

Rosario Russo

LA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE. POSCIA, PIÙ CHE IL LEGISLATORE POTÈ IL C.S.M.¹

«I giudici devono essere leoni, ma leoni sotto il trono»

F. BACON

(*Essays, LVI, Of judicature, 1625, p. 506*)

«È indispensabile pertanto che la materia degli avanzamenti e dei trasferimenti sia di esclusiva competenza degli stessi organi dell'amministrazione della giustizia in modo che i magistrati non abbiano nulla da temere o da sperare dagli uomini di Governo»

P. CALAMANDREI,

(*Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, Seconda Sezione, 5 dicembre 1946, Resoconto sommario, pag. 4*)

«Quindi sotto qualsiasi forma di stato, il potere di governo dovrebbe essere esercitato per mezzo di leggi dichiarate e accettate, e non per mezzo di comandi estemporanei e vaghe risoluzioni»

J. LOCKE,

(*Due Trattati sul Governo, 2° Trattato, 1690, nella versione a cura di Brunella Casalini, par. n. 317, 2006, pag. 272*)

«Il sonno della ragione genera mostri».

F. GOYA (1797).

I. CAUSA CAUSAE EST CAUSA CAUSATI. L'ESODO FORZATO DEI MAGISTRATI OVVERO LA DISGREGAZIONE PERFETTA.

1. *Anno Domini* 2014. Registra almeno tre eventi importanti, variamente intrecciati: il 24 gennaio, inaugurando l'anno giudiziario, il primo Presidente della Suprema Corte aveva tuonato «La congiuntura attuale non appare propizia per progetti di alta ingegneria normativa, per elaborare linee complessive di

¹ « ... ond'io mi diedi,
già cieco, a brancolar sovra ciascuno,
e due dì li chiamai, poi che fur morti.
Poscia, più che 'l dolor poté 'l digiuno.»
DANTE, (Inf. XXXIII, 72-75.)

Secondo l'interpretazione più comune, il Conte Ugolino, sopravvissuto al dolore sofferto per la morte dei figli con lui reclusi, morì d'inedia. Il primo commentatore di Dante, Jacopo della Lana, avanzò tuttavia un'interpretazione alternativa, alla cui stregua il Conte, cieco e folle, per fame avrebbe divorato i cadaveri dei figli.

riforme di sistema. A essere indispensabili e urgenti sono rimedi pragmatici imposti dall'entità dei numeri dei processi che si riversano negli uffici giudiziari e dalla necessità di ristabilire una giusta "filosofia" della gestione della giustizia e di far affermare un'etica pubblica fondata sul principio di legalità, anziché sull'idea che l'illegalità altrui basti a giustificare la propria»²; il 22 febbraio il Governo Renzi (PD, NCD, SC, UDC, PSI, DEMO.S, Indipendenti) prestava giuramento nelle mani del Presidente Napolitano (frattanto rieletto) e qualche giorno dopo otteneva la fiducia; il 25 settembre 2014 si insediava altresì il neo eletto Consiglio Superiore della Magistratura, essendo venuta a scadere nel luglio la precedente Consiliatura. I Magistrati, ma soprattutto l'Utente finale della giustizia (nel cui nome vengono emessi i provvedimenti giurisdizionali), rammentano tali eventi soprattutto perché (in tale articolato contesto storico), l'inatteso art. 1 del D.L. n. 90 del 24 giugno conv. con L. n. 114 del 18 agosto, per assicurare il «ricambio generazionale», disponeva che per tutti i pubblici dipendenti i precedenti trattenimenti in servizio fossero fatti salvi fino al 31 dicembre 2014, salvo che per i magistrati di ogni ordine; soltanto per i quali tale termine era prorogato al 31 dicembre 2015 [*prima proroga* per tutti i magistrati, rispetto agli altri pubblici dipendenti³]. Gli storici dell'ordinamento giudiziario probabilmente segnaleranno tale provvedimento (in uno a quelli derogatori che lo hanno seguito: v. *infra sub* n. 3) come quello più incisivo tra quelli emessi negli ultimi anni, perché ha per oggetto non i processi o le *regulae iuris* sostanziali, ma direttamente i magistrati (il cui specifico statuto pur riconosce rispetto agli altri dipendenti, proprio con la proroga al 31 dicembre 2015); perché cioè non detta norme di comportamento per i cittadini che i magistrati devono fare osservare, ma regola direttamente la loro stessa vita (o il «fine vita») professionale, il loro essere magistrati. Perciò stesso tale provvedimento merita di essere vagliato attentamente, soprattutto per i suoi riflessi ordinamentali e costituzionali.

2. Intanto, risulta decisamente unidirezionale l'evoluzione storica dei c.d. pregressi «trattenimenti in servizio» dei magistrati: l'art. 227 dell'ord. giud. del 1941 aveva fissato al compimento dei 65 anni il collocamento a riposo dei magistrati; l'art. 5 del Regio Decreto legislativo 31 Maggio 1946, n. 511 (Guarentigie della Magistratura) spostò il limite a settanta anni; l'art. 16 del D. lgs. n. 503 del 1992 consentì ai dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti; con l'art. 34, 12° della Legge 27/12/2002 n. 289 (L. Finanziaria 2003), collocato tra le regole dirette a realizzare il contenimento della spesa pubblica, fu aggiunto al citato art. 16 un comma, alla cui stregua i magistrati potevano restare in servizio fino (non più a 72, ma) a 75 anni⁴. Aboliti con il D.L. del 2014 i pregressi trattenimenti in servizio, dunque, il collocamento a riposo restava fissato al 70° anno di età e diventava operativo per tutti i magistrati infrasettantacinquenni alla data (prorogata rispetto agli altri dipendenti) del 31 dicembre 2015. È agevole constatare che, mentre l'evoluzione normativa aveva progressivamente soltanto esteso la durata della vita professionale dei magistrati (da 65, a 70, a 72 e infine a 75 anni), per la prima volta il D.L. del 2014 drasticamente ridusse invece il termine di fine carriera (da 75 anni a 70 anni). Sicché, mentre il progressivo incremento di tale termine aveva deter-

² Pag. 14 della Relazione.

³ Da qui in avanti si terrà conto soltanto delle proroghe afferenti ai magistrati ordinari.

⁴ Non soltanto per completezza va ricordato infine il vano tentativo nell'ottobre 2009 di elevare (inizialmente soltanto per i vertici della Suprema Corte) ulteriormente a 78 anni la permanenza in servizio.

minato per tutti i magistrati un uguale e paritario scorrimento in avanti delle loro attese e dei loro programmi di vita, la sua perentoria decurtazione 'de-capitò' soltanto cinque classi anagrafiche di magistrati (direttivi e non⁵) e, precisamente in modo puntiforme, quelli nati a far tempo dal 1° gennaio 1944 al 1945⁶. In altri termini: (siccome spalmato su tutti gli interessati) l'incremento può comportare diseguaglianza soltanto rispetto agli altri dipendenti (tuttavia in astratto giustificabile per le specifiche esigenze della giurisdizione, tant'è che allo stato della disciplina molti dipendenti pubblici sono collocati a riposo al 65° anno di età); la decurtazione invece è di per sé più traumatica ed esige perciò un *plus* di giustificazione e soprattutto di contingente e contestuale valutazione.

3. Ma non è stata meno preoccupante l'evoluzione normativa derogatoria rispetto al D.L. del 2014. L'art. 18 del D.L. 27 giugno 2015 n. 83, conv. con L. n. 152 del 2015, ha previsto che «Al fine di salvaguardare la funzionalità degli uffici giudiziari e garantire un ordinato e graduale processo di conferimento, da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, degli incarichi direttivi e semidirettivi che si renderanno vacanti negli anni 2015 e 2016, gli effetti dell'articolo 1, comma 3, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, sono differiti al 31 dicembre 2016 per i magistrati ordinari che non abbiano compiuto il settantaduesimo anno di età alla data del 31 dicembre 2015 e che debbano essere collocati a riposo nel periodo fra lo stesso 31 dicembre 2015 ed il 30 dicembre 2016» [*seconda proroga* riservata ai magistrati direttivi e semidirettivi, di merito e di legittimità, infrasettantadueenni al 31.12.2015 che, in difetto della proroga in questione, avrebbero dovuto esser collocati a riposo dal 31.12.2015 al 30 dicembre 2016⁷]. Indi l'art. 5 del D.L. 31 agosto 2016 n. 168 ha ulteriormente statuito che «1. Al fine di assicurare la continuità negli incarichi apicali, direttivi superiori e direttivi presso la Suprema Corte di cassazione e la Procura Generale della Corte di cassazione, in ragione delle

⁵ È utile annotare che dall'attuale ruolo di anzianità si ricava che sono appena venticinque i magistrati nati nel 1944, ventinove i nati nel 1945, quaranta i nati nel 1946 e settantaquattro i nati nel 1947.

⁶ Per esempio, in forza della regola generale dettata dal D.L. del 2014 per tutti i dipendenti (abrogazione dei precedenti trattenimenti in servizio), i magistrati nati il 1° gennaio 1945 sarebbero stati destinati a concludere la loro carriera alla data del 1° gennaio 2015, al maturarsi cioè del loro settantesimo compleanno, anziché al 1° gennaio 2020; ma proprio in ragione della prima proroga, dettata soltanto per i magistrati dallo stesso D.L. del 2014, tale data (1° gennaio 2015) era postergata al 31.12.2015. V. *infra* alle note nn. 7 e 9.

⁷ La proroga del 2015 riguardava soltanto i magistrati semidirettivi e direttivi non solo infrasettantadueenni alla data del 31.12.2015, ma anche destinati a essere collocati a riposo dal 31.12.2015 al 30.12.2016 in forza della prima proroga. Si tratta perciò dei magistrati nati negli anni 1944 - 1945 (ovvero anche prima) che, in base alla prima proroga, dovevano cessare dalla carica dal 31.12.2015 al 30.12.2016, avendo compiuto il settantesimo anno di età; esclusivamente tra di essi il provvedimento del giugno 2015 ha individuato una cerchia di magistrati non ancora settantadueenni alla data (futura) del 31.12.2015, soltanto per i quali il collocamento a riposo è stata postergato (dal 31.12.2015) al 31.12.2016.

Per riprendere l'esempio sviluppato in precedenza (v. *retro sub* nota n. 6), la seconda proroga si riferiva ai magistrati semidirettivi e direttivi nati (in ipotesi) il 1° gennaio 1945, destinati in base al D.L. del 2014 al collocamento a riposo il 31.12.2015; poiché essi avrebbero compiuto il settantaduesimo compleanno il 1.1.2017 (e quindi dopo il 31.12.2015), il D.L. del 2015 ha spostato la loro cessazione dal servizio al 31.12.2016.

Per conseguenza, dalla seconda proroga sono rimasti espressamente esclusi quei magistrati direttivi o semidirettivi, che essendo più giovani (perché, per esempio, nati non prima del 1947), pur non avendo compiuto il settantaduesimo anno di età alla data del 31.12.2015, non dovevano essere collocati a riposo dal 31.12.2015 al 30.12.2016 in forza della prima proroga; per essi rimase fermo l'improrogato termine del settantesimo anno.

La consultazione del ruolo di anzianità dei magistrati consente di individuare agevolmente i magistrati inclusi o esclusi dalla seconda proroga (v. *retro sub* nota n. 5).

molteplici iniziative di riforma intraprese per la definizione dell'elevato contenzioso ivi pendente, gli effetti dell'articolo 1, comma 3, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, sono ulteriormente differiti al 31 dicembre 2017 per i magistrati che ricoprono funzioni apicali, direttive superiori o direttive presso la Suprema Corte di cassazione e la Procura Generale, i quali non abbiano compiuto il settantaduesimo anno di età alla data del 31 dicembre 2016 e che debbano essere collocati a riposo nel periodo compreso fra la medesima data del 31 dicembre 2016 e il 30 dicembre 2017. Per tutti gli altri magistrati ordinari resta fermo il termine ultimo di permanenza in servizio stabilito dal citato articolo 1, comma 3, del decreto-legge n. 90 del 2014. 2. All'articolo 35 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Le funzioni direttive di cui all'articolo 10, commi da 10 a 13, possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, al momento della data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno quattro anni di servizio prima della data di collocamento a riposo. Le funzioni direttive di cui all'articolo 10, comma 14, possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, al momento della data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno tre anni di servizio prima della data di collocamento a riposo⁸» [*terza proroga* che posterga ulteriormente la data del collocamento a riposo per i magistrati che già godevano della seconda proroga, ma limitatamente ai magistrati di alto grado della Suprema Corte e della Procura Generale⁹]. E già si discute di ulteriori correzioni in sede di conversione dell'ultimo D.L.

4. *In apicibus*, qualunque sia la *ratio* di tali manzoniani 'garbugli' normativi (di cui invano l'Utente finale della Giustizia vorrebbe diltheyanamente¹⁰ 'comprende-

⁸ V. *infra* sub nota n. 12.

⁹ Per riprendere l'esempio sviluppato in precedenza (v. *retro* sub note nn. 6 e 7), la terza proroga si riferisce soltanto ai magistrati con funzioni apicali, direttive superiori o direttive presso la Suprema Corte di cassazione e la Procura Generale (in ipotesi) nati il 1° gennaio 1945, destinati in base al D.L. del 2014 al collocamento a riposo il 31 dicembre 2015. Poiché essi avrebbero compiuto il settantaduesimo compleanno il 1.1.2017 (e quindi dopo il 31.12.2015), il D.L. del 2015 ha spostato la loro cessazione dal servizio al 31.12.2016. E, poiché essi avrebbero compiuto il settantaduesimo anno il 1°.1.2017 (e quindi dopo il 31 dicembre 2016), il D.L. del 2016 ha ulteriormente prorogato al 31.12.2017 il termine per il loro collocamento a riposo.

¹⁰ Secondo la visione storicistica di G. Dilthey (1833 – 1911), le scienze della natura 'spiegano' le leggi fisiche; le scienze dello spirito mirano invece a 'comprendere' il senso della vita umana, avvicinandosi progressivamente allo scopo ultimo: la conoscenza di sé stesso da parte dell'uomo.

Dal punto di vista generale (ma anche fenomenologico), perfino negli ordinamenti a regime costituzionale democrazia, giustizia e lo stesso diritto non sono quasi mai 'dati' (e tanto meno 'concessi') una volta per tutte, essendo sempre il precipitato, ovvero l'altalenante residuo storico, di tensioni e contrapposizione. E se è ovvio che anche in tali ordinamenti il potere si esercita con norme, e soprattutto con eccezioni alle norme, è altrettanto scientificamente indiscutibile che il potere è stabilizzato o istituzionalizzato soltanto «quando ad un'alta probabilità che B compia con continuità i comportamenti voluti da A corrisponde un'alta probabilità che A compia con continuità azioni dirette a esercitare potere su B» (M. STOPPINO, voce *Potere*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, vol. III, 2006, pag. 108). E, mentre R. JERING (in *La lotta per il diritto*) ci ricorda che «in realtà la lotta per il diritto è la poesia del carattere», fu ÉTIENNE DE LA BOÉTIE (nel *Discorso sulla servitù volontaria*) a segnalare già che il più delle volte non è necessario un gesto eroico, e neppure un gesto positivo, per 'fermare' il potere, ma basta arrestare il proprio assenso (sicché i citati A e B sarebbero complici, giacché stanno reciprocamente al medesimo gioco), mentre successivamente DELEUZE e GUATTARI avrebbero ipotizzato addirittura il «desiderio di sottomissione».

Ovviamente questi rapidissimi accenni sulla struttura del potere andrebbero incastonati nella teoria della separazione dei poteri, o più generalmente nella conformazione (soprattutto costituzionale) dell'«ordine giudiziario».

re' il *fil rouge*), quale che sia stata l'insondabile *voluntas legis*¹¹, è certamente materia costituzionalmente sensibile: si può incidere sulla indipendenza della magistratura con 'avanzamenti' e 'trasferimenti', come autorevolmente ci ricorda P. Calamandrei (non a caso ricordato nell'esergo), ma anche con provvedimenti destinati a incidere profondamente ed estemporaneamente sulla durata della vita professionale del magistrato e sul suo *cursus honorum*, riducendo drasticamente la data del collocamento a riposo per specifiche classi anagrafiche. Non solo: se a seguito della riforma del 2002 (che aveva consentito la permanenza in servizio fino al 75° anno di età: v. *retro sub* n. 2), legittimamente i capi degli uffici erano (in tutto o in gran parte) ultrasettantenni, una riforma che istantaneamente ed imprevedibilmente riduce a settanta anni l'età pensionabile in realtà oggettivamente non fa altro che cambiare d'un sol colpo l'assetto (non solo apicale, ma perfino) strutturale della magistratura, senza necessità di 'avanzamenti' e 'trasferimenti'; e ciò ancorché il 'ricambio' sia affidato ad un Organo di autogoverno. Non solo: siffatta riforma, inevitabilmente 'spostando' (salve le sopravvenute ed esoteriche proroghe anzidette) sui magistrati infrasettantenni gli incarichi direttivi relitti dai magistrati uscenti, non poteva che moltiplicare i tramutamenti (orizzontali e verticali) e creare vuoti di organico nei gradi iniziali, che devono dunque essere ricoperti frettolosamente anche con nuovi concorsi¹². Non solo: la scienza delle organizzazioni amministrative consiglia di assicurare la continuità direttiva degli enti operativi, a meno che, per l'appunto, non si debba o non si voglia produrre una violenta discontinuità nell'ambito degli organi di guida¹³. Non solo: la stessa scienza dell'amministrazione suggerisce che, ancorché a ragion veduta (quale?) si voglia determinare tale *shock* organizzativo, non si può trascurare di considerare sia la fattibilità sia la tempistica della necessaria sostituzione (nella specie affidata al Consiglio Superiore della Magistratura: v. *infra sub* par. n. 7 e cap. II), perché altrimenti si corre il rischio della disgregazione (addirittura per inattività) della struttura stessa¹⁴.

¹¹ Giacché, come diceva R. JERING (*Lo scopo nel diritto*, 1887, trad. it. Torino, 1972, pag. 6), lo scopo «è il creatore di tutto il diritto; non esiste alcuna norma giuridica che non debba la sua origine a uno scopo, cioè a un motivo pratico».

¹² E, per stemperare gli effetti a valanga del D.L. del 2014, quello del 2016 (v. *retro sub* par. n. 3) ha statuito che sono legittimati al tramutamento i magistrati titolari di funzioni direttive soltanto se li separino almeno (non più tre, ma) quattro anni (se di merito), o rispettivamente almeno tre anni (se di legittimità), dalla data di collocamento a riposo.

¹³ Del che si ritrova conferma nella stessa dizione letterale dei menzionati interventi legislativi: infatti, se il D.L. del 2014 è motivato (o giustificato) espressamente dall'esigenza di assicurare *tout court* il «ricambio generazionale», quelli successivi fanno capo all'esigenza di «salvaguardare la funzionalità degli uffici giudiziari e garantire un ordinato e graduale processo di conferimento, da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, degli incarichi direttivi e semidirettivi che si renderanno vacanti negli anni 2015 e 2016» e perfino alla «continuità degli incarichi...» (v. *retro sub* par. n. 3). Se ne potrebbe dedurre che le rammentate elementari esigenze di buona amministrazione (art. 97 Cost.), neglette dal legislatore del 2014, siano state 'riscoperte' soltanto negli anni successivi per introdurre le descritte deroghe.

¹⁴ Con delibera 11 giugno 2014, la precedente Consiliatura del C.S.M. (v. *retro sub* par. n. 1) per tempo non aveva mancato di rilevare, dopo avere richiamato la disciplina di settore, che «Tutte le disposizioni normative che hanno riguardato la materia hanno sempre previsto, dal 1946 ad oggi, una disciplina transitoria che si impone per l'evidente ragione sostanziale che esse sono norme di sistema che necessariamente, per i connessi profili finanziari ed organizzativi, devono poter temperare non solo le posizioni soggettive degli interessati ma **innanzitutto** le imprescindibili esigenze di carattere generale che impongono di considerare il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione (art. 97 Cost.). 2. Invero una riduzione drastica delle citate norme avrebbe un impatto enorme sulla funzionalità degli uffici giudiziari. Il vuoto di organico che si determinerebbe per effetto di una riduzione immediata del limite di età, con il pensionamento anticipato dei magistrati che hanno già usufruito della facoltà di permanere in servizio è pari a circa 400 magistrati. Di essi 128 sono titolari di funzioni direttive e 66 di funzioni semidirettive, oltre a ulteriori 26 e 14 magistrati rispettivamente con funzioni direttive e semidirettive che

Non solo: aveva carattere generale il provvedimento del 2014 con cui si fissava in settanta anni l'età per il collocamento a riposo e la data del 31 dicembre 2015 per l'effettiva cessazione dal servizio dei settantenni e degli ultrasessantenni; ma, noti essendo date di nascita e incarichi di ogni magistrato, è teoricamente opinabile che abbiano carattere generale ed impersonale i provvedimenti del 2015 e del 2016, con cui sono state introdotte le rammentate eccezioni alla regola generale. Non solo: se il provvedimento del 2014 aveva come esplicita finalità quella di assicurare il «ricambio generazionale», perché la proroga del 2015¹⁵ avvantaggia soltanto taluni dei magistrati più anziani? Non solo: se il provvedimento del 2015 si spiega con l'intento di prorogare, pur alle restrittive condizioni anzidette, tutti gli uffici direttivi e semidirettivi, perché il provvedimento del 2016 proroga ulteriormente soltanto gli uffici apicali, direttivi e semidirettivi della Suprema Corte, in spregio¹⁶ all'art. 107, 3° Cost.? Non solo: tale ultima proroga è testualmente motivata «in ragione delle molteplici iniziative di riforma intraprese per la definizione dell'elevato contenzioso pendente» davanti alla Suprema Corte, ma invano si cercherebbe traccia di tali riforme nel medesimo testo normativo¹⁷. Non solo:

hanno già superato i 69 anni. La norma, inoltre, determinerebbe un evidente ulteriore effetto perché l'immediata riduzione del limite di età incide anche sulla legittimazione a proporre domanda per il conferimento di un ufficio direttivo che, secondo la normativa vigente in tema di temporaneità degli uffici direttivi, prevede che «le funzioni direttive possono essere conferite esclusivamente ai magistrati che, al momento della data della vacanza del posto messo a concorso, assicurano almeno quattro anni di servizio prima della data di collocamento a riposo prevista dall'art. 16, comma 1-bis, del D.lg. 30 dicembre 1992, n. 503, e hanno esercitato la relativa facoltà» (art. 35 del D.Lgs. n. 160 del 2006). E' evidente che l'impossibilità di assicurare un servizio di quattro anni e, quindi, di ottenere il conferimento di un ufficio direttivo potrà indurre un effetto dissuasivo alla permanenza in servizio anche per i magistrati compresi nella fascia di età tra 66 e 70 anni. Si deve, altresì, osservare che la nomina degli uffici direttivi è anche sottoposta al possesso da parte dei candidati dell'ulteriore requisito dell'avvenuta partecipazione ai corsi di formazione organizzati dalla Scuola della Magistratura, ai sensi dall'art. 26 bis, 5 comma, del D.Lgs. n. 26 del 2006, circostanza che costituirà un oggettivo rallentamento dei tempi di copertura, simultanea ed immediata, di un numero elevato di posti direttivi da mettere a concorso. La creazione di vuoti di organico così rilevanti, infine, determina enormi problemi di bilancio in considerazione della circostanza che gli ultimi concorsi in magistratura sono stati banditi con alcuni mesi di ritardo e solo grazie all'impegno profuso dagli ultimi due Ministri della giustizia per ottenere la relativa copertura finanziaria. 3. Appare superfluo, da ultimo, rilevare come, in un momento di grande impegno di tutte le istituzioni per assicurare maggiore efficacia alla giustizia, appaia davvero contraddittorio creare momenti di discontinuità con una accelerazione nel cambio dei dirigenti degli uffici che non potrebbe non incidere sulla funzionalità del processo e, in particolare, sulla giustizia civile su cui il Governo è impegnato a portare avanti i noti progetti di riforma richiesti anche dall'Europa» (l'enfasi tipografica si rinviene nell'originale).

Sicché il Consiglio Superiore della Magistratura invitava «il Ministro della giustizia a rappresentare, in tutte le sedi istituzionali, le esposte considerazioni, nonché la necessità di una disciplina transitoria, per la ragionevolezza della scelta legislativa».

Insediatasi il 25 settembre 2014, con delibera del dì 11.6.2016 l'attuale Consiliatura (che non aveva espresso alcun parere sulla seconda proroga) ha espresso parere negativo con riferimento al D.L. del 2016, sottolineando, per un verso, che la «scienza del poi» aveva pienamente confermato le gravi preoccupazioni espresse con la ricordata delibera del dì 11.6.2014 e, per altro verso, che l'ultima proroga «per i termini in cui è formulata è discutibile nella sua impostazione culturale, ponendo in discussione il principio di cui all'art. 107 Cost., posto a presidio della pari dignità di tutte le funzioni giurisdizionali».

¹⁵ V. *retro sub* par. n. 3 e nota n. 7.

¹⁶ Come per tempo segnalato dal Consiglio Superiore della Magistratura: v. *retro sub* nota n. 14. È così avvenuto che, per rimediare (forse) agli effetti del D.L. del 2014 incidenti (per quanto esposto) sulla indipendenza della magistratura, i successivi provvedimenti (soprattutto il più recente di essi) hanno finito per tradire anche l'art. 107 Cost.

¹⁷ Sembra che il Legislatore abbia trascurato che il D.L. del 2016 è scaturito dallo stralcio del più corposo schema di decreto – legge, recante l'introduzione di altri interventi normativi, tra cui (art. 2) la nomina di settanta giudici ausiliari, scelti tra i magistrati ordinari a riposo da non più di tre anni. V. *infra* nel testo.

se lo stesso D.L. del 2016 appresta misure idonee ad incrementare le limitate risorse personali della Suprema Corte e della Magistratura tutta¹⁸, come spiegare al mitico Utente finale del servizio Giustizia il forzato esodo di centinaia di magistrati? Non solo: ha senso forzare l'esodo di tanti magistrati per poi nominarli come giudici ausiliari, come divisato dallo stesso Governo¹⁹? Non solo: perfino un 'grazioso' ampliamento della terza proroga, perciò esteso agli stessi magistrati che godevano della seconda proroga, come si chiede da taluno al Legislatore in sede di conversione del D.L. del 2016, eliminerebbe sì l'ultima discrasia (e cioè la denunciata violazione dell'art. 107 Cost.), ma confermerebbe tutte le altre gravissime criticità sopra sommariamente esposte.

5. Nel merito, poi, può esser degno di considerazione l'originario intento di assicurare «il ricambio generazionale nelle pubbliche amministrazioni», dichiarato dal legislatore del 2014²⁰, e può perfino ammettersi che esso fosse volto a rimediare ad un presunto 'privilegio' dei magistrati. Ma *est modus in rebus*; le leggi sono come i farmaci (etimologicamente veleno ed antidoto, malattia e cura, giustizia ed ingiustizia): vanno comunque elaborate e dosate in modo appropriato (come suggerisce Locke, citato in esergo), perché altrimenti (e specialmente in una situazione già drammaticamente compromessa, come quella in cui versa da decenni la giurisdizione italiana) possono gravemente nuocere alla *res publica* (ed ancor più al mitico Utente finale della Giustizia). Non si era mai visto che nel corso di una lunga ed aspra 'guerra', quella contro l'arretrato giudiziario (che ci squalifica di fronte al mondo, al pari del debito pubblico, con deleteri riflessi anche economici), il Governo, con una costosa riforma non auspicata da alcuno, licenziasse in tronco tutti i generali, gli ufficiali maggiori ed i veterani dell'esercito (quelli che si mobilitano esattamente quando è in pericolo la salvezza), senza neppure considerare la tempistica delle necessarie sostituzioni, e tenendo in non cale perfino il preoccupato e tempestivo avvertimento del Consiglio Superiore della Magistratura (v. *retro sub* nota n. 14). Eppure il Primo Presidente della Suprema Corte lo aveva sottolineato autorevolmente appena qualche mese prima dell'emanazione del D.L. del 2014: «La congiuntura attuale non appare propizia per progetti di alta ingegneria normativa, per elaborare linee complessive di riforme di sistema. A essere indispensabili e urgenti sono rimedi pragmatici imposti dall'entità dei numeri dei processi che si riversano negli uffici giudiziari e dalla necessità di ristabilire una giusta "filosofia" della gestione della giustizia e di far affermare un'etica pubblica fondata sul principio di legalità, anziché sull'idea che l'illegalità altrui basti a giustificare la propria» (*retro sub* par. n. 1).
6. Del resto le conseguenze esiziali del D.L. licenziato nel 2014, ampiamente prevedibili, sono state testimoniate dai ripetuti 'rimedi' che il Legislatore stesso si è affrettato ad attivare, per farvi fronte, con i D.L. del 2015 e del 2016 (v. *retro sub* par. 3). Sennonché, non solo, come (per restare nella precedente metafora) si suol dire in ambito militare, «tra l'ordine ed il contrordine nasce il disordine»; non solo al legislatore, se attento alle esigenze dell'Utente finale della Giustizia, restano inibiti «comandi estemporanei e vaghe risoluzioni», come ammonisce il democratico e liberale J. Locke (non a caso cita-

¹⁸ L'art. 1 del D.L. del 2016 prevede l'applicazione (disposta dal Primo Presidente della Suprema Corte) dei Magistrati dell'Ufficio del Massimario allo svolgimento di funzioni giudiziarie (su cui si è espresso negativamente il Consiglio Superiore della Magistratura con la delibera del 21 settembre 2016: v. *retro sub* nota n. 14); e l'art. 2 del medesimo D.L. addirittura riduce la durata del tirocinio dei neoassunti magistrati.

¹⁹ V. *retro sub* nota n. 17.

²⁰ Ma poi smentito dalle proroghe successive: v. i richiami contenuti *retro sub* nota 15.

to in esergo); ma soprattutto, se si vuole evitare (come impone la nostra Costituzione) che i magistrati siano «leoni sotto il trono» (come auspicato da F. Bacon, perciò ricordato nell'esergo²¹), o possano ambire ad insediarsi sul 'trono', è imprescindibile che essi (per ricordare ancora una volta Calamandrei) «non abbiano nulla da temere o da sperare dagli uomini di Governo». È invece la vicenda legislativa sopra riassunta, dopo avere provocato il collocamento a riposo di tanti magistrati (direttivi e non), ha creato negli anni successivi ed anche in atto (dopo il recente D.L. del 2016) una situazione per cui quelli rimasti in servizio – secondo i casi – (hanno temuto o) temono di essere esodati *vel* (hanno sperato o) sperano di restare in servizio o di conservare la carica, a seguito (o in virtù) di ulteriori interventi legislativi (il più prossimo dei quali è rappresentato dalla conversione dell'ultimo D.L.). E si tratta, infine, di una 'riforma' (quella disposta a partire dal D.L. del 2014) ormai in nessun modo razionalizzabile ed emendabile, perché taluni dei suoi effetti sono definitivamente irreversibili: si pensi ai magistrati che non hanno presentato domanda di tramutamento perché, ridotta *ex abrupto* da settantacinque a settanta anni la durata del servizio professionale, non potevano più assicurare il termine minimo di permanenza nell'ufficio *ad quem* (previsto a pena di inammissibilità della domanda stessa). Sicché la invasività e la intangibilità della conseguente disgregazione del sistema, mentre rendono ardua una qualunque reazione propriamente giudiziaria (in ipotesi consentendo al sistema di riconvalidarsi dall'interno), trovano in realtà unico rimedio soltanto nella motivata ed accorata denuncia, ovviamente aperta al dialogo ed alla discussione.

7. Simmetricamente la 'ricostruzione' di un sistema (ormai radicalmente disgregato), necessaria per colmare gli innumerevoli vuoti creati da così incisivo intervento legislativo, ha comportato – e comporta - un gravosissimo impegno a carico del Consiglio Superiore della Magistratura (che, nel preconizzarlo tempestivamente, aveva messo in guardia il Legislatore: v. *retro sub* nota 14); creando i presupposti per ulteriori disfunzioni giacché, per farvi fronte rapidamente, l'Organo di autogoverno ha finito per adottare, nella copertura dei numerosissimi incarichi resesi perciò vacanti, schemi argomentativi semplificati, e comunque non adeguati alla complessità delle valutazioni richieste. Gli assertori della «democrazia procedimentale» a ragione sostengono che, mentre le buone riforme possono produrre effetti negativi, è quasi impossibile che da quelle pessime possano scaturire benefici; come appresso si tenterà di evidenziare.

²¹ Si rivelerebbe inadeguata la citazione di così perentoria espressione, se non si rammentasse il contesto storico-politico in cui operò Francesco Bacone (1561 – 1626), filosofo empirista. Prima ancora che si arrivasse alla guerra civile inglese (1642), si era acuito il conflitto tra Carlo I ed i tribunali, o corti, di *common law*; cui il re contrapponeva le corti privilegiate, tese ad accogliere i principi del diritto romano, primo tra tutti quello per cui ha valore di legge *quod principi placuit*. Divenuto Cancelliere del regno, Bacone sostenne la tesi dell'assolutismo regio, suscitando la ferma opposizione del Coke; il quale difese invece le ragioni del Parlamento nella sua lotta contro l'assolutismo, assumendo che la *common law*, espressione di ragione non 'naturale', ma (a differenza del diritto naturale formatosi nel continente) 'artificiale' (siccome storicamente forgiatasi nella sapienza della storia), adeguatamente limitava il potere regio: tesi destinata storicamente a prevalere. Ne consegue che qualunque richiamo alle menzionate tesi sostenute da Bacone (storicamente superate nell'ambito dello stesso diritto inglese, con la decapitazione nel 1649 di Carlo I), risulta del tutto eccentrico rispetto alla nostra Costituzione.

II. CAUSATUM. LA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE PER VIA AMMINISTRATIVA

8. In occasione del conferimento di numerosi incarichi direttivi di Presidente di Sezione della Suprema Corte, in sede di comparazione (anche) tra sostituti procuratori generali e consiglieri di cassazione, inizialmente il Consiglio Superiore della Magistratura propose di volere preferire i secondi, con la seguente reiterata, centrale e dirimente motivazione «*la natura requirente delle funzioni svolte presso la Suprema Corte vale a connotare le stesse in termini di minore specificità rispetto al posto a concorso*»²². Intervenendo al Plenum del C.S.M., il Procuratore Generale presso la Suprema Corte motivò la propria dichiarazione di astensione dal voto, esponendo una moltitudine di argomenti giuridici e sistematici. In realtà, in seno alla delibera originaria del 19.4.2016 (prima d'essere emendata) il Consiglio Superiore della Magistratura aveva elaborato (e rivelato) una precisa preferenza per i giudicanti (di legittimità) rispetto ai requirenti (di legittimità), così dettando (non una valutazione tecnica sul merito comparato di giudicanti e requirenti di legittimità, alla quale soltanto aspiravano tutti i candidati, e soprattutto i giudicanti destinati a prevalere, ma) una vera e propria *regula iuris* di priorità, perciò doverosamente e agevolmente 'esportabile' (a volere essere coerenti) in ogni altro caso in cui concorressero comunque (v. *infra sub par. n. 12*) giudicanti e requirenti (entrambi di legittimità).
9. Indi, in esito ad un acceso dibattito, il Plenum adottò un emendamento, per cui l'espressione (reiterata nelle menzionate proposte di conferimento) «*la natura requirente delle funzioni svolte presso la Suprema Corte vale a connotare le stesse in termini di minore specificità rispetto al posto a concorso*», fu sostituita, in tutte le proposte, con l'espressione «*esperienza parimenti apprezzabile rispetto al posto a concorso, ma di differente specificità*». Il Procuratore Generale della Suprema Corte confermò la propria astensione dal voto e le proposte di conferimento furono approvate con tale ultima modifica inserita nelle delibere, per il resto rimaste inalterate. Non è difficile individuare le ragioni della persistente e ferma opposizione del Procuratore Generale: ben vero l'emendamento surrettiziamente cancellò l'illegittima *regula iuris* 'inventata' dal C.S.M. (ragione dirimente della preferenza espressa a favore dei candidati giudicanti), sostituendola con.....nulla. In altri termini: la complessa traiettoria motivazionale si sperimenta inizialmente ed originariamente nell'ardita elaborazione di una agevole regola di priorità («*sono in ogni caso più meritevoli i giudicanti di legittimità*») idonea ad eliminare *funditus* qualunque valutazione propriamente discrezionale ed a semplificare la complessa ed analitica valutazione comparativa richiesta invece dalla legge al Consiglio Superiore della Magistratura; si scontra all'interno dello stesso C.S.M. con la manifesta insostenibilità di una tale aprioristica priorità alla stregua del diritto positivo (v. *infra sub par. n. 11*); si acquieta, infine, ma sostanzialmente evaporando, in una doverosa presa d'atto sia della pari dignità delle funzioni (requirenti e giudicanti) di legittimità rispetto al posto a concorso, sia della loro (davvero) ovvia differente specificità, lasciando tuttavia

²² Ai sensi dell'art. 10 del D. lgs. n. 160 del 2006, tanto i sostituti procuratori generali presso la Suprema Corte quanto i consiglieri della stessa Corte esercitano funzioni di legittimità, rispettivamente requirenti e giudicanti. Funzioni direttive giudicanti di legittimità sono svolte dai presidenti di sezione della Suprema Corte; funzioni direttive requirenti di legittimità sono svolte dagli avvocati generali presso la Corte. Funzioni direttive apicali, rispettivamente giudicanti e requirenti, sono quelle del Primo Presidente della Suprema Corte e del Procuratore Generale presso la stessa Corte.

sguarnita di qualunque supporto argomentativo l'adottata preferenza: un vero e proprio vuoto motivazionale, in seno ad una decisione inevitabilmente claudicante nel suo nucleo fondante. Ma, all'esito di così sintomatica contorsione argomentativa, resta il fatto che, pur espressamente correggendo il principio inizialmente dettato (si direbbe la *prima intentio*), tuttavia proprio da esso (poiché «*Voce del sén fuggita pòi richiamàr non val*») è rampollata infine la decisione finale, siccome non corroborata da altra adeguata e novellata motivazione. Riassumendo:

- 9.1. non a caso soltanto la disciplina positiva prevede una serie di indici o parametri di valutazione, giacché essi non possono essere creati dal Decidente ma sono ad esso imposti;
 - 9.2. un conto è che il Decidente si muova nell'orbita di applicazione di tali indici: in tal caso resterà discutibile se sia stato violato il parametro astratto o la sua concreta applicazione;
 - 9.3. altro conto è invece che il Decidente crei ed applichi un parametro («*i giudicanti sono a priori più meritevoli dei requiranti*») non solo non previsto dalla normativa di riferimento, ma addirittura in fiero contrasto con essa (v. *infra* sub par. n. 11);
 - 9.4. altro conto è infine che il medesimo Decidente, dopo avere sconfessato esplicitamente l'insussistente parametro di nuovo conio, tuttavia confermi *tout court* la valutazione conclusiva originariamente giustificata soltanto dalla (illegittima) applicazione di quello stesso parametro.
10. Nessuno d'altronde ha mai dubitato che le funzioni (ugualmente di legittimità) requiranti e giudicanti («*parimenti apprezzabili*» rispetto all'incarico direttivo di Presidente di sezione della Suprema Corte) siano diverse, giacché l'unitaria ed indistinta funzione di legittimità è esercitata per legge da organi ed istituzioni necessariamente diversi, ma ugualmente complementari, coesenziali e cooperativi. In altri termini, nessuno ha mai considerato il Pubblico Ministero di legittimità il sesto (ovvero il decimo) componente delle Sezioni semplici (o delle Sezioni Unite). In una visione più ampia (qui - per dovuta brevità - appena abbozzata²³), allo stato il Pubblico Ministero (*in utroque iure*) non è il rappresentante della società né (a differenza di quanto è avvenuto nel nostro paese in altre epoche) del potere esecutivo, ma è il rappresentante della legge, cioè colui cui è affidato il compito di illustrare alla Corte la disinteressata interpretazione della legge (al cui rispetto sono vincolati, al pari del Pubblico Ministero, gli stessi Giudici: art. 101 Cost.) E tale funzione il pubblico requirante svolge con istituzionale organicità: esercitando ed istruendo l'azione penale nonché, nei confronti dei magistrati togati tutti, quella disciplinare (di grandissimo rilievo istituzionale); agendo ed intervenendo nei giudizi civili di merito nei casi previsti; intervenendo negli affari penali e (anche alla stregua dell'art. 363 c.p.c., di fondamentale importanza sistematica²⁴) civili, davanti alla Suprema Corte (art. 76 O.G.); rendendosi garante in generale dell'osservanza delle leggi (art. 101 Cost.) e della regolare amministrazione della giustizia (art. 73 ord. giud.). Anche nelle udienze pubbliche di certo non è vano spreco che l'agone processuale si svolga ad armi pari tra tutti i suoi protagonisti (art. 111 Cost.), affinché il Decidente, lasciando al Pubblico Ministero la funzione di «tutelare» (specificamente rappresentandolo) l'interesse pubblico nomofilattico (per definizione non coincidente con

²³ *Amplius* R. RUSSO, *Il P.M. presso la S.C. civile! Chi era costui?*, pubblicato nel 2013 sul sito www.judicium.it, diretto dal Prof. B. Sassani, nonché Id., *Nel 'pronome' della legge! Ancora sull'intervento del P.M. presso la S.C. civile*, pubblicato nel 2014 sul medesimo sito.

²⁴ *Amplius* R. RUSSO, *Il ricorso del P.G. presso la S.C. ex art. 363 c.p.c.: funzione e limiti* (Nota a sentenza della Suprema Corte, Sez. U, n. 404 del dì 11/01/2011), pubblicato nel 2013 sul sito www.judicium.it.

quello delle parti), possa decidere al di sopra di tutte le parti, Pubblico Ministero compreso, sugli interessi coinvolti nella controversia: dal *διαλόγισμός* (che, a differenza del *διαλόγου*, ingloba anche il significato di 'disputa') il λόγος; dalla contrapposizione dialettica (soprattutto orale, secondo l'insegnamento chiovendiano) la sintesi decisoria²⁵. Dal che consegue che l'impegno profuso dai requirenti di legittimità anche in seno alle udienze civili e penali si rivela tanto proficuo, quanto oneroso (al pari di quello degnissimo svolto dal Presidente del Collegio giudicante); così adeguandosi sostanzialmente al modello francese, accolto per altro nelle sue linee generali anche dalla Corte di Lussemburgo. E di certo non può seriamente addebitarsi ai requirenti (di legittimità) di non redigere sentenze (ancorché essi sottoscrivano molte requisitorie in tema di regolamenti, di competenza e di giurisdizione, ovvero ex art. 611 c.p.p.); come sarebbe quanto meno ingiusto far carico ai giudicanti (di legittimità) di non avere mai svolto requisitorie orali in pubblica udienza²⁶. In definitiva, requirenti e giudicanti sono accomunati proprio dalla funzione che svolgono, rappresentando la trama e l'ordito del medesimo 'tessuto' (nomofilattico).

11. Sarebbe inoltre *absurdissimum*, e suonerebbe addirittura disdoro per i giudicanti di legittimità, se essi dovessero tenere (e dare) conto dei pareri provenienti da inidonei (od anche subvalenti) 'consulenti'. D'altronde, per un verso, l'accesso alle funzioni di legittimità, indifferentemente giudicanti o requirenti, è sottoposto al vaglio della medesima Commissione, chiamata a vagliare la «*capacità scientifica e di analisi delle norme*» dei candidati (art. 12 D. lgs. n. 160 del 2006), ma soprattutto tale commissione è significativamente (in *iure* e di fatto) composta (anche) da «*magistrati che esercitano o hanno esercitato funzioni di legittimità*», senza distinzione tra requirenti e giudicanti. E, per altro verso, il passaggio da requirente a giudicante è sottoposto al vaglio preventivo del Consiglio Direttivo della Suprema Corte (art. 13 D. lgs. cit.); mentre il conferimento di qualunque funzione di legittimità, che comporti passaggio da requirente a giudicante (o viceversa), non incontra i limiti di incompatibilità territoriale previsti invece per le funzioni di merito (art. 13, comma 6° D. lgs. cit.); e ciò proprio in ragione della peculiarità della funzione di legittimità, ancorché svolta presso la 'sezione' requirente della Suprema Corte. Infine, in un non remoto passato lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura aveva conferito l'incarico di Presidente di sezione della Suprema Corte a requirenti di legittimità, a preferenza di altri concorrenti giudicanti di legittimità.
12. Va aggiunto che, alla stregua della traiettoria argomentativa percorsa dal Consiglio Superiore della Magistratura e soprattutto dei suoi finali (ma immotivati) esiti, nessun requirente di legittimità (neppure se avvocato generale) potrebbe legittimamente ambire a ricoprire l'incarico di presidente di sezione

²⁵ Nella causa Grande Stevens e altri c. Italia, con la sentenza 4 marzo 2014, la Corte europea ha ritenuto che fosse necessaria una udienza pubblica, orale e accessibile ai ricorrenti.

E almeno nel nostro ordinamento (informato ai principi della «democrazia procedimentale») non è previsto che nell'udienza pubblica (civile e penale) non si odano le conclusioni del Pubblico Ministero.

²⁶ Merita di essere segnalata l'originaria distinzione, nell'ordinamento francese, tra *procureur général* e *avocats généraux* (i nostri sostituti; altra cosa essendo ancora oggi i *premiers avocats généraux*, assimilabili invece ai nostri avvocati generali della Repubblica presso la Suprema Corte); distinzione che viene ricondotta alla differenza tra *plume* (è il *procureur général* a firmare di regola le requisitorie) e *parole* (sono gli *avocats généraux* a svolgere oralmente in udienza, e precisamente *nel parquet*, la requisitoria): F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, 210 ss. nonché A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano 2001, pag. 11 e nt. 12. Pertanto *plume* e *parole* sono storicamente coesenziali alla funzione requirente (specialmente di legittimità), giacché il contraddittorio si svolge davanti alla Suprema Corte sia oralmente sia per iscritto.

della Suprema Corte, se conteso da qualunque giudicante di legittimità; e - per necessario *pendant* - nessun giudicante di legittimità (neppure se presidente di sezione) potrebbe legittimamente aspirare al posto di avvocato generale, se conteso da un qualunque requirente di legittimità: un vero e proprio steccato tra requirenti e giudicanti, nella sede (quella di legittimità) in cui meno si giustifica.

13. A fronte di tali evidenze normative ed istituzionali, è ragionevole temere che l'iniziale intendimento 'rivelato' dal C.S.M. in sede comparativa tra requirenti e giudicanti di legittimità, siccome vanamente ripudiato (*Nescit vox missa reverti*), ed ancor più la maldestra ed imbarazzante sua glossa, comprovino piuttosto il verace intendimento del C.S.M. di discriminare i requirenti (di legittimità) in favore dei giudicanti (di legittimità), accreditando *a priori* a questi ultimi, *ceteris paribus*, un maggior merito professionale non previsto (ed anzi escluso) dall'ordinamento; per tal via prefigurando ed inverando in via di fatto, in un momento cruciale della carriera e senza neppure troppo infingimenti, la subvalenza professionale della funzione requirente (perfino) di legittimità. Né può sfuggire, massimamente all'Organo di autogoverno, che, mentre la concreta disciplina dei rapporti tra le due funzioni (in atto sedimentata nel modo anzidetto) è gelosa prerogativa del legislatore, ed è tuttora materia di aspro conflitto a livello giuridico, filosofico e politico nelle sue future proiezioni riformistiche, una così plateale (e contorta) opzione di favore per i giudicanti di legittimità è destinata a suonare come chiara adesione *ante litteram*, in sede impropria, alla tormentata dottrina della separazione delle carriere, per giunta qui declinata nella sua peggiore versione; né è peregrino temere facili strumentalizzazioni in pregiudizio della funzione requirente tutta, specialmente in una così delicata temperie sociale e politica. *Malis mala succedunt*.

Rosario Russo