

**Esame delle problematiche relative alle ricadute conseguenti alla riforma dell'Ordinamento giudiziario sui procedimenti in corso di trattazione per posti di primo e di secondo grado già banditi prima dell'entrata in vigore della nuova legge, in assenza di una normativa transitoria.**

*(Deliberazione del 4 ottobre 2007)*

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 4 ottobre 2007, ha adottato la seguente delibera:

"

premesso che in data 31 luglio 2007 è entrata in vigore la legge n. 111 del 30 luglio 2007, con la quale è stato modificato il D.Lgs. n.160/2006, e che tale normativa disciplina anche la materia dei trasferimenti ed assegnazione di sede dei magistrati,

considerato che per la Terza Commissione si pone la necessità di dover affrontare il delicato problema dell'applicazione della nuova normativa ai procedimenti in corso di trattazione per posti di primo e di secondo grado già banditi prima dell'entrata in vigore della citata legge, in assenza di una normativa transitoria, ed in particolare:

- a) procedimento per la copertura di 472 posti di primo grado (fax n. 12945 del 25 maggio 2007, scadenza termini 30 giugno 2007);
- b) procedimento per la copertura di 47 posti di secondo grado (fax n. 12946 del 25 maggio 2007, scadenza termini 10 luglio 2007) e procedimento per la copertura di 4 posti di secondo grado (fax n. 18500 del 31 luglio 2007, scadenza termini 15 ottobre 2007);

osserva:

1. L'art. 13 del D.L.vo n. 160 del 2006 come modificato dalla L. n. 111 del 2007 (art. 2 co. 4°) prevede che il passaggio dalle funzioni giudicanti alle funzioni requirenti e viceversa possa avvenire previo trasferimento in diverso distretto (art. 13 co. 3°) ovvero previo trasferimento in diverso circondario (art. 13 co. 4°).

Nel primo caso (art. 13 co. 3°) costituisce condizione, per il passaggio mediante trasferimento in diverso distretto, la partecipazione ad un corso di qualificazione professionale ed il conseguimento di un giudizio di idoneità espresso dal Consiglio superiore previo parere del Consiglio giudiziario.

Nel secondo caso (art. 13 co. 4°) costituisce condizione per il passaggio, mediante trasferimento in diverso circondario, oltre al verificarsi dei presupposti indicati dall'art. 13 co. 3°, la circostanza che il magistrato che chiedi il passaggio alle funzioni requirenti abbia esercitato in via esclusiva, negli ultimi cinque anni, funzioni civili o del lavoro e, per quanto riguarda il magistrato che abbia esercitato funzioni requirenti, la circostanza che in occasione del trasferimento questi sia destinato alle funzioni civili e del lavoro.

L'art. 13 co. 4° stabilisce, inoltre, che il tramutamento di funzioni non può realizzarsi nell'ambito dello stesso circondario o provincia.

L'articolato meccanismo introdotto dalla L. n. 111/2007 presuppone, quindi, per quanto attiene al passaggio di funzioni nell'ambito del medesimo distretto ma con trasferimento a diverso

circondario, che i bandi per gli uffici giudicanti vengano effettuati indicando – ove l'ufficio giudiziario sia diviso in sezioni – lo specifico settore di esplicazione delle funzioni in quel posto (civile, penale, lavoro). Ciò sembra essere imposto dalla medesima previsione normativa e, comunque, costituisce l'unico strumento che, da un lato, consenta al Consiglio di verificare se il trasferimento richiesto sia possibile ai sensi della nuova disciplina delle incompatibilità e, dall'altro, consente al magistrato che ambisce ad un trasferimento di valutare se la sua domanda possa essere utilmente presentata per un determinato posto senza incorrere nel divieto normativo.

2. Una volta delineato il regime normativo introdotto dalla L. n. 111 del 2007, certamente destinato a regolare il passaggio di funzioni in occasione dei trasferimenti ordinari, di primo grado e di secondo grado, nell'ambito dei concorsi che verranno banditi in futuro, occorre verificare, tornando alla premessa, se la norma di cui all'art. 13, comma 3° e co. 4°, debba essere applicata anche ai concorsi già banditi. L'assenza di una norma transitoria, che disciplini la sorte di tali procedimenti in corso (relativi all'assegnazione di un numero veramente consistente di posti, specie in primo grado), impone al Consiglio di verificare autonomamente l'applicabilità della nuova legge secondo gli ordinari principi in tema di successione delle leggi nel tempo.

Si potrebbe sostenere che la nuova normativa relativa al conferimento di funzioni non si applichi ai concorsi già banditi, che verrebbero invece regolati dalla legge vigente al tempo del bando. Tale soluzione si fonda su di un orientamento che privilegia una applicazione unitaria e non parcellizzata della disciplina normativa introdotta dalla legge: non essendo possibile applicare in concreto integralmente la nuova disposizione relativa all'attribuzione delle funzioni ed alle connesse incompatibilità funzionali, l'intera fattispecie normativa prevista dalla legge non può dirsi configurata.

Tale soluzione è tuttavia preclusa, atteso che determinerebbe il rischio di una disapplicazione delle disposizioni normative rivolte a disciplinare le fasi del procedimento non ancora esaurite, in quanto successive al bando di concorso, e potrebbe giungere all'effetto di consentire l'assunzione di decisioni definitive del procedimento apertamente in conflitto con norme di legge vigenti al momento della decisione.

Si potrebbe ritenere, seguendo un diverso orientamento, che l'applicabilità dello *ius superveniens*, nell'ambito delle procedure concorsuali in itinere, trova il solo limite dell'intangibilità delle situazioni giuridiche ormai definite; pertanto, ove la procedura di concorso si divida in varie fasi, la nuova norma può trovare applicazione per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano ancora state realizzate (Consiglio di Stato sent. n. 4163/04); tenendo presente che comunque la nuova legge dovrebbe avere applicazione immediata in tutte le ipotesi in cui non sia esaurita la fase dispositiva, restando esclusa la possibilità di emettere un provvedimento finale in contrasto con le disposizioni di legge immediatamente ed autonomamente applicabili.

Tale percorso richiede, peraltro, una attenta analisi ermeneutica del dato normativo, così da permettere di individuare nel testo della novella quali siano le disposizioni direttamente applicabili nel rispetto delle situazioni giuridiche ormai consolidate.

3. Ovviamente è comunque possibile che il Consiglio, per superare il problema di diritto transitorio, provveda a revocare i bandi di trasferimento già pendenti e soddisfi le esigenze della mobilità mediante la pubblicazione di nuovi bandi per trasferimenti di primo e di secondo grado, mettendo con essi a concorso i medesimi posti. Tale soluzione è astrattamente praticabile in quanto i concorsi già banditi, indicati in premessa, non sono ancora stati avviati mediante le prime delibere di trasferimento.

Questa alternativa determinerebbe la sicura sottoposizione delle nuove procedure concorsuali alle norme della L. n. 111/2007 in tema di passaggio dalle funzioni requirenti alle giudicanti e vice versa.

Occorre ricordare, tuttavia, che la nuova disciplina per il passaggio di funzioni contempla, da un lato la necessaria previa partecipazione ad un corso di qualificazione professionale (comma 3) oggi non possibile per la mancata istituzione della Scuola della Magistratura e, dall'altro, in applicazione della disciplina del comma 4, prevede l'individuazione delle funzioni che in concreto devono essere espletate nel posto messo a concorso onde consentire il tramutamento all'interno del distretto (ma fuori dal circondario e dalla provincia).

Con riferimento alla seconda previsione è certamente prevedibile un forte rallentamento del sistema della mobilità, atteso che l'individuazione presso tutti gli uffici giudicanti delle funzioni che verranno concretamente espletate (secondo la normazione vigente) passa per l'espletamento dei concorsi interni nell'ambito degli uffici giudiziari, ripartiti in sezioni; l'esito dei concorsi interni si avrà con l'adozione dei provvedimenti da parte dei dirigenti degli uffici, che dovranno poi essere sottoposti al vaglio del Consiglio e solo da questo momento potrà aversi la definitività dell'individuazione del settore del posto da mettere a concorso.

E' prevedibile, allora, che i posti potranno essere ribanditi non prima della primavera-estate del prossimo anno.

Occorrerebbe infine valutare se la circolare n. 5157 del 14 marzo 2003, che disciplinava la modalità di formulazione dei pareri da parte dei Consigli giudiziari per il tramutamento funzionale, sia ancora attuale o debba essere modificata alla luce delle specifiche previsioni contenute nell'art. 13 co. 3° in tema di parere reso dal Consiglio superiore per il passaggio di funzioni.

Una scelta del Consiglio in favore della revoca dei bandi di trasferimento pendenti e di una ripubblicazione dei medesimi posti comporterebbe, fuor di ogni dubbio, una lunga e difficilmente giustificabile stasi nell'attività consiliare nonché l'ulteriore ritardo nelle procedure per la mobilità, con inevitabili conseguenze negative per l'intera organizzazione giudiziaria, ponendosi in diretta contraddizione con il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione che deve governare l'attività degli organi di amministrazione, tanto più di un organo di rilevanza costituzionale quale il Consiglio superiore della magistratura.

4. La Commissione, pertanto, esaminate approfonditamente le varie alternative, ritiene che l'applicazione delle norme richiamate debba necessariamente essere ispirata a criteri di razionalità e di congruità dell'azione amministrativa e che, dunque, vadano adottati i criteri applicativi individuati nella seconda soluzione interpretativa, secondo la quale la nuova norma può trovare applicazione per le fasi del procedimento che all'atto della sua entrata in vigore non siano ancora state realizzate.

Si tratta di soluzione che non solo è più rispondente a criteri di buona amministrazione, ma trova sostegno negli stessi principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa, che postulano l'applicazione della nuova normativa – nel caso di specie relativa al conferimento delle funzioni – ove questa sia direttamente ed autonomamente applicabile nelle fasi del procedimento che devono ancora avere attuazione.

Occorre, pertanto, una analisi del dato normativo per individuare – senza travolgere le fasi già svolte del procedimento – quali previsioni assumano valore di precetto chiaro, autonomamente ed immediatamente applicabile durante la fase valutativa e dispositiva del procedimento.

Orbene, dall'esame della norma di cui all'art. 13, comma 4, D.Lgs. n. 160/2006, emerge con chiarezza che vi è un divieto assoluto per il passaggio da funzioni giudicanti a requirenti e viceversa, all'interno del medesimo circondario e della stessa provincia nonché, per i trasferimenti in secondo grado, all'interno del distretto. Infatti, le limitazioni relative al passaggio di funzioni nell'ambito dello stesso circondario, per i concorsi di primo grado, e nell'ambito dello stesso distretto, per i concorsi di secondo grado, diversamente per quanto previsto negli altri casi, non ammettono alcuna eccezione, così configurando una norma interdittiva autonomamente ed immediatamente applicabile.

Tutto ciò premesso,

delibera

l'approvazione delle sopra indicate direttive generali in relazione all'applicazione dell'art. 13 del D.Lgs. 160/2006 come modificato dalla legge n. 111 del 30 luglio 2007 ai procedimenti per trasferimenti ordinari di primo e di secondo grado in corso alla data del 31 luglio 2007 e precisamente:

- a) al procedimento per la copertura di 472 posti di primo grado (fax n. 12945 del 25 maggio 2007, scadenza termini 30 giugno 2007);
- b) al procedimento per la copertura di 47 posti di secondo grado (fax n. 12946 del 25 maggio 2007, scadenza termini 10 luglio 2007) e al procedimento per la copertura di 4 posti di secondo grado (fax n. 18500 del 31 luglio 2007, scadenza termini 15 ottobre 2007).

"