

**Rosanna De Nictolis**

## **Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM**

(Milano, 8 novembre 2019)\*<sup>1</sup>

*Sommario: 1. Introduzione al tema. - 2. Due premesse costituzionali. - 3. Il dato di partenza: la “discrezionalità” o cosiddetta discrezionalità del CSM. - 4. Discrezionalità, merito, discrezionalità tecnica, valutazioni e accertamenti tecnici. - 5. Le norme primarie e il t.u. sulla dirigenza giudiziaria. - 6. Il sindacato del giudice amministrativo: le affermazioni di principio e le declinazioni concrete. - 7. Casistica giudiziaria. - 7.1. Il sindacato sui criteri fissati dal t.u. della dirigenza giudiziaria del CSM. - 7.2. Gli indicatori specifici: la loro speciale rilevanza ma non imprescindibilità. - 7.3. Il pregresso svolgimento di incarico direttivo o semidirettivo non è necessariamente criterio di preferenza. - 7.4. La valutazione e il peso degli indicatori specifici. - 7.5. Preferenza del candidato che non ha progressi incarichi direttivi e onere motivazionale. - 7.6. Valenza degli indicatori specifici indicati dalla legge. - 7.7. Illegittimità del criterio di preferenza del radicamento territoriale. - 7.8. Contraddittorietà di due valutazioni difformi ravvicinate nel tempo senza le ragioni del revirement. - 7.9. I significativi ritardi nell’attività giurisdizionale. - 7.10. Il criterio dell’anzianità. - 7.11. Gli incarichi extragiudiziari. - 7.12. I fatti negativi che non hanno avuto rilievo penale o disciplinare. - 7.13. Perdurante interesse al ricorso anche in caso di pensionamento. - 8. Profili di rito. - 9. Ottemperanza dei giudicati che annullano delibere del CSM. - 9.1. Sentenze autoesecutive e effetti conformativi. - 9.2. Violazione ed elusione del giudicato, vizi relativi al giudicato e vizi nuovi. - 9.3. Vincolo conformativo del giudicato di annullamento per difetto di motivazione. - 9.4. Le sopravvenienze e segnatamente il pensionamento del contendente. - 9.5. L’ottemperanza speciale per il CSM.*

### **1. Introduzione al tema**

Il tema del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM riguarda essenzialmente i provvedimenti di conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Relazione svolta al convegno “L’indipendenza della magistratura oggi” svoltosi presso l’Università degli studi di Milano in data 8.11.2019.

<sup>2</sup> AA.VV., *Il governo autonomo della magistratura a sessant’anni dalla legge istitutiva del Consiglio superiore della magistratura (l. 24 marzo 1958 n. 195)*, *Foro it.*, 2019, V, 1 di G. CAMPANELLI, *Il Csm e il conferimento degli incarichi direttivi* e di A. TRAVI, *Nozione di legittimità e sindacato sui provvedimenti del Csm*, nonché di A. PROTO PISANI, *L’ineludibile «problema» del conferimento degli incarichi semidirettivi e direttivi della magistratura: la necessità di un serio dibattito*, *Foro it.*, 2019, V, 301; L. GENINATTI SATÈ, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm: una questione politico-costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2017, fasc. 4, 49 ss., nonché *Il ruolo costituzionale del Csm e i limiti al sindacato giurisdizionale dei suoi atti*, Torino, 2012; F. SORRENTINO, *Discrezionalità del Consiglio superiore e sindacato del giudice amministrativo*, in N. ZANON-G. DI RENZO VILLATA-F. BIONDI (a cura di), *L’ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, Milano, 2012, 65 ss.; ID., *Governo dei giudici e giustizia amministrativa*, e G. SANTALUCIA, *Consiglio superiore della magistratura e giustizia amministrativa*, entrambi, in G.

Il dibattito si incentra sul modo in cui si combinano e si conciliano in concreto i principi costituzionali di indipendenza della magistratura e soggezione del giudice solo alla legge, di autogoverno della magistratura, e il principio di legalità dell'azione amministrativa, attesi, da una parte, i parametri normativi fissati dal d.lgs. n. 160/2006 per la valutazione di professionalità dei magistrati e per il conferimento delle funzioni, e dall'altro lato la "discrezionalità" del CSM nel conferimento di tali incarichi. Nella mia relazione scritta la discrezionalità è tra virgolette, nella esposizione orale si potrebbe dire "cosiddetta" o asserita o pretesa discrezionalità del CSM dovendosi verificare se la categoria giuridica in questione sia pertinente e appropriata in relazione all'attività valutativa del CSM.

## **2. Due premesse costituzionali**

Due premesse di ordine costituzionale si impongono.

La prima è che la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi ai magistrati sia materia coperta da riserva di legge in ossequio all'art. 108 Cost., in quanto occorre garantire la indipendenza della magistratura: *"per il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari, vige il principio della riserva di legge, di cui all'art. 108, c. 1, della Costituzione, dovendo anche in tale materia essere garantita l'indipendenza dell'ordine giudiziario: è pertanto la legge che deve fissare i criteri generali di valutazione e selezione degli aspiranti agli incarichi direttivi e le conseguenti modalità della nomina"* [Cons. St., IV, 14.7.2008 n. 3513].

Ciò nondimeno, dal principio di riserva di legge non discende che i necessari criteri generali di valutazione e selezione degli aspiranti debbano essere così analiticamente e dettagliatamente fissati dal legislatore da rendere meccanicistica e meramente esecutiva la concreta attività di selezione del personale di magistratura da proporre agli uffici direttivi [Corte cost., 8.2.1991 n. 72].

Il principio della riserva di legge deve, quindi, ritenersi rispettato quando il legislatore abbia fissato alcuni criteri generali e precisi per orientare la discrezionalità dell'organo deputato alla selezione e valutazione dei candidati, né con esso è stato ritenuto contrastare il rispetto dovuto alle delibere e alle circolari del CSM, di cui è stato ritenuto costituzionalmente legittimo l'intervento integrativo (ed anche suppletivo)

---

CAMPANELLI, Controllare i giudici? (Cosa, Chi, Come, Perché), Torino, 2009, 187 ss. e 199 ss.; G. SALMÈ, Il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, in G. GRASSO (a cura di), Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario, in Foro it., 2016, V, 211; G. GRASSO, Il nuovo testo unico sulla dirigenza giudiziaria alla prova dei fatti: il Csm riforma il Csm, ibid., III, 306; D. PIANA, Note sul testo unico sulla dirigenza, in <[www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)>; R. SANLORENZO, Le nomine dei dirigenti: banco di prova per la difesa dell'autogoverno, in Questione giustizia, 2017, fasc. 4, 66 ss.; A. TRAVI, Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi, in Foro it., 2014, III, 757, e G. GRASSO, Il sindacato di legittimità delle delibere del Csm in tema di conferimento degli incarichi dirigenziali: eccesso di potere giurisdizionale e limiti esterni della giurisdizione, in Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni civili, Roma, 2016, 390, in <[www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rassegna\\_Civile\\_2015.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rassegna_Civile_2015.pdf)>.

nell'indicazione dei principii specifici per la scelta dei magistrati ritenuti idonei [Cons. St. n. 3513/2008 cit.]. Come meglio si vedrà in prosieguo, tuttavia, il principio di legalità vieta che il CSM possa derogare o innovare i criteri di legge.

La seconda premessa di ordine costituzionale è che non è in discussione l'*an* del sindacato del giudice amministrativo sulle delibere del CSM, il dibattito riguarda invece il *quomodo* del medesimo.

E' infatti un dato acquisito che le delibere del CSM non si sottraggono alla giustiziabilità e, per quel che qui rileva, al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, nonché a quello di "merito" in sede di giudizio di ottemperanza.

Con l'art. 17 della l. n. 195/1958, l'ordinamento ha espressamente previsto la sussistenza della giurisdizione amministrativa in sede di impugnazione degli atti del CSM (salva la giurisdizione della sua sezione per gli illeciti disciplinari, le cui sentenze sono impugnabili innanzi alle sezioni unite della Corte di cassazione).

In tal modo, il legislatore – nel dare attuazione all'art. 24 Cost. (per il quale "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*") – ha espressamente consentito anche agli appartenenti alla magistratura la tutela dei propri interessi legittimi, sussistenti in correlazione ai poteri spettanti al CSM [Corte cost., 14.5.1968 n. 44, § 4].

La Corte costituzionale, nel primo fondamentale arresto in ordine alla sottoposizione delle deliberazioni del CSM al sindacato giurisdizionale amministrativo [14.5.1968 n. 44, Pres. Sandulli, est. Mortati], dando atto della peculiare posizione costituzionale dell'organo [*"...che, mentre realizza una particolare forma di autonomia, pel fatto di essere espresso in prevalenza dallo stesso corpo giudiziario, è poi presieduto dal Capo dello Stato, in considerazione della qualità che questi riveste di potere "neutro" e di garante della Costituzione, ed è altresì fornito di una serie di guarentigie corrispondenti al rango spettantegli, nella misura necessaria a preservarlo da influenze che, incidendo direttamente sulla propria autonomia, potrebbero indirettamente ripercuotersi sull'altra affidata alla sua tutela"*]), ha ritenuto come "*...la sottoposizione delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura ad un controllo di stretta legittimità da parte di un organo appartenente al potere giurisdizionale non sia, di per se, tale da condurre necessariamente a vanificare o comunque ad attenuare l'efficacia della funzione garantista cui esse adempiono*", chiarendo che la prospettata alternativa della sottoposizione degli atti al sindacato giurisdizionale ordinario "*...in deroga ai principi, che concentrano nel giudice amministrativo, nella materia del pubblico impiego, quale è quella de qua, ogni specie di tutela sia dei diritti che degli interessi, oltre a suscitare il problema discendente dalle restrizioni di tutela che, almeno secondo la legislazione vigente, ineriscono ai poteri ad essa consentiti, fa sorgere gravi perplessità, data la confluenza che verrebbe a verificarsi negli appartenenti allo stesso "ordine", di destinatari dei provvedimenti del Consiglio superiore della magistratura e di giudici della regolarità del medesimi*". Tali rilievi -ribaditi nel senso che "*l'impugnabilità, anche per un organo di garanzia qual è, secondo la communis opinio, il Consiglio superiore della magistratura, deriva dalla <<grande regola>> accolta dall'art. 24 della Costituzione, che dà tutela generalizzata ai diritti soggettivi e agli interessi legittimi*" [Corte cost., 22.4.1992 n.

189, che ha riconosciuto la legittimità costituzionale della competenza funzionale del TAR Lazio in ordine ai provvedimenti emanati dal CSM)-, hanno costituito la premessa dell'affermazione della piena esperibilità anche del giudizio di ottemperanza delle sentenze di annullamento delle deliberazioni consiliari: la Corte, pronunciandosi sul conflitto di attribuzioni proposto dall'organo di autogoverno, ha con incisività affermato che *“l'allegata non sottoponibilità degli atti del CSM alla giurisdizione estesa al merito che il giudice amministrativo esercita in sede di ottemperanza non ha, di per sé, alcun esplicito fondamento costituzionale; né la titolarità delle specifiche competenze attribuite dall'art. 105 della Costituzione può comportare, quale conseguenza automatica, franchigie dell'attività di detto organo dal sindacato giurisdizionale, in quanto funzioni svolgentesi su piani diversi”*, evidenziando che *“il principio di legalità dell'azione amministrativa (artt. 97, 98 e 28 Cost.), unitamente al principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24, 101, 103 e 113 Cost.), se da una lato affermano l'indipendenza dell'amministrazione, dall'altro comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'amministrazione medesima a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli organi giurisdizionali”*, e chiarendo altresì che *“la Costituzione accoglie il principio in base al quale il potere dell'amministrazione merita tutela solo sul presupposto della legittimità del suo esercizio, demandando agli organi di giustizia il potere di sindacato-pieno, ai sensi dell'art. 113, c. 2, della Costituzione- sull'esistenza di tale presupposto”* [Corte cost., 15.9.1995 n. 435].

### **3. Il dato di partenza: la discrezionalità o cosiddetta discrezionalità del CSM**

Fatte tali premesse, è sicuramente un dato di partenza rilevante che sia il t.u. del CSM sulla dirigenza giudiziaria (approvato nel 2015 con delibera 28.7.2015, oggetto di successive modificazioni, da ultimo aprile 2018), sia le massime delle decisioni del giudice amministrativo, enfatizzano in modo ridondante e ripetitivo la “discrezionalità” dell'organo di autogoverno.

Tuttavia sembra che tale categoria dell'azione amministrativa non sia del tutto appropriata con riferimento all'attività del CSM di scelta dei capi degli uffici giudiziari, e che il sindacato del giudice amministrativo sulle nomine, non sia, al di là delle formule tralaticie, un sindacato sulla discrezionalità.

Tanto emerge dall'analisi di tre elementi:

- 1) la nozione di discrezionalità amministrativa e delle altre categorie giuridiche affini e vicine, ossia il merito amministrativo, la discrezionalità tecnica, le valutazioni e gli accertamenti tecnici;
- 2) le norme primarie relative al conferimento di funzioni ai magistrati e il t.u. del CSM sulla dirigenza giudiziaria;
- 3) la casistica giudiziaria sui contenziosi relativi agli incarichi direttivi e semidirettivi.

### **4. Discrezionalità, merito, discrezionalità tecnica, valutazioni e accertamenti tecnici**

Sub 1) Le categorie giuridiche in questione sono almeno in teoria sufficientemente chiare, e per esporle in modo sintetico si può fare rinvio a un manuale di diritto amministrativo di tipo universitario (Clarich).

La discrezionalità amministrativa è il margine di scelta che la norma rimette all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare nel caso concreto l'interesse pubblico (Giannini 1978, ripreso da Clarich 2019). La scelta avviene attraverso una valutazione comparativa (la c.d. ponderazione) degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie e acquisiti nel corso della istruttoria procedimentale: oltre all'interesse pubblico primario, vengono in rilievo gli interessi pubblici secondari rilevanti. Esempio classico: localizzazione di autostrada, interesse pubblico primario è la viabilità, secondari tutela paesaggio e ambiente, privati dei proprietari espropriandi. La scelta massimizza l'interesse primario con minor sacrificio possibile per interessi secondari e interesse privato.

Una riflessione interessante è quella relativa a discrezionalità in astratto e vincolatezza in concreto (Clarich): quando, a seguito della istruttoria, residua una unica scelta possibile, si assiste ad una progressiva riduzione della discrezionalità o suo totale dissolvimento.

Nessun dubbio, poi, che sull'ampiezza della discrezionalità incida in senso riduttivo l'autovincolo che la PA si imponga.

In ordine al dibattito se la discrezionalità sia solo attività intellettuale e di giudizio, o un *quid pluris*, attività volitiva e creativa, sembra corretto accedere a tale seconda opzione. Definita la discrezionalità, il c.d. merito amministrativo diviene un ambito residuale oltre gli spazi coperti dalla legalità; una attività libera non sindacabile, che rileva in termini di opportunità/inopportunità.

Le valutazioni tecniche postulano l'utilizzo di nozioni tecniche e scientifiche con margini di opinabilità. Es. giudizio medico di idoneità di candidati, la valutazione delle offerte negli appalti.

Mentre la discrezionalità amministrativa è valutazione e comparazione di interessi, la valutazione tecnica è accertamento e qualificazione dei fatti alla luce di criteri tecnico scientifici.

E' improprio parlare di discrezionalità tecnica, anche se la categoria è ancora utilizzata: piuttosto si deve distinguere tra accertamento tecnico (che porta a un risultato scientificamente certo) e valutazione tecnica, che ricorre nei casi in cui la tecnica lascia un margine finale di opinabilità e dunque di scelta tra più soluzioni tecniche tutte altrettanto plausibili; sicché sulla valutazione tecnica si innesta la scelta più propriamente discrezionale dell'azione amministrativa; in tal caso, se la soluzione tecnica è corretta e attendibile ancorché opinabile, si scende nel campo della condivisibilità o meno, che esula dal sindacato del giudice.

Nella prassi giudiziaria, attraverso la categoria del vizio di eccesso di potere dell'atto amministrativo, il giudice verifica la completezza della istruttoria e della motivazione, la logicità, ragionevolezza, proporzionalità, imparzialità della azione amministrativa.

E' raro che la scelta amministrativa sia libera e disancorata da istruttoria e valutazioni tecniche, lo spazio residuo della opportunità è spesso estremamente ridotto.

E il giudice amministrativo è giudice del fatto al pari del giudice civile e penale, verifica la completezza della istruttoria, anche con l'apporto di CTU, e dunque penetra nel procedimento e negli accertamenti tecnici.

Più completa è da un lato l'istruttoria compiuta dalla PA, e dall'altro quella compiuta dal giudice, più appare evidente che la discrezionalità astratta si dissolve in concreto e che di solito in fatto una sola scelta è quella logica ragionevole e possibile nelle condizioni date.

Lo si coglie con particolare evidenza in un ambito che in astratto sembra il regno della discrezionalità amministrativa, quello della valutazione delle offerte tecniche negli appalti; attraverso i parametri prefissati e la verifica in concreto della corretta applicazione, non di rado si individua la migliore offerta senza alcun margine di dubbio o "opinabilità" e dunque senza margine di discrezionalità amministrativa.

Una recente decisione del Consiglio di Stato ha stigmatizzato come "sentenza con formula pigra" una decisione di Tar redatta in stile classico ma stereotipo, rifiutando di esaminare uno per uno i motivi di ricorso contro la valutazione e scelta di una offerta tecnica in un appalto, trincerandosi dietro le massime tralaticie della discrezionalità della p.a. esplicitata con una motivazione sufficiente e ragionevole. Il giudice di appello ha rifiutato tale approccio ritenendo tale motivazione, per quanto elegante, solo apparente, e ha esaminato uno per uno i motivi di ricorso scendendo nel campo delle valutazioni tecniche [Cons. St., III, 2.9.2019 n. 6058, cui *adde* Cons. St., VI, 7.10.2019 n. 6753].

In sintesi, continuare ad affermare che il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità è limitato, circoscritto, o addirittura recessivo, non corrisponde alla realtà della prassi giudiziaria, in cui attraverso l'accesso al fatto e l'ausilio di tecnici che consentono di verificare la istruttoria tecnica svolta dall'Amministrazione, è possibile cogliere in concreto eventuali errori, omissioni, difetti di istruttoria, è possibile percepire che a seguito di una istruttoria completa una sola è la scelta possibile, e dunque la astratta discrezionalità si dissolve perché alla prova dei fatti non ci sono più alternative tra cui scegliere. Spesso dunque la possibilità di scelta non esiste in concreto, e ove l'Amministrazione scelga sulla base di una errata istruttoria, fa una scelta sbagliata che non sfugge al sindacato del giudice amministrativo

## **5. Le norme primarie e il t.u. sulla dirigenza giudiziaria**

Sub 2)

Le norme primarie prevedono una valutazione periodica (quadriennale) di professionalità (art. 11 d.lgs. 160/2006) ancorata a parametri di capacità, laboriosità, diligenza, impegno, 4 parametri di cui ciascuno è puntualmente declinato e riempito di contenuto concreto dalla legge. Il CSM valuta la professionalità esprimendo un "giudizio" (art. 11 c. 15 d.lgs. n. 160/2006: "La valutazione di professionalità consiste in un giudizio espresso, ai sensi dell'articolo 10 della legge 24.3.1958 n. 195, dal Consiglio superiore della magistratura con provvedimento motivato e trasmesso al Ministro della giustizia che adotta il relativo decreto").

Il conferimento delle funzioni, segnatamente, per quel che qui interessa maggiormente, quelle semidirettive e direttive, avviene "a domanda degli interessati, mediante una

procedura concorsuale per soli titoli alla quale possono partecipare, salvo quanto previsto dal c. 11, tutti i magistrati che abbiano conseguito almeno la valutazione di professionalità richiesta” (art. 12 d.lgs. cit.). La legge indica i criteri di attitudine e merito rilevanti (art. 12, c. 10, 11, 12).

Le norme primarie rilevanti non utilizzano l’espressione scelta discrezionale, ma parlano di una procedura concorsuale, e utilizzano sempre l’espressione “valutazione” che è cosa diversa dalla discrezionalità, implicando un accertamento di natura tecnica, e richiedono un “provvedimento motivato” del CSM (art. 13).

Viceversa, il t.u. del CSM sulla dirigenza giudiziaria pone l’enfasi sulla discrezionalità del CSM, in molti passaggi della relazione illustrativa, ma non invece nell’articolato.

Il testo unico sulla dirigenza giudiziaria approvato dal CSM (nel 2015 (delibera 28.7.2015) e s.m. da ultimo aprile 2018) costituisce il compendio delle regole che il Consiglio superiore della magistratura si è dato, nella cornice disegnata dal d.lgs. n. 160/2006, in vista del conferimento degli incarichi direttivi semidirettivi e della procedura di conferma quadriennale.

Dopo avere enunciato in esordio, programmaticamente, che i parametri per il conferimento di tali incarichi devono essere valutati in modo integrato ed averli individuati in attitudini e merito, la circolare si occupa diffusamente delle attitudini, individuando gli indicatori generali e quelli specifici, riferibili a ciascuna tipologia di ufficio.

Definito il valore, residuale, della anzianità nel ruolo, il C.S.M. affronta il tema della valutazione comparativa e dei criteri di valutazione propri, anche in questo caso, di ogni tipo di ufficio e del rilievo da assegnare al positivo esercizio delle funzioni giudiziarie.

*“L'intento è far sì che **la meritocrazia non rimanga un'affermazione di principio**, ma rappresenti realmente il valore fondante di ogni scelta selettiva. Nel perseguimento di tale obiettivo, peraltro, si è prestata la massima attenzione alla necessità di preservare l'autonomia valutativa del CSM, evitando di introdurre nelle procedure selettive criteri tali da minare **la discrezionalità propria** di un Organo di rilevanza costituzionale.”*

*“In altri termini, nel ridisegnare la disciplina del conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi si è cercato un giusto punto di equilibrio tra il principio di legalità e l'irrinunciabile esigenza di tutelare il potere di autodeterminazione consiliare, che deve sempre orientarsi alla scelta del migliore dirigente da preporre al posto da coprire, nel rispetto del superiore interesse pubblico. Ciò anche al fine di arrestare recenti tentativi di **degradazione della discrezionalità consiliare a mera discrezionalità tecnica**.”*

*“Rispetto a tali indicatori, fondamentale rilevanza assume la previsione di cui all'art. 7 (Funzioni direttive e semidirettive in atto o pregresse) con la quale viene introdotto il principio per cui ciò che rileva non è il formale possesso della carica direttiva o semidirettiva quanto, piuttosto, i risultati conseguiti. In altri termini, la valutazione di questo indicatore generale viene condotta secondo il criterio di effettività dei risultati conseguiti nello svolgimento dell'incarico direttivo o semidirettivo, in atto o pregresso. Tale previsione rafforza il merito delle determinazioni consiliari, impedendo che nella valutazione si possa attribuire (o in caso di contenzioso il Giudice Amministrativo*

possa attribuire) un'automatica preferenza e prevalenza a un candidato per il solo fatto d'aver già svolto funzioni direttive o semidirettive. In sostanza si consolida il principio secondo cui la pregressa esperienza direttiva o semidirettiva rileva solo nella misura in cui il CSM, **nell'ambito della propria discrezionalità, ritenga di dover valutare positivamente quell'esperienza alla luce dei risultati conseguiti.**"

"Quanto agli indicatori specifici, il fine della relativa previsione è di individuare esperienze giudiziarie che siano espressione di una particolare idoneità a ricoprire l'incarico messo a concorso. La selezione e l'identificazione di queste esperienze qualificanti è stata possibile grazie alla distinzione tra le diverse tipologie di incarico e alla valorizzazione di conoscenze e competenze indicative di una maggiore adeguatezza del candidato rispetto allo specifico incarico da assegnare. L'innovazione mira, da un lato, **a valorizzare la discrezionalità del Consiglio Superiore nell'adozione** di scelte che siano opportunamente calibrate in ragione delle "necessità degli uffici" e, dall'altro, a individuare in modo oggettivo elementi di affinità gestionali delle realtà giudiziarie in ossequio al principio di legalità."

"Per quel che concerne le funzioni direttive e semidirettive in atto o pregresse si richiama quanto già precedentemente enucleato. Sul punto va richiamata l'importanza del principio di effettività introdotto dal nuovo T.U., nel senso che ai fini della valutazione di questo indicatore non rileva il mero dato formale dell'incarico, ma deve aversi riguardo ai risultati conseguiti nel relativo espletamento, il cui apprezzamento è demandato al **giudizio discrezionale del CSM. La valorizzazione di quel principio determina significativi effetti virtuosi in termini di rafforzamento del merito delle determinazioni consiliari, contenendo il sindacato di legittimità fondato su automatici criteri preferenziali, certamente lesivi dell'autonomia consiliare.**"

Se la discrezionalità amministrativa, correttamente definita, è la ponderazione dell'interesse pubblico primario con gli interessi pubblici secondari e con gli interessi privati, sembra evidente che nella nomina ad incarichi direttivi e semidirettivi si è fuori da tale categoria, infatti non c'è ponderazione di interessi pubblici essendovi un unico interesse pubblico indicato sia dalle norme primarie che dal tu sulla dirigenza giudiziaria, ed è la scelta del migliore dirigente in relazione a ciascun ufficio giudiziario.

Si tratta invece di una procedura concorsuale con una pluralità di candidati, in cui occorre individuare il migliore con una attività valutativa e di giudizio [la natura di "concorso per titoli" con un bando pubblico, anche se diversamente denominato "avviso" o "interpello" è espressamente affermata da Cons. St., IV, 11.9.2009 n. 5479].+

Si è già osservato che la discrezionalità non è mera attività di valutazione e giudizio, ma è un *quid pluris* che sembra esulare dalla scelta che il CSM è chiamato a compiere. Si impongono due ulteriori considerazioni.

La prima, è che se un momento discrezionale c'è, attiene alla scelta, a monte, dei criteri di valutazione, scelta fatta in parte dalla legge, in quanto il d.lgs. 160/2006 indica già quali sono i criteri da utilizzare per scegliere i capi degli uffici giudiziari, in parte declinata in concreto dal t.u. sulla dirigenza giudiziaria, laddove individua gli indicatori



generali e specifici di merito e attitudine, e fissa il peso degli indicatori specifici rispetto a quelli generali per ciascuna tipologia di ufficio direttivo.

In tal senso è emblematica la giurisprudenza delle sez. un., che nel definire il confine del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM in materia di incarichi direttivi, sembra muoversi sul crinale del distinguo tra sindacato sui criteri e sindacato sul modo in cui i criteri sono applicati in concreto: *“per non eccedere dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il CSM ha conferito un incarico direttivo, deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma può annullare tale deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il CSM ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati”* [Cass., sez. un., 8.3.2012 n. 3622; Id., 5.10.2015 n. 19787].

Peraltro persino la discrezionalità nella fissazione dei criteri non va del tutto esente dal sindacato giudiziario, in quanto il potere del CSM di fissare i criteri di valutazione deve essere esercitato nel rispetto del principio di legalità e pertanto dei criteri già prestabiliti dalla legge, che possono essere solo specificati, ma non derogati o innovati. Il giudice amministrativo ha infatti talora annullato persino i criteri fissati dal t.u. sulla dirigenza giudiziaria (e segnatamente quello dell'art. 21 lett. b) relativo all'indicatore specifico della partecipazione alle sezioni unite per gli uffici direttivi giudicanti di legittimità, ritenuto *contra legem* e discriminatorio dei magistrati che in cassazione hanno svolto funzioni requirenti, v. Cons. St., IV, 6.9.2017 n. 4220, ritenuta rispettosa dei limiti della giurisdizione amministrativa da Cass., sez. un., 11.7.2018 n. 18240].

Nell'evenienza in cui venga annullato un criterio contenuto nel t.u. dirigenza, l'annullamento deve ritenersi disposto con effetto *erga omnes* e non circoscritto al singolo giudizio (tuttavia il t.u. sulla dirigenza giudiziaria nella versione disponibile non è adeguato a tale statuizione, riportando ancora tale criterio, che invece come detto deve ritenersi annullato con effetto *erga omnes*).

La seconda considerazione è che sia la legge che il t.u. sulla dirigenza giudiziaria, indicano i criteri di valutazione di attitudine e merito in forma “discorsivo-narrativa” e non “numerica”. Sicché la valutazione che viene compiuta caso per caso non è traducibile in un “voto numerico”, ma si esplica mediante un giudizio complessivo e globale in cui il CSM ha sicuramente un maggiore spazio di valutazione rispetto a quello che avrebbe se ad ogni parametro e sottoparametro di valutazione corrispondesse un punteggio numerico predeterminato.

Su tale aspetto viene posta molta enfasi sia nell'articolato del tu sulla dirigenza giudiziaria, sia e ancor più nella relazione illustrativa i cui passaggi principali sono stati sopra riportati.

Infatti, nell'articolato, sia quanto agli indicatori generali (artt. 6-13) sia quanto agli indicatori specifici (artt. 14-23) non sono previsti punteggi per ciascun singolo indicatore, e dunque la comparazione e il peso degli stessi è affidato al giudizio concreto di volta in volta.

Quanto alla “valutazione comparativa” dei candidati, si afferma che pur dovendo essere analitica, è comunque un giudizio globale e qualitativo e non il frutto di una mera sommatoria aritmetica di indicatori.

(art. 26: “*In ordine alle attitudini, si procede alla valutazione analitica dei profili dei candidati mediante specifica disamina degli indicatori previsti nella Parte II, Capo I, attuativi ed esplicativi delle disposizioni di cui all’art. 12, c. 10, 11 e 12 d.lgs. 160/2006. 2. Il giudizio attitudinale è formulato in maniera complessiva e unitaria, frutto della valutazione integrata e non meramente cumulativa degli indicatori*”).

Unico criterio in un certo senso “numerico” e non discorsivo sono il maggior peso dato agli indicatori specifici rispetto a quelli generali (artt. 26-33), e taluni criteri preferenziali che peraltro non sono vincolanti in assoluto (artt. 34 e 35).

La mancata previsione, nella legge e nel t.u., sulla dirigenza, di punteggi numerici, è probabilmente l’elemento che fa affermare, nella relazione illustrativa, che non vi può essere “degradazione della discrezionalità consiliare a mera discrezionalità tecnica”, e che va contenuto il sindacato di legittimità “fondato su automatici criteri preferenziali, certamente lesivi dell’autonomia consiliare”.

Ma a ben vedere la circostanza che ci siano indicatori specifici e che si affermi il principio di effettività ancorato ai risultati effettivi conseguiti durante l’incarico, piuttosto che alla sola titolarità formale dell’incarico, non significa cambiare la natura dell’attività svolta dal CSM, che resta attività valutativa e di giudizio, ancorata a criteri predeterminati ed elementi fattuali da valutare caso per caso, ma non assurge ad attività insindacabile di ponderazione.

Al contrario, la previsione di indicatori specifici predeterminati, riduce il margine di apprezzamento del CSM, che sarebbe bene maggiore se attitudine e merito venissero valutati solo con indicatori generali: infatti in tal caso la platea dei concorrenti sarebbe ben più ampia, laddove gli indicatori specifici servono proprio a ridurre la platea dei concorrenti mediante criteri predeterminati e non individuati caso per caso.

Parimenti, il principio di effettività e la necessità che siano valutati dal CSM i risultati dell’attività direttiva e semidirettiva già espletata, se esclude ogni automatismo della scelta e dunque la possibilità di un sindacato giudiziario formalistico, non esclude però anche il sindacato del giudice amministrativo sulla correttezza della valutazione svolta da CSM. Il giudice amministrativo potrà verificare se il giudizio del CSM sui risultati conseguiti è basato su una corretta istruttoria. Valutare i risultati conseguiti resta attività di giudizio e non attività discrezionale in senso proprio. E valga la considerazione che in altro ambito, quello del pubblico impiego privatizzato, la valutazione della performance e in sostanza dei risultati conseguiti, è affidata a organismi indipendenti di valutazione (OIV), che la compiono sulla base di parametri e criteri che consentono una misurazione obiettiva.

In definitiva, quando si tratta di conferimento di incarichi, o si segue un criterio fiduciario (sia pure basato su una base di requisiti necessari) o si segue un criterio meritocratico. Solo nel primo caso può parlarsi di discrezionalità in senso proprio (tra più candidati aventi tutti i requisiti base, viene scelto quello che piace di più secondo un criterio fiduciario).

Se si afferma invece il principio meritocratico, ed è quello che fa qui la legge e che ribadisce in modo espresso il t.u. del CSM (“*L'intento è far sì che la meritocrazia non rimanga un'affermazione di principio, ma rappresenti realmente il valore fondante di ogni scelta selettiva*”), allora la scelta del migliore avviene mediante un concorso comparativo, con criteri di valutazione predeterminati, e finalizzati a pervenire alla scelta del migliore con scarsi margini di opinabilità; quei pochi che residuassero, vengono sciolti con una attività di giudizio comparativo che nulla ha a che vedere con nozioni quali scelta politica, scelta fiduciaria, scelta di opportunità o di merito amministrativo. In altri termini, meritocrazia e merito amministrativo hanno in comune solo una radice linguistica, ma per il resto sono nozioni del tutto opposte e inconciliabili.

## **6. Il sindacato del giudice amministrativo: le affermazioni di principio e le declinazioni concrete**

Sub 3)

Le massime tralaticie fanno riferimento ai concetti di discrezionalità e merito amministrativo, e all'asserito rispetto della sfera riservata al CSM, considerando il merito delle valutazioni un confine invalicabile per il giudice; ciò non di meno il sindacato del giudice amministrativo resta particolarmente ampio e non diverso da quello compiuto ogni qualvolta sia in gioco una attività valutativa di giudizio.

Si afferma che l'organo di autogoverno gode di una discrezionalità che è sindacabile, in sede di legittimità solo se *inficiata per irragionevolezza, omissione o travisamento dei fatti, arbitrarietà o difetto di motivazione* [Cons. St., V, 23.8.2019 n. 5835; V, 4.1.2019 n. 97; V, 3.10.2018 n. 5696; V, 18.6.2018 n. 3716; V, 5.3.2018 n. 1345; V, 23.1.2018 n. 432; V, 17.1.2018 n. 271; V, 11.12.2017 n. 5828; V, 16.10.2017 n. 4786; IV, 6.12.2016 n. 5122; IV, 11.11.2014 n. 5513; IV, 6.6.2014 n. 2880; IV, 24.1.2013 n. 471; IV, 27.8.2012 n. 4618; IV, 12.1.2012 n. 120; IV, 16.6.2011 n. 3664; IV, 12.5.2011 n. 2859; IV, 27.11.2010 n. 8299; IV, 14.4.2010 n. 2098; IV, 15.9.2010 n. 6901; Id., IV, 31.3.2010 n. 1841; IV, 22.1.2010 n. 221; IV, 11.9.2009 n. 5479; IV, 30.10.2009 n. 6707; IV, 31.7.2009 n. 4839; IV, 14.7.2008 n. 3513; IV, 7.7.2008 n. 3369; IV, 22.12.2007 n. 6616; IV, 10.7.2007 n. 3893; v. anche Cons. St., V, 18.12.2017 n. 5933].  
*Resta, invece, preclusa al sindacato giurisdizionale la valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto dell'organo di governo autonomo, o una decisione che esprima una volontà del giudicante che si sostituisca a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito.*

*In ogni caso, il detto sindacato – ferma la sfera riservata del merito delle valutazioni e delle scelte espresse dall'organo di governo autonomo – deve nondimeno assicurare la puntuale ed effettiva verifica del corretto e completo apprezzamento dei presupposti giuridico-fattuali costituenti il quadro conoscitivo considerato ai fini della valutazione, la coerenza tra gli elementi valutati e le conclusioni cui è pervenuta la deliberazione, la logicità della valutazione, l'effettività della comparazione tra i candidati, la sufficienza della motivazione* [Cons. St., IV, 11.2.2016 n. 607].

Anche la delibera sulla nomina alla più alta carica magistratuale (primo presidente della Corte di cassazione) costituisce pur sempre espressione di un'attività formalmente e

sostanzialmente amministrativa (e non un atto di carattere politico o paragiurisdizionale) [Cons. St., IV, 10.7.2007 n. 3893].

Per le procedure concorsuali diverse da quelle del CSM si parla con maggiore correttezza di discrezionalità tecnica: i “*giudizi espressi dalle commissioni di concorso nelle procedure di valutazione, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, possono essere oggetto di sindacato di legittimità del giudice amministrativo nei limiti del travisamento dei presupposti di fatto, dell’illogicità e della manifesta irragionevolezza o della non corrispondenza delle valutazioni con le risultanze di fatto*” [Cons. St., IV, 31.8.2018 n. 5129, Id., VI, 19.1.2018 n. 352]; analogamente quanto al giudizio di valutazione delle offerte tecniche negli appalti [Cons. St., III, 2.9.2019 n. 6058].

**In alcuni casi anche per gli incarichi direttivi conferiti dal CSM la giurisprudenza parla di discrezionalità tecnica** [Cons. St., IV, 31.3.2010 n. 1841; Id., IV, 11.9.2009 n. 5479 qualifica la procedura come concorso per titoli con una attività valutativa a carattere “tecnico-discrezionale”].

Al di là delle diverse categorie utilizzate “discrezionalità” o “discrezionalità tecnica”, l’ambito di penetrazione del sindacato giudiziale è ricostruito in modo identico: esame della corretta acquisizione e valutazione dei fatti, sindacato su vizi di istruttoria e motivazione, illogicità, irragionevolezza, travisamento, incoerenza.

Perciò appaiono più corrette le seguenti massime:

1) La tutela avverso le delibere del CSM è indefettibile, rientra nell’ambito dei principi supremi dell’ordinamento costituzionale (insuscettibili di soppressione con eventuali riforme costituzionali: cfr. Corte cost., 29.12.1988 n. 1146) e consente la proponibilità di ogni censura di legittimità da parte del magistrato, ivi compreso ogni profilo di eccesso di potere [Cons. St., IV, 29.2.2008 n. 771];

2) La legge assegna al C.S.M. un margine di apprezzamento particolarmente ampio e il sindacato del giudice amministrativo deve restare parametrico della valutazione degli elementi di fatto compiuta dalla pubblica amministrazione, senza evidenziare una diretta “*non divisibilità*” della valutazione stessa [Cons. St., V, 4.1.2019 n. 97; Id., V, 23.1.2018 n. 432; Id., V, 17.1.2018 n. 271; Cass., sez. un., 5.10.2015 n. 19787].

Più che di discrezionalità è corretto parlare di attività di giudizio con margine di apprezzamento, e limite della verifica giudiziale della valutazione compiuta dal soggetto preposto al giudizio (qui CSM), che si arresta alla soglia della opinabilità, e non può spingersi a dire se il giudizio divisibile o non divisibile. Il sindacato giudiziale si arresta quando non ci sono vizi della valutazione (omessa o insufficiente valutazione, illogicità della stessa), ma c’è un margine di opinabilità, e dunque è questione di divisibile/non divisibile.

Né sembra corretto ritenere che mentre nelle procedure concorsuali ordinarie c’è discrezionalità tecnica, in quelle del CSM c’è discrezionalità amministrativa giustificata dalla posizione costituzionale del CSM; una tesi che prova troppo, perché si può al contrario osservare che la indipendenza dei giudici e la soggezione solo alla legge impone il rispetto del principio di legalità anche quanto ai criteri di valutazione dei magistrati per gli incarichi direttivi; e la legge in concreto impone criteri di

valutazione più stringenti di quelli che la legge impone per altre procedure concorsuali, restringendo, piuttosto che ampliando, l'ambito valutativo lasciato al CSM.

Ma la questione non è nemmeno di ordine quantitativo, ma qualitativo: la scelta di candidati in una procedura concorsuale retta dal principio di legalità e dal criterio meritocratico, con criteri in buona parte predeterminati dalla legge, è attività di giudizio sorretta da regole tecniche (che tali sono i criteri misuratori di attitudine e merito) e non attività discrezionale.

Le massime tralaticie sopra riportate sono poste a cappello introduttivo di tutte le decisioni sia quelle che respingono i ricorsi sia quelle che li accolgono e annullano le delibere del CSM.

Tanto a conferma che il giudizio è in concreto un giudizio sui fatti e sulle valutazioni, in cui viene ripercorso l'iter logico istruttorio compiuto dal CSM senza alcun limite per il giudice di pieno accesso agli atti e fatti, e viene verificato se esso presenti lacune, difetti, incongruenze.

## **7. Casistica giudiziaria**

La giurisprudenza ha fornito alcune indicazioni sul modo di esercizio del sindacato del giudice amministrativo e sui vizi del provvedimento del CSM. Indicazioni che assolvono ad un ruolo di orientamento dell'azione dell'organo di autogoverno.

### **7.1. Il sindacato sui criteri fissati dal t.u. della dirigenza giudiziaria del CSM**

Si è già osservato che il potere "paranormativo" del CSM deve rispettare il principio di legalità, potendo specificare i criteri di legge, ma non derogarli o innovarli, entro questi limiti il giudice amministrativo può, senza esulare dai limiti della sua giurisdizione, annullare criteri fissati dal CSM *contra legem* [Cons. St. n. 4220/2017 confermata da Cass., sez. un., n. 18240/2018].

### **7.2. Gli indicatori specifici: la loro speciale rilevanza ma non imprescindibilità**

Si è affermato che *"le esperienze integranti indicatori specifici non devono necessariamente sussistere nel profilo del magistrato proposto, perché ad esse non si è attribuito carattere di imprescindibilità, ma solo di speciale rilievo nel giudizio comparativo tra i diversi aspiranti. A fronte, dunque, della circostanza che un candidato possa vantare indicatori specifici, lo "speciale rilievo" che essi rivestono implica solo che la valutazione del C.S.M. non possa mai prescindere, nel senso che la decisione di preferire, nella valutazione complessiva, un candidato ne sia privo (o sia in possesso di indicatori specifici meno significativi) richiede un particolare sforzo motivazionale, volto ad evidenziare, attraverso un puntuale esame del profilo curriculare, la maggiore "attitudine generale" o il particolare "merito" del candidato prescelto"* [Cons. St., V, 16.10.2017 n. 4786].

### **7.3. Il pregresso svolgimento di incarico direttivo o semidirettivo non è necessariamente criterio di preferenza**

Il giudice amministrativo riconosce la correttezza del criterio di effettività, ossia non rileva la sola titolarità formale di pregressi incarichi direttivi o semidirettivi. Il solo

dato formale dell'aver ricoperto funzioni direttive o semidirettive non assurge di per sé a criterio preferenziale poiché, in caso contrario, resterebbe precluso l'accesso a incarichi direttivi anche a magistrati che non abbiano mai prima svolto quelle funzioni e non sarebbe possibile valorizzare le capacità di organizzazione del lavoro e di direzione desumibili dalle funzioni esercitate [Cons. St., V, 23.8.2019 n. 5835; Id. V, 14.9.2017 n. 4345; Id., IV, 11.2.2016 n. 607; Id., IV, 24.5.2010 n. 3266: *“il mancato svolgimento di funzioni direttive non rappresenta un aspetto dirimente, di fronte al quale possano configurarsi posizioni di primazia degli aspiranti che, al contrario, abbiano ricoperto incarichi di natura dirigenziale (o anche semidirigenziale), in quanto una conclusione di questo tipo imporrebbe che l'accesso a un ufficio direttivo, nelle procedure ove sia presente almeno un titolare di incarico di analoga natura, sia riservato solamente al candidato che già tale posizione riveste, quasi si trattasse di una sorta di mobilità orizzontale”*].

#### **7.4. La valutazione e il peso degli indicatori specifici**

Si afferma la necessità di motivazione rafforzata del giudizio comparativo se si preferisce un candidato che non ha indicatori specifici o li ha di minor peso: *“l'espressa attribuzione – a priori – di uno “speciale rilievo” a determinati indici, (...), se certo non costituiva da sé sola (...) un requisito di legittimazione per l'accesso alle funzioni direttive di un ufficio giudicante di secondo grado, né avrebbe potuto determinare “l'automatica e incondizionata prevalenza del magistrato che li possiede rispetto a quello che non li possiede”, vincolava però l'organo di governo autonomo a prenderli espressamente in considerazione ed a puntualmente motivare sulle ragioni che, eventualmente, l'avessero indotto a ritenerli non rilevanti o comunque recessivi ai fini del giudizio di comparazione, tanto più ove si consideri che gli stessi non risultavano posseduti dai candidati portati alla valutazione del Plenum, ai fini dell'attribuzione dell'incarico di Presidente (...).*

*La previsione secondo cui gli indicatori specifici hanno “speciale rilievo” va dunque interpretata – come del resto evidenzia anche la relazione illustrativa del Testo unico – nel senso che gli “elementi e le circostanze sottese agli indicatori specifici, proprio per la loro più marcata attinenza al profilo professionale richiesto per il posto da ricoprire, abbiano un adeguato spazio valutativo e una rafforzata funzione selettiva”. Ne deriva che, laddove un candidato possa vantare indicatori specifici, lo “speciale rilievo” che essi rivestono implica che la valutazione del C.S.M. non possa mai prescindere, nel senso che la decisione di preferire, nella valutazione complessiva, un candidato che ne sia privo (o sia in possesso di indicatori specifici meno significativi) richiede un particolare sforzo motivazionale, volto ad evidenziare, attraverso un puntuale esame del profilo curriculare, la maggiore “attitudine generale” o il particolare “merito” del candidato prescelto, tanto perché “ i c.d. indicatori specifici sono criteri “settoriali”, in quanto rilevano ai fini della valutazione specifica dell'attitudine direttiva, ma non esauriscono l'intera figura professionale del magistrato, che deve essere, invece, ricostruita nella sua complessità, tenendo conto degli indicatori generali e del “merito” [Cons. St., V, 4.1.2019 n. 97, Vetrone c. CSM, annulla provvedimento del CSM; Id., V, 16.10.2017 n. 4786].*

## **7.5. Preferenza del candidato che non ha pregressi incarichi direttivi e onere motivazionale**

In caso di concorso per ufficio direttivo, la preferenza del candidato che non ha pregressi incarichi direttivi rispetto al candidato che vanta un pregresso incarico direttivo necessita di articolata motivazione per dimostrare la ritenuta non rilevanza dell'indicatore specifico, fermo il principio che il pregresso esercizio di funzioni direttive non dà automaticamente la prevalenza [Cons. St., V, 17.1.2018 n. 271, *Giovagnoli c. CSM e Musti, annulla provvedimento del CSM: "l'avvenuto esercizio, nella pienezza della qualifica, delle funzioni direttive, stante l'oggettiva maggior ampiezza, rilevanza e responsabilità rispetto a quelle semidirettive, non può ragionevolmente risultare tout court ininfluenza e privo di specifico apprezzamento. L'opposto assunto (...) porterebbe del resto alla paradossale conclusione che per assumere prevalenti attitudini sarebbe sufficiente anche la mera attività di «di coordinamento di posizioni tabellari o gruppi di lavoro», in posizione nemmeno semidirettiva: che per la stessa previsione sarebbe senz'altro assimilata all'avvenuto svolgimento di funzioni direttive perché contestualizzata nel medesimo ricordato indicatore. La conseguenza sarebbe paradossale perché, nella scelta per destinare a un ufficio direttivo, quanto ad attitudini banalizzerebbe il rilievo dell'avvenuto svolgimento di analoghe funzioni direttive, assimilato al coordinamento di posizioni tabellari o gruppi di lavoro, obliterando quanto attiene alla specificità di un'omologa (rispetto alla funzione messa a concorso) responsabilità dirigenziale, configurata per la sua specifica funzione dalla legge. Non solo: se, analogamente alla delibera impugnata, portata a divenire dominante su ogni altra valutazione, porterebbe in pratica alla vanificazione del pregresso svolgimento sia di funzioni direttive che di funzioni semidirettive. (...) Sussiste pertanto, insieme al difetto di motivazione, la lamentata violazione dell'art. 12, c. 10 e 11, d.lgs. n. 160/2006: a tenore dei due detti commi, infatti, «le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo» debbono essere valutate «specificamente»: ma questa specificità è stata invece senz'altro sostituita dall'assimilazione. Sempre alla luce di questa specificità, considerata ancora sub specie di difetto di motivazione, escluso l'automatismo dell'assimilazione delle qualifiche o posizioni, nella comparazione di candidati che hanno svolto funzioni di livello differente, uno direttive e l'altro semidirettive, anche alla luce del solo predetto indicatore il C.S.M. non può esimersi dall'esternare puntualmente, pur nella valutazione globale, le consistenti ragioni, basate sui fatti che hanno caratterizzato l'attività degli interessati, che portano ad accordare prevalenza a chi può vantare solo funzioni di livello inferiore e a pretermettere la diversa e superiore, e di consolidato periodo, esperienza altrui in qualifica superiore. (...)”].*

## **7.6. Valenza degli indicatori specifici indicati dalla legge**

Gli indicatori specifici direttamente fissati dalla legge non possono essere sminuiti valorizzando come profili di demerito elementi che rientrano come profilo di merito nell'indicatore specifico legale; in particolare art. 13 d.lgs. n. 159/2011 fissa per gli

incarichi direttivi e semidirettivi nella DNAA: a) abbiano svolto, anche non continuativamente, funzioni di pubblico ministero per almeno dieci anni (c.d. *requisiti di legittimazione*); b) vantino specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti in materia di criminalità organizzata e terroristica (c.d. *criteri di valutazione*, da riguardarsi quali prioritari ai fini del conferimento della carica). Sicché costituisce elemento di valutazione *ex lege* anche la pregressa appartenenza alla DNA, che pertanto non può essere in sede di valutazione del CSM sminuita perché la candidata non avrebbe svolto diretta attività di indagine (che esula dai compiti della DNA) [Cons. St., V, 5.3.2018 n. 1345, *De Simone c. CSM*, annulla conferimento incarico semidirettivo di Procuratore aggiunto della DNAA].

### **7.7. Illegittimità del criterio di preferenza del radicamento territoriale**

Non può utilizzarsi come criterio di preferenza il c.d. radicamento territoriale (ritenuto criterio atipico spurio e incongruo) la conoscenza dell'ufficio *ad quem* per esservi il concorrente già incardinato o avervi già prestato servizio, trattandosi di un criterio non previsto né dalla legge né dal t.u. sugli incarichi direttivi, e inoltre di criterio discriminatorio che contrasta con il principio costituzionale di eguaglianza e quello secondo cui i giudici si distinguono solo per diversità di funzioni [Cons. St., V, n. 4042/2018. “*la conoscenza dell'ufficio ad quem e del suo territorio, ivi prestando (...) già servizio (...) è (...) un profilo che non può – anche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza e della sua declinazione all'art. 51 Cost., come del principio dell'art. 107, c. 3, Cost. per cui i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni – assumere rilievo alcuno in uno scrutinio comparativo che è per sua natura su base nazionale e dunque non può che prescindere dal radicamento personale sul singolo territorio. Diversamente, sotto la veste della rinnovanda motivazione si introdurrebbe un criterio selettivo nuovo e atipico, spurio e incongruo rispetto all'impersonalità e uniformità degli uffici giudiziari; e si determinerebbe nei fatti un'asimmetria fatalmente incolmabile tra i candidati*”; n. 191/2019; 20.10.2018 n. 6137, *Laganà c. CSM, incarico di presidente di tribunale di Venezia*: non può essere “*attribuito rilievo preponderante, ai fini della dimostrazione delle capacità di gestione ed organizzative relative all'ufficio direttivo da attribuire, a un criterio non stabilito dalla legge, né dalle previsioni di matrice consiliare, consistente nel “radicamento territoriale” del magistrato: cioè nell'aver prestato il proprio servizio «interamente nel territorio veneto», in uffici «di dimensioni consistenti e da oramai diversi anni proprie nel peculiare ufficio di grandi dimensioni a concorso»*”].

### **7.8. Contraddittorietà di due valutazioni difformi ravvicinate nel tempo senza le ragioni del *revirement***

Sussiste il vizio di contraddittorietà laddove il CSM valuti il medesimo candidato in modo difforme in due ravvicinate procedure concorsuali senza dare conto delle ragioni sopravvenute che giustificano il *revirement* [Cons. St., V, 3.10.2018 n. 5696, *Nitti c. CSM e Di Maio, incarico direttivo di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trani, annulla delibera del CSM*: “*(...) dove cioè l'amministrazione manifesti di*



*discostarsi da conclusioni precedentemente rassegnate dall'organo competente a formulare le proposte di assegnazione dell'incarico: in un caso siffatto, invero, occorre anche dar manifesto e adeguato conto delle specifiche ragioni sopravvenute alla luce delle quali si è ritenuto di mutare orientamento, rispetto a una precedente valutazione regolarmente espressa dall'organo a ciò competente.*

*Appare coerente e conforme a ragione – e dunque essenziale per il valido manifestarsi dell'azione amministrativa – che l'amministrazione, nel riprendere in esame una medesima posizione, giustifichi il disparere rispetto alla precedente valutazione: il che può avvenire manifestando la giustificazione offerta da oggettivi e specifici fatti sopravvenuti, per a loro importanza idonei a fondare un tale revirement”; Cons. St., V, 18.6.2018 n. 3716, CSM c. Raineri, incarico semidirettivo di presidente di sezione di corte di appello di Milano, resta annullato il provvedimento del CSM: “Per quanto il nuovo procedimento di conferimento dell'incarico (di cui qui si verte) è distinto rispetto a quello nel cui ambito venne espresso il parere 1° giugno 2016, sta di fatto che si tratta dei medesimi soggetti e del medesimo oggetto. A fronte di che, un'elementare esigenza di coerenza e linearità complessiva dell'azione amministrativa impone un siffatto onere di giustificazione e motivazione. Diversamente, una valutazione che la legge vuole poggiata su parametri tecnici si presterebbe a divenire espressione di mera, oscillante a piacimento, volontà: con chiaro vulnus al generale principio di legalità che regge l'intera azione amministrativa, inclusa quella del C.S.M., e che nello Stato di diritto impone che l'amministrazione manifesti la coerenza e la plausibilità delle proprie opzioni. Non poteva dunque il Plenum, in una tale particolare situazione, prescindere dal proprio dato della precedente valutazione, benché espressa a solo livello di Commissione: e tanto più che si trattava di una valutazione recente. Si versava davanti alle medesime circostanze di fatto (di loro immutabili perché relative alla trascorsa carriera in magistratura) su cui la V Commissione, a quadro normativo invariato, aveva espresso quel chiaro giudizio comparativo: la legittimità e correttezza del quale mai risultano essere state oggetto di contestazione alcuna”].*

### **7.9. I significativi ritardi nell'attività giurisdizionale**

Va motivata la mancata rilevanza data ai significativi ritardi nell'attività giurisdizionale, con la precisazione che ai fini del conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi i ritardi significativi sono rilevanti anche se non assurgono alla consistenza rilevante a fini disciplinari; “nell'omettere, ai fini per i quali stava provvedendo, verifica e valutazione di fatti sintomatici di prima importanza pur acquisiti in istruttoria (l'esistenza di ritardi di deposito, anche cospicui, nonché due procedimenti disciplinari per ritardi nell'attività giurisdizionale, sebbene conclusi con provvedimenti di assoluzione” [Cons. St., V, 18.12.2017 n. 5933, *Carpino c. CSM*, annulla nomina di presidente di sezione di tribunale].

### **7.10. Il criterio dell'anzianità**

La giurisprudenza formatasi prima del nuovo 'tu sulla dirigenza giudiziaria riteneva che l'anzianità fosse un requisito da valutare con specifica motivazione nel caso di conferimento di incarico a candidato "fuori fascia", nel senso che fosse necessario "il possesso, da parte del candidato fuori " fascia ", di profili professionali di attitudine e di merito di pregnanza e significatività talmente evidenti e preclari, da poter agevolmente superare il confronto comparativo con gli altri candidati che lo precedono in ruolo" [Cons. St., IV, 24.5.2010 n. 3266: "*Quello del " particolare rilievo ", dunque, costituisce elemento eccezionale, riferibile a magistrati che si siano particolarmente distinti anzitutto e particolarmente nell'assolvimento delle funzioni giurisdizionali e tale eccezionalità deve essere adeguatamente evidenziata nel corpo della motivazione del parere della Commissione del CSM. (...) Con specifico riferimento alla c.d. "apertura della fascia" a candidati meno anziani, questa Sezione ha più volte sottolineato come - ferma restando l'ampia discrezionalità che connota le scelte del C.S.M. nella valutazione dei vari aspiranti alle funzioni ed agli uffici da conferire - essa vada adeguatamente motivata con riferimento ai presupposti cui la stessa normativa subprimaria la subordina; presupposti che possono consistere, in alternativa, o nello scardinamento del criterio preliminare e presuntivo di idoneità dei candidati della fascia, cioè nella constatata inadeguatezza dei candidati in fascia o nell'esistenza, di valenza preclara ed assorbente, di doti attitudinali e di merito di spiccato rilievo in capo al candidato meno anziano. Con la stessa giurisprudenza della Sezione si è anche precisato che le predette doti devono essere " spiccate ", tali da imporsi pressoché ictu oculi, cioè in misura talmente eclatante da far apparire inutile ogni ulteriore valutazione, indipendentemente, cioè, da una comparazione con gli eventuali altri candidati "fuori fascia" (...) Questa operazione, tuttavia, necessita pur sempre di un'adeguata ricognizione ed esposizione di tutti i profili professionali dei vari magistrati interessati al procedimento".].*

Nel nuovo t.u. sulla dirigenza giudiziaria, l'anzianità costituisce requisito di partecipazione alla procedura concorsuali, in quanto in base alla legge occorre, per ciascuna tipologia di incarico direttivo o semidirettivo, aver conseguito una certa valutazione di professionalità, e come è noto le valutazioni di professionalità si conseguono ogni 4 anni; tuttavia, una volta che a un dato incarico concorrano più candidati tutti in possesso del requisito minimo di anzianità (*recte*: della valutazione di professionalità prescritta) non vi è alcuna regola, né nella legge, né nel t.u. della dirigenza, che imponga di preferire i candidati con la più alta valutazione di professionalità; al contrario, l'anzianità non concorre come titolo sullo stesso piano del merito e dell'attitudine, ma è criterio residuale: l'art. 24 del t.u. dispone che "*1. È esclusa la rilevanza dell'anzianità quale parametro di valutazione. 2. Il periodo trascorso dal conferimento delle funzioni giudiziarie rileva solo come criterio di validazione dei requisiti delle attitudini e del merito, dei quali attesta la costanza, la persistenza e lo specifico valore. 3. In applicazione del criterio generale di cui all'art. 192, c. 4, r.d. n. 12/1941, nel caso in cui la valutazione comparativa fra due o più aspiranti al medesimo incarico si concluda con giudizio di equivalenza dei rispettivi profili professionali è dato rilievo, in via meramente residuale, alla maggiore anzianità nel ruolo della magistratura.*"

Dunque l'anzianità da un lato è requisito di partecipazione e non titolo, dall'altro lato è titolo residuale a parità degli altri requisiti di anzianità e merito.

Vi è poi un limitato rilievo non già dell'anzianità in quanto tale, ma del prolungato esercizio delle funzioni giurisdizionali: secondo l'art. 35 del t.u. sulla dirigenza giudiziaria, il positivo esercizio delle funzioni giudiziarie per almeno dieci anni, anche se non continuativi, a parità di condizioni, costituisce, di regola, elemento preferenziale per il conferimento delle funzioni direttive e semidirettive.

### **7.11. Gli incarichi extragiudiziari**

Nel vigore della disciplina del CSM anteriore al tu del 2015, la giurisprudenza amministrativa aveva dequotato la valenza degli incarichi extragiudiziari, anche se svolti nell'ambito Ministero della giustizia e/o del CSM, ritenendo che fossero sempre prevalenti gli incarichi giudiziari rispetto a quelli extragiudiziari [Cons. St., n. 3266/2010 cit.: *“il legislatore ha ritenuto di non consentire di attribuire a specifica valenza o significativa importanza ad incarichi di natura esterna, che, anche per il loro carattere fiduciario e non esclusivamente meritocratico ed oggettivo, non possono considerarsi ex se sintomi rivelatori di particolare attitudine e capacità di gestire un importante e visibile Ufficio Giudiziario in modo efficiente, indipendente ed imparziale. In ogni caso, anche nel nuovo assetto ordinamentale introdotto dalle novelle del 2006 e del 2007 (d.lgs. n. 160 e legge n. 111) il riferimento ai meriti ed alle attitudini dimostrate ed acquisiti in campo giudiziario appare prevalente e comunque non recessivo rispetto ad altri meriti acquisiti all'esterno dell'attività giurisdizionale.”*. Il principio di non discriminazione dei magistrati fuori ruolo, che possono comunque conseguire le valutazioni di professionalità, secondo tale giurisprudenza non si traduce in un titolo preferenziale: *“Da questo principio di non detrimento delle funzioni extragiurisdizionali non può, tuttavia, ricavarci neppure l'opposto criterio di preminenza o comunque significatività in ogni caso delle funzioni “ esterne “ espletate dal magistrato, ovvero di assoluta loro equiparazione ai magistrati collocati in fascia e che abbiano maturato titoli altrettanto significativi per qualitativamente costante e temporalmente duratura dedizione all'istituzione magistratuale”*]. Il nuovo t.u. sulla dirigenza giudiziaria indica in modo chiaro a quali condizioni sono valutabili gli incarichi extragiudiziari, secondo criteri di effettività, risultati e rilevanza per la funzione giurisdizionale ma da essa non può desumersi il primato degli incarichi giudiziari rispetto a quelli extragiudiziari, ferma la norma di chiusura sul positivo e prolungato esercizio delle funzioni giurisdizionali come normale criterio di preferenza (ma non inderogabile in assoluto) (art. 13 t.u.: *“1. L'attitudine organizzativa e le esperienze ordinamentali maturate attraverso attività professionali fuori del ruolo organico della magistratura sono valutate in concreto apprezzando: la natura e le competenze dell'ente conferente l'incarico, con particolare riguardo al Ministero della giustizia e agli organi costituzionali; l'attinenza del contenuto dell'incarico alla funzione giudiziaria; l'idoneità dell'incarico fuori ruolo all'acquisizione di competenze utili all'amministrazione della giustizia e i risultati effettivamente conseguiti. 2. Non sono, comunque, oggetto di valutazione, ai fini della verifica dell'attitudine organizzativa né possono rilevare ai*

*fini della maturazione di esperienze ordinamentali le altre esperienze maturate nell'ambito di incarichi elettivi di carattere politico a livello nazionale o locale, nonché quelle svolte nell'ambito del governo e, a qualsiasi titolo, negli enti territoriali (Regione, Provincia, Città Metropolitana e Comune) e presso gli organismi elettivi sovranazionali.”).*

**7.12. I fatti negativi che non hanno avuto rilievo penale o disciplinare** Per i fatti negativi privi di rilievo penale o disciplinare vi è la possibilità di autonoma valutazione da parte del CSM in senso difforme dalla sede penale o disciplinare, e in particolare in senso ostativo del conferimento dell'incarico [Cons. St., IV, n. 1841/2010 e n. 2098/2010 cit.: *“la valutazione per il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati comporti una considerazione complessiva, sebbene analitica nei vari profili dell'anzianità, del merito e delle attitudini, e quindi venga basata su una pluralità di elementi di fonte eterogenea, che difficilmente si prestano ad essere oggetto di un calcolo meramente aritmetico. Tale considerazione, unita alla rilevanza della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e della necessità che il sostrato fattuale venga adeguatamente provato, esclude che il Consiglio superiore della Magistratura sia vincolato dagli accertamenti operati in sede diverse, quali quella disciplinare o quella penale, se non nei limiti in cui dai detti procedimenti emergano profili idonei ad incidere la base di giudizio, escludendo l'effettiva esistenza di una circostanza. Il compito dell'organo di autogoverno è invero quello di valutare la persona del magistrato in vista dell'esplicazione delle funzioni direttive, e si avvale quindi di un modus operandi non omogeneo rispetto agli altri.*

*Sulla base di quanto appena evidenziato, la Sezione ritiene che non possa ritenersi errata la valutazione svolta dal C.S.M. sulle attitudini dell'appellato (...) in relazione all'incarico oggetto di conferimento.*

*4. - Come emerge dalla lettura dei documenti, la minor considerazione della posizione della parte appellata è stata fondata sull'esistenza di un rapporto privilegiato tra il procuratore (...) e l'imprenditore (...), provato dall'esistenza di intercettazioni telefoniche che hanno fatto risaltare elementi tali da indurre considerazioni non del tutto positive in rapporto al carattere di indipendenza e riserbo, connotati all'esercizio dell'attività giudiziaria. La detta fattispecie, sebbene non assurta a profilo rilevante dal punto di vista penale o disciplinare, è comunque fatto storicamente accertato e non confutato. Si tratta quindi di un elemento che il Consiglio superiore della Magistratura ben poteva porre a fondamento della propria decisione, indipendentemente dal fatto che fosse stato valutato in quelle sedi diverse con esiti favorevoli al procuratore ...”].*

### **7.13. Perdurante interesse al ricorso anche in caso di pensionamento**

L'avvenuto pensionamento del ricorrente contro il diniego di incarico direttivo o semidirettivo non elide il permanere dell'interesse, quantomeno “morale” al ricorso e non impedisce al giudice di pronunciarsi sullo stesso in sede di cognizione di legittimità, anche se in sede di ottemperanza non è più possibile conseguire

l'esecuzione in forma specifica con la nomina "ora per allora"; non rileva l'orientamento (della decisione delle Sezioni Unite n. 23302/2011, in parte peraltro successivamente rimeditato) laddove si è affermato (proprio muovendo dall'esame degli effetti dell'avvenuto pensionamento delle parti processuali private) che *"non vi era quindi più spazio per un provvedimento giurisdizionale di ottemperanza, volto ad imporre il compimento di un'attività amministrativa della quale non sussistevano più gli indispensabili presupposti, potendo invece la tutela del dott. S. esplicarsi nel naturale solco di una pretesa risarcitoria."*

Ciò in quanto ivi trattavasi di giudizio di ottemperanza "puro".

Per altro verso, ed a tutto concedere, permarrebbe l'interesse ad un accertamento della eventuale illegittimità del provvedimento gravato, nei termini scolpiti ex art. 34 c. 3 c.p.a. [Cons. St., IV, 6.10.2014 n. 4987].

Cons. St., IV, 10.7.2014 n. 3501 nel noto caso Vittoria, in parte qua confermata dalle sez. un., afferma che il collocamento in congedo non fa per ciò solo venir meno l'interesse a vedere riconosciuti i propri meriti a meno di voler sostenere che la quiescenza faccia automaticamente venire meno ogni interesse morale ai dovuti riconoscimenti alla propria carriera. *"Né si vede come ciò possa vulnerare le prerogative dell'Amministrazione resistente dal momento che la delibera ora per allora non potrebbe incidere né sull'appellante né sul controinteressato ambedue da tempo a riposo."*

*La tesi opposta propugnata dall'Amministrazione porta alla conseguenza di ritenere recessivo il primario valore di un giusto processo cui è inscindibilmente legata la conseguente attuazione della decisione rispetto ad un supposto vulnus alle prerogative del C.S.M. in tema di organizzazione degli uffici giudiziari vulnus che tuttavia nella fattispecie non avrebbe alcuna possibilità di verificarsi.*

*Appare altresì ininfluyente a questi fini la considerazione che per effetto del pensionamento l'incarico non sia più conferibile e che l'unico risultato pratico sia conseguibile sul piano economico del trattamento di quiescenza azionabile in altra sede e nei confronti di altra amministrazione.*

*La tesi sostenuta dalla difesa dell'amministrazione oblitera alcune considerazioni.*

*Innanzitutto, come già accennato, trascura il fondamentale principio processuale e, prima di esso di civiltà giuridica, secondo cui chi ha ottenuto una decisione definitiva favorevole ha il diritto di vederla messa in esecuzione con l'actio iudicati sia in campo civile (art. 2953 c.c.) sia in campo amministrativo (art. 112 c.p.a.).*

*Ovviamente l'esecuzione del giudicato specie se in forma specifica incontra - come già accennato - i noti limiti dell'impossibilità di conseguire la res specifica ad esempio perché distrutta, quello della infungibilità dell'obbligo di fare, quello del nocimento all'economia nazionale (art. 2930 - 2933 c.c.).*

*Nessun motivo ostativo del genere ricorre con tutta evidenza nella fattispecie in esame in cui si tratta di reiterare una semplice attività amministrativa peraltro di routinario espletamento nell'ambito delle attribuzioni della P.A. convenuta.*

*Non si vede infine come sia possibile in altra sede conseguire il trattamento economico corrispondente all'incarico cui aspirava il ricorrente.*

*E' infatti evidente che il trattamento economico corrispondente presuppone il previo necessario riconoscimento, ora per allora, del diritto a ricoprire il più elevato incarico.*

*Se si esclude nel presente giudizio la possibilità di intervento del C.S.M. non si riesce a comprendere in quale altra sede l'interessato potrebbe azionare le proprie pretese. Trattandosi di personale in quiescenza l'unica possibile alternativa consiste nel ricorso al giudice delle pensioni ricorso che peraltro, a questi fini, non sarebbe possibile azionare.*

*Le Sezioni Unite della Cassazione (v. 18076/2009) infatti hanno sempre affermato: "E' vero che, secondo la giurisprudenza di queste Sezioni unite, la Corte dei conti, in sede di giurisdizione esclusiva sui provvedimenti inerenti al diritto, alla misura ed alla decorrenza della pensione dei pubblici dipendenti (nonché degli altri assegni che ne costituiscono parte integrante), ha il potere-dovere di delibare gli atti amministrativi intervenuti nel pregresso rapporto d'impiego, inerenti allo status del dipendente ed al suo trattamento economico, al fine di stabilirne la rilevanza sul trattamento di quiescenza, ma non può decidere, neppure in via incidentale, sulla legittimità di detti atti, trattandosi di questione pregiudiziale che è devoluta alla giurisdizione del giudice del rapporto d'impiego, ove gli atti medesimi siano ancora impugnabili, e che resta preclusa, quando essi siano divenuti definitivi in conseguenza di mancata impugnazione (o di giudicato). E l'inosservanza da parte della Corte dei conti del suddetto divieto, in quanto attinente ai limiti esterni delle sue attribuzioni giurisdizionali, è denunciarle con ricorso alle Sezioni unite della Corte di Cassazione (sentenze n. 6084/1982, 7293/1983, 99/1999)".*

*Se quindi il giudice delle pensioni nel caso di specie non ha la giurisdizione; se il giudice amministrativo (nella tesi del C.S.M.) neppure ha la giurisdizione; se anche il C.S.M. potesse legittimamente rifiutarsi di procedere ad una valutazione ora per allora; se ne dovrebbe concludere per l'esistenza di una inammissibile patologia dello stato di diritto poiché all'interessato verrebbe così indebitamente e contemporaneamente negata la soddisfazione economica e morale.*

*Per quanto finora rilevato, ritiene la Sezione che un'eventuale pronuncia limitata in questa sede all'accertamento dell'eventuale illegittimità della determinazione plenaria in contestazione, con conseguente declaratoria limitata al suo annullamento, non possa essere ritenuta di per sé preclusa dal veduto arresto della Suprema Corte."*

*Le sez. un., confermando tale decisione, hanno espresso il seguente principio di diritto: "In caso di concorso bandito dal Consiglio Superiore della magistratura per l'attribuzione di un incarico giudiziario non travalica i limiti esterni della giurisdizione il Consiglio di Stato che, nell'esercizio dell'ordinaria cognizione di legittimità in grado d'appello avverso una sentenza del TAR, si pronunci sull'appello, e quindi anche sulla legittimità della delibera del CSM, quando il magistrato ricorrente non sia più nel ruolo della magistratura per sopravvenuto collocamento in quiescenza ancorché tale ultima circostanza non consenta successivamente, senza che risultino superati i limiti esterni della giurisdizione, al giudice amministrativo, adito in sede di ottemperanza, di ordinare al CSM di assegnare il posto ora per*

*allora al magistrato vittorioso nel giudizio amministrativo” [Cass., sez. un., 5.10.2015 n. 19787].*

## **8. Profili di rito**

E' prevista la competenza territoriale del Tar Lazio, e il rito abbreviato dell'art. 119 c.p.a. (art. 17 l. n. 195/1958).

## **9. Ottemperanza dei giudicati che annullano delibere del CSM**

Cinque sono i temi di maggiore ricorrenza in sede di contenzioso sull'esecuzione da parte del CSM dei giudicati di annullamento di nomine a incarichi direttivi e semidirettivi:

- a) il carattere autoesecutivo delle sentenze di annullamento e gli ulteriori effetti conformativi;
- b) l'adozione di provvedimenti violativi/elusivi del giudicato ovvero di provvedimenti affetti da vizi nuovi in ambiti non toccati dal giudicato e conseguentemente la tipologia di rimedi esperibili dopo un primo giudicato e l'ambito dei poteri del giudice amministrativo;
- c) la portata del “vincolo conformativo” del giudicato di annullamento per difetto di motivazione;
- d) le sopravvenienze e segnatamente il pensionamento del vincitore, con conseguente impossibilità di esecuzione del giudicato in forma specifica;
- e) le norme speciali del giudizio di ottemperanza nei confronti del CSM introdotte dal d.l. n. 114/2014.

### **9.1. Sentenze autoesecutive e effetti conformativi**

In relazione al primo aspetto, si è affermato che nella parte di annullamento, le sentenze del giudice amministrativo sono autoesecutive, producono cioè l'effetto immediato della cessazione dell'incarico annullato, senza bisogno della mediazione di ulteriori atti del CSM. Si è così specificato che *“l'effetto delle sentenze di annullamento del giudice amministrativo nella materia qui in scrutinio comportano l'eliminazione della delibera gravata dal mondo giuridico e, in parte qua, sono senz'altro autoesecutive: l'effetto giuridico si realizza immediatamente ed esclusivamente mediante l'emanazione della statuizione di annullamento da parte del giudice, senza bisogno che l'Amministrazione compia una consequenziale attività, materiale ovvero giuridica. Il principio trova un preciso addentellato normativo negli articoli 33, c. 2 c.p.a., che scolpisce il carattere dell'esecutività delle sentenze di primo grado e 111 c.p.a., che consente allo stesso Consiglio di Stato, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, di sospendere gli effetti della sentenza impugnata. Dalla sentenza di annullamento possono certamente discendere anche obblighi ripristinatori e conformativi per l'Amministrazione, derivanti dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, ma tali effetti sono un quid pluris rispetto all'effetto demolitorio, per ciò stesso autoesecutivo. (...) tali effetti si aggiungano eventualmente al primario effetto demolitorio, e non comportino certo la sospensione di quest'ultimo derivante ex lege dalla sentenza, in attesa che la parte resistente si determini a dare osservanza agli ulteriori suoi obblighi. La delibera del*

*CSM annullata dal T.A.R. è invece fondata sul convincimento che l'effetto demolitorio che discende della sentenza di annullamento del giudice amministrativo non sia in grado di prodursi autonomamente, ma necessiti sempre e comunque di una consequenziale attività da parte dell'Amministrazione. In concreto, il Consiglio superiore della Magistratura utilizza un'affermazione valevole in relazione all'eventuale fase successiva dell'esecuzione del giudicato per eliminare anche gli effetti immediati della pronuncia demolitoria, che invece non necessitano di alcun adempimento amministrativo. Affermare ciò equivale a svuotare le sentenze di annullamento del giudice amministrativo del loro contenuto precettivo, e costruire un effetto demolitorio come un quid pluris rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione, con la conseguenza che una simile statuizione, incapace di spiegare autonomamente la propria forza demolitoria, sarebbe con tutta evidenza inutiliter data. Se poi tale affermazione fosse circoscritta, come pare esserlo, alle sole delibere del CSM di annullamento del conferimento di uffici direttivi magistratuali, ciò significherebbe ritagliare un effetto demolitorio ad hoc solo per tali atti, sottraendoli in sostanza al sindacato del giudice amministrativo. Gli effetti conformativi e ripristinatori non sono dunque effetti indefettibili della sentenza di annullamento, che ben può esaurirsi (...) nel mero effetto demolitorio, di talché l'annullamento non potrà che essere ex se operante, non dovendo attendere alcuna successiva attività conformativa o ripristinatoria" [Cons. St., IV, 26.8.2014 n. 4293].*

## **9.2. Violazione ed elusione del giudicato, vizi relativi al giudicato e vizi nuovi**

Si può dare il caso, più di scuola che frequente nella prassi, della totale inerzia del CSM: di agevole soluzione con un ordine di esecuzione e assegnazione di un termine.

Vi è poi il caso di reiterazione del provvedimento con medesimo contenuto dispositivo previa nuova istruttoria e/o con più articolata e argomentata motivazione.

Se il vizio riscontrato dal giudicato di cognizione è il difetto di motivazione, il provvedimento può essere reiterato con il medesimo contenuto dispositivo, emendando il vizio di motivazione. La correzione deve però essere sostanziale e non invece affidata ad una motivazione solo apparente e formale, per quanto articolata e argomentata. Se così fosse, si incorrerebbe nel vizio di violazione o elusione del giudicato, con sanzione di nullità del nuovo provvedimento.

Occorre anche stabilire il discrimine tra nuovo provvedimento violativo/elusivo del giudicato e nuovo provvedimento (post giudicato) affetto da vizi autonomi, distinzione che rileva per i rimedi esperibili e i poteri del giudice adito (nel primo caso ricorso per ottemperanza, con sindacato del giudice amministrativo esteso al merito e potere sostitutivo, nel secondo caso ricorso di legittimità e sindacato del giudice amministrativo di sola legittimità).

Il discrimine discende dall'effetto conformativo del giudicato: se l'attività dell'amministrazione si pone in collegamento funzionale con l'esecuzione del giudicato, viene in questione una violazione o elusione del giudicato, altrimenti un vizio proprio del provvedimento.



Il discrimine, chiaro in astratto, può essere in concreto di difficile enucleazione; e inoltre si danno casi di duplicità di vizi del nuovo provvedimento: in parte per violazione/elusione del giudicato, in parte vizi nuovi e autonomi.

Alla luce di un più generale orientamento della Plenaria [Cons. St., ad. plen., 15.1.2013 n. 2], non può essere impedito all'interessato, nei casi dubbi di esperire entrambe le azioni, separatamente o congiuntamente spettando poi al giudice la corretta qualificazione, verificando se ricorre una sola tipologia di vizi o entrambe le tipologie e provvedendo se del caso alla conversione del rito. Ha infatti ritenuto in generale la plenaria che *“l'instaurazione di due distinti giudizi - che è conseguenza di una incertezza derivante dallo stesso ordinamento processuale - non elimina la sostanziale unicità di una domanda che presuppone implicitamente la richiesta al giudice, insieme all'esame della natura della patologia dell'atto, la corretta qualificazione della tipologia dell'azione”*; con l'ulteriore corollario per cui il detto esame non potrebbe utilmente avvenire *“se non attraverso un esame congiunto e comparativo delle due domande, ancorché le stesse introducano - per effetto del sistema processuale vigente - due giudizi tipologicamente distinti, l'uno di cognizione l'altro di ottemperanza”*<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Più in dettaglio, secondo la plenaria n. 2/2013, il c.p.a. mostra un *favor* per la concentrazione nell'alveo del giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato e che siano afferenti alla sua esecuzione: senonché – in armonia con i pregressi approdi giurisprudenziali – è stato ritenuto che tale *favor* non potesse spingersi al punto “di poter affermare che qualsiasi provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, e che non sia satisfattivo della pretesa del ricorrente vittorioso, debba essere portato davanti al solo giudice dell'ottemperanza “(con ciò ribadendosi la validità dell'insegnamento per cui ove il nuovo atto successivo al giudicato non sia elusivo o in violazione del giudicato, ma autonomamente lesivo, poiché va a coprire spazi lasciati vuoti dal giudicato, l'azione corretta, , è quella del ricorso ordinario di cognizione”- cfr, in questo senso, anche la prima giurisprudenza formatasi dopo l'entrata in vigore del c.p.a.: Cons. St., VI, 15.11.2010 n. 8053).

Si è quindi innanzitutto stabilito che, per consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere conseguente ad un giudicato, le doglianze relative vengano dedotte (soltanto, ed una sola volta) davanti al giudice dell'ottemperanza, in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza (ma anche in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto - quale è la nullità - ex art. 21 *septies* della legge generale sul procedimento amministrativo).

Il giudice adito (che deve essere quindi quello dell'ottemperanza) è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisorii.

Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, -dichiarandone così la nullità- a tale dichiarazione non potrà che seguire la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda (quella, cioè volta a sollecitare un giudizio di “semplice” illegittimità dell'atto gravato) .

Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione ex art. 32, c. 2, c.p.a.

Giova ribadire che l'Adunanza Plenaria ha anche opportunamente precisato che condizione indispensabile perché possa aver luogo la conversione riposa nella necessità che l'azione sia proposta non già entro il termine

Le sez. un. hanno, proprio in materia di ottemperanza di giudicati su delibere del CSM relative ad incarichi direttivi, ammesso il doppio binario ferma la diversa natura dei poteri del giudice amministrativo nei due tipi di azione: *“Non sussiste eccesso di potere giurisdizionale ove - in caso di duplice impugnativa dello stesso atto amministrativo sia con ricorso per ottemperanza sia con ordinario ricorso in sede di legittimità - il Consiglio di Stato, dopo essersi pronunciato, rigettandolo, sul ricorso per ottemperanza, si pronunci nuovamente in sede di appello avverso la sentenza di primo grado del TAR che abbia deciso il ricorso ordinario”* [Cass., sez. un., 5.10.2015 n. 19787].

In sintesi, se ci sono entrambe le tipologie di vizi e vengono esperite due azioni, il giudice amministrativo correttamente si pronuncia su entrambe senza che la pronuncia su una “consumi” il potere-dovere di pronunciarsi sull’altra, e senza dunque che si incorra in *bis in idem*.

Resta fermo che in sede di giudizio di cognizione il giudice amministrativo non può sostituirsi all’Amministrazione ed esercitare i poteri di merito che gli spettano nel giudizio di ottemperanza, e ove lo faccia incorre in eccesso di potere giurisdizionale sindacabile dalle sez. un.

Con riferimento alla nozione di violazione/elusione del giudicato, in una vicenda di annullamento di una nomina a procuratore della repubblica, dopo un primo annullamento giurisdizionale per omessa motivazione sulla prevalenza del candidato che non aveva funzioni direttive su quello che le aveva, sono stati ritenuti nulli per elusione del giudicato due successivi provvedimenti reiterativi del medesimo contenuto dispositivo, in quanto non era stato osservato il precetto del giudicato che imponeva la considerazione specifica delle funzioni direttive svolte, e conseguentemente specifici argomenti per ritenerle minusvalenti rispetto agli altri indicatori [Cons. St., V, 2.7.2018 n. 4042, ordina ottemperanza di Cons. St., V, n. 271/2018: *“in tema di conformazione al giudicato dell’attività successiva dell’amministrazione, in caso di avvenuto annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione, residua spazio per il riesercizio dell’attività valutativa dell’amministrazione; e se si elimina il vizio motivazionale e, ciò nonostante, si adotta un atto parimenti non soddisfattivo della pretesa nei sensi definiti in sentenza, potrà esservi violazione o elusione del giudicato se l’attività, asseritamente esecutiva dell’Amministrazione, risulti contrassegnata da sviamento perché diretta ad eludere prescrizioni stabilite dal giudicato; altrimenti viene in rilievo un’ipotetica nuova illegittimità, l’atto adottato in riesercizio del potere potendo essere viziato da illegittimità propria e autonoma (sindacabile in sede di legittimità: e sempre che non ricorra il caso dell’assorbimento di cui a Cons. St., ad. plen., 15.1.2013 n. 2)].*

Nel merito, tale decisione ritiene nullo il nuovo provvedimento reiterativo del precedente, ritenendo che sia stata reiterata la mancata considerazione delle pregresse funzioni direttive in capo a uno solo dei candidati: *“La comparazione delle posizioni*

---

proprio dell’*actio iudicati* (dieci anni, ex art. 114, c. 1, cui rinvia l’art. 31, c. 4, c.p.a.), ma entro il termine di decadenza previsto dall’art. 41 c.p.a.

*del ricorrente e della controinteressata ora effettuata dal C.S.M. non è formalmente tale da giustificare la prevalenza della dott.ssa Musti alla luce di siffatta violazione di legge (rammenta la sentenza che a tenore dei due detti commi, «le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo» vanno valutate «specificamente»: specificità che invece era stata sostituita dall'assimilazione; e, quanto al difetto di motivazione, la sentenza aveva rilevato che alla luce di detta specificità, escluso l'automatismo dell'assimilazione di qualifiche o posizioni, nella comparazione di candidati che hanno svolto funzioni di livello differente, direttive e semidirettive, anche alla luce del solo detto indicatore il C.S.M. doveva esternare puntualmente, pur nella valutazione globale, le consistenti ragioni, basate sui fatti che avevano caratterizzato l'attività degli interessati, portanti ad accordare prevalenza a chi può vantare solo funzioni di livello inferiore e a pretermettere la diversa e superiore, e di consolidato periodo, esperienza altrui in qualifica superiore).*

*Il solo elemento differenziale tra i due che ora viene fatto emergere è la conoscenza dell'ufficio ad quem e del suo territorio, ivi prestando ella già servizio.*

*Ma è questo un profilo che non può – anche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza e della sua declinazione all'art. 51 Cost., come del principio dell'art. 107, c. 3, Cost. per cui i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni - assumere rilievo alcuno in uno scrutinio comparativo che è per sua natura su base nazionale e dunque non può che prescindere dal radicamento personale sul singolo territorio. Diversamente, sotto la veste della rinnovanda motivazione si introdurrebbe un criterio selettivo nuovo e atipico, spurio e incongruo rispetto all'impersonalità e uniformità degli uffici giudiziari; e si determinerebbe nei fatti un'asimmetria fatalmente incolmabile tra i candidati.*

*È da sottolineare che nemmeno alla previa conoscenza, da parte del candidato, dell'ufficio singolo si riferisce il punto 4.1 del pertinente Testo unico sulla dirigenza giudiziaria del 2010 (circolare del C.S.M. 3.8.2010 n. P-19244), secondo cui la valutazione comparativa deve tendere «al fine di proporre 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»: previsione che va letta oggettivamente, come preposizione ad un ufficio del soggetto più adatto in relazione alle caratteristiche specifiche del tipo generale di ufficio da ricoprire, non già del singolo, determinato ufficio.*

*Al contrario, invece, la nuova delibera consiliare continua - rinnovando senz'altro i vizi riscontrati in quella annullata - a manifestamente non riconoscere il dovuto rilievo alla patente diversità di funzioni, e inerenti responsabilità, già svolte dai due candidati e in particolare alle funzioni direttive svolte dal solo dott. Giovagnoli. Anche a, ipoteticamente, guardare soltanto alla prospettiva della capacità organizzativa, come emerge dalla sentenza, è manifestamente irragionevole negare che maggiore sia l'impegno profuso dal titolare di funzioni direttive. Valgono per il resto le considerazioni svolte dall'ottemperanda sentenza. Né può essere razionalmente pretermesso il significativo rilievo della circostanza che lo stesso C.S.M., ai sensi dell'art. 45 d.lgs. n. 160 del 2006, aveva a suo tempo motivatamente confermato come*

*idoneo, dopo il primo quadriennio, il dott. Giovagnoli nell'ufficio direttivo: giudizio di manifesto rilievo consiliare ed evidentemente qui non obliabile riguardo a quanto aveva accertato".*

*Cons. St., V, 4.1.2019 n. 108 sulla medesima vicenda: "La comparazione delle posizioni del ricorrente e della controinteressata ora effettuata dal C.S.M. non è formalmente tale da giustificare la prevalenza della dott.ssa Musti alla luce di siffatta violazione di legge (rammenta la sentenza che a tenore dei due detti commi, «le pregresse esperienze di direzione, di organizzazione, di collaborazione e di coordinamento investigativo» vanno valutate «specificamente»: specificità che invece era stata sostituita dall'assimilazione; e, quanto al difetto di motivazione, la sentenza aveva rilevato che alla luce di detta specificità, escluso l'automatismo dell'assimilazione di qualifiche o posizioni, nella comparazione di candidati che hanno svolto funzioni di livello differente, direttive e semidirettive, anche alla luce del solo detto indicatore il C.S.M. doveva esternare puntualmente, pur nella valutazione globale, le consistenti ragioni, basate sui fatti che avevano caratterizzato l'attività degli interessati, portanti ad accordare prevalenza a chi può vantare solo funzioni di livello inferiore e a pretermettere la diversa e superiore, e di consolidato periodo, esperienza altrui in qualifica superiore).*

*Il solo elemento differenziale tra i due che ora viene fatto emergere è la conoscenza dell'ufficio ad quem e del suo territorio, ivi prestando ella già servizio.*

*Ma è questo un profilo che non può – anche alla luce del principio costituzionale di eguaglianza e della sua declinazione all'art. 51 Cost., come del principio dell'art. 107, c. 3, Cost. per cui i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni - assumere rilievo alcuno in uno scrutinio comparativo che è per sua natura su base nazionale e dunque non può che prescindere dal radicamento personale sul singolo territorio. Diversamente, sotto la veste della rinnovanda motivazione si introdurrebbe un criterio selettivo nuovo e atipico, spurio e incongruo rispetto all'impersonalità e uniformità degli uffici giudiziari; e si determinerebbe nei fatti un'asimmetria fatalmente incolmabile tra i candidati.*

*È da sottolineare che nemmeno alla previa conoscenza, da parte del candidato, dell'ufficio singolo si riferisce il punto 4.1 del pertinente Testo unico sulla dirigenza giudiziaria del 2010 (circolare del C.S.M. 3.8.2010 n. P-19244), secondo cui la valutazione comparativa deve tendere «al fine di proporre 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»: previsione che va letta oggettivamente, come preposizione ad un ufficio del soggetto più adatto in relazione alle caratteristiche specifiche del tipo generale di ufficio da ricoprire, non già del singolo, determinato ufficio.*

*Al contrario, invece, la nuova delibera consiliare continua - rinnovando senz'altro i vizi riscontrati in quella annullata - a manifestamente non riconoscere il dovuto rilievo alla patente diversità di funzioni, e inerenti responsabilità, già svolte dai due candidati e in particolare alle funzioni direttive svolte dal solo dott. Giovagnoli. Anche a, ipoteticamente, guardare soltanto alla prospettiva della capacità organizzativa, come emerge dalla sentenza, è manifestamente irragionevole negare che maggiore sia*

*l'impegno profuso dal titolare di funzioni direttive. Valgono per il resto le considerazioni svolte dall'ottemperanda sentenza. Né può essere razionalmente pretermesso il significativo rilievo della circostanza che lo stesso C.S.M., ai sensi dell'art. 45 d.lgs. n. 160 del 2006, aveva a suo tempo motivatamente confermato come idoneo, dopo il primo quadriennio, il dott. Giovagnoli nell'ufficio direttivo: giudizio di manifesto rilievo consiliare ed evidentemente qui non obliterabile riguardo a quanto aveva accertato”.*

### 9.3. Vincolo conformativo del giudicato di annullamento per difetto di motivazione

Si è affermato che il giudicato di annullamento per difetto di motivazione enuncia specifici difetti della motivazione e conforma l'attività esecutiva nel senso che è doveroso emendare gli specifici vizi riscontrati, ma non adottare una motivazione del tutto nuova e avulsa dalla precedente valutazione.

Si è così osservato che da un giudicato di annullamento per difetto di motivazione *“deriva l'obbligo per l'amministrazione di rinnovare il potere esercitato in modo illegittimo, ora deprivato delle ragioni invalidanti, e cioè attraverso una motivazione che risulti adeguata e sufficiente rispetto ai presupposti sostanziali che erano stati presi in valutazione. Nel rinnovare il giudizio, l'Amministrazione deve sottrarsi al sospetto di elusione mediante la ricerca di un'addizione motivazionale sostitutiva, da applicare a una decisione sostanziale che resta in realtà già preacquisita: addizione semplicemente surrogatoria di quella precedente dichiarata illegittima e dunque venuta meno. Con ciò obliterando che – specie dopo l'innovazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990, che ha elevato il vizio di motivazione a violazione di legge, vale a dire a difetto di un elemento strutturale del provvedimento – la motivazione compone una caratteristica fondativa e intrinseca dell'atto, perché esterna il plausibile ragionamento che ha mosso e condotto l'amministrazione alla scelta: e con cui l'amministrazione esprime, a giustificazione e trasparenza del proprio operato, la scelta fatta che incide sui destinatari della sua azione. Questo significa che non è legittimo, nel caso di intervenuto annullamento giurisdizionale per un vizio di motivazione, semplicemente sostituire una motivazione con un'altra del tutto nuova che, in surroga dell'illegittima, automaticamente conduca al medesimo risultato pratico, quasi si tratti di elementi estrinseci e aggiuntivi all'atto, fungibili o intercambiabili. Al contrario, occorre ripercorrere l'intero ragionamento alla base delle valutazioni già fatte, espungendone quanto accertato illegittimo e valutando quanto residua di ciò che era stato acquisito: che è ciò di cui l'amministrazione era adeguatamente a conoscenza e responsabilmente stimava rilevante al momento delle sue determinazioni. Vero è che l'annullamento giurisdizionale cassa l'atto illegittimo: ma ciò avviene per specifiche e circoscritte ragioni di accertata illegittimità, che verrebbero vanificate se all'amministrazione fosse dato – come fosse stata introdotta una tabula rasa - di dismettere la considerazione della rilevanza da essa già responsabilmente data agli altri, non illegittimi, elementi che aveva assunto da ponderare ai fini decisori, per sostituirli con altri e nuovi elementi, dando luogo ad*

*una banalizzazione, potenzialmente ad infinitum, del vizio di motivazione definitivamente accertato in giustizia” [Cons. St., V, 4.1.2019 n. 108].*

#### **9.4. Le sopravvenienze e segnatamente il pensionamento del contendente**

Quanto alle sopravvenienze, e segnatamente al pensionamento del magistrato ricorrente, occorre prendere le mosse dalla decisione delle sez. un., 9.11.2011 n. 23302 [seguita da Cass., sez. un., 19.1.2012 n. 736], che ritenne che in sede di ottemperanza a un giudicato di annullamento di incarico direttivo, il giudice amministrativo non potesse ordinare al CSM di provvedere alla nomina “ora per allora” essendovi la impossibilità fattuale che il nominato prendesse servizio. In quel caso le sez. un. ritennero esservi una particolare ipotesi di travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione allorché il giudice amministrativo conformi l'agire della pubblica amministrazione in un contenuto "impossibile" essendo la vicenda ormai "chiusa" con il definitivo accertamento dell'illegittimità del provvedimento annullato in sede di cognizione e non sussistendo più le condizioni perché la pubblica amministrazione possa provvedere ancora sicché la tutela dell'interesse legittimo violato, non più realizzabile nella forma (specifica) dell'ottemperanza, è indirizzata verso quella compensativa e risarcitoria.

Tale orientamento ha avuto un successivo parziale ridimensionamento mediante alcune precisazioni:

a) se non vi è già il pensionamento ma semplicemente il ricorrente vittorioso sia “prossimo alle pensioni” perdura l'interesse alla nomina “ora per allora” e non vi è una oggettiva impossibilità di una pronuncia che ordini al CSM di provvedere alla nomina ora per allora [Cass., sez. un., 2.2.2015 n. 1823];

b), in sede di cognizione il giudice amministrativo può pronunciarsi anche se è sopravvenuto il pensionamento del ricorrente; invero, ferma la impossibilità di conseguire la nomina dopo il pensionamento, residuano sia un interesse morale che un interesse risarcitorio, che giustificano una pronuncia di cognizione; e in tal caso in sede di cognizione il giudice amministrativo “non conforma” la successiva attività del CSM imponendo un esito vincolato di nomina ora per allora [v. sez. un., n. 19787/2015, cit.]; le sez. un. nel 2015, pur ribadendo e facendo proprio il principio espresso nel 2011, ne delimitano l'ambito al solo giudizio di ottemperanza: *“il principio affermato da Cass., sez. un., 9.11.2011 n. 23302, e qui ribadito, non riguarda l'ordinario giudizio di legittimità, ma solo quello di ottemperanza e limitatamente all'ottemperanza consistente nell'assegnazione dell'incarico giudiziario ora per allora ad un magistrato in concorso che sia ormai in quiescenza. Si ha invece che la circostanza del sopravvenuto collocamento in quiescenza dei magistrati in competizione nella procedura concorsuale non esime il giudice amministrativo, investito della legittimità della delibera del CSM impugnata da uno dei magistrati concorrenti, dal pronunciarsi nel merito delle censure (per violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza) anche se tale circostanza sopravvenuta non consentirà, in caso di accoglimento dell'impugnativa, un'ottemperanza in forma specifica con l'assegnazione, ora per allora, dell'incarico giudiziario”.*

In sintesi il discrimine è dato dalla sede in cui il giudice amministrativo si pronuncia: in sede di cognizione non viene meno l'interesse alla decisione per effetto del pensionamento, dato che l'esecuzione resta possibile per equivalente; nella sede dell'ottemperanza, invece, non potrà essere chiesta l'esecuzione in forma specifica in caso di vicenda "chiusa" per effetto del decorso del tempo che determini una impossibilità fattuale di conseguire la nomina per effetto del pensionamento.

### 9.5. L'ottemperanza speciale per il CSM

Quanto, infine, alle norme speciali del giudizio di ottemperanza nei confronti del CSM, l'art. 17, l. n. 195/1958, come novellato dal d.l. n. 90/2014 conv. in l. n. 114/2014, ha previsto una **limitazione dell'ottemperanza** con riferimento ai provvedimenti concernenti il **conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi ai magistrati ordinari**. Per essi, oltre a prevedersi che si segue il rito dell'art. 119 c.p.a., si stabilisce che il giudice amministrativo, nel caso di azione di ottemperanza, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lett. a) e c) dell'art. 114, c. 4, c.p.a.

Le nuove previsioni mirano da un lato ad accelerare la definizione di **contenziosi di particolare urgenza** (atteso che scoperture e contenziosi su incarichi direttivi degli uffici giudiziari possono essere nocivi per il buon andamento degli uffici medesimi), e dall'altro lato a limitare i poteri del giudice dell'ottemperanza, con il divieto di sostituzione diretta del giudice al CSM inottemperante e con una forte limitazione dei mezzi di esecuzione in caso di sentenze non passate in giudicato.

In termini generali, è l'art. 17, l. n. 195/1958, come novellato, a stabilire che in caso di accoglimento dell'azione di ottemperanza, il giudice amministrativo ordina l'ottemperanza e assegna al CSM un termine per provvedere.

Ciò posto, la dichiarata inapplicabilità dell'art. 114, c. 4, lett. a), c.p.a., implica che il giudice amministrativo, nell'ordinare l'ottemperanza, non possa esercitare il potere direttamente sostitutivo con la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione. Si tratta di un classico caso di "norma provvedimento" varata con singolare tempismo a distanza di pochi mesi da pronunce del Tar Lazio - Roma che in sede di ottemperanza hanno adottato in via diretta il provvedimento di nomina a incarico semidirettivo [Tar Lazio - Roma, I, 13.5.2014 n. 4960, peraltro dapprima sospesa cautelatamente in appello e poi annullata con rinvio, da Cons. St., IV, 29.1.2015 n. 438].

La dichiarata inapplicabilità dell'art. 114, c. 4, lett. c) specifico per le sentenze non passate in giudicato implica che il giudice non possa determinare le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvedere di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano.

Questo non significa che è esclusa *tout court* la ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo, non passate in giudicato, in tema di incarichi direttivi e semidirettivi dei giudici ordinari. Infatti, non è stato toccato l'art. 112, c. 1, lett. b), c.p.a., che afferma in termini generali che le sentenze non passate in giudicato, rese dal giudice amministrativo, sono suscettibili di ottemperanza (a differenza delle sentenze non passate in giudicato rese da altri giudici). Dall'altro lato, poi, è lo stesso

art. 17, l. n. 195/1958, come novellato, che afferma in termini generali che in caso di azione di ottemperanza il giudice ordina l'ottemperanza e assegna al CSM un termine per provvedere, senza distinguere tra sentenze passate in giudicato e non.

La opposta interpretazione, che volesse escludere *tout court* l'ottemperanza delle sentenze del giudice amministrativo non passate in giudicato, in siffatta materia, sarebbe di sicura incostituzionalità, e tra due interpretazioni entrambe ugualmente possibili, una conforme a Costituzione e una difforme, va sicuramente privilegiata la prima.

La prevista **limitazione dei poteri del giudice dell'ottemperanza nei confronti del CSM** è di **dubbia costituzionalità** sotto il profilo della parità di trattamento e del buon andamento dell'amministrazione (artt. 3 e 97 Cost.), atteso che si è costruito un regime speciale per una unica tipologia di atti (gli incarichi direttivi e semidirettivi dei giudici ordinari) senza alcuna giustificazione specifica, a fronte di incarichi direttivi di pari o superiore importanza (si pensi alle nomine ai vertici militari o ai vertici di giurisdizioni speciali) che non fruiscono del medesimo regime speciale.

Si rammenta che la Corte costituzionale, adita su ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal CSM nei confronti del Consiglio di Stato a seguito di una decisione pronunciata in sede di giudizio di ottemperanza con la quale veniva intimato al primo di provvedere a conferire un incarico direttivo al ricorrente, nominando, in caso di inutile decorso del termine assegnato un commissario *ad acta*, ha disatteso la tesi secondo cui le deliberazioni del CSM, in virtù delle competenze costituzionalmente garantite dall'art. 105 Cost., sarebbero sottoponibili soltanto alla generale giurisdizione di legittimità e sottratte alla fase esecutiva del giudizio di ottemperanza. La Corte ha anche ritenuto che gli organi di rilevanza costituzionale, al pari di ogni altro soggetto di diritto, sono tenuti al rispetto della legge e che i principi di legalità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale "comportano esplicitamente l'assoggettamento dell'amministrazione medesima a tutti i vincoli posti dagli organi legittimati a creare diritto, fra i quali, evidentemente, gli organi giurisdizionali" [Corte cost., 15.9.1995 n. 435; Id., 8.9.1995 n. 419].

Pertanto correttamente tali previsioni sono state interpretate in senso restrittivo, tassativo e costituzionalmente orientato.

In particolare, quanto alla non applicabilità della lett. a) dell'art. 114, c. 4 c.p.a., si è affermato che ferma la impossibilità di sostituzione diretta del giudice amministrativo al CSM, non è esclusa la possibilità di continuare a nominare un commissario *ad acta*, ipotesi contemplata dalla lett. d) del c. 4 dell'art. 114 c.p.a, di cui l'art. 17 l. n. 195/1958 non esclude espressamente l'applicazione [Cons. St., V, 24.10.2018 n. 6038; Id., IV, 20.4.2016 n. 1551]; si è affermato che il diritto "singolare" introdotto dalla novella del 2014 per siffatti provvedimenti amministrativi, in funzione restrittiva dei poteri del giudice dell'ottemperanza, va letto – alla luce dell'interpretazione costituzionalmente conforme all'art. 111 Cost., e comunque del cogente principio convenzionale europeo (CEDU) del diritto al giudice e al giusto processo, che include il diritto fondamentale all'esecuzione delle decisioni di giustizia passate in giudicato (a muovere da CEDU, *Hornsby vs. Grecia*, 19.3.1997) perché il primato della legge sia realizzato - nella



misura comunque necessaria ad assicurare il fine di legge. Tale scopo è solo di prevenire che il giudice amministrativo si attribuisca spettanze dell'organo di governo autonomo della magistratura, al punto da svolgere egli stesso il giudizio comparativo di idoneità a ricoprire uffici direttivi.

Si è del pari ritenuto che resta salvo il potere del giudice dell'ottemperanza di considerare «inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione» e di «provvede(re) di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano», come parimenti previsto dalla lett. c) dell'art. 114, c. 4, c.p.a., sui cui *in parte qua* non si registra alcun intervento da parte del d.l. n. 90/2014. Ciò si evince anche dal fatto che la “non applicabilità” disposta da questa novella non riguarda la corrispondente ipotesi della lett. b) del medesimo art. 114, c. 4, concernente il potere del giudice dell'ottemperanza di dichiarare nulli gli atti adottati in violazione o elusione del giudicato [Cons. St., V, 14.2.2018 n. 955].

Deve del pari ritenersi intatto il potere del medesimo giudice dell'ottemperanza di nominare un commissario *ad acta* e di applicare la penalità di mora, rispettivamente ai sensi delle lett. d) ed e) dell'art. 114 c. 4 c.p.a. [Cons. St., V, 14.2.2018 n. 955].

Si è inoltre affermato che le modifiche introdotte dal d.l. n. 90/2014 non hanno inciso sul medesimo art. 114, c. 7, c.p.a., secondo cui il giudice dell'ottemperanza, adito dal commissario *ad acta* con istanza di chiarimenti ex art. 112, c. 5, «fornisce» le delucidazioni domandate dal proprio ausiliario «in ordine alle modalità di ottemperanza» [Cons. St., V, 14.2.2018 n. 955].

Infine, si è ritenuto che si esula da tali limitazioni all'ottemperanza quanto alle statuizioni di annullamento che sono in sé “autoesecutive” e impongono l'immediata cessazione dell'incarico annullato, senza la mediazione di ulteriori atti del CSM che rilevano solo per la successiva attività conformativa [Cons. St., IV, 26.8.2014 n. 4293].

**Rosanna De Nictolis**  
**Presidente C.g.a.**

Publicato il 9 novembre 2019