



DOTTRINA	GIURISPRUDENZA	MATERIALI	NOVITA'EDITORIALI	APPUNTAMENTI	SITO PRECEDENTE
--------------------------	--------------------------------	---------------------------	-----------------------------------	------------------------------	---------------------------------



☒ associazionedeicostituzionalisti.it ☐

Home :: Giurisprudenza :: Osservazioni a prima lettura :: Corte costituzionale :: Decisioni

Le norme "anti-Caselli": l'illegittimità costituzionale, l'atto amministrativo e gli esclusi

(nota a Corte cost. 245/2007)*

di Nicola Pignatelli, Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali – Università di Pisa

Nel complesso scenario delle tensioni tra potere politico e potere giudiziario, che hanno caratterizzato la scorsa legislatura (XIV), si inseriva la polemica relativa alla procedura selettiva per il conferimento della direzione della Procura nazionale antimafia, a cui concorreva, tra gli altri, il Dott. Giancarlo Caselli; la l. 150/2005, con cui il Parlamento ha delegato al Governo la riforma dell'ordinamento giudiziario, conteneva un insieme di disposizioni che gli stessi esponenti della maggioranza parlamentare di centro-destra rappresentavano pubblicamente come "anti-Caselli", esternando la volontà di estromettere questo magistrato dalla selezione. L'art. 2, 10° comma, delegava infatti il Governo ad adottare entro sei mesi un decreto legislativo volto a disciplinare il conferimento degli incarichi direttivi giudicanti e requirenti di legittimità e di merito, nel rispetto del (puntuale) criterio direttivo secondo il quale tali incarichi *non avrebbero potuto essere conferiti* a magistrati che avessero, prima della data di ordinario collocamento a riposo (ossia prima dei settant'anni), meno di due anni di servizio, relativamente agli incarichi direttivi di legittimità, e meno di quattro anni di servizio, relativamente agli incarichi direttivi di merito (questo il caso del Dott. Caselli, ultra-sessantaseienne); tale delega ha trovato poi attuazione (essendo in realtà semplicemente trasfusa) negli artt. 2 e 3, dlgs. 20/2006, recanti una disciplina *transitoria*, relativa al periodo antecedente all'entrata in vigore di altro (e definitivo) decreto delegato, che il Governo avrebbe dovuto adottare nel termine più ampio di un anno (dlgs. 160/2006, attualmente sospeso dalla l. 269/2006). Tra l'altro la stessa l. 150/2005 si era premurata di assicurare la immediata vigenza di tali limitazioni per il conferimento degli incarichi, anticipando il contenuto del decreto delegato ex art. 2, 10° comma (dlgs. 20/2006), con una norma ulteriormente transitoria, di identico contenuto (art. 2, 45° comma), applicabile anche alle procedure in corso.

La Corte costituzionale con la sent. 245/2007 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 2, 45° comma, l. 150/2005 e degli artt. 2 e 3, dlgs 20/2006 (quindi della disciplina transitoria), per il loro contenuto irragionevole, nella parte in cui non prevedevano che alle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi direttivi potessero partecipare magistrati, che per aver esercitato il diritto al prolungamento del servizio oltre la data di ordinario collocamento a riposo (fino a settantacinque anni), *assicurassero comunque* la permanenza nell'incarico per almeno due anni, per gli incarichi di legittimità, e per almeno quattro anni, per gli incarichi di merito.

In questa sede non intendiamo soffermarci sul merito e sulle argomentazioni della Corte ma sugli effetti che questa pronuncia può produrre. In particolar modo ci soffermeremo sugli effetti relativi: 1) alla posizione dei magistrati

che *hanno impugnato il provvedimento di esclusione* emanato sulla base delle norme (poi) dichiarate incostituzionali; 2) alla posizione dei magistrati che *non hanno impugnato* tale provvedimento; 3) alla posizione dei magistrati che *non hanno presentato domanda di partecipazione* alla procedura selettiva (perché non in possesso dei requisiti richiesti dal bando).

1) La sent. 245/2007 produce certamente i propri effetti sui giudizi amministrativi pendenti, nei quali sono state impugunate le delibere con cui il CSM ha conferito ad altro magistrato l'incarico direttivo, previa esclusione del ricorrente, quale aspirante "non legittimato". Tuttavia deve precisarsi come il giudice amministrativo possa annullare tale provvedimento amministrativo per illegittimità *derivata* solo nella ipotesi in cui il ricorrente abbia impugnato la delibera perché conforme ad una norma incostituzionale, quindi congegnando la questione di costituzionalità come motivo del ricorso. Invece nell'ipotesi in cui la delibera del CSM sia stata impugnata per motivi diversi, il giudice amministrativo non potrebbe esercitare (d'ufficio) il potere di annullamento, visto che rispetto al vizio di illegittimità derivata dovrebbe ritenersi consolidata una preclusione processuale, essendo decorsi i sessanta giorni per far valere tale specifica doglianza. Dovrebbe invece fare eccezione il caso in cui, pur non essendo fatto valere lo specifico motivo di costituzionalità, le norme dichiarate incostituzionali siano comunque richiamate nei motivi del ricorso, come parametro di legittimità della delibera del CSM; in tal caso il potere di annullamento del provvedimento potrebbe essere esercitato (comunque) nel rispetto del principio della domanda. Entro questi limiti e in conseguenza dell'esercizio del potere di annullamento del giudice amministrativo, i concorsi già chiusi dovranno essere riaperti.

2) Più critica appare invece la posizione di quei magistrati che non hanno instaurato il giudizio amministrativo, ossia di coloro che hanno accettato la legalità formale della delibera del CSM, non invocandone l'illegittimità costituzionale del fondamento normativo. Per i magistrati che hanno deciso di *non resistere* (come paradossalmente lo stesso Dott. Caselli), la sent. 245/2007 non può produrre nessun effetto, perché per questi il rapporto si è esaurito con lo spirare del termine di decadenza, precedente alla stessa pronuncia della Corte costituzionale; una situazione sostanzialmente analoga a quella in cui versano coloro che hanno impugnato la delibera del CSM ma per motivi diversi (cfr. *sub* 1). Questo limite, che il controllo di costituzionalità incontra nella inoppugnabilità dell'atto amministrativo, sottende certamente una esigenza di garanzia di certezza del diritto, di conservazione della imperatività del provvedimento, di tutela del principio dell'affidamento. Tuttavia non può tacersi come l'illegittimità della delibera del CSM sopravvenga a seguito di una sentenza della Corte costituzionale, che si manifesta come un fatto storicamente successivo, così che il soggetto destinatario dell'atto (ossia il magistrato, mancato ricorrente) *non avrebbe potuto avere cognizione* di tale vizio, al massimo avrebbe potuto "sperarlo". Infatti prima della pronuncia di illegittimità costituzionale può darsi che la delibera del CSM (riconoscibile come illegittima soltanto *ex post*) abbia generato un sacrificio *secundum ius*, essendo conforme alla norma parametro ancora legittima. La logica della "reale" cognizione del vizio non trova però un riscontro normativo nell'art. 21, 1° comma, l. Tar e nell'art. 36 t.u. Cons. St.; è infatti noto come il decorso del termine per l'impugnazione sia connesso alla cognizione formale dell'atto e non a quella sostanziale del vizio.

La giurisprudenza amministrativa ha infatti ribadito un indirizzo di chiusura verso facili ragioni sostanzialistiche, opponendo l'esaurimento del rapporto, dinanzi a sentenze additive con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto *ex post* nuove pretese nei confronti della P.A., come nel caso in cui è stata estesa a nuovi soggetti la possibilità di partecipare a giudizi universitari di idoneità (Tar Sicilia, 27 marzo 1996, n. 273, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 273 ss.; Cons. St., sez. VI, 13 aprile 1994, n. 508, in *Cons. St.*, 1994, I, 585 ss.; Tar Sardegna, 5 giugno 1993, n. 678, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 3487 ss.; Tar Lazio, sez. III, 15 aprile 1992, n. 389, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 17). Tra l'altro non sarebbe certamente sufficiente la presentazione di una istanza, finalizzata a sollecitare l'annullamento del provvedimento di esclusione da parte del CSM, al fine di ottenere un diniego, quindi un nuovo atto da impugnare, quindi una rimessione in termini; non è così che la clessidra del termine di decadenza può essere capovolta. Vi sarebbe infatti una elusione della perentorietà dei termini del processo amministrativo e una più generale negazione della esauribilità dei rapporti. Per ragioni analoghe non sembra neppure auspicabile la soluzione processuale della rimessione in termini per errore scusabile^[1], ossia per l'impossibile conoscibilità *ex ante* del vizio di legittimità derivata, visto che anche questa soluzione si risolverebbe in uno snaturamento del processo amministrativo e del principio dispositivo,

aprendo tra l'altro la strada ad una sua ulteriore (ed incerta) estensione ad ipotesi simili, di sopravvenuta riconoscibilità del vizio.

Il rimedio certamente più rispettoso della struttura del processo amministrativo (e quindi l'unico potenzialmente praticabile a tutela dei magistrati mancati ricorrenti) risiede nell'esercizio dei poteri di *autotutela* del CSM in esecuzione del giudicato costituzionale. Tra l'altro lo stesso CSM in passato si è mostrato sensibile all'uso di tale potere, come quando ha ottemperato alla sentenza della Corte costituzionale (612/1997) che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17 della l. 831/1973, nella parte in cui faceva decorrere la dichiarazione di idoneità dei magistrati ad essere ulteriormente valutati, ai fini della successiva nomina alle funzioni direttive superiori e del connesso trattamento economico, dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello di maturazione dell'anzianità nella qualifica di magistrato di Cassazione, anziché dalla scadenza effettiva di detto periodo; infatti in via di autotutela il CSM ha anticipato gli effetti della dichiarazione di idoneità di alcuni magistrati che *non* avevano impugnato gli atti emanati in base alla legge (poi) dichiarata incostituzionale. Non può sfuggire però come in questo caso non fosse coinvolto l'affidamento di terzi, come accade nella vicenda "anti-Caselli" (in cui rileva la posizione dei magistrati incaricati), apparendo così meno traumatica l'azione in autotutela.

Deve comunque precisarsi come la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 1997, n. 99, in *Foro it.*, Rep 1997, voce *Corte costituzionale*, n. 34) ritenga inammissibili i ricorsi contro il rifiuto della P.A. di annullare d'ufficio un atto a seguito di una sentenza di illegittimità costituzionale di una norma su cui tale atto si fonda, sul presupposto che il potere di autotutela è discrezionale e quindi non sindacabile in sede giurisdizionale. Sarebbe infatti irragionevole pensare che il potere di annullamento d'ufficio, in esecuzione di giudicato costituzionale, sia *doveroso*; l'art. 30, 3° comma, l. 87/1953 vincola il giudice (amministrativo) ma non obbliga la P.A. a rimuovere tutti gli atti (già) emanati sulla base di una norma (poi) dichiarata incostituzionale.

Nulla escludeva, in teoria, che il CSM avrebbe potuto dare esecuzione al giudicato costituzionale. In pratica ed in relazione alla vicenda del conferimento degli incarichi direttivi spettava al CSM "pesare" (quantitativamente e qualitativamente) le procedure selettive in cui i provvedimenti di esclusione non sono stati impugnati e rispetto ai quali sarebbe stato esperibile l'annullamento officioso. Sembrava comunque, sin da subito, assolutamente improbabile, ad esempio, che il CSM decidesse di rivedere il conferimento della direzione della Procura nazionale antimafia (Dott. Grasso), visto che il soddisfacimento dell'interesse pubblico, a cui è preordinata l'autotutela, impone di valutare (al di là della illegittimità) il tempo decorso dall'adozione del provvedimento (ormai più di due anni) e i rischi connessi alla produzione della invalidità derivata (che avrebbe investito gli atti posti in essere dall'attuale Procuratore nazionale antimafia). In questa logica appare ragionevole la decisione del CSM di non procedere all'annullamento d'ufficio.

3) Quanto ai magistrati che non hanno presentato domanda, pienamente rispettosi della disciplina non ancora dichiarata illegittima al momento del bando, deve distinguersi l'ipotesi in cui la procedura selettiva sia (a) già chiusa (con il conferimento dell'incarico ad altro magistrato) o sia ancora (b) aperta.

Nel primo caso (a) non vi è nessuna differenza tra il magistrato "non candidato" e quello "escluso ma non resistente" (cfr. 2); per entrambi il rapporto è esaurito e per entrambi il rimedio sussidiario dell'autotutela appariva improbabile. Nel secondo caso invece (b), per quanto il rapporto risulti esaurito, il CSM avrebbe potuto meno problematicamente recuperare i magistrati originariamente non candidati. Al contrario il *plenum* del Consiglio ha deciso di non riaprire i termini dei concorsi, anche di quelli ancora pendenti (circa 75), approvando a larga maggioranza (16 voti a favore) una delibera (25 luglio 2007) proposta dalla consigliera togata Ezia Maccora (Magistratura democratica) della V commissione^[2]. Sembra evidente, in una prospettiva di bilanciamento, come abbia prevalso sulle aspettative individuali l'interesse al buon andamento della amministrazione della giustizia, quindi la necessità di dare copertura immediata ad uffici che sarebbero rimasti vacanti ancora per molto tempo (quali, tra gli altri, il Tribunale di Roma, le Corti di Appello di Bari e Venezia, le Procure della Repubblica di Cagliari, Caltanissetta, Reggio Calabria, Viterbo). Tuttavia il CSM ha disposto che vengano acquisiti "elementi utili" per valutare compiutamente la posizione di coloro che, pur non essendo in possesso dei requisiti previsti dalle norme "anti-Caselli", presentarono ugualmente

domanda; in alcuni casi infatti i Consigli giudiziari non resero il parere attitudinale dei candidati, vista la mancanza di legittimazione degli stessi. Spetta ora alla V commissione identificare per ogni procedura concorsuale pendente i nominativi dei magistrati per i quali invitare i Consigli giudiziari a trasmettere tale parere entro il 15 novembre.

Ciò posto, siano consentite tre osservazioni sinteticamente conclusive: a) è necessario che il vizio di un provvedimento amministrativo, *derivabile* dalla illegittimità costituzionale di una norma, sia scoperto subito dal ricorrente, in sede di impugnazione, visto il rischio *ex post* di una carenza di tutela; b) le norme "personali" (sia quando sono *a favore* di qualcuno sia quando sono *contro* qualcuno) finiscono per generare problemi a qualcun'altro; c) questa vicenda contribuisce ad alimentare grottescamente una confusione (già diffusa) nell'ordinamento giudiziario, investendone (anche) le posizioni apicali.

Nicola Pignatelli

* In corso di pubblicazione in *Il Foro italiano*.

[1] Cfr. G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 134; P. Barile, *La parziale retroattività delle sentenze della Corte costituzionale in una pronuncia sul principio di eguaglianza*, in *Giur. it.*, 1960, I, 914; A. Romano, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, 141.

[2] La proposta di minoranza di riapertura dei termini, di cui è stato relatore Antonio Patrono (Magistratura indipendente), ha ottenuto invece 7 voti a favore, tra i quali quello del vicepresidente Nicola Mancino.

(26 settembre 2007)

Home	Consiglio Direttivo	Soci	Attività istituzionale	Comunicazioni
----------------------	-------------------------------------	----------------------	--	-------------------------------