità e Giustizia*, 1984, ora in A. Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2019.

²¹ Per descrivere questo protagonismo necessitato l'A. cui si rinvia utilizza l'espressione "colegislatore permanente" – che richiama alla mente il *Judicial activism* anglossassone, certamente inimmaginabile al tempo della Costituente, in L. Chieffi, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 1998, p. 33. E ancora, lo stesso A. indica che il ruolo attivo assunto dal Giudice, sviluppato per consentire l'adattamento della norma costituzionale alle contingenze in continuo e sempre più veloce mutamento, costituisce effetto dell'inerzia sovente mostrata dall'organo cui in origine era stata riservata in via prioritaria la potestà di introdurre nuove norme, della scarsa attenzione ed incapacità del legislatore ad assicurare tutela alle realtà sociali che da quelle veloci trasformazioni sorgevano e risorgevano prive di alcuna lettura giuridica.

trasformazione, da qualunque stimolo generata, si colleghi al mutamento della concezione dell'organo di autogoverno, e come questo mutamento possa incidere sulle decisioni di competenza di questo organo.

Oltre alle alte funzioni amministrative è indubbio che il Consiglio abbia un ruolo di garanzia della indipendenza esterna e interna della magistratura. In questione è se esso abbia una natura rappresentativa, sviluppata attraverso il meccanismo elettorale.

In ciò si esaurisce gran parte dei nodi teorici da cui si stagliano le proposte di modifica del sistema elettorale.

Infatti una cosa è dire che al fine di svolgere le funzioni consiliari sia necessaria e sufficiente la idoneità e la capacità alle funzioni assegnate e la professionalità; altra è dire che ad esse deve accompagnarsi la capacità di rappresentare il pluralismo sviluppatosi nel corpo giudiziario, dovendo dunque garantirsi che nella composizione dell'organo si rispecchi la diversa realtà sociale del corpo elettorale. A questo scopo è chiaro che un sistema di aggregazione per gruppi è il solo a poter garantire la riconoscibilità delle proprie posizioni nel candidato afferente al gruppo di appartenenza. In questi termini ciascun consigliere avrebbe una funzione di rappresentanza, sebbene non politica, certamente ideologica.

Ma proviamo a fare un passo avanti da questa asserzione: è davvero questo il rischio che vuole scongiurarsi? O non è piuttosto che il sistema rappresentativo, in tal modo inteso, diventi fonte di pratiche di scambio e di lottizzazione nella assegnazione di incarichi direttivi e altro?

Il sistema elettorale può davvero da solo elidere un tale rischio?

La storia delle riforme precedenti ci confessa che no, non è sufficiente.

La riforma elettorale deve combinarsi con altre modifiche, quali quelle relative ai criteri per l'attribuzione delle funzioni direttive, che quando non elaborati in senso oggettivo, forniscono al Consiglio la occasione di valutare il merito senza onorare il principio di trasparenza.

Questa chiosa, lungi dal voler sottrarre essenzialità al percorso di elaborazione di una riforma elettorale per il nostro Consiglio, ha lo scopo di evidenziare come questo percorso si intrecci con la necessità di incentivare riforme anche su altri piani, quali la revisione del testo unico dirigenza e modifiche dello statuto A.N.M., onde evitare che l'impegno in campo associativo sia utilizzato come strumento per la auto-promozione nelle future

campagne elettorali per il ruolo consiliare.

Abstract: Uno dei limiti invalicabili all'abbandono della selezione elettorale dei consiglieri togati del Consiglio Superiore della magistratura è spesso riconosciuto nell'utilizzo del termine *eletti* nel testo dell'art. 104 della Costituzione. Partendo dall'analisi dei criteri di interpretazione del testo costituzionale, soffermandosi in particolare su quello cd. *originalista*, la lettura degli atti della Assemblea Costituente restituisce una verità storica molto più articolata.

Abstract: The use of the term *elect* in the text of article 104 of the Italian Constitution is often recognised as an absolute limit to overcome the electoral selection of the togate members of the Supreme Judicial Council in favor of a different model. Starting from the analysis of the criteria for interpreting the constitutional text, focusing in particular on *originalist* one, the reading of the acts of the Constituent Assembly returns a much more articulated historical truth.

Parole chiave: elezione – CSM – togati – sorteggio – Costituzione.

Key words: election – CSM – togate – council – Constitution.