

Richiesta di parere in data 6 ottobre 2005 avanzata ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195 dal Ministro della giustizia sul seguente decreto legislativo: “Nuova disciplina dell’accesso in magistratura, nonché in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati, a norma dell’art. 1, co. 1, lett. A), della legge 25 luglio 2005, n. 150.”
(*Deliberazione dell’11 gennaio 2006*)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta dell’11 gennaio 2006, ha approvato il seguente parere:

«1. Premessa: questioni di legittimità costituzionale, rinvio.

Lo schema di decreto legislativo riproduce, salvo lievi modifiche integrative, il testo della legge delega sul quale il Consiglio superiore ha già espresso le sue valutazioni, anche con specifico riguardo all’accesso, alla progressione economica e al sistema dei concorsi per la progressione in carriera dei magistrati in occasione dei pareri, approvati in data 14 marzo 2002, 22 maggio 2003 e 15 luglio 2004. Per economia espositiva è sufficiente, pertanto, richiamare tali pareri, sottolineando soltanto che lo schema di decreto legislativo non consente di superare i dubbi di legittimità costituzionale e la contrarietà nel merito di alcune scelte compiute.

Restano quindi fermi i rilievi relativi alla contrarietà della disciplina agli articoli 97, 102, 104, 105, 106, 107, 97, 110 e 111 cost., in relazione ai seguenti profili:

- a) la previsione di test psico-attitudinali, rimettendo la possibilità di accesso in magistratura a valutazioni tecniche incontrollabili frustra la garanzia di oggettività e imparzialità della selezione per pubblico concorso affidato alla responsabilità di un organo di governo autonomo;
- b) la previsione di una forma di concorso di secondo grado, che, innalzando l’età necessaria per l’accesso, rischia di introdurre una selezione per censo e quindi si pone in contrasto con la ratio della previsione costituzionale del pubblico concorso, che tende a far coincidere la composizione socio-culturale della magistratura con quella della società civile;
- c) il Consiglio superiore viene sostanzialmente espropriato della competenza costituzionale in materia di assegnazioni e promozioni in favore delle Commissioni di concorso, specialmente riguardo ai giudizi negativi dalle stesse formulati (come evidenziato anche nel messaggio del Presidente della Repubblica, con il quale è stata sollecitata una nuova valutazione del Parlamento) e alla previsione di concorsi per titoli che implicano valutazioni dell’attività professionale svolta, anche in rapporto agli esiti dei provvedimenti nei gradi successivi di giudizio;

- d) la Costituzione prevede un solo concorso per l'accesso e vieta la distinzione dei magistrati per funzioni, nel senso che nell'ambito di tale distinzione non è consentita alcuna classificazione gerarchica;
- e) l'attuazione pratica del sistema dei concorsi sarà estremamente difficile e allungherà i tempi di copertura degli uffici vacanti;
- f) la Cassazione non è solo il vertice del sistema dei mezzi di impugnazione, come previsto in Costituzione, ma svolge un ruolo preponderante nella formazione delle commissioni e nell'attribuzione degli uffici direttivi di primo grado, cioè un ruolo che se non è di governo della magistratura in senso stretto è certamente un ruolo di forte orientamento culturale e, quindi, ideale;
- g) il potere d'impugnazione delle nomine dei direttivi da parte del Ministro eccede le competenze ministeriali previste dall'art. 110 cost..

Sul piano della legittimità costituzionale, come sarà più ampiamente evidenziato in prosieguo, debbono farsi anche specifici rilievi con riferimento al testo dello schema di decreto legislativo che appare in più punti viziato da eccessi di delega.

Quanto al merito, nel presente parere, per evidenti ragioni di economia espositiva, si cercherà di limitare i rilievi alle disposizioni dello schema di decreto legislativo che presentano profili di novità rispetto al testo della legge delega.

2. Ammissione in magistratura.

Il Capo I dello schema di decreto legislativo disciplina il concorso in magistratura ed in particolare i requisiti per l'ammissione al concorso, la fase iniziale della presentazione della domanda, la composizione e le funzioni della Commissione di concorso, lo svolgimento delle prove, le modalità di svolgimento dei lavori della Commissione; quindi, il capo termina con la nomina degli uditori e, mediante rinvio al decreto legislativo sulla Scuola superiore della magistratura, la destinazione degli uditori al tirocinio.

La tecnica legislativa adottata è quella della riscrittura della normativa di Ordinamento giudiziario in materia di requisiti di accesso e di modalità di svolgimento del concorso, con contestuale abrogazione degli artt. 121 e 123 e seguenti del R.D. 30.1.41 n. 12. Tale operazione non è consentita dalla legge delega, la quale (art. 1, c. 3) prevede che le norme delegate debbano integrarsi con la disciplina preesistente e che le norme di coordinamento siano adottate con separato decreto legislativo per sanare eventuali incompatibilità delle disposizioni della normativa risultante. Analogo effetto avrebbe potuto essere perseguito ove fossero state preservate quelle parti del testo degli artt. 121 e segg. del R.D. 12/41 non interessate dalle disposizioni delegate, procedendo in unico contesto ad eventuale coordinamento.

Richiamate le obiezioni di contenuto costituzionale sopra riassunte, sul disegno in esame può osservarsi quanto segue.

a) Scelta delle funzioni.

L'art. 1 del decreto delegato prevede che il candidato deve indicare nella domanda di partecipazione al concorso, a pena d'inammissibilità, se intende accedere ai posti della magistratura giudicante o requirente. Tale scelta è operata quindi sulla base delle semplici aspirazioni e prescindendo da ogni vaglio attitudinale. Il concorso resta, infatti, unico, prescindendo dall'opzione manifestata dal candidato e la scelta inizialmente effettuata influisce solo su due, più rilevanti, aspetti: il colloquio di idoneità psico-attitudinale all'esercizio della professione di magistrato e l'attribuzione della sede di prima destinazione.

Inoltre, va rimarcato che la scelta anticipata al momento della domanda di ammissione, da ritenersi non revocabile, salvo vanificarne in radice l'utilità, è espressa in un momento in cui il potenziale uditore è un semplice candidato, generalmente privo di esperienze specifiche e, quindi, viene effettuata senza una maturazione personale delle proprie reali capacità o inclinazioni verso un settore o l'altro della magistratura; insomma, si tratta di una scelta non sufficientemente consapevole, che può determinare distorsioni iniziali, mentre una scelta, maturata all'esito del tirocinio, assumerebbe evidentemente maggiori caratteri di consapevolezza ed autenticità.

b) Il colloquio psico-attitudinale.

Il precedente parere del Consiglio sul disegno di legge delega di modifica dell'Ordinamento giudiziario ha in proposito evidenziato le difficoltà riconnesse all'introduzione di questo colloquio con riferimento all'individuazione dei parametri in base ai quali effettuare la valutazione, dell'autorità istituzionale o scientifica che li dovrebbe indicare, dei soggetti cui affidare la somministrazione e l'interpretazione tecnica dei risultati dei *test* e dell'organo che dovrebbe formulare il giudizio finale di ammissione agli orali. Il decreto delegato risponde solo in parte a questi quesiti, il che non consente di affidare proprio al colloquio la possibilità di effettiva valutazione dei candidati in relazione all'idoneità alla diversa funzione giudicante e requirente.

Lo schema di decreto legislativo, nel tentativo di conferire oggettività ai criteri di valutazione, prevede che il colloquio stesso sia condotto secondo modelli di valutazione approvati con decreto del Ministro della giustizia di concerto con il Ministro della salute, da emanarsi entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto delegato sulla Gazzetta ufficiale.

In proposito possono essere formulati due rilievi. Sul piano strettamente giuridico, deve rilevarsi che tale rinvio (che investe peraltro aspetti di particolare rilievo concorsuale) ad una fonte normativa secondaria, quali sono i decreti ministeriali, non solo non è previsto dalla legge delega, ma investe un requisito essenziale della normativa di Ordinamento giudiziario, che è quella della

riserva assoluta di legge in materia. Non può, inoltre, non rilevarsi che la materia, essendo inerente a una delle attribuzioni costituzionali del Consiglio superiore della magistratura (le “assunzioni” in magistratura *ex art. 105*) avrebbe raccomandato che il concerto fosse attuato anche nei confronti dell’organo di autogoverno.

Sul piano più strettamente funzionale, né la norma in esame né la relativa relazione precisano se detti modelli ministeriali debbano essere determinati volta per volta, in relazione ai singoli concorsi, o se debbano essere fissati *una tantum*, secondo una standardizzazione concorsuale tipica da adottare in via generale ed astratta. Al riguardo non sembra che le esigenze della regolamentazione normativa vadano incontro alle esigenze della tecnica valutativa.

Lo stesso c. 7 dell’art. 1 prevede che i candidati sostengano il colloquio “nell’ambito delle prove orali di cui al comma 4”, ovvero al momento stesso in cui la Commissione esamina il candidato nelle materie giuridiche. Non è previsto, tuttavia, se la valutazione attitudinale sia frutto di un giudizio autonomo, disgiunto dall’esito della prova orale, o se debba integrarsi in esso, in modo da contribuire alla formulazione del giudizio di idoneità complessivo. In altre parole, non è specificato che tipo di rilevanza può avere l’esito del colloquio e comunque quale sia il grado di incidenza sulla procedura concorsuale; in particolare, se possa essere formulato un giudizio di inidoneità tale da escludere totalmente (e definitivamente) l’esercizio della funzione giurisdizionale oppure tale da precludere solo la funzione giudicante o requirente, o se vi sia la possibilità di adottare un giudizio a termine di inidoneità oppure, infine, se il giudizio è valevole per quel solo concorso. Dovrebbe ipotizzarsi che la scelta al momento della domanda abbia il senso di limitare pure questo tipo di giudizio, ma la lettera della norma non autorizza conclusioni certe sul punto, laddove recita “...*i candidati sostengono un colloquio di idoneità psico-attitudinale all’esercizio della professione di magistrato, anche in relazione alle specifiche funzioni indicate nella domanda di ammissione*”; formula che non sembra voler dire esclusivamente in relazione alla funzione prescelta.

Ancora, è possibile ipotizzare che vi sia anche un giudizio psico-attitudinale non necessariamente netto nella sua affermazione, che non sancisca cioè l’inidoneità del candidato, ma ne evidenzi alcuni aspetti di criticità; ciò non sembra potere determinare un effetto decisivo sulla procedura concorsuale, escludendo il candidato medesimo.

In ogni caso, le problematiche evidenziate rendono anche difficile determinare che tipo di giustiziabilità abbia questa decisione all’esito del colloquio ed in particolare quali siano gli eventuali rimedi esperibili contro le valutazioni negative.

Il colloquio è affidato ad un docente con particolare qualifica, come indicato all’art. 5, comma 1°, del decreto delegato; questo finisce per riversare su un solo componente della Commissione una parte del giudizio sul candidato, dal momento che la valutazione del colloquio rientrerà in quella

globale dell'aspirante, dovendo intendersi che il *test*, svolto nell'ambito delle prove orali, come prevede il decreto delegato, è effettuato alla presenza di tutta la Commissione, che espleta tale incombenza e lo può, quindi, apprezzare.

Tuttavia, la peculiarità del giudizio relativo al colloquio rende difficile per gli altri componenti della Commissione, non competenti in scienze e tecniche psicologiche, operare una valutazione in reale contraddittorio con chi quelle competenze scientifiche possiede, finendo per attribuire a quest'ultimo un potere che diventa naturalmente preponderante con riguardo a questo aspetto.

Dal punto di vista più strettamente organizzativo non può non rilevarsi che l'affidamento ad un solo componente della Commissione non intercambiabile con altri del peso esclusivo del colloquio psico-attitudinale potrebbe determinare rallentamenti della procedura concorsuale, collegati anche solo ad impedimenti momentanei o contingenti.

Infine, sembrerebbe opportuno che i dati scaturenti dall'effettuazione del colloquio siano coordinati con la normativa della protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (codice sulla riservatezza dei dati personali), potendo i *test* in questione essere riconducibili ai trattamenti che presentano rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali nonché per la dignità dell'interessato.

c) Il concorso come “concorso di secondo grado”.

La disciplina dell'accesso in magistratura si connota altresì per la previsione, all'art. 2 comma 1°, di particolari requisiti tecnici per l'ammissione al concorso; si conferma una tendenza volta a non consentire l'espletamento del concorso in magistratura al semplice laureato in giurisprudenza, come già previsto attraverso l'introduzione con la l. n. 48/2001 di una prova preselettiva informatica o del possesso del diploma della scuola di specializzazione per le professioni legali.

Alla base di questa tendenza vi è l'esigenza di assicurare da un lato una maggiore qualificazione dei partecipanti, dall'altro di ridurre il numero dei concorrenti e di conseguenza i tempi di espletamento delle procedure concorsuali.

Il sistema che ne scaturisce è una sorta di ibrido concorso di secondo grado, per il quale occorrono solo in alcuni casi titoli realmente professionali e si riscontrano disomogeneità che non si correlano ai motivi che muovono l'introduzione dei requisiti: l'accrescimento della qualificazione tecnica dei candidati e di conseguenza il loro restringimento; effetti, che come si è visto non sembrano potersi realmente determinare. Al riguardo lo schema di decreto non apporta alcun contributo razionalizzante, limitandosi a riportare pressoché letteralmente le tipologie di requisiti professionali formulate dalla legge (art. 2), senza, ad esempio, precisare se possano essere esclusi dal concorso coloro che, nelle categorie di appartenenza, abbiano riportato sanzioni disciplinari.

Un ultimo rilievo riguarda l'art. 2, c. 2, lett. d), che tra le condizioni per l'ammissione al concorso indica il possesso degli altri requisiti richiesti dalle leggi vigenti; una maggiore specificità della norma sarebbe senz'altro auspicabile per evitare di favorire un contenzioso amministrativo.

d) Lo svolgimento delle prove.

Sulle questioni inerenti allo svolgimento delle prove ed alla Commissione di concorso già nei precedenti pareri sono stati evidenziati alcuni aspetti positivi della legge di modifica dell'Ordinamento giudiziario riversati nel decreto delegato, come, ad es., la previsione di una data fissa di espletamento del concorso, il ritorno alle tre prove scritte obbligatorie, l'inserimento tra le prove orali, quale materia a se stante, del diritto commerciale e industriale, il contingentamento dei tempi della procedura concorsuale.

Un altro rilievo può essere fatto in ordine all'ipotesi in cui la prova scritta abbia luogo contemporaneamente in Roma ed altre sedi, assicurando il collegamento a distanza della Commissione esaminatrice con le diverse sedi; la valutazione di tale possibilità è operata in relazione al numero dei posti messi a concorso, quando invece essa appare chiaramente condizionata piuttosto dal numero dei partecipanti alle prove, quindi, dal numero delle domande presentate, pur non potendosi disconoscere che vi è una logica corrispondenza di progressione numerica tra posti messi a concorso e candidati.

In ogni caso la possibilità di una prova scritta da espletarsi in più sedi potrebbe essere sicuramente meglio agganciata anche al numero dei candidati.

Riguardo alla composizione della Commissione di concorso vi è la previsione che i magistrati che ne fanno parte (oltre al Presidente che deve avere le funzioni direttive giudicanti di legittimità ovvero le funzioni direttive giudicanti di secondo grado ed al Vice presidente che deve esercitare le funzioni di legittimità) devono avere almeno cinque anni di esercizio delle funzioni di secondo grado.

Si tratta di una previsione che elimina in modo drastico qualsiasi apporto proveniente dai magistrati di primo grado, che pure sono in contatto con la totalità delle questioni che investono la giurisdizione diversamente dai giudici di secondo grado; la norma poi non tiene conto del fatto che la funzione magistratuale non si caratterizza per essere maggiormente qualificata perché esercitata in secondo grado o in sede di legittimità, ma per la sua diffusività, che investe proprio il giudice di primo grado, colui che è in diretto rapporto con le istanze di giustizia dei cittadini.

E', peraltro, una previsione in linea con l'impianto di una legge di modifica dell'Ordinamento giudiziario che assume, invece, che l'ascesa verso funzioni di secondo grado implichi una pari ascesa in termini di autorevolezza e professionalità.

3. Le funzioni dei magistrati.

La lettera e), la lettera h), nn. da 1) a 16), e la lettera i), nn. da 1) a 5), del comma 1 dell'art. 2 della legge delega trovano fedele attuazione nel capo II dello schema, composto dagli articoli 10 ed 11. In essi sono elencate le funzioni di merito e di legittimità che i magistrati possono espletare ed è contenuta la distinzione tra funzioni giudicanti e requirenti.

4. La progressione in carriera.

La lett. f), nn. da 1) a 4), dell'art. 2, comma 1, della delega trova attuazione nel capo III, rubricato "Della progressione nelle funzioni" e composto dal solo art. 12 che è una delle norme chiave dell'intera legge di modifica dell'Ordinamento giudiziario, nel senso che ne riassume più di altre maggiormente lo spirito. La carriera, per effetto di tale norma, potrà svolgersi attraverso i concorsi o senza di essi. I magistrati che non sostengono i concorsi e quelli che li abbiano affrontati con esito negativo sono soggetti soltanto ad una obbligatoria verifica di professionalità al fine di conseguire la progressione economica, mentre è indispensabile sostenere i concorsi per accedere alle funzioni di appello e di legittimità, oltre che ai ruoli direttivi e semidirettivi. I concorsi diventano lo strumento centrale della progressione nelle funzioni e nella carriera, annullando il lungo percorso normativo che aveva condotto all'attuazione del comma terzo dell'art. 107 della Cost., concretatosi con la l. 20 dicembre 1973, n. 831 che estendeva il sistema della nomina a ruoli aperti al conferimento delle funzioni di cassazione ed alle funzioni direttive superiori; con la legge 24 maggio 1951, n. 392, che aveva abolito i gradi interni all'organizzazione giudiziaria; con la legge 4 gennaio 1963, n. 1, che aveva cancellato il concorso per titoli; con la legge 25 luglio 1966, n. 570, che aveva ristrutturato il sistema della promozione in appello, abolendo le promozioni a seguito di scrutinio ed il concorso per esami; con la legge 25 maggio 1970, n. 357, che aveva abolito l'esame ad aggiunto giudiziario.

Se questo è l'effetto della legge di modifica dell'Ordinamento giudiziario, è evidente la sua non condivisibilità sul punto, proprio perché sarebbe più opportuno che il legislatore individui meccanismi normativi finalizzati a spingere i magistrati più preparati e motivati a continuare ad esercitare le funzioni di primo grado, prendendo atto della delicatezza e del ruolo nevralgico di queste ultime nell'ambito della giurisdizione in un sistema processuale, sia civile che penale, caratterizzato da una sempre maggiore esecutività delle decisioni di prime cure.

Nello specifico delle previsioni normative, occorre rilevare che la norma, contenuta nei commi 4 e 5 dell'art. 12 del decreto in esame e riproduttiva della direttiva della legge delega, consentendo l'accesso alle funzioni di legittimità, mediante concorso per titoli, ai magistrati che abbiano effettivamente svolto per tre anni funzioni di secondo grado qualsiasi sia la loro anzianità di ruolo, non tiene conto dei differenti livelli di anzianità necessari nei diversi distretti per ottenere il conferimento di un posto di appello.

5. La mobilità dei magistrati.

Sicuramente la legge di modifica dell'Ordinamento giudiziario non contribuisce a risolvere i problemi della mobilità interna ed anzi li aggrava notevolmente. Il Consiglio superiore della magistratura ha cercato di porre rimedio a tali problemi semplificando il più possibile le procedure concorsuali, rendendo più frequenti i bandi di concorso.

In costanza di tale situazione, le nuove norme, piuttosto che dare una risposta funzionale al miglioramento della stessa, aggravano definitivamente le patologie palesate dal sistema della mobilità, il che già era stato invano segnalato dal Consiglio superiore della magistratura nel parere del 15 luglio 2004, allorquando si era evidenziato *“il rischio concreto ... di realizzare un sistema assolutamente ingestibile, del tutto inadatto a garantire una tempestiva copertura dei vuoti di organico”* e che *“tutti i tempi dei concorsi risultano dilatati, rispetto alle vigenti procedure, dal macchinoso sistema di “quote” previsto dal nuovo sistema concorsuale, che impone un necessario sdoppiamento delle fasi per l’assegnazione dei posti a concorso, in specie per i trasferimenti “orizzontali”, non sempre funzionale (come ad esempio per i posti nelle funzioni di secondo grado) a concrete aspirazioni di candidati, e comporterà difficoltà di gestione da parte dell’organo di autogoverno”*. Né è condivisibile che la legge di modifica dell'Ordinamento giudiziario, sul punto, non sia stata preceduta da una accurata analisi sui possibili flussi di mobilità, sicché è altamente probabile che i tramutamenti del futuro possano risentire di tempi oggettivamente lunghissimi, e comunque più lunghi di quelli attuali, con evidenti ricadute sulla funzionalità degli uffici interessati dagli spostamenti dei magistrati.

In particolare, stando ai tramutamenti c.d. orizzontali in primo grado, l'art. 17 recepisce la lett. 1), n. 1) dell'art. 2, comma 1, della delega con riguardo ai posti vacanti nella funzione giudicante, mentre il n. 2) della lett. 1) è recepito dal successivo articolo 18. Tale meccanismo, caratterizzato da automatismo, non tiene conto delle diverse situazioni che nel corso degli anni hanno interessato la copertura del ruolo organico della magistratura soprattutto nei posti di primo grado e che hanno richiesto interventi e strumenti flessibili e diversi da parte del Consiglio.

I problemi sopra rappresentati, invece, valgono per la c.d. assegnazione delle funzioni di secondo grado, su cui si soffermano gli articoli 20, 21 e 22 dell'articolato, fedelmente attuativi della lett. 1), nn. 3) e 4), dell'art. 2, comma 1, della legge delega, nonché per quella nelle funzioni di legittimità, contemplati dagli articoli 23, 24 e 25 dell'articolato, anch'essi correttamente attuativi della lett. 1), n. 7) e 9), dell'art. 2, comma 1, della legge delega medesima.

6. Il divieto di permanenza ultradecennale nelle medesime funzioni.

E' previsto dall'art. 19 dell'articolato attraverso il quale trova attuazione la lettera r) dell'art. 2 comma 1). Il Consiglio ha, comunque, introdotto già da molti anni con normativa secondaria

previsioni simili a quelle in esame: con circolare P - 25138 del 21 dicembre 2003, al par. 46 ha regolamentato, infatti, la permanenza ultradecennale nel medesimo posto, stabilendo che questa fosse del tutto eccezionale e limitata ai casi in cui “il trasferimento ad altro posto del medesimo ufficio provochi rilevanti disservizi, da illustrarsi specificamente nella proposta”. Tale eccezione, tuttavia, non si applica alla permanenza ultradecennale nelle sezioni fallimentari, in quelle che si occupano della materia societaria, nelle sezioni del riesame nell’ambito dei Tribunali aventi sede nel capoluogo del distretto o della sezione distaccata di Corte di appello nonché nelle sezioni distaccate.

7. Il passaggio di funzioni.

Quanto, infine, al passaggio di funzioni, il capo IV dello schema, composto dagli articoli da 13 a 16, correttamente attua la lett. g) dell’art. 2, comma 1, della delega. La descritta opzione legislativa non soddisfa il Consiglio superiore, il quale deve riportarsi integralmente a quanto già espresso nel parere del 22 maggio 2003. È del tutto evidente che è stato introdotto un regime di sostanziale separazione delle funzioni, essendo il cambio delle stesse permesso una sola volta, all’inizio della carriera e previo superamento, del tutto eventuale, di un concorso. Il Consiglio superiore della magistratura ha limitato (vedasi circolare P - 5157 del 14 marzo 2003) fortemente il diritto al passaggio e cura che quest’ultimo in ogni caso avvenga con l’ausilio di adeguati corsi di riconversione.

Opportunamente, tuttavia, è stata prevista una normativa transitoria che, nella prima fase attuativa della legge di modifica dell’Ordinamento giudiziario, consentirà ai magistrati in servizio, pur senza la frequentazione presso la Scuola superiore della magistratura dei corsi di formazione, di presentare, entro tre mesi dalla data di acquisto di efficacia del primo dei decreti legislativi emanati nell’esercizio della legge delega, domanda per il passaggio, nello stesso grado, dalle funzioni giudicanti a quelle requirenti e viceversa, per quanto essa lasci a desiderare nella parte in cui non attribuisce un diritto assoluto al passaggio stesso, consentendolo nei limiti dei posti disponibili nell’arco di un quinquennio.

8. Concorsi e commissioni per il passaggio di funzioni e per l’assegnazione delle funzioni di secondo grado e di legittimità.

a) Concorsi per titoli.

L’art. 26, primo comma, prevede che la valutazione dei titoli deve “*porre in evidenza la professionalità del magistrato*”. La formula è nuova perché la legge delega (art. 2, comma 1 n. 11), in verità con maggiore chiarezza, dispone che “*nella individuazione e valutazione dei titoli. . .sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, si tenga conto prevalentemente, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, dell’attività prestata dal magistrato nell’ambito delle sue funzioni*

giudiziarie...”. Nell’interpretazione della generica nozione di “professionalità” dovrà quindi farsi riferimento al testo della legge delega.

Inoltre, la disposizione non prevede che nella individuazione e valutazione dei titoli si debbano rispettare criteri obiettivi e predeterminati, come previsto dalla legge delega, con ciò attribuendo una incontrollabile discrezionalità alle Commissioni di concorso e, quindi, aggravando il *vulnus* delle competenze del Consiglio superiore, costituzionalmente garantite.

Al secondo comma vengono indicati i titoli dei quali deve tenersi conto per valutare l’attività prestata dal magistrato nell’ambito delle sue funzioni giudiziarie, ovvero: il numero dei provvedimenti emessi, la rilevanza e complessità delle fattispecie esaminate e le questioni giuridiche trattate (effettuato con sorteggio), l’autorelazione (facoltativa) e gli esiti dei provvedimenti nonché le statistiche comparate nella sede ed a livello nazionale; vengono indicati altresì i titoli dei quali deve tenersi conto per valutare il livello di preparazione scientifica, ovvero: le pubblicazioni di studi e le ricerche, i titoli di studio e i titoli attestanti qualificanti esperienze tecnico professionali.

Richiamato quanto alla valutazione degli esiti dei provvedimenti, quanto già osservato nei precedenti pareri (violazione dell’art. 101 Cost., spinta al conformismo giurisprudenziale e, quindi, freno all’evoluzione della giurisprudenza), deve rilevarsi che mentre la legge delega considera rilevanti le statistiche relative al lavoro svolto dai magistrati *“tenuto conto della sede e dell’ufficio...con loro proiezione comparativa rispetto a quelle delle medie nazionali e dei magistrati in servizio nello stesso ufficio”* lo schema di decreto prende in considerazione solo la peculiarità della sede e omette di considerare la peculiarità dell’ufficio, nonché fa riferimento semplicemente a medie di produttività nazionale, trascurando di prevedere la necessità delle “proiezioni” e cioè della parametrizzazione dei dati.

Mentre la legge delega nulla prevedeva in proposito, il secondo comma dell’art. 26 dispone che *“la professionalità del magistrato è altresì desunta dalle pubblicazioni di studi e ricerche scientificamente apprezzabili su argomenti di carattere giuridico, nonché da titoli di studio o da ulteriori titoli attestanti qualificanti esperienze tecnico-professionali”*. La legge delega, cioè, considerava rilevanti soltanto i titoli giudiziari, mentre il decreto delegato attribuisce rilievo ai titoli extragiudiziari. Inoltre tale rilevanza è riconosciuta come avente livello pari a quella attribuita ai titoli giudiziari (*“altresì”*) e utilizza concetti generici e indeterminati, quali quello di “apprezzabilità della pubblicazione” che aumenta a dismisura i poteri discrezionali delle commissioni in un ambito non previsto, si ripete, dalla legge delega.

Non è stata inserita alcuna indicazione, anche in considerazione della mancata enunciazione dei criteri oggettivi e predeterminati da adottare ai fini della valutazione, circa l’incidenza differenziata

nell'ambito del 50% della valutazione per titoli, così che è rimessa alla valutazione discrezionale delle Commissioni l'attribuzione della prevalenza *“all'attività prestata dal magistrato nell'ambito delle sue funzioni giudiziarie, alle statistiche comparate nella sede ed a livello nazionale o alle pubblicazioni di studi e ricerche o dai titoli di studio e titoli attestanti qualificanti esperienze tecnico professionali”*, ove l'enfatica enunciazione di *“valutazione che tenga conto della professionalità”* viene privata di concretezza in mancanza di criteri oggettivi che riservino maggiore incidenza a tali titoli.

Il comma quinto rinvia, come nella legge delega, all'art. 76 bis e quindi *“alle specifiche attitudini ed esperienze nella trattazione di procedimenti relativi alla criminalità organizzata”* quanto alla nomina del Sostituto procuratore antimafia, anche in questo caso la mancata indicazione dell'incidenza dei criteri *“oggettivi e predeterminati”* rischia di non dare il necessario spazio a tali attitudini o di lasciare il giudizio in ordine alla rilevanza delle stesse nella incontrollata discrezionalità delle Commissioni.

b) Concorsi per titoli ed esami.

Mentre la legge delega (art.2, lettera f n. 5) prevede che l'esame scritto consista nella risoluzione di casi pratici che implichi, alternativamente o congiuntamente, la risoluzione di rilevanti questioni probatorie, istruttorie e cautelari, il sesto comma dell'art. 26 dello schema di decreto legislativo, da un lato, prende in considerazione questioni genericamente processuali (dalle quali, esulano le questioni cautelari) e dall'altra considera tali questioni come congiunte (e non alternative) ad altre questioni sostanziali implicate dal caso pratico.

Lo schema di decreto legislativo non chiarisce se il caso pratico debba riguardare l'esperienza professionale del candidato, né se sia possibile scegliere, eventualmente con sorteggio, tra diverse tracce. La previsione generica delle funzioni, riferendosi in generale alle funzioni giudicanti e requirenti di secondo grado o di legittimità o direttive e semidirettive, non sembra tenere in nessun conto – quanto al settore giudicante - la distinzione tra le funzioni penali e le funzioni civili, né le specializzazioni di alcuni settori civili. Ciò rischia di determinare la necessità di una preparazione generica in contrasto con la necessità di affinare professionalità specifiche relative a branche del diritto sempre più specializzate.

Particolarmente evidente è l'effetto negativo della mancata previsione di una disciplina *ad hoc* per le funzioni per le quali la legge prevede una specializzazione, come gli uffici minorili, di sorveglianza e del lavoro.

c) L'esito negativo dei concorsi.

La disciplina prevista nel caso di mancato superamento dei concorsi per le funzioni di secondo grado o di legittimità è contenuta all'art. 32 dello schema recante l'istituzione della Scuola

superiore della magistratura e nessun coordinamento è contenuto nella schema di modifica della progressione.

La conseguenza è che mentre la legge delega (art. 2, secondo comma, lettera *t*) prevede che in caso di tre giudizi negativi in sede di valutazioni periodiche al tredicesimo, ventesimo e ventottesimo anno, il magistrato è dispensato, lo schema di decreto legislativo nulla prevede in caso di esito negativo dei concorsi.

d) Commissioni di concorso.

Con riferimento ai componenti professori universitari la generica indicazione della “prima fascia” consente la nomina di professori straordinari ovvero professori che non hanno ancora superato il giudizio di conferma, mentre più opportunamente avrebbe potuto prevedersi la necessità di una anzianità nelle funzioni minima, così come avviene per i componenti magistrati. Del pari opportuno sarebbe stata la previsione di un rapporto tra le materie insegnate e le funzioni da assegnare per evitare, ad esempio, che le commissioni siano tutte composte da penalisti o da civilisti.

Infine, lo schema di decreto legislativo nulla prevede circa rimborsi o indennità da liquidare ai professori universitari e tale omissione rischia di rendere estremamente difficile ottenere la disponibilità di questa categoria di componenti.

9. Incarichi direttivi e semidirettivi.

a) La disciplina della vacanza.

L'art. 29 intitolato “*individuazione dei posti vacanti negli incarichi semidirettivi e direttivi di merito*” (come l'art. 38, riguardante gli uffici direttivi di legittimità) contiene una norma nuova, non prevista dalla legge delega. L'individuazione delle vacanze è affidata al Consiglio superiore della magistratura, ma la norma non prevede le modalità di individuazione (se le vacanze vadano pubblicate a mano a mano che si verificano ovvero con una pubblicazione unica riguardante più vacanze) né i tempi (ad esempio se la pubblicazione possa essere anteriore alla vacanza quando la stessa sia prevedibile).

b) La legittimazione.

Per il conferimento degli incarichi direttivi di merito sono previsti quattro requisiti a) una determinata anzianità nella qualifica necessaria; b) età inferiore a sessantasei anni; c) esito positivo del corso di formazione presso la scuola; d) il superamento del concorso per titoli.

Mentre con riferimento all'attribuzione degli incarichi direttivi superiori ed apicali di legittimità l'art. 40 prevede come condizione solo l'esercizio di incarico direttivo di legittimità (o le funzioni di Procuratore generale aggiunto), per il conferimento di incarichi direttivi di legittimità, analogamente a quanto previsto per il conferimento di incarichi direttivi di merito, sono previsti quali requisiti: a) l'esercizio di funzioni di legittimità da almeno quattro anni; b) età inferiore ai

sessantotto anni; c) esito positivo del corso di formazione d) esito positivo della valutazione per titoli da parte della Commissione esaminatrice.

Con riferimento al requisito di età massima gli articoli 35 e 41 dispongono che il momento rilevante, al quale deve essere rapportato tale requisito sia quello della pubblicazione della vacanza, ma la norma, che è nuova rispetto a quanto previsto dalla legge delega, non può essere condivisa, sembrando più opportuno ancorare l'accertamento alla data in cui si verifica la vacanza. Questo è infatti un dato oggettivo, mentre la pubblicazione della vacanza dipende dall'esercizio di un potere discrezionale del Consiglio superiore.

Al requisito degli anni di servizio che residuano al momento del pensionamento è prevista deroga in applicazione della disciplina introdotta dall'art. 3, comma 57, legge 350/04 e successive integrazioni. Per effetto di tale deroga il conferimento dell'incarico è disancorato da considerazioni relative all'età del soggetto da nominare. Il bilanciamento tra l'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 94 della Costituzione, del quale il pensionamento per raggiunti limiti di età è espressione, è risolto in favore dell'interesse individuale alla reintegrazione in forma specifica. Tale previsione, contenuta all'art. 36 costituisce eccesso di delega perché la legge n 150/2005 non contiene nessuna delega a derogare al requisito del limite di permanenza in servizio.

Per effetto della nuova disciplina la platea dei concorrenti ad uffici direttivi è più ristretta di quella attuale, in quanto l'età minima viene elevata dalla necessità di avere conseguito le qualifiche necessarie da un numero di anni variabile, ma rilevante, e l'età massima è abbassata dal riferimento all'età dell'ordinario collocamento a riposo (settanta anni). Peraltro i due aspetti sono tra loro contraddittori, perché l'effetto finale delle nuove disposizione sarà certamente quello di elevare e non di diminuire l'età media dei dirigenti.

c) Valutazioni delle Commissioni.

L'art. 44 dispone che la dichiarazione di idoneità allo svolgimento delle funzioni semidirettive si basa su una valutazione delle Commissioni di esame che riguarda "*in via prevalente*" la laboriosità e la capacità organizzativa, mentre la valutazione dei titoli (da individuare con specifico riferimento allo svolgimento delle funzioni semidirettive) deve avvenire "*in via non prevalente*".

La norma ha carattere innovativo e desta perplessità in quanto la prevalenza della laboriosità e delle capacità organizzative rispetto ai titoli non è prevista dalla legge delega né appare imposta dalla necessità di colmare una lacuna. Nel merito più opportuno sarebbe stato un contemperamento dei tre elementi.

Gli articoli 43 e 44 attribuiscono funzioni di titolo preferenziale al pregresso esercizio di funzioni semidirettive e direttive, senza subordinare il riconoscimento di tale preferenza a una valutazione

positiva dello svolgimento delle funzioni precedenti. Inoltre l'attribuzione di titoli preferenziali di questa natura assegna alle capacità organizzative concrete una funzione meno rilevante di quella che sarebbe opportuno avessero.

d) Poteri del Ministro della giustizia.

Nonostante le modifiche introdotte a seguito dei rilievi del Presidente della Repubblica, il potere di impugnazione delle nomine o delle proroghe dei direttivi attribuito al Ministro della giustizia continua a destare perplessità in relazione ai limiti che la giurisprudenza costituzionale assegna alle competenze ministeriali in materia. O infatti il Ministro lamenta la lesione di un proprio potere, e allora si rientra nella materia dei conflitti di competenza della Corte Costituzionale, ovvero critica l'esercizio del potere discrezionale del Consiglio superiore, e allora eccede dai poteri che la Costituzione gli riconosce con l'art. 110.

Inoltre, il parere del Ministro ai fini del rinnovo biennale appare lesivo dell'indipendenza dei capi degli uffici essendo idoneo a condizionare l'indipendente esercizio delle funzioni.

10. Magistrati fuori ruolo.

Lo schema di decreto legislativo (art. 50, secondo comma) prevede, con disposizione che non trova corrispondenza nella legge delega, che la regola secondo la quale il collocamento fuori ruolo non può superare i dieci anni non si applica ai magistrati già fuori ruolo prima dell'entrata in vigore della legge, nel senso che *“in detto periodo massimo non è computato quello trascorso fuori ruolo antecedentemente all'entrata in vigore del presente decreto”*. Con tale disposizione il legislatore delegato ha operato l'azzeramento del periodo di fuori ruolo trascorso prima dell'entrata in vigore del decreto con evidente eccesso di delega.

11. Progressione economica.

La nuova disciplina introduce una rilevantissima deroga al principio generale della parità di retribuzione in caso di identità delle funzioni esercitate. Poiché infatti non è stato stabilito il principio dell'irreversibilità delle funzioni, può accadere che i vincitori dei concorsi potranno optare per il mantenimento delle funzioni svolte prima del superamento del concorso. La disparità di trattamento, nell'ambito dell'esercizio delle stesse funzioni è poi aggravata dal trascinarsi degli scatti di anzianità».