

Enrico Follieri

---

**LE GARANZIE DI INDIPENDENZA  
DEL CONSIGLIO DI STATO**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## LE GARANZIE DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO DI STATO (\*)

SOMMARIO: 1. La tutela giudiziaria, diritto fondamentale a soddisfazione garantita. — 2. Adeguamento necessario del processo amministrativo ai parametri del “giusto” processo. Oggetto dell’indagine. — 3. L’indipendenza del giudice amministrativo. — 4. La consulenza giuridico-amministrativa. — 5. La nomina governativa di una quota dei consiglieri di stato. — 6. Gli incarichi extragiudiziari. — 7. La nomina del Presidente del Consiglio di Stato. — 8. Conclusioni.

1. I diritti fondamentali vivono di un’intima contraddizione: sono considerati essenziali della persona perché collegati ed espressione della dignità umana (1) e, nello stesso tempo, possono essere limitati o trovarsi in conflitto tra di loro, al punto da divenire cedevoli o addirittura essere sacrificati.

La libertà di ognuno (c.d. libertà negativa di stampo liberale) non può esplicarsi in modo da impedire quella degli altri e, quindi, il diritto fondamentale in sé non gode di una possibilità di illimitata soddisfazione perché deve essere necessariamente limitato nell’interesse e per la soddisfazione delle libertà altrui (2).

Di poi, la libertà, come ogni altro diritto fondamentale, non vive in un’atmosfera rarefatta, ma è in contatto con gli altri diritti fondamentali con i quali può entrare in competizione ed

(\*) Saggio in corso di pubblicazione per i tipi di Giappichelli Editore nel volume “Il diritto amministrativo in trasformazione” a cura di Nino Longobardi.

(1) Cfr. G. PECES-BARBA MARTINEZ, trad. in ital. di E. ROZO ACUNA, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto Discipline Giuridiche pubblicistiche*, V, Torino 1990, 139 e ss., part. 147.

(2) Cfr. art. 4 Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 in *Carte storiche dei diritti* (a cura di A. MARIANO MARINI e U. VINCENTI), Pisa, 2013, 85 e ss.

in conflitto ed occorre giungere ad un equilibrio e compromesso tra di essi.

L'esperienza attuale vede, in particolare, la libertà in contrapposizione con la sicurezza generale di fronte al dilagare planetario del terrorismo e il bilanciamento rende tendenzialmente recessiva la libertà per la prevalenza data alla protezione della sicurezza e della vita dei cittadini, come accaduto di recente negli Stati Uniti di America. Su domanda del Federal Bureau of Investigation (F.B.I), Shery Pim, U.S. Magistrate Judge della U.S. District Court del Central District della California, ha ingiunto con *order* del 16 febbraio 2016 a Apple Inc. di consentire alla F.B.I. di inserire la password corretta disabilitando i sistemi di sicurezza, per conoscere i dati contenuti nell'iPhone di uno degli attentatori di San Bernardino (3).

L'uguaglianza è un diritto fondamentale che viene a confliggere, secondo certe impostazioni (4), con la libertà, specie economica, e, in nome della realizzazione di un'uguaglianza non solo formale ma anche sostanziale, si è giustificata e legittimata addirittura la soppressione dei diritti di libertà e, soprattutto, della libertà di iniziativa economica.

Il diritto all'integrità fisica ed alla salute, primario obiettivo che un ordinamento giuridico deve assicurare, è messo in discussione dalla scarsità delle risorse (5).

Insomma, ogni diritto fondamentale pare soggetto ad un'altalenante considerazione e tutela per il fatto che la soddisfazione, pur a volte solennemente affermata, deve essere bilanciata e valutata nel rapporto dialettico con cui viene a trovarsi

(3) Il testo dell'*order* del 16.2.2016 può leggersi su [www.cacd.uscourts.gov/](http://www.cacd.uscourts.gov/). È accaduto, però, che Apple si è rifiutata di fornire alla F.B.I il programma (*Software Image File*) perché poteva essere utilizzato per disabilitare il sistema di sicurezza di qualunque iPhone, violando così il diritto fondamentale alla riservatezza personale, alla sicurezza dei dati, anche non sensibili, ed alla libertà di corrispondenza. L'F.B.I. ha, poi, raggiunto lo stesso risultato, con l'intervento di un esperto informatico.

(4) Sono le note teoriche di ispirazione marxista, ma, in parte, anche quelle di matrice solidaristica e cristiana.

(5) Interessante e ricco di originali spunti in proposito è il recente volume di G. URBANO, *Equilibrio di bilancio e governance sanitaria*, Bari, 2016.

con gli altri diritti fondamentali (6) alla ricerca di un equilibrio che si concretizza in base alle diverse esigenze e situazioni che vengono a crearsi nell'esperienza storica e spaziale in un determinato momento.

Tale equilibrio è fissato dal legislatore, dal giudice o dall'amministrazione ed è mutevole nel tempo e nello spazio.

Una diversa riflessione va fatta per la necessità della garanzia della protezione giudiziaria che, a partire dal XVII secolo, nei testi inglesi dell'*Habeas Corpus* del 1679 e, poi, in Francia con la Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, hanno trovato riconoscimento e solenne affermazione (7).

Il diritto fondamentale alla tutela giudiziaria che la Costituzione italiana definisce, all'art. 24, "diritto inviolabile" (8), ha assunto precisi caratteri identificativi ed essenziali e solo in

(6) Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 1994, con traduzione ed edizione italiana a cura di L. DI CARLO nonché di quest'ultimo, in *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Milano 2009, part. 99 e ss.; F. MODUGNO, *Principi fondamentali, generali, supremi*, in *Dizionario di diritto pubblico (diretto da Sabino Cassese)*, Milano, 2006, 4490 e ss.

(7) Per la verità la *Magna Charta libertatum* emanata il 15 giugno 1215 da re Giovanni Senzaterra allo scopo di sopire il contrasto insorto con i nobili per l'introduzione della tassa sullo sfruttamento dei feudi, c.d. *scutugium*, e di reperire ulteriori fondi per la guerra contro il Regno di Francia, al par. 39 stabilisce che "nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non in base a giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del regno". Il par. 40 recita: "A nessuno venderemo, negheremo, differiremo o rifiuteremo il diritto o la giustizia" che è principio messo in forse dagli attuali orientamenti del nostro Paese che, sull'assunto della scarsità delle risorse della giustizia, detta norme sempre più limitative del diritto alla tutela con la previsione di contributi unificati sempre più esosi, ostacoli procedurali all'esame delle domande, sostanziali sanzioni per i gravami, difficoltà crescenti di accesso alla giustizia. Per la consultazione integrale della *Magna Charta libertatum* cfr. *Le Carte storiche dei diritti* (a cura di A. MARIANI MARINI e U. VINCENTI), *op. cit.*, 22 e ss.

(8) Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, par. 3.1, ove si evidenzia, pur non ritenendo necessaria la dichiarazione esplicita nella Costituzione per annoverare un diritto tra quelli inviolabili, che sono solo quattro i diritti che la Costituzione qualifica espressamente come tali: la libertà personale (art. 13), quella di domicilio (art. 14), quella di comunicazione (art. 15) — che sono poi le libertà negative classiche di impostazione liberale — e i diritti della difesa (art. 24).

presenza di essi si può affermare che è riconosciuto e tutelato tale diritto fondamentale. Oggi essi sono indicati nella Costituzione, nella Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. 2000/C 364/01 e nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e ancor prima nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948 (9), oltre che nelle direttive comunitarie sui ricorsi in materia di concessioni e appalti pubblici e possono condensarsi nel "giusto processo" che richiede: il contraddittorio delle parti, in condizioni di parità davanti a giudice indipendente, terzo ed imparziale, preconstituito per legge (10); tempo ragionevole di conclusione del giudizio; controversia giudicata "equamente" e "pubblicamente" (11); proposizione del ricorso effettiva, facendosi "consigliare, difendere e rappresentare" (12), disponendo del tempo e delle facilitazioni "necessarie a preparare la sua difesa" (13).

La tutela giudiziaria riceve, dunque, considerazione e riconoscimento a livello costituzionale, comunitario e internazionale con delle connotazioni ben definite e — qui la importante distinzione con gli altri diritti fondamentali — non può essere limitata (14) e, soprattutto, divenire recessiva o essere sacrifi-

(9) L'art. 8 della Dichiarazione universale stabilisce che ogni individuo ha "diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali" e l'art. 10 che "ha diritto, in posizione di uguaglianza, ad un'equa e pubblica udienza davanti a un tribunale indipendente e imparziale". L'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fanno riferimento al ricorso effettivo davanti ad un giudice e l'art. 6 sancisce il "diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge", alla pari del secondo comma dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

(10) Artt. 24, 25, 101, e 111 Cost. e artt. 6 C.E.D.U. e 47 Carta dei diritti fondamentali U.E..

(11) Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E..

(12) Art. 47 Carta dei Diritti fondamentali dell'U.E..

(13) Art. 6 CEDU.

(14) Cfr. F.P. SISTO, intervento alla *Tavola rotonda*, in *Convegno di Lecce 16-17 Ottobre 2015*, ora in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme* (a cura di P.L. PORTALURI), Napoli, 2016, il

cata in presenza e contrapposizione con gli altri diritti fondamentali perché si muove su di un altro piano.

La tutela giudiziaria ha natura procedurale (15) e non si pone in conflitto con gli altri diritti fondamentali che operano sul piano sostanziale; anzi la tutela è strumentale per far valere e tutelare i diritti fondamentali, assicurando le condizioni essenziali e minime per l'affermazione e il riconoscimento degli altri diritti fondamentali.

Quindi, per il diritto fondamentale ed “inviolabile” della tutela giudiziaria non può operare il bilanciamento che riguarda, invece, i diritti che attengono ai profili sostanziali; la tutela consente al giudice di porre a confronto e portare ad equilibrio, nel concreto, i diritti fondamentali in contesa. Ma nessun compromesso con altri diritti può intervenire per la tutela giudiziaria in sé, che non può essere bilanciata, né violata per assicurare e garantire la protezione dei (degli altri) diritti fondamentali. È un diritto fondamentale che ha, come fine, la difesa e la realizzazione degli altri diritti fondamentali, e che deve trovare soddisfazione anche quando il diritto fondamentale per il quale si agisce è recessivo rispetto ad altri diritti (principi).

La tutela giudiziaria assicura che l'ordinamento metta a disposizione gli strumenti per consentire che sia presa in considerazione l'istanza di giustizia e l'appagamento di tale diritto fondamentale si esaurisce in sé, a prescindere dalla soddisfa-

quale rileva che occorre una giustizia che “apra le sue porte ai cittadini e che non cerchi ... di inibire il ricorso al giudice, che deve essere un diritto fondamentale. L'art. 24 Cost. ci insegna che non si può limitarlo” (141-142).

(15) Il giusto processo (*due process of law*), nei sistemi di *common law*, presenta due facce: procedurale, formale o strutturale che riguarda la disciplina ed il funzionamento del giudizio e sostanziale o funzionale che si riferisce all'effettività della tutela giurisdizionale. Per la rilevanza della distinzione che, poi, finisce per confluire, comunque, nel giusto processo e nella giusta decisione, cfr.: M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in questa *Rivista* 2013, 100 e ss. e dottrina ivi citata. Nel testo, non si intende escludere il profilo dell'effettività della tutela, ma esso è l'effetto della disciplina strutturale e, quindi, procedurale, per cui, assicurata quest'ultima sulla base dei canoni del giusto processo, si realizza lo scopo funzionale (effettività).

zione dell'interesse sostanziale per il quale si agisce che, anche se è un diritto fondamentale, potrebbe entrare in confronto dialettico con altri diritti fondamentali e soccombere.

La natura procedurale e strumentale fa assumere alla tutela giudiziaria un carattere neutro che le impedisce di entrare in competizione con gli altri diritti fondamentali che hanno natura sostanziale.

Il diritto alla tutela giudiziaria è, dunque, a soddisfazione garantita a differenza di tutti gli altri diritti fondamentali che possono, nel concreto, subire una limitazione o addirittura essere sacrificati.

Ma se il diritto alla tutela giudiziaria non si confronta con gli altri diritti, alcuni dei principi dei caratteri propri di essa che identificano il giusto processo possono entrare in contrasto tra loro e richiedere il bilanciamento perché non sono "regole" (16).

Così la tutela è effettiva se il processo si definisce in un tempo ragionevole e non sempre si riesce a rendere giustizia in tempi contenuti perché le risorse che possono (e devono) soddisfare il diritto di azione attribuito a tutti (17) non sono inesauribili e, di fronte ad una richiesta fortemente incrementata, il processo perde efficienza (i lunghi tempi processuali) e incrina l'effettività della tutela.

È quello che è avvenuto nel nostro Paese, soprattutto per le controversie civili, ed i rimedi trovati dal legislatore vanno dalla previsione di procedimenti preventivi per risolvere stragiudizialmente le controversie che costituiscono condizioni di procedibilità della domanda all'adozione di misure dirette a limitare e scoraggiare l'accesso alla giustizia (aumento del contributo unificato, vincoli procedurali per la proposizione di

(16) La differenza tra regole e principi ha a base la stringente coerenza delle prime e la rilevanza "orientativa" e finalistica dei secondi, su cui oltre alla dottrina citata nella nota 8, cfr. G. URBANO, *Equilibrio di bilancio e governance sanitaria*, cit., 113 ss. e gli incisivi rilievi di V. FANTI, *Il diritto amministrativo per principi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 425 e ss.

(17) Art. 24 Cost.: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

gravami, sostanziali sanzioni per le domande che vengono ritenute infondate, filtri per ottenere la pronunzia del giudice e così via). In questo caso l'effettività della tutela si confronta con l'efficienza che, da un lato, è complementare e necessaria per l'effettività e, dall'altro lato, si contrappone ad essa, rendendo indispensabile un bilanciamento che, per il rispetto del giusto processo, deve essere equilibrato e ragionevole (18).

Non tutti i principi del giusto processo, però, sono soggetti a bilanciamento perché alcuni di essi rappresentano uno zoccolo duro ineludibile e devono essere necessariamente rispettati. Tra di essi la indipendenza, terzietà ed imparzialità del giudice, fondamento primo e minimo per un giusto processo, e il contraddittorio ad armi pari.

2. La tutela giudiziaria deve essere assicurata, con i suoi caratteri stabiliti a livello costituzionale, comunitario ed internazionale in ogni ambito giurisdizionale, a prescindere dal plesso organizzativo che eroga il servizio giustizia come, a chiare lettere, è stabilito nella Costituzione che, all'art. 111, fa riferimento ad "ogni processo" (19).

La dottrina afferma che il giusto processo delineato dall'art. 111 della Costituzione definisce, insieme alle altre norme costituzionali riguardanti la funzione giurisdizionale, un modello costituzionale per tutti i processi ed unico, senza che sia possibile operare distinzioni, per cui i parametri stabiliti dal costituente devono essere rispettati in ogni disciplina processuale (20).

(18) Cfr. I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in questa *Rivista*, 2016, 401.

(19) I.M. MARINO, *Profili giuridici della democrazia nell'Unione Europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 25 afferma che il rispetto delle regole del giusto processo attribuisce legittimazione democratica a giudici, non eletti dal popolo.

(20) M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano 2001, 595 ss.; P. RUSSO, *Il processo tributario*, Milano 2005, 19; F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia Amministrativa* (a cura di F.G. SCOCA), VI ed., Torino, 2014, 162 rileva che "l'insieme dei principi (o delle garanzie) costitui-

La Corte Costituzionale, invece, ritiene che occorra tener conto delle particolarità e diversità dei sistemi processuali, attenuando la portata dei principi del giusto processo e “salvando” dall’incostituzionalità previsioni legislative che, addirittura, confliggono con l’essenziale regola della imparzialità del giudice (21). E questa impostazione della Corte Costituzionale può influenzare l’applicazione delle regole del giusto processo per il giudizio amministrativo che presenta decise peculiarità dovute: al modo in cui storicamente è venuto ad essere istituito e formarsi; alle previsioni costituzionali che fanno del Consiglio di Stato un “organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione” (22), pur conservandone la giurisdizione “per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi” (23); e al fatto di essere, comunque, una giurisdizione speciale e, come tale, non assimilabile al giudice ordinario.

Allo scopo di sottolineare la necessità che anche il processo amministrativo deve adeguarsi al “giusto” processo (24), il

scono il margine minimo perché un processo possa qualificarsi come ‘giusto’ e possa quindi ritenersi *costituzionalmente legittimo*” (il corsivo è nel testo).

(21) Così C. cost. 28 maggio 2001 n. 167, in *Foro Ital.*, 2001, I, 3450, annotata criticamente ivi da G. COSTANTINO, *Giusto processo e procedimenti concorsuali* e da G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del “nuovo” art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1185, che ha escluso profili di incostituzionalità per il fatto che il giudice delegato al fallimento partecipi alle decisioni sulle opposizioni allo stato passivo o ai giudizi sui quali ha espresso parere o autorizzazioni. Sull’esigenza di considerare le particolarità e diversità dei sistemi processuali ai fini dell’applicazione dei canoni del giusto processo: C. cost. sentt. nn. 387/99, 72/2002 e 497/2002.

(22) Art. 100, comma 1, Cost..

(23) Art. 103, comma 1, Cost.. Su come il costituente sia giunto ad affermare la pluralità delle giurisdizioni e sui motivi espressi per il mantenimento del Consiglio di Stato come consulente della pubblica amministrazione e giudice sull’attività di quest’ultima quando incida sugli interessi legittimi e, in particolari materie, sui diritti soggettivi cfr. E. FOLLIERI *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 e ss.

(24) Cfr. E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, II, 1061; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sulla effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; Id., *Giusto processo (Dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Milano, 2008, 377 e ss.

codice si apre con tre articoli che riguardano i “principi generali” sulla: effettività e la pienezza della giurisdizione “secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (25); parità delle parti, contraddittorio e giusto processo “previsto dall’art. 111, primo comma, della Costituzione” (26); dovere del giudice di motivare i provvedimenti decisori e sinteticità e chiarezza degli atti del giudice e delle parti (27).

Si è trattato di una scelta ben precisa del legislatore se si considera che la struttura del libro I è molto simile al libro I del codice di procedura civile. Tutti e due i libri sono denominati “disposizioni generali”, i titoli I dei due codici riguardano gli organi giudiziari, il titolo II del c.p.a. le parti ed i difensori come il titolo III del c.p.c. (il titolo II del c.p.c. detta le disposizioni sul pubblico ministero, ovviamente estranee al processo amministrativo), i titoli III c.p.a. e IV c.p.c. le azioni; i titoli IV c.p.a. e V c.p.c. le pronunzie del giudice.

L’importante e significativa differenza attiene ai “principi generali” contenuti nei primi tre articoli del c.p.a. ed assenti nel c.p.c. (28).

Si può anche pensare che la diversità sia frutto del tempo in cui sono stati emanati i due codici: per il codice del processo civile non era ancora maturata l’idea del giusto processo, viceversa acquisita e diffusa quando è intervenuto il codice del processo amministrativo. A conforto potrebbe addursi che l’art. 360 *bis* c.p.c., introdotto dalla legge di riforma n. 69/2009, stabilisce che il ricorso per cassazione è inammissibile “... 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla

(25) Art. 1 c.p.a.

(26) Art. 2, comma 2, c.p.a.

(27) Art. 3, c.p.a. F. MERUSI, *Disposizioni generali*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. QUARANTA e V. LOPILATO), Milano, 2011, 70 evidenzia che strutturalmente il processo deve garantire il principio della parità delle parti e del contraddittorio e funzionalmente deve assicurare una tutela piena ed effettiva al ricorrente.

(28) Lo stesso rilievo fa A. PAJNO, *Introduzione*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. QUARANTA e V. LOPILATO), *op. cit.*, 60.

violazione dei principi regolatori del *giusto processo*” (29), facendo, quindi, entrare espressamente i parametri del giusto processo tra i possibili motivi del ricorso. E, del resto, questo potrebbe anche spiegare la ragione per la quale il codice del processo amministrativo è l’unico codice processuale che richiama espressamente i principi del giusto processo (30): è stato emanato nel 2010.

Si è visto condivisibilmente in questa posizione espressa dei principi generali nel codice del processo amministrativo lo “spazio giuridico” in cui si inserisce il processo amministrativo, caratterizzato “dalla piena ed immediata operatività dei principi tratti oltre che dal quadro costituzionale, anche dall’esperienza dell’Unione europea, della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo” (31).

Infatti, in considerazione della significativa convergenza tra le previsioni costituzionali sul giusto processo, l’ordinamento comunitario sull’effettività della tutela (32) e la convenzione europea dei diritti dell’uomo sulle garanzie minime della tutela giudiziaria (33), si ha una importante sinergia giurisprudenziale che implementa e rafforza il diritto fondamentale alla tutela giudiziaria (34).

(29) Il corsivo non è nel testo della norma.

(30) Anche M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 101 evidenzia che il c.p.a. “unico fra tutti i codici di procedura, dedica espressamente una disposizione al giusto processo”. G. P. CIRILLO, *I principi del processo amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo* (a cura di G. P. CIRILLO), *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova 2014, 15 ricorda che nel testo approvato dal Consiglio di Stato i principi erano espressi in sette, non tre articoli, figurando anche: il pieno accesso delle parti agli atti e alla piena conoscenza dei fatti, il rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la disponibilità e l’onere e valutazione delle prove, il diritto alla decisione di merito e il rilievo anche costituzionale degli interessi azionati di cui il giudice doveva tenere conto per una rapida definizione del giudizio.

(31) A. PAJNO, *Introduzione*, cit., 61.

(32) S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, cit., 392.

(33) Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in questa *Rivista* 2014, 686.

(34) Cfr. V. CAPUOZZO, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2016, 85.

Ebbene, di fronte ad una Corte Costituzionale restia ad intervenire decisamente perché ci sia un rispetto effettivo delle regole del giusto processo (35), la soluzione per la soddisfazione del diritto fondamentale alla tutela giudiziaria potrà venire dalle Corti europee che sono meno ossequiose nei confronti dei poteri legislativo ed esecutivo nazionali e, soprattutto, svolgono un diverso sindacato rispetto alla Corte costituzionale.

La dottrina ha, infatti, evidenziato che le Corti europee sono giurisdizioni di “libertà” perché accertano violazioni dei parametri del giusto processo lamentate da uno specifico soggetto in relazione ad una concreta controversia, a differenza della Corte costituzionale che è giudice delle leggi in astratto svolgendo una giurisdizione di tipo oggettivo, per cui innanzi alle Corti Europee vi è una maggiore sensibilità e visibilità del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale (36).

E per il processo amministrativo, l’art. 1 del codice stabilisce che la tutela piena ed effettiva deve essere assicurata anche secondo i principi del diritto europeo.

In questo modo se, prima dell’entrata in vigore del codice, era necessario distinguere se la situazione giuridica soggettiva da tutelare fosse di derivazione comunitaria o europea, al fine di verificare il rispetto del livello minimo di tutela garantito dal diritto europeo, ora la distinzione è superata perché il processo amministrativo deve tutelare, secondo il diritto europeo, anche situazioni giuridiche soggettive che sono lese da violazioni del diritto interno. In particolare, ciò rileva ai fini dell’applicazione dei principi fissati dalla giurisprudenza comunitaria.

E, quindi, la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo dovrà necessariamente allinearsi ai parametri del giu-

(35) M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 123 qualifica l’atteggiamento della Corte Costituzionale come di “reverenza all’organizzazione della giustizia amministrativa”.

(36) M. CHIAVARIO, *Procedimenti penali: aspetti comparatistici*, in *Il giusto processo*, Roma, 2003, 330; M. GIALUZ, *Commento all’art. 111 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di S. BARTOLE e R. BIN), Padova 2008, II ed., 979; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 116.

sto processo senza che possa invocarsi la tradizione o la particolarità del giudizio.

In questa ottica intendo verificare un aspetto della disciplina legislativa del processo amministrativo che mi sembra critico e precisamente l'indipendenza del giudice, specie con riferimento ai rapporti del Consiglio di Stato con il potere esecutivo e, quindi: lo svolgimento di attività di consulenza giuridico-amministrativa; la nomina governativa di una quota dei consiglieri di stato; gli incarichi extragiudiziari e la nomina del Presidente del Consiglio di Stato.

3. Nei primi articoli del codice del processo amministrativo non vi è un'espressa affermazione che il processo deve svolgersi innanzi a giudice terzo ed imparziale, ma si stabilisce che vanno attuati "i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione" (37), riportandosi una parte del secondo comma dell'art. 111 Cost. (contraddittorio tra le parti in condizioni di parità), non la prosecuzione dello stesso secondo comma che recita: "davanti a giudice terzo e imparziale". L'omissione è del tutto irrilevante perché non può certo esserci un giusto processo se non innanzi ad un giudice terzo e imparziale e il richiamo al giusto processo non può che comprendere anche questo essenziale principio di ogni funzione giurisdizionale. E, comunque, pure se non vi fosse stata nel codice la posizione di "principi generali", nessun dubbio vi poteva essere che l'art. 111 della Costituzione dovesse essere rispettato, come evidenziato dalla dottrina che ritiene siano stati espressamente richiamati per riconoscere la "piena dignità" della giurisdizione amministrativa (38).

(37) Art. 2, comma 1, c.p.a.

(38) P. DE LISE, *Verso il codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); R. GRECO, *Le ragioni di un codice amministrativo*, *ivi*; R. GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa per ulteriori traguardi da raggiungere*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); G.P. CIRILLO, *I principi generali del processo amministrativo*, *cit.*, 16.

Terzietà ed imparzialità del giudice si legano alla sua indipendenza che è un concetto diverso.

L'indipendenza riguarda l'istituzione, l'organizzazione, l'ufficio, nonché i singoli componenti dell'ufficio giurisdicente che non devono essere condizionati da qualsiasi altro potere dal punto di vista generale e istituzionale e, per il giudice che deve sindacare l'esercizio del potere amministrativo, soprattutto dal potere esecutivo, i cui atti sono conosciuti in via generale nel processo amministrativo (39) sotto il profilo della legittimità.

L'indipendenza del giudice ordinario è garantita con disciplina dettata dalla stessa Costituzione, mentre il giudice amministrativo ha una "indipendenza attenuata" (40) perché è la legge ordinaria che "assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali" (41).

A prescindere dall'indipendenza dell'organo giudicante sotto il profilo dell'istituzione e dei singoli componenti, il giudice potrebbe non essere terzo e imparziale perché la terzietà significa equidistanza dalle parti nella concreta controversia e l'imparzialità riguarda gli interessi coinvolti nello specifico giudizio (42).

La terzietà e l'imparzialità vanno considerate in relazione alla concreta controversia e vengono assicurate dagli articoli 17 e 18 del codice del processo amministrativo, che rinviano alle cause di astensione e di ricusazione del giudice previste dal codice di procedura civile.

(39) Cfr. F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, cit., 163; F. FRENI, *Disposizioni generali*, in *Codice del nuovo processo amministrativo* (a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO), Roma, 2010, 72: l'organo giudicante deve essere indipendente "da ogni interferenza esterna proveniente soprattutto da altri pubblici poteri" in quanto il giudice è soggetto "soltanto alla legge" (art. 101, comma 2, Cost.)

(40) G. MONTEDORO, *Tavola rotonda in Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, cit., 161. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 119 rileva che il costituente ha deciso per una "indipendenza 'forte' per la magistratura ordinaria" e per una "indipendenza 'sufficiente' per le altre magistrature".

(41) Art. 108, comma 2, Cost.

(42) Cfr. F. G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 164; F. FRENI, *op. ult. cit.*, 72; S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, cit., 380; E. PICOZZA, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 1061.

L'art. 51 c.p.c. individua cause tipizzate di astensione in cinque numeri e una atipica, quando sussistano "gravi ragioni di convenienza" nonché la riconsuazione per le stesse ragioni (43). Esse assicurano le condizioni sia per la terzietà che per l'imparzialità del giudice, nonché gli strumenti ad iniziativa del giudice, astensione, o delle parti, riconsuazione, per il rispetto di tali parametri nel singolo e concreto giudizio.

La dottrina ha chiarito che l'imparzialità è un connotato intrinseco dell'attività del giudice ed è il canone essenziale del giusto processo, per cui l'indipendenza e la terzietà "non sono altro che presidi dell'imparzialità" (44).

Pur condividendo questa impostazione, credo vada mantenuta, sul piano sistematico, la distinzione tra l'indipendenza che attiene all'istituzione ed ai giudici sul piano generale e, per così dire, astratto, e la terzietà e l'imparzialità che si misurano nel concreto della specifica controversia, per cui l'accesso alla magistratura, la progressione di carriera, le questioni attinenti allo *status* di magistrato, i trasferimenti, le incompatibilità, il procedimento disciplinare, la non interferenza degli altri poteri dello Stato, lo svolgimento non in via esclusiva delle funzioni giurisdizionali e così via attengono concettualmente all'indipendenza, pur se tutti questi elementi concorrono a rendere il giudice imparziale.

4. Il Consiglio di Stato è (anche) organo di consulenza giuridico-amministrativa che viene svolta con riferimento sia ad una specifica e concreta vicenda, sia agli atti normativi, in via generale ed astratta.

L'attività di consulenza interviene sulle stesse questioni di cui il Consiglio di Stato potrebbe essere investito in sede giurisdizionale e, comunque, determina una vicinanza e conti-

(43) Art. 52, c.p.c.

(44) F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, cit., 167, che richiama in nota le sentenze della Corte Costituzionale che sono nella stessa scia: 25 marzo 1992 n. 124, 20 maggio 1996 n. 155 e 15 ottobre 1999 n. 387.

guità con il potere esecutivo che fa ombra all'indipendenza del Consiglio di Stato (45).

Nello stesso organo vanno a coincidere il consulente ed il giudice (46).

Sono stati qualificati come “preconcetti” e “luoghi comuni” (47) il diffuso convincimento e l'idea che fra funzione consultiva ed indipendenza “vi sia una sorta di incompatibilità” (48) e che, quindi, sia minata l'indipendenza del Consiglio di Stato giudice.

È stato evidenziato che non vi è, sul piano concettuale, un nesso indissolubile fra le due funzioni e che sarebbe “difficile sostenere che l'esercizio dell'attività consultiva costituisca necessaria premessa e necessario completamento della funzione giurisdizionale” (49), ma che, comunque, non vi è inconciliabilità tra le due funzioni, anche se non può parlarsi di una superfunzione che le abbracci entrambe (50).

(45) G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia di Italia*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale* (a cura di S. CASSESE), Milano, 1997, 19 rileva: “Il Consiglio di Stato, in oltre cent'anni di vita nell'Italia unita, è stato insieme parte dell'amministrazione e giudice dell'amministrazione; consulente del Governo e tutore dei valori generali dell'ordinamento; vicino alla politica sino a confondersi con essa e, allo stesso tempo, corpo separato geloso della sua separatezza”. E l'A. si chiede “se queste contraddizioni, nella situazione attuale, rappresentino ancora delle virtualità da mettere a frutto, o se non siano ormai definitivamente rovesciate in limiti dell'istituzione”. Cfr. A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra giurisdizione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 505.

(46) A. POLICE, *La mitologia della “specialità” e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, cit., 179 evidenzia che i critici del sistema fondano le loro argomentazioni su di un preteso “peccato originale” del giudice amministrativo, nato nell'amministrazione, e da cui si fa discendere: la “contiguità” del giudice amministrativo con le ragioni dell'interesse pubblico; la “cedevolezza” verso le ragioni dell'interesse pubblico; la commistione dei ruoli e delle funzioni giurisdizionali e consultive.

(47) P.G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 99.

(48) P.G. LIGNANI, *op. ult. loc. cit.*

(49) G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 43, il quale prosegue: “se così fosse non dovrebbero essere considerati giudici coloro che, pur occupandosi di pubblica amministrazione, fanno soltanto i giudici”.

(50) G. CORSO, *op. ult. cit.*, 44; per S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato e pubblica*

Per la Corte Costituzionale è fisiologica l'attribuzione di tutte e due le funzioni (51).

È opportuno chiarire alcuni punti.

Innanzitutto, si deve distinguere tra la consulenza sull'attività amministrativa e quella sulla normazione e, solo per la prima, potrebbe presentarsi una contraddizione tra il consigliare e il giudicare, anche se, per la dottrina, il dato organizzativo e gli strumenti previsti per evitare che gli stessi soggetti si pronunzino sulla medesima questione, quali consulenti e quali giudici, garantiscono la separazione tra le due funzioni (52).

Quanto all'organizzazione, si prevedono sezioni che esercitano esclusivamente funzioni giurisdizionali e sezioni con funzioni consultive in via esclusiva. Prima del d.l. n. 112/2008 erano individuate nelle numero I, II e III, quelle per l'attività consultiva, oltre la sezione consultiva per gli atti normativi, e la IV, V e VI per la funzione giurisdizionale. Con l'art. 54, comma 3, del d.l. n. 112/2008, si è stabilito che il Presidente del Consiglio di Stato, con proprio provvedimento, all'inizio di ogni anno, sentito il Consiglio di presidenza, individua le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali e quelle che, invece, esercitano funzioni consultive. In base a quest'ultima disposizione dal 2011, pure alla III sezione sono state attribuite funzioni giurisdizionali. Quindi, non sono più predeterminate per legge le sezioni che svolgono attività giurisdizionale e quelle che svolgono attività consultiva (53).

Credo, però, che non sia rilevante la distribuzione delle funzioni tra le sezioni, ma i membri che le svolgono e, quindi, la composizione delle sezioni. È il Presidente del Consiglio di Stato che, all'inizio di ogni anno, determina (54) la composi-

*amministrazione da una costituzione all'altra*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 58, "la storia ci insegna, dunque, un organo che appare irto di ambivalenze".

(51) C. cost., 21.10.2011 n. 273.

(52) S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 59.

(53) Cfr. G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, III ed., Padova, 2014, 21.

(54) Cfr. E. FOLLIERI, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *I principi*

zione delle sezioni sulla base “dei criteri fissati dal Consiglio di presidenza anche per consentire l’avvicendamento dei magistrati fra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali” (55). Ciò significa che i magistrati del Consiglio di Stato, anche se non contestualmente, ma a rotazione, svolgono sia le funzioni giurisdizionali che quelle consultive, per cui l’organizzazione del Consiglio di Stato non è rilevante ai fini della separazione delle funzioni.

Efficace e sufficiente per l’indipendenza è, invece, l’obbligo di astensione previsto per il magistrato amministrativo “se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico” (56), che non consente a chi abbia fatto parte del collegio che ha espresso il parere, di pronunziarsi sulla medesima questione nella veste di magistrato.

Se non interviene l’astensione, l’interessato può chiedere la ricusazione che è attribuita per gli stessi motivi (57).

Si può, quindi, ritenere che l’astensione e la ricusazione sono rimedi utili ed idonei ad impedire che uno stesso soggetto si pronunzi sulla medesima questione due volte nella veste, prima di consulente, e, poi, di giudice.

Per la consulenza sugli schemi normativi, si è rilevato che è diversa la posizione di un organo che, in via istituzionale e per previsione normativa, renda il parere, rispetto all’ipotesi in cui sia individuato, di volta in volta, chi lo debba rendere per la posizione particolare che viene ad assumere chi lo rende, preventivamente contattato sullo specifico argomento su cui viene chiamato ad esprimersi, con possibile influenza sul con-

*vincolanti dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)* (a cura di E. FOLLIERI - A. BARONE), Padova, 2015, 26 e, in particolare, la nota 4.

(55) Art. 2, comma 1, l. n. 186/1982.

(56) Art. 51 n. 4 c.p.c. che si applica al processo amministrativo, per il rinvio operato dall’art. 17 c.p.a..

(57) Art. 52 c.p.c. richiamato dall’art. 18 c.p.a.

tenuto poiché tende “ad assumere come propri gli interessi e gli scopi del richiedente” (58). In sostanza, in questa ultima ipotesi, si stabilisce un rapporto fiduciario.

Invece, quando manca la “scelta” su chi debba esprimere il parere e non si crea un rapporto di fiducia, chi lo rende ha una posizione di indipendenza e terzietà.

Il parere del Consiglio di Stato viene, da altro punto di vista, assimilato ad un “giudizio” come la sentenza e si differenzia da quest’ultima perché: il parere è atto endoprocedimentale, mentre la sentenza “chiude” il processo; la sentenza è vincolante e passa in giudicato, il parere raramente è vincolante e, comunque, non diviene giudicato; la sentenza interviene a conclusione di un procedimento svolto nel rispetto dei principi del “giusto” processo, tra cui il contraddittorio, il parere no (tranne il caso del parere su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ma è altra cosa (59)). Le differenze, però, “attengono ad aspetti esterni al parere e non hanno rilevanza riguardo all’indipendenza di chi lo pronunzia” (60). E si aggiunge che le decisioni e i pareri del Consiglio di Stato hanno in comune “la funzione di indicare entro ambiti diversi, il parere, di regola, in via generale ed astratta ... la sentenza in riferimento al singolo caso, la via della legalità dell’azione amministrativa” (61).

Condivido questi rilievi che identificano la funzione e la struttura dei pareri e delle sentenze, pur se il modo di formazione e gli effetti sono diversi, ma credo che vada considerato

(58) P.G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza*, cit., 99.

(59) Cfr. G. URBANO, *L’ambivalenza ontologica del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *I principi vincolanti dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo* (a cura di ENRICO FOLLIERI - ANTONIO BARONE), cit., 416 ove si esaminano i recenti approdi dell’istituto e la giurisprudenza e la dottrina orientate ad affermare la natura quasi giurisdizionale, se non del tutto giurisdizionale, del ricorso al Presidente della Repubblica.

(60) P. G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza*, cit., 101.

(61) G. BARBAGALLO, *La funzione di garanzia del diritto obiettivo delle Corti Supreme e la consultazione del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 116.

il disegno costituzionale e verificato se resista al confronto con quanto accade negli altri ordinamenti.

Ebbene, la Costituzione conferma le funzioni di “consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell’amministrazione” (62) del Consiglio di Stato e prevede che la legge assicuri l’indipendenza sia per l’attività di consulenza (63) che per la funzione giurisdizionale (64), per cui lo svolgimento di tutte e due le funzioni è conforme alla Costituzione (65).

Anzi, per il fatto che la consulenza viene resa da un collegio composto di giudici, con la garanzia dell’inamovibilità, intrasferibilità e stabilità, si attua il precetto costituzionale di assicurare l’indipendenza dei componenti di fronte al Governo.

In ambito europeo, in alcuni Paesi, il Consiglio di Stato è l’organo supremo della giurisdizione amministrativa e svolge anche la funzione consultiva, in alcuni casi pure per la normazione primaria (66); in altri Stati, la Corte Suprema amministrativa è organo giudiziario cui vengono attribuite funzioni consultive (67); in altri ancora non sono attribuite funzioni consultive all’organo giurisdizionale di vertice per particolari ragioni storiche o ordinamentali (68).

(62) Art. 100, comma 1, Cost.. L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 567 rileva che i lavori dell’Assemblea costituente mostrano che per la “tutela della giustizia nell’amministrazione” si intendesse l’attività consultiva prestata in occasione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Non vi può essere dubbio, però, che la Costituzione abbia considerato anche l’attività giurisdizionale del Consiglio di Stato, come risulta dagli artt. 103, 108 e 113.

(63) Art. 100, comma 3, Cost..

(64) Art. 108, comma 2, Cost.: “La legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali...”.

(65) E quindi sarebbe necessaria una modifica costituzionale per attribuire ad un diverso organo la funzione della consulenza o della giurisdizione.

(66) Così in Francia, cfr. E. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell’esperienza comparata*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 106, il quale ricorda, oltre alla Francia, il Belgio, l’Olanda, il Lussemburgo e la Grecia.

(67) Svezia, Norvegia, Finlandia, Polonia, Svizzera: E. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 107.

(68) Inghilterra, Austria, Spagna, Germania e Portogallo: F. PATRONI GRIFFI,

La giurisdizione e la consulenza si trovano ad essere svolte sia dalla Corte internazionale di giustizia dell'O.N.U. che dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea (69).

Insomma, lo svolgimento dell'attività giurisdizionale e consultiva da parte delle Corti supreme è diffusa in molti Paesi ed in ambito internazionale, senza che venga posta in dubbio l'indipendenza delle Corti, salvaguardandosi solo l'imparzialità di chi decide, che non deve aver espresso la sua opinione in altra veste, come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (70) che non ha sollevato rilievi sullo svolgimento, da parte dello stesso organo, di funzioni giurisdizionali e consultive.

Sono dell'avviso, pertanto, che l'esercizio, da parte del Consiglio di Stato, delle funzioni consultive e giurisdizionali non incida sull'indipendenza dell'organo, se si fa un uso attento e rigoroso degli istituti dell'astensione e della ricusazione.

5. L'accesso al Consiglio di Stato, anche se ormai solo per un quarto (71) dei suoi componenti, è disposto con "decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di presidenza" (72).

In proposito, il complessivo giudizio che il sistema di reclu-

*op. ult. cit.*, 108 ove sono espresse le motivazioni per le quali non vi è la "doppia" funzione.

(69) Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, 109 e ss., con interessanti considerazioni sull'assenza nei Paesi considerati della problematica non solo della compatibilità oggettiva della doppia funzione, ma anche della compatibilità soggettiva dei magistrati.

(70) CEDU 18 settembre 1995 Procola/Lussemburgo, citata da G. BARBAGALLO, *La funzione di garanzia nel diritto obiettivo della Corte Suprema e la consultazione del Consiglio di Stato*, cit., 117.

(71) S. RAIMONDI, *Contro la giurisdizione unica e contro la separazione tra funzione consultiva e giurisdizionale*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 79 sottolinea che ai primi del '900, il Consiglio di Stato non era un organo indipendente se solo si considera che due terzi dei consiglieri erano di nomina governativa; il Governo annualmente stabiliva la composizione della IV sezione, e poi anche della V, quando successivamente fu istituita, e decideva sul collocamento a riposo, la sospensione e la revoca dei consiglieri di stato.

(72) Art. 19 l. 27 aprile 1982 n. 186.

tamento “si è rilevato soddisfacente” (73) ha alla base una nota sentenza della Corte costituzionale n. 177 del 19 dicembre 1973, datata, ma non superata da successive pronunzie, come affermato dalla dottrina (74).

Nella nota sentenza, si rileva che la Costituzione tutela l'indipendenza e la connessa imparzialità del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo e questa tutela vuole che “sia assicurata nei modi e con le forme che siano coerenti con (la duplice provvista dei consiglieri di stato e per quel che interessa, con) la nomina a seguito di (libera) scelta governativa” (75).

Le norme legislative, sulla base dell'applicazione che se ne è fatta nella stragrande maggioranza dei casi, conducono ad una scelta che si basa sulla qualità specifica dei nominati, pienamente idonei all'esercizio delle funzioni di consigliere di stato, concretamente accertata e documentata (76).

Secondo la Corte costituzionale, tali norme danno vita ad “una disciplina legislativa che, pur confermando al Governo un ampio potere discrezionale, garantisce in materia, il rispetto dell'esigenza dell'idoneità del giudice, nonché di quella dell'indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al Governo (almeno per quanto possa derivare dall'eser-

(73) S. CASSESE, *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una Costituzione all'altra*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., prosegue con “salvo che per le proporzioni, perché sarebbe auspicabile l'aumento del numero dei consiglieri scelti per concorso, in modo da aumentare qualità ed esperienza del personale”. L'A. pare riferirsi alla previsione che la metà dei posti di consigliere di Stato è riservata ai consiglieri del Tribunale amministrativo regionale, previo giudizio favorevole del Consiglio di presidenza a maggioranza dei suoi componenti, non alla quota la cui nomina compete al governo.

(74) A. POLICE, *La mitologia della “specialità” e i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, cit., 192, rileva che la sentenza della Corte costituzionale n. 177/73 sintetizza un “non più smentito orientamento” che “segue un approccio di tipo non formalista ma attento alla sostanza delle cose, secondo una lettura delle norme costituzionalmente orientata”.

(75) Par. 5 in fondo, motiv. sentenza C. cost. n. 177/73.

(76) Cfr. G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale ed amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 30.

cizio del potere di nomina)” (77). Inoltre, gli atti di nomina sono soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti e a quello del Consiglio di Stato, che può sindacare, in caso di impugnativa, la legittimità della nomina, sotto il profilo della rispondenza dell’idoneità del consigliere nominato (78).

Infine, dopo la nomina, i consiglieri acquisiscono lo *status* di magistrato con le sue garanzie di stabilità, inamovibilità e intrasferibilità.

In sostanza, per la Corte, la verificata idoneità delle persone a ricoprire l’ufficio e la successiva acquisizione dello *status* di magistrato dissolvono ogni vincolo tra il prescelto ed il Governo.

La dottrina è stata per lo più critica nei confronti di questa sentenza, evidenziando che le ordinanze del Consiglio di Stato che avevano rimesso la questione alla Corte costituzionale esprimevano una *communis opinio* per la “assenza di ogni limite al potere governativo” (79).

Successivamente, altra sentenza della Corte costituzionale, la n. 1 del 1978 (80), rilevava che la pluralità delle giurisdizioni nel nostro ordinamento esprimeva la peculiarità dell’organizzazione di ognuna di esse e, in conseguenza, le relative garanzie

(77) Par. 7 motiv. sentenza C. cost. n. 177/73.

(78) La sentenza n. 177/73 ha affermato anche che non è necessaria, né garantita la “pariteticità” in senso stretto, come dispone l’art. 4 del r.d.l. 6 febbraio 1939 n. 478 che sostituiva l’art. 4 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 (“La metà dei posti che si rendono vacanti nel ruolo dei consiglieri di stato, deve essere conferita al personale della magistratura che abbia prestato non meno di quattro anni di effettivo servizio complessivamente nei gradi di referendario e di primo referendario”) tra i consiglieri selezionati per concorso e quelli di nomina governativa, ma solo un tendenziale equilibrio quantitativo tra le due componenti, per cui non è incostituzionale la previsione dell’art. 50 l. n. 1034/1971 che, a seguito dell’istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, nella fase di transizione, aveva consentito al governo di procedere alla “inornata” di ben diciassette consiglieri con il d.P.R. 12 gennaio 1973.

(79) C. MORTATI, *La nomina dei consiglieri di stato secondo la Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, 2627. Molto critico fu anche A.M. SANDULLI, *Giudici amministrativi, concorsi, indipendenza*, in *Giur. it.*, 1973, III, 129.

(80) In *Foro it.*, 1978, I, 282.

costituzionali, giustificando la diversità delle previsioni tra il giudice ordinario e le altre magistrature. Nello stesso solco si pongono altre sentenze della Corte costituzionale che non ha rivisto il precedente orientamento, appiattendosi sulla tesi espressa nella pronuncia del 1973 (81).

Le ragioni espresse dalla sentenza n. 177 del 1973 sono le stesse che ancora oggi vengono addotte per assolvere dal sospetto di incostituzionalità la nomina dei consiglieri di stato da parte del Governo; ad esse si aggiunge la previsione del preventivo parere di idoneità da parte del Consiglio di presidenza, non previsto quando è intervenuta la sentenza, che garantirebbe sui requisiti soggettivi del prescelto (82).

Credo che non possa essere condiviso l'orientamento della Corte costituzionale (83).

Infatti, i meccanismi volti ad orientare la scelta del governo verso persone qualificate sul piano professionale e attitudinale rappresentano una garanzia che, mi sia concessa l'iperbole mutuata dall'esperienza dell'impero romano, non venga nominato un "cavallo" (84).

Mi pare chiaro che il Governo non nomini un consigliere, pur molto qualificato per ricoprire tale ruolo, se non è in sintonia con i suoi orientamenti politici e, quindi, la scelta è fatta soprattutto in funzione della fiducia riposta in chi è vicino al Governo.

Il momento genetico, dunque, è indubbiamente retto, nella

(81) Sentenze n. 25/76, n. 7/1980, n. 316/2004.

(82) Cfr. F. FRENI, *Disposizioni generali*, cit., 72.

(83) L. PACCIONE, *Sulla nomina governativa dei consiglieri di stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1095, molto critico nei confronti della nomina governativa dei consiglieri di stato, auspica che "il legislatore sani l'aporia storica..., ricucendo una manifesta discrasia di sistema e all'uopo abroghi le antiche norme che ancora consentono l'investitura, 'per volontà regia', di un compito tanto delicato e importante quale è quello del giudicare" (1113).

(84) È noto l'episodio di cui è stato protagonista il terzo imperatore romano, Gaio Cesare Germanico detto Caligola per la calzatura militare (*caliga*) che portava sin da fanciullo, che nominò il suo cavallo, *Incitatus*, senatore e, come parrebbe da una certa ricostruzione storica, non perché fosse pazzo, bensì per umiliare il Senato e fargli capire che non contava nulla.

sostanza, dalla volontà del Governo di avere un punto di riferimento in un organo che, in sede giurisdizionale, verifica la legittimità dei suoi atti e, in sede consultiva, gli rende pareri (85).

Si è evidenziato che, però, il concorso non è il solo modo per garantire l'imparzialità o la terzietà perché allo stesso risultato si può pervenire anche con una scelta governativa che si "muova in un ambito di eccellenza", dal momento che, a tal fine, rileva il regime giuridico della carica (86). Per cui, se una nomina a tempo determinato, con possibilità di conferma o rinnovo, condiziona lo svolgimento delle funzioni cui il consigliere è preposto, la nomina sino al collocamento a riposo compensa la parzialità della scelta (87).

L'acuta osservazione è implementata dal "potere trasfigurante" (88) dello *status* di magistrato che è, di per sé, garanzia di indipendenza, come sottolineato dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 177 del 1973.

E, in effetti, la legge 17 aprile 1982 n. 186 ha attribuito al Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa poteri equivalenti a quelli che la Costituzione assegna al Consiglio Superiore della Magistratura per i magistrati ordinari. Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, organo di autogoverno dei giudici amministrativi, è competente, tra l'altro, per le "assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti, promozioni, conferimento di uffici direttivi e su

(85) *Contra* S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, cit., 396 il quale ritiene non "realmente critica" la nomina di alcuni consiglieri da parte del governo perché la scelta deve ricadere su persone dotate di elevata qualificazione che, poi, "vengono ad acquisire in pieno lo *status* magistratuale".

(86) G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, cit., 44.

(87) G. CORSO, *op. ult. cit.*, 45 rileva che la storia istituzionale ha dimostrato che la nomina a vita — come per i giudici della Corte Suprema Americana — la nomina a tempo, ma con divieto di conferma o rinnovo, o la nomina sino al collocamento a riposo sono strumenti efficaci per liberare il prescelto dal legame con chi lo ha nominato.

(88) L'espressione è di G. P. CIRILLO, *I principi generali del processo amministrativo*, cit., 28.

ogni altro provvedimento riguardante lo stato giuridico dei magistrati” (89), nonché per i provvedimenti disciplinari riguardanti i magistrati. Quindi, intervenuta la nomina, la garanzia dell’indipendenza è assicurata dallo *status* di magistrato (90).

Questa conclusione, però, non può essere appagante perché gli incarichi esterni che possono essere conferiti ai magistrati amministrativi agiscono in sinergia con la nomina per rafforzare il legame con il Governo dei consiglieri scelti da quest’ultimo, ma anche di quelli che accedono con concorso o attraverso la progressione di carriera (91).

6. Buona parte della dottrina svaluta la rilevanza degli incarichi esterni con argomenti che possono così sintetizzarsi: è una questione “periferica” (92); è stata sottoposta a “precise regole deontologiche per l’esercizio della funzione giurisdizionale” (93); vi è una “equa e automatica ripartizione” degli incarichi (94); sono previste “cause di incompatibilità e di ine-

(89) Art. 13, comma 2, n. 1) l. 27 aprile 1982, n. 186.

(90) F. G. SCOCA, *Caratteri generali del processo amministrativo*, cit., 164 “una volta nominati, i consiglieri acquistano comunque lo *status* di magistrato, con tutte le garanzie di stabilità, inamovibilità, intrasferibilità”.

(91) A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Milano, 2005, 29 si chiede: “al cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali e alla disciplina degli incarichi extra-giudiziari, nonché all’organico coinvolgimento dei giudici nelle funzioni di governo, appare ancora lecita la domanda: risponde questo giudice ai requisiti minimi del principio di imparzialità?”

(92) G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell’ordinamento costituzionale e amministrativo*, cit., 44, il quale qualifica “periferica” la rilevanza degli incarichi esterni rispetto alla considerazione che sarebbe “enorme che le sorti costituzionali del Consiglio di Stato e la sua stessa esistenza come giudice venissero fatte dipendere da una vicenda tutto sommato periferica come quella degli incarichi esterni”. Nella stessa ottica, A. POLICE, *La mitologia delle “specialità” etc., op. cit.*, 186 evidenzia che la contiguità con il potere politico “pare oggi grandemente attenuata, se non dissolta, grazie alla scelta dei ministri del Governo in carica di non avvalersi nei propri uffici di *staff* dell’opera di magistrati amministrativi (se non in ridottissima misura)”

(93) A. POLICE, *La mitologia delle “specialità” e i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit..

(94) G. P. CIRILLO, *I principi del processo amministrativo*, cit., 28.

leggibilità” (95); il conferimento degli incarichi è sotto il “controllo di istituzioni di garanzia, come accade anche per la magistratura ordinaria” (96).

Vi sono, poi, posizioni che valutano positivamente questa attività dei componenti del Consiglio di Stato sotto due profili: da un lato, accrescimento dell’esperienza dei magistrati che conoscono dall’interno l’amministrazione e possono meglio esprimere i pareri e sindacare gli atti e, dall’altro lato, vantaggio per l’amministrazione che si avvale di persone altamente qualificate.

Ne consegue che l’attività esterna dei consiglieri viene considerata come “una prosecuzione sostanziale delle funzioni proprie dell’organo, come apporto meramente tecnico-giuridico e quindi ‘obiettivo’ ed ‘imparziale’” (97).

Sono tutti rilievi molto interessanti e certo vanno a smusare gli angoli della criticità del conferimento degli incarichi esterni, ma non la superano.

Va subito sgombrato il campo dall’assimilazione, quanto agli incarichi esterni, tra giudici ordinari ed amministrativi perché, a parte il numero ridotto degli incarichi e le regole più rigorose che disciplinano gli incarichi dei primi, vi è una sostanziale differenza costituita dal fatto che i magistrati amministrativi sono i giudici degli atti amministrativi del Governo ed i magistrati ordinari no; da qui la evidente rilevanza critica

(95) G. P. CIRILLO, *op. ult. loc. cit.*, 28.

(96) A. POLICE, *op. ult. loc. cit.* e G. MONTEDORO, in *Tavola Rotonda in Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, cit., 166, il quale sostiene che lo *status* dei giudici ordinari ed amministrativi “è identico anche quanto agli incarichi, perché la legge Severino vale per tutti, giudici ordinari e giudici amministrativi, sicché oggi non sono gli incarichi a costituire un problema. Piuttosto occorre rilevare che i giudici ordinari hanno un problema di rapporto con la politica secondo me molto meno governato”.

(97) G. P. STORCHI, *Materiali per un’analisi del ruolo politico del Consiglio di Stato. Gli “incarichi esterni” dei magistrati amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1977, 551 il quale sottolinea come tali affermazioni vengano soprattutto dai componenti del Consiglio di Stato e richiama nella nota 30 i diversi Autori.

sotto il profilo dell'indipendenza per i magistrati amministrativi (98).

Si assume che oggi la rilevanza quantitativa degli incarichi esterni dei consiglieri non è significativa.

Innanzitutto, secondo quanto risulta dal sito istituzionale della giustizia amministrativa, sono dieci i magistrati esonerati temporaneamente dalle funzioni e rappresentano il quindici per cento circa dell'organico, comprendendo in esso anche i presidenti di sezione, per cui è una quota non indifferente, specie se si considera che, pur essendo in atto una tendenza ad estendere le ipotesi, non tutti gli incarichi comportano il c.d. fuori ruolo e, quindi, la percentuale è maggiore (99).

Di poi, non si può esprimere un giudizio sull'indipendenza dell'istituzione e dei suoi componenti considerando la particolare situazione di fatto del momento invece della possibilità stabilita dalla norma del conferimento degli incarichi. La dottrina su questa funzione extragiurisdizionale dei giudici amministrativi, efficacemente definita come “vivaio di alti funziona-

(98) L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, cit., 566, nota n. 21, evidenzia la differenza tra gli incarichi dei giudici ordinari e quelli dei giudici amministrativi poiché rileva la “collateralità tra il giudice amministrativo e la pubblica amministrazione, dal momento che il giudice amministrativo è il giudice delle controversie con la pubblica amministrazione”. Nella stessa direzione: M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza e imparzialità del giudice nel processo amministrativo*, in G. PIPERATA-A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni: indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, 2012, 99.

(99) G. P. STORCHI, *Materiali per un'analisi del ruolo politico del Consiglio di Stato. Gli “incarichi esterni” dei magistrati amministrativi*, cit., 549 rileva che la forte “mobilità esterna dei membri del Consiglio costituisce indubbiamente una delle caratteristiche centrali per individuare la posizione istituzionale dell'organo”. L'A., nel sottolineare che i consiglieri vengono largamente utilizzati per ricoprire incarichi nell'amministrazione pubblica, li semplifica indicando la partecipazione ad organi collegiali, la preposizione ad uffici di alta amministrazione, gli incarichi politico amministrativi ed evidenzia che l'assunzione di incarichi esterni accompagna “l'intero sviluppo storico del Consiglio di Stato e che la stessa disciplina legislativa che ne regola la struttura organizzativa è disposta in modo da favorire l'impiego esterno dei consiglieri, è sicuramente possibile parlare di un ruolo di *reservoir de grand commis* svolto dal Consiglio di Stato, assai simile a quello dell'omonimo francese”.

ri” (100), ha rilevato che nel periodo 1948-1978, su un totale di 352 fra capi di gabinetto e capi di uffici legislativi, 101 e cioè il 28,6% provenivano dal solo Consiglio di Stato (101).

Gli incarichi esterni hanno sempre assunto un tale rilievo che si è affermato rappresentino una “terza funzione” del Consiglio di Stato accanto a quella consultiva e giurisdizionale (102). E la dottrina, sin dai primi del '900, ha avanzato riserve sulla compatibilità di questa attività da parte di soggetti che, poi, devono sindacare, quali giudici, gli atti delle amministrazioni pubbliche (103) e ha continuato ad esprimere critiche (104).

Non si può, dunque, sostenere che gli incarichi esterni abbiano un rilievo marginale perché non è sempre così, ma, soprattutto, l'indipendenza va verificata prima a livello normativo e, poi, nella concreta applicazione che si è fatta delle disposizioni di riferimento, intervenendo con opportuni correttivi sul piano delle norme ovvero della loro interpretazione ed applicazione.

Ebbene, non vi è un limite quantitativo per la “provvista”, da parte del potere esecutivo, dei magistrati amministrativi per

(100) G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, cit., 17.

(101) G. MELIS, *op. ult. cit.*, 18 il quale dichiara che i dati li ha tratti dalla ricerca di G. D'AURIA, *Dati sulla durata in carica di capi-gabinetto, capi degli uffici legislativi e direttori generali dei ministri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 191 e ss.

(102) Cfr. G. P. STORCHI, *op. ult. cit.*, 549 che richiama il pensiero di J. P. NEGRIN, *Le Conseil d'État e la vie publique en France depuis 1958*, Paris 1968, 17 il quale parla di “terza funzione” per il *Conseil d'État*.

(103) V. SCIALOJA, *Per una riforma delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 15 il quale evidenzia anche il rischio di sottrarre magistrati alle sezioni giurisdizionali, già sottodimensionate.

(104) Per tutti: G. MIELE, *Alcune considerazioni sull'indipendenza del giudice amministrativo*, in *Studi in memoria di G.B. Funajoli*, Milano, 1961, 649; di recente A. PROTO PISANI, *Tavola Rotonda in Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, cit., 155 il quale “confessa” che “senza dubbio la mia non simpatia nei confronti del giudice amministrativo deriva dalla particolare contiguità che specialmente i giudici del Consiglio di Stato hanno con il potere centrale a causa di un difetto di organizzazione giudiziaria, di ordinamento giudiziario: a differenza di quanto accade con riferimento ai giudici ordinari che per avere un incarico extragiudiziario sono sottoposti a vincoli gravosissimi”.

il conferimento di incarichi extragiudiziari, per cui occorre considerare se possano costituire un contrappeso le regole deontologiche per l'esercizio della funzione giurisdizionale ed il controllo del Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa.

Il magistrato normalmente si astiene quando (rientrato dal "fuori ruolo", nei casi in cui è previsto) si trova a decidere una questione di cui ha trattato nell'amministrazione attiva e questo assicura, nella specifica controversia, l'imparzialità, ma non attiene all'indipendenza.

La questione, infatti, è un'altra.

Si può affermare che il magistrato non subisca alcuna influenza da parte del potere esecutivo, a prescindere dalla concreta contesa giudiziaria nella quale si deve astenere o può essere ricusato?

Gli incarichi extragiudiziari non vengono conferiti con estrazione a sorte, ma in base alla conoscenza e al rapporto di fiducia tra chi ricopre una carica pubblica nel Governo o in altre Autorità e chi viene chiamato a svolgere l'incarico.

Questo legame non si scioglie con lo *status* di magistrato che mette a riparo dall'amovibilità, dal trasferimento e dalla instabilità, ma non consente di ottenere gli incarichi extragiudiziari, per i quali occorre mantenere e rinsaldare il rapporto di fiducia con coloro che esercitano il potere politico e amministrativo. È un vincolo che condiziona ed influenza il magistrato e che non è superato nemmeno dalla previsione che il Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa delibera sul "conferimento ai magistrati stessi di incarichi estranei alle loro funzioni, in modo da assicurare un'equa ripartizione sia degli incarichi, sia dei relativi compensi" (105).

La disposizione testé richiamata, infatti, non attribuisce al Consiglio di presidenza il potere di individuare il magistrato cui vada conferito l'incarico, ma quello di ripartire equamente gli incarichi e dosare i compensi, mentre la "chiamata" all'incarico

(105) Art. 13, comma 2, n. 3 l. 27 aprile 1982 n. 186.

è opera del Governo con l'indicazione nominativa del magistrato. Il che porta il prescelto a coltivare il rapporto di fiducia con chi lo ha nominato, durante lo svolgimento dell'attività extragiudiziaria e anche dopo, per possibili successivi incarichi.

Vi è un evidente *vulnus* all'indipendenza dei magistrati e della istituzione che riguarda tutti i componenti del Consiglio di Stato, non solo quelli di nomina governativa, anche se, per questi ultimi, il profilo del conferimento degli incarichi agisce sinergicamente con la nomina ed incrementa la dipendenza dal Governo.

Scarsamente significative sono le disposizioni della legge 6 novembre 2012 n. 190, modificata dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014 n. 114, che hanno stabilito, per diverse ipotesi, il collocamento fuori ruolo obbligatorio ed introdotto il limite massimo decennale al periodo di tale collocamento fuori ruolo (106), perché il punto centrale è la scelta del magistrato che condiziona, sul piano istituzionale e normativo, l'indipendenza e la mortifica anche sul piano dell'immagine (107).

Se si ritiene che l'esperienza di amministrazione attiva sia necessaria, anche dopo l'ingresso al Consiglio di Stato, sia per il magistrato che per l'amministrazione, si potrebbe pensare a rendere indifferente e, in un certo senso, a sterilizzare l'influenza ed il condizionamento, stabilendo che la richiesta sia rivolta

(106) Riguarda gli incarichi in posizioni "apicali o semiapicali" "compresi quelli, comunque denominati, negli uffici di diretta collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi indipendenti di valutazione" (art. 8 d.l. 24 giugno 2014, n. 90 che ha modificato l'art. 1, comma 66, della l. 6 novembre 2012, n. 190).

(107) G.P. STORCHI, *Il ruolo politico*, cit., 623 evidenzia che gli incarichi extragiudiziari assumono "il significato di uno 'svuotamento' progressivo del ruolo istituzionale del Consiglio, nella misura in cui si vengono a costituire dei legami personali dei singoli consiglieri con il sistema politico-amministrativo, che si ripercuotono sulla posizione dell'organo. Oltre alla possibilità che le 'carriere parallele'" (cui si è voluto porre un margine con il periodo massimo di dieci anni di collocamento fuori ruolo: d.l. n. 190/2012) "risultino uno strumento per portare all'interno del Consiglio interessi esterni, probabilmente più efficace della stessa nomina dall'esterno di una parte dei suoi membri".

al Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa il quale, sulla base dei criteri dettati dall'art. 13, comma due, n. 3) della l. 27 aprile 1982 n. 186, designa il magistrato cui conferire l'incarico, eliminando così il potere di scelta da parte del Governo e delle altre autorità amministrative. In questo modo si andrebbe non solo ad incidere sul senso di gratitudine dell'incaricato verso l'amministrazione e sul condizionamento determinato dall'opportunità di "ingraziarsi" l'amministrazione stessa, ma anche sullo svolgimento delle funzioni di amministrazione attiva che risentirebbero favorevolmente della indifferenza del prescelto verso chi gli ha conferito l'incarico.

Certo, non si è al riparo da ogni condizionamento, ma il filtro del Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa nella scelta può costituire un utile schermo a tutela dell'indipendenza del Consiglio di Stato.

Se, dunque, si può limitare questo *vulnus* all'indipendenza del Consiglio di Stato, quello che, invece, può essere eliminato solo con l'abrogazione totale delle relative disposizioni è il legame ombelicale tra il Governo ed un quarto dei consiglieri di stato di nomina governativa.

Il legislatore, invero, con l'art. 18 della l. 21 luglio 2000 n. 205, nel modificare l'art. 7 della l. 27 aprile 1982 n. 186 relativo alla composizione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, annuncia il "generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa sulla base della unicità di accesso e di carriera", tanto che la dottrina ha rilevato che la tematica dovrebbe perdere di attualità (108), ma sono trascorsi oltre due lustri ed il riordino non è intervenuto, anzi si è fatto un passo indietro nei rapporti tra il Governo ed il Consiglio di Stato per la nomina del Presidente di quest'ultimo organo, incidendo sulla sua indipendenza.

7. Quando Carlo Alberto con il regio editto del 18 agosto 1831 istituì il Consiglio di Stato, la presidenza delle "sessioni

(108) S. TARULLO, *Giusto processo*, cit., 396.

generali” era del re o, in mancanza, del vice presidente nominato dal re annualmente (109).

Il Presidente del Consiglio di Stato (ma anche i presidenti di sezione ed i consiglieri di stato) era nominato con decreto reale, proposto dal Ministro per l’Interno, poi proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dopo deliberazione del Consiglio dei Ministri (110) e, venendo ad oggi, l’art. 22 della l. 27 aprile 1982 n. 186 stabilisce che “è nominato tra i magistrati che abbiano effettivamente esercitato per almeno cinque anni funzioni direttive, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di presidenza”.

La dottrina ha salutato con favore questa disciplina perché, in precedenza, non vi era alcun limite o requisito per la nomina (111), anche se, ad eccezione di due Presidenti che venivano dall’esterno, il Governo aveva fatto cadere la sua scelta sempre su componenti del Consiglio di Stato (112). Inoltre, si è espresso compiacimento perché sono state accresciute le garanzie formali, prevedendosi il parere del Consiglio di Presidenza per la giustizia amministrativa che “assume in sostanza la funzione essenziale di designazione” (113) e si è affermato che il procedimento di nomina “rappresenta la progressiva attuazione del principio di indipendenza ... soprattutto con riguardo ai possi-

(109) Art. 13 Regio Editto del 18.8.31.

(110) Artt. 1, 2 e 3 T.U. 17 agosto 1907 n. 638, art. 20 r.d. 30 dicembre 1923 n. 3084, poi trasfusi nell’art. 1 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, modificato dal R.D. 21 agosto 1931 che sostituì al Ministro per l’Interno il Presidente del Consiglio dei Ministri.

(111) Sulla normativa previgente, cfr. E. GUICCIARDI, *Consiglio di Stato*, in *N.D.I.*, Torino 1938, vol. III, 890.

(112) I due Presidenti, non provenienti dal Consiglio di Stato, sono: Carlo Cadorna ministro, Presidente della Camera e senatore, nominato nel 1875; Santi Romano, senatore e professore universitario, nel 1928. Sono stati nominati, ad eccezione di un solo caso (Raffaele Pio Petrilli, già ministro e deputato e solo consigliere di Stato, nel 1953), sempre presidenti di sezione del Consiglio di Stato. In dottrina: R. CHIEPPA, *Consiglio di Stato*, cit., 6; G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1954, 129.

(113) R. CHIEPPA, *op. ult. loc. cit.*

bili condizionamenti che potrebbero essere esercitati dal Governo sul Consiglio di Stato” perché “frutto di una sostanziale designazione ad opera dell’organo di autogoverno dei giudici amministrativi” (114).

Ed infatti, sino ad ora, il Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa indicava un solo nominativo che, com’è stato evidenziato, “di fatto veniva ratificato dal Governo” (115).

Non si può tuttavia più pensare di affermare l’indipendenza del Consiglio di Stato basandola solo sulla prassi perché si è infranta la regola della sostanziale nomina da parte del Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa con la richiesta a quest’ultimo da parte del Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, di una rosa di cinque nomi per la Presidenza del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa non ha sollevato alcuna obiezione ed ha fornito la lista richiesta sulla quale il governo ha effettuato la sua scelta.

La rosa presentata al governo è composta da presidenti di sezione qualificatissimi, sotto tutti i profili, e il governo ha scelto una persona degnissima, di ampia cultura giuridica e sicuramente indipendente e lo dimostrerà.

Il problema è un altro: se può ritenersi rispettato il parametro dell’indipendenza del Consiglio di Stato e, più in generale, del giudice amministrativo, come previsto dalla Costituzione (116) o se vi è la sua violazione, come ritenuto dalla dottrina (117).

(114) F. FIGORILLI, *Il giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F.G. SCOCA), cit., 44.

(115) P. TANDA, *Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo: dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico a giurisdizione unica* pag. 28 del dattiloscritto; cfr., altresì: P. BONETTI, *L’indipendenza e l’imparzialità del giudice amministrativo: una introduzione e una conclusione*, in *Giudice amministrativo e Diritti* (a cura di P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESI, A. DEFFENU e A. GUZZAROTTI), Torino 2012, 591.

(116) Artt. 100, comma 3, e 108, comma 2, Cost.

(117) P. TANDA, *Consiglio di Stato. Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo*, cit., 28.

Innanzitutto, va rilevato che se invece di cinque, il governo avesse chiesto dieci nominativi, poteva ricomprendere quasi tutti i “papabili” e cioè i presidenti di sezione, con almeno cinque anni di effettivo servizio di funzioni direttive, che possono anche non essere continuative (118), rimettendo così al governo la scelta di nominare chi ritenesse più opportuno tra tutti i possibili aventi diritto.

Di poi, l’indicazione di una rosa di nomi incide notevolmente perché i presidenti di sezione del Consiglio di Stato non sono molti (119) e, nell’esercizio delle loro funzioni, quando si troveranno a giudicare atti del potere esecutivo che quest’ultimo ritiene rilevanti, non possono dare, almeno all’apparenza e come immagine, l’assicurazione della loro imparzialità e terzietà, collegati all’indipendenza, per la comprensibile aspirazione a ricoprire la carica di Presidente del Consiglio di Stato, la cui nomina, rimessa al Governo, potrebbe avvenire solo se graditi al potere.

E il possibile e teorico condizionamento dei presidenti di sezione è cosa non da poco, se si considera l’influenza che esercitano per la loro autorevolezza per cui, normalmente, il collegio segue le loro indicazioni, non solo nel merito, ma anche nell’esercizio del potere cautelare.

Chi frequenta le aule giudiziarie in cui amministrano la giustizia i giudici amministrativi sa bene che la giurisprudenza cautelare riceve una decisa impronta da chi presiede il collegio.

C’è stata, dunque, una pesante “invasione di campo” da parte del Governo nei confronti del Consiglio di Stato, ma non risulta che vi siano state particolari resistenze alla richiesta che ha infranto una prassi garantista dell’indipendenza del giudice.

Il fatto è che la giurisdizione amministrativa è sotto attac-

(118) R. CHIEPPA, *cit.*, 6.

(119) All’attualità sono 15, compresi i due presidenti del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana oltre alcuni presidenti di TAR che, secondo A. M. SANDULLI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato (Studi in onore di G. Landi)*, Milano 1985, 284, quanto all’esercizio effettivo delle funzioni direttive, sono equiparati ai presidenti di sezione del Consiglio di Stato.

co (120) da parte del potere politico che pare quasi aver preparato la strada allo strappo istituzionale che è intervenuto con la nomina del Presidente del Consiglio di Stato.

Ha iniziato Romano Prodi con un intervento dell'11 agosto 2013, pubblicato da diverse testate giornalistiche, dal titolo: "Abolire TAR e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia" (121) e ha proseguito il Presidente attuale del Consiglio dei Ministri, Matteo Renzi, in più occasioni, lamentandosi che "non è possibile che i TAR decidano su tutto, dall'iscrizione ad un asilo alla chiusura di un'ambasciata" e, addirittura, attribuendo all'abolizione dei giudici amministrativi, con l'unificazione delle giurisdizioni, il recupero di due punti di PIL (122).

Questa presa di posizione della politica ha avuto ampia eco nel recente convegno di Lecce (123) dove molti dei relatori hanno ricordato le manifestazioni di insofferenza verso il giudice amministrativo (124) ritenendo che il potere esecutivo mal sopporti il sindacato sui suoi atti (125), ma non per la specialità del giudice amministrativo, bensì per la giurisdizione *tout court* (126) perché non si tollera il controllo sull'esercizio dei propri atti (127).

Questo attacco, comunque, ha messo in difficoltà il giudice

(120) F.P. SISTO, *Intervento alla Tavola Rotonda in Convegno di Lecce*, cit., 140.

(121) L'intervento è apparso su *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *il Gazzettino*.

(122) Servizio pubblico, *La7*, 8 novembre 2013; cfr., *Matteo Renzi alla guerra dei TAR*, in [www.formiche.net](http://www.formiche.net), 22 aprile 2014.

(123) Tenutosi il 16-17 ottobre 2015 ed i cui atti sono stati pubblicati nel 2016, E.S.I. editore, Napoli.

(124) S. CASSESE, *Nuovi paradigmi per la giustizia amministrativa*, in *L'amministrazione pubblica i cittadini*, cit., 5; G. PELLEGRINO, *Intervento alla Tavola Rotonda*, cit., 34; A. TRAVI, *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in *Atti Convegno Lecce*, cit., 69; A. POLICE, *La mitologia della specialità*, cit., 172; D. DE PRETIS, *Intervento alla Tavola Rotonda*, cit., 208.

(125) A. POLICE, *op. ult. cit.*, 181.

(126) D. DE PRETIS, *op. ult. cit.*, 2008.

(127) P. DE LISE, *op. ult. cit.*, 34 il quale commenta che è "insofferenza per la cultura della legalità"; G. PELLEGRINO, *op. ult. cit.*, 18 attribuisce l'attacco alla magistratura amministrativa alla "naturale invidia tra i poteri".

amministrativo, che si è intimorito ed ha accettato supinamente questo evidente *vulnus* all'indipendenza dell'istituzione.

8. Mi pare che un punto essenziale per affermare l'indipendenza del giudice amministrativo e specialmente del Consiglio di Stato, sia troncare i rapporti con il Governo, abrogando le disposizioni che gli attribuiscono il potere di nomina di un quarto dei consiglieri di Stato la cui provvista va assicurata in due soli modi: accesso per concorso e progressione di carriera, previa valutazione.

Inoltre, vanno attribuite esclusivamente al Consiglio di presidenza per la giustizia amministrativa la nomina (sostanziale, anche se formalmente con decreto del Presidente della Repubblica) del Presidente del Consiglio di Stato e l'individuazione dei magistrati incaricati di funzioni amministrative presso l'amministrazione, se si ritiene necessario lo svolgimento di questa attività extragiudiziaria.

In attesa del generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa annunciato con la legge 21 luglio 2000 (128) e non ancora intervenuto, in considerazione delle pronunzie della Corte Costituzionale poco sensibile al problema dell'indipendenza del giudice amministrativo, si deve sperare che vengano provocate pronunzie delle Corti europee che potrebbero stigmatizzare la violazione dell'effettività della tutela e del suo essenziale parametro dell'indipendenza del giudice da parte delle previsioni che attribuiscono al Governo il potere di nominare parte dei consiglieri di stato e il Presidente del Consiglio di Stato che sono deputati nel nostro sistema a sindacare gli atti dell'amministrazione che li nomina.

ENRICO FOLLIERI

(128) "Sulla base dell'unicità di accesso e di carriera" art. 7 l. 27 aprile 1982, n. 186, sostituito dall'art. 18 l. 21 luglio 2000, n. 205.

**ABSTRACT:** Viene affermata la peculiare natura del diritto fondamentale alla tutela giudiziaria che è a soddisfazione garantita, a differenza degli altri diritti fondamentali che rilevano sul piano sostanziale e, nel concreto, vengono bilanciati quando entrano in competizione tra loro. Quindi, si verifica se il processo amministrativo rispetti un carattere indefettibile del giusto processo e cioè la indipendenza del Consiglio di Stato e si considera: la compatibilità delle funzioni consultive e giurisdizionali, la nomina governativa di una quota dei consiglieri di Stato, gli incarichi extragiudiziari e la nomina del Presidente del Consiglio di Stato. Si conclude per la necessità di assicurare indipendenza al giudice amministrativo, abrogando le norme che attribuiscono al Governo il potere di nomina di un quarto dei consiglieri e del Presidente del Consiglio di Stato, con esercizio di quest'ultimo potere da parte del Consiglio di Presidenza per la giustizia amministrativa che deve, altresì, scegliere i magistrati per lo svolgimento degli incarichi extragiudiziari la cui indicazione non può essere rimessa al governo o all'autorità richiedente.

For the independence of the Council of State.

**ABSTRACT:** The article examines the specific nature of the fundamental right to judicial protection which is guaranteed, unlike the other fundamental rights which are highlighted on the substantive level and, in practice, are balanced when they come into conflict. Hence this occurs if the administrative process respects the indefectible nature of due process, namely, the independence of the Council of State: and the compatibility of advisory and jurisdictional functions, the appointment by the Government of a part of the members of the Council of State, extrajudicial assignments and the appointment of the President of the Council of State are taken into consideration. The Author concludes by highlighting the need to ensure independence for administrative judges by repealing the rules which give the Government the power to appoint a quarter of the Council's members and the President of the Council of State, with the exercise of this latter power by the Presidential Council for administrative justice which must also choose the magistrates to carry out extrajudicial appointments, the designation of which cannot be made by the Government or by the applicant authority.

**Keywords:** Fundamental right - Judicial protection - Administrative judge - Due process - Independence of the Council of State - Appointment by the Government - Extrajudicial assignments - President of the Council of State - Presidential Council for administrative justice.