

editoriale

Giustizia e altri poteri

di Sabino Cassese

Mi sembra saggio l'invito del presidente Domenico Giordano, rivolto ai suoi colleghi magistrati, di «non compiacersi per essere chiamati ad attività extraistituzionali, di non lasciarsi coinvolgere nell'esercizio di funzioni che implicano prossimità al potere politico e di esercitare con passione la funzione giurisdizionale».

Il coinvolgimento di magistrati, ordinari e amministrativi, in funzioni che attengono ad altri poteri è divenuto sistematico ed eccessivo, e pone, quindi, un grave problema di garanzia della indipendenza degli ordini giudiziari. Di questo vi è un segno nell'art. 5 della legge 71 del 2022 (riforma Cartabia), che cerca di porre qualche argine. Esso detta norme di questo tenore sul collocamento fuori ruolo dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili: «1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il decreto o i decreti legislativi recanti riordino della disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) individuare le tipologie di incarichi extragiudiziari da esercitare esclusivamente con contestuale collocamento fuori ruolo per tutta la durata dell'incarico, tenendo conto della durata dello stesso, del tipo di impegno richiesto e delle possibili situazioni di conflitto di interessi tra le funzioni esercitate nell'ambito di esso e quelle esercitate presso l'amministrazione di appartenenza e includendo in ogni caso gli incarichi di capo di gabinetto, vice capo di gabinetto, direttore dell'ufficio di gabinetto e capo della segreteria di un Ministro; b) individuare le tipologie di incarichi extragiudiziari per le quali è ammesso il ricorso all'istituto dell'aspettativa ai sensi dell'articolo 23-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; c) prevedere che il collocamento fuori ruolo di un magistrato ordinario, amministrativo o contabile possa essere autorizzato a condizione che l'incarico da conferire corrisponda a un interesse dell'amministrazione di appartenenza; stabilire i criteri dei quali i rispettivi organi di autogoverno debbano tenere conto nella relativa valutazione e prevedere che, in ogni caso, vengano sempre valutate puntualmente le possibili ricadute che lo svolgimento dell'incarico fuori ruolo può determinare sotto i profili dell'imparzialità e

dell'indipendenza del magistrato; d) prevedere che la valutazione della sussistenza dell'interesse di cui alla lettera c) sia effettuata sulla base di criteri oggettivi che tengano conto anche dell'esigenza di distinguere, in ordine di rilevanza: gli incarichi che la legge affida esclusivamente a magistrati; gli incarichi di natura giurisdizionale presso organismi internazionali e sovranazionali; gli incarichi presso organi costituzionali; gli incarichi presso organi di rilevanza costituzionale; gli incarichi non giurisdizionali apicali e di diretta collaborazione presso istituzioni nazionali o internazionali; gli altri incarichi; e) prevedere che il magistrato, al termine di un incarico svolto fuori ruolo per un periodo superiore a cinque anni, possa essere nuovamente collocato fuori ruolo, indipendentemente dalla natura del nuovo incarico, non prima che siano trascorsi tre anni dalla presa di possesso nell'ufficio giudiziario, e indicare tassativamente le ipotesi di deroga; f) prevedere che non possa comunque essere autorizzato il collocamento del magistrato fuori ruolo prima del decorso di dieci anni di effettivo esercizio delle funzioni giudicanti o requirenti e quando la sua sede di servizio presenta una rilevante scopertura di organico, sulla base di parametri definiti dai rispettivi organi di autogoverno; g) stabilire che i magistrati ordinari, amministrativi e contabili non possano essere collocati fuori ruolo per un tempo che superi complessivamente sette anni, salvo che per gli incarichi, da indicare tassativamente, presso gli organi costituzionali o di rilevanza costituzionale, gli organi del Governo e gli organismi internazionali, per i quali il tempo trascorso fuori ruolo non può superare complessivamente dieci anni, ferme restando le deroghe previste dall'articolo 1, comma 70, della legge 6 novembre 2012, n. 190; h) ridurre il numero massimo di magistrati che possono essere collocati fuori ruolo, sia in termini assoluti che in relazione alle diverse tipologie di incarico che saranno censite, prevedendo la possibilità di collocamento fuori ruolo dei magistrati per la sola copertura di incarichi rispetto ai quali risultino necessari un elevato grado di preparazione in materie giuridiche o l'esperienza pratica maturata nell'esercizio dell'attività giudiziaria o una particolare conoscenza dell'organizzazione giudiziaria; individuare tassativamente le fattispecie cui tale limite non si applica; i) disciplinare specificamente, con regolamentazione autonoma che tenga conto della specificità dell'attività, gli incarichi fuori ruolo svolti in ambito internazionale».

Per spiegare brevemente questo problema, che è annoso e che è divenuto anche, per le sue dimensioni, pericoloso, partirò da una pagina del famoso libro di Tocqueville sulla “Democrazia in America”, in cui l'autore si riferisce alla Francia e alla garanzia dei funzionari allora in vigore.

Tocqueville scrive (adopero la traduzione in italiano a cura di Nicola Matteucci): «Nell'anno VIII della Repubblica francese, apparve una costituzione, il cui articolo 75 così dettava: “Gli agenti del governo, tranne i ministri, non possono essere tratti in giudizio, per fatti relativi alle loro funzioni, che in virtù di una decisione del Consiglio di Stato; in questo caso, il procedimento luogo davanti ai tribunali ordinari”.

La costituzione dell'anno VIII passò, ma non questo articolo, che le sopravvisse; e ogni giorno ancora viene opposto ai giusti reclami dei cittadini.

Ho spesso cercato di far capire il senso di questo articolo a degli Americani o degli Inglesi, e mi è sempre stato molto difficile riuscirci.

Ciò che essi dapprima scorgevano era il fatto che il Consiglio di Stato, in Francia, era un grande tribunale posto al centro del regno: c'era una sorta di tirannia nel rimandargli preliminarmente tutti querelanti.

Ma quando cercavo di far loro capire che il Consiglio di Stato non era affatto un corpo giudiziario, nel senso comune della parola, bensì un corpo amministrativo, i cui membri dipendevano dal Re, in modo che il Re, dopo aver ordinato in base i suoi poteri sovrani ad uno dei suoi servitori, chiamato prefetto, di commettere un'ingiustizia, poteva ordinare in base i suoi poteri sovrani a un altro suo servitore chiamato consigliere di Stato, di impedire la punizione del primo; quando mostravo loro il cittadino, leso per ordine del sovrano, ridotto a chiedere al sovrano stesso l'autorizzazione di ottenere giustizia, essi si rifiutavano di credere a simili enormità e mi accusavano di menzogna e ignoranza.

Capitava spesso, nell'antica monarchia, che il parlamento decretasse l'arresto di un funzionario pubblico, colpevole di qualche delitto. Qualche volta l'autorità reale, con il suo intervento, faceva annullare la procedura. Il dispotismo si mostrava allora allo scoperto, e, obbedendo, ci si sottometteva solo alla forza.

Siamo, dunque, tornati molto indietro rispetto al punto in cui erano giunti i nostri padri, dato che noi lasciamo fare, sotto l'apparenza di giustizia, e lasciamo consacrare il nome della legge ciò che soltanto la violenza poteva imporre loro».

Ora, una situazione di questo tipo si può ripetere in Italia, in termini e in contesti mutati. Una decisione viene presa dall'esecutivo, ad opera di magistrati del Consiglio di Stato, quali capi di gabinetto o capi di uffici legislativi. Il cittadino ricorre contro la decisione, e per farlo si rivolge a Tribunali amministrativi regionali o al Consiglio di Stato, dove siedono magistrati appartenenti allo stesso corpo proprio di chi ha preso la decisione, taluni provenienti da concorsi, altri nominati da quello stesso governo le cui decisioni sono in gioco. Commistioni analoghe si verificano per la Corte dei conti.

Finché l'esercizio di funzioni non giurisdizionali era di breve durata e non sistematico e finché l'esercizio di tali funzioni da parte di magistrati riusciva a raddrizzare le gambe storte dalla burocrazia, una così palese violazione della separazione dei poteri, e quindi dell'indipendenza degli ordini giudiziari, era accettabile, anche perché evitava alla giustizia amministrativa di partecipare ai guai della giurisdizione ordinaria (infatti, questa, con il suo arretrato e a causa dei continui straripamenti di potere, è in condizioni molto peggiori della giurisdizione amministrativa).

Ora, però, un primo inizio della riforma dell'ordine giudiziario civile e penale è in corso; i magistrati amministrativi che si dedicano all'amministrazione attiva non riescono più a supplire alle carenze della burocrazia, anzi, sembrano succubi più ancora della burocrazia alle decisioni politiche e spesso si limitano semplicemente a trascriverle, spesso peggiorandone persino la forma. Nell'esercizio di una delle loro funzioni, come redattori di norme, hanno trasformato lo Stato italiano in una carta geografica illeggibile. Nell'esercizio dell'altra funzione, quella gestionale, che richiederebbe rapidità, elasticità, capacità di governo della complessità, si muovono e fanno muovere con lentezza, rigidità, complicando, invece di semplificare.

I dubbi maggiori derivano dalla scarsa capacità dei magistrati chiamati a svolgere funzioni di amministrazione attiva di svolgere una funzione correttiva, sia perché richiede sempre maggiore impegno, sia perché i migliori non accettano di svolgere funzioni di amministrazioni fuori del corpo giudiziario di appartenenza, sia perché la selezione dei magistrati in questi anni non è stata all'altezza del passato.

A tutto questo si aggiunge il dubbio che le carenze burocratiche derivino anche dalla sottoposizione di fatto dei funzionari amministrativi a magistrati amministrativi, che ha impedito loro quel "learning by doing" che è indispensabile per svolgere funzioni di alta amministrazione.

Siamo quindi catturati in un circolo vizioso: il sistema politico ha sempre più bisogno di un'alta funzione pubblica capace, imparziale ed autorevole, con quell'alto senso dei compiti collettivi che scarseggia nel campo politico; l'alta dirigenza è sempre più impari al compito, perché mal selezionata, troppo influenzata dalla politica partigiana che ha spesso contribuito a sceglierla e nominarla, depressa del tetto alle retribuzioni; il vuoto è riempito da mandarini tutt'fare, padroni del diritto del "combinato disposto", incapaci di far sentire nello Stato la voce della razionalità, mutevoli come lo è il corpo politico al vertice, ma stabili per la cultura di cui sono portatori, capaci principalmente di difendere il loro sapere esoterico, operanti come registi della complessità, stabilmente presenti nei gangli principali del potere, difficili da rimpiazzare, nonostante i tentativi di far ricorso a personale della stessa estrazione, ma di diversa provenienza, come funzionari parlamentari e avvocati dello Stato.

Sarà bene, quindi, seguire l'amichevole invito del presidente Giordano. Potrebbe essere il primo passo per riportare un po' di divisione delle funzioni, di specializzazione e di razionalità nella gestione dei poteri pubblici.