

OSSERVAZIONI SULLO SCHEMA DI TESTO UNIFICATO PROPOSTO DAI
RELATORI PER I DISEGNI DI LEGGE IN MATERIA DI CANDIDABILITA' ED
ELEGGIBILITA' DEI MAGISTRATI ALLE ELEZIONI POLITICHE E
AMMINISTRATIVE

Va premesso che il disegno di legge in esame, con tutta evidenza, non appare annoverare tra i soggetti contemplati gli Avvocati dello Stato, atteso che i magistrati eletti, al momento del ricollocamento, possono optare per la destinazione proprio nei ruoli dell'Avvocatura dello Stato.

Ciò sembra tuttavia in contrasto con la posizione che, per tradizione storica oltre che in base al diritto positivo, gli Avvocati dello Stato hanno rivestito e rivestono nell'ordinamento, essendo sempre stati equiparati ai magistrati. Gli Avvocati dello Stato, infatti, nelle loro funzioni di assistenza e difesa delle Amministrazioni, hanno un ruolo non di semplice difensore di una parte, ma di primi garanti del rispetto della legalità nell'agire pubblico; la legge n.103 del 1979 ampliando e vieppiù qualificando la funzione autonoma (e quindi giustiziale) dell'attività di consulenza e di difesa dell'Avvocatura ha introdotto, pur nei limiti di compatibilità con il carattere istituzionale e non personale dell'attività professionale degli avvocati dello Stato, forme di *“autoamministrazione, autodichia e autogoverno”* che tendono a configurarne uno *status* sostanzialmente assimilabile a quello dei magistrati (così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 16.12.1983, n.27). La stessa Corte di Cassazione (SSUU, 5.2.1997, n.1082), ha sottolineato *“la particolare posizione dell'Avvocatura dello Stato che... difendendo e rappresentando la pubblica amministrazione in piena autonomia, non difende solo ragioni patrimoniali, bensì gli interessi unitari della collettività nazionale. Rispettando il principio di legalità e di giustizia al quale deve ispirarsi la cura della cosa pubblica, l'Avvocatura dello Stato concorre ad assicurarne la migliore utilizzazione da parte di tutti i cittadini”*. Anche per gli Avvocati dello Stato, pertanto, legittimamente si pone un problema di terzietà, indipendenza e autonomia, che sembra mal conciliarsi con la ora ipotizzata destinazione ai suoi ruoli dei soggetti per i quali tali connotati si assumono venuti meno.

Va poi rammentato che già in passato era stato consentito ai magistrati ordinari di transitare nei ruoli dell'Avvocatura dello Stato (art.31 del T.U. n.1611/33); la norma fu abrogata dall'art.4, ult. co., della L. n.103/79 dopo aver avuto, di fatto, ben rara applicazione. A ciò non furono estranee le evidenti diverse professionalità e attitudini che caratterizzano le due professioni, e che fanno ritenere oggi dubbio che per un magistrato che abbia esercitato per molti anni le funzioni giurisdizionali sia poi agevole andare a rivestire un ruolo tecnico-giuridico connotato da profonde differenze e caratterizzato, per l'accesso, da ben due procedure concorsuali unanimemente ritenute estremamente selettive.

Preme rilevare che l'Avvocatura è l'unico grande corpo dello Stato fra quelli magistratuali e paramagistratuali a cui si accede esclusivamente per concorso da oltre un terzo di secolo. Sembrerebbe veramente antistorico rompere questa regola in un momento in cui si propugna - e giustamente - una disciplina del “pubblico” ispirata alla meritocrazia.

Una prima osservazione di carattere generale deve essere formulata con riferimento alla previsione contenuta nell'art.51, ult. co., della Costituzione, a mente della quale "*chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto... di conservare il suo posto di lavoro*". Anche a voler considerare che detto fondamentale principio deve essere letto congiuntamente all'altro, pure posto dalla Carta fondamentale, sulle garanzie di indipendenza della Magistratura, non pare dubitabile che il Legislatore ordinario debba svolgere quanto meno un equo temperamento tra le richiamate fondamentali prescrizioni, incidendo sul diritto alla conservazione del posto di lavoro solo laddove ciò appaia inevitabile.

Passando all'esame dell'articolato, si osserva che l'art.5, a parte il riferimento ad un "art.60 *ter*" frutto di evidente errore materiale, deve essere comunque oggetto di nuova redazione fin dal suo titolo. Sembra infatti (lo dimostrano, sotto il profilo sistematico, la previsione dell'art.6 ed il parallelo meccanismo costituito dagli artt.9 e 10) che lo stesso intenda regolamentare la posizione dei candidati non eletti **in elezioni al Parlamento nazionale o europeo**. Ma la norma non dispone, tuttavia, su quella fattispecie, trovandosi, tra l'altro, espressa menzione del "*Comune o la Provincia per i quali si sono svolte le elezioni*". La disposizione deve pertanto essere riscritta, né dal suo testo si è in grado di dedurre come il Legislatore intende regolamentare la delicata fattispecie, evidentemente diversa da quella – consimile – portata dall'art.9.

La norma maggiormente problematica appare poi l'art.6, norma cardine del sistema richiamata anche dai successivi artt.7 e 8 (e parzialmente riprodotta nella disposizione transitoria di cui all'art.12).

Deve, infatti, osservarsi che, se la *ratio* della disposizione è quella di non consentire al magistrato - passato all'esame del corpo elettorale (quindi soggetto "di parte") e che ha svolto funzioni legislative o amministrative - di tornare a giudicare con e sugli atti (leggi e provvedimenti) adottati, non fornendo più garanzie di "terzietà", non si comprende come possa poi limitarsi, in caso di transito al Consiglio di Stato (comma 2, lettera b)), l'esercizio da parte dello stesso delle funzioni consultive a soli tre anni, con possibile successivo ritorno alle funzioni giurisdizionali.

Appare poi incongruo che i magistrati amministrativi (che, anch'essi, "*non possono essere riammessi nei ruoli della magistratura di provenienza*", comma 1), possano poi rientrarvi (comma 2, lett.b)), transitando al Consiglio di Stato e, in ipotesi (ove magistrati del TAR), anche con una significativa abbreviazione di carriera.

La previsione della lettera c) del comma 2 (così come la corrispondente disposizione transitoria contenuta nell'art.12, comma 1, lett.d)), deve essere inoltre e comunque aggiornata, poiché, anche a voler ritenere che essa stabilisca un sistema "eccezionale" per una specifica categoria di soggetti, fa con tutta evidenza riferimento ad una normativa (quella sulle pensioni "di anzianità") che è stata completamente rivisitata dalla cd. "riforma Monti".

Infine, anche alla luce delle osservazioni sistematiche svolte all'esordio, e a prescindere dai dubbi ivi espressi, la destinazione in soprannumero nei ruoli dell'Avvocatura dello Stato dei magistrati da ricollocare non può essere regolamentata unicamente con successiva fonte di rango secondario, dovendosi previamente porre con legge almeno principi generali in conformità a quanto disposto dalla normativa primaria vigente.

Va in particolare rammentato, come prima si deduceva, che – pur non sussistendo apparentemente, almeno dal punto di vista formale, ragioni di “terzietà” – la posizione dell’Avvocato dello Stato ha significative analogie con quella del Magistrato. Così come per quest’ultimo il Legislatore ravvisa la inopportunità che esso - rientrando nei ruoli della magistratura - si trovi a decidere di questioni da lui esaminate in sede politica e/o amministrativa, problemi consimili sussistono anche con il “ricollocaamento” presso l’Avvocatura. E ciò in quanto l’Avvocato dello Stato si trova nella posizione di dedurre *pro* o *contra* norme di legge o provvedimenti amministrativi che il magistrato-parlamentare o amministratore (visto il rinvio operato dall’art.7 per i magistrati con incarichi di governo all’art.6 e la previsione dell’art.12) può aver adottato o contro i quali può essersi pronunciato nello svolgimento delle precedenti funzioni. In tale ultimo caso, particolarmente evidente appare la difficile compatibilità con il ruolo istituzionalmente svolto dall’avvocato dello Stato innanzi alla Corte costituzionale a sostegno della legittimità costituzionale delle leggi.

Sembra pertanto irrinunciabile che siano espressamente previsti, quanto meno:

i. l’individuazione della qualifica nella quale in magistrato deve essere collocato (va rammentato che nell’Avvocatura dello Stato esistono tuttora due distinte qualifiche, alle quali si accede per concorsi separati, e cioè quelle di Procuratore e Avvocato dello Stato); **ii.** le modalità di collocamento nella posizione nel ruolo dell’Avvocatura, al fine di non incidere sulle legittime aspettative di chi in Avvocatura è entrato per concorso, e sempre che non si possa optare per la (forse preferibile) creazione di in un apposito ruolo separato; **iii.** il divieto di assumere incarichi direttivi (Vice Avvocato Generale, Segretario Generale, Avvocato Distrettuale), per i quali verrebbero in evidente rilievo quelle perplessità cui sopra si faceva cenno; **iv.** precise limitazioni nella individuazione della sede di destinazione con riferimento alla Circoscrizione elettorale nella quale il magistrato è stato eletto.

Non può poi trascurarsi di evidenziare la diversità di ruoli svolti in una carica elettiva e in quella di governo (art.7) – la disposizione concerne evidentemente i soggetti non eletti, trovando diversamente applicazione le disposizioni di cui agli artt.6 e 10 -, che vede quanto meno la assenza di quella fondamentale ragione (assenza di terzietà) che giustifica la preclusione per il magistrato eletto al rientro in ruolo. Una tale differenza sembrerebbe poter giustificare, in luogo dell’automatico rinvio al regime di cui all’art.6, una disciplina intermedia.

Sfugge, infine, la ragione della diversità di regime posta dalla disciplina transitoria, che prevede per i magistrati ordinari e militari la possibilità di accedere (oltre che al Consiglio di Stato) anche alla Corte dei Conti; anche qui, in caso di opzione per l’Avvocatura dello Stato, non può poi sfuggire l’estrema delicatezza della destinazione del soggetto che ha rivestito una carica amministrativa all’Avvocatura dello Stato (si pensi, ad esempio, al sindaco che possa essere destinato, magari con incarico direttivo, all’Avvocatura Distrettuale della sede dove ha svolto l’incarico elettivo).

Ignazio Francesco Caramazza