

GIURISDIZIONE: Ricorso in Cassazione - Avverso sentenze del Consiglio di Stato - Controllo del limite esterno della giurisdizione - Limiti.

Cass. civ., Sez. Unite, 11 giugno 2021, n. 16489 (Pres. Spirito; Rel. Garri; Pm (conf.) Celeste)

- in *Guida al Diritto*, 35, 2021, pag. 41 e ss.

“[...] Il controllo del limite esterno della giurisdizione - affidato alla Cassazione dall'art. 111 Cost., comma 8 - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori in iudicando o in procedendo, senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il *proprium* distintivo dell'attività giurisdizionale [...]”.

Svolgimento del processo

1. Il Consiglio di Stato, decidendo sul ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Avvocatura Generale dello Stato, in accoglimento del gravame ed in riforma della sentenza del TAR del Lazio sezione I n. 1945 del 2018 ha rigettato il ricorso proposto dall'Avv. A.G. avverso il D.P.R. 16 aprile 2016 n. 1133 di nomina dell'Avv. S.C. ad Avvocato Generale Aggiunto (AGA).

2. Il giudice di appello ha ritenuto che nel procedimento di nomina non fosse ravvisabile il difetto di istruttoria denunciato con il ricorso incidentale atteso che dalla delibera del Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato (CAPS) del 25 febbraio 2016 risultava che erano state esaminate le posizioni di entrambi i candidati, i quali erano stati anche sentiti personalmente. Il nominativo non era stato espressione di una proposta in sede collegiale, provenendone l'indicazione dall'Avvocato generale che l'aveva sottoposta al CAPS che l'aveva approvata a maggioranza. Ha poi evidenziato che, ai sensi della L. 3 aprile 1979, n. 103, art. 23, il parere del CAPS sulla nomina dell'AGA è consultivo e non vincolante restando all'Avvocato generale il potere di designazione del nominativo o dei nominativi per la nomina.

2.1. Nella sua decisione il Consiglio di Stato ha sottolineato che i criteri ai quali il CAPS si deve attenere nel rendere il suo parere - ai sensi della L. n. 103 del 1979, art. 16 bis, comma 4, introdotto dalla L. 7 agosto 2015, n. 124, art. 12 - non escludono che l'Avvocato Generale possa preventivamente proporre un nominativo ed ha posto in rilievo che, in caso di parere negativo del CAPS su tale nominativo, l'Avvocato generale, ove intenda dissociarsene, dovrà congruamente motivarne le ragioni. Ha ribadito che il potere di proposta appartiene all'Avvocato Generale, ai sensi del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1661, art. 15 del come novellato dalla L. n. 103 del 1979, e che la funzione vicaria dell'Avvocato Generale aggiunto ne rivela la natura fiduciaria del rapporto. Ha

quindi accertato che nella specie il CAPS si era attenuto ai criteri da esso stesso fissati, comparando sotto tutti i profili richiesti le due posizioni.

2.2. Ha poi escluso che il Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato rivesta il ruolo di organo di governo autonomo dell'Avvocatura di Stato. Quest'ultima svolge funzioni di collaborazione contenziosa e consultiva delle Amministrazioni dello Stato e non solo, non ha rilievo costituzionale ed è posta dalla legge alle dipendenze del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi del R.D. n. 1611 del 1933, art. 17. L'autonomia organizzativa di cui si avvale attiene alle attribuzioni tecnico legali ma si traduce anche in un'autonomia e indipendenza dal vertice governativo o, in generale, dal potere esecutivo.

2.3. La sentenza, esclusa l'assimilabilità degli avvocati dello stato con il personale di magistratura, ha ritenuto che alla designazione dell'Avvocato Generale Aggiunto non si applicasse la disciplina del conferimento degli incarichi giudiziari. Inoltre, ha accertato che gli incarichi esterni di rilievo istituzionale, al pari di incarichi interni all'ufficio, sono compatibili e funzionali allo svolgimento delle mansioni proprie dell'Avvocato Generale Aggiunto e che, perciò, correttamente sono stati presi in considerazione dal CAPS nel procedere alla comparazione dei candidati. Quanto all'anzianità di servizio ha dato atto del fatto che essa rileva come requisito minimo (9 anni nella IV classe di stipendio) e che il candidato prescelto ne era in possesso.

2.4. Infine, ha poi confermato la sentenza di primo grado che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'avv. A..

3. Per la cassazione della decisione del Consiglio di Stato ha proposto ricorso l'avvocato A., ai sensi dell'art. 111 Cost. e art. 110 c.p.a., il quale ha articolato due motivi. Hanno resistito con separati controricorsi sia l'avvocato S.C. che la Presidenza del Consiglio dei ministri anche per l'Avvocatura Generale dello Stato.

3.1. La decisione, originariamente fissata per l'udienza del 24 settembre 2019 veniva assegnata all'udienza del 12 maggio 2020 su istanza del ricorrente essendo pendente un ricorso per revocazione davanti al Consiglio di Stato della sentenza oggetto del presente procedimento. In prossimità di quell'udienza è stata depositata la sentenza del Consiglio di Stato n. 7163 del 22 ottobre 2019 che ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione. Non essendosi potuta tenere l'udienza del 12 maggio 2020 a causa dell'emergenza sanitaria Covid 19 la decisione della controversia è stata quindi fissata per l'udienza odierna del 26 gennaio 2021 in vista della quale la Procura Generale ha depositato conclusioni motivate ai sensi della L. n. 176 del 2020, art. 23, comma 8-bis chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile.

Motivi della decisione

4. Con il primo motivo di ricorso è denunciata la violazione dei limiti della giurisdizione amministrativa, come delineati dalla Carta Costituzionale, nei principi generali e con riferimento specifico alla distinzione del potere giurisdizionale da quello legislativo in relazione all'art. 111 Cost., comma 8 ed all'art. 110 c.p.a. anche in relazione ai principi del giusto processo e dell'effettività della giurisdizione come sanciti dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU. 4.1. Deduce il ricorrente che il Consiglio di Stato avrebbe deciso la controversia non sulla base di una norma esistente ma esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Censura l'esercizio della giurisdizione che, a suo avviso, si sarebbe basato su disposizioni inesistenti ed in violazione dell'art. 97 Cost e dei principi del giusto processo dettati dall'art. 111 Cost.. Insiste nell'ammissibilità dell'azione proposta rammentando che anche a norma dell'art. 6 della CEDU l'effettività della giurisdizione deve essere assicurata anche attraverso la verifica del rispetto da parte del giudice amministrativo del contenuto essenziale delle norme applicate. In tale prospettiva, pertanto, il ricorso sarebbe non solo ammissibile ma anche fondato.

5. Con il secondo motivo è dedotta l'omessa considerazione dei principi dell'attività della pubblica amministrazione, della costituzione dei pubblici uffici, dell'accesso ai ruoli della p.a. e della progressione in carriera dei pubblici impiegati come sanciti dall'art. 97 Cost. oltre che dal R.D. n. 1611 del 1933 e dalla L. n. 103 del 1979, in particolare dall'art. 1 e ruolo organico nella Tabella A alla stessa legge allegata, nonché dal D.P.R. n. 686 del 1957, art. 15 anche in relazione alla loro elaborazione costituente diritto vivente con specifico riguardo al ruolo organico ed all'anzianità di servizio ed alla carriera sia dei pubblici impiegati in genere sia degli avvocati e procuratori dello Stato.

5.1. Ad avviso del ricorrente la sentenza, nello statuire che per l'accesso al posto di Avvocato Generale Aggiunto - posizione sub apicale nell'ambito della carriera degli avvocati e procuratori dello Stato - valorizzandone la natura fiduciaria, sia necessaria e sufficiente la scelta discrezionale del capo dell'Avvocatura, sarebbe incorsa nel denunciato eccesso di potere giurisdizionale. Nella sua decisione il Consiglio di Stato avrebbe del tutto trascurato di considerare che la fiduciarità dell'incarico non può prescindere dalla valutazione dell'adeguatezza del candidato al suo svolgimento, e che tale modalità di selezione deve applicarsi, evidentemente, anche all'incarico di Avvocato Generale Aggiunto, posto apicale della carriera degli Avvocati e Procuratori dello Stato, istituito dal D.L. n. 354 del 2003, art. 6 bis, comma 4 convertito in L. n. 45 del 2004, al quale è demandato di sostituire l'Avvocato generale dello Stato nei casi di assenza o impedimento e di coadiuvarlo nei compiti affidatigli. Sostiene il ricorrente che si tratta di principi che, stabiliti nelle norme che regolano in generale la progressione in carriera (D.P.R. n. 686 del 1957, art. 15), trovano

le loro radici nell'art. 97 Cost. e nella successiva elaborazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale e che, discostandosene, il Consiglio di Stato avrebbe applicato una nuova regola iuris da lui stesso coniata sottraendo alle regole generali di stabilità e progressione in carriera emergenti dalla disciplina del pubblico impiego la nomina dell'Avvocato Generale Aggiunto che diverrebbe così revocabile in qualsiasi momento allorchè venisse meno la fiducia del Capo dell'Ufficio o lo stesso cessasse dalle funzioni con facoltà del sostituto di revocare l'aggiunto.

6. Tanto premesso, rileva il Collegio che delle due censure la prima è tesa a dimostrare l'ammissibilità del ricorso proposto mentre solo con il secondo motivo di ricorso viene direttamente investita la sentenza del Consiglio di Stato addebitandole di aver creato una regola giuridica che non essendo estraibile in via interpretativa dalle norme di legge applicabili alla fattispecie verrebbe a configurare l'eccesso di potere giurisdizionale denunciato.

6.1. Pare opportuno rammentare allora che il sindacato della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione concerne le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione per "invasione" o "sconfinamento" nella sfera riservata ad altro potere dello Stato ovvero per "arretramento" rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale, nonchè le ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, le quali ricorrono quando la Corte dei Conti o il Consiglio di Stato affermino la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro giudice o la neghino sull'erroneo presupposto di quell'attribuzione (Corte Cost n. 6 del 18/01/2018). L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore è configurabile solo allorchè il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Non sussiste, invece, nel caso in cui si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento "abnorme o anomalo" ovvero abbia comportato uno "stravolgimento" delle "norme di riferimento". In questi casi si può profilare, eventualmente, un error in iudicando, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione (cfr. Cass. S.u. 25/03/2019 n. 8311).

6.2. Il controllo del limite esterno della giurisdizione - affidato alla Cassazione dall'art. 111 Cost., comma 8 - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori in iudicando o in procedendo, senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il proprium distintivo dell'attività giurisdizionale (Cass. S.u. 04/12/2020 n. 27770).

6.3. Non ricorre l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, ad esempio, quando il giudice speciale si sia attenuto al compito interpretativo che gli

è proprio, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche se l'abbia desunta non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla ratio che il loro coordinamento sistematico disvela. Tale operazione ermeneutica infatti può dare luogo, tutt'al più, ad un *error in iudicando*, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale (Cass. s.u. 11/09/2019 n. 22711, 12/12/2018 n. 32175, 13/05/2013 n. 11347 e 12/12/2012 n. 22784).

6.4. Resta fermo che la mancata o inesatta applicazione di una norma di legge da parte del giudice amministrativo integra, al più, un *error in iudicando*, ma non dà luogo alla creazione di una norma inesistente, comportante un'invasione della sfera di attribuzione del potere legislativo sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 1, (Cass. S.u. 27/06/2018 n. 16974).

7. Tanto premesso va rilevato che nel caso in esame il Consiglio di Stato ha proceduto ad una complessiva ricostruzione del quadro normativo applicabile alla fattispecie in esame offrendone una interpretazione sistematica che tiene conto sia della procedura che della natura del ruolo e delle funzioni dell'avvocatura generale.

7.1. Diversamente da quanto sostenuto da ricorrente, non è ravvisabile il denunciato travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione. L'attività interpretativa del giudice amministrativo non ha portato alla creazione di una regola di diritto inesistente nel pubblico impiego ed anzi contraria a principi anche di rilievo costituzionale che ne permeano la disciplina.

7.2. Lungi dal ritenere che l'accesso ai ruoli sub apicali della p.a. avvenga "mediante scelta da parte del preposto dell'ufficio" affermazione che creando sostanzialmente una disposizione non esistente vizierebbe per eccesso di potere la sentenza essendo l'espressione di uno sconfinamento del giudice nel campo riservato al legislatore così viziando la sentenza - il giudice amministrativo ha piuttosto accertato che la procedura per la nomina dell'Avvocato Generale Aggiunto si articola in due fasi: una fase interna ed in una fase esterna. La fase interna culmina con una proposta motivata da parte dell'Avvocato Generale ed è preceduta da un parere da parte del Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato la cui istruttoria si deve svolgere nel rispetto dei criteri indicati dallo stesso Consiglio con Delib. 3 settembre 2015. Una fase esterna che appartiene al Presidente del Consiglio dei ministri che con suo decreto, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, provvede alla nomina.

7.3. Orbene, il ricorrente, pur dando atto del fatto che tale è il procedimento di carattere paraconcorsuale previsto per il conferimento dell'incarico, sostiene che in spregio a detti criteri sarebbe stato omesso "l'esame e la votazione sull'istanza dell'avvocato A. (doc. 4)".

7.4. Rileva al riguardo il Collegio che si tratta di critica che non è sottoponibile a questa Corte poichè attiene al merito della controversia e non si riverbera sul corretto esercizio della

giurisdizione da parte del giudice amministrativo nei termini più sopra descritti. Ai sensi della L. n. 103 del 1979, art. 16 bis, comma 4 nell'esprimere il parere sul conferimento dell'incarico di avvocato generale aggiunto, il consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato applica il criterio della rotazione nell'attribuzione degli incarichi e tiene conto delle attitudini organizzative e relazionali del candidato, nonché della professionalità acquisita, desunta in particolare da indici di merito predeterminati dal medesimo consiglio e ricavabili dall'esame dell'attività svolta.

7.5. Orbene la sentenza oggi impugnata da atto del fatto che i due candidati e i rispettivi titoli sono stati esaminati anche con una audizione degli stessi e, d'altra parte, il Consiglio di Stato nella sua decisione ha esattamente ricostruito i termini di svolgimento della procedura di nomina. Ha rammentato che in via teorica la proposta formulata dall'Avvocato Generale può disattendere il parere espresso dal CAPS, che è obbligatorio ma non vincolante, a condizione che ne espliciti le ragioni, non senza rammentare che, comunque, nello specifico, seppure a maggioranza, il Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato aveva in via espresso il suo parere, all'esito dell'esame delle posizioni, in maniera conforme a quella che era poi stata la proposta dell'Avvocato Generale.

7.6. Si tratta di un procedimento di interpretazione del complesso meccanismo che la legge prevede per la nomina, del quale è stata verificata l'applicazione in concreto sotto tutti i profili indicati dalla norma ivi compresa l'anzianità di servizio, attività di interpretazione dei fatti e delle disposizioni di legge applicabili che appartiene tipicamente all'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo che l'ha esercitata restando all'interno dei limiti che le sono propri.

8. Va ribadito allora che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa n. 32175 del 2018 cit.) e non del giudice amministrativo applicabile con la precisazione o inesatta applicazione di una *error in iudicando*, ma non si che non gli compete (Cass. è tale l'esercizio del compito proprio di rinvenimento della *regula iuris* che anche nell'ipotesi di una mancata norma di legge si configura, al più, un verifica quella creazione di una norma inesistente, comportante un'invasione della sfera di attribuzione del potere legislativo sindacabile dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 1 (Cass. s.u. n. 16974 del 2018e n. 11347 del 2013).

9. In conclusione, per le ragioni esposte, il ricorso deve essere rigettato e le spese, liquidate in dispositivo, vanno poste a carico della parte soccombente. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater va poi dato atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma dell'art. 13, comma 1 bis del citato D.P.R., se dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che si liquidano in Euro 3.000,00 per compensi professionali in favore di ciascuna delle parti costituite oltre che spese prenotate a debito per le parti assistite dall'Avvocatura Generale dello Stato mentre in favore del ricorrente S.C. Euro 200,00 per esborsi, 15% per spese forfetarie ed accessori dovuti per legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma dell'art. 13 comma 1 bis del citato D.P.R., se dovuto.

Conclusione

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 26 gennaio 2021.

Depositato in Cancelleria il 11 giugno 2021