

LA PROSPETTIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

di *Gabriele Fiorentino*

La riforma dell'Ordinamento giudiziario del 2006, e l'attuazione regolamentare che il Consiglio superiore ne ha realizzato, hanno fortemente orientato la disciplina degli incarichi di dirigenza giudiziaria e - più in generale della carriera dei magistrati - nel senso della svalutazione di ogni ordine gerarchico, dei vincoli formali e degli automatismi astratti, privilegiando l'esercizio di una discrezionalità ampia ed indirizzata alla più efficace soluzione del caso concreto, in un contesto di temporaneità e circolarità delle esperienze.

Il giudice amministrativo, nella sua indispensabile opera di interpretazione e applicazione delle regole nelle singole vicende contenziose, ha lasciato trasparire un approccio culturale non sempre neutrale rispetto al merito dei temi in discussione, finendo per proporre un modello alternativo di ricostruzione del percorso professionale, del senso e della natura degli incarichi direttivi e semidirettivi

1. Il punto di vista del giudice amministrativo

Non occorrono particolari giustificazioni dell'affermazione del ruolo fondamentale che, nell'articolazione delle regole formali e sostanziali di selezione della dirigenza giudiziaria, riveste l'elaborazione giurisprudenziale operata dal giudice amministrativo nel contenzioso originato dalle singole procedure di conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi.

Tale elaborazione, articolata, naturalmente, attraverso l'esame dei casi concreti sottoposti a giudizio, consente tuttavia di isolare alcune linee interpretative ricorrenti, che talvolta appaiono coerenti nel definire un vero e proprio profilo "culturale" dell'approccio del giudice amministrativo alla materia.

In una dialettica non sempre coerente, lineare e serena¹ il controllo giurisdizionale sulle deliberazioni dell'organo di governo autonomo della magistratura, soprattutto – ma non solo, come si vedrà - con riferimento al profilo di illegittimità dell'eccesso di potere, pur nella varietà delle questioni e nella diversità delle soluzioni, lascia intravedere alcuni percorsi ricostruttivi omogenei improntati ad una visione non neutrale della natura e della giustificazione degli incarichi di dirigenza giudiziaria.

Nella sostanza, a fronte di ben precise ed esplicite scelte culturali operate da legislatore con la riforma dell'ordinamento giudiziario, e di un ormai risalente e consolidato percorso regolamentare posto in essere dal Consiglio superiore secondo coordinate strategiche altrettanto nette, il TAR del Lazio ed il Consiglio di Stato hanno finito talvolta per rappresentarsi quali portatori di una propria autonoma rappresentazione ideologica dell'Ordinamento giudiziario, spesso contrapposta, più o meno consapevolmente, orientato le proprie scelte interpretative.

Saranno nel prosieguo esaminate alcune vicende che, a parere di chi scrive, esemplificano adeguatamente il ruolo non neutrale di orientamento e contrapposizione culturale che il giudice amministrativo ha talvolta obbiettivamente assunto.

Si tratta di vicende in cui il giudicante si è fatto portatore di un modello di organizzazione giudiziaria, e perfino di magistratura, alternativo a quello che il Consiglio, con le decisioni impugnate, cercava di promuovere: si tratta di un modello improntato ad una maggiore burocratizzazione, ad una più rigida organizzazione gerarchica, a una verticalizzazione della carriera più attenta alla tutela delle aspirazioni individuali secondo modelli formali di considerazione ordinata delle esperienze e dei titoli, con parallela decisa svalutazione dei profili attitudinali e degli aspetti di funzionalità organizzativa integrata, secondo un atteggiamento di generale diffidenza nei confronti della responsabilità e delle funzioni del governo autonomo.

Non si vuole, con questa analisi, giustificare aprioristicamente la bontà delle singole scelte operate dal Csm in tutte le occasioni; si intende ricavare il percorso logico che, indipendentemente dalle nomine specifiche, ha guidato il giudice amministrativo nel vagliare la legittimità delle delibere

2. La vicenda dell'art. 194 Ordinamento giudiziario e la carriera dei magistrati

La vicenda relativa al contenzioso in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 194 dell'Ordinamento giudiziario è probabilmente la più

¹ Da subito occorre fare richiamo in materia all'ampia e documentata ricostruzione operata da E. Cesqui, *Fenomenologia di un rapporto difficile: Csm, giudice amministrativo, sezioni unite* in questa *Rivista* n. 6 2012, p. 11 e ss

significativa nella storia recente, per l'ampiezza e la generalità delle sue ricadute sistematiche ed il suo valore di impostazione culturale generale .

Come è noto, dell'art. 194 del R.D. n. 12 del 1941 stabilisce che «*il magistrato destinato, per trasferimento o per conferimento di funzioni, ad una sede da lui chiesta, non può essere trasferito ad altre sedi o assegnato ad altre funzioni prima di tre anni dal giorno in cui ha assunto effettivo possesso dell'ufficio, salvo che ricorrano gravi motivi di salute ovvero gravi ragioni di servizio o di famiglia*».

La norma, quindi, impone il requisito di legittimazione della permanenze triennale nel posto attualmente ricoperto, prima di chiedere il trasferimento ad altra funzione. Essa è applicata dal Consiglio superiore nelle procedure di tramutamento ordinario, così come in quelle finalizzate alla selezione attitudinale della dirigenza giudiziaria.

Nel 2010 un magistrato che esercitava funzioni semidirettive ed era stato escluso dal concorso per il conferimento di un incarico direttivo proprio per non aver maturato il termine triennale di esercizio delle funzioni in atto, ha proposto ricorso al TAR del Lazio denunciando l'illegittimità delle decisione.

Il TAR del Lazio, con la sentenza n. 440/2011 ha accolto il ricorso ed ha annullato la deliberazione del Csm, affermando il principio di diritto per cui il vincolo discendente dall'art. 194 Ordinamento giudiziario è applicabile solo ove sia richiesto un trasferimento "orizzontale", cioè a funzioni "equiordinate" rispetto a quelle esercitate; al contrario, ove il concorso sia riferito a funzioni "superiori" il limite non può essere imposto.

L'interpretazione proposta, secondo il TAR, risponde ad una ben precisa ragion d'essere: *"Invero, il trasferimento di sede o l'assegnazione a funzione equiordinata alla precedente risponde primariamente all'aspirazione del magistrato ad ottenere una nuova collocazione che egli ritiene per sè più soddisfacente, donde la prevalenza del pubblico interesse, sotteso appunto alla norma dell'art. 194 cit., a che sia previamente assicurata una determinata continuità della sua attività nella sede o nella funzione in atto.*

Viceversa, nel passaggio a funzioni superiori emerge in primo luogo l'interesse pubblico a che la loro copertura sia disposta tramite selezione dei più meritevoli candidati in possesso dei requisiti professionali prescritti, interesse rispetto al quale, quindi, l'applicazione della preclusione temporale contemplata dall'art. 194 si porrebbe in evidente dissonanza." La prevalenza dell'interesse pubblico, secondo il giudice imporrebbe di considerare il trasferimento officioso e, pertanto, non soggetto al vincolo della norma citata.

L'appello proposto dal Csm è stato respinto dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5493/2011.

Il percorso argomentativo seguito dal giudice amministrativo contiene una serie di affermazioni e considerazioni relative a temi generali di rilievo

sistematico molto più ampio della specifica questione risolta, interpellando la impostazione culturale complessiva della struttura delle funzioni della magistratura.

Gli snodi argomentativi principali utilizzati, in via di sintesi, con ulteriori corollari di cui incidentalmente si dirà, possono essere enucleati nelle seguenti fondamentali affermazioni:

- Le funzioni attribuite ai magistrati sono collegate ad *“un ordine, se non gerarchico, quanto meno funzionale, ma disposto in senso univoco, in modo tale da attribuire maggiore rilevanza all’incarico in rapporto alla sempre maggiore ampiezza di attribuzioni, di oneri e compiti e di conseguenti responsabilità”*, cosicché deve ritenersi che *“non sia venuta meno una fondamentale, ma si potrebbe anche dire implicita ed ineludibile, diversificazione degli incarichi secondo una ben precisa scala progressiva di valore”*;

- *“I trasferimenti per assegnazione a funzioni superiori, con maggiori responsabilità rispetto a quelle precedentemente ricoperte, appartengono all’ambito degli atti organizzativi individuali disposti dall’amministrazione al fine di soddisfare propriamente l’interesse pubblico, mentre quello esclusivo del dipendente diviene recessivo e secondario”* cosicché devono essere ricondotti alla disciplina per i trasferimenti di ufficio, cui non sarebbe applicabile l’art.194 Ordinamento giudiziario.

A tali affermazioni si aggiunge la considerazione di sistema finale per cui *“argomentando diversamente, da un lato, si frustrerebbe la necessità dell’amministrazione di giovare delle migliori professionalità nell’ambito degli uffici di maggior rilievo, dall’altro, verrebbe lesa, per lo spazio di tempo indicato, l’aspettativa del magistrato ad una collocazione di maggior prestigio e responsabilità”*.

La sentenza 5493/2011 del Consiglio di Stato – sul punto riformando la diversa opinione del TAR in primo grado – ha riconosciuto che il nuovo assetto ordinamentale della magistratura ordinaria, introdotto con la riforma del 2006, *“abbia trasformato il ruolo dei dirigenti degli uffici, spostando l’attribuzione di incarichi direttivi dal conferimento di uno status permanente al mero esercizio di una particolare funzione temporanea”*.

Ha inoltre preso atto che l’attuale ordinamento giudiziario non contempla più la distinzione dei magistrati in qualifiche, sostituendola con la successione delle progressive valutazioni di professionalità, ed ha così eliminato la progressione in carriera, prevedendo una procedura speciale ed autonoma per il conferimento degli incarichi direttivi, *“fondata su un complesso di distinte valutazioni operate sui singoli pretendenti in possesso al minimo di una base di professionalità comune, come conseguita nelle diverse fasi della carriera”*.

Cionondimeno, secondo il Consiglio di Stato, è ancora possibile ravvisare l’esistenza di ordine univoco di rilevanza degli incarichi in relazione *“alla sempre maggiore ampiezza di attribuzioni di oneri e*

compiti spettanti e conseguenti responsabilità”, “secondo una ben precisa scala progressiva di valore”. Tale ordine si esprime in “rapporti di sovraordinazione tra uffici, al fine della salvaguardia di beni di rango costituzionale (quali l’applicazione uniforme della legge, l’uniformità della sua interpretazione, ecc.)”.

La differenziazione dell’ordine di valore tra i diversi incarichi, che non si fonda tanto sul riferimento alla individuazione di “gradi” delle funzioni indicati dall’art. 10 del d.lgs 160/2006, è “conseguenza dell’organizzazione del sistema giudiziario stesso”, che impone quindi “una correlazione tra gli uffici giudiziari che si articolano secondo canoni di sovraordinazione, e la direzione degli stessi”.

Ora, non è necessario nella presente sede spendere soverchie argomentazioni per dimostrare come le valutazioni del giudice amministrativo si pongano in stridente e diretto contrasto con le elaborazioni compiute in sede di governo autonomo, sulla base, peraltro, della evoluzione normativa della disciplina dell’ordinamento delle funzioni esercitabili dai magistrati ed il conseguente percorso professionale.

Cardine fondante della materia è l’art. 107 della Costituzione per cui “i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni”.

La disciplina dell’Ordinamento giudiziario introdotta dalla legge 111/2007 che ha modificato le previsioni del d.lgs 160/2006, esecutivo della delega di cui alla legge 150 del 2005, ha perseguito l’obiettivo della piena applicazione dei principi di autonomia ed indipendenza della giurisdizione², eliminando ogni “ordine” burocratico nel percorso professionale dei magistrati che realizzasse una gerarchia di valore tra le funzioni, orientato in termini di “carriera”.

In proposito il decreto legislativo n. 160/06 descrive puntualmente e distintamente all’art. 10, comma 2, le funzioni, distinguendo analiticamente le une dalle altre e catalogandole come giudicanti³ oppure come requirenti⁴.

² La legge 111/2007 ha corretto il sistema della progressione per qualifiche, sostanzialmente reintrodotta dalla legge delega del 2005, che secondo quanto si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge presentata alle Camere il 30 luglio 2007, rimodellava il sistema “secondo i canoni di uno schema obiettivamente dissonante rispetto al sistema costituzionale vigente” (rel. cit p. 7), perché riproponeva una organizzazione secondo un ordinamento gerarchico articolato in una carriera con caratteristiche burocratiche sulla base di una progressione verticistica.

³ “di primo grado, di secondo grado e di legittimità; semidirettive di primo grado, semidirettive elevate di primo grado e semidirettive di secondo grado; direttive di primo grado, direttive elevate di primo grado, direttive di secondo grado, direttive di legittimità, direttive superiori e direttive apicali”.

⁴ “di primo grado, di secondo grado, di coordinamento nazionale e di legittimità; semidirettive di primo grado, semidirettive elevate di primo grado e semidirettive di secondo grado; direttive di primo grado, direttive elevate di primo grado, direttive di secondo grado, direttive di coordinamento nazionale, direttive di legittimità, direttive superiori e direttive apicali”.

Su altro piano, gli artt. 45 e 46 d.lgs 160/2006 hanno introdotto la temporaneità degli incarichi direttivi e semidirettivi, accentuando la natura di “servizio” della funzione di direzione dell’ufficio giudiziario e vieppiù sottolineando la configurazione costituzionale della magistratura quale ordine non strutturato gerarchicamente ed all’interno del quale i magistrati si distinguono soltanto per funzione.

Espressione di tale inequivoca scelta culturale del legislatore è anche l’esplicita abrogazione, con il comma 20 dell’art. 4 della legge 111/2007 dell’art. 193 Ordinamento giudiziario che disciplinava “*l’assegnazione di sedi per promozione*”, istituto che non ha più cittadinanza nell’attuale impianto professionale della magistratura.

Così, al contrario di quanto affermato dal Consiglio di Stato, secondo la opzione culturale prescelta dal legislatore, la salvaguardia di valori di sicuro rilievo istituzionale “*quali l’applicazione uniforme della legge o l’uniformità della sua interpretazione*” non possono essere più perseguiti attraverso la “*articolazione organizzativa della struttura giudiziaria*” e quindi con “*rapporti di sovraordinazione tra uffici*”, perché tale sistema potrebbe minare il principio di indipendenza “interna” del magistrato prescritto dalla Costituzione. Tali obiettivi sono piuttosto affidati in senso ampio, agli strumenti di verifica complessiva dell’adeguatezza professionale di tutti i magistrati – indipendentemente dalle funzioni ricoperte -, ed in maniera più specifica dal ruolo di nomofiliachia affidato alla Corte di cassazione.

Oltre che sul piano sistematico astratto, la soluzione offerta dal giudice amministrativo solleva insuperabili ostacoli di ordine operativo. La sentenza 5493/2011, così come la sentenza del TAR 440/2011 che era pervenuta ad analoghe conclusioni in primo grado, non contiene infatti alcuna indicazione concreta circa il criterio da utilizzarsi per ricostruire in termini di progressione di carriera le diverse funzioni esercitabili dai magistrati.

Nel tentativo di individuare un criterio discrezionale suscettibile di orientare la valutazione di superiorità di alcune funzioni rispetto ad altre il TAR citava proprio “*l’art. 10 del d.lgs 5 aprile 2006, n. 160*”, che utilizza, ai fini della loro distinzione, il concetto di “*gradi differenziati*”. Da tale affermazione sembrerebbe doversi desumere che l’ordinamento delle funzioni della magistratura ordinaria “*secondo una ben precisa scala progressiva di valore*”, ad opinione del giudicante, seguirebbe il criterio per il quale le funzioni di primo grado sono sottordinate rispetto a quelle di secondo grado che a loro volta soccombono rispetto a quelle di legittimità.

Nello stesso contesto argomentativo, d’altra parte, il TAR Lazio faceva riferimento alla “*intrinseca natura (delle funzioni n.d.r.), differenziandosi talune di esse per la maggiore o minore ampiezza di compiti, di*

responsabilità, di poteri, etc., rispettivamente inerenti". In termini analoghi nella sentenza del Consiglio di Stato si riferisce maggiore rilevanza all'incarico sulla base della "*sempre maggiore ampiezza di attribuzioni, di oneri e compiti spettanti e di conseguenti responsabilità.*"

Tale valutazione sembrerebbe ricollegarsi al giudizio finale riferito al caso di specie secondo cui "*nella specie si verte in ipotesi di passaggio da funzioni di grado inferiore (semidirettive) a funzioni di grado superiore (direttive)*". Seguendo tale impostazione dovrebbe invece ritenersi che le funzioni direttive siano in ogni caso sovraordinate rispetto a quelle semidirettive che, ovviamente, prevarrebbero rispetto a quelle prive di poteri e responsabilità di direzione.

Nella motivazione della sentenza di primo grado si trova pure l'osservazione che "*la stessa circostanza che per il conferimento delle diverse funzioni sia richiesto il possesso di più o meno elevati livelli di valutazione della professionalità costituisce, a sua volta, chiaro indice del maggiore o minore rilievo delle funzioni medesime*".

Esaminando, invece, il combinato disposto degli artt. 10, 11 e 12 del d.lgs 160/2006, in cui è contenuta la descrizione delle funzioni esercitabili dai magistrati, emerge per esempio che per le funzioni non direttive di legittimità di consigliere di Corte di cassazione è richiesta una valutazione di professionalità superiore a quella necessaria per aspirare ad un posto direttivo di primo grado (ad es. presidente di tribunale), ma equivalente a quella richiesta per ottenere un posto semidirettivo di secondo grado di merito, come presidente di sezione di Corte d'appello. Allo stesso modo, proseguendo negli esempi, per svolgere le funzioni requirenti non direttive di sostituto presso la Direzione nazionale antimafia occorre una valutazione di professionalità inferiore a quella necessaria per assumere il ruolo non direttivo di sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione o quello semidirettivo di Avvocato generale presso la Corte d'appello, ma superiore a quella utile per divenire procuratore della Repubblica presso il tribunale -incarico direttivo-.

Emerge in definitiva che ogni criterio indicato dal giudice amministrativo di primo e secondo grado nelle decisioni relative alla controversia per categorizzare e per ordinare in termini crescenti i diversi possibili ruoli dei magistrati conduce a conseguenze eterogenee e contraddittorie⁵

⁵ È impossibile, in sostanza, nell'ordinamento vigente individuare un criterio sicuro per affermare, ad es., in che ordine dovrebbero essere collocati su una ipotetica scala di valore i ruoli direttivi, assegnatari di poteri e responsabilità di organizzazione, di presidente del tribunale o procuratore della Repubblica, rispetto a quelli di giudice di legittimità, che pur privo di alcun rilievo di direzione o potere ulteriore rispetto alla gestione del proprio ruolo, esercita una giurisdizione funzionalmente più ampia. Oppure chi debba essere considerato "sovraordinato", tra un incarico semidirettivo di secondo grado, ed uno direttivo in primo grado

Getta una luce in qualche modo rilevatrice della origine “culturale” dell’orientamento interpretativo espresso dalla giurisprudenza citata la circostanza che la sentenza del TAR Lazio n. 440/11 - su questo punto non riformata dalla decisione del Consiglio di Stato -, per confortare la sua determinazione richiama in parallelo anche una sua stessa pronuncia n. 1333/09, adottata con riferimento ad una controversia relativa all’assegnazione di un posto direttivo appartenente alla giurisdizione amministrativa.⁶

La tesi della esistenza nell’ambito dell’Ordinamento giudiziario di una progressione di carriera gerarchicamente ordinata ha costituito per TAR e Consiglio di Stato il presupposto per qualificare come officiosi i trasferimenti che comportino l’assegnazione di “*funzioni superiori*” in quanto collegati ad un preminente interesse pubblico⁷. Conseguentemente è stato ritenuto inapplicabile il vincolo di legittimazione triennale di cui all’art. 194 Ordinamento giudiziario perché riferibile esclusivamente ai trasferimenti a domanda⁸.

L’indirizzo interpretativo inaugurato dalle sentenze fino ad ora commentate ha trovato immediato seguito con la pronuncia n. 9061/2011

⁶ La decisione riguardava l’attribuzione delle funzioni di presidente aggiunto del Consiglio di Stato e negava l’esistenza di un vincolo di permanenza minimo nelle precedenti funzioni esercitate dall’aspirante alla nomina, sulla base della natura di progressione in carriera attribuita al mutamento richiesto. E’ evidente, d’altra parte, la non assimilabilità delle fattispecie, iscrivendosi la decisione da ultimo citata nel sistema ordinamentale proprio della magistratura amministrativa che è regolato con sue peculiarità distinte rispetto a quello della magistratura ordinaria - per l’applicazione dell’art. 107 Cost. alla sola magistratura ordinaria cfr. Corte Cost. ord 21 dicembre 2001 n. 434.

⁷ Sulla base di un indirizzo giurisprudenziale diffuso, ma mai incontrovertito, discutibile ed ormai datato secondo cui la distinzione tra il trasferimento d’ufficio e trasferimento a domanda deve essere ricercata “*nel diverso rapporto che intercorre nelle due ipotesi tra l’interesse pubblico e l’interesse personale del dipendente, per cui nel primo caso il trasferimento del dipendente è reputato indispensabile per la migliore realizzazione dell’interesse pubblico, mentre nel secondo caso è solo riconosciuto compatibile con le esigenze amministrative. Se quindi sono casi di trasferimento di autorità quelli in cui è l’amministrazione ad avere necessità di una diversa specifica dislocazione del personale, è certamente d’ufficio il trasferimento che ha luogo al fine di soddisfare propriamente l’interesse pubblico, quale è il caso di “assegnazione a funzioni superiori, o spiccatamente diverse o di maggiore responsabilità rispetto a quelle precedentemente ricoperte”* (ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2002, n. 6920; id., 27 novembre 2000 n. 6279; id., 12 dicembre 1997 n. 1435; id., 24 maggio 1995 n. 353, Adunanza plenaria, 13 maggio 1994 n. 5).

⁸ Il tema dell’applicabilità ai trasferimenti di ufficio dell’art. 194 Ordinamento giudiziario, sulla base della sua *ratio* e del tenore letterale costituisce altra questione oggetto di un vivace contenzioso non ancora del tutto definito, relativo alla interpretazione consiliare che ha generalizzata ed esteso il vincolo di legittimazione triennale ad ogni tipo di tramutamento. Dopo pronunce di contenuto alterno (nei sensi opposti si rammentano TAR Lazio, 7 novembre 2012 n. 9984, e TAR Lazio 11 luglio 2012 n. 8229), la questione sembra avviata a soluzione, anche a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 35, comma 3 del D.L. n. 5/2012 di cui si dirà nel prosieguo del testo (cfr. Cons. Stato, sez IV, 14 maggio 2013 n. 3535), anche se con dubbi di legittimità costituzionale della norma per lesione del principio dell’affidamento (TAR Lazio ord. 21 marzo 2013 n. 2952).

del TAR del Lazio, che ha annullato la delibera con cui il Consiglio superiore aveva escluso dalla selezione concorsuale per il conferimento dell'incarico direttivo di procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minorenni, un magistrato che non aveva maturato il termine di permanenza triennale nelle funzioni in atto al momento della domanda, di sostituto procuratore generale .

La decisione non contiene alcun elemento di novità in termini di enunciazioni in diritto rispetto alle precedenti di cui ha fatto pedissequa applicazione; d'altra parte non si specifica in essa, ancora una volta, quale sia il criterio pratico di misura del "valore" delle funzioni che ha condotto a ritenere che le funzioni direttive di primo grado siano "superiori" a quelle non direttive di secondo.

Sul tema, infine, è intervenuto il legislatore con l'art. 35 del d.l. n. 5 del 2012 che, all'evidente scopo di risolvere ogni controversia interpretativa suscettibile di manifestarsi in relazione all'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 194 Ordinamento giudiziario ha stabilito, con effetto retroattivo, quale deve intendersi essere l'ambito precettivo della norma, prevedendo che *"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."*

Il giudice amministrativo ha infine preso atto del rinnovato contesto interpretativo.⁹

3. Le attitudini direttive

Ulteriori vicende giurisprudenziali che, esorbitando dall'ambito della specifica vicenda contenziosa assumono un rilievo significativo di un più generale atteggiamento culturale del giudice amministrativo non sempre in sintonia con gli orientamenti promossi dal Consiglio superiore della magistratura attengono più specificamente alla materia della declinazione concreta delle regole - parametri criteri, indicatori – che governano le scelte relative al conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi.

L'analisi dettagliata delle regole, la loro dimensione ed effettiva portata precettiva non saranno oggetto della presente trattazione, in cui ci si limiterà piuttosto a sottolineare specifici aspetti , nella dimensione attribuita dall'organo di governo autonomo, e nella lettura operata dal giudice amministrativo, che, rilevando nelle singole vicende procedimentali quali meccanismi di preferenza per la scelta del candidato più idoneo, finiscono

⁹ Cfr. TAR Lazio 23 gennaio 2013 n. 3833/2013

per incidere in maniera determinante sulla definizione delle finalità della selezione e sul modello di dirigente giudiziario che ci si propone di perseguire.

Il profilo su cui hanno più pesato le diversità di approccio generale è sicuramente quello che attiene agli aspetti del bagaglio professionale di ciascun magistrato rilevanti ai fini del riconoscimento delle attitudini direttive necessari a garantire l' idoneità al conferimento dell'incarico.

Come è noto la legge di riforma dell'Ordinamento giudiziario ha fortemente inciso sui meccanismi di individuazione della professionalità dei dirigenti, sostanzialmente obliterando il criterio dell'anzianità che in passato aveva costituito il principale meccanismo di reclutamento, ed incentrando il giudizio sul bagaglio professionale. A mente dell'art. 12 del D.lgs n. 160/2006, nel testo sostituito dalla L. 111/2007, al comma 10, *“per il conferimento delle funzioni di cui all'articolo 10, commi 7, 8, 9, 10 e 11 (cioè: funzioni semidirettive giudicanti e requirenti di primo grado, funzioni semidirettive giudicanti e requirenti di secondo grado, funzioni semidirettive giudicanti elevate di primo grado, direttive giudicanti e requirenti elevate di primo grado) oltre agli elementi desunti attraverso i pareri dei Consigli giudiziari, sono specificamente valutate le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo nazionale, con particolare riguardo ai risultati conseguiti, i corsi di formazione in materia organizzativa e gestionale frequentati nonché ogni altro elemento, acquisito anche al di fuori del servizio in magistratura, che evidenzia l'attitudine direttiva.”*. Al successivo comma 11, è ripetuta analoga disposizione per le funzioni di cui all'articolo 10, commi 14, 15 e 16¹⁰ (cioè: funzioni direttive giudicanti e requirenti di legittimità, funzioni direttive superiori giudicanti e requirenti di legittimità, funzioni direttive apicali giudicanti e requirenti di legittimità), per i quali è richiesto inoltre il pregresso svolgimento di funzioni di legittimità per almeno quattro anni. Il comma 12, infine, riferisce l'attitudine direttiva *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*

¹⁰ Le disposizioni dei commi 10 e 11 dell'art. 12 secondo il loro tenore letterale, sembrano ignorare, non richiamandoli espressamente, gli incarichi direttivi giudicanti e requirenti di secondo grado di cui al comma 12 dell'art. 10. Il Consiglio nell'attuazione regolamentare ha riferito anche a tali figure i criteri e gli indicatori elaborati con riferimento alla generalità degli incarichi direttivi. Il giudice amministrativo ha sostanzialmente condiviso tale opzione, valutando le procedure di conferimento dei posti apicali di secondo grado secondo i medesimi parametri, pur talvolta individuando nella specificità dei posti di Capi di corte d'appello la giustificazione di una possibile – ma non esaustivamente esaminata – differenza normativa (cfr. TAR Lazio 22 settembre 2009 n. 9098 e Cons. Stato, sez IV, 13 aprile 2010 n. 3266)

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". Con la risoluzione del 10 aprile 2008, adottata previa intesa con il Ministro della giustizia, sono stati definiti gli indicatori dell'attitudine direttiva. Quanto all'anzianità, si raggiunto l'approdo interpretativo ormai consolidato secondo cui *"con la riforma dell'ordinamento giudiziario è stata esclusa la rilevanza dell'anzianità quale parametro di valutazione anche in relazione al conferimento degli uffici direttivi. Il periodo trascorso dal conferimento delle funzioni giudiziarie conserva valore solo in termini di "indice dell'esperienza professionale acquisita. Invero, la durata della positiva esperienza professionale rileva come criterio di validazione dei requisiti delle attitudini e del merito, dei quali attesta la costanza e la persistenza e perciò lo specifico valore"* (T.U. dirigenza giudiziaria par. 2).

La circolare contenente il Testo unico della dirigenza giudiziaria del 2010, che ha assorbito tutti i testi regolamentari in materia, elenca così una serie di indicatori da considerarsi nella valutazione comparativa dei candidati, quali articolazioni di merito del giudizio complessivo di idoneità, che ha come criterio guida la finalità 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"* (par. 4, T.U. citato). Non è prevista, cioè, tra i numerosi profili attitudinali astrattamente rilevanti una graduatoria di priorità, essendone la definizione affidata alla valutazione delle specificità di ciascun caso concreto, secondo l'apprezzamento che l'organo di governo autonomo della magistratura riterrà di operare.

La correttezza della scelta discrezionale non potrà – quindi - essere verificata secondo un apparato di regole vincolanti nel merito, ma attraverso l'esame metodologico della coerenza, correttezza completezza e non contraddittoria o illogicità della motivazione. Tralasciando nella presente sede il fondamentale tema di principio del rapporto tra la discrezionalità dell'organo di governo autonomo della magistratura e l'estensione del controllo di legittimità del giudice amministrativo¹¹, preme evidenziare come, dal punto di vista concreto e sostanziale, l'intervento del giudice amministrativo si sia dispiegato in termini non sempre neutrali, rispetto ad alcune scelte di fondo assunte dal Consiglio superiore con riguardo alle priorità tra gli aspetti professionali ritenuti rilevanti nella

¹¹ Estraneo agli scopi della presente trattazione, per quanto inscindibilmente logicamente connesso, per il cui approfondito esame si rinvia a E. Cesqui, *Fenomenologia di un rapporto difficile: Csm, giudice amministrativo, sezioni unite* cit.

valutazione comparativa degli aspiranti per il conferimento di incarichi semidirettivi e direttivi.

Il filone di contenzioso maggiormente rivelatore dell'approccio "culturale" del giudice amministrativo alla materia è, probabilmente, quello relativo alla valutazione delle pregresse esperienze direttive o semidirettive di un candidato, nella comparazione con altro aspirante privo di tale titolo. La risoluzione del 10 aprile 2008 (poi recepita integralmente nel recente Testo unico sulla dirigenza del 30 luglio 2010), ha individuato in merito all'attitudine direttiva una pluralità di "indicatori", senza peraltro stabilire alcuna graduazione della loro valenza. Specificamente, in relazione alla "capacità di organizzare e programmare l'attività", accanto alle "*Esperienze di direzione ed organizzazione desunte dallo svolgimento, effettivo o vicario, di funzioni direttive, semidirettive o di coordinamento disposizioni tabellari o di gruppi di lavoro*" vengono indicate le "*Esperienze di collaborazione nell'attività di direzione e/o organizzazione*", le "*Esperienze di organizzazione del lavoro giudiziario*", le "*Esperienze di direzione, organizzazione e collaborazione maturate in ambito giudiziario*". "*Risultano così valorizzate le singole esperienze professionali denotanti particolari propensioni alla direzione ovvero all'organizzazione, collegate o disgiunte dalla titolarità di incarichi direttivi o semidirettivi*" (cfr. risoluzione 10 aprile 2008 cit.). Nel riaffermare ed accentuare la natura di "servizio" della funzione dirigenziale, la nuova disciplina ha dunque inteso valorizzare ogni esperienza professionale che, pur se formalmente non riconducibile a posizioni di vertice, tenuto conto dei risultati ottenuti nello svolgimento di attività e di compiti di organizzazione dell'ufficio e del lavoro, denoti una specifica propensione alle funzioni e al ruolo di direzione. La giurisprudenza amministrativa è consolidata nell'affermare che l'omesso svolgimento di funzioni direttive o semidirettive non può costituire un aspetto dirimente assoluto per il conferimento di uffici perché, altrimenti si perverrebbe a precludere la nomina di taluno o a consentire la nomina, nei procedimenti ove vi sia almeno un aspirante titolare o che sia stato titolare di incarico di analoga natura, solo a quel determinato candidato, "*quasi si trattasse di una sorta di riserva o di mobilità orizzontale, il che non può essere. Tale ragionamento di porrebbe in contrasto con le finalità della disciplina di riferimento, diretta alla selezione del magistrato << più idoneo per attitudini, merito ed anzianità, avuto riguardo alle esigenze da soddisfare ed, eventualmente, a particolari profili ambientali>>*" (tra le tante Cons Stato, sez IV, 3 aprile 2012, n. 2295). D'altra parte, ove si voglia fare prevalere il candidato sprovvisto della pregressa esperienza specifica, sussiste un obbligo di motivazione

rafforzato dell'esistenza di elementi concreti di prevalenza, specificamente individuati ed approfonditamente valutati¹².

Su queste premesse, tuttavia, l'esame dei casi specifici induce a prendere atto come l'obbligo di motivazione rafforzata sia stato quasi mai ritenuto soddisfatto dal giudice amministrativo¹³, che ha finito per rendere difficilmente superabile in concreto la prevalenza attitudinale derivante dalla pregressa esperienza direttiva o semidirettiva.

Così, tra gli altri, nella recente sentenza n. 2824 depositata dal Consiglio di Stato, sez. IV, il 24 maggio 2013, relativa al conferimento dell'incarico di Presidente del tribunale di Velletri, rispetto ad un candidato che era stato semidirettivo nello stesso tribunale, è stato ravvisato il vizio di motivazione della delibera che aveva fatto prevalere altro aspirante per cui la prognosi attitudinale era fondata su esperienze organizzative, specificamente illustrate, presso la Corte di cassazione e, soprattutto, sulla attività prestata, per numerosi anni, alla segreteria generale della presidenza del tribunale di Roma, dettagliatamente descritta negli atti del procedimento¹⁴.

Per la nomina a Procuratore aggiunto presso la Procura di Roma, il giudice amministrativo (Cons. Stato sez IV, 27 ottobre 2011 n. 5749) ha affermato l'illogicità della delibera consiliare che faceva prevalere un magistrato che, nella medesima procura – unica per dimensioni nel panorama nazionale – , si occupava da lungo tempo del coordinamento di un importante settore organizzativo interno, rispetto ad altro candidato che aveva, diversi anni prima, esercitato funzioni direttive in una Procura di dimensioni molto inferiori.

Nella vicenda definita in primo grado dalla sentenza del TAR del Lazio del 12 ottobre 2012 n. 8450, relativa al concorso per il conferimento dell'incarico di Procuratore presso la Procura della Repubblica di Catania, non è stato sufficiente per giustificare la prevalenza su candidato che aveva esercitato funzioni semidirettive requirenti l'articolata esposizione delle esperienze maturate dal nominato di coordinamento di indagini su importanti fenomeni criminali nazionali ed internazionali, il contributo – specifico e documentato - alla organizzazione dell'ufficio di procura in cui gaveva precedentemente operato nonché presso la Procura generale della

¹² Tra le tante, Cons Stato, sez IV, 12 gennaio 2011, n 126; Cons Stato, sez. IV, 15 febbraio 2011 n. 3507; Cons Stato , sez IV 16 gennaio 2012 n. 120 sent. 120/2012.

¹³ Salvo rarissimi casi, tra i quali si deve citare l'impugnazione della delibera di nomina del Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma in Cons. Stato, sez IV, 1 luglio 2011 n. 3939

¹⁴ Singolare appare in motivazione l'osservazione secondo cui l'attività prestata dal magistrato presso il segretariato generale del tribunale di Roma non è degna di considerazione decisiva perché "*estranea alle esperienze specifiche maturate nel settore giudicante in quanto avente rilevanza amministrativa*", come se l'intero settore della valutazione attitudinale non fosse costruito sul presupposto della natura amministrativa degli incarichi organizzativi, che giustifica la considerazione di doti professionali diverse da quelle manifestate nell'attività giurisdizionale

Corte di cassazione, l'attività, di stretto contenuto organizzativo, svolta in contesto di cooperazione internazionale per la creazione in paesi in via di sviluppo, sotto l'egida delle Nazioni Unite, di uffici direttamente attivi nel contrasto alla criminalità organizzata.

Nel caso da ultimo citato, così come in numerosi altri, il giudice amministrativo non ha ritenuto utile a dimostrare attitudini confrontabili con quelle maturate nell'esercizio di funzioni direttive o semidirettive, l'esperienza – articolata pure in più ampio bagaglio professionale - di componente del Consiglio superiore della magistratura.¹⁵

Nel contenzioso per il conferimento dell'ufficio di Presidente della Corte d'appello di Salerno il giudice amministrativo - TAR Lazio 22 settembre 2009 n. 9098 e Cons. Stato, sez IV, 13 aprile 2010 n. 3266 – ha escluso che un aspirante che svolgeva le funzioni semidirettive di presidente di sezione della stessa Corte d'appello potesse essere ragionevolmente superato da altro candidato che aveva maturato esperienze organizzative in funzioni non giudiziarie, anche di estremo rilievo – Capo di gabinetto del ministro della Giustizia, Capo Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, componente elettivo del Consiglio superiore della magistratura –.

A più riprese, prima in sede di cognizione e poi di ottemperanza, sono state annullate le delibere con cui il Consiglio superiore aveva fatto prevalere, per la nomina all'ufficio di Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Perugia, su un magistrato di circa dieci anni più anziano che aveva già esercitato le funzioni direttive requirenti, altro candidato che poteva vantare, oltre alle funzioni requirenti non direttive nel medesimo ufficio a concorso, funzioni di legittimità, grandi meriti scientifici, elevate conoscenze e ripetute esperienze ordinamentali in Consiglio giudiziario, nonché incarichi di rilievo organizzativo in ambito extragiudiziario.¹⁶

La sentenza del TAR Lazio 21 luglio 2011 n. 6994 ha ritenuto che l'incarico di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni di Napoli non potesse essere legittimamente conferito a magistrato già da lungo tempo operante in quello stesso ufficio, nel quale risultava avere svolto attività di rilievo organizzativo con ottimi risultati e del quale in più periodi aveva assunto la reggenza, in presenza di altro magistrato titolare

¹⁵La svalutazione della partecipazione al Consiglio quale fonte di esperienze rilevanti sul piano attitudinale si trova anche in Cons Stato, sez IV, 28 marzo 2011 n. 1880 concernente l'incarico di Presidente della Corte di appello di Perugia, nonché negli articolati contenziosi relativi al conferimento dell'incarico di Procuratore generale aggiunto presso la Corte di cassazione al dottor Palombarini annullato in sede di cognizione ordinaria dal Consiglio di Stato, sez IV, 14 luglio 2008 n. 3513, ed in quello concernente l'assegnazione alla dott.ssa Romei Pasetti dell'ufficio di Presidente della Corte d'appello di Venezia ritenuta illegittima dal TAR del Lazio (n. 911/2009), confermata dal Consiglio di Stato, sez. IV, 31 dicembre 2009 n. 9306.

¹⁶ In sede di cognizione TAR Lazio, 25 febbraio 2009 n. 3483, Cons Stato, sez. IV, 12 febbraio 2010 n. 797

di incarico direttivo in altra Procura della Repubblica presso tribunale dei minorenni, di dimensioni molto più contenute, e che aveva ricevuto dal Consiglio giudiziario competente un giudizio di capacità organizzativa significativamente *“adeguata alle ridotte dimensioni dell’ufficio”*.

Il quadro sinteticamente rappresentato con i sommari e frammentati riferimenti che precedono, è utile a suggerire l’osservazione per cui il giudice amministrativo, pur riconoscendo in premessa la molteplicità dell’esperienza e delle fonti valutabili, in un ragionamento integrato e flessibile che svaluti i vincoli formali e gli automatismi procedurali spostando il baricentro dell’azione amministrativa piuttosto sul perseguimento del miglior risultato possibile in concreto, abbia mantenuto in concreto significative ritrosie.

Con un atteggiamento che manifesta – probabilmente – un certo grado di sfiducia pregiudiziale nella correttezza e trasparenza delle scelte consiliari¹⁷, il giudice sembra piuttosto perpetuare la rappresentazione dell’incarico direttivo o semidirettivo quale tappa di una carriera verticalmente orientata, secondo passi progressivi di rilievo formale. In tale evoluzione professionale, il passaggio, rappresentato dal conferimento di un ufficio di direzione appare realizzare sostanzialmente il conseguimento di un “titolo” di natura formale difficilmente superabile da parte di chi non lo possa vantare, rappresentando il definitivo – ed irrevocabile - accesso ad una sorta di grado superiore di professionalità. Così, nel valutare il rilievo attitudinale delle ulteriori e diverse esperienze che in astratto, a mente della circolare, potrebbero conferire analoghi meriti organizzativi, il giudice amministrativo appare risentire di un retaggio culturale pregiudiziale di scarsa valorizzazione di esperienze “atipiche”, il cui rilievo debba essere apprezzato in fatto in maniera individuale e specifica, non essendo riconducibile a categorie di valore assoluto astraiabili e generalizzabili.

Tale atteggiamento di generale scarsa attenzione agli aspetti professionali desumibili da singole e concrete evenienze organizzative e non enucleabile in titoli formali è emerso in ulteriori vicende procedurali comparative in cui il TAR ed il Consiglio di Stato ne hanno radicalmente svalutato il valore sintomatico attitudinale.

Così, per esempio, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 27 novembre 2010, n. 8252, nel contenzioso già citato sulla delibera di conferimento dell’incarico di Procuratore generale aggiunto presso la Corte di cassazione, ha negato rilievo ad elementi attitudinali negativi concernenti uno dei concorrenti, desunti dalla scelta organizzativa compiuta dal dirigente dell’ufficio sopravvenuto di procedere ad una radicale

¹⁷ Sfiducia che appare condivisa anche in rilevanti settori della magistratura ordinaria, in cui, a scopo evidentemente difensivo da un governo autonomo ritenuto inadeguato ed inaffidabile, appare manifestarsi un malcontento diffuso per l’esercizio della discrezionalità e l’invocazione del ritorno a criteri di scelta più “obiettivi” e vincolanti, meno affidati alla valutazione del caso concreto quali, primo fra tutti, l’anzianità

modificazione del settore di attività che era stato fino ad allora affidato alle cure di lui. Il giudice, dopo avere considerato l'apprezzamento in merito compiuto dal Csm alla stregua di *“un mero espediente per arricchire il supporto motivazionale della determinazione suindicata”*, si è addirittura spinto a censurare *“la scarsa consistenza nel merito della annotazione di che trattasi”*.

Analogamente, nel contenzioso, parimenti articolato ed impegnativo, relativo alla nomina di un presidente aggiunto della Corte di cassazione il giudice ha negato legittimità all'argomentazione, di stretto ed immediato rilievo organizzativo, per cui, in presenza di due candidati dall'eccellente profilo professionale, la scelta doveva essere orientata in favore di un magistrato di formazione principalmente penalistica, atteso che a lui, avendo il Primo presidente una competenza precipuamente civilistica, sarebbe stata affidata la presidenza delle Sezioni unite penali¹⁸. Coerente con l'impostazione culturale descritta è l'inciso, nella sentenza che ha definito il giudizio di cognizione nel medesimo contenzioso secondo cui *“Posto che...i due magistrati in questione dovevano ritenersi sostanzialmente in possesso di pari qualificazione per attitudine e merito, osserva il Collegio che in questa situazione non può non trovare piena applicazione il suddetto criterio residuale dell'anzianità”*¹⁹

Infine recentemente, a riprova dello scarso peso attribuito agli aspetti della effettività della responsabilità organizzativa degli uffici di direzione, nel diverso settore della verifica dei risultati della gestione, il TAR del Lazio ha annullato la deliberazione di non conferma di un magistrato nell'incarico di procuratore della Repubblica, fondata su una serie di puntuali addebiti relativi all'assolvimento dei suoi compiti organizzativi e direttivi ritenendo, tra l'altro, che le manchevolezze contestate del progetto organizzativo non *“fossero comunque particolarmente significative”*, considerando come *“la condotta professionale tenuta dal ricorrente non fosse di facile apprezzamento”*, opinando che *“la negligenza così imputata non possa comunque pregiudicare la conferma”*, e concludendo che *“pare al Collegio che, con riguardo agli addebiti organizzativi, nel suo giudizio il Csm abbia attribuito eccessivo, e dunque illogico, rilievo ad inadempimenti essenzialmente formali”*.

Tale metodologia di analisi del percorso motivazionale scelto dal Csm tradisce, in definitiva, una non condivisione del modello ordinamentale cui si ispira la magistratura ordinaria in aderenza al dettato costituzionale, al

¹⁸ Cons Stato, sez. IV, 4 marzo 2011 n. 1415

¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4839. Oltre che per il valore sintomatico rivelatore di un approccio di carattere burocratico alla materia, l'affermazione suscita perplessità per la inconciliabilità di metodo con i principi che governano i rapporti tra discrezionalità amministrativa e giudice, secondo cui quest'ultimo non può in alcun modo sostituirsi alla prima nelle determinazioni inerenti il nuovo esercizio del potere, né può vincolarlo oltre i limiti dell'accertata illegittimità.

punto da valicare spesso i confini della giurisdizione di legittimità in favore di una sovrapposizione di un proprio *iter* logico argomentativo come criterio guida per la scelta.

È questo tuttora il punto più delicato e difficile da superare nel rapporto fra Csm (organo di rilevanza costituzionale) e giudice amministrativo cui la legge ordinaria affida il sindacato di legittimità.