

N. 04987/2014REG.PROV.COLL.

N. 09168/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9168 del 2013, proposto da:

Ministero della Giustizia, Consiglio Superiore della Magistratura, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, tutti rappresentati e difesi dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, sono *ope legis* domiciliati;

contro

Giovanna Toterò non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

Alberto Bellocchi, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Tarantini, con domicilio eletto presso Umberto Segarelli in Roma, via G.B. Morgagni 2/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del LAZIO – Sede di ROMA - SEZIONE I n. 08623/2013, resa tra le parti, concernente conferimento ufficio direttivo di procuratore della repubblica presso il tribunale per i minorenni di perugia

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Alberto Bellocchi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2014 il Consigliere Fabio Taormina e udito per parte appellante l' Avvocato dello Stato Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio – sede di Roma – ha accolto il ricorso di primo grado proposto dalla odierna parte appellata volto ad ottenere l'annullamento della deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura e del corrispondente decreto adottato di concerto dal Ministro della Giustizia - contenente, (nuovamente) la nomina ed il conferimento al dott. Alberto Bellocchi dell'Ufficio direttivo di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni di Perugia, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente e/o collegato, ivi compresa la delibera del 27.7.2011 di conferma dell'incarico di Procuratore della Repubblica al dott. Bellocchi con decorrenza 5.2.2011.

L'odierna appellata aveva in proposito esposto che con sentenza n. 8019/2010 del 15/10/2010 il Consiglio di Stato, accogliendo il ricorso della dott.ssa Toterò medesima – all'epoca magistrato dichiarato idoneo ad essere ulteriormente valutato ai fini della nomina a magistrato di Cassazione e giudice del Tribunale per i minorenni di Perugia – aveva annullato gli atti e i provvedimenti con i quali era stato conferito al dott. Alberto Bellocchi – magistrato di cassazione dichiarato idoneo ad

essere ulteriormente valutato ai fini della nomina alle funzioni direttive superiori e sostituito procuratore generale presso la Corte di Appello di Perugia - l'incarico di Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei Minorenni di Perugia (delibera del CSM del 5/7/2006 e corrispondente D.M. del 24/7/2006).

In data 7/2/2011, essa aveva quindi promosso innanzi al Consiglio di Stato ricorso per l'ottemperanza alla succitata pronuncia; il ricorso veniva successivamente dichiarato improcedibile, con sentenza n. 667/2012 del 7 febbraio 2012, avendo nel frattempo avuto luogo la rinnovazione della procedura di conferimento dell'ufficio direttivo in questione.

Il Consiglio Superiore della Magistratura aveva infatti proceduto ad effettuare il riesame successivo a contenzioso amministrativo della pratica concernente il conferimento dell'Ufficio Direttivo di Procuratore della Repubblica presso il tribunale dei Minorenni di Perugia e con deliberazione del 4 maggio 2011 assunta a maggioranza (14 voti, contro 3 voti e 5 astenuti), veniva individuato nuovamente il dott. Bellocchi per l'incarico de quo.

Avverso tale "nuova" deliberazione del C.S.M. essa aveva prospettato svariate censure di violazione di legge ed eccesso di potere, che sono state analiticamente vagliate (ed accolte) dal Tar sotto un assorbente profilo.

Il primo giudice, infatti, ha posto in luce che -come già osservato dal Giudice dell'ottemperanza (Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 667)- la sentenza n. 8019/2010 di annullamento degli atti di conferimento dell'incarico de quo al dott. Bellocchi aveva rilevato come la nomina del medesimo si fosse posta in contrasto con la normativa subprimaria riveniente dalle circolari del Consiglio Superiore delle Magistratura, nella parte in cui ivi si prescriveva che per il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi nel settore minorile dovesse essere particolarmente valorizzato (sia pure senza costituire *ex se* titolo preferenziale) il dato dell'esperienza pregressa nello specifico settore (tenuto conto altresì della ben scarsa rinvenibilità di detto requisito nel percorso professionale del magistrato designato, a fronte del lungo servizio proficuamente prestato dalla Totaro proprio presso l'ufficio giudiziario oggetto della procedura selettiva).

La nuova deliberazione adottata dal C.S.M. nel riesercizio del suo potere a seguito dell'annullamento giudiziale, aveva ribadito la decisione favorevole al Bellocchi sia sulla base delle medesime ragioni già poste a base della prima nomina (preferenza del dott. Bellocchi per il pregresso esercizio di funzioni requirenti rispetto alla dott.ssa Toterò, esperta nel settore della

giustizia minorile ma priva di esperienza nelle funzioni requirenti), e già ritenute insufficienti dal Giudice di seconde cure, sia in ragione della nuova normativa primaria, *medio tempore* entrata in vigore, ostativa al passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti – e viceversa – nell’ambito di un medesimo distretto (art. 13 del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, come sostituito dall’art. 2 della legge 30 luglio 2007, n. 111), con conseguente ritenuta non valutabilità della dott.ssa Toterò nella procedura in questione alla luce dell’applicabilità ad essa del predetto sbarramento normativo.

Senonchè, quanto al primo profilo, ci si trovava al cospetto della medesima motivazione posta dall’Organo di autogoverno a supporto della prima designazione, già annullata dal Giudice amministrativo;

quanto al secondo pilastro motivazionale, la deliberazione era affetta da illegittimità anche per falsa applicazione dell’art. 13 del d.lgs n. 160/2006, che precludeva il passaggio di funzioni in uffici posti all’interno del medesimo Distretto.

Ciò in quanto tale normativa era entrata in vigore in epoca posteriore al momento in cui aveva avuto inizio la procedura comparativa per l’attribuzione dell’incarico in questione (tra il primo ed il secondo grado di giudizio del contenzioso promosso dalla dott.ssa Toterò per annullare la prima designazione in favore del dott. Bellocchi).

Pertanto, nella procedura *de qua* doveva continuare a trovare applicazione la normativa vigente al momento in cui, con la presentazione delle domande di valutazione da parte dei candidati, si cristallizzava lo stato di fatto e di diritto alla luce del quale la procedura stessa avrebbe poi dovuto trovare la propria conclusione; di tal che le norme sopravvenienti, per le quali non era configurabile alcun rinvio implicito nella *lex specialis* della procedura selettiva, non erano idonee ad incidere sui concorsi già banditi, a meno che in esse non fosse stato diversamente stabilito.

Ciò era stato a più riprese affermato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2064; Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2006).

Ad avviso del Tar, poiché la normativa richiamata nulla prevedeva in merito ad eventuali sue applicazioni retroattive, ne discendeva che la posizione della dott.ssa Toterò, in relazione alla procedura *de qua* di conferimento dell’ufficio direttivo in questione, come rinnovata dal C.S.M. a seguito del giudicato di annullamento, rimaneva del tutto intangibile e non poteva essere pregiudicata da una norma non applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie.

Avverso tale decisione l'amministrazione originaria resistente rimasta integralmente soccombente ha proposto un articolato appello sostenendo che la nuova comparazione non era attinta da alcun vizio e che la statuizione del Tar si appalesava erronea.

All'adunanza camerale del 21 gennaio 2014 la Sezione con la ordinanza n. 00282/2014 ha respinto l'istanza di sospensione della esecutività della impugnata decisione alla stregua della considerazione per cui "che l'appello cautelare appare senz'altro privo del requisito del *periculum in mora* posto che l'Ufficio direttivo *de quo* è stato già assegnato ad altro Magistrato a seguito dell'avvenuto pensionamento del controinteressato dott. Bellocchi;

rilevato peraltro che, anche con riferimento al *fumus*, l'appello cautelare non pare possedere spessore e consistenza posto che, peraltro, in passato (vedi sent. Cons Stato n. 2064/2010) la odierna parte appellante ebbe a sostenere in punto di applicabilità non retroattiva della normativa in materia di impossibilità di tramutamento all'interno del distretto in relazione alle diverse funzioni (requirenti e giudicanti) la tesi sostenuta dal Tar nella sentenza gravata (ed oggi contestata)".

Tutte le parti processuali, in vista della odierna udienza pubblica, hanno depositato scritti difensivi tesi a puntualizzare le rispettive censure ed eccezioni.

Il controinteressato Bellocchi, nella propria memoria ha fatto presente che era sopravvenuta la carenza di interesse al ricorso di primo grado in capo all'appellata dott. Totero in quanto la stessa in data 30 agosto 2013 era stata collocata in quiescenza; anche l'appellato controinteressato Bellocchi era stato collocato in quiescenza (30 novembre 2013).

Quindi già al momento del deposito della pronuncia di primo grado gravata non v'era alcun interesse alla prosecuzione del processo.

Nel merito, ha sostenuto che la sentenza era errata. A seguito del primo annullamento giurisdizionale (sentenza del Consiglio di Stato n. 8019/2010) il Csm aveva proceduto ad una comparazione più approfondita in ottemperanza alla detta decisione; per altro verso a più riprese era stato affermato in passato che financo il giudicato potesse risentire delle sopravvenienze normative.

L'art. 13 del d.Lgs n. 160/2006 siccome sostituito *ex art. 2* della legge n. 111/2006 era financo antecedente alla sentenza del Consiglio di Stato n. 8019/2010, per cui non poteva ravvisarsi alcun elemento ostativo alla applicazione della predetta norma.

Alla odierna pubblica udienza del 17 giugno 2014 la causa è stata posta in decisione dal Collegio

DIRITTO

1. L'appello (che verrà esaminato unitamente alle analoghe argomentazioni proposte dal dott. Bellocchi) è totalmente infondato e va disatteso nei termini di cui alla motivazione che segue.

1.1. Preliminarmente il Collegio deve farsi carico della eccezione di sopravvenuta carenza di interesse al mezzo di primo grado prospettata in via di eccezione dall'odierno controinteressato.

1.2. Essa non appare accoglibile.

1.2.1. E' noto che il presupposto perché venga adita la tutela giurisdizionale riposa nell'interesse alla decisione, derivante da una lesione (né paventata né futura né inattuale) ad una posizione giuridica attiva tutelata dall'ordinamento.

In base ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, co. 1°, della Costituzione («tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e dall'art. 100 c.p.c. («per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi un interesse»), l'interesse processuale presuppone, nella prospettazione della parte istante, una lesione concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale.

In mancanza dell'uno o dell'altro requisito, l'azione è inammissibile.

Sarebbe infatti del tutto inutile, ai fini giuridici, prendere in esame una domanda giudiziale se nella fattispecie prospettata non si rinvenga affermata una lesione della posizione giuridica vantata nei confronti della controparte, ovvero se il provvedimento chiesto al giudice sia inadeguato o inidoneo a rimuovere la lesione.

In definitiva, come chiarito dalla migliore dottrina processualcivilistica, «l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto» (cfr., altresì, Cass. Civ., Sez. III, n. 12241/98).

Nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. C.d.S., Sez. IV, n. 1210/97).

Anche nel sistema giurisdizionale amministrativo, infatti, sarebbe del tutto inutile eliminare un provvedimento o modificarlo nel senso richiesto dal ricorrente, se questi non possa trarne alcun beneficio concreto in relazione alla sua posizione legittimante.

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, occorre pertanto, che sussista piena corrispondenza tra interesse sostanziale dedotto in giudizio, lesione prospettata e provvedimento richiesto.

A contrario, il ricorso è inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (che ne "legittima" l'instaurazione del giudizio).

Inoltre, l'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della proposizione del gravame, che al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della predetta condizione in relazione a ciascuno di tali momenti (cfr. C.d.S., Sez. VI, n. 475/92).

Il codice del processo amministrativo, all'art. 34 comma 3 ha nella sostanza "integrato" il detto orientamento, dettando una disposizione che non incide sull'interesse al ricorso (che resta intatto), ma sul concreto contenuto della decisione giudiziale.

1.2.2. Ciò premesso, non appare possibile dichiarare la originaria improcedibilità del mezzo di primo grado alla stregua di più evidenze processuali: innanzitutto la originaria ricorrente non essendosi costituita (scelta processuale, questa, non sindacabile, e dalla quale non può desumersi il disinteresse al contenzioso) non ha dichiarato che il proprio permanente interesse alla decisione della causa fosse venuto meno: in armonia con il consolidato insegnamento giurisprudenziale secondo cui la sopravvenuta improcedibilità è ancorata al rigido ed inequivocabile accertamento dei presupposti legittimanti (*ex multis*, ancora di recente, Cons. Stato Sez. V, 03-06-2013, n. 3035) per evitare che la declaratoria d' improcedibilità si risolva in una sostanziale elusione dell'obbligo di

pronunciare sulla domanda ciò costituisce un primo, importante, indice ostativo all'accoglimento della eccezione.

Per altro verso, si ribadisce il convincimento del Collegio (si veda sul punto, ancora di recente (decisione della Sezione n. 01625/2014 sul ricorso n. 7044/2013 punto 7.3.4.) circa la non recessività dell'interesse (anche "morale", ritiene il Collegio, e che sopravviverebbe in ipotesi di già avvenuto pensionamento dell'istante) del Magistrato ad ottenere che ci si pronunci conformemente al giudicato in ordine alla propria domanda di ottenere un singolo incarico.

Nel caso di specie è ben vero che la decisione del Tar riguarda un (secondo) ricorso ordinario avverso una nuova comparazione; è altresì corretto rilevare, però, l'analogia "logica" con la vicenda processuale di cui alla sentenza surrichiamata, posto anche nell'odierno giudizio il "nuovo" provvedimento del CSM si innesta su un precedente giudicato (sentenza del Consiglio di Stato n. 8019/2010,) e costituisce (pretesa) ottemperanza di quest'ultimo

1.2.3. Traendo le fila da queste considerazioni deve pertanto affermarsi quanto segue:

- a) non sussistono elementi per dichiarare la improcedibilità dell'originario ricorso;
- b) l'avvenuto pensionamento dell'originaria ricorrente e del controinteressato non elide il permanere dell'interesse, quantomeno "morale" al ricorso di primo grado;
- c) neppure potrebbe utilmente richiamarsi l'orientamento (in parte peraltro successivamente rimediao, della nota decisione delle Sezioni Unite n. 23302/2011) 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".

d) per altro verso, ed a tutto concedere, permarrrebbe l'interesse ad un accertamento della eventuale illegittimità del provvedimento gravato, nei termini scolpiti ex art. 34 comma 3 del cpa.

Il Collegio, pertanto, deciderà il ricorso, restando sullo sfondo (ed eventualmente delibabili in futuro) le problematiche relative alla possibilità da parte della originaria ricorrente di "utilizzare" la

sentenza in chiave di esperimento di un successivo giudizio di ottemperanza teso ad ottenere l'attribuzione (ormai "virtuale", è ovvio) dell'incarico e/o la tutela risarcitoria, ovvero solo quest'ultima, (per ipotesi, ovviamente, la originaria ricorrente, ormai collocata in quiescenza, potrebbe decidere di non intraprendere alcuna ulteriore iniziativa giudiziaria).

2. Ciò premesso, pare al Collegio che le emergenze processuali acquisite agli atti consentano di ritenere sostanzialmente "segnata" in senso sfavorevole, la sorte del gravame.

2.1. Le risultanze in atti sono le seguenti:

la sentenza cognitoria della Sezione n. 8019/2010 che, riformando la statuizione reiettiva del Tar di primo grado, ed accogliendo la tesi dell'odierna appellata ha chiuso la fase processuale accertativa prodromica all'ottemperanza si è espressa in termini tassativi.

Il punto n. 8 della detta decisione, che pare utile riportare per esteso, così ha statuito: "Certo, nella sua non perspicua formulazione letterale la disposizione della riportata circolare potrebbe essere interpretata - come in effetti ha fatto il CSM - nel senso che il requisito della specificità professionale maturata nel settore minorile potrebbe bensì giocare un ruolo determinante ai fini della preferenza a favore di un candidato rispetto ad altri, ma solo laddove vi sia parità fra di essi nella valutazione complessiva dei rispettivi profili professionali. In questo senso militerebbe l'inciso "senza che costituisca titolo preferenziale" della sopra riportata disposizione interna.

Tuttavia, una siffatta interpretazione è stata respinta da questa Sezione, la quale ritiene che l'interpretazione sopra riassunta delle prescrizioni consiliari *in subiecta materia* non possa essere condivisa, non ricavandosi da nessuna altra parte delle normative primarie e secondarie che il requisito dell'esperienza e professionalità specifiche - di cui si è già evidenziata l'estrema rilevanza nella procedure per il conferimento di uffici direttivi minorili - debba rivestire una così limitata e circoscritta efficacia (Consiglio di stato, sez. IV, 12 maggio 2009 , n. 2928).".

Il successivo capo 10 della citata decisione, trasponendo il detto dato nella situazione concreta (cioè tenendo conto della circostanza che il nominato vantava esperienza requirente "generica" ma non minorile, mentre l'appellata vantava lunga e protratta esperienza nel settore minorile, ma non nelle funzioni requirenti) così ebbe ad esprimersi (si riporta, nuovamente, per esteso un breve stralcio della richiamata decisione):" l'erroneità di avere valutato quest'ultimo in modo peggiore rispetto all'appellante solo perché in possesso di una radicata esperienza nelle (generiche) funzioni requirenti si evidenzia attraverso le opposte indicazioni della ricordata circolare del 1999, a loro

volta correlate alle peculiarità del modello di giustizia minorile adottato dall'ordinamento italiano; modello che si caratterizza per la prevalenza data da legislatore alla finalità di recupero del minore e di tutela della sua personalità, nonché per il conseguimento di obiettivi pedagogico-rieducativi piuttosto che retributivo-punitivi, richiamati dal preambolo dell'art. 3 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, e dagli artt. 1 e 9 del d.P.R. n. 448 del 1988 (cfr. Corte costituzionale, 12 luglio 2000 , n. 272; v. anche , sentenze 6 marzo 2002 , n. 48 ; n. 433 del 1997, nn. 135 e 125 del 1995, n. 125 del 1992, n. 206 del 1987, n. 122 del 1983).

In coerenza con tale particolare modello processuale e con le predette finalità particolari che esso persegue, la figura e le funzioni del pubblico ministero minorile si connotano in maniera ben diversa da quelle requirenti ordinarie, talvolta confondendosi addirittura ovvero integrandosi con quelle giudicanti nella ricerca delle misure più idonee in relazione al preminente interesse del minore ed alle sue esigenze educative : cfr. artt. 9, art. 12, comma 3, art. 27 delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni , di cui al D.P.R. 22-9-1988 n. 448, in tema, rispettivamente, di accertamenti sulla personalità del minore, di assistenza all'imputato minore, di sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto.”.

2.2. Pare al Collegio che la decisione cognitoria si sia espressa in termini più che chiari, concretando un vero e proprio ”giudicato puntuale” ben lungi dallo stereotipato e tutto sommato generico riscontro del vizio del difetto di motivazione.

2.2.1. Se detto dato di partenza è veritiero, occorre adesso interrogarsi in ordine a quale sarebbe dovuta essere la condotta ottemperativa del Csm, al cospetto di una simile valutazione regiudicata.

2.3. Va sul punto rammentato – prima di esaminare la peculiare condizione che si pone con riguardo alle delicatissime valutazioni che è chiamato ad esplicitare un organo di sicuro rilievo costituzionale quale è il Csm – quello che è l'orientamento generalmente seguito in giurisprudenza amministrativa.

2.3.1. Il principio generale è quello per cui a seguito dell'adozione di una statuizione demolitoria (soprattutto ove incidente su un interesse c.d. “pretensivo”, volto cioè al rilascio di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato) la potestà di provvedere viene restituita nuovamente all' Amministrazione perché essa si ridetermini.

Come è noto, e come lucidamente affermato da qualificata dottrina (il principio di continuità dell'azione amministrativa e la tendenziale “inesauribilità” del potere esercitato comporterebbe in

teoria che l'Amministrazione possa (e debba) riprovvedere in relazione alla “*res*” attinta da un giudicato annullatorio.

E soprattutto comporterebbe e che ciò possa avvenire un numero non predeterminato di volte (sulla “inesauribilità del potere, vedi: Cons. Stato Sez. VI, 23-11-2011, n. 6162 “nonostante l'art. 15, comma 2, della legge n. 241 del 1990 non menzioni in modo espresso il comma 4 dell'art. 11 -in tema di esercizio del potere di recesso da parte della P.A. dagli accordi- fra le disposizioni applicabili anche agli accordi fra amministrazioni pubbliche di cui all'art. 15, nondimeno è da ritenersi che la effettiva sussistenza di tale potere di recesso emerga quale corollario del principio di inesauribilità del potere pubblico, che caratterizza l'esercizio delle pubbliche funzioni. Il provvedimento che sia espressione di un tale potere di recesso va adeguatamente motivato, tenendo conto delle circostanze avvenute e delle esigenze di spesa, e se del caso anche della illegittimità della originaria determinazione, ma comunque valutando gli interessi pubblici -e privati- sui quali si va ad incidere.”).

In via di principio quindi nulla osterebbe a che rideterminandosi l'Amministrazione fosse libera di porre a sostegno del proprio convincimento elementi “nuovi” non oggetto della propria antecedente deliberazione vulnerata dal giudicato e per tal via riconfermasse il contenuto dispositivo annullato.

E' ben ovvio, tuttavia, che potendo in teoria l'Amministrazione pronunciarsi un numero di volte in via di principio infinito sullo stesso affare, ove questa ogni volta ponesse a sostegno del “nuovo” provvedimento fatti “nuovi” (in quanto non precedentemente esaminati) verrebbe vanificata la portata accertativa e soprattutto conformativa di ogni decisione.

Ogni controversia sarebbe destinata, in potenza, a non concludersi mai con un definitivo accertamento sulla spettanza – o meno- del “bene della vita”.

Tuttavia – ha rilevato la giurisprudenza e la dottrina -occorre che la controversia fra l'Amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'Amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli all'originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato.

Interrogandosi su come conciliare dette –opposte – esigenze rappresentate dalla garanzia della inesauribilità del potere di amministrazione attiva e dalla portata cogente del giudicato il punto di equilibrio è stato individuato in via empirica dalla giurisprudenza imponendo all'Amministrazione -

dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati.

Questo principio costituisce *jus receptum* in giurisprudenza (tra le tante, si veda Consiglio di Stato Sez. VI, 09-02-2010, n. 633; per completezza espositiva e rigore logico si segnala Consiglio di Stato sez. V, 06-02-1999, n. 134, laddove, intervenendosi sul tema del difetto di motivazione e del giudicato, ha ritenuto che una volta passata in giudicato la sentenza di annullamento di un diniego di concessione edilizia, non è ammesso il ricorso per l'esecuzione del giudicato se l'amministrazione abbia rinnovato il diniego sulla base di diversa motivazione, affermando comunque che "è onere dell'amministrazione, dopo il giudicato, esaminare la pratica nella sua interezza, con la conseguenza che, una volta rinnovato il diniego, non può più assumere ulteriori provvedimenti sfavorevoli per profili non ancora esaminati.").

Esso appare equo contemperamento (o quantomeno il migliore che sia stato sinora individuato) tra esigenze all'apparenza inconciliabili (la "forza" della *res iudicata* e la stessa funzione ed utilità di quest'ultima la continuità del potere amministrativo *ex art. 97* della Costituzione, il principio di ragionevole durata del processo *ex art. 111* della Costituzione medesima).

Se la prima rieffusione del potere è tendenzialmente "libera", quindi, le eventuali ulteriori valutazioni che seguano ad un giudicato demolitorio non possono giovare di materiale cognitivo prima non esaminato né fondarsi su motivazione "diversa".

Nell'ordinamento italiano quindi, per costante elaborazione pretoria non trova riconoscimento la teoria c.d. del "*one shot*" (viceversa ammessa in altri ordinamenti).

Detta regola prevede che l'Amministrazione possa pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento della istanza del privato.

Nel sistema italiano il principio è stato "temperato" accordandosi all'Amministrazione due *chances*: si è infatti costantemente affermato che l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione

a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza.(*ex multis*,T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 23-04-2009, n. 4071).

2.4. Se questo sinora indicato è il principio generale, occorre adesso chiedersi se esso abbia trovato riconoscimento, nella giurisprudenza amministrativa, con riferimento al riesercizio del potere da parte del Csm a seguito di un annullamento giurisdizionale attingente una delibera di conferimento di incarico direttivo o semidirettivo.

2.4.1. La risposta che si impone, ad avviso del Collegio, è certamente positiva.

Una sentenza della Sezione recante n. 365/2013 così aveva statuito (punto 5.6.) sulla problematica:

“Su un punto è bene essere chiari, pur non essendo questa la sede opportuna per immorare su questioni di massima che travalicano la portata della controversia in esame.

Affinché non si voglia ridurre a pura *fictio* il profondo significato (in termini di rispetto del principio di separazione dei poteri e della distinzione tra amministrazione attiva e controllo giurisdizionale) della “restituzione” all’organo di amministrazione attiva del potere di riesercitare le proprie valutazioni, è necessario ribadire - pur riaffermandosi il principio del divieto di “nuovo” ingresso di tematiche prima non valutate in sede di terza ed ulteriore comparazione (sul punto questa pronuncia si è già ampiamente diffusa in precedenza) - che il vincolo discendente dal giudicato non può spingersi sino ad impedire la rivalutazione e l’approfondimento di elementi che, seppur già tenuti presenti, in quanto ovviamente riferibili al *curriculum vitae* del magistrato “comparato” nelle precedenti deliberazioni, non erano stati adeguatamente posti in luce o valorizzati nella loro interezza.

Salvi i casi, invero non del tutto frequenti, di “giudicato puntuale”, che precluda la valutazione di un elemento (in quanto espressamente ritenuto neutro, inconferente etc), nei casi di difetto di motivazione per così dire “ordinario” - come quello all’esame del Collegio - impedire una simile opera rivalutativa comporterebbe la vanificazione dell’effetto “restitutorio”: non potendo prendere in esame elementi “nuovi” (in quanto degli stessi era stata omessa la valutazione, seppur esistenti, in quanto ignoti, ritenuti non utili, etc) e neppure potendo procedere a riesaminare quelli già delibati, appare di solare evidenza che il “*remand*” verrebbe privato di ogni utile funzione.”.

In termini non difforni, analoga questione è stata esaminata dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 2/2013 (laddove non ci si trovava al cospetto di un giudicato demolitorio già attingente una statuizione ottemperativa) e ivi è stato così affermato:

“La questione si pone invece ove la riedizione del potere (come nel caso in esame) si concreti nel valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice.

In tal caso l'adunanza plenaria ritiene che non può escludersi in via generale la rivalutazione dei fatti sottoposti all'esame del giudice.

E' ben consapevole l'adunanza delle tesi da tempo avanzate che, facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e non imposto dalle pur rilevanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, come attestato dalla disciplina della materia in Paesi dell'Unione europea a noi più vicini (si pensi alla Francia ed alla Germania) nei confronti dei quali possiamo vantare un sistema di esecuzione del giudicato amministrativo – l'ottemperanza appunto – sicuramente più avanzato.

Ma va subito aggiunto che la riedizione del potere deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli.”.

Il successivo sviluppo della motivazione è dedicato alla illustrazione dei limiti a tale potere ed è da intendersi integralmente richiamato in questa sede anche laddove, condivisibilmente, fa riferimento all'obbligo di leale collaborazione che incombe sulle Amministrazioni in sede di attuazione del giudicato.

3. Così delineate le caratteristiche del (consentito) riesercizio del potere valutativo da parte dell'Amministrazione, ed i limiti del medesimo, e dato atto che l'assenza di contrasto in ordine alla ricostruzione fattuale ed alla normativa applicabile alla fattispecie esonera il Collegio dal rivisitare tali aspetti, ritiene il Collegio di dovere immediatamente sollecitare una riflessione.

3.1. A differenza della fattispecie presa in esame nella sentenza n. 356/2013 citata, nella controversia odierna almeno un punto nodale risultava certamente attinto da un “giudicato puntuale”: ed è quello scolpito ai punti 8 e 10 della decisione cognitoria del Collegio surrichiamata.

3.2. A questo punto, alla luce delle premesse sinora illustrate, interrogandosi sul *quomodo* della successiva attività ottemperativa del Csm, ribadito che trattandosi di “secondo esame” si sarebbe potuta consentire l’emersione di elementi, dati di fatto, circostanze “nuove”, mai esaminate, ovvero non evidenziate, non valutate, etc certamente può specularmente porsi in luce “ciò che non avrebbe potuto avvenire”.

Non poteva essere possibile, cioè - salvo violare frontalmente il giudicato - discostarsi dalla *regula iuris* emergente dal combinato disposto dei capi 8 e 10 della sentenza n. 8019/2010 del 15/10/2010 il Consiglio di Stato.

3.3. Cosa è invece avvenuto?

3.3.1. La risposta è agevole, e si rinviene con facilità dalla compulsazione degli atti processuali, ed è stata ben colta -ad avviso del Collegio – nella successiva decisione della Sezione n. 00667/2012.

Nel corso di detto giudizio di ottemperanza, attivato dalla dott. Toterò, vincitrice in sede cognitoria, è stato infatti osservato nella detta decisione che la nuova comparazione effettuata dal Csm si reggeva su un duplice architrave motivazionale.

Il primo di essi, riposava in una reiterazione di argomentazioni già affrontate e risolte (sfavorevolmente per l’Amministrazione) in sede cognitoria.

Sebbene nella detta decisione non si rinvenga il termine “elusione/violazione” del giudicato, non altro appare essere il significato da attribuire alla seguente proposizione ivi utilizzata: “da un sommario esame delle nuova deliberazione consiliare di designazione del dottor Bellocchi (depositata agli atti del presente giudizio dalla stessa ricorrente) è dato evincere come questa si fonda, oltre che su una “inedita” critica delle motivazioni addotte da questa Sezione a sostegno dell’annullamento della prima nomina, definite improntate a una concezione arcaica e non in linea con la normativa vigente dell’assetto delle funzioni requirenti e giudicati”.

Sotto altro profilo, come correttamente osservato nella citata sentenza n. 00667/2012, ulteriore (ed unico “nuovo”) caposaldo motivazionale della rinnovata comparazione in favore del dott. Bellocchi

si fondava “Sull’applicazione della nuova normativa primaria, *medio tempore* entrata in vigore, ostativa al passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicati – e viceversa – nell’ambito di un medesimo distretto (art. 13 del decreto legislativo 5 aprile 2006, nr. 160, come sostituito dall’art. 2 della legge 30 luglio 2007, nr. 111).”.

Orbene: proprio in considerazione che era stato preso in esame, e “valorizzato” un dato “nuovo” ed inedito, il ricorso per la ottemperanza è stato dichiarato improcedibile, (così testualmente la sentenza: “la questione, su cui si sofferma parte ricorrente, se la ridetta normativa sopravvenuta dovesse applicarsi alla rinnovazione della procedura di conferimento di che trattasi, ovvero quest’ultima dovesse svolgersi ancora sulla base dell’assetto normativo pregresso, è questione di diritto insuscettibile di essere affrontata e risolta nella presente sede di ottemperanza...dovendo essere approfondita nella sede propria dell’impugnazione di tali atti”) e l’odierna appellata è stata onerata della proposizione di una nuova impugnazione di legittimità, in quanto il riesercizio dell’attività amministrativa non era (totalmente) elusivo.

Lo sviluppo della motivazione della citata sentenza n. 00667/2012, lasciava preconizzare che, invece, laddove la comparazione si fosse limitata alla reiterazione del primo caposaldo motivazionale suindicato, essa non avrebbe potuto sfuggire da un giudizio di nullità in quanto collidente con il giudicato formatosi.

3.3.2. In armonica condivisione con tali premesse, il Tar, in sede di legittimità, ha vagliato entrambi i capisaldi della rinnovata comparazione.

Quanto al primo, nell’evidenziare che trattavasi “della medesima motivazione posta dall’Organo di autogoverno a supporto della prima designazione, già annullata dal Giudice amministrativo, ribadendosi lo stesso schema concettuale sotteso ai precedenti provvedimenti” ha accolto l’impugnazione dichiarandolo elusivo.

Quanto al secondo, ha affermato l’inapplicabilità della disciplina sopravvenuta alla procedura per cui è causa.

4. L’analisi dei fatti sin qui esposti, va adesso sottoposta a scrutinio tenuto conto delle censure articolate dall’appellante amministrazione e delle deduzioni del controinteressato appellato secondo cui, per un verso, la nuova comparazione resa nella delibera gravata sarebbe immune da vizi e rispettosa del giudicato formatosi e, per altro verso il “nuovo” elemento costituiva norma

sopravvenuta peraltro cronologicamente precedente al giudicato la cui osservanza di imponeva al Csm.

4.1. Muovendo dall'esame del "*novum*" sotteso alla riedizione del potere in senso confermativo dell'esito della precedente delibera annullata, ritiene il Collegio che la decisione del Tar meriti convinta conferma.

Si è già posto in luce, in sede cautelare, che in passato (vedasi sent. Cons Stato n. 2064/2010) la odierna parte appellante ebbe a sostenere in punto di applicabilità non retroattiva della normativa in materia di impossibilità di tramutamento all'interno del distretto in relazione alle diverse funzioni (requirenti e giudicanti) la tesi sostenuta dal Tar nella sentenza gravata (ed oggi contestata)

4.2. Ma in disparte tale argomento (sul quale comunque il Collegio si soffermerà brevemente di seguito) valutando serenamente se il richiamato art. 13 del d.lgs n. 160/2006 (che preclude il passaggio di funzioni in uffici posti all'interno del medesimo Distretto) potesse – o meno – applicarsi a procedure bandite in epoca antecedente alla sua entrata in vigore, il Collegio ritiene che l'opinione negativa espressa dal Tar sia senz'altro corretta.

Come puntualmente rilevato dal Tar, nella incontestabile constatazione della circostanza che tale normativa era entrata in vigore in epoca posteriore al momento in cui aveva avuto inizio la procedura comparativa per l'attribuzione dell'incarico in questione (tra il primo ed il secondo grado di giudizio del contenzioso promosso dalla dott.ssa Toterò per annullare la prima designazione in favore del dott. Bellocchi) sarebbe stato necessario, perché lo *jus superveniens* potesse trovare applicazione anche alle procedure bandite anteriormente, che la legge recasse una clausola (espressa, peraltro) di retroattività.

Nessuna disposizione in tal senso è dato rinvenire nel citato decreto legislativo, e, *ad abundantiam*, si rileva che anche l'originario testo dell'art. 16 del decreto legislativo n. 160/2006 (recante "norma transitoria") comunque abrogato dal comma 20 dell'art. 4 della L. 30 luglio 2007, n. 111, non avrebbe autorizzato alcuna simile affermazione.

Trattandosi di requisito "escludente" *superveniens* trova quindi vigore pieno il principio secondo cui nella procedura *de qua* doveva continuare a trovare applicazione la normativa vigente al momento in cui, con la presentazione delle domande di valutazione da parte dei candidati, si cristallizzava lo stato di fatto e di diritto alla luce del quale la procedura stessa avrebbe poi dovuto trovare la propria conclusione.

Insomma, la invocata norma, in quanto sopravveniente alla procedura non era idonea ad incidere sui concorsi già banditi, (Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2064; e, per il principio generale, si veda, *ex aliis* Cons. Stato, Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2006).

4.2.1. Alla stregua di quanto sinora osservato, neppure decisamente contestato in sede di appello, “cade” quindi il primo caposaldo della rinnovata manifestazione comparativa resa in favor del controinteressato.

4.2.2. Ed è appena il caso di osservare che neppure si pone nel caso in esame la problematica relativa all’analisi della delicata questione dell’applicabilità delle norme *supervenientes* rispetto al giudicato: detta norma non poteva applicarsi, a monte, alla bandita procedura concorsuale, non possedendo valenza retroattiva: ne consegue che a fortiori non poteva trovare applicazione in sede di riedizione della procedura comparativa successiva al giudicato formatosi.

4.3. Venendo adesso allo scrutinio del primo architrave della delibera, il semplice raffronto del dato testuale induce al convincimento che le riflessioni ivi contenute (sulla cui eventuale conducente non mette neppure conto di soffermarsi per ragioni fondate sul disposto di cui all’art. 2909 cc) collidano frontalmente rispetto al giudicato formatosi.

Non si tratta neppure di elusione, per il vero, ad avviso del Collegio, (è ben noto peraltro che la distinzione ha ormai perso di significato pratico *ex art. 21 septies* della legge n. 241/1990) quanto di diretto contrasto.

4.3.1. Non è il caso di rammentare che l’ordinamento appresta mezzi di tutela di natura straordinaria avverso il giudicato formatosi: ciò che non sarebbe consentito ad alcuna Amministrazione (neppure al Legislatore, come è agevole riscontrare sol che si compulsi la giurisprudenza costituzionale in punto di ristretti limiti in cui è consentita la emanazione delle c.d. “leggi provvedimento”: *ex aliis* Corte Costituzionale 27-07-2000, n. 374) riposa in una condotta che semplicemente ometta di rispettare il giudicato formatosi, non “condividendolo”.

Utilizzando le espressioni della Consulta rese nella citata decisione, è forte il monito ivi contenuto, laddove si è affermato che “sono, invece, censurabili le norme il cui intento non sia quello di stabilire una regola astratta, ma di incidere su di un giudicato, non potendo ritenersi consentito al legislatore di risolvere, con la forma della legge, specifiche controversie e di vanificare gli effetti di una pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere

legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi legittimi” (sentenza n. 374 del 2000)”.

4.3.2. La prima articolazione motivazionale della delibera costituisce una “fotografia” della prima, già annullata in sede giurisdizionale; non si conforma al giudicato ed anzi, consapevolmente lo viola: essa è pro parte nulla, e soltanto perché la seconda parte della delibera si fonda su un *novum* “semplicemente” illegittimo, la nullità parziale riscontrata non trasmoda in nullità globale della delibera medesima.

4.3.3. D’altro canto, non è risultata provata in questa fase giudiziale la tesi (rimasta soltanto adombrata) secondo la quale il secondo caposaldo motivo della delibera comparativa (quello cioè fondato sullo *ius superveniens*) fosse stato soltanto strumentalmente utilizzato dall’Amministrazione in chiave di rinnovata “preferenza” per il controinteressato, pur essendo nota all’amministrazione precedente la inaccoglibilità dell’argomento “escludente” la Totero.

Né è stato proposto nell’odierno giudizio alcun *petitum* risarcitorio, laddove l’analisi delle precedenti prassi applicative seguite dall’Amministrazione in punto di supposta retroattività dell’art. 13 del d.lgs. n. 160/2006 avrebbe potuto avere una utilità in ordine di vaglio sulla sussistenza dell’elemento psicologico ex art. 2043 CC.

4.4. Di certo v’è, però, che: il *novum* rappresentato dalla disciplina sulle incompatibilità, non era utilizzabile, per le già chiarite ragioni, in chiave reiettiva della pretesa della odierna appellata Totero; per il resto, la delibera viola e contraddice le prescrizioni contenute nel giudicato formatosi, e pertanto ne consegue la complessiva illegittimità della stessa, che deve essere pertanto annullata.

5. Alla stregua delle superiori argomentazioni, quindi, l’appello deve essere respinto in quanto totalmente infondato (apparendo infondate per le medesime ragioni, altresì, le argomentazioni del contro interessato dott. Bellocchi).

6. Nessuna statuizione è dovuta sulle spese a carico di alcuno, stante la mancata costituzione in giudizio dell’appellata vincitrice in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei termini di cui alla motivazione che precede.

Nulla per le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)