

Pubblicato il 04/06/2020

N. 03544/2020REG.PROV.COLL.
N. 03778/2012 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3778 del 2012, proposto da Consiglio Superiore della Magistratura, Ministero della Giustizia, Consiglio Giudiziario presso la Corte d'appello di -OMISSIS- in persona dei rispettivi rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, 26;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'inserimento nel fascicolo personale del parere del consiglio giudiziario per il conferimento dell'ufficio -OMISSIS- di -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2020 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e dati per presenti, ai sensi dell'art. 84, comma 5, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27) gli avvocati delle parti costituite in appello.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, sez. I, 1° febbraio 2012, n. -OMISSIS- ha accolto, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso proposto dall'attuale parte appellata, dott. -OMISSIS-, annullando in parte qua la delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, approvata in data 27 luglio 2010, avente ad oggetto “-OMISSIS— Quesito del Consiglio Giudiziario presso la -OMISSIS-circa la trasmissione del parere attitudinale espresso in relazione ad un’istanza di partecipazione al conferimento di un ufficio -OMISSIS- poi revocata dall’interessato”; nonché la deliberazione del Consiglio Giudiziario presso la Corte d’Appello di -OMISSIS- approvata in data 26 ottobre 2009, avente ad oggetto “parere per l’idoneità al conferimento dell’ufficio -OMISSIS- di -OMISSIS-del dott. -OMISSIS-.

Secondo il TAR, sinteticamente:

- la verbalizzazione delle attività espletate da un organo amministrativo costituisce un atto necessario, in quanto consente la verifica della regolarità delle operazioni medesime;
- la verbalizzazione dell'attività di un organo collegiale è requisito sostanziale della stessa: è, cioè, richiesto per la stessa esistenza della detta attività e non sostituibile da altri elementi di prova, ancorché racchiusi in un atto scritto che abbia una funzione diversa da quella documentante;
- ne consegue che la determinazione volitiva dell'organo e la sua verbalizzazione sono elementi inscindibili dell'atto, sicché la mancanza (o la falsità) della seconda comporta la nullità assoluta della prima;

- il momento in cui il parere in contestazione è divenuto attributivo dell'attitudine ad esprimere conseguenze giuridicamente rilevanti va con sicurezza collocato alla data (di verbalizzazione) del 23 novembre 2009;
- l'intendimento abdicativo dal ricorrente, manifestato il precedente 26 ottobre con riferimento (non soltanto alla richiesta di prendere parte alla selezione per il conferimento di posizione semi-direttiva; ma anche, ed espressamente) alla espressione del (necessario) parere ad opera del Consiglio Giudiziario, ha privato quest'ultimo della legittima esprimibilità dell'apporto endoprocedimentale di che trattasi, la cui adozione trova indefettibile fondamento nell'impulso di parte del relativo procedimento: venuto meno il quale, l'organismo collegiale non si trova più ad essere investito della potestas decidendi;
- le previsioni della disciplina regolamentare del Consiglio giudiziario si limita a dare atto del principio, peraltro ampiamente acquisito nel quadro delle generali modalità di funzionamento degli organismi collegiali, per cui la verbalizzazione può intervenire o all'esito della seduta stessa, ovvero all'inizio di quella successiva, non sposta i termini della questione, atteso che, come si è avuto modo di illustrare, quand'anche l'attività di verbalizzazione venga a collocarsi in epoca successiva rispetto alla riunione dell'organismo collegiale, è a tale (ulteriore) momento che vanno ricongiunti gli effetti giuridici (rectius: la giuridica esistenza) del deliberato;
- la rilevata fondatezza del profilo di censura sopra esaminato impone, con assorbimento dei rimanenti argomenti di doglianza, di dare atto dell'illegittimità non solo del parere rassegnato dal Consiglio Giudiziario di - OMISSIS - ma anche delle successive determinazioni con le quali il parere stesso è stato ritenuto legittimamente adottato, con conseguente determinazione di inserimento di tale atto nel fascicolo personale dell'odierno ricorrente.

Il CSM appellante contestava la sentenza del TAR, eccependone l'erroneità per i seguenti motivi:

- violazione dell'art. 41, comma 2, c.p.a., irricevibilità per tardività;
- difetto di motivazione sul merito in relazione all'accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado.

Con l'appello in esame chiedeva la reiezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte appellata, chiedendo la reiezione dell'appello e riproponendo i motivi del ricorso di primo grado, dichiarati assorbiti dal TAR.

All'udienza pubblica del 19 maggio 2020 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Rileva il Collegio che la parte appellata, dr. -OMISSIS-, all'epoca Sostituto Procuratore della Repubblica a -OMISSIS- in data 13 giugno 2009 aveva presentato domanda per l'assegnazione di incarico -OMISSIS- requirente di primo grado, ai sensi dell'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 160-2006, quale -OMISSIS-.

In data 23 ottobre 2009, la parte appellata aveva inviato al Presidente del Consiglio Giudiziario di Bologna alcune "Osservazioni" (doc. 6 ricorrente del fascicolo di primo grado) sul prescritto "Rapporto per l'idoneità al conferimento dell'ufficio -OMISSIS- di -OMISSIS-, dott.-OMISSIS-, al fine di consentire all'organo a ciò preposto una più approfondita valutazione della sua professionalità, in relazione alla domanda per la nomina a Procuratore Aggiunto.

Nel documento l'interessato si soffermava essenzialmente sul profilo dell'eccessivo numero di procedimenti ancora pendenti, a lui addebitato.

In data 26 ottobre 2009, parte appellata, a causa di sopraggiunti motivi personali e familiari, tali da impedire, in caso di esito positivo della procedura concorsuale in atto, un adeguato esercizio dell'incarico -OMISSIS-, revocava la domanda in precedenza presentata e, nella relativa comunicazione, trasmessa a mezzo telefax ai sensi del d.P.R. n. 445-2000, il magistrato

specificava che “la presente vale anche come revoca espressa di parere da parte del Consiglio Giudiziario”.

In pari data, tuttavia, il Consiglio Giudiziario presso la -OMISSIS-deliberava parere contrario al conferimento del mandato ufficio -OMISSIS-.

Deve specificarsi che la revoca in esame era stata trasmessa a mezzo fax alle ore 17.35 del 26 ottobre 2009, mentre la chiusura dei lavori del Consiglio Giudiziario bolognese, nel corso del quale è stato reso il parere di cui sopra e per cui è controversia, era già intervenuta alle ore 13.50 dello stesso giorno.

In data 23 novembre 2009 il Consiglio Giudiziario procedeva all’approvazione del verbale (doc. 9 ricorrente nel fascicolo di primo grado) ove era contenuto il suddetto parere di cui alla già citata deliberazione del 26 ottobre 2009.

Con delibera approvata in data 27 luglio 2010, il Consiglio Superiore della Magistratura riteneva validamente espresso il parere del Consiglio Giudiziario e, per l’effetto, ne disponeva l’inserimento nel fascicolo personale del -OMISSIS-, ai sensi dell’art. 5, lett. b), della Circolare n. -OMISSIS-del 27 febbraio 2009.

2. Con il primo motivo di appello, il CSM eccepisce la tardività del ricorso di primo grado.

Ai fini della tempestività dell’impugnazione, si deve osservare che la delibera del Consiglio Superiore della Magistratura è pervenuta all’attuale appellato in data 12 agosto 2010, come risulta dalla data di protocollazione apposta sulla lettera di accompagnamento del Presidente della -OMISSIS-, in atti.

Peraltro, l’attuale appellato, dr. Gustapane, ha potuto conoscere il contenuto del parere del Consiglio giudiziario dopo il 23 settembre 2010, come emerge dalla data di protocollazione apposta sulla lettera di accompagnamento del Presidente della Corte d’Appello, dott. Giuliano Lucentini, a seguito di due istanze di accesso agli atti, presentate dall’interessato rispettivamente in data 7 ed il 20 settembre 2010 (doc. 12 ricorrente nel fascicolo di primo grado), dopo aver appreso della decisione del C.S.M. di inserire comunque il parere

nel proprio fascicolo personale, nonostante la denunciata inesistenza giuridica.

Il fatto che in data 24 novembre 2009 il Parere del Consiglio Giudiziario sia stato inviato al numero di fax della Procura della Repubblica, non dimostra in alcun modo la conoscenza dello stesso da parte dell'attuale parte appellata.

Infatti, agli atti risulta esclusivamente che la parte appellata ha avuto conoscenza del contenuto del parere solo nell'Agosto del 2010.

Inoltre, si deve evidenziare, come bene ha già messo in luce il TAR, che l'interesse a dolersi dello stesso si è concretizzato solo nel momento in cui il -OMISSIS- è venuto a conoscenza (nell'agosto 2010) del provvedimento del Consiglio Superiore della Magistratura che ha disposto "l'inserimento nel fascicolo personale del parere", atteso che, in precedenza, il ricorrente di primo grado non aveva interesse a dolersi di un atto che non era acquisito al suo fascicolo personale.

Il CSM evidenzia, ai fini di sostenere la propria eccezione di irricevibilità, la rilevanza della memoria che il -OMISSIS- ha presentato al C.S.M. in data 23 febbraio 2010, ma la semplice lettura della stessa dimostra, al contrario che essa si limita ad affrontare, in modo generale ed astratto, le conseguenze giuridiche di una revoca della domanda con riferimento ad un procedimento attivato su istanza di parte e, in particolare, la questione se fosse ammissibile procedere ad ulteriori "passaggi procedurali" (come la verbalizzazione del parere) una volta intervenuta detta revoca, trasformando così una valutazione su "istanza di parte", in una valutazione "d'ufficio".

Dal contenuto della memoria citata, pertanto, non si può in alcun modo inferire la conoscenza del contenuto e della lesività del parere medesimo.

3. Per quanto riguarda il secondo motivo di appello, il CSM contesta l'argomento del TAR che ha ritenuto, in sintesi, che la revoca fosse intervenuta in seguito all'approvazione del verbale e, quindi, in data 23 novembre 2009, data a cui fare risalire il perfezionamento dell'atto di revoca medesimo.

Sotto questo profilo, il Collegio ritiene, invece, di dissentire.

Infatti, è pur vero che la verbalizzazione delle attività espletate da un organo amministrativo costituisce un atto necessario, in quanto consente la verifica della regolarità delle operazioni medesime.

Occorre innanzitutto rilevare che, secondo la dottrina in materia di studio sugli atti amministrativi, il verbale può definirsi quale atto giuridico, appartenente alla categoria delle certificazioni, quale documento avente lo scopo di descrivere atti o fatti rilevanti per il diritto, compiuti alla presenza di un funzionario verbalizzante cui è stata attribuita detta funzione.

La verbalizzazione, pertanto, ha l'obiettivo di assicurare e dare conto della certezza

Un primo carattere importante degli atti verbali consiste nella documentazione di quanto si è verificato in relazione ad un determinato accadimento della vita e, nella sua qualità di atto amministrativo, deve essere distinto rispetto agli atti ed ai fatti che vengono rappresentati e descritti proprio nelle verbalizzazioni.

Ne è un esempio la deliberazione adottata ad esempio da parte di un certo organo collegiale che esiste a prescindere dall'atto verbale che ne riferisce i contenuti.

In relazione alla forma dell'atto amministrativo consistente nel verbale, occorre aggiungere che, in generale, il diritto amministrativo sancisce un principio (seppur temperato) di libertà della forma salvo che non sussistono del diritto positivo delle specifiche norme giuridiche che dispongono invece una determinata forma richiesta per l'esistenza dell'atto cd ad substantiam.

Detto principio di libertà della forma, in ogni caso, è relativo alla possibilità di redazione di un atto in forma scritta senza il rispetto di particolari metodi solenni.

In sostanza la forma è un elemento che si lega alla dichiarazione, determinato per legge. Nel diritto amministrativo la forma degli atti è tendenzialmente libera, potendo l'atto amministrativo rivestire sia la forma scritta (es. un

verbale) sia la forma orale (es. un atto iussivo) sia la forma simbolica o per immagini (es. un segnale stradale).

In genere è la legge che stabilisce quale forma l'atto debba assumere, in ossequio ai principi di tipicità e nominatività degli atti. In difetto, occorre valutare il grado di incidenza dell'atto sulle situazioni giuridiche dei destinatari e la natura degli interessi in gioco, richiedendosi preferibilmente la forma scritta nel caso di provvedimenti limitativi della sfera giuridica altrui.

Se la forma è essenziale, la sua violazione comporta, di regola, l'annullabilità dell'atto ed il relativo vizio è quello della violazione di legge.

Se si ritiene, peraltro, che la forma sia un elemento costitutivo all'atto, la sua mancanza comporta la nullità dell'atto. Se invece la violazione attiene ad un aspetto meramente formale, che non incide sugli elementi essenziali, allora il vizio può essere sanato mediante autocorrezione (es., in caso di mera irregolarità) ovvero mediante il principio del raggiungimento dello scopo.

Resta da chiarire che, in ogni caso, la forma dell'atto si distingue necessariamente rispetto alla documentazione nell'ambito della quale vengono trascritti gli accadimenti dei fatti occorsi.

Con ciò si afferma, pertanto, che, nel prescindere da un'essenziale esigenza di forma scritta per la sostanza dell'atto amministrativo, quest'ultimo è necessariamente documentabile mediante la scrittura od altro strumento da cui possa trarsi la verificabilità dell'atto o dei fatti avvenuti.

Si tenga inoltre conto che l'art. 22 L. n. 241-1990 offre una definizione di documento amministrativo e cioè ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi a uno specifico procedimento, detenuti da una Pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale.

Detta disposizione conferma la distinzione ontologica, adottata dallo stesso diritto positivo, tra atto amministrativo e sua documentazione.

4. Nello specifico degli atti degli organi collegiali, di norma la forma scritta non qualifica le decisioni adottate dagli stessi potendosi le stesse manifestare mediante forme anche diverse dallo scritto, come per le votazioni e proclamazione delle stesse.

Successivamente rispetto alle votazioni espresse nell'ambito di un collegio, si procede a stilare l'atto di deliberazione che, in pratica, riproduce un atto già di per se valido ed efficace.

In tal caso il documento amministrativo contenente le manifestazioni di volontà del consesso e ha la funzione di conservare alla memoria la deliberazione così come è stata adottata.

Pertanto nell'ambito degli organi collegiali, la volontà viene manifestata mediante formalità che possono essere anche differenti dall'atto scritto.

La documentazione dell'atto, ovvero le deliberazioni, trova la sua fonte nella verbalizzazione di quanto viene manifestato all'interno della seduta del consesso.

Detto verbale forma la memoria conservativa rispetto a quanto è accaduto nell'ambito delle decisioni intraprese dall'assemblea e va a costituire la documentazione amministrativa necessaria ai fini amministrativi.

Tale verbalizzazione può avvenire, in certi casi, anche nella seduta successiva, in cui viene dato atto della deliberazione adottata (già adottata e perfezionata, quindi), nella seduta precedente.

Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, infatti, il verbale ha il compito di attestare il compimento dei fatti svoltisi in modo tale che sia sempre verificabile la regolarità dell'iter di formazione della volontà collegiale e di permettere il controllo delle attività svolte, senza che sia necessaria una indicazione minuta delle singole attività che sono state compiute e le singole opinioni espresse.

Pertanto, distinguendo tra atto documentato e verbale ed anche tra documento e verbale in cui si conserva l'atto già valido, l'iter logico seguito per l'adozione di una deliberazione da parte di un organo collegiale deve

risultare dalla delibera stessa e non dal verbale della seduta poiché il verbale ha l'esclusivo compito di certificare fatti storici già accaduti e di assicurare certezza a delle determinazioni che sono già state adottate e che sono già entrate a fare parte del mondo giuridico dal momento della loro adozione (cfr. Consiglio di Stato 11 dicembre 2001, n. 6208): la mancanza o il difetto di verbalizzazione non comportano, quindi, l'inesistenza dell'atto amministrativo, poiché a determinazione di volontà da parte dell'organo è distinta inequivocabilmente dalla sua proiezione formale.

Il difetto di verbalizzazione, in sintesi, non comporta l'inesistenza dell'atto amministrativo, dato che la determinazione volitiva dell'organo è ben distinta dalla sua proiezione formale (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4373), confermandosi, così, la distinzione tra atto deliberato e sua verbalizzazione.

Dal punto di vista contenutistico, di conseguenza, l'atto di verbalizzazione, ha una funzione di certificazione pubblica, contiene e rappresenta i fatti e gli atti giuridicamente rilevanti che è necessario siano conservati per le esigenze probatorie con fede privilegiata - dal momento che sono redatti da un pubblico ufficiale - che si sostanzia essenzialmente nella attendibilità in merito alla provenienza dell'atto, alle dichiarazioni compiute innanzi al pubblico ufficiale ed ai fatti innanzi a lui accaduti (cfr. Cass., sez. I, 3 dicembre 2002, n. 17106).

Infine, deve rammentarsi, che, secondo la maggioritaria giurisprudenza amministrativa, con la quale si concorda pienamente, il verbale non deve essere necessariamente prodotto ed approvato in contemporaneità con la seduta dell'organo collegiale, ma può essere prodotto anche in un momento successivo al provvedimento deliberativo adottato durante la seduta (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1189-2001).

Peraltro, la non ascrivibilità del verbale agli atti collegiali comporta che la sottoscrizione di tutti i componenti del collegio non è essenziale per la sua esistenza e validità, che possono essere incise solo dalla mancanza della

sottoscrizione del pubblico ufficiale redattore, ovvero dalla mancata indicazione delle persone intervenute.

5. Quanto sopra comporta, nel caso di specie, che l'efficacia dell'atto decorre dal 26 ottobre 2009, perché a quella data esso risulta deliberato, mentre il 23 novembre è solo la data in cui il relativo verbale è stato approvato, documentando l'adozione della delibera avvenuta in data 26 ottobre, prima della revoca intervenuta quando i lavori del Consiglio Giudiziario erano ormai terminati.

6. Con memoria depositata in data 17.4.2020, la parte appellata ha svolto difese sui motivi di gravame spiegati nell'atto di appello e (da pag. 11) ha riproposto i motivi di primo grado assorbiti dal TAR.

Il CSM, con memoria di replica ne eccepisce la tardività ex art.101, comma 2, c.p.a.

Tale eccezione è fondata.

Infatti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. per gli appelli depositati, come nel caso di specie, successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice (art. 3 disp. att. c.p.a.), le parti diverse dall'appellante che intendono riproporre i motivi rimasti assorbiti in prime cure, hanno l'onere di farlo a pena di decadenza con memoria, entro il termine di costituzione in giudizio.

La *ratio* legis, è quella – acceleratoria - di delimitare con chiarezza la materia del contendere in appello, entro il termine di costituzione delle parti (cfr. Consiglio di stato, sez. IV, 2 ottobre 2019, n. 6586).

Nel caso di specie, il ricorso di primo grado è stato notificato in data 10 novembre 2010, dopo l'entrata in vigore del c.p.a. (16 settembre 2010), e l'appello è stato notificato in data 8 maggio 2012, per cui la tardività dei motivi assorbiti è inequivocabile.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado, in quanto infondato.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda),
Definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2020 convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

L'ESTENSORE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE

Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO