

Pubblicato il 29/07/2022

N. 06716/2022REG.PROV.COLL.

N. 01051/2022 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 1051 del 2022, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Demetrio Fenucciu, Sergio Perongini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei

Portoghesi,

12;

Consiglio di Stato, Presidenza della Repubblica, non costituiti in giudizio

nei confronti

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Immordino in Palermo, viale Libertà n. 171;

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. -OMISSIS-

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2022 il Cons. Rosaria Maria Castorina e uditi per le parti gli avvocati Demetrio Fenucci, Sergio Perongini e Giuseppe Immordino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'appellante, nominato Consigliere di Stato con D.P.R. 29 gennaio 2009, in data 7 dicembre 2018 ha presentato domanda per partecipare all'interpello, bandito nella seduta del 23 novembre 2018 dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa (di seguito CPGA), per il conferimento di un posto di Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

Prima che le domande fossero valutate inviava al CPGA una nota contenente una richiesta di provvedimento, con la quale evidenziava come due dei controinteressati, candidati nell'ambito della medesima procedura, non fossero stati nominati secondo gli ordinari criteri di scelta dei Consiglieri di Stato, giacché avevano goduto, in tesi, di una 'legge-provvedimento' la quale aveva consentito loro di essere assunti senza superare il concorso per l'accesso, senza transitare per anzianità dai ruoli del TAR e senza essere oggetto di nomina governativa.

In particolare, evidenziava come l'assunzione in ruolo dei due controinteressati fosse conseguenza dell'applicazione di due disposizioni di legge (l'articolo 1, comma 97, lettera e) della L. 30 dicembre 2004 n. 311 e l'articolo 118, comma 3 del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51), a suo dire, emanate in palese contrasto con le regole costituzionali in materia di eguaglianza nell'accesso agli uffici pubblici, di pubblico concorso e di indipendenza e autonomia della magistratura: tali disposizioni avevano permesso l'assunzione di candidati risultati idonei, ma non vincitori, al concorso per Consigliere di Stato, eludendo il normale sistema di provvista e limitando la procedura ad un ristretto arco temporale, così da rendere individuabili *ex ante* i soggetti che sarebbero stati assunti.

Nella seduta del 17 gennaio 2019 la IV commissione del CPGA proponeva la nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato del dott. -OMISSIS- e, in subordine, quella del dott. -OMISSIS-, senza considerare la posizione del ricorrente che si collocava nel ruolo di anzianità in posizione immediatamente successiva.

La proposta veniva, poi, fatta propria dal *plenum* del CPGA nella seduta del 25 gennaio 2019 che conferiva al dott. -OMISSIS- l'incarico di Presidente di Sezione. La delibera veniva impugnata dall'odierno appellante davanti al TAR Lazio. Con il medesimo atto, il ricorrente, tenuto conto che anche l'altro controinteressato, ovvero il dott. -OMISSIS- aveva partecipato all'interpello per la nomina a Presidente di Sezione ed aveva ricevuto parere favorevole dal CPGA, pur non essendo stato nominato (essendo vacante e disponibile soltanto un posto), impugnava anche la delibera del CPGA del giorno 8 novembre 2007 con cui, ai sensi della innanzi richiamata normativa, era stato assunto quale Consigliere di Stato il dott. -OMISSIS-, il quale anche lo precedeva sia in ruolo che nella graduatoria relativa all'interpello per cui è causa.

L'originario ricorrente deduceva più motivi di ricorso chiedendo, in sintesi, al TAR: - di valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 97, lett. e), della legge 30 dicembre 2004 n. 311 e dell'art. 18, comma 3, del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51, in riferimento agli artt. 3, 24, 51, 97 comma 4, 100, 101, 106, comma 1, e 113, commi 1 e 2, della Costituzione, vale a dire delle disposizioni (emanate in forza di una asserita legge-provvedimento) in forza delle quali i controinteressati erano stati nominati Consiglieri di Stato; - di accertare, conseguentemente, l'illegittimità della gravate delibere di nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato (in quanto fondate su norma incostituzionale) e il proprio diritto ad essere preferito rispetto ai controinteressati per conseguire la nomina al posto di Presidente di sezione del Consiglio di Stato.

Evidenziava, altresì, taluni vizi sia di invalidità derivata sia “propri”, che avrebbero inficiato la riferita delibera del 2019 di nomina del controinteressato dott. -OMISSIS- a presidente di Sezione del Consiglio di Stato.

Si costituiva in giudizio -OMISSIS- eccependo in via preliminare l'irricevibilità del ricorso per tardività e chiedendone, in subordine, la reiezione; proponeva altresì ricorso incidentale con il quale impugnava la stessa ammissione nel ruolo del Consiglio di Stato del ricorrente dott. Sabatino, che sarebbe avvenuta, a suo dire, all'esito di un concorso espletato in violazione del principio dell'anonimato e comunque all'esito di una procedura concorsuale illegittimamente indetta.

Nel primo grado del presente giudizio si costituiva altresì il controinteressato -OMISSIS-, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso e deducendone, nel merito, l'infondatezza.

Si sono costituite in giudizio, altresì, le Amministrazioni intimare chiedendo la declaratoria di irricevibilità dell'appello per ragioni sostanzialmente analoghe a quelle prospettate dai controinteressati.

Con un primo atto di motivi aggiunti, notificato il 20 giugno 2019, il Cons. Sabatino ha impugnato, per illegittimità derivata, il decreto del Presidente della Repubblica 2 aprile 2019 (conosciuto in data 10 maggio 2019), avente ad oggetto la nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato del Cons. -OMISSIS-.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificato il 20 settembre 2019, il Cons. Sabatino ha impugnato la delibera del CPGA del 24 maggio 2019, nelle more intervenuta, di nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato del dott. -OMISSIS- e la presupposta proposta di nomina formulata dalla Commissione competente in data 15 maggio 2019 (atti conosciuti in data 17 settembre 2019), nonché il decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 2019 (conosciuto in data 17 settembre 2019), avente ad oggetto la nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato del Consigliere -OMISSIS-.

Con atto di motivi aggiunti, notificati e depositati il 21 gennaio 2021, il controinteressato dott. -OMISSIS- ha poi impugnato gli ulteriori atti conosciuti a seguito del deposito effettuato dall'amministrazione, all'esito dell'ordinanza collegiale n. 683/2021, tutti inerenti al concorso del 2008 ad un posto a Consigliere di Stato (cui ha partecipato il dott. Sabatino), reiterando le domande già proposte con il ricorso incidentale ed argomentando ulteriormente in ordine all'illegittima nomina del ricorrente a Consigliere di Stato.

Il TAR del Lazio, con l'appellata sentenza 3 dicembre 2021 n.12518, affermata *la indubbia lesività immediata dell'inserimento del ricorrente in un ruolo (non gravato in termini), nel quale ab origine era postergato rispetto al controinteressato*, sulla base degli atti dai quali si evinceva che varie volte la posizione posteriore in ruolo dell'istante si era concretizzata in risalenti atti applicativi, mai impugnati in termini e rispetto ai quali il ricorrente aveva prestato acquiescenza, dichiarava il ricorso principale in parte irricevibile e in parte inammissibile e, conseguentemente, dichiarava improcedibile l'impugnazione incidentale.

Per quanto qui rileva, l'impugnazione principale era ritenuta tardiva nella parte indirizzata avverso gli atti di nomina dei controinteressati quali consiglieri di Stato e inammissibile, in relazione agli altri atti, come conseguenza della detta tardività.

Appellata ritualmente la sentenza resistono la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il controinteressato -OMISSIS- il quale, nella memoria di costituzione, ripropone ex art 101, comma 2 c.p.a. le eccezioni di inammissibilità dell'originario ricorso per tardività e carenza di interesse e, con autonomo ricorso, propone appello incidentale sulla pronuncia nella parte in cui aveva dichiarato improcedibile il ricorso incidentale, nonché i motivi aggiunti allo stesso.

L'intimato -OMISSIS- non ha spiegato difese.

All'udienza del 14 giugno 2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il secondo motivo di appello incidentale (corrispondente al primo motivo di ricorso incidentale - il primo motivo ha ad oggetto la erroneità della compensazione della spese processuali -) l'appellato Consigliere -OMISSIS- (divenuto nelle more Presidente di Sezione) lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale nonché i motivi aggiunti, nonostante lo stesso fosse un ricorso cd "escludente"; il secondo motivo del ricorso incidentale è stato riproposto in via subordinata, per la sola ipotesi di accoglimento del merito del ricorso di primo grado e sarà esaminato oltre.

Evidenzia che l'accoglimento di tale censura, comportando la caducazione dell'atto di nomina dell'appellante principale a Consigliere di Stato, priverebbe di legittimazione ed interesse tanto il ricorso di primo grado che l'odierno appello.

Come è noto recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte di Cassazione sono intervenute sul tema dei complessi rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale, in particolare nel settore degli appalti pubblici (cfr. Corte Giust. 4/7/2013, causa C-100/12; Cass. Civ. SS.UU. 6/2/2015 n. 2242; Ad. Plen 5/2015 e da ultimo Corte Giust. 5/4/2016, causa C-689/13; CGUE, sentenza 5 settembre 2019, causa C333/18).

1.1. Dopo la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 4 luglio 2013, nella causa C-100/12 (*Fastweb*), che ha negato il carattere assolutamente prioritario (e decisivo, ove accolto) del ricorso incidentale "escludente" nei confronti del ricorrente principale, è stato sottolineato come l'ordine di esame dei motivi di doglianza debba seguire un "*criterio di carattere cronologico-sequenziale*" (Cons. St., V, 24 ottobre 2013 n. 5155). In pratica, deve ritenersi che il giudice debba decidere disponendo le questioni prospettate in ordine logico e, quindi, antepoendo le questioni di rito a quelle di merito, con

priorità dei ricorsi incidentali solo ove a carattere escludente, in rapporto alla medesima fase procedimentale, ma anche con possibilità di esame prioritario del ricorso principale, per ragioni logiche e di economia processuale, ove quest'ultimo sia manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile (in tal senso, v. anche Cons. Stato, Ad. plen. 25 febbraio 2014, n. 9).

Di norma l'esame dei ricorsi incidentali resta, tuttavia, pregiudiziale, qualora la relativa definizione sia, in tesi come nella specie, ostativa o preclusiva in rapporto alle ragioni dedotte col ricorso principale.

Il motivo di appello incidentale deve essere, pertanto, esaminato prioritariamente.

1.2 Con il ricorso incidentale proposto in primo grado e riproposto nel presente appello, l'appellato -OMISSIS- deduce la violazione delle regole a garanzia dell'anonimato nel concorso conclusosi con la nomina del ricorrente a Consigliere di Stato, di cui avrebbe appreso solo a seguito del deposito effettuato dall'Amministrazione, all'esito dell'ordinanza collegiale n. 683/2021.

Evidenzia, in particolare, che ciascuno dei candidati che avevano sostenuto quel concorso, vinto dall'attuale appellante principale, aveva usufruito di un numero differente di fogli aggiuntivi, timbrati e siglati per ciascuna prova, annotato in un brogliaccio. Poiché era stato prescritto ai candidati di consegnare tutti i fogli (anche quelli aggiuntivi) in tal modo ottenuti dalla Commissione, inserendoli nella relativa busta contenente l'elaborato scritto, semplicemente consultando il brogliaccio, la Commissione sarebbe stata in grado di conoscere, al momento dell'apertura delle buste dei compiti, ed ancora prima di abbinare a queste il nome del candidato che li aveva redatti, a chi appartenessero gli elaborati contenuti nelle singole buste, con la conseguente violazione dell'anonimato.

L'appellante incidentale ha precisato che il motivo dinanzi sinteticamente descritto venga esaminato “*in via prioritaria rispetto ad ogni altra difesa ed eccezione, ivi comprese quelle articolate nella memoria di costituzione*”.

1.3. La censura non è fondata.

Come è noto, il principio dell'anonimato nelle prove scritte delle procedure di concorso e, in generale, in tutte le selezioni pubbliche, costituisce (il presidio e dunque) il diretto portato dei principi costituzionali di uguaglianza, di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione, e ha perciò valore costituzionale (articoli 3 e 97 Costituzione) e valenza generale e incondizionata, quale uno dei cardini principali di ogni pubblica procedura selettiva (*ex multis*: Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 7152 del 2019).

Da tale principio discende che rilevino sul piano della validità la violazione di prudenti regole di comportamento (a sua tutela funzionalmente orientate) da parte di condotte che si presentino *ex ante* offensive nei confronti di tale bene-interesse, in quanto astrattamente idonee a porlo in pericolo o anche soltanto a minacciarlo; e che, dunque, tali condotte devono essere individuate sul piano eziologico del mero pericolo, che (pur non potendo essere "presunto", con presunzione cioè assoluta *iuris et de iure*) deve essere valutato come astratta possibilità di lesione dell'anonimato (cfr. Consiglio di Stato sentenza 7152 del 2019, cit.; Ad. Pl. 26, 27 e 28 del 2013).

Come la costante giurisprudenza di questo Consiglio afferma, tuttavia, la regola dell'anonimato degli elaborati scritti non può essere intesa in modo tanto tassativo e assoluto da comportare l'invalidità delle prove ogni volta che sussista un'astratta possibilità di riconoscimento, perché, se così fosse, sarebbe materialmente impossibile svolgere concorsi per esami scritti e non si potrebbe mai escludere a priori la possibilità che un commissario riconosca una particolare modalità

di stesura. È, invece, necessario che emergano elementi atti a provare in modo inequivoco l'intenzionalità del concorrente di rendere riconoscibile il suo elaborato (Cons. St. 4331/2018; 3323/2019).

In tali ipotesi, l'annullamento di un elaborato per riconoscibilità dell'autore (si ricordi che il concorso era a un solo posto, vinto dall'odierno appellante) ne presuppone l'intenzionalità, che va desunta, per via indiretta o presuntiva, dalla natura in sé dell'elemento riconoscibile e dalla sua suscettività oggettiva di comportare la riferibilità dell'elaborato stesso a un determinato soggetto.

Nella specie il controllo del numero di fogli aggiuntivi consegnati e l'annotazione nel brogliaccio (da riscontrare per la corrispondenza con quelli restituiti alla fine della prova) essendo evidentemente volto a impedire che i candidati potessero portare con sé fogli timbrati e vidimati dalla Commissione (anche questo a garanzia dell'imparzialità della selezione), non appare idoneo di per sé a rendere identificabile l'autore dell'elaborato, essendo del tutto ipotetico, *ex ante*, che tale riscontro potesse portare a una certa identificazione di un candidato, non essendo presumibile conoscere quanti fogli aggiuntivi ciascun candidato avrebbe chiesto ed ottenuto. Si osservi, peraltro, che nessuno dei candidati al concorso tenutosi nel 2008, i quali certamente ne avevano interesse, ha censurato le modalità di svolgimento del concorso, consolidando in tal modo gli atti della procedura.

Per le ragioni appena evidenziate neppure può essere condiviso il ripetuto richiamo dell'appellante alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 26 del 2013.

Vero è che quella decisione ha chiarito che un'accertata violazione della regola dell'anonimato nei pubblici concorsi determina *ipso iure* l'invalidità degli esiti concorsuali (*i.e.*: senza che sia necessario un accertamento in concreto in ordine

all'effettiva lesione dell'imparzialità in sede di correzione). È pur vero, tuttavia, che tale decisione ha connesso tali rilevanti conseguenze al previo accertamento che una violazione della generale regola dell'anonimato si sia in concreto verificata (accertamento che, per le ragioni dinanzi esposte, non è stato conseguito nel caso in esame).

Al contrario, le tesi dell'appellante incidentale (il quale, pure, si perita di chiarire di non avere alcuna ragione per dubitare dell'assoluta correttezza e probità dei Commissari) si fondano su deduzioni e congetture tanto articolate quanto ipotetiche. Tali tesi postulano – contrariamente a quanto affermato dallo stesso appellante incidentale – che il possibile riconoscimento *ex ante* degli elaborati concorsuali da parte dei membri della Commissione fosse possibile soltanto grazie a un comportamento fraudolento (che, tuttavia, lo stesso appellante incidentale esclude in modo categorico, in tal modo palesando l'intrinseca contraddittorietà del motivo nel suo complesso).

2. Con il primo complesso motivo di appello principale articolato in tre distinte censure l'appellante deduce: *Error in iudicando* per mancata valutazione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sull'eccezione di controparte accolta; *error in iudicando* per falsa rappresentazione della natura non provvedimento degli atti opposti da controparte; *error in iudicando* per mancata concessione dell'errore scusabile.

Lamenta che il TAR aveva erroneamente ritenuto:

- a) la lesività immediata dell'inserimento del ricorrente in un ruolo (non gravato in termini), nel quale *ab origine* era postergato rispetto al controinteressato;
- b) che tale lesività si era già più volte “*manifestata con efficacia esterna immediatamente lesiva, per il tramite dei plurimi atti menzionati e depositati in giudizio*”.

2.1. L'appellante lamenta poi un *error in iudicando* per mancata considerazione della natura non provvedimento del ruolo. L'appellante afferma che, nel caso in esame, non poteva impugnare i provvedimenti di inquadramento dei controinteressati, perché non aveva un interesse diretto, stante la presenza di altri due consiglieri di Stato di nomina governativa, legittimamente inseriti in ruolo secondo le regole della legge 182 del 1982 in posizione pro tempore, né attuale, visto che la posizione di ruolo, stante la sua natura ricognitiva, sarebbe stata rilevante solo nella futura vicenda di attribuzione dell'incarico di Presidente di Sezione.

Nel suo complesso il motivo non è fondato.

2.2. Questo Consiglio di Stato ha affermato che il ruolo di anzianità del personale delle singole amministrazioni ha natura di atto meramente ricognitivo di uno stato di fatto, e non già natura provvedimento, poiché consiste nella elencazione degli impiegati e nella rappresentazione dei fatti giuridicamente rilevanti della loro carriera e del loro stato, secondo l'ordine e il contenuto stabiliti in maniera imperativa dai provvedimenti di nomina e di promozione e da altri atti relativi al rapporto che li lega all'amministrazione di appartenenza; pertanto, la lesività del ruolo, con la sua conseguente impugnabilità, può configurarsi solo allorché la raffigurazione dei fatti sottostanti che hanno preceduto la conclusione di un procedimento concorsuale (ovvero di procedure di promozioni in senso lato) non rispecchi fedelmente le statuizioni contenute nei precedenti atti autoritativi che definiscono la posizione giuridica di ciascun dipendente (Cons. Stato, 28 agosto 1997, n. 926).

Successivamente ha precisato che *“se il ruolo del personale dipendente dalle pubbliche amministrazioni - di per sé considerato - ha mera valenza ricognitiva e, in quanto tale, secondo giurisprudenza consolidata, non è suscettibile d'impugnazione, tuttavia assumono rilievo tutti i*

provvedimenti di status che incidono sulla collocazione in ruolo, la quale assume pertanto rilievo e specifica valenza giuridica, stabilendo la posizione d'anzianità, la precedenza nei collegi giurisdizionali, nonché l'ordine nelle promozioni e nel conferimento di incarichi?” (Cons. Stato, IV, sent. 4 dicembre 2013, n. 5776).

Peraltro la Corte Costituzionale con la sentenza 276/2017 ha evidenziato che l'asserita deteriore collocazione nel ruolo non rileva di per sé, ma solo in quanto incida su provvedimenti che siano fondati sulla posizione che i magistrati abbiano nel ruolo medesimo (come già affermato da Corte Cost. 272/2008 punto 4 del Considerato in diritto).

Nel caso in esame, il collegio rimettente era chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto da alcuni consiglieri di Stato provenienti dai TT.AA.RR, avverso il provvedimento di nomina, retrodatato in applicazione della norma censurata (art. 19, comma 3 della l. 186 del 1982), di due consiglieri di Stato vincitori di concorso, assunti in servizio ben più tardi dei ricorrenti.

Orbene, il Giudice delle leggi nella sentenza n. 276/2017, cit. ha affermato che la questione prospettata dai ricorrenti era *“irrelevante nel giudizio principale per difetto di attualità della lamentata lesione”*, posto che, come si è innanzi anticipato, *“l'asserita deteriore collocazione nel ruolo”*, derivante dall'applicazione della norma censurata, *“non rileva di per sé, ma solo in quanto incida su provvedimenti che siano fondati sulla posizione che i magistrati abbiano nel ruolo medesimo”*.

Nello specifico, sancisce la Corte, *“Non è impugnato alcun provvedimento da cui, per effetto della norma censurata, tragga origine la migliore posizione occupata nel ruolo dai consiglieri di Stato vincitori di concorso, né si prendono in considerazione provvedimenti applicativi, inerenti al conferimento di incarichi direttivi o al ruolo e alla composizione del collegio dell'udienza, occasione quest'ultima in cui i ricorrenti hanno dichiarato di aver appreso della loro posposizione in ruolo.*

È dunque solo eventuale la lesione prospettata, da intendersi funzionalmente connessa alla asserita posposizione nel ruolo dei consiglieri di Stato provenienti dai TAR rispetto ai consiglieri vincitori di concorso, a seguito della nomina “retrodatata” di questi ultimi” (Corte Cost. 276/2017, cit.).

La Corte Costituzionale nelle sentenze citate ha, dunque, affermato che la deteriore collocazione in ruolo non è atto di per sé lesivo (e quindi impugnabile in giudizio, a pena di decadenza), ma che tale lesività si può manifestare nei provvedimenti applicativi, inerenti al conferimento di incarichi direttivi o al ruolo e alla composizione del collegio dell’udienza.

In definitiva, se – per un verso – non può affermarsi che il deteriore collocamento in ruolo determini di per sé un pregiudizio in danno del Magistrato; per altro verso, nel corso della carriera del Magistrato, tale collocamento influenza e determina una serie di conseguenze applicative di rilievo le quali, incidendo in modo significativo sullo *status* del magistrato, attualizzano di tempo in tempo l’interesse ad insorgere avverso il collocamento (in tesi) illegittimo.

Ebbene, declinando tale principio in relazione alle peculiarità del caso in esame, deve escludersi che, nello svolgimento della carriera del Consigliere di Stato, la lesività di un deteriore (e, in tesi, illegittimo) collocamento in ruolo si manifesti per la prima volta in occasione della (possibile) nomina a Presidente di sezione.

2.3. Osserva il Collegio, del resto, che l’anzianità connatura la carriera stessa del Consigliere di Stato.

Già peraltro nella disciplina lavoristica dell’impiego alle dipendenze di amministrazioni pubbliche l’anzianità di servizio non è uno *status* o un elemento costitutivo di uno *status* del lavoratore e non è nemmeno un distinto bene della vita oggetto di un autonomo diritto, bensì rappresenta una dimensione temporale del rapporto di lavoro, nel cui ambito integra il presupposto di fatto di specifici diritti (Cass. Civ., sent. 25315/2018).

Va subito precisato che la priorità nel ruolo deriva, a seconda dei casi, dalla graduatoria concorsuale definitiva e/o dal provvedimento di nomina, e non dal ruolo in quanto tale, che gli effetti di tali atti riproduce. Il ruolo ha, quindi, una natura essenzialmente descrittiva la quale, riproducendo lo *status* del dipendente, ne rivela all'esterno la posizione giuridica soggettiva nei confronti dell'Amministrazione e degli altri dipendenti.

Fatta questa precisazione, osserva il Collegio che la preminenza della posizione in ruolo del Consigliere di Stato trova espressa affermazione in numerose disposizioni di legge e di normazione secondaria.

Ciascuna di queste disposizioni delinea e descrive una puntuale conseguenza connessa al posizionamento del Consigliere di Stato nell'ambito del ruolo e numerose di esse determinano conseguenze di *status* di oggettivo e apprezzabile rilievo, tali da concretare di tempo in tempo in capo al Magistrato un interesse differenziato e qualificato alla contestazione del collocamento in ruolo che ne rappresenta il fattore causale determinante.

Fra tali disposizioni vale qui richiamare:

- a) gli artt. 3 comma II, 5 comma III, e 22 comma II della Legge n. 186 del 1982 (i quali, a vario titolo, riconoscono l'anzianità di ruolo quale criterio per lo svolgimento di determinati incarichi o funzioni nell'ambito della Giustizia amministrativa);
- b) gli artt. 6, comma IV, 76 comma III del D.lgs. 104 del 2010 (Codice del processo amministrativo) e l'art. 14 comma II dell'allegato II al medesimo cod. proc. amm. (i quali, parimenti a vario titolo, riconoscono l'anzianità di ruolo come criterio per l'esercizio di talune attività in ambito processuale);

- c) gli artt. 22, 23 24 della Delibera CPGA 18 febbraio 2013 relativi alla composizione dell'Adunanza plenaria, dell'Adunanza generale e dei Collegi (i quali annettono valenza centrale all'ordine di ruolo al fine di determinare la composizione dell'Adunanza plenaria e dell'Adunanza generale);
- d) l'art. 2 comma VI lett. d) della Delibera del CPGA del 18 gennaio 2013 recante “*Ripartizione delle materie fra le sezioni e assegnazione degli affari ai magistrati?*”;
- e) la Delibera del 22 ottobre 2010, relativa alla nomina a Presidente di Sezione del Consiglio di Stato (che rileva oltretutto ai fini del presente giudizio);
- f) la Delibera del 9 marzo 2012 punti nn.2 e 4, nonché la Delibera del 18 dicembre 2001, art.15 comma 6.

2.4. L'affermazione, condivisa da questo Collegio, che la domanda di annullamento della mera collocazione in ruolo è inammissibile per difetto d'interesse attuale e concreto in quanto non immediatamente lesiva necessita quindi di una precisazione: l'affermazione non significa che l'interessato ha l'onere di impugnare la collocazione in ruolo solo al momento dell'adozione di un qualunque specifico provvedimento applicativo al quale annette il proprio contingente interesse, bensì che ha l'onere di impugnare il primo provvedimento che di tale collocazione in ruolo fa applicazione incidendo su un interesse apprezzabile ai fini dello svolgimento della carriera del Magistrato.

Val la pena di notare che se di fatto si rimettesse alla mera convenienza dell'interessato la scelta del provvedimento da impugnare fra i molteplici provvedimenti applicativi susseguitisi nel tempo (e nel corso dell'intera carriera del Magistrato amministrativo), si finirebbe con il derogare in modo del tutto inammissibile alla perentorietà del termine di decadenza, che

diverrebbe un “termine mobile” con evidente lesione del principio d’interesse generale di stabilità degli effetti giuridici e di certezza dei rapporti.

2.5. Nella specie è stato documentato in atti che:

- a) l’appellato Cons. -OMISSIS- è stato designato come componente e relatore all’Adunanza Plenaria già all’udienza del 16 aprile 2012 (cfr sent. Ad. Plen. nn 19 e 20 del 2012) e l’appellante solo successivamente;
- b) l’appellato è stato designato in Adunanza Plenaria stabilmente a far data dalla fine del 2016 (essenzialmente in ragione del suo collocamento in ruolo) e l’appellante anni dopo;
- c) l’appellato già il 12 febbraio 2013 era stato designato come Presidente facente funzioni (di una intera udienza): l’appellante principale solo nel 2018.

Tali provvedimenti, a tacere di altri, ormai consolidati, hanno costituito il presupposto, mai impugnato, di autonomi atti, produttivi di apprezzabili e significativi effetti giuridici nella sfera dell’appellante principale.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento al Consigliere (in seguito: Presidente) -OMISSIS-.

Questo Consiglio di Stato con il parere sez. I 1984/2021 ha recentemente affermato che nel diritto amministrativo persino la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma di legge non può travolgere i provvedimenti amministrativi ormai divenuti definitivi per mancata impugnazione o per formazione del giudicato sulla relativa controversia.

Tra i provvedimenti amministrativi soggetti alla disciplina ora esposta rientra certamente anche il ruolo di anzianità del personale di una pubblica amministrazione – soprattutto se in regime di diritto pubblico – relativamente alle specifiche posizioni ricoperte da ciascun dipendente. Conseguentemente le posizioni in ruolo non tempestivamente contestate dai

singoli interessati, con riferimento al posto in cui sono collocati, nell'ordinario termine di decadenza previsto per impugnare innanzi al giudice amministrativo, si consolidano, resistendo dunque anche alle pronunce di illegittimità costituzionale.

Sicché la posizione in ruolo dell'appellante e dei controinteressati si era già consolidata alla data della impugnativa che occupa.

3. Con la seconda censura, l'appellante principale deduce che il giudice di primo grado avrebbe fondato la dichiarazione d'irricevibilità del ricorso sul presupposto, errato, della natura provvedimentale dei decreti annuali di composizione delle sezioni del Consiglio di Stato, dei decreti di composizione dell'Adunanza plenaria e dei decreti trimestrali di formazione dei collegi che, in tesi, non sarebbero neanche impugnabili in quanto atti di mera gestione e amministrazione del processo, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

3.1. La doglianza non è fondata.

Ai sensi dell'art. 8 co. 1 c.p.a. *“il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione pregiudiziale”* e ciò a maggior ragione nella ipotesi, come quella che ne occupa, di pubblico impiego non privatizzato, di giurisdizione esclusiva.

Il TAR, peraltro, non ha affermato la natura provvedimentale degli atti citati, ma si è limitato ad evidenziare che tali atti, applicativi della posizione in ruolo, insieme ad altri certamente lesivi, erano idonei a concretizzare, attualizzare e rendere manifesta e percepibile la lesività dei provvedimenti che determinano l'ordine del collocamento nel ruolo di anzianità.

3.1. Né può fondatamente sostenersi che l'appellante non potesse impugnare la propria collocazione in ruolo in quanto era stato correttamente collocato secondo la disciplina legale vigente e che non poteva chiedere di essere collocato in posizione migliore di due altri consiglieri di Stato di nomina governativa che lo precedevano, anch'essi collocati in ruolo legittimamente, secondo le regole vigenti.

Se l'appellante era stato originariamente collocato in modo corretto nel ruolo, non aveva interesse ad impugnare né allora, né adesso. Non può, infatti, ritenersi, per quanto già precisato, che la legittimità della collocazione in ruolo e il conseguente riconoscimento del proprio *status* di dipendente sia “variabile” in relazione all' accesso alla sola procedura per la nomina a Presidente di Sezione.

Come si è visto in precedenza (anche sulla base della pertinente giurisprudenza costituzionale), l'asserita deteriore collocazione in ruolo non rileva di per sé, ma solo in quanto incida su atti e provvedimenti i quali siano fondati sulla posizione che i magistrati abbiano nel ruolo medesimo e che manifestano (in diversi momenti e con diverse modalità nel corso della carriera del Magistrato amministrativo) l'idoneità ad incidere in modo apprezzabile su interessi che tipicamente si manifestano nel corso di essa.

Né può affermarsi che l'inattività e il mancato ricorso al Giudice di altri soggetti parimenti lesi dall'illegittima immissione in ruolo dei controinteressati, renderebbe l'azione per ciò solo inammissibile.

4. Con la terza censura l'appellante lamenta la mancata considerazione dell'errore scusabile ai fini della declaratoria di tardività del ricorso di primo grado.

La censura non è fondata.

Il Tar ha condivisibilmente evidenziato che non vi era alcuna incertezza normativa che potesse giustificare il riconoscimento dell'errore scusabile, trattandosi dell'applicazione di norme e principi di carattere generale sui termini di decadenza dell'azione di annullamento.

È quindi esente dalle censure rubricate la decisione del TAR, il quale ha dichiarato in parte irricevibile e in parte inammissibile il ricorso principale originario.

5. Le osservazioni appena svolte (confermando la tardività del ricorso di primo grado) potrebbero esimere il Collegio dall'esame dei motivi di ricorso non esaminati dal TAR (in ragione della rilevata tardività dell'impugnativa) e nella presente sede di appello puntualmente riproposti.

Tuttavia, per ragioni di completezza, anche di carattere sistematico, il Collegio ritiene comunque di esaminare tali motivi.

Ai fini dell'esame di tali motivi si prescinde, quindi, dal rilievo relativo alla sussistenza o meno di uno specifico interesse in capo all'appellante principale -OMISSIS- ad ulteriormente coltivare gli stessi, nonostante lo stesso abbia – nelle more del presente giudizio – conseguito a propria volta la nomina a Presidente di Sezione.

6. Vanno quindi esaminati i restanti motivi di appello, relativi a vizi propri degli atti impugnati con i quali l'appellante deduce:

6.1. *Error in iudicando* per mancata considerazione dell'inapplicabilità dello scorrimento delle graduatorie nel concorso per Consigliere di Stato;

6.2. *Error in iudicando* per mancata considerazione dell'efficacia del giudicato;

6.3. *Error in iudicando* per la mancata considerazione della differenza tra i requisiti di anzianità e la valutazione operata per la nomina a Presidente di Sezione.

Lamenta l'appellante principale che il primo Giudice aveva esaminato sbrigativamente le questioni concernenti i vizi propri degli atti impugnati senza considerare:

- che il sistema di provvista dei Consiglieri di Stato, disciplinato dall'art. 19 della legge 27 aprile 1982, n. 186 ha un suo fondamento costituzionale, correlato al particolare *status* dei magistrati ed alle esigenze di indipendenza; che il sistema dello scorrimento delle graduatorie, con recupero degli idonei, valevole per le amministrazioni pubbliche non è applicabile alla magistratura, se non previsto *ex lege* (in tal senso, con riguardo alla vicenda più generale dei concorsi a cadenza annuale, si era puntualmente espressa l'Adunanza plenaria con la sentenza 28 luglio 2011, n. 14), negandone l'applicabilità;
- che vi è l'esigenza che siano fissati precisi limiti temporali di efficacia delle graduatorie (Corte Cost., 18 gennaio 2013, n. 3, punto 5.4.). Inoltre va negata la possibilità di procedere allo scorrimento nel caso di interessi essenziali dello Stato (es.: in relazione alla difesa e ai vigili del fuoco, secondo un sistema che “*giustifica in modo non implausibile il mancato scorrimento della graduatoria*” – in tal senso: Corte Cost. 10 ottobre 2014, n. 230 -).

Le censure, suscettibili di trattazione congiunta in quanto collegate alla medesima *ratio*, non sono fondate.

6.4. L'art. 19 della legge n. 186 del 1982 stabilisce che i posti che si rendono vacanti nella qualifica di consigliere di Stato vengono conferiti, tra l'altro, “*in ragione di un quarto mediante concorso pubblico per titoli ed esami teorico-pratici*”. Lo stesso art. 19, al comma 3, fa riferimento espresso ai vincitori del concorso, ma al solo fine di fissarne la decorrenza al 31 dicembre dell'anno precedente al concorso. In coerenza con tale ultima previsione nessuno dei controinteressati ha ottenuto la

decorrenza della nomina in ruolo dall'anno precedente al loro concorso e l'anzianità si è determinata alla data dell'immissione in ruolo, precedente quella dell'odierno appellante.

Il regolamento per il concorso al Consiglio di Stato (d.P.R. 17 gennaio 1983 n. 68) prevede espressamente (art. 8, comma 3) che la graduatoria dei vincitori del concorso e quella dei candidati idonei sono approvate con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri subordinatamente al possesso dei requisiti di ammissione alla qualifica di consigliere di Stato.

Evidentemente la graduatoria dei candidati idonei non può che essere preordinata a un eventuale scorrimento della graduatoria.

L'adunanza Plenaria n. 14/2011 pur affermando, nelle ipotesi in cui speciali disposizioni legislative impongano una precisa cadenza periodica del concorso, collegata anche a peculiari meccanismi di progressioni nelle carriere, tipiche di determinati settori del personale pubblico, il dovere primario dell'amministrazione di bandire una nuova procedura selettiva, non ha escluso affatto la generale possibilità di far luogo all'assunzione degli idonei collocati nelle preesistenti graduatorie stabilendo che *“in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti”*.

La determinazione di immissione in ruolo degli idonei, sia essa assunta con atto amministrativo che con legge, per essa sola non è in contrasto con la Costituzione, ma è coerente con la previsione costituzionale della selezione concorsuale quale modalità ordinaria di accesso agli impieghi pubblici.

Pur dandosi atto del carattere suggestivo delle tesi di parte appellante, non può negarsi che lo scorrimento delle graduatorie concorsuali comunque valide rappresenti pur sempre una declinazione applicativa del principio concorsuale di cui all'articolo 97, III, Cost. (e non già la sua negazione).

D'altra parte la sentenza della Corte Costituzionale invocata (n. 3/2013) giustifica la legittimità del mancato scorrimento di una graduatoria nel pubblico impiego, ma non afferma affatto la illegittimità del ricorso allo scorrimento.

Peraltro, sono innumerevoli gli atti di assunzione degli idonei, anche nei concorsi in magistratura, nella carriera diplomatica, nel concorso notarile e così via, adottati con legge o con provvedimento amministrativo.

Pertanto, la scelta legislativa di procedere a singoli scorrimenti di graduatorie (necessariamente limitati come estremamente limitati sono i numeri che sempre caratterizzano il concorso per cui è causa) può risultare forse opinabile ma non risulta di per sé irragionevole, né violativa dei richiamati principi di cui all'articolo 97, Cost., né degli altri invocati parametri costituzionali.

6.5. All'atto di nomina dei controinteressati nessun giudizio a loro sfavorevole si era formato. La sentenza del TAR del Lazio n. 664/2002, avente ad oggetto l'originario diniego di nomina in ruolo del consigliere -OMISSIS-, era stata infatti appellata e il giudizio è stato dichiarato perento da questo Consiglio di Stato, proprio a seguito dell'abbandono del giudizio per effetto della sua assunzione in servizio.

6.6. Lo scrutinio per merito assoluto, secondo l'ordine di ruolo, propedeutico alla nomina a Presidente di Sezione, passa per un inevitabile giudizio discrezionale di idoneità, che come tale non ha esiti certi. Infatti, rispetto al (primo) candidato sotto scrutinio, ben potrebbe essere formulato un giudizio di demerito da parte del C.P.G.A. (ad esempio, in conseguenza

di ritardi maturati dal magistrato, ovvero di procedimenti disciplinari, pendenti o definiti, a carico dello stesso), ostativo alla nomina a Presidente di Sezione.

Non vi è, pertanto, un'automatica assegnazione della qualifica in base all'ordine di ruolo, né una biunivoca corrispondenza tra priorità nello scrutinio e ottenimento della qualifica di Presidente di Sezione. Nella specie, tuttavia, nessun elemento è stato fornito circa la mancanza, nei controinteressati, del requisito dell'anzianità senza demerito.

7. Con il primo motivo di appello incidentale il Cons. -OMISSIS- deduce inoltre l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato compensate tra le parti le spese processuali.

Lamenta che il primo Giudice non avrebbe applicato il criterio della soccombenza, pur essendo noto che la compensazione riveste carattere eccezionale ed apparendo palese che nel caso in esame non ricorreva alcuna ragione legittimante (peraltro in concreto neppure esplicitata in sentenza).

La censura non è fondata.

Il Tar, in punto di spese ha affermato: *“Le spese possono essere compensate tra tutte la parti in causa, sussistendo le condizioni di legge”*.

È evidente che le ragioni della compensazione non sono state in alcun modo esplicitate, sicché sotto questo profilo la censura risulta astrattamente fondata.

Tuttavia, sussistevano i motivi della compensazione, atteso che la questione della impugnabilità del ruolo di anzianità e della sua immediata lesività è circostanza, tutt'altro che di “piana applicazione” e priva di arresti giurisprudenziali consolidati.

La disposta compensazione, quindi, risultava senz'altro giustificata.

9. Per le ragioni esposte l'appello principale deve essere respinto con assorbimento della trattazione dei motivi riproposti, assorbiti dal Giudice di primo grado e dell'appello incidentale condizionato. L'appello incidentale proposto da -OMISSIS- deve essere anch'esso respinto.

Anche le spese del presente grado di appello devono essere compensate in considerazione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE
Rosaria Maria Castorina

IL PRESIDENTE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.