

**Modifica della Circolare 4 novembre 2008 (P 26948/2008) avente ad oggetto il trattenimento in servizio dei magistrati oltre il 70° anno di età e della deliberazione del 20 gennaio 2010 (P1493\2010) avente ad oggetto la disciplina sul trattenimento in servizio dei magistrati oltre il 70° anno di età.**

*(Delibera del 18 gennaio 2012)*

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 18 gennaio 2012, ha adottato la seguente delibera:

“Il Consiglio, in considerazione delle recenti novità legislative intervenute in materia di trattenimento in servizio dei magistrati oltre il 70° anno di età

osserva

L'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici), nella sua formulazione originaria, prevedeva la facoltà per i dipendenti civili dello Stato e degli Enti pubblici non economici di permanere in servizio per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti.

Per i magistrati la data di ordinario collocamento a riposo è prevista dall'art. 5 del R.D.Lgs. 31 maggio 1946, n. 511 “al compimento del settantesimo anno di età”.

L'art. 16 del D.Lgs. 503/1992 costituiva precisa attuazione della legge delega 23 ottobre 1992 n. 421 che, all'art. 3 lett. b, aveva delegato il Governo ad emanare norme di riordino del sistema previdenziale con l'osservanza di principi e criteri direttivi, tra i quali era stata inserita anche "la facoltà di permanere in servizio oltre i limiti di età per un periodo massimo di un biennio per i dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Nella costante interpretazione giurisprudenziale (ad es. Cons. Stato, Sez. IV, sent. del 7 dicembre 2006, n. 7210; Cassazione civile, Sez. lav., sent. del 6 febbraio 2004, n. 2339; Corte costituzionale, sent. del 4 giugno 1997, n. 162) si è ritenuto che la norma configurasse un diritto potestativo, esercitabile dall'interessato in ogni tempo antecedente alla risoluzione automatica del rapporto per il compimento dell'età massima di servizio, senza altri oneri diversi dalla tempestiva comunicazione dell'opzione al datore di lavoro, la quale, appunto, impediva l'estinzione del rapporto e che, una volta esercitato, gli conferisse un vero e proprio diritto alla prosecuzione dello stesso, suscettibile di caducazione solo ad opera di una manifestazione di volontà uguale e contraria del dipendente medesimo.

Il Consiglio superiore della magistratura è intervenuto nella materia con la circolare del 7 marzo 1994 n. 3849 (Modalità e tempi di presentazione delle istanze di trattenimento in servizio oltre il 70° anno di età) e la risoluzione del 14 gennaio 2003 (Trattenimento in servizio dei magistrati oltre il 70° anno di età), al fine di disciplinare le modalità di presentazione della domanda di trattenimento in servizio (sino al 75° anno di età, ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 16 del D.Lgs. 503/1992, aggiunto dal comma 12 dell'art. 34 della L. 27 dicembre 2002, n. 289) allo scopo di conciliare l'esercizio della facoltà del magistrato di optare per la prosecuzione del rapporto di lavoro, non soggetto per legge a termini di anticipo (massimo e minimo) rispetto al raggiungimento dell'età di collocamento a riposo, con le esigenze di buona amministrazione con l'intento di evitare in particolare l'incidenza negativa di un esercizio non regolamentato di tale facoltà sulle procedure per la copertura di uffici direttivi.

Con l'art. 72 comma 7 del decreto legge 25 del giugno 2008 n. 112 recante “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”, convertito con legge n. 133 del 6 agosto 2008, è stata

introdotta una significativa modifica al testo dell'art. 16 comma 1 del decreto legislativo n. 503 del 30 dicembre 1992.

Dopo il primo periodo, è stata inserita la seguente previsione: *“In tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di accogliere la richiesta in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. La domanda di trattenimento va presentata all'amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento”*.

In tal modo è rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione di appartenenza la concessione della possibilità per i dipendenti pubblici di permanere in servizio per un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo, in precedenza totalmente demandata alla volontà dei dipendenti stessi.

A seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina dell'art. 16 del decreto legislativo n. 503 del 30 dicembre 1992, sono state apportate alcune modifiche alla normazione secondaria dettata in tema di trattenimento in servizio, le cui modalità risultano all'attualità disciplinate dalla circolare adottata in data 4 novembre 2008 (P 26948/2008) e dalla delibera adottata in data 20 gennaio 2010 (P 1493/2010).

Con la prima circolare il Consiglio superiore della magistratura ha inteso disciplinare l'esercizio della discrezionalità dell'Amministrazione di autorizzare il trattenimento in servizio sulla base dei criteri indicati dalla legge, prevedendo un preciso procedimento ivi descritto, espressione dell'obiettivo di agevolare l'attuazione della legge, in funzione strumentale ed ausiliaria dell'organizzazione e del funzionamento dell'Amministrazione, posto che, come risulta evidente dal dato testuale della norma primaria, il prolungamento del servizio non è più una mera facoltà dell'impiegato, sottoposta solo ad un atto della sua volontà; in quanto è stata attribuita una potestà all'Amministrazione di appartenenza di valutare, discrezionalmente, se accettare o meno la domanda di prolungamento del servizio.

La circolare del 4 novembre 2008 contiene, inoltre, la disciplina transitoria, prevedendo il rinnovo delle domande aventi ad oggetto i trattenimenti (già autorizzati) con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2010 (art. 72, comma 10, del D.L. 112/2008), la rivalutazione di ufficio delle domande di trattenimento, per le quali sia già intervenuto il provvedimento di autorizzazione, i cui effetti decorrono dal 1° gennaio al 31 dicembre 2009 (art. 72, comma 9, del D.L. 112/2008), la salvezza delle domande presentate prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008 o presentate nei sei mesi successivi all'entrata in vigore del decreto, per trattenimenti disposti con decorrenza nell'anno 2008.

In seguito al verificarsi di una serie di problemi nella prima applicazione della nuova disciplina, il Consiglio superiore è intervenuto nuovamente sul punto con la delibera del 20 gennaio 2010 per disciplinare le ipotesi delle istanze di trattenimento in servizio presentate oltre il termine finale di 12 mesi precedenti il compimento dei settanta anni.

Riconoscendo preliminarmente che i termini individuati dalla legge non erano perentori, il C.S.M. aveva, infatti, per prassi costante considerato valutabili tutte le istanze tardive, comunque presentate prima della risoluzione automatica del rapporto di lavoro. Per il futuro, invece, il Consiglio superiore in via generale ed astratta ha previsto che, per assicurare il tempo necessario all'istruzione dell'istanza, “non verranno prese in considerazione” le domande presentate oltre il termine di 12 mesi previsto dall'art. 16 del D.Lgs. 503/1992; tuttavia nella fase transitoria e per ragioni di paritario trattamento, allo scopo di garantire a tutti i magistrati di disporre del periodo di un anno (ordinariamente a disposizione per la presentazione dell'istanza), è stato previsto che tutte le istanze presentate entro il 22 agosto 2010 da parte di magistrati che alla data del 4 novembre 2008 (data di approvazione della precedente circolare) avevano già compiuto i sessantotto anni fossero comunque valutabili, poiché quei magistrati non disponevano dello *spatium deliberandi* di un anno.

Il termine di 24 mesi è stato calcolato con riferimento alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge 112 del 2008 (legge 6 agosto 2008 n. 133), allo scopo di assicurare un paritario trattamento tra gli interessati.

Come accennato, la delibera del 20 gennaio 2010 ha espressamente disciplinato il caso delle istanze di trattenimento in servizio presentate oltre il termine finale di 12 mesi precedenti il compimento dei settanta anni.

In essa, in particolare, si legge quanto segue: “ritenuto pertanto che sia opportuno, per ragioni di parità di trattamento, prevedere una disciplina transitoria che consenta di usufruire di un eguale periodo a tutti i magistrati che abbiano inteso o intendano presentare istanza di trattenimento in servizio dopo l’approvazione della circolare del 4 novembre 2008, **successivamente alla quale – pur il termine non risultando perentorio per espressa previsione di legge – non verranno prese in considerazione domande presentate oltre 12 mesi antecedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo**”.

In tale contesto normativo primario e secondario si innesta l’art. 1, comma 17, del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazione in legge 14 settembre 2011, n. 148, il quale, innovando il cennato art. 16 decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, dispone che il trattenimento in servizio fino al 75° anno di età, non avvenga più a domanda, ma di ufficio previa dichiarazione di disponibilità dell’interessato.

L’attuale testo dell’art. 16 decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, quindi, così recita:

*“1. È in facoltà dei 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. In tal caso è data facoltà all’amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di trattenere in servizio il dipendente in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal dipendente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell’efficiente andamento dei servizi. La disponibilità al trattenimento va presentata all’amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento. I dipendenti in aspettativa non retribuita che ricoprono cariche elettive esprimono la disponibilità almeno novanta giorni prima del compimento del limite di età per il collocamento a riposo.*

*1-bis. Per le categorie di personale di cui all’articolo 1 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, la facoltà di cui al comma 1 è estesa sino al compimento del settantacinquesimo anno di età”.*

Il riportato dettato normativo rafforza il potere organizzativo e gestionale della P.A. di incidere sul numero del personale in servizio in quanto tramuta la domanda di trattenimento presentata dal lavoratore in mera dichiarazione di disponibilità ad essere trattenuto.

A fronte di questa dichiarazione l’Amministrazione ha facoltà, sulla base delle proprie esigenze organizzative e funzionali, di trattenere in servizio il dipendente, tenuto conto della particolare esperienza professionale acquisita in determinati o specifici ambiti e in funzione dell’efficiente andamento dei servizi.

La novella non immuta i termini entro cui la disponibilità al trattenimento in servizio va formulata.

Dunque: la disponibilità al trattenimento va presentata all’Amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento.

E’ tuttavia evidente che dalla novella possono trarsi elementi utili per ribadire la natura non perentoria dei cennati termini; invero, la *ratio* della disposizione appare ancor più chiaramente riposare nell’esigenza di rafforzare la posizione dell’Amministrazione.

Tale ricostruzione esegetica sulla natura dei termini in questione ha trovato autorevole conforto nella recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 6051 del 4-16\11\2011 con cui il giudice

amministrativo ha affermato la piena “riconcucibilità dei termini *ex art. 16, comma 1, d.lgs. nr. 503/1992* alla preminente finalità di consentire al C.S.M. di disporre dello *spatium temporis* necessario per verificare la sussistenza delle condizioni cui la norma ancora l'accoglibilità della domanda di trattenimento in servizio del dipendente. In questa chiave interpretativa, la previsione va ricollegata alla sostanziale modifica apportata al citato art. 16, d.lgs. nr. 503/1992, dall'art. 72, comma 10, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, allorché alla già riconosciuta previsione della “*facoltà di permanere in servizio oltre i limiti di età*” del pubblico dipendente che ne facesse richiesta è stata aggiunta la seguente ulteriore disposizione: “*...In tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di accogliere la richiesta in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi. La domanda di trattenimento va presentata all'amministrazione di appartenenza dai ventiquattro ai dodici mesi precedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo previsto dal proprio ordinamento*”. Secondo l'opinione preferibile, già più volte condivisa da questo Consiglio di Stato, la richiamata innovazione normativa ha comportato il mutamento ontologico della situazione giuridica fatta valere dal dipendente pubblico che aspiri al trattenimento in servizio: mentre nell'assetto originario si trattava di un vero e proprio diritto soggettivo a carattere potestativo (nel senso che, in presenza di richiesta dell'interessato, all'amministrazione incombeva l'obbligo di accoglierla), l'attuale disciplina la configura chiaramente come interesse legittimo, dipendendo la deroga all'ordinario collocamento a riposo del dipendente da una valutazione discrezionale dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 5438; id., 24 gennaio 2011, n. 479). Tale evoluzione è viepiù confermata .... dalla ulteriore e più recente “novella” di cui all'art. 1, comma 17, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148 .... , che ha nuovamente innovato la previsione dell'art. 16, d.lgs. n. 503/1992 nel senso che il dipendente interessato deve presentare una “*disponibilità al trattenimento*”, e non più una “*richiesta*”: con ciò rendendo ancor più evidente che ci si trova in presenza di un'eccezionale deroga all'ordinaria estinzione del rapporto d'impiego per raggiunti limiti di età, autorizzabile dall'amministrazione all'esito di una propria valutazione ampiamente discrezionale. Così stando le cose, è evidente che la previsione della necessità di presentare la domanda di trattenimento in servizio nell'arco di una “finestra” temporale compresa tra i 24 e i 12 mesi antecedenti il collocamento a riposo – come emerge anche dalla sua introduzione contestuale alla ricordata trasformazione “ontologica” della posizione soggettiva del dipendente – viene a configurarsi non già come un onere imposto all'interessato in vista della realizzazione di un suo proprio interesse, ma piuttosto come preordinata a garantire all'amministrazione la possibilità di ponderare adeguatamente le condizioni che possono legittimare l'accoglimento dell'istanza (e, in particolare, le “*proprie esigenze organizzative e funzionali*”). Trattandosi dunque di termini sostanzialmente ispirati da esigenze di buon andamento riconducibili all'art. 97 Cost., non è ragionevole ritenere che il potere discrezionale così riconosciuto in capo all'amministrazione venga meno, o comunque non sia più esercitabile, per il solo fatto che la richiesta di trattenimento in servizio sia stata depositata al di fuori dei termini medesimi: l'unico limite a tale conclusione essendo quello discendente dall'esigenza di evitare che di tale discrezionalità sia fatto un uso irragionevole, discriminatorio o arbitrario (ciò che, a tacer d'altro, contrasterebbe con l'altro fondamentale canone costituzionale dell'imparzialità).

Ciò posto, appare evidente come le considerazioni giuridiche di cui si è sopra fatto cenno debbono indurre ad un ripensamento della previsione che perentoriamente dispone che “*non verranno prese in considerazione domande presentate oltre 12 mesi antecedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo*”.

Essa, infatti, non risulta in linea con le finalità che il legislatore ha inteso perseguire alla luce della recente novella, volta a rafforzare il potere autorganizzatorio che l'Amministrazione esercita

nella gestione del personale sempre in vista della finalità del più utile raggiungimento dell'interesse pubblico.

Definire a priori non delibabili tutte le istanze presentate fuori termine appare non rispondente all'interesse pubblico di assentire alla disponibilità manifestata al trattenimento in servizio dal magistrato, che può ancora offrire un valido apporto per un sempre più efficiente funzionamento della macchina giudiziaria. Il che è ancor più vero ove non si obliteri l'attuale grave scoperta che caratterizza la pianta organica della magistratura ordinaria<sup>1</sup>.

Deve allora procedersi alla elisione della predetta previsione, così da consentire al C.S.M. di esaminare le domande anche se presentate tardivamente e di accogliere le stesse, tenuto conto delle esigenze organizzative e funzionali dell'ufficio di appartenenza, alla particolare esperienza professionale acquisita dal magistrato richiedente ed in funzione dell'efficiente andamento dell'amministrazione della giustizia.

Sussiste ovviamente la necessità di avvertire che, comunque, la dichiarazione di disponibilità, se eccessivamente tardiva, non potrà essere delibata, in quanto non consente all'Amministrazione di valutare appieno l'utilità pubblica del trattenimento in servizio.

Tanto premesso,

delibera

che il settimo paragrafo della parte motiva della Deliberazione del 20 gennaio 2010 (P1493\2010), avente il seguente tenore, *“ritenuto pertanto che sia opportuno, per ragioni di parità di trattamento, prevedere una disciplina transitoria che consenta di usufruire di un eguale periodo a tutti i magistrati che abbiano inteso o intendano presentare istanza di trattenimento in servizio dopo l'approvazione della circolare del 4 novembre 2008, successivamente alla quale – pur il termine non risultando perentorio per espressa previsione di legge – non verranno prese in considerazione domande presentate oltre 12 mesi antecedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo”*, sia così sostituito : *“ritenuto pertanto che sia opportuno, per ragioni di parità di trattamento, prevedere una disciplina transitoria che consenta di usufruire di un eguale periodo a tutti i magistrati che abbiano inteso o intendano presentare istanza di trattenimento in servizio dopo l'approvazione della circolare del 4 novembre 2008, successivamente alla quale – trattandosi di termini non perentori – verranno prese in considerazione le dichiarazioni di disponibilità al trattenimento in servizio presentate tardivamente, e cioè a meno di 12 mesi antecedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo, purché, in relazione alle specifiche attività istruttorie richieste dalle singole pratiche, all'amministrazione residui un sufficiente spazio temporale per deliberare comunque prima del compimento del settantesimo anno di età del magistrato. Tutta la necessaria documentazione, comprensiva anche del parere del Consiglio giudiziario o del Consiglio Direttivo, dovrà pervenire al C.S.M. entro i 60 giorni antecedenti il compimento del settantesimo anno di età o comunque in tempo utile perché la delibera possa intervenire anteriormente a tale momento.*

---

<sup>1</sup> Al 31 dicembre 2005, su una pianta organica complessiva di 9.410 unità, le vacanze erano pari a 937 unità; al 31 dicembre 2006, su una pianta organica complessiva di 9.462 unità, le vacanze erano pari a 798 unità; al 31 dicembre 2007, su una pianta organica complessiva di 9.545 unità, le vacanze erano pari a 1009 unità; al 31 dicembre 2008, su una pianta organica complessiva di 9.578 unità, le vacanze erano pari a 1228 unità; al 31 dicembre 2009, su una pianta organica complessiva di 9.462 unità, le vacanze erano pari a 1126 unità; al 31 dicembre 2010, su una pianta organica complessiva di 9.603 unità, le vacanze erano pari a 1350 unità; al 20 settembre 2011, su una pianta organica complessiva di 9.605 unità, le vacanze erano pari a 1311 unità.

Risulta evidente il progressivo aumento delle scoperture nella pianta organica complessivo della magistratura, determinato sia dalla mancanza di concorsi (dal 2005 ad oggi sono stati immessi in ruolo soltanto 880 nuovi magistrati) sia dall'inesorabile innalzamento del numero dei pensionamenti, dovuto alle ultime manovre finanziarie (si pensi che nel 2009 e nel 2010 i collocamenti in quiescenza sono stati, rispettivamente, ben 223 e 420 a fronte dei 141 e dei 171 del 2005 e del 2008).

Che nella parte dispositiva della Deliberazione del 20 gennaio 2010 (P1493\2010), successivamente alla parola “motivazione.” sia inserita la seguente frase: “che *successivamente alla fase transitoria – trattandosi di termini non perentori – verranno prese in considerazione le dichiarazioni di disponibilità al trattenimento in servizio presentate tardivamente, e cioè a meno di 12 mesi antecedenti il compimento del limite di età per il collocamento a riposo, purché, in relazione alle specifiche attività istruttorie richieste dalle singole pratiche, all’amministrazione residui un sufficiente spazio temporale per deliberare comunque prima del compimento del settantesimo anno di età del magistrato. Tutta la necessaria documentazione, comprensiva anche del parere del Consiglio giudiziario o del Consiglio Direttivo, dovrà pervenire al C.S.M. entro i 60 giorni antecedenti il compimento del settantesimo anno di età o comunque in tempo utile perché la delibera possa intervenire anteriormente a tale momento.*”