

Esame delle problematiche connesse alla maturazione del diritto di precedenza assoluta nei trasferimenti per i magistrati che hanno maturato un quinquennio di servizio in una delle sedi dichiarate disagiate ai sensi della Legge 4 maggio 1998, n. 133.

(Circolare n. P-15388/2003 del 25 luglio 2003 – Deliberazione del 24 luglio 2003)

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 24 luglio 2003, ha adottato la seguente delibera:

“1. Il 26 luglio 2003 matureranno il diritto di prelazione assoluta, ai sensi dell’art. 5 della legge n. 133 del 1998, circa quaranta magistrati nominati con i decreti ministeriali dell’8 luglio 1994, dell’11 aprile 1995 e del 30 maggio 1996; il 10 novembre successivo matureranno lo stesso diritto ulteriori quaranta magistrati circa nominati con decreto ministeriale 24 febbraio 1997.

Il Consiglio è chiamato a dare attuazione, per la prima volta, alla fase del riconoscimento del beneficio della *prelazione assoluta*, introdotto dal legislatore del 1998 per incentivare la stabilità dei magistrati in sedi contrassegnate, in passato, da un alto tasso di avvicendamento; mentre, è stato già sperimentato in questi ultimi anni analogo istituto previsto dall’art. 3 della legge n. 356 del 1991.

In previsione delle menzionate scadenze si deve stabilire se le modalità procedurali seguite, per il riconoscimento del beneficio, in attuazione della menzionata meno recente disposizione di legge, possano essere estese anche per il riconoscimento della prelazione assoluta ai sensi della legge 133 del 1998; ovvero se non debba, ovvero non possa, invece - tenuto anche conto del maggior numero di possibili aspiranti, della periodicità con la quale, nei prossimi anni, dovrà essere rinnovata la stessa procedura, nonché dell’attuale situazione degli organici e di altre esigenze comunque connesse alla gestione del personale - individuarsi una diversa modalità procedurale per il riconoscimento del beneficio in questione.

2. Dal confronto letterale delle citate disposizioni¹, per ciò che attiene alla questione in esame, si evince una sola significativa difformità: invero, l’inciso “*nei limiti delle vacanze disponibili*”, che circoscrive il diritto dei beneficiari, ai sensi della legge 356 del 1991 (non consentendo il loro trasferimento con precedenza assoluta in uffici ad organico completo), non è stato riproposto dall’art. 5 della legge 133 del 1998.

Deve, al riguardo, escludersi che con tale mancata riproposizione, si sia inteso consentire ai beneficiari *ex lege* 133/98 di richiedere ed ottenere il trasferimento a prescindere da scoperture di organico; basti considerare, al riguardo, che il richiamo agli *altri aspiranti* dimostra che i posti assegnabili ai titolari del beneficio sono quelli cui possono ambire altri aspiranti e, pertanto, naturalmente i posti vacanti e non anche quelli coperti. Ma, proprio la mancata indicazione dell’inciso in questione (*nei limiti delle vacanze disponibili*), sta ad indicare che la copertura del posto è requisito essenziale ma non sufficiente, nel senso che l’ambito della scelta consentita al beneficiario potrebbe essere più ristretta rispetto al totale delle *vacanze disponibili*.

In altri termini, la *ratio* della mancata riproposizione dell’inciso *de quo* deve essere individuata nell’esigenza di non privare il Consiglio superiore della magistratura delle sue prerogative e delle sue responsabilità per una corretta gestione delle risorse. Una *ratio* ben rappresentata nel corso dei lavori preparatori in un’epoca in cui era assai significativa la copertura degli organici e si poneva, pertanto, l’esigenza di disegnare meccanismi procedurali che consentissero al Consiglio di *governare* la mobilità.

Del tutto irrilevante è, invece, la diversa descrizione del beneficio nelle due disposizioni a confronto (la legge 356 fa uso dell’espressione “*i magistrati ... hanno diritto ... ad essere trasferiti od assegnati nelle*

¹ Il citato art. 3 della legge n. 356 dell’8 novembre 1991 è così formulato: “1. Il Consiglio superiore della magistratura, sentito il Ministro della giustizia, individua annualmente le sedi non richieste tra quelle rimaste vacanti per difetto di aspiranti dopo due successive pubblicazioni disposte a norma dell’articolo 192 dell’ordinamento giudiziario, approvato con regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12. 2. Entro il 31 gennaio di ciascun anno, il Consiglio superiore della magistratura pubblica un elenco delle sedi non richieste indicate nel comma 1 e di cui ritiene urgente la copertura. 3. **I magistrati** che sono destinati a domanda ad una delle sedi comprese nell’elenco di cui al comma 2 **hanno diritto**, alla scadenza del termine indicato dall’articolo 194, del citato ordinamento giudiziario, come sostituito dall’articolo 2 della presente legge, **ad essere trasferiti od assegnati nelle sedi richieste**, escluso il conferimento di uffici direttivi e di funzioni di grado superiore rispetto a quelle in precedenza esercitate, **con precedenza rispetto a qualsiasi aspirante, e nei limiti delle vacanze disponibili**. 4. La disposizione di cui al comma 3 si applica altresì agli uditori giudiziari che, assegnati a sedi comprese nell’elenco di cui al comma 2, vi prestano servizio per almeno quattro anni.”

Il citato art. 5 della legge n. 133 del 4 maggio 1998 è, invece, così formulato: “1. Per i magistrati assegnati o trasferiti d’ufficio a sedi disagiate l’anzianità di servizio è calcolata, ai soli fini del primo tramutamento successivo a quello d’ufficio, in misura doppia per ogni anno di effettivo servizio prestato nella sede dopo il primo biennio di permanenza. 2. **Se la permanenza in servizio presso la sede disagiata del magistrato trasferito ai sensi dell’articolo 1 a sedi disagiate supera i cinque anni il medesimo ha diritto, in caso di trasferimento a domanda, ad essere preferito a tutti gli altri aspiranti**”.

sedi richieste ... con precedenza rispetto a qualsiasi aspirante”, mentre la legge 133 recita nel senso che il magistrato *“ha diritto, in caso di trasferimento a domanda, ad essere preferito a tutti gli altri aspiranti”*); si tratta di difformità non significativa posto che il concetto più rilevante della *“precedenza rispetto a qualsiasi aspirante”* è del tutto equivalente a quello del *“diritto ad essere preferito a tutti gli altri aspiranti”*; così come nessun decisivo rilievo assume l’espressione *“trasferimento a domanda”*, prevista dalla legge 133, posto che anche l’espressione di *“sedi richieste”*, prevista dalla legge 356, presuppone pur’essa una domanda.

Se così è, e se, con riferimento ai benefici previsti dalla legge n. 356 del 1991, è stato ritenuto del tutto coerente alla *ratio* ed alle caratteristiche dell’istituto la possibilità di procedere ai trasferimenti *con precedenza rispetto a qualsiasi altro aspirante*, prescindendo da una previa pubblicazione del posto, deve ritenersi possibile procedere in modo analogo, salvo quanto si dirà appresso, anche con riferimento ai benefici della legge 133 del 1998. D’altra parte, una *domanda* è, comunque, necessaria e la citata disposizione non prevede affatto che tale domanda sia avanzata nell’ambito di una procedura concorsuale.

3. Posto, tuttavia, che il testo della disposizione in esame consente anche di pervenire ad opposta conclusione e, cioè, che non può prescindersi, perché possa essere riconosciuta la precedenza rispetto ad altri aspiranti, dalla previa pubblicazione del posto e, quindi, da un concorso cui possono partecipare, appunto, altri aspiranti, v’è da valutare se la tesi sopra enunciata possa pregiudicare diritti o aspettative di terzi.

Tale preoccupazione non ha alcun fondamento, posto che le aspettative di tutti coloro che sono esclusi dal beneficio resterebbero, comunque, frustrate anche nel caso in cui il posto cui ambiscono venisse messo a concorso, per l’ovvia considerazione che risulterebbero, in ogni caso, scavalcati da coloro che usufruiscono della prelazione.

Ma v’è di più.

Deve, infatti, essere considerato che la semplice partecipazione ad un concorso, destinato ad essere vinto da altri (senza che ciò sia noto al momento della presentazione delle domande) potrebbe risultare oltremodo dannosa: non soltanto perché la nuova domanda per un posto in ogni modo destinato ad altri può anche comportare la revoca implicita di precedenti domande che avrebbero potuto avere un esito favorevole; ma anche perché, sempre con riferimento al limite imposto dalla circolare sui trasferimenti sul numero complessivo delle domande, venire a trovarsi in graduatorie con colleghi titolari della prelazione, penalizza due volte l’aspirante soccombente, che ha perso anche l’opportunità di concorrere per altre sedi.

D’altra parte, tale doppia penalizzazione di tutti coloro che si vedono scavalcati da un beneficiario del diritto di precedenza assoluta e che, certamente, se una tale circostanza fosse stata loro nota anticipatamente avrebbero orientato la loro scelta (limitata nel numero) verso altre sedi, si è già avuto modo di riscontrarla, in questi ultimi anni, ogniqualvolta il beneficio, ai sensi dell’art. 3 della legge n. 356 del 1991, è stato riconosciuto nell’ambito di un concorso ordinario.

Sotto tale profilo appare più adeguata, anche a tutela degli altri aspiranti, riconoscere il beneficio di precedenza assoluta al di fuori di una procedura ordinaria di trasferimento, mentre le ragioni vanno, per contro, garantite rendendo più funzionale ed agile l’operare del Consiglio.

4. Un’ulteriore ragione per condividere la prospettata ipotesi metodologica (attribuzione dei benefici ai sensi della legge 133/98, prescindendo dalla pubblicazione dei posti) discende da così evidenti ragioni pratiche, da far ritenere che la linea interpretativa prescelta, contrariamente a quella disattesa, è rispettosa del principio costituzionale (art. 97) di buon andamento della pubblica amministrazione.

Viene, infatti, ad essere garantita la speditezza della procedura, evitando l’invio e la gestione di migliaia di domande di altri aspiranti e della relativa documentazione, nonché la formazione di graduatorie assolutamente inutili per le sedi indicate da titolari del diritto di precedenza assoluta. Il risparmio di tempi e di risorse per i magistrati interessati, per gli uffici di appartenenza e, soprattutto per le strutture consiliari sono assolutamente evidenti, che una loro sottovalutazione non avrebbe alcuna giustificazione.

Per altro verso, tenuto conto delle indicate scadenze (26 luglio e 13 novembre 2003) e, soprattutto, dell’ulteriore scadenza del termine per l’individuazione delle sedi da destinare agli uditori attualmente in tirocinio ordinario (che dovrà avvenire, allo stato della programmazione, fra novembre e dicembre prossimi), deve ancora considerarsi che soltanto la determinazione di procedere al riconoscimento del beneficio ai sensi della legge n. 133 del 1998, al di fuori di una procedura di concorso per trasferimenti ordinari, potrà consentire di assegnare agli uditori anche le sedi attualmente ricoperte da coloro che matureranno il beneficio nei mesi di luglio e novembre. Ove tale tempistica non venisse rispettata le sedi in questione, normalmente coperte soltanto grazie all’assegnazione di sedi agli uditori, resterebbero scoperte per alcuni anni. E questa eventualità il Consiglio deve assolutamente scongiurare.

5. Deve, per ultimo essere valutato – così ritornando a quella significativa differenza riscontrata fra la normativa del 1998 rispetto a quella del 1991 (mancata riproposizione dell'inciso *nei limiti delle vacanze disponibili*) - se la prospettata metodologia sia preclusa da quanto disposto dalla circolare dell'11 giugno 1999 n. 11233 relativa *agli incentivi da applicare per il servizio svolto presso le sedi disagiate alla luce della legge 4 maggio 1998*, in particolare dal punto 9 lettera *b*), che così testualmente recita: *“il diritto al trasferimento preferenziale opera in relazione a posti pubblici (“diritto di essere preferito a tutti gli altri aspiranti in caso di trasferimento a domanda”) tenuto conto del diverso tenore letterale della Legge rispetto a quella del '91, dell'elevato e maggior numero di magistrati coinvolti e della conseguente prevalente esigenza di buon andamento dell'amministrazione ad assicurare comunque la copertura di posti “utili”, individuati di volta in volta dal Consiglio”*.

Si tratta di una previsione di circolare la cui *ratio*, peraltro espressamente enunciata e, cioè, la *prevalente esigenza di buon andamento dell'amministrazione ad assicurare comunque la copertura di posti “utili”, individuati di volta in volta dal Consiglio*, rispecchia la *ratio* normativa che è stata sopra individuata con riferimento alla eliminazione dell'inciso *“nei limiti delle vacanze disponibili”*.

Ma il rispetto di una tale esigenza (garantire al Consiglio le sue prerogative e le sue responsabilità in materia di corretta gestione delle risorse) può essere tutelata anche senza ricorrere alla previa pubblicazione dei posti e, cioè, anche senza bandire un concorso cui possono partecipare tutti i possibili aspiranti ma il cui esito è scontato rispetto ai posti cui aspirano i beneficiari.

Invero, è sufficiente che il Consiglio indichi, di volta in volta, alla scadenza del termine quinquennale di maturazione del beneficio, quali sedi intende coprire, non includendo conseguentemente quei posti che, in determinati periodi e ricorrendone i presupposti, riterrà opportuno, per una corretta gestione delle risorse, lasciare vacanti. Ne consegue che, con riferimento al momento attuale, l'elenco delle sedi che il Consiglio intende comunque coprire coinciderà tendenzialmente con tutte le sedi vacanti, posto che l'ormai prossimo conferimento delle funzioni giurisdizionali a 310 uditori giudiziari, rende agevole la previsione di una completa saturazione degli organici.

Alla stregua di tali considerazioni la descritta previsione di circolare pare sproporzionata rispetto alle esigenze da salvaguardare, atteso che la corretta gestione delle risorse può essere garantita anche attraverso l'indicazione, ai titolari del beneficio, delle sedi che il Consiglio intende comunque coprire e non anche attraverso l'espletamento di un concorso ordinario dei posti che sarebbero, in ogni caso, appannaggio dei titolari del beneficio.

Si tratta, per altro verso, come è già stato sottolineato, di una previsione di circolare che è anche superata dall'attuale situazione di copertura integrale degli organici: invero, mentre nel 1999 la situazione degli organici era tale per cui si ritenne necessario ipotizzare la necessità della previa pubblicazione per salvaguardare l'esigenza che fosse il Consiglio a stabilire quali sedi coprire e quali, invece, lasciare vacanti, nel momento attuale, in una situazione di tendenziale saturazione degli organici, una tale preoccupazione non ha alcuna ragion d'essere. Se, infatti, nei prossimi mesi il Consiglio dovrà, comunque, coprire tutti i posti vacanti di primo grado, dovendo individuare la sede i 310 uditori attualmente in tirocinio generico, senza alcuna possibilità di lasciare parzialmente scoperti uffici ambiti che non necessiterebbero di una piena copertura, non residua alcuna valida ragione per subordinare il riconoscimento del beneficio *de quo* ad una previa pubblicazione di un bando di trasferimento ordinario.

Detta previsione di circolare può, dunque, ritenersi superata dalle meditate considerazioni sviluppate in questa delibera di carattere generale che va considerata, a tutti gli effetti integrativa, delle disposizioni secondarie in materia.

6. I titolari del diritto di prelazione *ex art. 5 l. 133/98*, che non intendono avvalersi da subito del beneficio in questione, potranno usufruirne anche successivamente, conformemente a quanto stabilito in passato riguardo all'analogo istituto introdotto dalla legge n. 356 del 1991.

Potranno usufruirne, innanzi tutto, partecipando ad un concorso ordinario di trasferimento; ma anche a prescindere dalla pubblicazione del posto. Se infatti la partecipazione ad un concorso da parte dei titolari del diritto di prelazione costituisce fattore pregiudizievole per tutti gli altri aspiranti è meglio non escludere la possibilità che il beneficio possa essere richiesto ed ottenuto anche al di fuori di una procedura concorsuale.

E' evidente che a fronte di una richiesta avanzata *ex art. 5 della legge 133/98* in epoca successiva alla procedura attivata alla scadenza del quinquennio ed al di fuori di un concorso ordinario, resta salva la facoltà del Consiglio di non accogliere la domanda in ragione di prevalenti esigenze, connesse ad una corretta gestione delle risorse, ovvero alla regolare definizione di un concorso per trasferimenti cui il titolare del beneficio aveva ritenuto di non dover partecipare

7. Si ritiene conclusivamente, salvo una diversa regolamentazione della procedura all'esito della prima sperimentazione:

a) che per il riconoscimento del beneficio previsto dall'art. 5 della legge n. 133 del 1998 i magistrati che matureranno il diritto il 26 luglio 2003 andranno individualmente interpellati, dopo la maturazione del diritto, perché manifestino le loro preferenze nell'ambito di un elenco di sedi vacanti che il Consiglio intenda comunque coprire e che sarà oggetto di un ulteriore delibera;

b) che, tenuto conto dell'imminente periodo estivo, nonché delle ulteriori scadenze e delle complessive esigenze connesse alla c.d. gestione del personale, appare opportuno procedere all'interpello comunicando agli interessati l'elenco delle sedi di cui alla lettera *a)* entro il 15 settembre 2003, fissando il termine del 25 settembre successivo per l'inoltro a questo Consiglio delle domande di trasferimento per uno dei posti indicati nell'elenco;

c) che, in caso di più aspiranti per il medesimo posto, gli interessati saranno invitati a produrre la documentazione per il riconoscimento dei punteggi previsti dalla circolare 15093 del 13 novembre 1993, al fine di procedere ad una valutazione comparativa, all'esito della quale l'aspirante ovvero gli aspiranti soccombenti saranno invitati ad indicare una nuova sede;

d) che coloro i quali non intendono avvalersi da subito del beneficio in questione possono usufruirne anche successivamente, nelle forme e nei limiti specificati in parte motiva.”