

**Risoluzione in ordine alle modifiche alla legge 4 maggio 1998 n. 133, introdotte con D.L. 16 settembre 2008, n. 143, recante “Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario”, in particolare relativamente alle questioni di diritto transitorio.**

*(Risoluzione del 25 settembre 2008)*

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 25 settembre 2008, ha adottato la seguente risoluzione:

“circa le modifiche alla legge 4 maggio 1998 n. 133, introdotte con D.L. 16 settembre 2008, n. 143, recante “*Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*”, in particolare relativamente alle questioni di diritto transitorio;

**PREMESSO**

IL D.L. 16 settembre 2008, n. 143 ha inciso principalmente sull’art. 5 L. 133/1998 e ss. mod., nella versione immediatamente precedente alle modifiche introdotte dal D.L. 143/2008. Tale norma disponeva:

*<<5. Valutazione dei servizi prestati nelle sedi disagiate a seguito di assegnazione, trasferimento d'ufficio o applicazione.*

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 supera i cinque anni, il medesimo ha diritto, in caso di trasferimento a domanda, di essere preferito a tutti gli altri aspiranti.
3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano ai trasferimenti a domanda o d'ufficio che prevedono il conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi o funzioni di legittimità.
4. Fermo restando quanto previsto nel comma 3, per i magistrati applicati in sedi disagiate la anzianità di servizio è calcolata, ai soli fini del primo tramutamento successivo, con l'aumento della metà per ogni mese di servizio trascorso nella sede. Le frazioni di servizio inferiori al mese non sono considerate>>.

La norma è stata modificata dall'art. 1, comma 1 lett. e), del richiamato D.L. 143/2008 nei sensi di seguito riportati:

*<<5.Valutazione dei servizi prestati nelle sedi disagiate a seguito di trasferimento d'ufficio*

1. Per i magistrati trasferiti d'ufficio a sedi disagiate ai sensi degli articoli 1 e 1-bis l'anzianità di servizio è calcolata, ai soli fini del primo tramutamento per un posto di grado pari a quello occupato in precedenza, in misura doppia per ogni anno di effettivo servizio prestato nella sede, fino al sesto anno di permanenza. L'effettivo servizio e' computato ai sensi del comma 1 dell'articolo 2.

2. Se la permanenza in effettivo servizio presso la sede disagiata supera i quattro anni, il magistrato ha diritto ad essere riassegnato, a domanda, alla sede di provenienza, con le precedenti funzioni, anche in soprannumero da riassorbire con le successive vacanze.

3. La disposizione di cui al comma 1 non si applica ai trasferimenti che prevedono il conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi ovvero di funzioni di legittimità. La disposizione di cui al comma 2 non si applica ai trasferimenti che prevedono il conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi>>.

Il medesimo art. 1 D.L. 143/2008, ai commi 5 e 6, detta la disciplina da applicarsi a coloro i quali, alla data di entrata in vigore del decreto legge, risultano già trasferiti, assegnati o destinati a sedi disagiate sulla base della previgente normativa. In particolare detti commi prevedono testualmente:

<<5. La disposizione di cui all'articolo 5, comma 2, della legge 4 maggio 1998, n. 133, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla lettera e) del comma 1, continua a trovare applicazione nei confronti dei magistrati i quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sono già stati trasferiti, assegnati o destinati a sedi disagiate, ma il diritto di essere preferiti a tutti gli altri aspiranti opera limitatamente al 50 per cento dei posti, di pari grado, messi a concorso nell'ambito di ciascun ufficio. Nel caso in cui i posti messi a concorso siano di numero dispari, il diritto di preferenza non opera, altresì, in relazione al posto eccedente il 50 per cento.

6. Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, della legge 4 maggio 1998, n. 133, così come modificato dal presente decreto, non si applicano ai magistrati indicati al comma 5. Per i medesimi l'anzianità di servizio continua ad essere calcolata, ai soli fini del primo tramutamento successivo a quello di ufficio e con i limiti di cui all'articolo 5, comma 3, della citata legge 4

maggio 1998, n. 133, così come modificato dal presente decreto, in misura doppia per ogni anno di effettivo servizio prestato nella sede dopo il primo biennio di permanenza>>.

#### OSSERVA

La questione di diritto transitorio che va affrontata in via prioritaria riguarda l'eventuale immediata applicabilità dei limiti individuati dal riportato comma 5 dell'art. 1 D.L. 143/2008 ai concorsi già in atto, vale a dire al concorso per la copertura di posti vacanti di primo grado, bandito in data 9 giugno 2008, nonché ai due concorsi per la copertura dei posti vacanti di secondo grado, banditi il 17 giugno 2008 ed il 23 luglio 2008, quest'ultima unica procedura per la quale non risultano ancora scaduti i termini per la presentazione delle domande.

Si tratta di limitazioni senz'altro significative, in quanto, per un verso, limitano al 50% dei posti banditi per ciascun ufficio l'operatività del diritto di preferenza sugli altri aspiranti e, per altro verso, escludono che tale preferenza possa operare con riferimento a posti di grado diverso rispetto a quello occupato dall'avente diritto.

*Va, dunque, verificata la possibilità di applicare lo ius superveniens, come disciplinato dal richiamato comma 5, alle procedure concorsuali in itinere.*

*Su questioni di analogo tenore il Consiglio Superiore della Magistratura si è di recente pronunciato in altre occasioni.*

In un caso era necessario risolvere la complessa questione dell'immediata applicabilità ai concorsi in atto (per i quali i termini di presentazione delle domande erano già scaduti ma non erano ancora state adottate delibere dal Plenum) dei limiti introdotti, per il cambio di funzioni, dall'art. 13 D.lgs. 160/2006, come modificato dalla L. 111/2007. Con delibera del 4 ottobre 2007, il C.S.M. ha, innanzitutto, confermato che il procedimento concorsuale volto al tramutamento di ufficio si articola in fasi e che solo l'adozione della delibera plenaria definisce la relativa procedura, rendendola perciò impermeabile allo *ius superveniens*.

L'Organo di autogoverno ha così, implicitamente, riconosciuto che il bando di concorso non rappresenta "una situazione definita" e che esso costituisce solo il momento iniziale di un procedimento complesso distribuito in varie fasi, che si conclude con l'adozione del provvedimento finale di tramutamento. Da tanto consegue che l'esaurimento del rapporto si ha soltanto con l'adozione dell'atto finale deliberativo non più impugnabile. La procedura concorsuale, infatti, si caratterizza come un complesso di regole da osservare in un determinato procedimento, cioè in una serie successiva di operazioni tendenti alla formazione di un atto amministrativo, ne consegue quindi un'articolazione del procedimento in fasi collegate.

*Tale impostazione è fondata sulla costante giurisprudenza amministrativa, in base alla quale: "...l'applicabilità dello jus superveniens nell'ambito di un procedimento in itinere incontra il solo limite dell'intangibilità delle situazioni giuridiche ormai definite; pertanto, ove la procedura si divida in varie fasi coordinate, ma dotate di una certa autonomia, la nuova norma può trovare applicazione per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano state ancora realizzate, mentre l'applicazione è esclusa per fasi già espletate e compiute"*(C.d.S., Sez. VI, n. 4163/2004).

Orbene il percorso compiuto, sotto il profilo sia della produzione consiliare sia della giurisprudenza amministrativa in materia, porta a ritenere che la disposizione di cui all'art. 1, comma 5, D.L. 143/2008 sia immediatamente applicabile a tutte le procedure concorsuali di tramutamento, attualmente pendenti.

Invero la norma, conservando il diritto di preferenza per coloro i quali alla data di entrata in vigore del decreto legge erano già stati trasferiti, assegnati o destinati a sedi disagiate, introduce due limiti all'operatività di tale diritto, che risultano essere immediatamente applicabili e che non necessitano dell'intervento in sede di normazione secondaria del Consiglio. **Occorre al riguardo considerare che il diritto di preferenza è oggi regolato esclusivamente dall'art. 1, comma 5, del D.L. n. 143/2008, atteso che la previgente disposizione di cui all'art. 5, comma 2, L. n. 133 del 1998 è stata sostituita dall'art. 1, comma 1 lett. e), del D.L. 143/2008, che non prevede altrimenti un diritto di preferenza assoluta. E la richiamata disposizione intertemporale di cui all'art. 1, comma 5, D.L. n. 143/2008 prevede che il diritto ad essere preferiti a tutti gli altri aspiranti operi limitatamente al 50% dei posti banditi per ciascun ufficio ed esclude che la preferenza possa operare con riferimento a posti di grado diverso rispetto a quello occupato dall'avente diritto.**

Per altro verso, le procedure concorsuali in oggetto non possono considerarsi concluse, fino a quando non interviene la delibera plenaria di tramutamento, la quale deve essere conforme al quadro normativo vigente al momento della sua adozione.

Conseguentemente la norma in esame, allo stato parte del quadro ordinamentale, deve essere necessariamente considerata dall'amministrazione nell'esperimento della procedura funzionale all'adozione dell'atto amministrativo finale di tramutamento.

Detta interpretazione non solo risulta conforme ai principi di diritto amministrativo in materia di *ius superveniens*, ma appare anche in linea con la *ratio legis* che ha ispirato la riforma normativa dell'art. 5, l. n. 133 del 1998. Infatti le limitazioni di cui al comma 5 non privano della preferenza in oggetto gli aventi diritto, ma ne riducono la portata su ciascun concorso. In tal modo si impedisce che gli uffici di più difficile copertura vengano a perdere contestualmente numerose unità. Al contempo la limitazione del 50 per cento, applicata alla luce dei criteri dettati dalla

circolare n. 15098 del 1993, comporta che beneficerebbero per primi del diritto di preferenza quei magistrati che da più anni svolgono le funzioni giudiziarie in sede disagiata.

*Analogo ragionamento può svilupparsi in riferimento al neo introdotto divieto di esercizio del diritto di preferenza su posti che non siano di pari grado rispetto a quello ricoperto dall'avente diritto. Infatti, con il D.Lgs n. 160/2006 è stato fortemente ridotto il peso dell'anzianità e contestualmente risulta rafforzata la portata del merito e delle attitudini, e ciò anche in sede di tramutamento.*

*Pertanto, consentire il passaggio di grado, in sede di esercizio del diritto di preferenza, spoglierebbe il C.S.M. di ogni potere valutativo sul merito e sulle attitudini del singolo avente diritto, così ponendo nel nulla gli effetti della riforma introdotta con il D.Lgs. n. 160/2006.*

**Deve evidenziarsi, infine, che sulla base dello *jus superveniens* introdotto con il D.L. n. 143/08 si potrà comunque tener conto dell'indicazione delle sedi disagiate ex L. 133/98 contenuta nel bando per la copertura dei posti di primo grado del 9/6/2008 (sostituto Tribunale Potenza, sostituto Tribunale Barcellona Pozzo di Gotto, sostituto Tribunale Caltanissetta, sostituto Tribunale Ragusa), seppur nei limiti del nuovo regime relativo alla valutazione dei servizi prestati nelle sedi disagiate, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 5 e dell'art. 5 bis della l.n. 133/98, come modificata dal decreto legge in esame. Difatti la nuova disciplina, nell'individuare i presupposti per la qualificazione della sede come disagiata, descrive una procedura del tutto simile alla previgente e indica dei requisiti certamente meno stringenti e quindi certamente sussistenti con riguardo alle sedi individuate nel presente bando.**

**L'unico limite insuperabile, previsto dal nuovo regime, è costituito dalla disposizione di cui all'art. 1 lett. b) comma 4° secondo la quale non possono godere dei benefici i magistrati che provengano da altra sede disagiata a norma della L. n. 133/98. Tale limitazione, prevista espressamente solo per i trasferimenti di ufficio deve ritenersi applicabile anche alle domande di trasferimento in quanto ispirata dalla preminente esigenza di non perseguire la copertura di sedi disagiate sguarnendo gli organici di altre sedi che presentano le stesse caratteristiche. ”**