

FENOMENOLOGIA DI UN RAPPORTO DIFFICILE
CSM, GIUDICE AMMINISTRATIVO, SEZIONI UNITE

di *Elisabetta Cesqui*

1. Il Primo presidente della Corte di cassazione / **2.** Maggiore o minore discrezionalità per il CSM dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario? / **3.** L'imprevedibile controllo del giudice amministrativo / **4.** Il Procuratore generale aggiunto della Corte di cassazione / **5.** Il Presidente aggiunto della Corte di cassazione: una repentina marcia indietro? / **6.** Il Presidente della Corte d'appello di Perugia, la porta si riapre ed un principio si consolida / **7.** Provvedimenti cautelari disciplinari e giudice amministrativo, nuovamente le Sezioni Unite / **8.** Il Procuratore della Repubblica di Perugia: sulla valutazione di merito l'ultima parola è sempre del Consiglio / **9.** La tensione può scendere, ma la questione di fondo deve essere affrontata.

1. Il Primo presidente della Corte di cassazione

All'inizio fu Carbone. La consiliatura 2006-2010 incontrò ai suoi esordi la prima delle complesse vicende che ne caratterizzarono il corso, quando dovette affrontare la nomina del primo presidente della Corte di cassazione in sostituzione di Nicola Marvulli. Uscito dalla commissione con consenso unanime, il percorso di Vincenzo Carbone verso la nomina si fece complicato quando l'accertata continuazione dell'attività d'insegnamento senza l'autorizzazione del Consiglio, anche dopo che della necessità di tale autorizzazione doveva ritenersi sicuramente consapevole, indusse in alcuni seri dubbi sulla sua adeguatezza, per la lesione del prestigio che derivava da tale non trasparente comportamento, a ricoprire il ruolo di massima rappresentanza della magistratura. L'esito dell'audizione in commissione del 26 novembre, nella quale l'aspirante era stato chiamato a chiarire la sua posizione, rese tali perplessità assai più consistenti e la seduta solenne dell'11 dicembre, alla presenza del Capo dello Stato, che doveva coronare il suo percorso verso la prima presidenza, terminò con un sorprendente voto di parità (12 a 12) che significò (proprio in conseguenza della presenza del Presidente alla seduta, che precludeva il doppio peso del voto del Vice presidente,

che si era espresso in suo favore) la bocciatura. Il ricorso al TAR contro tale delibera segnò l'ingresso del giudice amministrativo, per la prima volta, nella procedura di nomina del Primo presidente della Corte e, di conseguenza, di un membro di diritto del CSM. Non solo il suo ingresso, ma anche il suo ruolo determinante. Il TAR sospese, con provvedimento d'urgenza, l'efficacia della delibera con la quale, il 13 dicembre, il Consiglio aveva disposto la riapertura dei termini del concorso, il Consiglio di Stato annullò la sospensiva, consentendo la prosecuzione dell'esame delle nuove domande (procedura che arrivò fino all'audizione in commissione degli aspiranti), fino a quando, in aprile, il TAR¹ annullò la decisione con la quale la proposta era stata bocciata (escludendo il disvalore della mancata interlocuzione ai fini dell'espletamento dell'incarico, che sarebbe stato eventualmente onere del Consiglio interdire) e ordinò la sospensione della procedura in corso. Il Consiglio sollecitò la sospensiva del provvedimento e convenne poi di decidere la sospensiva unitamente al ricorso nel merito. Il Consiglio di Stato all'udienza del successivo 19 giugno² respinse il ricorso con una sentenza che decretò la nomina dell'originario aspirante, che fu sancita, sempre alla presenza del Capo dello Stato, nella seduta solenne del 23 luglio con la sola astensione, peraltro all'esito di una tutt'altro che facile decisione, dei componenti di Magistratura Democratica.

Anche a distanza di diversi anni lo squasso determinato da quella vicenda è ancora percepibile attraverso la mera ricostruzione della successione temporale degli eventi, allora fu acuito anche da ulteriori risvolti che investirono direttamente la Presidenza della Repubblica.³ Nell'impugnare la delibera consiliare di bocciatura, il ricorrente sollevò infatti anche obiezioni sulla regolarità delle votazione, poiché la mancata partecipazione ad essa del Presidente, che pure presiedeva la seduta, avrebbe dovuto determinare la doppia valenza del voto del Vice-presidente. La tesi era infondata, tanto che per il motivo vi fu rinuncia ancora prima della sentenza di primo grado, ma certamente irritò la Presidenza della Repubblica sino al punto che Carbone, che quale Vice-presidente della Corte di cassazione, avrebbe dovuto presenziare all'inaugurazione dell'anno giudiziario, fu indotto a desistere da tale proposito e che la strada verso la nomina finale fu in qualche modo spianata da una lettera che l'11 luglio egli inviò al Presidente Napolitano,

¹ TAR Lazio, sentenza 5 aprile 2007, n. 3036.

² Cons. Stato, sez. IV, sentenza 10 luglio 2007, n. 3893.

³ Quanto bruciasse la lacerazione del Consiglio lo si sente nelle parole del Presidente Napolitano che, intervenendo al Plenum del 6 giugno del 2007, quando ancora il contenzioso era in corso, ebbe a sollecitare la ricerca di soluzioni ampiamente condivise per la copertura imminente della presidenza del Tribunale di Roma affermando che «Occorre sottolineare con forza l'esigenza del perseguimento della massima condivisione possibile delle decisioni, non essendo fisiologico che si verifichino casi di radicale divisione che rendano impossibile, com'è accaduto, la nomina del più alto magistrato dell'ordine giudiziario».

che fu dai più (ma evidentemente soprattutto dal Presidente) interpretata come una apprezzabile manifestazione di rispetto e lealtà istituzionale. Non si è trattato, come è evidente, solo di schermaglie, di cerimoniale o di galateo istituzionale (che pure è una cosa seria), ma delle inevitabili ricadute della conflittualità giurisdizionale innestata su un passaggio cruciale della vita dell'istituzione consiliare.

Il trauma di questa vicenda è infatti del tutto incomparabile con quella che aveva visto in passato il Consiglio di Stato annullare la nomina di un Procuratore Generale⁴. In quel caso la controversia riguardava esclusivamente la procedura di nomina, non la valutazione degli aspiranti, e il CSM procedette in brevissimo tempo a rinominare lo stesso candidato che aveva scelto un anno e mezzo prima⁵.

Il grave disagio determinato dal conflitto innestato dal contenzioso fu espresso in termini chiari da Carlo Federico Grosso in un suo intervento pubblico subito dopo la decisione del TAR di annullamento della prima delibera⁶: «dalla situazione che si è venuta a creare bisogna, ora, uscire al più presto per evitare che le istituzioni interessate rischino un ulteriore appannamento della loro immagine. Già oggi il potere decisionale del CSM sembra, d'altronde, fortemente indebolito: in balia, come pare, delle interpretazioni e degli umori di un qualunque tribunale amministrativo, che può impunemente accusare le sue decisioni di "erroneo apprezzamento" delle situazioni di fatto e sancire di conseguenza il loro annullamento per eccesso di potere. Da un punto di vista tecnico la soluzione sembra, a questo punto, affidata al Consiglio di Stato, al quale è probabile che il CSM ricorra chiedendo, in via di urgenza, di annullare la sospensione del concorso decisa dal TAR. I tempi non saranno comunque brevi. E neppure è certo che la suprema magistratura amministrativa dia davvero ragione al CSM...»; con qualche sabauda ingenuità il prof. Grosso si augurava poi che una «*resipiscenza dell'interessato*» risparmiasse al Consiglio il *vulnus* istituzionale che sarebbe stato inferto dalla interferenza del giudice amministrativo e concludeva, quasi rivolgendosi al presidente Carbone con un auspicio ap-

⁴ Nell'aprile del 2000 era stato infatti nominato Francesco Favara, che aveva assunto ed esercitato le funzioni; nel novembre del 2001 il Consiglio di Stato annullò la nomina accogliendo il ricorso del dott. Antonino Leo che aveva contestato la sua esclusione dalla rosa dei candidati valutabili, perdendo il ricorso avanti al TAR. Già il 12 dicembre il CSM rinnovò a tempo di record e all'unanimità la nomina di Favara e la vicenda si concluse senza interruzione di continuità nella copertura effettiva del posto e con designazione corrispondente alla volontà consiliare già espressa nel 2000.

⁵ Cons. Stato, sez. IV, sentenza 6 novembre 2001 n. 5710, annotata da L. Salvato, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura e l'incerta sorte del conferimento degli incarichi direttivi*, in Giust. Civ. 2001 p. 3141 e ss., il quale, oltre ad esaminare il problema, ricostruisce le linee in allora della giurisprudenza amministrativa e prospetta anche possibili soluzioni.

⁶ La Stampa del 7 aprile 2007.

passionato: «non diventerà, verosimilmente primo presidente (contrariamente a quanto poi invece è accaduto NdR⁷) E anche se lo diventasse, non avrà più l'autorità e il prestigio per adempiere adeguatamente all'alto mandato. E allora perché intestardirsi nelle vie legali, danneggiando le istituzioni oltre che la propria immagine?». Se il prof. Grosso sbagliava le sue previsioni, coglieva certamente il nodo della questione istituzionale in tutta la sua gravità.

L'ipotesi di scuola della interferenza del giudice amministrativo nell'atto con il quale l'organo di rilevanza costituzionale consiliare integra, con la nomina della posizione apicale della magistratura, la sua stessa composizione, evocata come caso limite proprio da coloro che in passato avevano sostenuto la sottrazione delle delibere consiliari al sindacato del giudice, utilizzandola come argomento per escludere la natura meramente amministrativa di tali atti, non solo per la prima volta diventava realtà, ma si materializzava attraverso il condizionamento diretto della decisione finale nel senso contrario a quello originariamente deliberato dal Consiglio.

Il Consiglio di Stato nella sua decisione si pone naturalmente il problema:

«sebbene possa essere condivisa la ricostruzione proposta dall'amministrazione appellante circa la natura giuridica di atto di alta amministrazione da riconoscere alla delibera per il conferimento dell'ufficio di Primo Presidente della Corte di Cassazione, prima carica magistratuale dello Stato, non può tuttavia negarsi che ciò non può implicare la sottrazione di tale atto al sindacato giurisdizionale di legittimità e, più in generale, alla garanzia costituzionale di tutela prevista nei confronti di tutti gli atti della pubblica amministrazione ai sensi degli articoli 24 e 113 della Costituzione. In realtà, la circostanza che soprattutto in occasione della nomina di una così alta carica l'amministrazione (e per essa il Consiglio Superiore della Magistratura) eserciti un elevatissimo potere discrezionale, che non può logicamente esaurirsi nel mero riscontro da parte dei singoli candidati dei requisiti prescritti dalla legge, ma che importa articolate, delicate e talvolta addirittura sfumate valutazioni sulla stessa personalità dei candidati, sulle loro capacità organizzative, sul loro prestigio (e sul prestigio che eventualmente hanno già conferito agli uffici precedentemente ricoperti e che astrattamente sono in grado di assicurare a quello da ricoprire), limita e attenua, ma non esclude, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio di detto potere discrezionale, circoscrivendolo all'accertamento estrinseco della sua legittimità, cioè al riscontro dell'esistenza dei presupposti e

⁷ Vincenzo Carbone ha poi retto la Corte fino al 12 luglio del 2010 e l'ultimo scorcio del mandato è rimasto segnato dal coinvolgimento del suo nome nell'inchiesta giudiziaria denominata P3.

alla congruità della motivazione nonché all'esistenza del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusioni»⁸.

Tuttavia, esaminando la motivazione, si rileva come la censura della Consiglio, escludendo rilevanza significativa alle considerazioni in termini di personalità e prestigio enucleate dal contenuto dell'audizione del 26 novembre, abbia sostanzialmente contraddetto tale premessa⁹, e come sia aleatorio ed impalpabile il confine tra le «articolate, delicate e sfumate valutazioni» riservate al Consiglio ed il sindacato sulla «congruità della motivazione e sull'esistenza del nesso logico di consequenzialità tra presupposti e conclusioni».

Quella ferita non è destinata a rimarginarsi e da subito allungò la sua ombra anche sulla nomina del Procuratore Generale che doveva succedere a Mario Delli Priscoli. L'interminabile contenzioso amministrativo per la nomina del Procuratore generale aggiunto, di cui poi si dirà, non era infatti ancora risolto al momento della nomina del Procuratore Generale e ciò rendeva insuperabilmente debole Giovanni Palombarini, che per quel posto era stato designato (ma in quel momento soccombente in sede amministrativa) e che non fu infatti – fondamentalmente per questa ragione – proposto per il ruolo apicale. Venne così nominato, dopo una votazione anch'essa molto contrastata, Vitaliano Esposito, che prevalse su Salvatore Senese¹⁰.

Solo con la nomina all'unanimità, sia in commissione che in *plenum*, degli attuali vertici della Corte, si è recuperata su questo terreno la necessaria serenità, ma il problema di fondo rimane irrisolto ed è pronto a riproporsi alla prima occasione.

2. Maggiore o minore discrezionalità per il CSM dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?

Nel frattempo, proprio nell'arco di tempo in cui si snodava il contenzioso relativo alla nomina del Primo presidente, la parabola aperta dalla sospensione dell'efficacia del decreto legislativo n. 160/06 e dalle modifiche introdotte con la legge n. 269/06, stava progredendo verso la formulazione

⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 30 dicembre 2006, n. 7112; sentenza 20 dicembre 2005, n. 7216; sentenza 27 dicembre 2004, n. 8210; sentenza 2 novembre 2004, n. 7105.

⁹ Si vedano le puntuali osservazione di G. Santalucia, *Consiglio superiore della magistratura e giustizia amministrativa*, in questa *Rivista*, n. 2/2008, p. 52.

¹⁰ Anche in questo caso la seduta di *plenum*, alla presenza del Presidente Napolitano, fu tutt'altro che distesa, come testimonia l'esito contrastato della votazione e l'intervento di Livio Pepino, che lamentò una sorta di *conventio ad excludendum* nei confronti di Senese e di MD.

definitiva, con la legge n. 111/07, dell'attuale assetto di ordinamento giudiziario.

Per quanto riguarda gli uffici direttivi i cambiamenti più radicali che ridefiniscono i parametri per il corretto esercizio della discrezionalità consiliare riguardano il *superamento dell'anzianità*, che da criterio di valutazione diventa un mero requisito di legittimazione («indice dell'esperienza professionale acquisita .. [da considerare] come criterio di validazione dei requisiti delle attitudini del merito...» secondo il tenore della circolare consiliare in vigore) e la valorizzazione delle specifiche attitudini direttive.

Vediamo ogni giorno che la magistratura fa fatica a superare il modello culturale espresso dal criterio dell'anzianità e che i tentavi per restituirgli l'antica priorità si fanno sempre più insistenti, frustrando l'illusione che, una volta abbattute le riserve iniziali, il principio fosse affermato una volta per tutte. È difficile abbandonare una regola in fondo così rassicurante e non è di secondario rilievo, in questo senso, che la magistratura amministrativa, per quello che la riguarda direttamente, vi rimanga invece fortemente ancorata. Sta di fatto che proprio le decisioni nelle quali il dato attitudinale è stato dal Consiglio fortemente valorizzato rispetto all'anzianità del concorrente, hanno incontrato la reazione del giudice amministrativo e che, anche se per motivi diversi da quello della pretermissione dell'anzianità, siano stati annullate¹¹.

Anche i criteri per la valutazione delle attitudini per il conferimento dei relativi uffici sono stati oggetto di una elaborazione complessa.

Le capacità organizzative rilevano infatti sia per le valutazioni di professionalità che per il conferimento degli incarichi direttivi ed il giudizio per il conferimento di questi ultimi si fonda sul parere attitudinale specifico (art. 13, comma 1, d.lgs. n. 160/06) e sulle valutazioni periodiche di professionalità (art. 11 c. 15, ripreso dal punto 4.2 della circolare, che indica anche le altre fonti di conoscenza). L'art. 11 del d.lgs. n. 160/06 (riscritto, come gli artt. 10, 12 e 13, dall'art. 2 della legge n. 111 del 30 luglio 2007) definisce i parametri fondamentali per la valutazione della professionalità, individuandoli nei pilastri della capacità, laboriosità, diligenza e impegno, e per ciascuno dei parametri elenca gli indicatori significativi ai fini della valutazione, demandando al Consiglio la fissazione di criteri oggettivi per la loro misurazione. Per il conferimento degli incarichi direttivi, l'art. 12, comma 10, impone di valutare anche le «pregresse esperienze di direzione, organizzazione...con particolare riferimento ai risultati conseguiti.. nonché ogni altro elemento che evidenzia l'attitudine direttiva...» e, al comma 12, defini-

¹¹ Si pensi alle vicende relative alle nomine: del Procuratore della Repubblica di Perugia: Cons. Stato, sez. IV, sentenza 12 febbraio 2010, n. 797; del Presidente del Tribunale di Velletri: TAR Lazio, sentenza 16 novembre 2010, n. 33473; del Procuratore della Repubblica di Camerino: TAR Lazio, sentenza 28 aprile 2010, n. 8672; del Procuratore della Repubblica di Latina: Cons. Stato, sez. IV, sentenza 7 ottobre 2011, n. 5493.

sce anche l'attitudine direttiva in quanto riferita «alla capacità di organizzare, di programmare e di gestire l'attività' e le risorse in rapporto al tipo, alla condizione strutturale dell'ufficio e alle relative dotazioni di mezzi e di personale; è riferita altresì alla propensione all'impiego di tecnologie avanzate, nonché alla capacità di valorizzare le attitudini dei magistrati e dei funzionari, nel rispetto delle individualità e delle autonomie istituzionali, di operare il controllo di gestione sull'andamento generale dell'ufficio, di ideare, programmare e realizzare, con tempestività, gli adattamenti organizzativi e gestionali e di dare piena e compiuta attuazione a quanto indicato nel progetto di organizzazione tabellare».

Il CSM ha fatto la sua parte quanto alla normativa secondaria: le valutazioni di professionalità sono disciplinate in modo organico con la circolare n. 20691 dell'8 ottobre 2007 (modificata nel giugno del 2011 e nel luglio del 2012), mentre, per il conferimento degli uffici direttivi (dopo una prima tempestiva integrazione alla circolare n. 13000/99 che ha gettato le basi del sistema e ha consentito un'attuazione nei termini fissati dalla legge e secondo i nuovi criteri del rinnovamento della dirigenza negli anni 2007-2010), la normativa fondamentale è contenuta nella circolare sul Testo unico della Dirigenza Giudiziaria (adottata con delibera n. 19244 del 30 luglio 2010 e modificata il 7 luglio 2011). Con la risoluzione 10 aprile 2008 (ora parte integrante della circolare sul Testo unico sulla dirigenza), il CSM ha specificato, previa intesa con il ministero, come previsto dalla legge, gli indicatori dell'attitudine direttiva già delineati dall'art. 12, commi 10, 11 e 12 e, per ciascuno di essi, gli elementi che consentono di rilevarla.

Tutto questo complicato sistema non è però in grado di determinare un meccanismo che individua per ogni designazione una sola soluzione possibile e che imbriglia così profondamente la discrezionalità del Consiglio da aprire completamente la strada al giudice amministrativo che, censurandone le scelte, non si sostituirebbe mai ad esso, ma si limiterebbe ad accertare la cattiva applicazione delle regole¹².

A sfogliare la giurisprudenza amministrativa, che ad ogni piè sospinto torna a santificare la discrezionalità consiliare e a riconoscerne gli ampi spazi di manifestazione, bisognerebbe escludere che sia questo il presupposto teorico da cui parte il giudice, ma a vedere in che modo di volta in volta questi privilegia l'uno o l'altro dei parametri tratti dalla normativa secondaria, se ne trae la convinzione che di fatto il TAR ed il Consiglio di Stato si rappresentino un Consiglio cui residua un margine strettissimo di

¹² Già la Corte costituzionale, con la sentenza n. 72 del 1991 valorizza la discrezionalità consiliare quando esclude che l'adozione, per la nomina degli uffici direttivi requirenti, degli stessi criteri previsti per quelli giudicanti non viola la riserva di legge, che può dirsi rispettata «ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente verso la scelta della persona più idonea».

scelta. Un margine così stretto da mettere in discussione la ragione stessa d'essere del CSM, apparendo sproporzionato un organo di rilievo costituzionale, di rappresentanza anche parlamentare, presieduto dal Capo dello Stato, per l'esercizio in fatto di un minuscolo gradiente di discrezionalità tecnica¹³.

Che la discrezionalità sia ampia lo dice a chiare lettere la circolare alla cui applicazione così severamente il Consiglio è spesso richiamato dal giudice, non foss'altro per la molteplicità e a volte la incompatibilità reciproca di alcuni dei criteri rilevanti. Poiché valgono le attitudini direttive conta, evidentemente, l'esercizio pregresso (e positivo) di funzioni di tale natura, ma chi le ha esercitate non prevale necessariamente su chi le chieda per la prima volta, posto che, per quest'ultimo, «il giudizio prognostico sull'attitudine direttiva [è] formulato sulla base della *complessiva attività del magistrato*»; conta il «positivo esercizio di funzioni giudiziarie diverse», ma anche il «positivo esercizio, specie se in epoca non remota e per un tempo adeguato, di funzioni di identica o analoga natura rispetto a quelle dell'ufficio da ricoprire»; contano le esperienze «maturate in ambito non giudiziario», ma conta anche la costante presenza negli uffici. L'anzianità vale solo come indice di esperienza, ma il più giovane degli aspiranti determina la formazione di una fascia all'interno della quale circoscrivere la platea dei concorrenti da mettere in comparazione e comunque all'anzianità può ancora farsi ricorso quando si raggiunga una valutazione di parità con riferimento a tutti gli altri parametri. Conta sì la fascia, ma a tale regola si può derogare, per il recupero «delle *professionalità più rilevanti*», dovendosi considerare lo «*spiccatto rilievo*», inteso come «*possesso di doti attitudinali e di merito di eccezionale valenza da parte del candidato*» in sé e con riferimento alle «*peculiarità*» dell'ufficio da conferire, ragione che giustifica il superamento della fascia. Allo stesso modo la inadeguatezza o la presenza di elementi negativi degli aspiranti in fascia ne giustifica il superamento e alla regola della fascia non sono sottoposti gli aspiranti alla direzione di uffici «*caratterizzati da elementi di specializzazione* (Tribunali di sorveglianza, Uffici minorili, Procure distrettuali e Procure generali di distretti connotate da rilevante criminalità organizzata)», ma non è prevista per loro (in fascia o fuori fascia) una necessaria prevalenza sugli aspiranti non specializzati. Conta, infine, e non potrebbe essere diversamente, «*il*

¹³ V. P. Carrozza, *La collegialità della decisione e impugnabilità*, in B. Caravita (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Bari 1994, p. 112. La natura partecipata del Consiglio e la particolare funzione di amministrazione della giurisdizione che gli riserva la costituzione sarebbero di ostacolo, secondo Carrozza, ad una equiparazione di fatto dei suoi atti agli atti amministrativi in senso proprio mentre «sembra non aver alcun significato, agli occhi dei (forse) troppo solerti magistrati amministrativi, la circostanza che a svolgere tale attività sia il ministro ovvero un organo collegiale di democrazia partecipativa rigidamente separato dall'amministrazione burocratica, quale il Consiglio superiore» (p. 122).

prestigio» dell'aspirante, poiché è necessario che un dirigente non solo sia, come ogni magistrato, irreprensibile sotto il profilo dell'indipendenza, dell'imparzialità e dell'equilibrio, ma è bene anche che l'insieme di questi requisiti si trasformi in un riconoscimento percepibile nell'ambiente in cui egli opera. La valutazione del «*prestigio*», inteso come «stima acquisita all'interno e all'esterno degli uffici giudiziari di cui abbia fatto parte, oltre che per l'impegno profuso nell'esercizio dell'attività giudiziaria, per il rigore morale, per le doti di carattere e per le qualità umane», difficilmente può essere incasellata in schemi prefissati. Infine la comparazione non è solo un raffronto tra le persone e le loro storie professionali, ma la proiezione di tale confronto nella prospettiva dell'ufficio da ricoprire: «la valutazione comparativa degli aspiranti è effettuata al fine di preporre all'ufficio da ricoprire il candidato più idoneo per attitudini e merito, avuto riguardo alle esigenze funzionali da soddisfare ed, eventualmente, a particolari profili ambientali».

Lo stesso Consiglio di Stato riconosce la rilevanza di tale impostazione:

«Nemmeno può dirsi in sé contestabile il principio per cui, nel conferimento degli incarichi direttivi, l'organo rappresentativo della magistratura debba compiere la comparazione degli aspiranti in astratto, ma tenendo conto della specificità e delle esigenze del singolo ufficio da coprire: trattasi di principio più volte affermato dalla Sezione, che corrisponde a canoni di efficienza e buon funzionamento degli uffici giudiziari, dovendo essere comunque perseguito il fine della designazione del magistrato più idoneo per il singolo incarico da conferire (cfr. Cons. Stat, sez. IV, 14 luglio 2008, nr. 3513, nonché, proprio con riferimento alla Corte d'Appello di Roma, la già cit. sent. n. 6707/2009)»¹⁴.

Ma il Consiglio di Stato ribadisce tale principio proprio nella sentenza con la quale annulla la nomina del Presidente della Corte d'Appello di Roma (che si avviava a concludere il primo quadriennio di gestione di quell'ufficio), ritenendo insuperabile il dato della pregresse funzioni direttive svolte dal concorrente. Pregresse funzioni ritenute invece recessive, a fronte della comparazione globale dei contendenti, quando si è trattato di valutare il ricorso relativo alla copertura dell'ufficio di Procuratore Generale nello stesso distretto di Roma¹⁵.

Come è necessario che sia, la decisione è il risultato del bilanciamento di una molteplicità di fattori e la motivazione del provvedimento ne dovrebbe garantire la trasparenza, ma la discrezionalità riservata al Consiglio

¹⁴ Cons. Stato, sez. IV, sentenza 16 gennaio 2012 n. 120.

¹⁵ Cons. Stato, sez. IV, sentenza 1 luglio 2012 n. 3938.

è – e deve essere – assai ampia, ed il problema è quello di garantirne il corretto esercizio, non di comprimerla.

Oggi – proprio perché si è arricchita di nuove sfaccettature la professionalità del magistrato – si è (o si dovrebbe essere) affermato il principio che il Consiglio deve nominare di volta in volta la persona più adatta nell'interesse dell'ufficio che deve essere ricoperto e non la più meritevole in astratto della mostrina superiore; si è abbandonato il quasi-automatismo dell'anzianità; sicché la discrezionalità del Consiglio è aumentata rispetto al passato e, rispetto al passato, è parallelamente aumentato il contenzioso amministrativo.

Il Consiglio non sempre ha dosato bene le sue valutazioni, e su tale cattivo bilanciamento il *peso delle correnti* troppo spesso si è fatto sentire, ma, al tempo stesso, è anche vero che è più difficile, per i soccombenti, accettare l'esito infausto, che vede a volte sopravanzare il collega più giovane o che, a parità di anzianità, implica un giudizio di sopravvalenza dei valori professionali dell'altro che non si è disposti a riconoscere. Fatto sta che il contenzioso amministrativo è aumentato e che il giudice amministrativo non ha aiutato il Consiglio, con una giurisprudenza uniforme e prevedibile, ad affinare e migliorare le proprie valutazioni¹⁶.

Sembra invece essere avvenuto il contrario, e i casi qui riportati rappresentano una situazione nella quale le decisioni del giudice amministrativo

¹⁶ Con il suo intervento, al contrario, il giudice amministrativo ha corso il rischio di scardinare l'intero sistema di governo degli uffici direttivi e della mobilità, sistema pazientemente costruito dal Consiglio superiore in coerenza con l'art. 107 comma 3 Cost. e in funzione di una migliore resa del servizio. Mentre la riforma dell'ordinamento giudiziario sopprimeva la distinzione dei magistrati per qualifiche e, con la temporaneità, eliminava ogni dubbio sul fatto che quella della direzione degli uffici fosse una mera funzione e non uno *status*, il TAR prima ed il Consiglio di Stato poi, annullando la nomina del Procuratore della Repubblica di Latina, escludevano l'applicabilità ai trasferimenti c.d. "verticali" del limite triennale di permanenza nell'ufficio quale criterio di legittimazione previsto dall'art. 194 dell'Ordinamento giudiziario e così, in sostanza, riconoscevano alla magistratura un assetto piramidale e una rigidità verticale delle carriere addirittura maggiore di quello vigente ante-riforma. (cfr. TAR Lazio, sentenza 18 gennaio 2011 n. 440 e Cons. Stato, sez. IV, sentenza 7 ottobre 2011 n. 5493). Solo l'interpretazione autentica della norma in via legislativa ha impedito che tale lettura dell'art. 194 O.G., consentendo una mobilità incontrollata della dirigenza, vanificasse gli sforzi diretti a garantire agli uffici un minimo di stabilità di gestione e a consentire la designazione sulla base di progetti organizzativi che poi avessero un tempo sufficiente di sviluppo per valutarne l'effettiva realizzazione (l'art. 35, comma 3, Decreto Legge 9 febbraio 2012 n. 5 recante: «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo» precisa infatti: «Salvo quanto stabilito dall'articolo 195 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e per il conferimento delle funzioni direttive apicali di legittimità, la disposizione dell'articolo 194 del medesimo regio decreto si interpreta nel senso che il rispetto del termine ivi previsto è richiesto per tutti i trasferimenti o conferimenti di funzioni, anche superiori o comunque diverse da quelle ricoperte, dei magistrati ordinari»). Anche questo scossone deve essere inserito nella fase di fortissima tensione tra autogoverno e giudici amministrativi che andiamo descrivendo.

si sono complessivamente fatte più ondivaghe ed imprevedibili fino a legittimare l'impressione di voler intonare una sorta di controcanzone sistematico alle decisioni consiliari seguendo una lettura del nuovo ordinamento giudiziario alternativa a quella del Consiglio.

3. L'imprevedibile controllo del giudice amministrativo

È impossibile rintracciare una decisione del giudice amministrativo che, sindacando le scelte del CSM, non ribadisca preventivamente l'ampia discrezionalità di questo e i limiti ristretti del proprio intervento¹⁷, ma è altrettanto facile constatare come poi il giudice gradui a piacimento i limiti della sua valutazione, alzando o abbassando l'asticella sopra o sotto la quale si può dire che la decisione consiliare sia espressione del suo potere discrezionale e che, come tale, "impinga" (con termine raccapricciante ed usato non sempre in modo univoco) nel merito dell'azione amministrativa così da sottrarsi al sindacato giurisdizionale o quando invece sia censurabile perché irragionevole e arbitraria.

Spesso è lo stesso collegio a dare letture contraddittorie dei medesimi principi.

Valga come esempio la decisione relativa alla copertura del posto di Procuratore generale presso la Corte d'appello di Napoli. Il ricorrente, procuratore aggiunto a Napoli da quattro anni, con profonda conoscenza della situazione locale e con l'esperienza organizzativa del coordinamento della Procura distrettuale, si lamentava della prevalenza del concorrente designato, neo avvocato generale alla Procura Generale della cassazione, lontano dal merito dal 1982 e privo di esperienza in ruoli organizzativi: il TAR del Lazio, nella camera di consiglio del 6 giugno 2012¹⁸, dopo aver richiamato i principi consolidati della giurisprudenza amministrativa sulla discrezionalità consiliare e dopo avere citato un precedente arresto del Consiglio di Stato (sentenza 9 marzo 2012, n. 1351¹⁹), considera testualmente che:

¹⁷ Cfr., tra le moltissime, Cons. Stato, sez. IV, sentenza 4 maggio 2010, n. 2555.

¹⁸ TAR Lazio, sentenza 6 giugno 2012, n. 7469.

¹⁹ Questa la citazione: «le deliberazioni con le quali il Consiglio superiore della magistratura conferisce uffici direttivi e semidirettivi ai magistrati, ancorché espressione di attività amministrativa ampiamente discrezionale, non si sottraggono al sindacato giurisdizionale, quanto meno sotto il profilo dell'esistenza dei presupposti e della congruità e ragionevolezza della motivazione, nonché dell'accertamento del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusioni, fermo comunque restando il limite costituito dalla necessità che il riscontro di legittimità operabile dal giudice amministrativo non trasmodi oltre il vaglio di quei difetti degli atti stessi suscettibili di concretizzare il vizio di eccesso di potere», quindi la lettura più ampia dei poteri di sindacato tra le varie sfumature rinvenibili nella voluminosa giurisprudenza del Consiglio di Stato

«Orbene, nella presente controversia il principio giurisprudenziale testé richiamato ha sicuramente una particolare rilevanza, e fissa puntualmente il limite entro cui questo giudice deve contenere il proprio sindacato, per non trasmodare in una valutazione di merito e, così, in un difetto di giurisdizione». E prosegue: «In effetti, considerati gli articolati rilievi esposti in ricorso, ad un primo sommario esame lascia perplessi la scelta compiuta dal *Plenum*, di preferire, come più meritevole per l'ufficio *de quo*, un magistrato che da quasi trent'anni esercita funzioni requirenti di legittimità e solo in tale veste ha conoscenza dell'attuale criminalità organizzata di notoria presenza nel territorio di quella Corte d'appello; che non ha sin qui concretamente esercitato funzioni direttive, e non ha avuto impegni organizzativi prolungati (...) peraltro la motivazione addotta dalla commissione è bensì opinabile ma non incongrua e irragionevole, e non può essere annullata da questo giudice...[perché il ricorrente ha trascurato che il Consiglio ha ritenuto] che un magistrato che ha svolto per anni funzioni requirenti di legittimità e che, per di più, è stato per un notevolissimo lasso di tempo addetto al settore disciplinare della Procura generale, sempre riportando generali e significativi apprezzamenti, risulta essere la figura professionale più idonea ad indirizzare efficacemente il settore delle impugnazioni, a raccordarsi proficuamente con l'ufficio requirente di legittimità ed ad assicurare un'attività di vigilanza e di sorveglianza rispondente ai modelli normativi».

Bene, un severo esercizio di *self restraint*, forse meno di logica (e di memoria, rispetto alle previsioni di circolari che riguardano gli uffici «caratterizzati da elementi di specializzazione»); solo che la stessa Sezione, nella stessa composizione e con il medesimo relatore, il 4 luglio successivo, si è trovato a valutare il ricorso dei soccombenti rispetto alla copertura del posto di Procuratore della Repubblica a Catania. Anche in questo caso l'aspirante risultato vincitore veniva dalla Procura Generale della cassazione e anche in questo caso la premessa è costituita dalla citazione della medesima sentenza del Consiglio di Stato n. 1351/12, ma – fatto questo – il TAR non paventa, come nel caso precedente, il rischio incombente del difetto di giurisdizione, ma ribadisce invece il proprio potere di valutare la logicità e la ragionevolezza della decisione, considerazione alla quale fa seguire cinque pagine in cui si procede alla dettagliata comparazione delle rispettive competenze ed esperienze, alla valutazione della non incidenza di pregresse vicende locali, anche processuali, che avevano interessato uno dei soccombenti o della irrilevanza della brevità del periodo per cui l'altro soccombente avrebbe garantito la copertura dell'ufficio, per di più in non ottimali condizioni di efficienza fisica²⁰.

²⁰Cfr. TAR Lazio, sentenza 12 ottobre 2012, n. 8450. Con ordinanza nr. 4846 del 12 dicembre 2012, il Consiglio di Stato ha sospeso l'esecutività della sentenza consentendo la continuità nella gestione dell'ufficio.

Più di complicati sforzi esegetici, la lettura in parallelo dei due provvedimenti convince della aleatorietà di un confine stabilito con l'affermazione di principi cui seguono interpretazioni contrastanti ed imprevedibili.

Ad analoghe conclusioni porterebbe un esame più dettagliato delle decisioni nelle quali il giudice amministrativo ha riconosciuto o negato peso determinante all'anzianità, o ha privilegiato valutazioni comparative rispetto a ciascuno dei parametri rilevanti rispetto ad altre in cui ha ritenuto che la valutazione dovesse essere globale. Valgano come esempi quelli già richiamati per la nomina del Procuratore di Perugia o del Presidente della Corte d'appello della stessa città.

La storia dei rapporti tra autogoverno e giudice amministrativo è tutta segnata da un sempre riaffiorante contrasto. Difficile trovare una contrapposizione così forte e risalente che parta invece dalla condivisione in linea di principio dei principi fondamentali. Più nessuno (dalla sentenza della Corte costituzionale n. 44 del 1968 in poi) mette in discussione la sindacabilità in sede amministrativa delle decisioni del CSM e nessuno dubita che tale sindacato sia garanzia per il singolo giudice e per l'ordinamento nel suo complesso. Allo stesso modo nessuno afferma che il giudice amministrativo possa, sulla base degli stessi elementi di fatto che il Consiglio ha acquisito e in applicazione degli stessi criteri che il CSM si è dato con normativa secondaria, sostituire la propria valutazione nel merito a quella del Consiglio, né che, una volta che il giudice amministrativo rilevi il vizio della decisione per eccesso di potere, il Consiglio sia vincolato ad adottare la scelta ritenuta ingiustamente sacrificata, poiché il CSM viene reinvestito nella pienezza dei suoi poteri discrezionali.

Eppure nei fatti la situazione di disagio è forte e diventa sempre più difficile rintracciare una linea di affidabile coerenza nella giurisprudenza amministrativa.

Ne è scaturito uno scontro che è arrivato fino alle Sezioni unite.

4. Il Procuratore generale aggiunto della Corte di Cassazione

Esemplare è la vicenda della nomina del Procuratore aggiunto della Corte di cassazione, posto per il quale, in sostituzione di Mario Delli Priscoli, che era stato nominato Procuratore generale, il CSM, con un margine pur ridotto, aveva designato Giovanni Palombarini²¹. Il ricorso, presentato da tre aspiranti pretermessi, fu respinto dal TAR²², ma la decisione fu annullata

²¹ Per la ricostruzione dell'intera vicenda ed un esame acuto dei relativi provvedimenti, ma anche per interessanti indicazioni di prospettiva v. R. Finocchi, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. 7, p. 718.

²² Cfr. TAR Lazio, sentenza 13 marzo 2008, n. 2313.

dal Consiglio di Stato²³. Con questo provvedimento il Consiglio di Stato – premessa come sempre l’intangibilità dell’autonomia consiliare pur nella legittima sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo – ribadisce il carattere unitario del giudizio di comparazione tra i candidati, che non deve essere operato rispetto a ciascuno dei parametri prestabiliti (anzianità, attitudine e merito), ma che ben può risolversi «in un giudizio complessivo unitario, frutto della valutazione integrata dei requisiti sopra indicati». Fatto questo, il collegio passa poi all’esame analitico di ciascuno di essi rilevando come, in favore di Palombarini, fosse stato ingiustamente sottovalutato il dato della minore anzianità e sopravvalutato quello dell’esperienza disciplinare maturata al Consiglio superiore. Ritene poi il giudice amministrativo che si sia dato eccessivo peso all’audizione, pur non contestando che in quella sede il candidato avesse offerto un’ottima prova della conoscenza dei problemi della Procura e una chiara visione delle sue prospettive organizzative per concludere che la decisione consiliare risultava fondata su presupposti travisati e sorretta con motivazione illogica «non essendo peraltro consentito a questo giudice, pena lo sconfinamento in ambiti di valutazione strettamente riservati al CSM, intromettersi nel bilanciamento dei diversi criteri di valutazione (si da considerare, in ipotesi, detto elemento (cioè “lo spessore culturale e professionale dimostrato nel corso dell’intero iter professionale” ndr) come idoneo di per sé a giustificare la ritenuta prevalenza del dott. Palombarini), nel quale si concreta la sfera di discrezionale apprezzamento rimessa al Consiglio medesimo». Ordina perciò di rinnovare il procedimento valutativo «con esito libero, condizionato solo dalle proscrizioni conformative contenute nel giudicato medesimo».

Che tale esito non fosse poi così libero lo dimostrano i successivi tre provvedimenti con il quale il Consiglio di Stato ha accolto favorevolmente le istanze di ottemperanza del primo giudicato, nonostante il CSM per altrettante volte avesse adottato una nuova delibera, sempre favorevole al dott. Palombarini²⁴. Dalla seconda sentenza emerge con chiarezza che quello che il Consiglio di Stato censura è proprio il giudizio di eccellenza in sé espresso dal Consiglio superiore, mentre con il terzo (con il secondo si rileva solo il vizio procedurale del non rinnovato concerto) nega qualunque rilevanza

²³ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 14 luglio 2008, n. 3513.

²⁴ Questa la successione delle delibere e delle decisioni in sede giurisdizionale: (a) delibera CSM del 18 ottobre 2007, confermata dal TAR Lazio sent. 13 marzo 2008, n. 2313; annullata dal CdS con sent. 14 luglio 2008, n. 3513; (b) seconda delibera del 5 febbraio 2009 annullata con giudizio di ottemperanza relativo sempre al primo giudicato con sent. 31 dicembre 2009 n. 9296; (c) nuova delibera dell’ 11 febbraio 2010, annullata con sentenza del 6 luglio 2010 n. 4326 per mancanza del concerto; (d) quarta delibera del 15 settembre 2010, non impugnata dal ricorrente, ma annullata in sede di giudizio di ottemperanza sul primo giudicato con la sent. 27 novembre 2010 n. 8252, che ha dato luogo al conflitto di giurisdizione definito con la sentenza delle SS UU del 9 novembre 2011 n. 23302.

agli elementi sfavorevoli emersi nei confronti dell'unico ricorrente rimasto (desumibili dal fatto che era stato necessario per il nuovo Procuratore, appena insediato, riorganizzare radicalmente il settore disciplinare, fino ad allora a questi delegato). La sentenza svaluta tale considerazione perché sarebbe stata fatta emergere solo tardivamente e come un «espediente per arricchire il supporto motivazione della determinazione». Con la sua decisione il Consiglio di Stato da una parte annulla anche l'ultima delibera (non impugnata dal ricorrente, ma conoscibile dal giudice e ritenuta anch'essa elusiva del primo giudicato) e dall'altra riconosce il permanente interesse del ricorrente ad una valutazione "ora per allora" alla copertura del posto, sebbene nel frattempo fosse intervenuto il pensionamento. Il Consiglio di Stato, infine, non solo nomina il Vice presidente del CSM commissario *ad acta*, ma anticipa che «in caso di infruttuoso decorso [del termine] la Sezione si riserva di provvedere direttamente, su istanza di parte, sostituendosi all'amministrazione per l'adozione dei necessari provvedimenti».

Lo sviluppo della vicenda non poteva dimostrare in termini più chiari come già nel primo giudicato non si volesse lasciare di fatto nessuno spazio al Consiglio e che sulla reiterazione della decisione del CSM si fosse innestato un vero e proprio braccio di ferro.

Non rimaneva al Consiglio che enunciare la violazione dei limiti esterni del giudicato e ricorrere alle Sezioni unite perché la riconoscesse. Il CSM chiese infatti alla Cassazione di valutare se vi fosse stata una impropria utilizzazione dello strumento dell'ottemperanza, operando attraverso di esso valutazioni riservate al giudizio di legittimità; se la portata sostanzialmente vincolante attribuita alla propria sentenza del 2008 fosse lesiva delle prerogative del Consiglio; se infine vi fosse stato un eccesso di potere giurisdizionale nell'imporre, "ora per allora" una nuova comparazione tra candidati che ormai non erano più in servizio. Le Sezioni unite hanno ritenuto fondato e perciò assorbente il terzo motivo, ed hanno escluso in radice che vi fosse materia per l'ottemperanza²⁵.

Il nodo che la decisione si è trovato ad affrontare è quello delicatissimo dell'ambito stesso del giudizio di ottemperanza e degli affetti del giudicato amministrativo a seconda del tipo di atto oggetto di giudizio, e la lettura

²⁵ Questo il principio di diritto affermato in sentenza «La sentenza con cui il Consiglio di Stato, pronunciando su un ricorso per l'ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile (nella specie, per l'avvenuto pensionamento dei candidati concorrenti), ordina alla competente Amministrazione (nella specie, al CSM) di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento "ora per allora", al solo fine di determinare le condizioni per l'eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra Amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l'esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetta, pertanto, al sindacato della Corte di cassazione in punto di giurisdizione».

della decisione, nell'ottica dei rapporti tra CSM e giudice, ha comportato un'affermazione di principio assai rilevante perché ha riconosciuto la sindacabilità, quale violazione del limite esterno della giurisdizione, del provvedimento del Consiglio di Stato che, forzando i confini del giudizio di ottemperanza, esercitò una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo a normale giurisdizione di legittimità. Banalizzata nella prospettiva contingente dello scontro tra due ostinazioni (quella del Consiglio di Stato a bocciare Palombarini e quella del Consiglio Superiore a nominarlo nuovamente) dobbiamo dire che la sentenza ha riconosciuto che l'ostinazione sbagliata era quella del Consiglio di Stato²⁶.

La reazione del Consiglio di Stato a questa decisione si è però fatta immediatamente sentire quando, il 27 dicembre del 2011, meno di due mesi dopo, si è trovato a decidere sulla richiesta di sospensiva della sentenza che aveva rigettato il ricorso del presidente Giuseppe Consentino, risultato soccombente rispetto al presidente Paolo Vittoria, per la copertura del posto di Presidente aggiunto della Corte di Cassazione (veste nella quale Vittoria aveva presieduto le Sezioni unite proprio nel *caso Palombarini*). Prendendo le mosse dalla freschissima sent. n. 23302 il Consiglio di Stato infatti, prima ha rilevato che

«la tutela delle funzioni giuridiche soggettive dei magistrati interessati alla procedura di affidamenti di incarichi direttivi appare condizionata, nella sua completezza, dai tempi di rilascio dei provvedimenti giurisdizionali da parte del giudice amministrativo (cf. tra le altre, ord. Sez. IV, 13.12.2011 n. 5474); Considerato che, a seguito di tale arresto, è oggettivamente concreta nella controversia in esame, la possibilità che il magistrato pretermesso possa concretamente non conseguire tutte le utilità a lui spettanti nella ipotesi di esito favorevole del giudizio di merito»,

e quindi ha concesso, *inaudita altera parte*, la sospensiva, sebbene il giudizio di merito fosse già fissato per il 17 gennaio successivo²⁷.

La brevità dell'arco di tempo che separava la decisione dall'udienza di merito lascia intravedere un certo nervosismo nella reazione del Consiglio

²⁶ Dopo la sentenza delle Sezioni unite il ricorrente ha nuovamente attivato il giudizio d'ottemperanza sulla delibera del 15 settembre 2010, che avrebbe ripreso vigore dopo l'annullamento della sentenza, ma il Consiglio di Stato ha definitivamente chiuso il contenzioso dichiarando il ricorso in parte inammissibile e rigettandolo nel resto: Cons. Stato, sez. IV, sentenza 7 gennaio 2013, n. 23.

²⁷ In sede di merito il ricorso è stato accolto e la sentenza del TAR annullata (Cons. Stato sez. IV, sentenza 1 febbraio 2012, n. 486), ma, reiterata dal CSM la nomina di Vittoria il 18 aprile 2012, il Consiglio di Stato ha infine respinto il giudizio di ottemperanza proposto per l'esecuzione della sentenza n. 486, avanzato dal ricorrente che sosteneva l'elusività della nuova delibera rispetto a quel giudicato (Cons. Stato, sez. IV, sentenza 21 dicembre 2012 n. 5903). Anche questa storia può dirsi definitivamente chiusa.

di Stato e la volontà di cogliere l'occasione per annunciare un nuovo indirizzo valido per le future richieste di sospensiva.

5. Il Presidente aggiunto della Corte di cassazione: una repentina marcia indietro?

Sottoposta alla valutazione delle Sezioni unite una situazione assai simile a quella Palombarini/Siniscalchi, non più di due mesi dopo, la Corte ha fatto quasi una inversione ad «U»²⁸.

Si trattava questa volta del ricorso del presidente Giuseppe Ianniruberto (che in vero a sua tempo, dopo la prima bocciatura di Carbone, aveva fatto le spese dell'annullamento della riapertura dei termini per il concorso al posto di primo presidente, dopo aver superato una prima selezione e esposto in audizione il suo progetto organizzativo), che il Consiglio di Stato aveva ritenuto ingiustamente pretermesso rispetto al concorrente nominato, il presidente Torquato Gemelli, rovesciando la decisione del TAR²⁹. Il Consiglio di Stato accoglieva poi un primo giudizio di ottemperanza³⁰, promosso peraltro dopo il pensionamento, e, in sede di nuovo giudizio di ottemperanza, annullava anche la nuova delibera del Consiglio che, l'8 luglio 2010, aveva confermato la nomina del presidente Gemelli³¹.

Nuovamente il Consiglio sollevava conflitto avanti alle Sezioni unite e le Sezioni unite, a fronte di motivi di ricorso analoghi a quelli del ricorso Palombarini, non sono pervenute ad analoghe conclusioni. La Corte infatti non ha ritenuto di accogliere il terzo motivo (quello relativo alla inutilizzabilità del giudizio di ottemperanza in mancanza della eseguibilità concreta del provvedimento) perché sulla possibilità di una valutazione "ora per allora" anche in caso di sopravvenuto pensionamento degli interessati si era già pronunciato, nel caso di specie, lo stesso Consiglio di Stato con la sentenza n. 1715/10, non oggetto di ricorso in sede di conflitto di giurisdizione. Ha poi respinto anche gli altri due motivi, congiuntamente trattati, ritenendo che i vizi denunciati, indipendentemente dalla loro sussistenza, sarebbero comunque attinenti ai limiti interni del giudicato e perciò insindacabili avanti alle Sezioni unite. Una conclusione francamente deludente anche perché, dopo aver ribadito l'affermazione contenuta nella sentenza n. 23302/11 per la quale le Sezioni unite possono rilevare la violazione dei limiti esterni per aver il giudice amministrativo operato un giudizio di meri-

²⁸ Cass, Sez, unite, sentenza 19 gennaio 2012, n. 736.

²⁹ Cons. Stato, sez. IV, sentenza 31 luglio 2009, n. 4839.

³⁰ Cons. Stato sez. IV, sentenza 24 marzo 2010, n.1715.

³¹ Cons. Stato sez. IV, sentenza 4 marzo 2011, n. 1415.

to in un ambito riservato al mero giudizi di legittimità, sostanzialmente ne azzerava lo spazio di operatività affermando che:

«quando l'ottemperanza sia stata invocata denunciando comportamenti elusivi del giudicato o manifestamente in contrasto con esso, afferiscono ai limiti interni della giurisdizione gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato medesimo, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi dal giudicato derivanti. Si tratta, invece, dei limiti esterni di detta giurisdizione quando è posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso alla giurisdizione di ottemperanza».

Al lettore forse non adeguatamente attrezzato suona un po' come il famoso *comma 22* del film di Mike Nichols: il giudice amministrativo andando oltre i confini del giudizio di ottemperanza viola i limiti esterni del giudicato, ma in nessun caso può violare i limiti esterni del giudicato andando oltre i confini del giudizio di ottemperanza.

La ricerca di un equilibrio stabile tra poteri del Consiglio e del giudice amministrativo attraverso il potere regolatore delle Sezioni unite si mostra così impervia e difficile da percorrere anche perché ripropone la perdurante contraddizione della uniforme affermazione dei principi e della loro contraddittoria applicazione ai casi concreti.

6. Il Presidente della Corte d'appello di Perugia, la porta si riapre ed un principio si consolida

Nel febbraio del 2012 le Sezioni unite sono chiamate nuovamente a dirimere un conflitto innestato da un contenzioso su altra nomina, questa volta quella del presidente della Corte d'appello di Perugia³². Il conflitto di giurisdizione attiene in questo caso direttamente allo sconfinamento nel merito della valutazione del Consiglio di Stato e non ai limiti del giudizio di ottemperanza.

Il massimo giudice amministrativo, accogliendo il ricorso (in sede di appello avverso la sentenza del TAR³³ che aveva rigettato il ricorso del controinteressato), aveva riscontrato nell'insufficienza della motivazione gli elementi sintomatici dell'eccesso di potere ed aveva affermato il perdurante interesse alla nomina, a fini risarcitori e di «*ricostruzione della carriera*»³⁴.

³² Cfr. Cass. Sezioni unite, sentenza. 28 marzo 2012, n. 3622

³³ TAR Lazio, sentenza 22 giugno 2010, n. 19874.

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, sentenza 28 marzo 2011, n. 1880.

Non vi poteva infatti più essere un interesse alla copertura effettiva del posto perché, pendente l'impugnativa davanti al TAR, questo era stato nuovamente messo a concorso (per essere stato nominato il vincitore Presidente della Corte d'appello di Napoli) o l'originario soccombente non aveva partecipato al nuovo bando. Il vincitore era stato giudicato prevalente in ragione della pluralità delle esperienze a fronte della più completa e lunga permanenza dell'altro nelle funzioni d'appello, ma il Consiglio di Stato, «salve – come è ovvio – le ulteriori determinazioni che l'Amministrazione assumerà» ha escluso la ritenuta prevalenza del «complessivo percorso professionale» del primo potesse farlo prevalere sulla «*maggior esperienza specifica*» dell'altro. Le Sezioni Unite hanno rigettato il ricorso, ritenendo che il sindacato del giudice amministrativo si fosse mantenuto nei limiti della verifica della logicità della motivazione (e che in tale chiave ed entro tali limiti fossero stati richiamati i profili essenziali delle professionalità dei candidati) ma, mostrando di voler proseguire il ragionamento avviato con la sentenza n. 23302 del 2011, ha riaffermato il principio della sindacabilità delle decisioni del giudice amministrativo

«per motivi inerenti alla giurisdizione quando detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito riservata all'amministrazione, compia una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quell'amministrazione, cos' esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso».

Ma più che la riconferma di un principio già più volte definito, è interessante riportare i termini con cui la Corte disegna la linea di demarcazione tra sindacato per difetto di motivazione, in quanto sintomatico dell'eccesso di potere, e sostituzione del giudice amministrativo nella valutazione propria del CSM:

«occorre allora riuscire a cogliere la linea di discriminazione - talora sottile, ma mai inesistente - tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute. Altro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa. Un conto è stabilire quali criteri di valutazione l'amministrazione intende privilegiare nel compiere una certa scelta, a quali elementi essa intende dare maggior peso ed a quali un peso minore o come ritiene di dover temperare i

primi con i secondi, altro conto e motivare la concreta applicazione di quei medesimi criteri nel caso concreto. L'insindacabilità della valutazione discrezionale dell'amministrazione ad opera del giudice non esclude che sia invece sindacabile una motivazione che non consenta di comprendere i criteri ai quali quella valutazione si è ispirata o che, peggio ancora, manifesti illogicità o la contrarietà della loro applicazione alla fattispecie concreta».

Se il discrimine è sottile, è necessario perciò che l'illogicità o la contraddittorietà emergano in modo incontrovertibile (quella palese irragionevolezza ed abnormità tanto volte richiamata, ma non sempre osservata dal giudice amministrativo³⁵) e che, una volta ribadita la necessità di una valutazione complessiva dei vari parametri che tenga conto della combinatoria dei singoli fattori e delle caratteristiche dell'ufficio di destinazione, il giudice amministrativo si determinasse in costante adesione a tali criteri³⁶.

Rimane sempre ferma la necessità che la decisione del giudice amministrativo non pregiudichi in alcun modo «le ulteriori determinazioni che l'Amministrazione assumerà», secondo la clausola di stile richiamata dal Consiglio di Stato.

Sul punto, le Sezioni unite tornano una terza volta, radicando – questa volta incontrovertibilmente – il principio affermato dalle stesse sezioni unite nella sentenza n. 23302/11. A seguito della sentenza del Consiglio di Stato n. 1880/12, il vincitore del ricorso amministrativo, agiva in ottemperanza di tale giudicato ed il Consiglio di Stato accoglieva la richiesta nominando un commissario *ad acta*³⁷.

Sollevato nuovo conflitto di giurisdizione sul giudizio di ottemperanza da parte del CSM, le Sezioni Unite³⁸ hanno riaffermato con decisione il principio già affermato dalla sentenza n. 23302/11 ed hanno escluso che possa costituire oggetto del giudizio di ottemperanza un'attività diversa dalla nuova valutazione da parte del Consiglio, finalizzata alla effettiva copertura del posto, poiché il giudicato,

³⁵ V. tra le molte Cons. Stato, sez. IV, sentenza 30 ottobre 2009, n.6707.

³⁶ Come invece non è avvenuto, ad esempio, per la nomina del Procuratore della Repubblica di Perugia nella sentenza del 12 febbraio 2010 n. 797, già richiamata alla nota 11).

³⁷ Cons. Stato sez. IV, sentenza 2 febbraio 2012, n. 611. Il commissario *ad acta* è individuato nel Primo presidente della Corte di Cassazione, che veniva perciò posto nella inedita posizione di esecutore della decisione del giudice amministrativo ed in chiara incompatibilità con quella di Presidente delle Sezioni Unite della Corte che si sarebbero potute trovare nella condizione di sindacare la medesima sentenza che doveva essere eseguita lo stesso giudicato di ottemperanza. Come si è visto il giudizio vanti alle Sezioni unite era in realtà già pendente, per il conflitto sollevato con riferimento alla decisione di merito, e l'udienza era fissata per il 14 febbraio, dato che era sicuramente conosciuto dal giudice amministrativo. La nomina non poteva non essere interpretata che come un atto di sfida.

³⁸ Cass. Sezioni unite, sentenza 28 gennaio 2013, n. 1798.

«lasciando espressamente impregiudicate “le ulteriori determinazioni che l’amministrazione assumerà”, ha annullato l’atto con esiti ad ampio spettro purché coerenti con il permanente interesse del dott. Santoro, ma non ha imposto affatto al giudice dell’ottemperanza di disporre una riedizione del potere valutativo per l’incarico attribuendone gli interventi strumentali al commissario *ad acta*, volta che tale potere, ed il suo esercizio commissariale, sussiste solo e fino a quando l’incarico sia ancora conferibile” dovendo l’esecuzione essere “prioritariamente preordinata alla realizzazione della causa tipica del provvedimento amministrativo cui la pubblica amministrazione sia vincolata dal precedente giudicato” – o tutt’al più al risarcimento del danno previsto dai commi quarto e quinto dell’art. 112 cod. proc. amm. – e non ridursi allo scopo di porre le premesse perché il ricorrente possa conseguire le utilità economiche connesse ad un superiore (ma affatto virtuale. Perché ormai non più effettivamente conseguibile) inquadramento in organico»³⁹.

7. Provvedimenti cautelari disciplinari e giudice amministrativo, nuovamente le Sezioni unite

Già nel 2010, mutando orientamento rispetto a quanto fatto fino ad allora, la sezione disciplinare del Consiglio aveva deciso che, in caso di provvedimento cautelare o di sanzione che comporti il trasferimento d’ufficio, fosse la sezione disciplinare ad individuare la sede di destinazione e non, come in passato, la competente commissione consiliare. La sezione motivava ampiamente sulle ragioni di tale *révirement*⁴⁰, ma il magistrato, così trasferito da Bari a Matera, aveva fatto ricorso sia al TAR che alle Sezioni unite della cassazione; le Sezioni unite⁴¹ avevano confermato la correttezza della scelta della sezione disciplinare.

Quando analogo provvedimento è stato nuovamente adottato il 17 maggio del 2012⁴² nei confronti dell’incolpato, con il suo trasferimento dalla Direzione nazionale antimafia al Tribunale di Tivoli, l’interessato ha proposto ricorso avanti alle Sezioni unite ma, al contempo, ha impugnato avanti al TAR del Lazio sia il provvedimento che la circolare del Consiglio sui trasferimenti. Il TAR del Lazio, *inaudita altera parte*, il 22 maggio del

³⁹ In ogni caso poi (in un clima più disteso) il ricorso è stato dichiarato improcedibile. Il Consiglio di Stato ha ritenuto infatti che l’inserimento nel fascicolo personale del vincitore della sentenza n. 1880/11, della sentenza di ottemperanza n. 611/12 e del provvedimento conclusivo, nonché l’inserimento nell’anagrafica del vincitore della menzione della annotazione «vincitore del concorso quale Presidente della Corte d’appello di Perugia», costituisse adeguata esecuzione del giudicato (Cons. Stato, sez. IV., Sentenza 27 giugno 2012, n. 3800).

⁴⁰ CSM ord. 16 dicembre 2010 n. 184.

⁴¹ Cass. Sezioni unite, sentenza 5 luglio 2011, n. 19566.

⁴² CSM ord. 17 maggio 2012 n. 62.

2012, ritenendo irreparabile e grave il danno che sarebbe conseguito all'esecuzione dell'atto impugnato, ha accolto la domanda di sospensiva, in consapevole e diretto contrasto con la decisione delle Sezioni unite adottata con sentenza n. 19566/11. La sospensiva veniva poi revocata, su istanza del Consiglio, unificandone la decisione con il merito. Si è evitato così un conflitto inedito tra provvedimento amministrativo e decisione giurisdizionale, peraltro in una delicatissima situazione nella quale il magistrato disciplinarmente incolpato era indagato penalmente per corruzione in atti giudiziari. Mentre il TAR – da una parte – sollevava questione di legittimità costituzionale degli artt. 13 e 22 del decreto legislativo che regola il procedimento disciplinare, nell'interpretazione ad essi data dalla sezione disciplinare e dalle Sezioni unite, il Consiglio Superiore ha investito le Sezioni unite della questione di giurisdizione. Le Sezioni unite hanno ritenuto irrilevante, ai fini della propria decisione, la questione di legittimità costituzionale così sollevata, hanno ribadito la competenza esclusiva del giudice disciplinare e conseguentemente quella della giurisdizione ordinaria in sede di impugnazione⁴³.

La Corte costituzionale non ha al momento fissato il ricorso, ma, attraverso il duplice intervento della revoca della sospensiva e della decisione delle Sezioni unite, la questione sembra ormai ricondotta su binari più naturali.

8. Il Procuratore della Repubblica di Perugia: sulla valutazione di merito l'ultima parola è sempre del Consiglio

La strada segnata dalle Sezioni unite con la sentenza n. 23302/11 segue indicazioni chiare e di esse il giudice amministrativo mostra di tenere conto.

Recentemente, definendo un contenzioso avviatosi nel 2008, il Consiglio di Stato è arrivato a conclusioni diametralmente opposte a quelle cui era pervenuto reiterando l'accoglimento dell'istanza di ottemperanza nel caso Palombarini.

Con delibera del 16 luglio 2008, il CSM aveva nominato il nuovo Procuratore della Repubblica di Perugia e la nomina era stata impugnata da altro collega, con una anzianità di oltre 10 anni maggiore del concorrente e con pregresse esperienze di direzione di procure di piccole dimensioni. Il TAR prima⁴⁴ ed il Consiglio di Stato poi⁴⁵ avevano accolto il ricorso. Il 9 giugno 2010 il CSM aveva nuovamente nominato lo stesso aspirante ed il TAR, in

⁴³ Cass. Sezioni unite, sentenza 28 novembre 2012, n. 21112.

⁴⁴ TAR Lazio, sentenza 1 aprile 2009, n. 3483.

⁴⁵ Cons. Stato, sentenza 16 febbraio 2010, n. 797, più volte richiamata in questo scritto.

sede di ottemperanza, aveva annullato anche questa seconda delibera. Il Consiglio non aveva impugnato la sentenza, ma, dandovi esecuzione, proceduto ad una nuova valutazione degli aspiranti pervenendo, il 27 luglio 2011, ad una terza decisione, favorevole sempre al primo vincitore. Ancora una volta il soccombente aveva fatto ricorso al TAR impugnando la delibera e chiedendo l'esecuzione del precedente giudicato. Investito di entrambe le questioni il Consiglio di Stato⁴⁶ ha respinto il ricorso in ottemperanza, ritenendo che, nel rinnovare la valutazione, il Consiglio superiore non avesse eluso il giudicato, ma avesse proceduto «ad approfondita rivalutazione degli elementi caratterizzanti in modo più pregnante la posizione dei due magistrati in comparazione». Leggendo la motivazione sembra di ripercorrere quella della sentenza Palombarini vista attraverso un negativo fotografico. Dove nella prima sentenza di era detto che non potevano prendersi in considerazione elementi non considerati nelle fasi precedenti, qui, pur ribadendo il divieto al “nuovo” ingresso di tematiche non valutate, si afferma che

«il vincolo discendente dal giudicato non può spingersi sino ad impedire la rivalutazione e l'approfondimento di elementi che, seppure già tenuti presenti, in quanto riferibili al curriculum vitae del magistrato “comparato” nelle precedenti deliberazioni, non erano stati adeguatamente posti in luce o valorizzati nella loro interezza».

Dove si era detto che elementi ritenuti non decisivi non potevano essere riconsiderati, si afferma:

«laddove la sentenza di cognizione abbia escluso la “non decisività” di alcuni elementi ciò non significa che ne sia preclusa in assoluto ogni futura considerazione. Significa unicamente che essi non possono spiegare una valenza di natura decisiva al fine di ritenere integrato un dato parametro, colmato un *deficit*, *etc.*; non implica invece che gli stessi, se pur assumendo la valenza di elementi di “contorno”, non possono essere tenuti in considerazione dall'Amministrazione, laddove essi siano aggiunti ad altri».

Dove si era detto, sostanzialmente, che una valutazione complessiva di prevalenza fondata sul maggiore spessore culturale non poteva fare aggio sui singoli segmenti di professionalità in comparazione, si afferma:

«Tale complessiva valutazione .è stata considerata, con un'articolazione che non appare elusiva del giudicato – capace di bilanciare più che abbondantemente il profilo della pregressa esperienza direttiva in capo al controinteressato...».

⁴⁶ Cons. Stato, sez. IV, sentenza 22 gennaio 2013, n.356.

Ma, al di là degli argomenti, e della curiosa specularità con la sentenza n. 8252/10, quello che conta è il principio che viene affermato.

Si riconoscono i limiti del giudizio di ottemperanza come fissati dalle Sezioni unite e la possibilità del Consiglio di rinnovare la propria valutazione in termini di merito ed attitudini, conservando ampia discrezionalità, limitata inderogabilmente solo dalla impossibilità di rimettere in discussione punti specifici sui quali il giudice amministrativo si sia pronunciato:

«salvo in caso, invero non del tutto frequenti, di “giudicato puntuale”, che precluda la valutazione di un elemento (in quanto espressamente ritenuto neutro, in conferente *etc.*) nei casi di difetto di motivazione per così dire “ordinario” – come quello all’esame del Collegio – impedire una simile opera rivalutativa comporterebbe la vanificazione dell’effetto “restitutorio”: non potendo pretendere in esame elementi “nuovi” (in quanto degli stessi era stata omessa la valutazione, seppure esistenti, in quanto ignoti, ritenuti inutili, *etc.*) e neppure potendo procedere a riesaminare quelli già delibati, appare di solare evidenza che il “*remand*” verrebbe privato di ogni utile funzione».

Viene così smentita l’ansia alla sollecita esecuzione dei giudicati amministrativi caldeggiata da una parte della magistratura. Quando il Consiglio ha buone ragioni per difendere le proprie scelte (e questa dovrebbe essere la regola) deve avere la costanza e l’umiltà di rinnovare le valutazioni una o più volte, ma – se le buone ragioni hanno fondamento – esse dovranno alla fine essere riconosciute anche in sede contenziosa e non potranno essere frustrate da *dictat* esecutivi.

9. La tensione può scendere, ma la questione di fondo deve essere affrontata

Dal caso Carbone al 2012 la corda dei rapporti tra CSM e giudice amministrativo sui temi dell’autogoverno, si è fatta particolarmente tesa, come abbiamo visto, sotto più fronti.

Non è estraneo a ciò il fatto che a presiedere il Consiglio di Stato fosse Pasquale De Lise, che dal 2005 al 2008 era stato anche presidente del TAR Lazio (al quale solo, a partire dalla legge n. 74/90, compete in via esclusiva il giudizio di primo grado avverso i provvedimenti riguardanti i magistrati ordinari) e che è stato indubbiamente portatore di una linea giurisprudenziale non tenera con il Consiglio⁴⁷.

⁴⁷ Se ne ha un’eco diretta nel discorso in occasione della relazione annuale sull’attività della giustizia amministrativa, tenuto – in assenza preannunciata e polemica del Primo presidente

Con la presidenza del cons. Giancarlo Coraggio (insediatosi il 19 aprile del 2012 e dal novembre successivo giudice della Corte costituzionale), i rapporti si sono fatti più distesi, ma la posta in gioco rimane alta poiché lo specifico tema del rapporto tra autogoverno dei giudici ordinari e giustizia amministrativa si iscrive nel più ampio quadro della ridefinizione dei rapporti tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, in un processo che ha visto quest'ultima ampliare enormemente la propria competenza esclusiva sui diritti soggettivi e gli interessi risarcitori e parallelamente maturare una crescente insofferenza nei confronti della posizione di supremazia della cassazione civile in sede di risoluzione dei conflitti (supremazia peraltro esercitata con grande - e forse eccessiva - cautela, fino a spingere qualche commentatore a parlare di timidezza).

Supera l'oggetto di questo intervento, e la finalità descrittiva che esso si propone, affrontare le prospettive di superamento di tale assetto attraverso l'attribuzione della risoluzione dei conflitti ad un collegio in composizione mista che comprenda Consiglieri di stato e della Corte di cassazione, ma si inquadra in questa più ampia problematica (ed in qualche modo cerca di favorire una soluzione che vada in questa direzione) la proposta, una volta intrapresa la strada del "giudice misto", di affidare ad un collegio in tale composizione non solo la soluzione delle questioni di riparto giurisdizionale, ma anche di impugnazione sui provvedimenti del Consiglio, e magari di decisione in appello sulle sanzioni disciplinari del Consiglio (in alternativa o quale forma di realizzazione di un giudice disciplinare unico per tutti i magistrati)⁴⁸.

Si tratta di soluzioni che potrebbero avere un senso nell'ambito di una costruzione complessiva dell'unitarietà della giurisdizione, che estenda anche al giudice amministrativo, nella stessa ampiezza e consapevolezza, le prerogative di autonomia ed indipendenza (in coerenza con i più ampi spazi di giurisdizione sui diritti soggettivi), propri del giudice ordinario, compresa una radicale separazione tra la funzione giurisdizionale e quella consultiva. Cominciare al contrario, partendo dalla unificazione del momento di-

della Corte di cassazione – in data 1 febbraio del 2012 dal presidente De Lise: «E' ormai definitivamente acquisito che, entro il principio di unità della giurisdizione inteso in senso non organico ma funzionale, il giudice amministrativo è giudice ordinario delle situazioni soggettive attribuite alla sua cognizione...se vi un'idea che ho ripetuto costantemente e che non mi stancherò mai di ribadire è quella della necessità di un dialogo istituzionale costruttivo con i colleghi della giurisdizione ordinaria, avendo presente che l'ordinamento si fonda sulla cooperazione tra i poteri. Dispiace molto, invece, dover rilevare come, anche di recente, alcune pronunce sia del Consiglio di Stato che della Cassazione si siano poste in distonia con tale esigenza».

⁴⁸ Se ne fa cenno nel discorso del Presidente De Lise, sopra richiamato, e la questione ha formato anche oggetto di un convegno del Consiglio Superiore, *Riformare il giudice disciplinare dei magistrati?*, Roma 12 dicembre 2011, i cui atti sono pubblicati nel Quaderno del CSM n. 158.

sciplinare, o comunque dalla materia consiliare, sembra un modo piuttosto bizzarro di procedere verso l'unificazione.

In ogni caso, il tema di un profondo ripensamento del sistema di controllo giurisdizionale delle decisioni del CSM è ormai più che maturo per essere posto all'attenzione degli operatori qualificati (che constatano quotidianamente l'impossibile raggiungimento di un punto di equilibrio affidabile) e, se necessario, di un legislatore con qualche seria ambizione riformatrice.

Sono possibili alcuni rimedi, già prospettati in passato, quando si sollecitò il potere regolamentare del Consiglio verso l'adozione di atti di indirizzo, che esplicitassero, vincolando indirettamente il giudice amministrativo, le "politiche" che ispiravano la propria discrezionalità⁴⁹, come si è suggerito di dare rilievo formale alle audizioni, di redigere una motivazione finale all'esito del dibattito di *plenum*, destinato proprio a far emergere gli scarti qualitativi tra gli aspiranti, di adottare motivazione più stringate. Potrebbero essere rimedi idonei, ma sempre di rimedi si tratterebbe.

Sono anche state prospettate possibili alternative all'attuale sistema di controllo, proponendo di riservare al giudice ordinario la decisione dei ricorsi avverso le decisioni del Consiglio sulle nomine e i trasferimenti d'ufficio dei magistrati o di assegnare tale competenza ad un collegio che in qualche modo replicasse la composizione mista del consiglio, o al Consiglio di Stato in unico grado⁵⁰.

Ma è forse il momento di considerare la soluzione della limitazione del sindacato del giudice amministrativo alla violazione di legge, con l'esclusione dell'eccesso di potere, e di valutare la sua praticabilità a legislazione invariata. Tale soluzione era stata prospettata in passato (è richiamata in tutti gli scritti che sono fino ad ora citati), ma è stata fatta oggetto di approfondimento in un recente volume di Luca Geninatti Satè che la rimedita in una nuova prospettiva⁵¹.

Partendo dal rilievo che gli atti del Consiglio sono adottati in attuazione non di una funzione amministrativa ma di una attribuzione costituzionale⁵², poiché le funzioni «non sono assegnate dalla legge per il perseguimento di un interesse pubblico dalla stessa individuato, ma sono state attribuite dalla costituzione per l'attuazione dei principi e delle regole da essa stabiliti in

⁴⁹ Cfr. P. Carrozza, cit., p. 127.

⁵⁰ Cfr. L. Salvato, cit., p. 3145, G. Santalucia, cit., p. 47, che richiama le proposte provenienti dallo stesso Consiglio contenute nelle relazioni al parlamento per il quadriennio 1986/90, in quella per il 1991 e nella bozza della relazione, poi non varata, per il quadriennio 1994/98, a dimostrazione di quanto risalente e radicato sia il problema ed al tempo stesso il disagio.

⁵¹ Si tratta di Luca Geninatti Satè, *Il ruolo costituzionale del CSM e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Torino, Giappichelli 2012.

⁵² *Ivi*, p. 140.

materia di autonomia e indipendenza della magistratura»⁵³, e dalla constatazione che la giustiziabilità dei provvedimenti del CSM (principio acquisito e non discusso) trova la sua radice nell'art. 24 Cost., ma non necessariamente nell'art. 113, Geninatti avvia una riflessione non sulla *giustiziabilità*, ma sui *limiti* di questa. La rottura del nesso tra giustiziabilità e necessaria natura amministrativa dell'atto, tra art. 24 e art. 113 Cost., consente tale separazione.

Infatti il principio della giustiziabilità discende dall'art. 24 Cost., come diritto del singolo alla tutela dell'interesse violato e dall'art. 105 Cost., che sottopone gli atti del Consiglio alla legge di ordinamento giudiziario e quindi implica la necessità di un controllo sulla conformità, ma non dall'art. 113 Cost., che riguarda la tutela contro gli atti della PA in senso proprio. Il giudice della legalità dell'atto è il giudice amministrativo, ma il giudice dell'incorretto esercizio di un'attribuzione costituzionale è la Corte costituzionale in sede di risoluzione del conflitto di attribuzione, alla quale il singolo magistrato dovrebbe rivolgersi.

La costruzione logica è lineare: gli atti del Consiglio, per la funzione che la costituzione attribuisce ad esso⁵⁴, non sono equiparabili agli atti della pubblica amministrazione in senso proprio; per il principio del 105 Cost., essi devono essere adottati in conformità alla legge sull'ordinamento giudiziario e l'art 17 della legge n.195/58 prevede la loro ricorribilità per violazione di legge, ma poiché essi non sono per ciò solo riconducibili nell'ambito dell'art. 113 Cost., il sindacato del giudice amministrativo deve essere limitato alla violazione di legge, con esclusione della rilevanza di tutti quei profili che costituiscono elementi sintomatici dell'eccesso di potere.

È una strada la cui percorribilità deve essere assolutamente considerata.

La storia del contenzioso amministrativo, specie con riferimento al conferimento degli incarichi direttivi, è quasi autodimostrativa della impossibilità di raggiungere una effettiva corrispondenza tra i principi enunciati e la loro applicazione in concreto. Il confine tra non condivisione nel merito della deliberazione consiliare ed individuazione in essa di uno dei vizi sintomatici dell'eccesso di potere che ne consentono il ribaltamento è inevitabilmente impalpabile e questo facilita la proiezione sul giudice amministrativo delle stesse ombre di possibile etero-direzione – intesa come incidenza sulla decisione di fattori non rilevabili dal contenuto della stessa – che tante

⁵³ *Ivi*, p. 134.

⁵⁴ «La qualificazione del CSM come organo di garanzia della autonomia e dell'indipendenza della magistratura, progressivamente elaborata dalla dottrina e con il tempo riconosciuta anche dalla giurisprudenza costituzionale, comporta che i compiti assegnati al Consiglio stesso dalla Costituzione appartengono alla categoria delle attribuzioni costituzionali»; *ivi*, p. 151.

volte sono state avanzate nei confronti delle decisioni del Consiglio superiore.

Lo stesso intervento delle Sezioni unite in sede di risoluzione del conflitto di giurisdizione si è dimostrato insufficiente ed inadeguato a definire i limiti in modo tale che essi siano inequivocabilmente ed incontrovertibilmente tracciabili nel caso concreto.

Il problema non è quello di decidere se è meglio il giudice ordinario o quello amministrativo o se il giudice amministrativo sia il riparatore degli scempi consiliari o il sabotatore delle sue decisioni.

Occorre *ricostruire un sistema* coerente delle ripartizioni delle competenze e dei poteri rispettoso dell'architettura e delle prerogative costituzionali. Decisioni motivate, assunte su una base conoscitiva completa, devono essere sindacabili davanti al giudice, senza pregiudicare l'autonomia decisionale nell'ambito delle competenze che gli discendono dall'art. 105 Cost. E non bisogna dimenticare che, per stare all'impianto costituzionale, l'art. 103 Cost. non presidia l'autonomia e l'indipendenza della magistratura amministrativa con la stessa forza con la quale l'art. 104 Cost. riconosce ed impone alla magistratura ordinaria l'indipendenza da ogni altro potere e l'appartenenza ad un ordine autonomo. Il fatto che la composizione del Consiglio di Stato sia in parte di nomina governativa, che di nomina governativa sia il Presidente, che non sia previsto un organo di autogoverno nella composizione e con le prerogative previste per il Consiglio superiore non diminuisce minimamente l'autorevolezza di quel consesso, ma lo colloca in una orbita diversa rispetto a quella della magistratura ordinaria nelle dinamiche gravitazionali del sistema costituzionale.

Si tratta allora non di negare, ma di valorizzare, la discrezionalità consiliare accentuandone la responsabilizzazione rispetto alla corretta attuazione dei principi costituzionali di autonomia ed indipendenza, ma anche di governo effettivo della politica di amministrazione della giurisdizione.

Il presidente della Repubblica ha avuto ben presente il problema dell'eccessiva estensione del sindacato del giudice amministrativo e, dopo aver premesso che la percezione di logiche spartitorie incrementa il contenzioso amministrativo, ha però ricordato, con parole al cui peso niente può aggiungersi, che:

«la Corte costituzionale (Corte costituzionale, sentenza 8 febbraio 1991, n.72) ed il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sentenza 10 luglio 2007, n. 3893) hanno affermato che l' "elevatissimo potere discrezionale" attribuito al Consiglio superiore deve limitare ed attenuare il sindacato giurisdizionale sulle sue scelte. Si tratta di un elevatissimo potere discrezionale che discende anche dal fatto che al Consiglio superiore è affidato in via esclusiva il compito di assicurare il difficile equilibrio tra garanzie dei singoli magistrati ed efficacia della funzione giudiziaria. Alle condivisibili affermazioni di principio debbono seguire – non escludendosi anche appositi interventi normativi – applicazioni

coerenti da parte della giustizia amministrativa, tali da evitare un improprio sindacato che lede il potere decisionale del Consiglio Superiore. È a tal fine anche opportuno che il Consiglio eviti di adottare deliberazioni ancorate a criteri troppo rigidi che determinino una sensibile attenuazione dell'esercizio del suo potere discrezionale»⁵⁵.

La strada che indica Napolitano è perciò quella del contenimento, se necessario anche per via normativa, del sindacato del giudice amministrativo e di un recupero di discrezionalità da parte del Consiglio, non di una schematica rigidità fatta di microregole e sottocriteri che consegnerebbe al primo il totale controllo sull'operato del secondo.

⁵⁵ Intervento al *plenum* del Consiglio del 12 febbraio 2012. Ma richiamando le parole di Napolitano del febbraio del 2012, non si può non aver presente la recentissima lettera inviata al Vice presidente Vietti il 6 febbraio del 2013, con la quale, lamentando la lentezza e i ritardi nelle decisioni di nomina dei direttivi e dei semidirettivi, ha, senza esplicitarlo, posto nuovamente in primo piano il problema dell'incidenza delle dinamiche spartitorie sui tempi e sui contenuti delle decisioni del CSM. In questo senso il messaggio è stato recepito e così rilanciato anche sulla stampa (v. l'intervento di V. Zagrebelky sulla stampa del 7 febbraio, 2013, con valutazioni francamente sommarie). L'influenza delle correnti sulle nomine, non meno di quella esercitata esponenti politici sui componenti laici, costituisce un problema, ma non è l'oggetto del presente scritto. Sarebbe un errore imperdonabile pensare che la soluzione al problema, che c'è, possa essere quella di affidare la discrezionalità, passando in sede contenziosa, al giudice amministrativo. Serve un Consiglio più consapevole e più responsabile, non più remissivo.