SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso al Tar Lazio il dott. ~~Alessio Liberati~~ XXXXXXXXXXXX all'epoca magistrato amministrativo, ha impugnato gli atti del concorso indetto con decreto del Presidente del Consiglio di Stato in data 30.3.2006, a due posti di Consigliere di Stato, al quale ha partecipato con risultato negativo non essendo stato ammesso alle prove orali.

Il ricorrente ha contestato lo svolgimento e l'esito della stessa, nonchè la dichiarazione dei due relativi vincitori, chiedendone l'annullamento.

Il T.a.r. Lazio, sez. III, con sentenza n. 41 del 2011, pronunciandosi nell'instaurato contraddittorio con il Presidente del Consiglio dei Ministri (oltre che il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, il Consiglio di Stato, l'Avvocatura Generale dello Stato) e dei dott. Roberto Giovagnoli e Francesco Bellomo, partecipanti al concorso, ha dichiarato inammissibile l'istanza di ricusazione; ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso nella parte impugnatoria degli atti concorsuali e lo ha respinto con riferimento alla richiesta di accertamento di nullità, all'impugnazione della delibera del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, alla delibera di indizione del concorso 2010 a posti di consigliere di Stato ed in ordine a quant'altro specificato in motivazione; ha dichiarato inammissibile la domanda di ridistribuzione del Fondo perequativo distribuito tra tutti i magistrati amministrativi ai sensi del d.P.R. 418/93; ha accolto in parte la domanda risarcitoria e per l'effetto ha condannato l'Amministrazione a risarcire il danno non patrimoniale, che quantificava; ha respinto la richiesta di condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata.

2. Avverso tale decisione, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha proposto appello deducendo che non era possibile esaminare una domanda di risarcimento danni quando era stata proposta l'azione di annullamento dell'atto asseritamente illegittimo e tale domanda era stata dichiarata irricevibile per tardività. Né vale il richiamo all'autonomia delle due azioni - ha sostenuto l'appellante - atteso che si può parlare di autonomia se il ricorrente ha scelto di non impugnare l'atto, ma una volta che il ricorrente ha scelto la strada del cd. doppio binario non è possibile che il giudice adito

possa considerare *tamquam non esset* una pronuncia in rito che ha precluso l'esame nel merito del ricorso e dunque il vaglio dei motivi proposti avverso l'atto asseritamente illegittimo. Se l'originario ricorrente avesse usato l'ordinaria diligenza impugnando nei termini la procedura concorsuale con molta probabilità avrebbe potuto evitare qualsiasi danno.

Inoltre l'appellante ha dedotto che con verbale n. 4 dell'11 settembre 2006 la Commissione esaminatrice ha preliminarmente determinato i criteri per la valutazione delle prove concorsuali, sulla base dei quali è stato poi attribuito un punteggio numerico ad ogni compito.

3. Si è costituito in giudizio l'appellato dott. XXXXXXXXXXXXX, il quale ha confutato l'appello dell'amministrazione ed ha proposto appello incidentale, con contestuale "ricusazione dell'intero organo giudicante e dei singoli componenti il collegio".

L'appellato ha proposto questione di legittimità costituzionale e/o questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia Europea "con riferimento agli artt. 2, 3, 28 l. n. 1034/1971 (oggi art. 5 c.p.a.) e 3, 63 d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165", relativamente alla competenza del plesso TAR – Consiglio di Stato nella parte in cui non escludono la competenza a giudicare su questioni relative ad altri magistrati amministrativi o, quantomeno, sulle prove concorsuali per l'accesso alla carriera e il relativo accesso agli atti, con conseguente attribuzione della giurisdizione ad altro organo giurisdizionale, indipendente ed imparziale, per violazione delle norme in materia di imparzialità dei giudici (artt. 3, 24, 111 Cost., art. 6 Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo)"; nonché con riferimento agli artt. 17 e 18 c.p.a. – per violazione degli artt. 6 e 13 CEDU richiamati dall'art. 117 comma 1 Costituzione – nella parte in cui l'Autorità Giudiziaria Amministrativa è considerata giudice terzo ed imparziale su controversie riguardanti altri magistrati amministrativi".

Inoltre, con riferimento al risarcimento del danno, l'appellante incidentale, dopo aver evidenziato come "l'illecito sussiste e risultano integrati tutti gli elementi strutturali del danno", ha rilevato, quanto al danno non patrimoniale, che esso era stato sì riconosciuto, ma "liquidato in una somma simbolica e non idonea a ristorare pienamente il danno sofferto"; ha inoltre lamentato la mancata considerazione del danno esistenziale e di quello alla vita di relazione.

Avverso la sentenza n. 41/2011 del TAR per il Lazio, sez. III, hanno proposto appello anche i dottori Giovagnoli Roberto e Bellomo Francesco, chiedendone la riforma "limitatamente alla statuizione sul capo risarcitorio".

Anche in questo giudizio si è costituito l'appellato dott. Alessio Liberati, che ha proposto altresì appello incidentale, di contenuto sostanzialmente analogo a quello spiegato nel giudizio instaurato dalla Presidenza del Consiglio.

4. Con atto del 6 maggio 2011, l'appellato ha proposto istanza di astensione e/o ricusazione, in ragione della sussistenza di incompatibilità dei magistrati del collegio, colleghi di quelli appellanti in giudizio, e di gravi ragioni di convenienza.

Ulteriore istanza di astensione e/o ricusazione, in ragione della sussistenza di incompatibilità e di gravi ragioni di convenienza, dell'anticipazione del giudizio, della qualità di parti potenziali, veniva depositata in data 9 giugno 2011.

All'udienza del 28 giugno 2011 il XXXXXXXXX ha dichiarato "in via preliminare che è in corso di valutazione da parte dei suoi legali una eventuale denuncia penale" nei confronti del Presidente e del giudice relatore, "ma che non può attualmente essere formulata per questa ragione istanza di ricusazione nei confronti dei due componenti del collegio giudicante in quanto la denuncia non è stata ancora formalizzata". Ha poi formulato nuova istanza di ricusazione nei confronti del relatore dott. Forlenza, "per i ricorsi in cui è parte il dott. Roberto Giovagnoli . . . in quanto il dott. Forlenza ha svolto una serie di attività didattiche insieme al collega, il che presuppone un rapporto di amicizia con il dott. Giovagnoli, eccedente la normale colleganza, che pregiudica l'eventuale decisione dei ricorsi da parte del relatore delle cause".

In riferimento a tale istanza di ricusazione il Collegio "rilevato che la composizione del Collegio è nota da data ben anteriore al termine assegnato" (dagli artt. 18 c.p.a. e 52 c.p.c.), ha dichiarato "l'irricevibilità dell'istanza di ricusazione proposta nei confronti del Consigliere Oberdan Forlenza"

L'udienza del 28 giugno 2011 è stata, quindi, rinviata ad altra data, come individuata con separato decreto presidenziale, in quanto il Presidente del Collegio giudicante ed il giudice relatore, pur non ravvisando nelle dichiarazioni rese a verbale "alcuna ragione di astensione ex art. 17 c.p.a.", hanno ritenuto "a tutela della propria indipendenza, nonchè dell'ordinato e sereno svolgimento del giudizio, di sottoporre al Presidente della Sezione la valutazione dell'eventuale sussistenza di ragioni di

opportunità circa la loro presenza nel collegio giudicante per tutte le cause in discussione" alla medesima udienza (nn. 20/23 del ruolo di udienza).

Con decreto 11 luglio 2011 n. 12/2011, il Presidente della IV Sezione ha respinto le istanze di astensione facoltativa presentate dal Presidente e dal relatore del Collegio giudicante all'udienza del 28 giugno 2011.

In particolare, in tale decreto si assume che "l'istanza di ricusazione nei confronti del cons. Forlenza, anche a prescindere dalla sua già delibata irricevibilità, è destituita di qualsiasi fondamento, in quanto lo svolgimento di attività didattiche insieme al cons. Giovagnoli, non può, neppure in via meramente ipotetica, incidere sulla assoluta terzietà del cons. Forlenza, con la conseguenza che non è configurabile, anche sotto il profilo della sola opportunità, la sussistenza di plausibili motivi di astensione".

Con atto depositato il 10 novembre 2011, il [redacted] ha proposto nuova istanza di "astensione e/o ricusazione" avverso i magistrati componenti il collegio, nonché nei confronti "di tutti i magistrati della intera sezione giurisdizionale cui è attribuito il ricorso". Ha poi proposto altra istanza di ricusazione, contenente, in particolare, una "specifica doglianza", relativa al giudice relatore, posto che quest'ultimo "vanta un lungo rapporto di collaborazione extraistituzionale con il dott. Roberto Giovagnoli, con il quale ha rapporti confidenziali e si da del "tu".

5. Infine, all'udienza del 22 novembre 2011, le cause sono state trattenute in decisione.

Con sentenza n. 1958 del 2 aprile 2012 il Consiglio di Stato, definitivamente pronunciando sugli appelli proposti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed altri (n. 3091/2011 r.g.) e da Giovagnoli Roberto e Bellomo Francesco (n. 3137/2011 r.g.) ha riunito i ricorsi in appello; ha rigettato l'istanza di ricusazione; ha rigettato l'istanza di sospensione del giudizio; ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale e la questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia Europea, come prospettate dall'appellante incidentale; ha rigettato l'appello proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, nei limiti indicati in motivazione; ha accolto l'appello proposto da Giovagnoli Roberto e Bellomo Francesco, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, ha rigettato la domanda di risarcimento del danno, così come accolta dalla sentenza appellata; ha rigettato gli appelli incidentali proposti da

XXXXXXXXXXXXXX; ha rigettato la domanda di condanna per responsabilità processuale aggravata; ha compensato tra le parti spese, diritti ed onorari dei giudizi.

5.1. Innanzitutto la sentenza esamina le istanze di ricusazione proposte dall'appellato ed appellante incidentale. In particolare ha richiamato l'ordinanza 31 maggio-6 giugno 2011 n. 3406 dello stesso Consiglio di Stato, che ha confermato. Quindi ha ribadito che nei giudizi in cui è parte un magistrato amministrativo, è manifestamente infondata l'istanza di ricusazione generalizzata nei confronti della maggioranza o addirittura della totalità dei componenti del collegio giudicante per il semplice fatto di avere la qualifica di consigliere di stato, poiché i rapporti derivanti dalla mera appartenenza al medesimo ordinamento giudiziario non sono riconducibili alle ipotesi di ricusazione previste dal codice del processo amministrativo e dal codice di procedura civile.

Ha esaminato poi i commi 4 e 5 dell'art. 18, unitamente alla successivo comma 8. Dalla lettura complessiva di questi tre commi il Consiglio di Stato ha tratto il convincimento che è possibile una valutazione di manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione e che, in tal caso (ricusazione che riguarda tutti i componenti del collegio per il solo fatto di essere magistrati amministrativi talché sarebbero ricusabili tutti i componenti del Consiglio di Stato con conseguente paralisi del giudice amministrativo), non è necessaria una seconda pronuncia sul merito dell'istanza di ricusazione. Ossia in sostanza è sufficiente l'ordinanza di manifesta infondatezza resa nel corso del giudizio e confermata successivamente dalla sentenza che decide il ricorso senza necessità che un diverso collegio si pronunci sul merito dell'istanza di ricusazione. Nella specie l'ordinanza di manifesta infondatezza è stata resa all'udienza del 22 novembre 2011; la sentenza ha confermato questa valutazione di infondatezza, ritenendo non necessaria una pronuncia - una seconda pronuncia - sul merito dell'istanza di ricusazione da parte di un diverso collegio; ha inoltre ritenuto che non sussistano i presupposti per la questione incidentale di costituzionalità, né per la questione pregiudiziale interpretativa comunitaria.

5.2. La sentenza poi ha esaminato il merito degli appelli principali (della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed altri nonché quello dei consiglieri di Stato Giovagnoli e Bellomo) e gli appelli incidentali del dott. Liberati.

Il merito della controversia pone - secondo il Consiglio di Stato - quattro questione: il problema della ritenuta (dal Tar) tardività del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado; la questione della nullità, o no, degli atti posti in essere dalla commissione giudicatrice del concorso a consigliere di Stato; i presupposti per l'esercizio dell'autotutela sugli atti del concorso; la sussistenza, o no, di una ragione di danno risarcibile in favore del dott. Liberati.

Quanto alla decadenza ordinaria, la sentenza conferma che il termine di 60 giorni per proporre ricorso decorre, oltre che dalla notificazione o comunicazione dell'atto, anche dalla sua piena conoscenza. La sentenza ritiene che il dott. Liberati ha avuto piena conoscenza del suo mancato utile collocamento nella graduatoria relativa all'esito degli scritti del concorso nel momento in cui con istanza del 11 dicembre 2007 ha chiesto l'accesso agli atti. Infatti il concorso è stato bandito con decreto del presidente del Consiglio di Stato in data 30 marzo 2006 (per due posti di consigliere di Stato). La graduatoria dei vincitori è stata pubblicata nel bollettino ufficiale dell'amministrazione, graduatoria approvata con decreto del presidente del Consiglio dei ministri in data 10 gennaio 2007. L'avviso relativo alla graduatoria è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 59 del 27 luglio 2007. Quindi in sostanza il dott. Liberati ha chiesto l'accesso agli atti circa cinque mesi dopo la pubblicazione dell'avviso relativo alla approvazione della graduatoria del concorso. Il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado è stato notificato in data 17 luglio 2008 e quindi ampiamente dopo il termine di 60 giorni dalla piena conoscenza degli atti.

Il Consiglio di Stato osserva poi che la categoria della nullità degli atti, introdotto dall'art. 21 *septies* legge 7 agosto 1990 n. 241, come modificata dalla legge n. 15 del 2005, è speciale rispetto alla categoria dell'annullabilità generale. Quest'ultima è deducibile nel termine di decadenza di 60 giorni dall'atto illegittimo (e quindi annullabile); la nullità è invece deducibile in ogni tempo. Secondo la citata disposizione la nullità si ha soltanto in caso di difetto assoluto di attribuzione; violazione o elusione del giudicato; mancanza degli elementi essenziali; negli altri casi espressamente previsti dalla legge. La sentenza del Consiglio di Stato si concentra sulla nozione di mancanza degli elementi essenziali e perviene al convincimento che nella specie gli atti, la cui legittimità l'originario ricorrente predicava, non erano carenti degli elementi essenziali e pertanto non erano nulli.

Quanto all'autotutela, la sentenza si arresta a un'affermazione di carattere processuale. Ritiene che il potere di autotutela spetti alla presidenza del Consiglio dei Ministri, previo parere obbligatorio del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa. Avendo il ricorrente invocato il mancato esercizio del potere di autotutela del Consiglio di presidenza il ricorso è infondato giacché tale potere spetta invece al presidente del Consiglio dei ministri.

La sentenza ritiene evidentemente assorbita quella che sarebbe altrimenti una questione preliminare, ossia l'ammissibilità del ricorso sotto il profilo del mancato esercizio del potere di autotutela una volta che la parte sia decaduta dal termine (di 60 giorni) per impugnare l'atto amministrativo; ossia se sia possibile, o no, impugnare il mancato esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione allegando parimenti l'illegittimità dell'atto amministrativo.

Quanto al risarcimento del danno la sentenza del Consiglio di Stato osserva che è ammissibile, nel senso che sussiste l'interesse derivante dalla soccombenza, l'appello dei consiglieri di Stato Giovagnoli e Bellomo perché è identificabile una situazione di soccombenza (giacché il presupposto del risarcimento del danno riconosciuto dal Tar Lazio è la illegittimità della procedura di concorso e quindi gli appellanti principali hanno interesse a che sia affermato al contrario la piena legittimità del concorso).

Nel merito il Consiglio di Stato ha ritenuto infondato l'appello della Presidenza del Consiglio dei ministri nella parte in cui questa ha sostenuto che non sia possibile percorrere entrambe le strade: impugnare l'atto amministrativo ritenuto illegittimo e nello stesso tempo chiedere il risarcimento del danno a prescindere da tale impugnativa. La sentenza del Consiglio di Stato aderisce alla giurisprudenza delle Sezioni Unite di questa Corte che ha escluso la c.d. pregiudiziale amministrativa.

La stessa sentenza ha poi ritenuto che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo ogni qualvolta ci sia un interesse pretensivo o un interesse oppositivo in relazione a un atto illegittimo causativo di danno. In tal caso è possibile l'esercizio autonomo dell'azione di risarcimento del danno. Nella specie si tratterebbe di risarcimento del danno da perdita di *chance*.

La sentenza opera però una precisazione affermando che, se l'unica tutela possibile è quella ripristinatoria, non è possibile accordare la tutela risarcitoria. Ciò si verifica nella fattispecie del concorso per l'accesso al pubblico impiego. Se il

concorrente, allegando l'illegittimità della procedura di concorso, agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno, in realtà può ottenere soddisfazione del suo interesse soltanto mediante una tutela di tipo ripristinatorio, ossia - secondo la sentenza del Consiglio di Stato - occorre che sia possibile riconoscere l'utilità finale consistente nella superamento del concorso. La conseguenza è che se gli atti del concorso non sono stati tempestivamente impugnati, in nessun caso c'è la possibilità di ottenere una tutela risarcitoria per mera perdita di *chance* di conseguimento dell'utilità finale.

La sentenza infine, nel richiamare la giurisprudenza di queste Sezioni Unite sul risarcimento del danno cd. esistenziale (Cass., sez. un., 11 novembre 2008 n. 26972), afferma che nella fattispecie non ricorre nessun caso di quelli che consentono di risarcimento del danno non patrimoniale.

6. Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione il dott. Alessio Liberati con 17 motivi e propone questione pregiudiziale interpretativa comunitaria e questione di costituzionalità.

Resistono con un unico controricorso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, il Consiglio di Stato, l'Avvocatura Generale dello Stato.

Resistono altresì i dott. Bellomo e Giovagnoli.

Le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso, articolato in diciassette motivi, pone innanzi tutto, sotto plurimi profili, la questione della ricusazione dei magistrati componenti del collegio che ha pronunciato la sentenza impugnata unitamente a quella degli altri magistrati. Il ricorrente lamenta in particolare la violazione del principio della terzietà del giudice, posto a livello dell'ordinamento interno dall'art. 111, secondo comma, Cost., e a livello europeo dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Non è conforme a tali disposizioni - secondo il ricorrente -la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul rapporto di impiego dei magistrati amministrativi e sul procedimento di accesso a tale ruolo, per essere questi in numero contenuto sì da costituire una sorta di giurisdizione domestica.

Evocando ancora la violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il ricorrente censura la prassi, consentita da una delibera del Consiglio

di presidenza della giustizia amministrativa, della presenza di altri magistrati, chiamati per l'udienza, oltre quelli che compongono il collegio.

Lamenta la violazione degli artt. 17 e 18 del codice di procedura amministrativa per aver il collegio deciso sulla manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione senza demandare la decisione ad altro collegio. L'istanza di ricusazione era comunque fondata atteso il rapporto di colleganza professionale tra i magistrati parti nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato ed i componenti del collegio i quali peraltro erano – a suo dire - legittimati a intervenire nello stesso giudizio avente ad oggetto la legittimità di un concorso a consigliere di Stato.

In ricorrente deduce ulteriormente la violazione dell'art. 18 c.p.a. sottolineando che, essendo quella del Consiglio di Stato una sorta di giurisdizione domestica quando ha ad oggetto le carriere degli stessi magistrati amministrativi, rileva anche il principio dell'apparenza di terzietà del giudice che nella specie difetterebbe.

Denuncia che in giudizio è presente anche l'Associazione nazionale magistrati amministrativi che ha preso posizione sulla vicenda oggetto del giudizio.

Sostiene che i consiglieri di Stato che hanno composto il collegio non potevano avere la necessaria serenità di giudizio, anche perché in genere tra consiglieri di Stato, che hanno interessi categoriali comuni, vi sono consuetudini e familiarità che incidono sulla terzietà del giudice.

Il ricorrente comunque chiede di sollevare la questione pregiudiziale interpretativa o la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione per il tramite della violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo sulle carriere dei giudici amministrativi. Deduce poi che non è compatibile con il principio di terzietà del giudice previsto dall'art. 47 della Carta di Nizza, sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, la riserva della giurisdizione al giudice amministrativo sulle carriere degli stessi giudici amministrativi.

Quanto al risarcimento del danno il ricorrente censura la sentenza impugnata che avrebbe riaffermato indirettamente la tesi della pregiudiziale amministrativa, disattesa dalla giurisprudenza di queste Sezioni Unite. Inoltre lamenta che la sentenza non abbia considerato che la mancanza di titoli per partecipare al concorso costituisce ragione di

nullità. Contesta poi la nozione di soccombenza che ha portato la sentenza impugnata a ritenere ammissibile l'appello incidentale dei due consiglieri di Stato appellati.

2. Il ricorso – i cui plurimi motivi possono essere esaminati congiuntamente in quanto strettamente connessi – è nel suo complesso infondato.

3. Va premesso che il ricorso, pur variamente articolato avendo il ricorrente anche evocato e ripercorso alcuni profili delle plurime censure di violazione di legge dedotte con l'atto d'appello, solo inammissibilmente richiamate, rimane comunque un'impugnazione proposta ai sensi - e quindi nei ristretti limiti - dell'art. 362, primo comma, c.p.c. - e quindi va scrutinato essenzialmente come atto di denuncia, nel suo complesso, del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo che ha pronunciato la sentenza impugnata.

L'art. 362, primo comma, c.p.c. prevede infatti che possono essere impugnate con ricorso per cassazione le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso. E l'art. 111, ottavo comma, Cost. eleva al rango di limite costituzionale tale prescrizione quanto alle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nei cui confronti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Quindi le questioni esaminate dalla sentenza impugnata vanno vagliate esclusivamente sotto il profilo del denunciato difetto di giurisdizione essendo inammissibile ogni altra censura - di violazione di legge o di vizio di motivazione - attinente alla legittimità o al merito delle questioni dibattute in causa.

Considerato poi che oggetto del giudizio è la legittimità, o no, di un concorso per consigliere di Stato, non vi è dubbio alcuno che si verta in materia - quello del rapporto di impiego dei magistrati ordinari e speciali - che appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Quindi l'unico profilo della giurisdizione che in astratto può venire in rilievo è quello dell'eccesso di potere giurisdizionale, ossia del superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

E' ricorrente in proposito nella giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis* Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11091) l'affermazione secondo cui si ha eccesso di potere giurisdizionale - da parte del Consiglio di Stato - sia allorché il giudice amministrativo sconfina dalla giurisdizione di legittimità in quella di merito, sia quando applichi non

già una norma esistente bensì una norma da lui creata, a condizione che si possa distinguere tra un'attività di formale produzione normativa - inammissibilmente esercitata dal giudice - da un'attività interpretativa che si sostanzia invece in un'opera creativa della volontà di legge nel caso concreto. In particolare questa Corte (Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302) ha ritenuto che le decisioni del giudice amministrativo possono dirsi essere viziate per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, soltanto laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla p.a.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità. Più recentemente cfr. Cass., sez. un., 13 maggio 2013 *n.* 11347.

4. Ciò premesso, deve rilevarsi che in linea di principio le censure afferenti alla ricusazione - che costituiscono il nucleo centrale del ricorso e sulle quali insiste il ricorrente con plurime argomentazioni - non pongono una questione di giurisdizione: se la composizione del collegio contiene un giudice nei cui confronti sia stata proposta e respinta un'istanza di ricusazione, nel rispetto delle regole processuali, la sentenza emessa non può considerarsi pronunciata da un giudice in difetto di giurisdizione.

Una fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio è già venuta recentemente al vaglio di queste Sezioni Unite (Cass., sez. un., 20 luglio 2012, n. 12607) che hanno esaminato proprio il caso della ricusazione del giudice amministrativo (nella specie, di componenti del collegio del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana) dichiarata manifestamente infondata da quello stesso giudice ai sensi dell'art. 18, comma 4, c.p.a. con la medesima sentenza che aveva deciso il merito della causa; pronuncia questa impugnata *ex* art. 362, primo comma, c.p.c. per superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

Questa Corte, nel rigettare i ricorsi proposti avverso tale pronuncia, ha affermato che il Consiglio di giustizia amministrativa aveva applicato una regola processuale - l'art. 18, comma 4, c.p.a. - che consente al giudice amministrativo ricusato la prosecuzione del giudizio se a un sommario esame ritiene l'istanza inammissibile o

manifestamente infondata. «E' dunque escluso - ha affermato questa Corte - che vi sarebbe stato un eccesso di potere giurisdizionale, con l'invasione della sfera riservata al legislatore e la creazione di una norma estranea all'ordinamento». Ed ha aggiunto che «l'interpretazione e l'applicazione, al caso di specie, di una norma contenuta nel codice del processo amministrativo, che regola il procedimento di ricusazione, sono attività incluse nell'esercizio della giurisdizione del giudice amministrativo, e la violazione o falsa applicazione di quella norma si traduce, in tesi, in *errores in procedendo*, ma non comporta il superamento dei limiti esterni della giurisdizione». E' stato poi precisato che, anche dopo l'inserimento della garanzia del giusto processo con la novella dell'art. 111 Cost., restano esclusi dal sindacato *ex* art. 362 c.p.c., gli *errores in procedendo*, non riconducibili ai limiti esterni alla giurisdizione sicché è inammissibile il ricorso che si fondi su vizi processuali relativi a violazioni dei principi costituzionali del giusto processo (conf. Cass., sez. un., 25 luglio 2011 n. 16165). «Ne consegue - hanno ribadito conclusivamente queste Sezioni Unite nella menzionata pronuncia - che la stessa violazione del giusto processo - posto che vi sia stata - non dà luogo a una questione di giurisdizione, ma costituisce una violazione di legge interna alla giurisdizione medesima».

In linea con questa pronuncia è anche la giurisprudenza di questa Corte sulla non deducibilità, come vizio di difetto di giurisdizione, della mancata astensione del giudice. Decidendo un ricorso *ex* art. 362 c.p.c. avverso una pronuncia del giudice contabile Cass., sez. un., 13 luglio 2006, n. 15900, ha affermato che l'eventuale partecipazione alla decisione della controversia di un magistrato che avrebbe dovuto astenersi, non integra mancanza di giurisdizione del collegio giudicante, atteso che detta carenza di giurisdizione, in relazione all'illegittima composizione dell'organo giudicante, è ravvisabile solo nelle diverse ipotesi di alterazioni strutturali dell'organo medesimo, per vizi di numero o qualità dei suoi membri, che ne precludono l'identificazione con quello delineato dalla legge; pertanto, il ricorso per cassazione non è esperibile nei confronti di sentenza della Corte dei conti per denunciare la mancata astensione di un membro di quel collegio, vertendosi in tema di violazione di norme processuali, esorbitante dai limiti del sindacato delle sezioni unite. Conf. Cass., sez. un., 16 dicembre 1987, n. 9305, che pronunciandosi su ricorso per cassazione *ex* art. 362 c.p.c. avverso una decisione del Consiglio di stato, ha parimenti ritenuto che i vizi

attinenti alla costituzione del collegio giudicante sono denunciabili solo in quanto si traducano in difetto di giurisdizione, ravvisabile, con riguardo alle posizioni dei singoli componenti, esclusivamente in presenza di una loro radicale carenza di legittimazione od idoneità a farne parte; il ricorso, pertanto, non è esperibile per denunciare la mancata astensione di un membro di quel collegio per aver già conosciuto della causa in primo grado, vertendosi in tema di violazione di norme processuali, esorbitante dai limiti del suddetto sindacato.

5. Certo - come sostiene la difesa del ricorrente - opera in generale il principio della terzietà del giudice (art. 111, secondo comma, Cost.) che è stato elevato a garanzia costituzionale. Può infatti dirsi che la terzietà del giudice connota indefettibilmente la giurisdizione e quindi anche la giurisdizione del giudice amministrativo: cfr. C. cost. n. 155 del 1996 che ha sottolineato che «l'imparzialità è connaturata all'essenza della giurisdizione» e C. cost. n. 387 del 1999 che ha ribadito che «il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo». Analogamente si è affermato che «il principio costituzionale di imparzialità-terzietà della giurisdizione - con la correlata esigenza di assicurare che il giudice sia del tutto estraneo agli interessi in gioco - informa qualunque tipo di processo» (C. cost. nn. 444 del 2004 e 51 del 1998), anche se non necessariamente la disciplina che attua tale principio deve essere la stessa nei vari tipi di processo (penale, civile, amministrativo).

Si ha pertanto che in linea di principio le regole del processo devono essere tali da rispettare il principio di terzietà del giudice e l'eventuale difettosa conformità a tale canone comporta un vizio di legittimità costituzionale della normativa che risultasse carente sotto questo profilo - ciò che facoltizza il giudice comune, ordinario o speciale, a sollevare l'incidente di costituzionalità - e non già una carenza di giurisdizione suscettibile di accertamento da questa Corte, a sezioni unite, che tale sindacato (sulla giurisdizione) esercita in generale su ogni decisione di giustizia (ad eccezione solo di quelle della stessa Corte costituzionale *ex* art. 137, terzo comma, Cost.).

Per garantire la terzietà del giudice è approntata in particolare la disciplina dell'astensione e della ricusazione che attiene alle regole del processo e la cui eventuale inesatta applicazione comporta - come già rilevato - un *error in procedendo* e non già un difetto di giurisdizione. Essendo interno alla giurisdizione, nella specie del giudice

amministrativo, il sindacato sulle regole del processo e quindi anche delle regole che disciplinano la ricusazione, risulta in tal modo, in linea di massima, assicurato il rispetto, sotto questo profilo, della garanzia del giudice terzo.

Quindi la garanzia di terzietà del giudice corre su questo doppio binario: conformità al parametro costituzionale dell'art. 111, secondo comma, Cost. - che evoca il controllo di costituzionalità invocabile dalla parte con la relativa eccezione ed attivabile dal giudice comune, anche d'ufficio, *ex* art. 23 legge n. 87 del 1953 - e conformità alle regole di rito attuative di tale garanzia nel processo, le quali evocano il sindacato di legittimità innanzi al giudice che lo esercita in ultima istanza; sindacato quest'ultimo, che nell'attuale sistema ordinamentale, solo ispirato alla tendenziale unitarietà della giurisdizione, ancora si conforma all'assetto tuttora differenziato della giurisdizione, ordinaria e speciale, che discende dall'art. 111, settimo comma, Cost..

Nell'uno e nell'altro caso non si radica un sindacato sulla giurisdizione, tale non essendo né quello sulla corretta applicazione delle regole processuali che attuano la garanzia della terzietà del giudice, perché si tratterebbe di sindacato di legittimità, né quello sulla legittimità costituzionale di tali regole perché l'eventuale non manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale di singole disposizioni difetterebbe di rilevanza, in linea di massima (ma su questo punto si tornerà *infra*) ove insorto in una sede processuale in cui il sindacato di legittimità sia ormai precluso per essersi già pronunciato in ultima istanza il giudice amministrativo o contabile quale giudice speciale *ex* art. 111, settimo comma, Cost.. Né il mancato rilievo d'ufficio di una questione di legittimità costituzionale, sollecitata dalla parte, può costituire un vizio di eccesso di potere giurisdizionale sindacabile da questa Corte alla stregua degli artt. 111, ottavo comma, Cost. e 362, primo comma, c.p.c.. (Cass., sez. un., 29 marzo 2013, n. 7929).

6. Solo ove il giudice speciale, in ipotesi di ricusazione, abbia del tutto omesso di applicare le regole processuali sulla ricusazione ovvero ne abbia fatto un'applicazione solo apparente o abnorme, ci sarebbe un radicale vizio di giudice non-terzo che può ridondare in vizio afferente la giurisdizione in ragione proprio della richiamata giurisprudenza costituzionale che lega strettamente l'esercizio della giurisdizione alla connotazione di terzietà del giudice. In siffatta evenienza si ha non già che il giudice applica male le regole sulla ricusazione, ma che il giudice non le applica affatto e quindi

è un giudice in radice non-terzo e la sua pronuncia non è espressione di *jus dicere*, così come parimenti può costituire difetto di giurisdizione la nullità della sentenza derivante da vizi relativi alla costituzione dell'organo di giurisdizione speciale. La giurisprudenza infatti considera il vizio di costituzione del giudice non quale mero vizio interno, bensì quale nullità della sentenza che può ridondare in difetto di giurisdizione ove l'illegittima composizione del collegio giudicante si traduca nella non coincidenza dell'organo con quello delineato dalla legge per effetto dell'alterazione della sua struttura (Cass., sez. un, 19 ottobre 2013, n. 6125).

Solo in questa più radicale (ed è lecito presumere, eccezionale) evenienza in cui la ricusazione del giudice non sia stata affatto delibata secondo le regole del processo (o lo sia stata in modo apparente o abnorme) non risulterebbe rimosso un impedimento a che quel giudice possa pronunciarsi e quindi abbia giurisdizione (cfr., seppur risalente nel tempo, Cass., sez., un. 15 febbraio 1949 n. 248); ciò che costituisce una sorta di clausola di chiusura della garanzia della terzietà del giudice quale necessario punto di raccordo con il sindacato sulla giurisdizione che è generale ed accentrato in questa Corte a sezioni unite.

7. Nella specie il Consiglio di Stato ha dichiaratamente ed effettivamente fatto applicazione delle regole processuali sulla ricusazione previste dal codice di rito del processo amministrativo e segnatamente dall'art. 18, comma 4, c.p.a..

La impugnata sentenza del Consiglio di Stato, quanto alla istanza di ricusazione avente ad oggetto tutti i magistrati di quell'organo giudiziario per essere parti nel giudizio anche magistrati appartenenti a quest'ultimo, ha ritenuto che nel giudizio innanzi al giudice amministrativo sia possibile una valutazione di manifesta infondatezza della ricusazione che consente al collegio di proseguire nel giudizio e lo stesso collegio può confermare tale valutazione di manifesta infondatezza ed emettere la sentenza senza attendere che un distinto collegio, senza il giudice ricusato, si pronunci nel merito dell'istanza di ricusazione.

Questa affermazione costituisce applicazione dell'art. 18, comma 4, c.p.a. che appunto prevede che, proposta la ricusazione, il collegio investito della controversia può disporre la prosecuzione del giudizio, se ad un sommario esame ritiene l'istanza inammissibile o manifestamente infondata.

La prevista valutazione preliminare di inammissibilità o di manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione da parte del collegio al quale appartiene il giudice ricusato è bilanciata e si coordina con la previsione del secondo periodo dell'ultimo comma dell'art. 18 che prescrive che l'accoglimento dell'istanza di ricusazione rende nulli gli atti compiuti ai sensi del quarto comma con la partecipazione del giudice ricusato; e tale sarebbe anche la sentenza che in ipotesi quel giudice avesse pronunciato, suscettibile quindi di *actio nullitatis* nella giurisdizione di appartenenza (arg. *ex* C. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6500).

Peraltro, il quinto comma della medesima disposizione prevede una misura acceleratoria perché prescrive che la decisione definitiva sull'istanza di ricusazione sia adottata, entro trenta giorni dalla sua proposizione, dal collegio previa sostituzione del magistrato ricusato, che deve essere sentito. Quindi è assai poco probabile - ma non può escludersi - che il secondo collegio emetta la sua pronuncia in tempi tali da intervenire dopo quella emessa dal collegio al quale appartiene il giudice ricusato.

La peculiarità di queste regole processuali, costituita dalla espressa previsione della possibilità della mancata sospensione del processo a seguito di ordinanza di inammissibilità o manifesta infondatezza della istanza di ricusazione, appartiene alle variabili della possibile disciplina della ricusazione che non necessariamente deve essere rigorosamente simmetrica nei vari ordini di giurisdizione non essendoci una necessità di tal fatta derivante dal rispetto di canoni costituzionali.

Nel rito del processo civile l'art. 52 c.p.c. testualmente non prevede questa possibilità atteso che l'ultimo comma di tale disposizione stabilisce che la ricusazione sospende il processo e talora la giurisprudenza ha predicato l'automatismo dell'effetto sospensivo finanche dubitandone della legittimità costituzionale in riferimento in particolare al canone del giusto processo perché i tempi della decisione diverrebbero incontrollabili (Cass., sez. I, 26 giugno 2004). Ma la Corte costituzionale (ord. n. 115 del 2005) ha dichiarato la questione manifestamente infondata avallando, in sostanza, una lettura del terzo comma dell'art. 52 c.p.c. che riconosce al giudice della causa - obbligato in ogni caso a dare corso all'istanza di ricusazione trasmettendo il relativo fascicolo al giudice competente - il potere di delibare preventivamente i presupposti formali di una valida ricusazione al fine della sospensione del giudizio, per cui un'istanza di ricusazione presentata senza rispettare le condizioni e i termini prescritti

non produce la sospensione del processo, perché non integra la fattispecie che tale sospensione impone (conf. C. cost. n. 388 del 2002).

Così anche, con riferimento al processo penale, l'art. 37, comma 2, c.p.p. prevede che il giudice ricusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione. Ma anche in questa disposizione è venuto meno il rigido automatismo che la connotava essendo essa stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui, qualora sia riproposta la dichiarazione di ricusazione, fondata sui medesimi motivi, fa divieto al giudice di pronunciare o concorrere a pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione (C. cost. n. 10 del 1997).

Quindi la previsione del quarto comma dell'art. 18 c.p.c., che facoltizza il collegio cui appartiene il giudice ricusato ad operare un preliminare sommario esame dell'istanza di ricusazione per verificarne l'eventuale inammissibilità o manifestamente infondatezza, non è affatto fuori sistema, ma al contrario si inserisce in un contesto di giurisprudenza costituzionale che, anche al di fuori del processo amministrativo, predica la possibilità di un vaglio preliminare, più o meno ampio, dell'istanza di ricusazione da parte dello stesso collegio cui appartiene il giudice ricusato.

Occorre infatti coniugare e bilanciare due valori costituzionali concorrenti: quello della terzietà del giudice e quello della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.); cfr. C. cost. n. 147 del 2004 che, proprio con riferimento a controversie civili che vedano come parti magistrati ordinari (art. 30 *bis* c.p.c.), ha operato un bilanciamento tra i due interessi, entrambi costituzionalmente garantiti, quello all'imparzialità-terzietà del giudice e quello all'effettività della tutela giurisdizionale in quella specifica categoria di controversie ed ha operato un drastico ridimensionamento della norma dichiarandola incostituzionale ad eccezione della parte relativa alle azioni civili concernenti le restituzioni e il risarcimento del danno da reato, di cui sia parte un magistrato, nei termini di cui all'art. 11 del codice di procedura penale.

L'istanza di ricusazione apre una fase incidentale nel processo e quindi inevitabilmente lo rallenta. Un rigido automatismo dell'effetto sospensivo del processo porrebbe in sofferenza la garanzia della ragionevole durata del processo e potrebbe dare

la stura a condotte processuali strumentalmente dilatorie. Il bilanciamento sta appunto nella possibilità di una valutazione preliminare *prima facie* dell'istanza di ricusazione, qual è quella normativamente prevista dall'art. 18, comma 4, c.p.a..

Di tale disposizione ha fatto puntuale applicazione la sentenza impugnata che ha ritenuto manifestamente infondata l'istanza di ricusazione presentata in quel giudizio dall'odierno ricorrente e, procedendo oltre, ha deciso l'appello. Quindi il Consiglio di Stato ha applicato una norma processuale nella sua portata testuale sicché può escludersi che si ricada nell'ipotesi residuale ed eccezionale del giudice speciale che non applichi - o applichi in modo solo apparente o abnorme - le regole processuali sulla ricusazione.

8. Né il difetto di giurisdizione potrebbe essere evocato, ancora sotto il profilo della sostanziale mancata (o meramente apparente o abnorme) applicazione delle regole processuali sulla ricusazione, per il fatto che la ragione tutt'affatto peculiare e nello stesso tempo radicale, della ricusazione consisteva, nel suo contenuto essenziale, nella circostanza che il giudizio d'appello, della cui cognizione era investito il collegio, composto da magistrati del Consiglio di Stato, vedeva come parti anche dei consiglieri di Stato, ossia dei colleghi dei magistrati chiamati a decidere, sicché vi era - nella prospettazione del ricorrente - una sorta di giurisdizione domestica, incompatibile con il principio di terzietà del giudice.

Nella specie in effetti c'era - come dato peculiare - che l'istanza di ricusazione riguardava tutti i magistrati del Consiglio di Stato sicché si profilava un possibile stallo del processo non essendo possibile costituire un collegio per decidere sull'istanza di ricusazione ai sensi dell'art. 18, comma 5, c.p.a..

Ma di ciò si è fatto carico il Consiglio di Stato che ha considerato che il modulo della doppia pronuncia ricavabile dall'art. 18 c.p.a. (possibile ordinanza di inammissibilità o manifesta infondatezza pronunciata dal collegio cui appartiene il giudice ricusato e successivamente sentenza del collegio senza il giudice ricusato sull'istanza di ricusazione) non preclude la decisione di merito sull'impugnazione nel caso in cui la ragione della ricusazione non sia individuale, ma investa tutti i componenti del collegio nonché tutti i magistrati del medesimo organo giurisdizionale, in tal caso i magistrati del Consiglio di Stato.

Si tratta quindi di un'interpretazione del quarto comma dell'art. 18 citato adeguatrice al canone costituzionale della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) che non

ammette situazioni di stallo del processo non altrimenti risolvibili. E quindi si è ancora nell'ambito dell'interpretazione e dell'applicazione dell'art. 18 la cui asserita violazione rimane circoscritta nell'area degli *errores in procedendo*.

Su questo punto rileva anche la giurisprudenza di questa Corte sulla inammissibilità della ricusazione dell'intero collegio. Cass., sez. un., 24 settembre 2010, n. 20159, pronunciandosi in tema di procedimento disciplinare nei confronti di magistrati, ha ritenuto inammissibile la ricusazione proposta contro il collegio giudicante della sezione disciplinare del Csm nel suo complesso, poiché le cause di astensione e di ricusazione previste dal vigente codice di rito penale sono sempre riferibili direttamente o indirettamente al giudice come persona fisica. Cfr. anche Cass., sez. un., 4 luglio 2012, n. 11142, che, in riferimento al procedimento disciplinare a carico di avvocati, ha parimenti ritenuto inammissibile l'istanza di ricusazione che investa la totalità dei membri del locale consiglio dell'ordine, perché - si è ribadito - l'istituto della ricusazione può essere adoperato per contestare l'imparzialità di singoli componenti del collegio giudicante, ma non contro il medesimo nella sua globalità, al fine di metterne in discussione l'idoneità a decidere. in senso ulteriormente conforme cfr., più recentemente, Cass., sez. I, 27 agosto 2003, n. 12525.

Ma nella specie - al di là della inammissibilità della ricusazione che investa indistintamente tutti i magistrati componenti del collegio giudicante - può ulteriormente considerarsi che la ricusazione in blocco di tutti i magistrati del Consiglio di Stato sia non solo, e non tanto, una ricusazione inammissibile o manifestamente infondata perché non diretta individualmente ad un giudice componente del collegio, ma non sia una vera e propria ricusazione, bensì costituisce in realtà una contestazione in radice della disciplina approntata dal codice di rito per la ricusazione del giudice amministrativo laddove le ragioni di quest'ultima consistano nella denuncia di un giudice domestico e come tale sprovvisto in radice del carattere di terzietà. La peculiarità di questo giudizio instaurato, in grado d'appello, innanzi al Consiglio di Stato sta appunto nella circostanza – già sopra rimarcata - che parti in causa, avverse rispetto al ricorrente, sono alcuni magistrati del Consiglio di Stato che è l'organo giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnativa. Secondo il ricorrente ciò comprometterebbe la terzietà del giudice perché l'appartenenza allo stesso organo giurisdizionale dei magistrati del collegio e dei magistrati parti in giudizio darebbe luogo - in ragione dei rapporti di colleganza

professionale - ad un'ipotesi di *iudex suspectus* rimuovibile solo con l'istanza di ricusazione.

Si tratta quindi in realtà della denuncia della ritenuta insufficienza della disciplina della ricusazione nel processo amministrativo piuttosto che di una ricusazione vera e propria, la cui istanza in quanto tale - ossia in quanto formalmente istanza di ricusazione - può rientrare nel perimetro della valutazione preliminare di inammissibilità o manifesta infondatezza che l'art. 18, comma 4, c.p.c. facoltizza a fare lo stesso collegio cui appartiene il magistrato ricusato, e non è invece riconducibile all'ipotesi residuale di mancata (o meramente apparente o abnorme) applicazione delle regole processuali sulla ricusazione.

Il ricorrente in sostanza non si sente sufficientemente garantito dalle regole del processo amministrativo quanto alla disciplina della ricusazione nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato quando parti in causa siano anche magistrati del Consiglio di Stato e quindi quella che formalmente è un'istanza di ricusazione esprime in realtà una critica di sistema, che semmai, in quanto critica di una normativa di fonte primaria (l'art. 18 più volte citato), rifluirebbe nella sollecitazione a sollevare la questione di costituzionalità; ciò che in effetti fa anche il ricorrente in uno dei suoi motivi di ricorso.

9. Sotto quest'ultimo profilo, sul quale si appunta anche una specifica censura del ricorso, può dirsi che la questione di costituzionalità dell'art. 18 c.p.a. in riferimento essenzialmente al canone della terzietà del giudice di cui all'art. 111, secondo comma, Cost., non può dirsi in tesi priva di rilevanza giacché - anche se la corretta applicazione di tale disposizione nel giudizio amministrativo è devoluta, per quanto sopra osservato, alla giurisdizione del giudice amministrativo senza che ciò ridondi in questione di giurisdizione, talché è innanzitutto al giudice amministrativo demandata anche la verifica dei presupposti di cui all'art. 23 l. n. 53/1987 per l'incidente di costituzionalità avente ad oggetto tale disposizione - rimane comunque una residuale area di mancata (o apparente o abnorme) applicazione delle regole sulla ricusazione da parte del giudice amministrativo che invece ridonda in difetto di giurisdizione. Ciò veicola anche la rilevanza di una possibile questione di costituzionalità quanto al regime della ricusazione che, se fosse formulato in termini radicalmente diversi, come auspicato dal ricorrente, per adeguarlo al parametro della terzietà del giudice, risulterebbe anche, nella specie, del tutto non applicato.

Quindi se il sindacato di legittimità sulla corretta applicazione delle regole della ricusazione nel giudizio amministrativo sfugge al sindacato sulla giurisdizione che questa Corte, a sezioni unite, esercita sulle pronunce del Consiglio di Stato, non è ad essa Corte però precluso il vaglio dell'eccezione di costituzionalità che investa in radice l'impianto di tali regole processuali.

Non di meno l'eccezione di incostituzionalità è inammissibile per manifesta infondatezza perché - stante il raccordo che gli artt. 17 e 18 c.p.a. pongono prevedendo che al giudice amministrativo si applicano le cause e le modalità di astensione, nonché le cause di ricusazione previste dal codice di procedura civile - i giudici amministrativi nel loro complesso, come giudice speciale, offrono le stesse garanzie di terzietà del giudice ordinario anche quando si trovano a giudicare di controversie che vedano come parti magistrati amministrativi; evenienza questa non dissimile da quella del giudice ordinario che si trovi a giudicare di una controversia civile che veda come parte un magistrato ordinario. Speciale è invece la disciplina che pone limiti ulteriori, come nel processo penale dove l'art. 11 c.p.p. prevede che i procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato, che secondo le norme di questo capo sarebbero attribuiti alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto, sono di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di corte di appello determinato dalla legge. Disciplina analoga prevede l'art. 3 legge 24 marzo 2001, n. 89, in tema di equa riparazione per la violazione del principio della ragionevole durata del processo. In riferimento a tale criterio derogatorio la Corte costituzionale ha respinto le censure volte ad ampliare l'ambito di applicazione della deroga, negando che l'ampliamento fosse imposto dalla Costituzione (sent. n. 432 del 2008).

Può anche ricordarsi che in passato questa Corte (Cass., sez. un., 25 ottobre 1973) aveva dubitato della legittimità costituzionale della giurisdizione della Corte dei conti in ordine al rapporto di impiego dei propri magistrati (c.d. giurisdizione "domestica"). La questione è stata dichiarata non fondata (C. cost. n. 135 del 1975) avendo la Corte costituzionale affermato che, contrariamente all'assunto delle ordinanze di rimessione, la sopravvivenza della giurisdizione "domestica" cui sono sottoposti i

magistrati della Corte dei conti deve ritenersi consentita - in principio - dal sistema normativo risultante dagli artt. 102, 103, secondo comma, e dalla VI disposizione finale e transitoria della Costituzione. Ha in particolare osservato la Corte che «proprio perché i magistrati della Corte dei conti non devono dipendere dal Governo (né dal Governo nel suo complesso, né dal Presidente del Consiglio, né dall'uno o dall'altro ministro o ministero), la competenza ad adottare o proporre i provvedimenti ad essi relativi, non poteva che essere affidata alla Corte stessa». Cfr. anche C. cost. n. 78 del 2002: la Corte - in una fattispecie in cui i giudici remittenti ritenevano che la decisione sulla ricusazione da parte dello stesso collegio cui appartiene il ricusato con la sostituzione di quest'ultimo non garantisse un giudizio imparziale, in quanto la serenità di giudizio poteva essere pregiudicata a motivo dell'inevitabile instaurarsi di rapporti interpersonali di vario tipo fra i magistrati che operano quotidianamente nello stesso collegio - ha ritenuto non fondata la questione osservando che il diritto ad un giudizio equo ed imparziale, implicito nel nucleo essenziale del diritto alla tutela giudiziaria di cui all'art. 24 della Costituzione, ed oggi espressamente sancito dall'art. 111, secondo comma, della stessa Costituzione, sulla falsariga dell'art. 6, primo comma, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comporta certamente che la decisione sulla istanza di ricusazione di un giudice - diretta appunto a far valere concretamente quel diritto - sia assunta da un organo e secondo procedure che assicurino a loro volta l'imparzialità del giudizio. Ma - ha aggiunto - non si può ritenere che la semplice appartenenza del ricusato e dei giudici chiamati a decidere sulla ricusazione allo stesso collegio giudicante, e tanto meno allo stesso ufficio giudiziario o alla stessa sezione del medesimo, costituisca di per sé causa di compromissione dell'imparzialità dei decidenti.

Anche queste Sezioni Unite (Cass., sez. un., 22 agosto 2007, n. 17823), prendendo in esame il sistema normativo secondo il quale gli atti amministrativi emessi da Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa-Cpga, organo di autogoverno della magistratura amministrativa, sono sottoposti al sindacato degli organi giurisdizionali che compongono la stessa giurisdizione amministrativa, hanno ritenuto non sussistenti dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 111 Cost., che fissa i principi di terzietà del giudice e di parità dei cittadini di fronte alla legge e alle istituzioni chiamate a garantirne la corretta applicazione. In senso sostanzialmente

conforme cfr. anche Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5126, che ha parimenti ha escluso ogni dubbio di legittimità costituzionale in riferimento alla giurisdizione amministrativa sui provvedimenti resi dal consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, in esito a procedimento disciplinare a carico di magistrato amministrativo.

10. La manifesta infondatezza della questione di costituzionalità in riferimento all'art. 111, secondo comma, Cost. comporta anche un'analoga valutazione per la medesima questione posta in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., avendo come parametro interposto quello del diritto ad un giudice terzo e imparziale previsto dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La mancata violazione del principio di terzietà del giudice, quale parametro diretto, rende privo di fondamento anche il richiamo che il ricorrente fa all'articolo 47 della Carta di Nizza sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

11. In conclusione - per quanto finora argomentato - la effettiva applicazione dell'art. 18 c.p.a., e segnatamente del suo quarto comma, da parte del giudice amministrativo, che ha dichiarato manifestamente infondata l'istanza di ricusazione de qua ed ha proceduto oltre decidendo gli appelli, principali ed incidentali, proposti dalle parti, è rimasta confinata nell'ambito delle regole del processo amministrativo e degli eventuali *errores in procedendo* che non ridondano in possibili vizi di giurisdizione; né nella specie – per le considerazioni sopra svolte - è configurabile una mancata (o meramente apparente o abnorme) applicazione di tali regole processuali, deducibile invece sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale per violazione dei limiti esterni della giurisdizione stessa.

12. Quanto al risarcimento del danno la sentenza del Consiglio di Stato - dopo aver ritenuto l'interesse ad agire dei due magistrati che avevano appellato la pronuncia di primo grado (profilo questo che non attiene alla giurisdizione, ma semmai, nella prospettazione del ricorrente che tale interesse nega, radica un *error in procedendo*) - contiene due affermazioni, ognuna delle quali è idonea a fondare la pronuncia di riforma in questa parte della sentenza del Tar Lazio che ha riconosciuto all'appellato, originario ricorrente, il risarcimento del danno non patrimoniale sotto forma di danno morale. Le due affermazioni della sentenza del Consiglio di Stato si collocano una a monte della questione di merito - se nella specie ci sia stata, o no, violazione di legge per non aver la

commissione di concorso predefinito i criteri di valutazione - e l'altra a valle di questa questione.

La prima affermazione - secondo cui non è mai possibile il risarcimento del danno nel caso di procedura di concorso per l'accesso al pubblico impiego la cui legittimità venga allegata da chi agisce per ottenere il risarcimento del danno, ma l'unica tutela possibile sarebbe quella di tipo ripristinatorio che passa necessariamente attraverso l'annullamento degli atti del concorso - non appare essere in sintonia con la giurisprudenza di questa Corte perché è pur sempre possibile il risarcimento del danno per la illegittima valutazione da parte della commissione esaminatrice, ove ciò risulti accertato, pur se una tutela ripristinatoria della *chance* non sia in concreto possibile. Vi è infatti che, in caso di illegittimità della procedura di concorso, è anche possibile ottenere solo il risarcimento del danno per perdita della *chance* di conseguire l'utilità finale della vittoria del concorso. La contraria opinione espressa nella sentenza impugnata parrebbe rilevare sotto il profilo di un'ipotizzata (residuale) fattispecie di pregiudiziale amministrativa, che questa Corte ha in generale escluso a partire da Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, e che rileverebbe sotto il profilo della giurisdizione.

Ma in realtà in Consiglio di Stato, nella concorrente *ratio decidendi* della sua pronuncia di riforma *in parte qua* della sentenza di primo grado, non ha escluso in modo assoluto che potesse esserci una ragione di danno risarcibile in favore dell'odierno ricorrente. Ha bensì negato che nella specie vi fosse in concreto un danno non patrimoniale risarcibile legato con nesso di causalità al profilo di illegittimità della procedura concorsuale ritenuto dal T.a.r. Lazio, nel senso che esso non era stato allegato, se non in termini generici, né comunque provato.

Sotto questo aspetto, assorbente del primo, può dirsi che si tratta di una tipica valutazione di merito che, anche nei suoi profili di legittimità quanto alla nozione e alla risarcibilità del danno non patrimoniale, rientra a pieno nella cognizione del Consiglio di Stato e non tocca affatto profili riguardanti la giurisdizione, neppure sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale per superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

13. Conclusivamente, il ricorso nel suo complesso è infondato.

Deve infine affermarsi, ai sensi dell'art. 384, primo comma, c.p.c., ponendo il ricorso una questione di diritto di particolare importanza, il seguente principio di diritto: «In ipotesi di ricusazione del giudice amministrativo, nella specie per il fatto di essere parti nel giudizio anche magistrati amministrativi, la effettiva applicazione dell'art. 18 c.p.a. da parte di quel giudice, che in particolare (al quarto comma) consente che il collegio investito della controversia possa disporre la prosecuzione del giudizio se ad un sommario esame ritenga l'istanza inammissibile o manifestamente infondata, appartiene alle regole del processo amministrativo sicché sono configurabili solo eventuali *errores in procedendo* che non ridondano in possibili vizi di giurisdizione censurabili con ricorso per cassazione *ex* art. 362, primo comma, c.p.c., salvo che non risulti la mancata (o meramente apparente o abnorme) applicazione di tali regole processuali, deducibile invece sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale per violazione dei limiti esterni della giurisdizione stessa».

Sussistono giustificati motivi (in considerazione della peculiarità delle questioni dibattute e della problematicità delle stesse nel contesto del progressivo assetto del diritto vivente) per compensare tra le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso; compensa tra le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma il 11 giugno 2013

Il Consigliere estensore
(Giovanni Amoroso)

Il Presidente
(Mario Adamo)

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 12 DIC. 2013
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI