ubblicato il 10/03/2023

N. 02527/2023REG.PROV.COLL.

N. 07814/2022 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7814 del 2022, proposto da Antonio Balsamo, rappresentato e difeso dall'Avvocato Giuseppe De Vergottini, dall'Avvocato Rosario Di Legami e dall'Avvocato Marco Petitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Giuseppe De Vergottini in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 44;

contro

Piergiorgio Morosini, rappresentato e difeso dall'Avvocato Aristide Police, dall'Avvocato Vittorio Triggiani e dall'Avvocato Alessandro Parini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Aristide Police in Roma, viale Liegi, n. 32;
CSM – Consiglio Superiore della Magistratura, in persona del Vicepresidente *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Ministero della Giustizia, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 11915 del 19 settembre 2022 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. I, resa tra le parti, che ha annullato la delibera del *Plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura del 7 luglio 2021 con cui è stata approvata la proposta della Quinta Commissione del medesimo Consiglio di conferimento, in favore del dott. Antonio Balsamo, dell'ufficio direttivo di Presidente del Tribunale di Palermo, pubblicata in pari data, nonché di ogni altro atto presupposto.

visto l'appello principale e i relativi allegati;
visti gli atti di costituzione in giudizio di Piergiorgio Morosini e del CSM – Consiglio Superiore della Magistratura;
visto l'appello incidentale del CSM – Consiglio Superiore della Magistratura;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2023 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierno appellante principale, Antonio Balsamo, l'Avvocato Giuseppe De Vergottini, l'Avvocato Rosario Di Legami, e l'Avvocato Marco Petitto e per il controinteressato, Piergiorgio Morosini, l'Avvocato Aristide Police e l'Avvocato Alessandro Parini.
viste le conclusioni delle parti come da verbale;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno appellato, dott. Piergiorgio Morosini, ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma (di qui in avanti, per brevità, il

Tribunale), la delibera del *Plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura del 7 luglio 2021 con cui è stata approvata la proposta di conferimento, in favore del dott. Antonio Balsamo, dell'ufficio direttivo di Presidente del Tribunale di Palermo.

1.1. Il ricorrente ha esposto di essere entrato in magistratura nel giugno 1993 e di avere prestato servizio, dall'ottobre 1994, presso il Tribunale di Palermo, nella Seconda sezione civile, con competenza in materia di diritti reali, successioni e locazioni; dal maggio 1995 era stato assegnato alla Sesta sezione penale con funzioni di giudice del dibattimento penale collegiale e monocratico (dal gennaio 2001), nonché di giudice del riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dei provvedimenti di sequestro (dal maggio 1995 al dicembre 1999); successivamente, dal marzo 2002 aveva svolto le funzioni di giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Palermo; nel periodo dal febbraio 2008 al settembre 2008 era stato destinato all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, ove aveva svolto l'attività di massimazione ed elaborazione di relazioni preparatorie delle camere di consiglio delle Sezioni Unite in materia di diritto tributario e nel settore civilistico; dal settembre 2014 e sino all'ottobre 2018 era stato componente del Consiglio Superiore della Magistratura; a partire dal novembre 2018 era tornato a svolgere le funzioni di giudice delle indagini preliminari presso il Tribunale di Palermo.

1.2. Con il bollettino n. 5138 del 1° aprile 2020 il Consiglio Superiore della Magistratura – di qui in avanti, per brevità, il CSM – aveva indetto una procedura per il conferimento dell'ufficio direttivo di Presidente del Tribunale di Palermo, vacante dal 15 luglio 2020; alla procedura avevano partecipato, oltre al ricorrente, la dott.ssa Angela Tardio, il dott. Angelo Giorgianni e il dott. Antonio Balsamo.

1.3. All'esito dell'esame delle domande pervenute, la Quinta Commissione aveva formulato al *Plenum* due proposte per il conferimento dell'incarico, la proposta "A",

supportata da tre preferenze, in favore della nomina del dott. Balsamo, e la proposta "B", con due preferenze, per la nomina del dott. Morosini.

1.4. Il *Plenum* del Consiglio Superiore della Magistratura, con delibera adottata nella seduta del 7 luglio 2021, aveva approvato la proposta "A".

2. A sostegno del ricorso sono state formulate dal ricorrente in prime cure le seguenti censure.

2.1. Con un primo motivo è stata dedotta in primo grado la violazione dell'art. 13, comma 3, del d. lgs. n. 160 del 2006 la violazione e falsa applicazione degli artt. 34-bis e 25 dello stesso d. lgs. n. 160 del 2006, l'eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà della motivazione, travisamento dei presupposti, la violazione dell'art. 50 del d. lgs. n. 160 del 2006, l'ingiustizia manifesta.

2.2. La delibera impugnata doveva ritenersi illegittima per violazione delle previsioni in materia di legittimazione alla partecipazione al concorso, poiché il controinteressato sarebbe stato privo – alla data di vacanza del posto – del requisito della permanenza almeno quinquennale nella precedente funzione requirente prima del trasferimento a quella giudicante.

2.3. Il dott. Balsamo, infatti, aveva preso servizio quale sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione) in data 10 marzo 2016 e, dunque, alla data di vacanza del posto (15 luglio 2020) non erano ancora decorsi cinque anni dalla presa di possesso, con conseguente impossibilità di ottenere il passaggio alle funzioni giudicanti, che gli sarebbero state necessariamente conferite in caso di nomina a Presidente del Tribunale di Palermo.

2.4. L'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006, al riguardo, prevedeva che il passaggio di funzioni poteva essere richiesto «*per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera, dopo aver svolto almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione esercitata*» (comma 3, secondo periodo).

2.5. La Proposta A della Quinta Commissione, approvata dalla delibera, aveva ritenuto, invece, che il limite quinquennale per il passaggio di funzioni non fosse applicabile ai magistrati della Corte di Cassazione, sul rilievo che «*la normativa prevista dal d.lgs. 160 del 2006* […]*, alla luce delle più recenti evoluzioni nell'interpretazione costituzionale del ruolo dei magistrati di legittimità*», dovesse essere «*sottoposta ad un'interpretazione evolutiva*» (p. 47 della delibera), in quanto «*il rapporto tra la funzione requirente e quella giudicante presso la Corte di cassazione present*[a] *innegabili differenze rispetto al rapporto intercorrente tra le due funzioni nella giurisdizione di merito*» (p. 49), in considerazione della funzione nomofilattica, caratterizzante entrambe le funzioni di legittimità.

2.6. Secondo il ricorrente, di contro, l'art. 13 citato stabilirebbe un limite soggettivo al tramutamento di funzioni senza introdurre alcuna distinzione tra gli uffici requirenti di legittimità e gli omologhi uffici presso le Corti di merito e, inoltre, lo stesso controinteressato, in occasione della presentazione in data 15 maggio 2020 della domanda per il concorso in questione, aveva chiesto il parere del Consiglio giudiziario sul cambio di funzioni (poi favorevolmente ottenuto), con ciò implicitamente confermando di ritenere che le ultime funzioni svolte fossero effettivamente quelle requirenti.

2.7. La delibera risulterebbe illegittima anche nella parte relativa al computo degli anni di svolgimento delle funzioni requirenti, giacché avrebbe preso come riferimento finale non già la data di vacanza del posto, bensì la data (successiva) della seduta del *Plenum*, mentre il bando per il conferimento dell'incarico, pubblicato in data 1° aprile 2020, prevedeva che la legittimazione dovesse essere valutata in relazione alla data della vacanza del posto, senza che potessero assumere rilievo momenti successivi quali la data di presentazione della domanda, la data di scadenza dei termini del bando ovvero la data di effettivo passaggio di funzioni.

2.8. Infine, doveva ritenersi illegittimo l'argomento contenuto nella delibera, secondo cui il dott. Balsamo non incorrerebbe nei limiti di cui all'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006, avendo trascorso un consistente periodo fuori dal ruolo organico e, quindi, esercitato per un periodo di tempo rilevante funzioni non giudiziarie.

2.8.1. Il riferimento sarebbe al provvedimento di c.d. applicazione al Tribunale di Caltanissetta con le delibere del 17 febbraio e 20 aprile 2016 "*per assicurare la definizione di importantissimi procedimenti aventi ad oggetto le stragi di Capaci e di via D'Amelio*" e al collocamento fuori ruolo presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite dal 28 marzo 2018.

2.9. Tali circostanze sarebbero, tuttavia, irrilevanti ai fini dell'operatività del limite di cui all'art. 13, comma 3, del d. lgs. n. 160 del 2006, che individuerebbe le condizioni per il passaggio delle funzioni senza menzionare, tra le ipotesi eccezionali e derogatorie, eventuali applicazioni in diverse funzioni ovvero periodi svolti fuori ruolo.

2.9.1. Peraltro l'applicazione presso il Tribunale di Caltanissetta non era permanente, ma limitata ai solo giorni di udienza e finalizzata unicamente a consentire la conclusione di rilevantissimi processi.

2.9.2. Quanto al periodo fuori ruolo, secondo l'art. 50 del d.lgs. n. 160/2006 lo stesso era equiparato all'esercizio delle ultime funzioni giudiziarie svolte, sicché si sarebbe saldato con le funzioni requirenti svolte prima del collocamento fuori ruolo.

2.10. Con un secondo motivo è stata dedotta in primo grado la violazione e la falsa applicazione dell'art. 47 del Regolamento Interno del CSM approvato con la deliberazione del 26 settembre 2016.

2.11. Nella seduta del *Plenum* del 7 luglio 2021, sia in prima che in seconda votazione, le due proposte avevano ricevuto pari voti (12 consensi ciascuna), sicché il conferimento dell'incarico al dott. Balsamo era intervenuto per effetto della regola

sulla prevalenza del più anziano in ruolo, ai sensi dell'art. 47 del Regolamento Interno del CSM.

2.12. Tra la prima e la seconda votazione, tuttavia, era trascorso appena 1 minuto e 10 secondi, di modo che non era stato consentito ai consiglieri di confrontarsi nuovamente sulle proposte ed eventualmente modificare la preferenza espressa in prima votazione.

2.13. Si sono costituiti il Consiglio Superiore della Magistratura ed il controinteressato Antonio Balsamo resistendo al ricorso.

3. Il Tribunale, con la sentenza n. 11915 del 19 settembre 2022, ha accolto il ricorso e ha annullato la delibera impugnata.

3.1. Il primo giudice, in sintesi ha rilevato che anche se entrambe le funzioni di legittimità, giudicanti e requirenti, sono caratterizzate dall'esercizio della nomofilachia, che le accomuna, esse in ogni caso mantengono la differenziazione sostanziale che è alla base della distinzione tra ruolo requirente e ruolo giudicante, nei tratti essenziali della loro disciplina e del loro esercizio, che dà luogo anche in Cassazione al confronto dialettico tra le parti del giudizio, solo all'esito del quale si forma la decisione del giudicante.

3.2. La comunanza della funzione nomofilattica non può ritenersi, pertanto, idonea a giustificare la sottrazione dei magistrati di legittimità alle limitazioni temporali poste dall'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 160 del 2006.

3.3. Peraltro, ritenere che le funzioni di legittimità possano, per la loro peculiarità, non soggiacere alle restrizioni relative al passaggio di funzioni previste in generale per tutti i magistrati comporterebbe un trattamento differenziato, difficilmente compatibile con il principio fondamentale, posto dall'art. 107 Cost., secondo cui i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni.

3.4. Del pari fondata, secondo il primo giudice, è la doglianza concernente il calcolo del *dies ad quem* per il computo del termine di legittimazione.

3.5. Il dott. Antonio Balsamo, infatti, ha effettuato l'ultimo passaggio di funzioni in data 10 marzo 2016 e, dunque, alla data di vacanza del posto (15 luglio 2020) non erano ancora decorsi cinque anni dalla data di presa di possesso presso la Procura Generale.

3.6. Non può rilevare, in senso contrario, il fatto che al momento dell'adozione della delibera il termine quinquennale fosse decorso, dovendosi in materia rispettare il principio generale secondo cui i requisiti di legittimazione devono essere posseduti alla data di vacanza del posto o, in caso di diversa previsione del bando, al più tardi al momento della domanda di partecipazione alla procedura.

3.7. L'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006, infatti, prevede che il passaggio di funzioni «*può essere richiesto dall'interessato dopo aver svolto almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione esercitata*», con ciò ancorando, chiaramente, il requisito temporale al momento della domanda e non a quello dell'assegnazione del posto, né dell'effettivo passaggio di funzioni.

3.8. Diversamente opinando verrebbe meno ogni certezza in ordine alla legittimazione dei partecipanti alla procedura, con la conseguente lesione anche del principio della par condicio dei concorrenti.

4. Quanto alla "sterilizzazione" delle funzioni svolte, in considerazione del periodo trascorso fuori ruolo, anch'essa richiamata dalla delibera impugnata a sostegno dell'inapplicabilità della legittimazione quinquennale, il primo giudice ha osservato che il dott. Balsamo è stato trasferito alla Procura generale della Corte di Cassazione dal 1° luglio 2015, è stato durante il periodo in Cassazione contestualmente applicato al Tribunale di Caltanissetta per la definizione dei procedimenti aventi ad oggetto le stragi di Capaci e di via D'Amelio e, dal 28 marzo 2018, è stato collocato fuori ruolo presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni Unite.

4.1. La valutazione del periodo fuori ruolo rispetto alle limitazioni previste dall'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006 è espressamente disciplinata dall'art. 65 del Testo Unico

sulla dirigenza, che prevede, nel rispetto della regola posta dall'art. 50 del d.lgs. n. 160/2006, che «*ai fini dell'applicazione delle limitazioni previste dall'articolo 13, comma 3, del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, il periodo fuori ruolo è considerato equivalente, sotto il profilo funzionale, all'attività giudiziaria da ultima svolta prima del collocamento fuori ruolo*».

4.2. La disposizione è quindi chiara nello stabilire il criterio di equivalenza, per la determinazione della legittimazione, tra il fuori ruolo e le ultime funzioni svolte, che sarebbero soltanto quelle requirenti.

4.3. Le funzioni giudicanti esercitate presso il Tribunale di Caltanissetta in applicazione erano circoscritte alla definizione di alcuni processi pendenti al momento della presa di servizio in Cassazione.

4.4. È evidente secondo il primo giudice come, per individuare le funzioni svolte, non possa certo utilizzarsi un criterio quantitativo, in relazione al tempo impiegato rispettivamente nelle funzioni principali o in applicazione, o qualitativo, sotto il profilo della prevalenza delle une o delle altre, dovendosi, piuttosto, dare rilievo all'unico elemento certo, coincidente con il posto effettivamente ottenuto e ricoperto, ovvero quello requirente.

5. Sulla scorta di tali argomentazioni, qui in sintesi ricordate, il Tribunale ha così accolto il ricorso proposto dal dott. Morosini e ha annullato la nomina del dott. Balsamo a Presidente del Tribunale di Palermo.

6. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale Antonio Balsamo, lamentandone l'erroneità sotto diversi profili che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con la conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado dal dott. Morosini.

6.1. Anche il CSM ha proposto appello incidentale contro tale sentenza, lamentandone l'erroneità per tre distinti motivi che pure di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto la riforma.

6.2. Si è costituito il controinteressato Piergiorgio Morosini per chiedere la reiezione dei due appelli, principale e incidentale, e riproponendo altresì in via subordinata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., il primo motivo dichiarato assorbito.

6.3. Nella camera di consiglio dell'8 novembre 2022, fissata per l'esame della domanda sospensiva, il Collegio, sull'accordo delle parti, ha rinviato la causa alla pubblica udienza per il sollecito esame del merito.

6.4. Nella pubblica udienza del 21 febbraio 2023 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

7. Gli appelli sono infondati.

8. Con il primo motivo (pp. 3-7 del ricorso) l'appellante principale censura la sentenza impugnata per avere disatteso l'eccezione di improcedibilità dell'originario ricorso, sollevata in prime cure, basata sul fatto che, nelle more del giudizio amministrativo di primo grado, è stato nominato sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione e non ha, pertanto, più interesse all'accoglimento del gravame, non potendo a sua volta ottenere il cambio di funzioni correlato alla nomina impugnata.

8.1. Il Tribunale, con sintetica motivazione, ha rilevato infatti che l'eventuale accoglimento del ricorso comporterebbe necessariamente la rivalutazione dell'originaria domanda ad opera del CSM ai fini del conferimento dell'incarico di Presidente del Tribunale di Palermo ora per allora, non potendosi, perciò, tenere conto, ai fini della valutazione della legittimazione al cambio di funzioni, delle sopravvenienze intervenute, pena la vanificazione dell'eventuale esito favorevole dell'azione intentata.

8.2. Sarebbe evidente però, ad avviso dell'appellante principale, la illogicità del ragionamento della sentenza di primo grado in contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, essendovi inequivocabilmente una oggettiva sopravvenuta carenza di interesse da parte del dott. Morosini al ricorso e ad una decisione nel

merito, atteso che la pronuncia di annullamento chiesta dal ricorrente non potrebbe mai condurre alla nomina del dott. Morosini al posto di Presidente del Tribunale di Palermo, ostandovi il proprio sopravvenuto incarico requirente, identico a quello che egli aveva fatto valere contro il dott. Balsamo.

8.3. Il motivo è infondato.

8.4. La sentenza impugnata sul punto va immune da censura.

8.5. Come ha ben rilevato l'appellato nelle proprie argomentazioni difensive, infatti, in nessun modo l'esecuzione della sentenza di annullamento imporrebbe (o consentirebbe) al CSM di rivalutare la domanda del dott. Morosini prescindendo dalle condizioni di fatto e diritto esistenti alla data della sua presentazione o, comunque, al momento della vacanza del posto oggetto della procedura (15 luglio 2020).

8.6. In tale contesto, infatti, non potrebbero venire in rilievo, e tantomeno acquisire valenza preclusiva, i successivi mutamenti del quadro fattuale, dovendosi qui considerare che, proprio rispetto a tali sopravvenienze, in sede di immissione in possesso nel ruolo conferito, il dott. Morosini rendeva specifica dichiarazione (cfr. doc. 5 depositato in data 27 aprile 2022, fascicolo 1° grado) volta a tenere fermi gli effetti della decisione del ricorso, così evitando di prestare acquiescenza rispetto alle censure articolate nel ricorso introduttivo.

8.7. Per effetto della sentenza qui impugnata, laddove essa trovi conferma, il CSM sarà chiamato a rivalutare l'originaria domanda presentata dal dott. Morosini ai fini del conferimento dell'incarico di Presidente del Tribunale di Palermo.

8.8. L'effetto conformativo della sentenza deve comportare la successiva esclusione del dott. Balsamo dalla procedura per difetto di legittimazione e, conseguentemente, il conferimento dell'incarico al Dott. Morosini.

9. Non osta a tale soluzione neppure la portata dell'art. 13, comma 3, del d. lgs. n. 160 del 2006, come sostiene l'appellante, in quanto la sentenza produce effetti

(conformativi e ripristinatori) che prescindono dalla situazione di fatto in cui si trova il dott. Morosini alla data di adozione della pronuncia di annullamento.

9.1. Proprio per assicurare il corretto dispiegamento degli effetti ripristinatori della sentenza di accoglimento consacrati dall'art. 34 c.p.a., la circostanza che, *medio tempore*, il dott. Morosini abbia conseguito un tramutamento di funzioni (da giudicanti a requirenti) a fronte dell'assunzione dell'incarico alla Procura della Corte di Cassazione deve rimanere del tutto neutra rispetto al ricorso giurisdizionale né avrebbe potuto mai privare l'originario ricorrente dell'interesse alla decisione, con tutto quel che ne segue in ordine alla correttezza della sentenza e infondatezza del motivo di censura in appello.

9.2. Il motivo, dunque, va respinto.

10. Con il secondo motivo (pp. 7-12 del ricorso) l'appellante principale deduce l'erroneità della sentenza impugnata laddove avrebbe affermato l'applicabilità del più volte richiamato art. 13, comma 3, del d. lgs. n. 160 del 2006, in particolare, per quanto attiene ai limiti temporali previsti per il passaggio di funzioni al caso delle funzioni requirenti di legittimità.

10.1. Il Tribunale ha rilevato che, anche se entrambe le funzioni di legittimità, giudicanti e requirenti, sono caratterizzate dall'esercizio della nomofilachia, che le accomuna, esse in ogni caso mantengono la differenziazione sostanziale che è alla base della distinzione tra ruolo requirente e ruolo giudicante, nei tratti essenziali della loro disciplina e del loro esercizio, che dà luogo anche in Cassazione al confronto dialettico tra le parti del giudizio, solo all'esito del quale si forma la decisione del giudicante.

10.2. La comunanza della funzione nomofilattica non può ritenersi, pertanto, idonea a giustificare la sottrazione dei magistrati di legittimità alle limitazioni temporali poste dall'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006.

10.3. Queste argomentazioni sono contestate tuttavia dall'appellante che, nel richiamare diverse pronunce di questo Consiglio di Stato (e, in particolare, Cons. St., sez. V, 4 dicembre 2020, n. 7695 e Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4220), sostiene che il limite temporale dei cinque anni, nel passaggio di funzioni, non opererebbe per quanto attiene alle funzioni requirenti di legittimità, per la ragione secondo cui in sede di legittimità le funzioni giudicante e requirente si fondono, atteso che anche l'attività della Procura Generale realizza la unica funzione di nomofilachia tipica della Corte di cassazione – sia essa giudicante o requirente – in quanto la stessa svolge un ruolo che si distingue da quello della Procura nei giudizi di merito, che vede, invece, il pubblico ministero presso il Tribunale e la Corte d'appello quale parte processuale.

10.4. Analoghe considerazioni critiche svolge anche il CSM, appellante incidentale, nel primo motivo di censura (pp. 7-13 del ricorso), laddove sottolinea che la ratio dei divieti di cui all'art. 13 vada rinvenuta nei principi di imparzialità del magistrato, declinata sia nelle forme dell'effettività sia in quelle della mera percezione esterna nei confronti di consociati, oltreché nella necessità di non disperdere le competenze professionali progressivamente acquisite nell'esercizio dell'una o dell'altra funzione.

10.5. Proprio in quest'ottica, il legislatore avrebbe infatti escluso l'applicabilità di tali limiti ai mutamenti di funzione volti ad acquisire la funzione di legittimità, in quanto ritenute – queste ultime – del tutto inidonee a ledere l'imparzialità "interna" ed "esterna" del magistrato: questi, transitando dalla giurisdizione di merito alla Suprema Corte, assume infatti un ruolo del tutto peculiare, incentrato non tanto sulla dicotomia tra funzione requirente e giudicante, bensì sull'assoluta prevalenza dell'esercizio comune della nomofilachia.

10.6. Non potrebbe infatti negarsi in tal senso, secondo l'appellante incidentale, come la valutazione complessiva del sistema induca l'interprete a ridisegnare il rapporto tra funzioni requirenti e giudicanti svolte presso la Corte di Cassazione in

un'ottica radicalmente diversa rispetto a quella in uso presso la giurisdizione di merito: segnatamente, entrambe contribuiscono alla missione di garantire «*l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge*» nonché «*l'unità del diritto obbiettivo nazionale*» (ex art 65 ord. giud.).

10.7. La censura, pur nella sua suggestività, non merita accoglimento.

10.8. È e rimane indubbia, e fondamentale, la distinzione tra funzioni requirenti e giudicanti anche in sede di legittimità, benché entrambe concorrano, altrettanto indubbiamente, all'esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte di Cassazione, *una hinc alia inde*, secondo, però, le caratteristiche specifiche e i distinti compiti inerenti a ciascuna di esse, senza indebite assimilazioni o commistioni, non consentite né in base al dettato costituzionale (art. 107 Cost.) né in base alle vigenti leggi dell'ordinamento giudiziario (a cominciare dallo stesso art. 65 ord. giud., richiamato dal CSM).

10.9. Non è possibile né legittimo perciò affermare, sulla base di una presunta interpretazione "evolutiva", intesa ad enfatizzare fuori contesto e oltre modo il pur fondamentale valore della nomofilachia, alcuna assimilabilità o intercambiabilità o comunicabilità tra le une e le altre funzioni, in sede di legittimità, per disapplicare il limite dei cinque anni previsto dall'art. 13, comma 3, del d. lgs. n. 160 del 2006, nemmeno richiamando i due cennati precedenti di questo Consiglio di Stato - e, in particolare, Cons. St., sez. V, 4 dicembre 2020, n. 7695 e Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4220 – che non sono conferenti rispetto al caso di specie.

11. Si badi che una simile impostazione, che evidenzia la innegabile diversità di funzioni anche in sede di legittimità, non smentisce né tradisce, come invece affermano l'appellante principale e quello incidentale, la *ratio* di tale previsione.

11.1. La previsione dell'art. 13, comma 3, è stata principalmente introdotta a garanzia del principio di imparzialità del magistrato, per preservare la sua immagine esterna,

coltivando la prospettiva della distinzione delle funzioni tra giudici e pubblici ministeri.

11.2. In questo senso, viene considerata una opzione di "compromesso" rispetto al testo originario del decreto legislativo *de quo*, laddove, in seguito alla legge delega n. 150/2005 (c.d. riforma Castelli), si prevedeva che all'unicità del concorso di accesso seguisse l'impossibilità del passaggio dall'una all'altra funzione dopo la scelta definitiva da effettuare entro il terzo anno dall'ingresso in carriera.

11.3. Il testo finale del d. lgs. n. 160 del 2006 di cui si discute, invece, consente il passaggio dall'una all'altra funzione durante l'intera vita professionale del magistrato.

11.4. La norma subordina tuttavia tali passaggi (che, secondo la disciplina vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati in primo grado, non possono essere più di quattro nell'arco di una intera carriera) a rigorose, benché temporanee, incompatibilità territoriali e ad un complesso di condizioni, tra cui lo svolgimento almeno quinquennale della funzione presso l'ufficio di provenienza.

11.5. L'introduzione di quei pregnanti limiti al mutamento delle funzioni si spiega in ragione del fatto che il legislatore ha ritenuto che il principio di imparzialità può essere vulnerato, in termini di effettività o anche solo di percezione esterna, dal libero transito dalla funzione requirente a quella giudicante e viceversa.

11.6. La *ratio* sottesa al vincolo quinquennale di permanenza nell'ufficio è pure da ricercarsi nella circostanza che l'opzione per la funzione giudicante o per quella requirente involge la necessaria acquisizione di specifiche professionalità, che presuppone la progressiva sedimentazione delle relative competenze e la profusione di attività formativa, su cui l'ordinamento investe significative risorse materiali (economico-finanziarie) e istituzionali.

11.7. In altri termini, il vincolo quinquennale voluto dalla legge qualifica pure in termini di disvalore la dispersione delle energie dedicate alla formazione di un profilo

professionale e la relativa carenza di specializzazione determinate dai precoci transiti dall'una all'altra funzione.

11.8. Basti considerare che, ai fini del passaggio di funzioni, la stessa previsione dell'art. 13 del d.lgs. n. 160 del 2006 richiede non solo lo svolgimento di un corso di qualificazione professionale, ma anche l'ottenimento del parere del Consiglio giudiziario e del giudizio di idoneità del CSM, con tutto ciò che ne segue in ordine ai costi di tali attività e di aggravamento della funzionalità delle amministrazioni coinvolte.

12. Non a caso, nonostante tale circostanza non secondaria sia indebitamente svalutata dall'appellante incidentale (v., in particolare, p. 12-13 del ricorso), lo stesso CSM ha richiesto il parere del Consiglio giudiziario in ordine al passaggio di funzioni né può certo affermarsi, come fa l'appellante incidentale, che questa richiesta di parere sarebbe un «*comportamento avente rilevanza meramente informativa, a cui non può attribuirsi alcuna valenza interpretativa della norma*».

13. A diverse conclusioni non si può giungere nemmeno considerando la *ratio decidendi* sottesa alla recente decisione n. 975 del 27 gennaio 2023 di questa Sezione, sulla quale tanto insiste in particolar modo, con dovizia ed eleganza di argomentazioni suggestive, l'appellante principale nelle memorie da ultimo depositate, come del resto anche il CSM nella memoria depositata il 3 febbraio 2023.

13.1. Questa pronuncia, infatti, si è limitata, sulla scorta di un'ampia e attenta ricostruzione del quadro normativo vigente, ad affermare – in riferimento al passaggio di funzioni infradistrettuale, ipotesi per cui opera il divieto di cui all'art. 13, comma 3, primo periodo, del d. lgs. n. 160 del 2006 – che, nei casi di incarichi fuori ruolo, protrattisi per un tempo superiore ai limiti posti dall'art. 13 citato (e, nel caso esaminato da tale sentenza, si trattava di dieci anni, il doppio dei cinque anni richiesti per il passaggio di funzioni), competa all'organo decidente – e, cioè, al CSM – valutare l'effettivo allontanamento del magistrato dall'ambiente giudiziario di

provenienza «*e verificare se tale allontanamento faccia venir meno le ragioni delle limitazioni al passaggio di funzioni*».

13.2. Nel caso presente, invece, con delibera del 13 settembre 2017 il CSM ha disposto il collocamento del dott. Balsamo fuori dal ruolo organico della magistratura in qualità di esperto (Consigliere Giuridico) alla Rappresentanza Permanente di Italia presso le Organizzazioni Internazionali in Vienna.

13.3. Tale incarico è stato assunto in data 28 marzo 2018, in modo da assicurare la definizione anche dell'ultimo procedimento pendente davanti alla Corte di Assise di Caltanissetta presieduta dal dott. Balsamo, che ha tenuto l'udienza conclusiva, nella quale ha pronunciato il dispositivo della relativa sentenza, proprio il giorno precedente (27 marzo 2018).

13.4. Anche laddove si volessero applicare alla presente controversia i principi affermati da questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 975 del 2023, che propriamente è intervenuta su un caso del tutto differente da quello in oggetto e, cioè, in relazione alle ipotesi di tramutamento infradistrettuale di funzioni e riguarda specificamente l'applicazione dell'art. 13, comma 3, primo periodo, del d. lgs. n. 160 del 2006, ove è disciplinato il divieto di passaggio di funzioni all'interno dello stesso distretto, non si potrebbe non considerare, pertanto, che al momento in cui ha presentato la domanda il dott. Balsamo non aveva maturato il quinquennio richiesto per il passaggio di funzioni.

13.5. L'odierno appellante principale, infatti, alla data di vacanza del posto (15 luglio 2020) non aveva ancora compiuto il quinquennio dalla presa di servizio presso la Procura Generale in Corte di cassazione (10 marzo 2016).

14. Ne segue che il motivo, anche per tali ragioni, debba essere respinto.

15. Con il terzo motivo (pp. 12-14 del ricorso), ancora, l'appellante principale deduce l'erroneità della sentenza impugnata per avere affermato che il dott. Balsamo non avesse maturato il periodo quinquennale, previsto dal più volte richiamato art. 13,

comma 3, secondo periodo, quando invece tale periodo non era previsto espressamente dal bando di concorso, in coerente applicazione dell'art. 194 ord. giud., unica norma legittimamente applicabile per il trasferimento dei magistrati.

15.1. Non vi sarebbe dubbio che le previsioni sulla legittimazione contenute nel bando siano state puntualmente osservate dal dott. Balsamo perché, alla data della vacanza (15 luglio 2020), era stato collocato fuori ruolo da meno di un triennio (e cioè dal 28 marzo 2018), con conseguente applicabilità del termine quadriennale di legittimazione previsto dell'art. 194 dell'ord. giud., che risulta puntualmente osservato in quanto il dott. Balsamo si è immesso in possesso nell'ultimo ufficio giudiziario nel quale ha svolto le relative funzioni (il Tribunale di Caltanissetta) in data 11 marzo 2016.

15.2. Considerazioni in parte analoghe a quelle sostenute dall'appellante svolge il CSM nel secondo motivo di appello incidentale (pp. 13-15 del ricorso), laddove sostiene il tenore letterale del bando a suggerire come la maturazione del termine quinquennale costituisca non già un requisito di partecipazione al concorso, bensì un mero presupposto di integrazione della diversa fattispecie del mutamento di funzioni, sicché sarà ben possibile prender parte alla procedura concorsuale confidando nella maturazione dei cinque anni al momento della decisione del CSM, alla quale – sola – conseguirà l'immissione nelle funzioni per cui si è concorso.

15.3. A favore di tale approdo militano ancora una volta, oltre ai rilievi strutturali suesposti, anche ragioni di ordine sistematico: se è vero – come ha pacificamente statuito il primo giudice – che la disciplina delle limitazioni al mutamento delle funzioni è posta a presidio di *rationes* volte alla preservazione dell'imparzialità soprattutto "esterna" del magistrato, intesa come percezione del ruolo ricoperto da parte dei consociati, dovrà conseguentemente affermarsi che ciò che effettivamente importa, al fine del rispetto di tali limiti, è che il termine sia maturato al momento della decisione, a cui consegue l'immissione in possesso.

15.4. Anche questa censura, pur nella diversità di impostazione da parte dell'appellante principale e dell'appellante incidentale, va respinta.

15.5. L'individuazione del *dies ad quem* da parte del primo giudice è incontestabilmente corretta.

15.6. La lettera dell'art. 13, comma 3, secondo periodo, del d. lgs. n. 160 del 2006, come ha ben rilevato anche il primo giudice, è chiara nel riconoscere la legittimazione a concorrere al posto, nel passaggio di funzioni, solo a chi abbia effettivamente svolto, al momento in cui il posto è vacante, le funzioni precedenti per un periodo di cinque anni.

Certamente, come rileva il CSM in via generale, ai sensi dell'art. 2, comma 7, del d.P.R. n. 3 del 1957, l'interessato può maturare e vantare un requisito richiesto dal bando fino all'ultimo giorno utile per concorrere previsto dal bando, ma altrettanto certamente non oltre tale termine perché, diversamente, si introdurrebbe l'arbitrio, nella proposizione delle domande, proprio laddove, al contrario, deve essere più rigorosa e imparziale l'osservanza, da parte del CSM, dei rigorosi limiti previsti dall'art. 13, comma 3, del d. lgs. n. 160 del 2006.

15.7. Quando pure, poi, si voglia accedere alla ulteriore tesi del CSM, secondo cui il compimento dei cinque anni non sarebbe nemmeno *stricto iure* un requisito di legittimazione, ma un mero presupposto integrativo della fattispecie, non si vede come questo presupposto non debba essere posseduto o realizzato, in favore degli eventuali interessati, al momento in cui propongono la domanda o, al più tardi, comunque al momento in cui scade il termine ultimo per presentarla e non certo al momento in cui delibera il *Plenum*, pena la violazione stessa dell'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006 e del principio stesso di imparzialità, dipendendo l'integrarsi dalla fattispecie dal tempo, imprevedibile e insindacabile, in cui il *Plenum* delibera.

15.8. In ogni caso, come ben deduce l'appellato, l'approccio degli appellanti contrasta radicalmente con la previsione del bando per il conferimento dell'incarico

in questione pubblicato in data 1° aprile 2020, lì dove si prevede che la legittimazione debba essere valutata in relazione alla data della vacanza del posto, senza che possano assumere rilievo momenti successivi quali la data di presentazione della domanda, la data di scadenza dei termini del bando ovvero la data di effettivo passaggio di funzioni.

15.9. Prova ne sia il fatto che, in relazione agli altri due magistrati che avevano presentato domanda (dott.ssa Tardio e dott. Giorgianni), lo stesso CSM, e correttamente, li ha esclusi per non essere «*legittimati, in quanto non garantiscono i 4 anni di permanenza nelle funzioni (tenuto conto della data della vacanza del posto)*» (p. 44), ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 160 del 2006.

16. Di qui la reiezione del motivo, apparendo chiaro che la disposizione da applicare necessariamente, e rigorosamente, al caso di specie sia l'art. 13, nei sensi predetti, e non già la (sola) norma generale dell'art. 194 ord. giud., in quanto le previsioni dell'art. 194 ord. giud. riguardano, come noto, i c.d. trasferimenti successivi e non già i tramutamenti dalla funzione giudicante a quella requirente (e viceversa) e trattandosi, cioè, di un riferimento ordinamentale per i trasferimenti dei magistrati, applicabile in assenza di altre previsioni speciali (quale è, invece, l'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006).

17. Infine, con il quarto motivo (pp. 14-24 del ricorso), l'appellante principale lamenta che il Tribunale avrebbe erroneamente svalutato, sino quasi sostanzialmente a cancellare, la sua attività giudicante svolta negli ultimi cinque anni.

17.1. Analoghe argomentazioni ha sviluppato anche il CSM nel terzo motivo dell'appello incidentale (pp. 15-17 del ricorso).

17.2. Con le delibere del 17 febbraio e del 20 aprile 2016, infatti, il dott. Balsamo è stato applicato dal CSM al Tribunale di Caltanissetta per assicurare la definizione degli importantissimi procedimenti aventi ad oggetto le stragi di Capaci e di via

D'Amelio, nonché per la conclusione di un procedimento per omicidio, definito in data 27 marzo 2018 con la pronuncia del dispositivo.

17.3. Sicché, sino a quella data, il dott. Balsamo ha ricoperto la funzione giudicante, pur in regime di applicazione, dovendosi senz'altro privilegiare l'applicazione di un criterio in concreto piuttosto che in astratto, che guardi all'effettività dell'attività svolta dal magistrato.

17.4. Dalla documentazione già prodotta dalla difesa del dott Balsamo in primo grado (doc. 7) si desume incontestabilmente che nell'anno 2018 il dott. Balsamo ha partecipato solo a due udienze presso la Corte di Cassazione, precisamente nei giorni 10 e 18 gennaio.

17.5. Quindi nessuna ulteriore udienza con funzioni requirenti è stata da lui tenuta dopo il 18 gennaio 2018, a dimostrazione del fatto che le ultime funzioni esercitate sono appunto quelle giudicanti.

17.6. Ancora, a partire dal 28 marzo 2018, il dott. Balsamo ha assunto l'incarico fuori ruolo presso la Rappresentanza Permanente d'Italia presso le Nazioni Unite, nell'ambito della quale ha svolto i ruoli di *Judge on the Roster of International Judges della Kosovo Specialist Chambers*, con sede all'Aja, e di consigliere giuridico, anche qui esercitando, pertanto, funzioni sostanzialmente giudicanti.

17.7. La sentenza qui impugnata ha rilevato che per individuare le funzioni svolte non possa certo utilizzarsi «*un criterio quantitativo, in relazione al tempo impiegato rispettivamente nelle funzioni principali o in applicazione, o qualitativo, sotto il profilo della prevalenza delle une o delle altre, dovendosi, piuttosto, dare rilievo all'unico elemento certo, coincidente con il posto effettivamente ottenuto e ricoperto, ovvero quello requirente*».

17.8. Anche tale assunto, secondo gli appellanti principale e incidentale, dimostrerebbe l'impianto eccessivamente formalista della sentenza impugnata che, in nome di imprecisati canoni di "certezza", mostra di sacrificare le effettive *rationes* poste alla base dei precetti in oggetto e, in particolare, quelle inerenti

la preservazione dello status di imparzialità "interna" ed "esterna" del magistrato, oltreché la conservazione delle competenze professionali maturate.

17.9. In adesione ad una auspicata prospettiva sostanziale ed in concreto, piuttosto, dovrebbe rammentarsi che il dott. Balsamo non ha effettivamente mai "interrotto" la funzione giudicante, sia a fronte del periodo di applicazione al Tribunale di Caltanissetta, sia in occasione del collocamento fuori ruolo, sicché, effettivamente, le ultime funzioni svolte dal magistrato sono proprio quelle giudicanti.

18. Anche questo motivo è destituito di fondamento, non essendo in alcun modo possibile, né legittimo, cancellare o superare il dato della formale per cui, con la delibera adottata del CSM in data 1° luglio 2015, il dott. Balsamo è stato trasferito alla Procura generale della Corte di Cassazione, dove ha preso possesso in data 10 marzo 2016.

18.1. Si è già detto sopra (v., in particolare, § 13 e ss.), richiamando anche le motivazioni della sentenza n. 975 del 27 gennaio 2023 di questa Sezione, del periodo trascorso fuori ruolo dal dott. Balsamo, che non può essere preso in considerazione ai fini che qui rilevano quantomeno per ragioni di ordine temporale, anche volendo ritenere applicabili al caso di specie – *quod non est* – i principi affermati in detta sentenza.

18.2. Né, si deve qui aggiungere rispetto a quanto sopra rilevato, il preteso esercizio di funzioni giurisdizionali presso un organismo internazionale può contribuire a trasformare le ultime funzioni svolte in giurisdizionali, rilevando, ai fini dell'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006 e, comunque, anche ai fini dell'art. 50 del medesimo (secondo cui «*il periodo trascorso dal magistrato fuori dal ruolo organico della magistratura è equiparato all'esercizio delle ultime funzioni giudiziarie svolte*»), solo le funzioni svolte a livello nazionale e non già quelle a livello internazionale, che non possono operare *tabula rasa* dell'inequivocabile riferimento dell'art. 50 alle ultime funzioni giudiziarie svolte, evidentemente, sul territorio nazionale nell'ordinamento italiano.

19. Quanto, poi, all'applicazione del dott. Balsamo al Tribunale di Caltanissetta per la conclusione di importanti processi, l'invocazione di un criterio incerto e "contenutistico", dipendente da variabili imprevedibili o da singole applicazioni in uffici giudicanti, come quello preteso dagli appellanti, svuoterebbe del tutto di significato precettivo il chiaro disposto dell'art. 13, comma 3, oltre che a svilirne la sua *ratio*, laddove è evidente che le ultime funzioni svolte non possono che essere quelle formalmente assegnate dal CSM, senza che l'applicazione extradistrettuale, pur rilevante nel bagaglio professionale di un magistrato, possa portare ad una "ibridazione" delle funzioni o, addirittura, ad una loro "inversione" e di conseguenza ad una sostanziale, non consentita, disapplicazione dell'art. 13 del d. lgs. n. 160 del 2006, secondo cui, va ancora una volta ricordato, il passaggio di funzioni può essere richiesto per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera, dopo aver svolto almeno «*cinque anni di servizio continuativo nella funzione esercitata*».

19.1. L'applicazione ha riguardato la indubbia, delicatissima, definizione di due processi di cui il primo, relativo ad una appendice degli accertamenti sulla strage di Capaci, definito con sentenza in data 26 luglio 2016, e il secondo, ossia il c.d. "*Borsellino quater*", definito con sentenza in data 20 aprile 2017.

19.2. Non si vede pertanto come l'appellante, al fine di dimostrare il possesso del requisito controverso, possa invocare lo svolgimento di funzioni giudicanti, in forma di applicazione, in relazione a due singoli giudizi e per un periodo limitato, anche se si tratta, indubbiamente, di giudizi comportanti un enorme ed encomiabile sforzo professionale, che nulla ha a che vedere, però, con lo svolgimento delle funzioni requirenti assegnategli, in seguito alla predetta delibera del 2015, presso la Procura Generale in Cassazione, dove comunque ha partecipato a un numero non irrilevanti di udienze (52, anche se inferiori a quelle tenute in applicazione, che ammontano a 97).

19.4. Anche quest'ultima censura, dunque, va respinta.

20. Alla luce delle statuizioni superiori, va dichiarato assorbito, anche in questa sede, il secondo motivo dell'originario ricorso riproposto dall'appellato nella propria memoria ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. (pp. 27-28 della memoria).

21. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma, anche per tali ragioni, della sentenza impugnata.

22. Le spese del presente grado del giudizio, per la complessità delle questioni trattate, possono essere interamente compensate tra le parti.

22.1. Rimane definitivamente e rispettivamente a carico dell'appellante principale e dell'appellante incidentale il contributo unificato richiesto per la proposizione dei rispettivi gravami.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello principale, proposto da Antonio Balsamo, e sull'appello incidentale, proposto dal CSM – Consiglio Superiore della Magistratura, li respinge entrambi e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in parte motiva, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Antonio Balsamo e del CSM – Consiglio Superiore della Magistratura il contributo unificato rispettivamente richiesto per la proposizione dell'appello principale e dell'appello incidentale.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Daniela Di Carlo, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Massimiliano Noccelli	**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO