

Rivista N°: 4/2014  
DATA PUBBLICAZIONE: 11/11/2014

AUTORE: Marilisa D'Amico\* – Irene Pellizzone\*\*

## LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA. LE RAGIONI DELLA SCELTA DELLA COSTITUENTE E PROFILI COSTITUZIONALI DELL'ATTUALE DIBATTITO SUI RAPPORTI TRA GIURISDIZIONE ORDINARIA E GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA\*\*\*

*1. Premessa. – Parte prima. Le ragioni storiche che hanno portato la costituente al mantenimento della giurisdizione speciale amministrativa. – 2. Ruolo della tesi per cui la giurisdizione amministrativa costituisce uno spazio di conquista nella tutela dei diritti all'interno del dibattito del Costituente sul principio di unicità della giurisdizione. – Parte seconda. Il quadro costituzionale in tema di indipendenza e autonomia dei giudici amministrativi e la sua attuazione. – 3. Le norme costituzionali poste a tutela dell'indipendenza dei giudici amministrativi: considerazioni generali. – a) Indipendenza e nomine. – b) L'organo di autogoverno e l'autonomia dei magistrati amministrativi. – Parte terza. Sull'attualità della scelta del Costituente di conservare la giurisdizione speciale amministrativa e su possibili interventi di riforma, regolamentare, legislativa o costituzionale, che la aboliscano, ovvero che semplicemente ne rafforzino le garanzie di indipendenza. – 4. Considerazioni generali sul ruolo oggi svolto dai giudici amministrativi in rapporto alle motivazioni che hanno indotto il Costituente a fare salva la giurisdizione amministrativa. – 5. Ambiti in cui è necessario rafforzare le garanzie di indipendenza dei giudici amministrativi, anche alla luce del dettato costituzionale.*

### 1. Premessa

In questo lavoro si affronteranno alcuni dei problemi di rilievo costituzionale che da tempo toccano il modello organizzativo degli organi della giustizia amministrativa, fino al pun-

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

\*\* Ricercatore in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

\*\*\* Relazione presentata al convegno nazionale, organizzato e promosso dall'Unione nazionale avvocati amministrativisti, dalla Società lombarda degli Avvocati amministrativisti e dalle Camere Amministrative della Lombardia orientale, dell'Insubria e di Monza e Brianza, dal titolo "Giustizia amministrativa: ostacolo o servizio?", tenutosi il 20 giugno a Milano.

Pur essendo il lavoro frutto della riflessione comune delle due autrici, i paragrafi 1 e 5 sono da attribuire a Marilisa D'Amico, mentre i paragrafi 2, 3 e 4 sono da attribuire a Irene Pellizzone.

to da mettere in dubbio, nella prospettiva di possibili riforme costituzionali, l'esistenza stessa di tale giurisdizione speciale.

I profili critici più frequentemente additati sono riconducibili alle nomine governative dei Consiglieri di Stato, alla contemporanea presenza di funzioni consultive e giurisdizionali, nonché ad altri due aspetti alquanto controversi che connotano la carriera e lo *status* dei giudici amministrativi, in ragione delle loro particolari competenze tecniche e della posizione che hanno tradizionalmente svolto nelle più alte cariche della pubblica amministrazione, offuscandone (quanto meno) l'immagine di indipendenza e imparzialità: gli incarichi extragiudiziari e il collocamento in fuori ruolo<sup>1</sup>.

Il terreno comune di tutti questi problemi può essere dunque individuato nella carenza di indipendenza e imparzialità dei giudici amministrativi.

Negli ultimi anni, dando seguito a riforme necessarie ed annunciate da tempo<sup>2</sup>, il legislatore ordinario è in realtà intervenuto in diverse occasioni per imporre dei limiti ai tipi di incarichi extragiudiziari assumibili e alla durata dell'istituto del collocamento in fuori ruolo, reso in molti casi obbligatorio (su queste misure si tornerà oltre nel corso del lavoro<sup>3</sup>).

Una soluzione più radicale e completa ai problemi d'indipendenza dei giudici amministrativi, tuttavia, potrebbe effettivamente giungere attraverso una riforma costituzionale volta a far confluire la giurisdizione amministrativa all'interno di quella ordinaria, affidandola eventualmente ad apposite sezioni specializzate, secondo uno schema già consolidato per altri settori<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> V. le incisive considerazioni di G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici*, in *Foro it.*, 2001, III, 269 ss., che enuclea proprio questi aspetti problematici.

<sup>2</sup> Cfr. l'art. 18 della l. n. 205 del 2000, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*, sulla composizione del Consiglio di Presidenza, che in apertura recita "In attesa del generale riordino dell'ordinamento della giustizia amministrativa sulla base dell'unicità dell'accesso e di carriera"; tale norma preludeva, come notano tra gli altri A. PROTO PISANI – R. ROMBOLI – G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2001, III, 555 ss., all'abolizione della nomina governativa dei Consiglieri di Stato, come disciplinata dall'art. 19 della l. n. 186 del 1982, *Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali*.

<sup>3</sup> V. da ultimo l'art. 8 del d.l. n. 90 del 2014, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, convertito nella l. n. 114 del 2014.

Prima, cfr. la l. n. 190 del 2012, *Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, art. 1, commi 66, 67 e 68.

<sup>4</sup> Si pensi al Tribunale dell'impresa, da ultimo istituito (art. 2, d.l. n. 1 del 2012, convertito con modificazioni nella legge n. 27 del 2012).

Per questa tesi v. F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 498 ss.

Rileva una contraddizione tra ruolo attuale del Consiglio di Stato e principi costituzionali, tra cui la soggezione del giudice alla legge, A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2/2011, 505 ss. Ancora diversa è la tesi di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005. L'A., in particolare, ritiene necessario valorizzare la portata degli artt. 24 e 111 Cost., che accomunano le due giurisdizioni, ordinaria e speciale, per ovviare al problema.

A metà tra un approccio radicale, che spinga alla riforma costituzionale votata all'unità della giurisdizione, ed un approccio più cauto, si collocava la proposta elaborata dalla Bicamerale del 1997 per la riforma costituzionale (progetto di revisione della

Si tratta di una strada, quest'ultima, che necessita però di essere vagliata approfonditamente, tenendo conto di tutti gli interessi costituzionali e diritti in gioco, tra cui quello, fondamentale, alla tutela giurisdizionale dagli abusi commessi dalla pubblica amministrazione, che non necessariamente il giudice ordinario potrebbe essere in grado di garantire meglio del giudice amministrativo.

A tal fine, occorre prima di tutto tornare alle radici della scelta, compiuta dal Costituente, di fare proprio il principio di "pluralismo organizzativo"<sup>5</sup> delle magistrature e, dunque, di fare salvo il Consiglio di Stato e più in generale la giurisdizione speciale amministrativa<sup>6</sup>, per poi valutarne la validità alla luce dell'oggi, secondo un'analisi orientata all'individuazione del miglior sistema di tutela giurisdizionale dei diritti.

Attraverso tale "ritorno al passato", in altre parole, si potranno esaminare più consapevolmente, allontanando il rischio di cadere in un approccio ideologico, i punti di forza e di debolezza di una riforma costituzionale volta ad abolire la giurisdizione amministrativa e ad investire delle relative controversie la magistratura ordinaria, oppure di una riforma di rango legislativo che dia attuazione agli artt. 100, terzo comma, e 108, secondo comma, Cost. mediante interventi mirati, in modo da porre i giudici amministrativi definitivamente al riparo dal rischio di inopportune commistioni col potere esecutivo e da impedire l'assunzione di impegni di fatto incompatibili con l'esercizio della funzione giurisdizionale.

In secondo luogo, occorre evitare di cadere nell'errore di dare per scontate, nella ricerca di un miglior assetto costituzionale del sistema giurisdizionale di tutela dei diritti, interpretazioni riduttive del dettato costituzionale, in realtà del tutto incerte: a tal fine, è fondamentale chiedersi quali requisiti minimi di indipendenza impongano al legislatore di adottare gli artt. 100, terzo comma, e 108, secondo comma, Cost., laddove si limitano a rinviare alla legge affinché siano assicurate le necessarie garanzie di indipendenza dei giudici speciali, anziché prevedere specifici requisiti di indipendenza, come accade nelle più pregnanti disposizioni rivolte alla magistratura ordinaria.

---

Parte seconda della Costituzione (A.C. 3931-A e A.S. 2583-A), in [www.camera.it](http://www.camera.it)). Si era ritenuto, in quel caso, tra l'altro, di: 1) distinguere nettamente le funzioni consultive e quelle giurisdizionali, affidando al Consiglio di Stato solo le prime e alla neo-istituenda Corte di Giustizia amministrativa le seconde; 2) semplificare l'assetto costituzionale vigente, prevedendo che la giurisdizione fosse affidata ai giudici amministrativi e ordinari, riconducendo le due categorie ad un maggior grado di unitarietà e rafforzando le garanzie di indipendenza dei primi (anche attraverso una totale equiparazione con quelle dei secondi). Interessante rilevare che il dibattito si è orientato a favore del mantenimento di giudici amministrativi, accanto a quelli ordinari, solo in un secondo momento, in ragione delle esigenze di giustizia presenti nella società, mentre inizialmente sembrava essersi affermata l'idea di inserire nella Costituzione il principio di unità della giurisdizione senza deroga alcuna.

<sup>5</sup> Pluralismo organizzativo di cui discorre N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza delle magistrature speciali oggi*, in B. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013, 15.

<sup>6</sup> Invita ad una riflessione di diritto costituzionale, volta ad enucleare le linee portanti del sistema della giustizia amministrativa nel disegno costituzionale, G. GIOVANNINI, *La giustizia amministrativa nel 2014*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 339 ss. (si tratta del discorso tenuto alla cerimonia di inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2014).

Qualora infatti si dovesse riscontrare che gli artt. 100, terzo comma, e 108, secondo comma, Cost., nonché le norme costituzionali riguardanti in generale la magistratura, e rivolte dunque anche alle giurisdizioni speciali, approntino un sistema di tutela dei requisiti dell'indipendenza appagante, se attuato in modo effettivo dal legislatore ordinario, potrebbe aggiungersi un'ulteriore ragione di cautela rispetto allo smantellamento del già consolidato sistema di giustizia amministrativa.

Col presente scritto, si intende dunque ricostruire il fondamento della scelta del Costituente che ha portato alla conservazione di alcune giurisdizioni speciali, tra cui quella amministrativa (*prima parte*), di valutare quali requisiti di indipendenza gli artt. 100 e 108 Cost. eventualmente già impongano al legislatore di prevedere (*seconda parte*) e, alla luce dei risultati ottenuti, di esaminare il quadro normativo attuale, prendendo in considerazione l'ipotesi estrema di una riforma costituzionale votata all'unità della giurisdizione, che garantisca una volta per tutte l'indipendenza dei giudici amministrativi (*terza parte*).

## **Parte prima. Le ragioni storiche che hanno portato la costituente al mantenimento della giurisdizione speciale amministrativa**

### **2. Ruolo della tesi per cui la giurisdizione amministrativa costituisce uno spazio di conquista nella tutela dei diritti all'interno del dibattito del Costituente sul principio di unicità della giurisdizione**

Il dibattito svoltosi in Assemblea costituente in merito alle giurisdizioni speciali è dominato dagli interventi di Piero Calamandrei<sup>7</sup>, sostenitore del principio di unicità della giurisdizione, in quanto ritenuto il solo strumento capace di veicolare i principi di indipendenza e autonomia della magistratura e in quanto funzionale alla certezza del diritto<sup>8</sup>, e di Aldo Bozzi, mosso invece dall'intento di far prevalere una continuità rispetto al passato e conservare quindi in vita il Consiglio di Stato<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Secondo cui "l'amministrazione della giustizia, in qualsiasi materia (civile, penale e amministrativa), deve essere affidata esclusivamente ad organi previsti e disciplinati dalla legge sull'ordinamento giudiziario, cioè ai giudici ordinari. All'infuori di questi giudici ordinari non debbono esservene altri". Si v. Calamandrei, Seconda Sezione della seconda Sottocommissione, 17 dicembre 1946, 41. Tutte le citazioni dei Lavori preparatori del presente scritto sono tratte dagli *Atti Parlamentari dell'Assemblea Costituente*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1948 (reperibili anche in [www.camera.it](http://www.camera.it)).

Cfr. E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss. In proposito, l'A. osserva che "Dunque, la bandiera dell'unicità della giurisdizione, finalizzata a garantire i diritti e le libertà dei cittadini, era sorretta da due robuste ragioni: l'indipendenza dell'ordine giudiziario e la certezza del diritto. [...] Dunque, la spinta di fondo era costituita più che dall'unità della giurisdizione, dalla certezza del diritto, vero mito inseguito dal Calamandrei, ma anche dagli altri giuristi presenti nella Costituente".

<sup>8</sup> Cfr. Bozzi, Seconda Sezione della seconda Sottocommissione, 18 dicembre 1946, 48.

<sup>9</sup> Assertori convinti della pluralità della giurisdizione furono anche Mortati e Ruini (quest'ultimo all'epoca Presidente del Consiglio di Stato), che arricchirono il dibattito di altri importanti argomenti. Mortati, in particolare,

Ripercorrendo in tutta la sua ampiezza tale dibattito, nella ricerca delle radici più profonde della scelta di fare salva la giurisdizione speciale amministrativa, emerge che il Costituente ha posto una particolare attenzione al tema dell'allargamento della tutela giurisdizionale dei singoli dinanzi agli abusi commessi dalla pubblica amministrazione.

Tale attenzione scaturiva dalla diffusa conoscenza delle capacità, dimostrate in passato, da parte del Consiglio di Stato, di proteggere i singoli dinanzi alla pubblica amministrazione.

In questa luce può essere letto, in primo luogo, l'argomento delle "ragioni storiche" della conservazione del Consiglio di Stato, che ebbe peso non certo trascurabile nel dibattito.

Ai Costituenti era ben noto non solo il fallimento del modello di giurisdizione unica<sup>10</sup>, ma anche l'importanza della conseguente reintroduzione dei tribunali amministrativi al fine di proteggere le posizioni individuali lese dalla pubblica amministrazione, in Italia<sup>11</sup> come in altri ordinamenti europei<sup>12</sup>. A questo proposito, si ricordò che i "*due grossi tronchi della giustizia amministrativa*" erano sorti "*non come usurpazione del giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*"<sup>13</sup>.

In secondo luogo, possono essere letti in questa luce gli interventi incentrati sul riconoscimento dei "meriti storici"<sup>14</sup> del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, "*per il prestigio, la capacità e l'indipendenza di cui hanno dato prova in tutti i tempi*"<sup>15</sup>, compreso il periodo fascista, in cui "*il Consiglio di Stato è stato esempio di indipendenza di giudizio, presidio e garanzia di giustizia*"<sup>16</sup>. Se vi era un'istituzione che "*aveva funzionato bene*" e che poteva

---

era favorevole non solo alla conservazione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato, ma anche alla possibilità di creare nuove giurisdizioni speciali, quando la risoluzione di certe controversie avesse richiesto specifiche competenze da parte dei giudici.

<sup>10</sup> Si v. G. CARBONE, "Art. 100", in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna - Roma, 67.

<sup>11</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 741, secondo cui la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato per vizio di illegittimità, istituita con la legge del 1889, "*appare davvero come un'integrazione della difesa giurisdizionale, nei punti in cui questa, per ragioni di fatto, si era dimostrata insufficiente*"; cfr. anche, *ivi*, 635 ss., in cui l'A. adduce come vera causa del fallimento del sistema di giurisdizione unica voluto nel 1865 in Italia l'assenza di indipendenza della magistratura ordinaria, che quindi si dimostrò troppo timida e deferente nei confronti del potere esecutivo e della pubblica amministrazione.

<sup>12</sup> Per una ricostruzione del dibattito sul punto si veda A. D'ALOIA, *L'autogoverno delle magistrature "non ordinarie" nel sistema costituzionale della giurisdizione*, Napoli, 1996, 49 ss.

<sup>13</sup> Leone, Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2334; nello stesso senso v. anche Ruini, Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2336 - 2338.

<sup>14</sup> A. D'ALOIA, *op. cit.*, 46.

<sup>15</sup> Leone, Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2334. Nello stesso senso, si veda nella medesima seduta anche l'intervento dell'on. Ruini, alle pagine 2336-2338, ove sottolineava, spec. a pagina 2338, che "*il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti hanno una funzione storica ed una funzione propria che fu conquistata, si noti, non sottraendo la propria competenza alla Magistratura ordinaria, ma conquistando nuovi campi di diritto e di libertà dei cittadini*".

<sup>16</sup> Castiglia, Seconda sezione della seconda Sottocommissione, 6 dicembre 1946, 12.

“considerarsi benemerita nel Paese” erano proprio “le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato”<sup>17</sup>. A questo proposito, si ricordi che il Presidente Ruini, per rispondere a coloro che avevano stigmatizzato la dipendenza del Consiglio di Stato dal potere esecutivo, ricordava la fondamentale attività di controllo del consiglio di Stato sugli atti dell’amministrazione del Governo, che aveva contribuito “ad arginare abusi di parte opposta; perché era rivendicazione e difesa delle minoranze e dei diritti dei cittadini”<sup>18</sup>.

In terzo luogo, fu speso nella direzione di una maggiore tutela l’argomento della specializzazione dei giudici amministrativi, che sarebbe stata vanificata dalla giurisdizione unica: secondo Mortati, “la ragion d’essere delle giurisdizioni speciali” stava proprio nelle diverse competenze del giudice ordinario, privo di “quella preparazione, quella forma mentis, quelle attitudini necessarie per interpretare certe disposizioni di legge, ed applicarle a certi rapporti determinati”<sup>19</sup>.

Un giudice “specializzato” era considerato maggiormente attrezzato e sensibile a conoscere e a far valere non solo l’interesse pubblico (e questo è ovvio), ma anche l’interesse dei privati<sup>20</sup>, proprio poiché un “giudice proveniente dall’amministrazione (...) ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti, e dell’interesse collettivo in specie”<sup>21</sup>.

Emblematico che, coerentemente con tale impostazione, Ruini abbia definito i giudici amministrativi “giudici speciali ordinari” in ragione della loro competenza particolare e specifica, che si differenziava dalla competenza generale del giudice ordinario<sup>22</sup>.

Che tale specializzazione non fosse fine a se stessa, né rivolta prevalentemente a preservare gli interessi della pubblica amministrazione dalle invasioni del potere giudiziario, emerge con chiarezza in un intervento di Uberti, il quale rilevò che “la specializzazione rappresenta un progresso perché con la differenziazione si possono avere degli organi più com-

---

<sup>17</sup> Ambrosini, Seconda sezione della seconda Sottocommissione, 19 dicembre 1946, 56.

<sup>18</sup> Alle posizioni espresse dal Presidente Ruini si opponeva con forza Gullo, secondo il quale “immettendo nella Costituzione il Consiglio di Stato” si sarebbe concesso ad esso “la possibilità di esercitare un’influenza di molto maggior rilevanza nella vita dello Stato”, nonché di “accamparsi il suo diritto di esercitare un’azione decisiva nella formazione delle leggi. Sul punto si veda Gullo, Assemblea Costituente, 18 settembre 1947, 298.

<sup>19</sup> Mortati, Assemblea Costituente, 27 novembre 1947, 2562.

Analogamente si esprimeva Adonnino, secondo il quale “la ragione giusta e logica e perfettamente accoglibile dell’esistenza delle giurisdizioni speciali” risiedeva nel fatto che “in tante materie speciali (...) il giudice ordinario non è adatto, perché il giudice ordinario ha un sistema rigido, dagli spigoli netti, dal sillogismo rigoroso quale s’addice al vigile senso del diritto, e non può essere pronto a quegli apprezzamenti duttili, elastici, che sono richiesti da tanti ambienti e da tante materie speciali”. Un giudice “specializzato”, dunque, era considerato maggiormente attrezzato e sensibile proprio poiché un “giudice proveniente dall’amministrazione (...) ha viva la sensibilità di tanti interessi contrastanti, e dell’interesse collettivo in specie”. Cfr. Adonnino, Assemblea Costituente, 20 novembre 1947, 2261.

<sup>20</sup> G. CARBONE, “Art. 100”, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 67.

<sup>21</sup> Adonnino, Att. Ass. Cost., 20 novembre 1947, 3937.

<sup>22</sup> Ruini, Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2337. La capacità del Consiglio di Stato di intervenire dove il giudice ordinario non era attrezzato, sia per ragioni legate alla sua formazione, sia per ragioni storiche, sia per la specificità del ruolo svolto dal Consiglio di Stato stesso sino ad allora, quale organo della giustizia “nella” amministrazione, è stata particolarmente avvertita, secondo la ricostruzione offerta da A. D’ALOIA, *op. cit.*, 46 ss.

*petenti*” ed efficienti, che permettano di rispondere alle nuove esigenze emergenti nel tessuto sociale.

Ed altri rilevavano che si trattava di quegli organi giurisdizionali, che proprio in ragione della loro “specializzazione” si erano dimostrati “*utili per la garanzia dei cittadini da un lato e dell’amministrazione dall’altro*”<sup>23</sup>.

La loro soppressione avrebbe insomma determinato gravi conseguenze per i diritti dei cittadini, giungendo sino ad ostacolare il regolare funzionamento della giustizia<sup>24</sup>.

## **Parte seconda. Il quadro costituzionale in tema di indipendenza e autonomia dei giudici amministrativi e la sua attuazione**

### **3. Le norme costituzionali poste a tutela dell’indipendenza dei giudici amministrativi: considerazioni generali**

Posto che il Costituente, quando scelse di mantenere in vita la giurisdizione amministrativa, aveva bene in mente l’esigenza di approntare un efficace sistema di tutela giurisdizionale dei singoli dinanzi agli abusi della pubblica amministrazione, non ci si può esimere dal constatare criticamente come le uniche<sup>25</sup> norme costituzionali che si preoccupano espressamente della tutela dell’indipendenza dei giudici amministrativi siano gli artt. 100, comma 3, e 108, comma 2, i quali si limitano a riservare alla legge il compito di assicurare l’indipendenza di Consiglio di Stato e Corte dei Conti e, più in generale, delle giurisdizioni speciali<sup>26</sup>.

In altre parole, a corollario dell’impostazione accolta, per cui il “salvataggio” del Consiglio di Stato è preordinato ad una efficace tutela dei diritti, avrebbe dovuto essere compiuto un attento esame dell’organizzazione interna della magistratura amministrativa e dei suoi rapporti col potere esecutivo, per renderla indipendente.

Per la verità, alcuni rari tentativi di introdurre specifiche garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato, modificandone il sistema di nomina dei componenti, in particolare con la previsione della nomina parlamentare<sup>27</sup>, vi furono, ma non risultarono particolarmente incisivi, né sufficientemente condivisi.

---

<sup>23</sup> Ambrosini, Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione, 19 dicembre 1946, 56.

<sup>24</sup> L. CHIEFFI, *La magistratura. Origine del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 2000, 75.

<sup>25</sup> Evidente la sproporzione rispetto ai presidi posti dalla Costituzione a tutela dell’indipendenza dei magistrati ordinari. Cfr. A. D’ALOIA, *op. cit.*, 77.

<sup>26</sup> L’art. 100, terzo comma, rinvia alla legge affinché questa “assicuri l’indipendenza” del Consiglio di Stato e della Corte dei conti “di fronte al Governo”. Più in generale, poi, l’art. 108, secondo comma, Cost., prevede che “*la legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali (...)*”.

<sup>27</sup> Bozzi proponeva che i consiglieri di Stato fossero scelti dal Parlamento tra categorie professionalmente e culturalmente individuate per la legge. Tuttavia, la proposta della nomina parlamentare dei magistrati del Consiglio di Stato venne respinta dall’Assemblea proprio poiché essa avrebbe rischiato di minare la neutralità e

Così, la questione fu risolta rinviando alla legge il compito di assicurare l'indipendenza dell'organo (art. 100, comma 3, Cost.).

Tra tali tentativi, vale la pena di ricordare la proposta, fatta dall'on. Mortati poco prima della votazione finale del testo in Assemblea, di un emendamento volto a vietare genericamente ai magistrati di svolgere funzioni retribuite per il Governo, sul modello della Costituzione belga<sup>28</sup>. Ciò sia per ragioni di indipendenza sia per evitare che i magistrati fossero distratti dal loro lavoro. L'emendamento fu ritirato dallo stesso Mortati su suggerimento del Presidente Ruini (allora al vertice del Consiglio di Stato), che addusse l'assenza di rilievo costituzionale della materia e indicò come strumento più adatto per intervenire un ordine del giorno al Governo affinché presentasse proposte adeguate<sup>29</sup>.

Su questo terreno, si condivide dunque la posizione di quanti hanno definito la discussione lacunosa<sup>30</sup>, evidenziando come, una volta che la posizione dei fautori dell'unità della giurisdizione fu superata, non ci si preoccupò di prevedere specifici requisiti di indipendenza dei giudici speciali<sup>31</sup>.

In un simile contesto, occorre però sforzarsi di individuare, alla luce del pur sfuggente dato positivo e della giurisprudenza costituzionale rilevante, i presupposti che la legge deve necessariamente prevedere, affinché non sia illegittimamente minata l'indipendenza dei consiglieri di Stato e dei magistrati dei T.a.r.<sup>32</sup>.

Solo in questo modo, e mantenendo ferma la consapevolezza che un'assimilazione con la magistratura ordinaria non sarebbe rispettosa della scelta del Costituente<sup>33</sup>, sarà possibile comprendere se l'unità della giurisdizione costituisce davvero un passaggio imprescindibile per l'effettiva indipendenza e autonomia dei magistrati e, quindi, in ultima analisi, per

---

l'indipendenza del giudice amministrativo. Sul punto si veda Bozzi, Seconda Sezione della seconda Sottocommissione, 8 gennaio 1947, 84.

<sup>28</sup> Mortati, Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, 2318.

<sup>29</sup> Sulla convinzione che gli strumenti per l'indipendenza non costituissero materia costituzionale v. anche le considerazioni di A. D'ALOIA, *op. cit.*, 66 s.

<sup>30</sup> A. D'ALOIA, *op. cit.*, 36, riconosce una "lacuna del dibattito costituente[che] riguardò la questione fondamentale della determinazione concreta e specifica delle garanzie di indipendenza e autonomia delle magistrature amministrativa, contabile e militare".

<sup>31</sup> A. D'ALOIA, *op. cit.*, 48 ss., ritiene che tale lacunosità derivi dall'astrattezza della costruzione teorica di Calamandrei e fa notare come lo stesso Consiglio di Stato, nella relazione del 30 giugno del 1946, inviata alla Commissione Forti al fine di contrastare la tesi della soppressione, avesse chiesto di prevedere strumenti per "svincolare l'istituto da ogni rapporto di subordinazione o da ogni ingerenza del potere esecutivo".

<sup>32</sup> Cfr. V. ONIDA, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 172.

<sup>33</sup> Secondo N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza*, cit., 15, il Costituente ha voluto legittimare un certo pluralismo organizzativo delle magistrature speciali.

Tra quanti ritiene che Corte costituzionale e legislatore abbiano esteso ai giudici amministrativi le più importanti garanzie di indipendenza previste dalla Costituzione per i giudici ordinari vi è S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia. Un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1/2013, 67. Ritiene superati veri e propri problemi di indipendenza, per effetto della l. n. 186 del 1982, che tra le altre cose ha previsto l'istituzione di un organo di "autogoverno" sulla falsariga del C.s.m., V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu), 22.

soppesare i pro e i contro di una possibile riforma costituzionale che abolisca le giurisdizioni speciali.

Prima di addentrarsi nell'esame della questione, è bene ricordare che l'interpretazione sistematica degli artt. 100, terzo comma, e 108, secondo comma, Cost., da leggersi insieme all'art. 111 Cost., laddove sancisce e tutela i principi di imparzialità e terzietà del giudice (commi primo e secondo) senza distinguere tra giudici ordinari e speciali<sup>34</sup>, costituisce un primo importante elemento che spinge verso una riduzione dello spazio di discrezionalità del legislatore. Infatti, come noto, l'imparzialità del giudice viene meno quando questi è "dipendente" dall'autorità che lo ha nominato o dall'autorità presso cui svolge attività extragiudiziarie<sup>35</sup>.

Nello stessa direzione, per motivi analoghi, spinge l'art. 113 Cost., sia perché (come l'art. 24 Cost.) sancisce il diritto per i singoli di difendersi in giudizio da atti della pubblica amministrazione, sia perché, al terzo comma, che prevede la possibilità che giudici diversi da quelli amministrativi annullino atti della pubblica amministrazione, fa venir meno la specifica giustificazione della vicinanza dei giudici amministrativi nella pubblica amministrazione<sup>36</sup>.

Ciò posto, occorre rilevare che la Corte costituzionale, pur negando discrezionalità assoluta al legislatore, ma adducendo la specificità delle giurisdizioni speciali<sup>37</sup>, ha "salvato" in diversi casi specifiche norme assai problematiche dal punto di vista dell'indipendenza, tra cui, su tutte, la previsione della nomina governativa di parte dei Consiglieri di Stato<sup>38</sup>.

Un argomento ricorrente nella giurisprudenza costituzionale è proprio che la specificità delle singole giurisdizioni speciali si riflette sulle garanzie di indipendenza da approntare, da parte del legislatore.

Secondo la Corte costituzionale, più precisamente, "*l'ordinamento vigente non contempla una piena uniformità di disciplina, quanto alla attribuzione delle funzioni, quanto all'assetto strutturale degli uffici, tra i magistrati dell'ordine giudiziario e quelli del Consiglio di Stato, nonché della Corte dei conti e dei tribunali militari*"; il giudice costituzionale ha quindi escluso che da garanzie costituzionali minime di indipendenza possa farsi derivare

---

<sup>34</sup> Cfr. N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza*, cit., 14.

<sup>35</sup> Cfr. N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014, 173 e 194 (in riferimento ai giudici speciali), i quali ritengono che l'indipendenza da sia un requisito per l'imparzialità.

<sup>36</sup> Si rinvia alla elaborazione di A. D'ALOIA, *op. cit.*, 122 ss.

<sup>37</sup> Emblematica in tal senso è la sent. n. 108 del 1962. La questione riguardava la composizione delle Sezioni specializzate agrarie ed è stata dichiarata fondata. La legislazione oggetto della pronuncia non prevedeva infatti sufficienti garanzie di indipendenza degli estranei esperti chiamati a comporre tali sezioni. Gli esperti erano nominati dalle Corti di appello, sulla base di nomi indicati da associazioni di categoria, che, non essendo prevista dalla legge una durata minima della carica, potevano in qualsiasi momento richiederne la sostituzione.

La Corte costituzionale in questa decisione afferma che "*non è contestabile che il requisito dell'indipendenza è difficilmente configurabile in termini precisi, perché la sua regolamentazione propone problemi diversi secondo le diversità delle strutture statali e le poche storiche, e non consente uniformità, dovendo adeguarsi alla varietà dei tipi di giurisdizione*".

<sup>38</sup> Cfr. la sentenza 1 del 1967 sulla nomina dei consiglieri della Corte dei conti e la sent. n. 177 del 1973, relativa alle nomine governative del Consiglio di Stato.

la "necessità di una piena equiparazione e di una puntuale corrispondenza ... tra le magistrature anzidette" (Corte cost., sentenza 1 del 1978<sup>39</sup> e sentenza 273 del 2011<sup>40</sup>).

Se, da una parte, "il principio di indipendenza vale per tutte le giurisdizioni, ordinarie e speciali" e, pertanto, in carenza di detto principio, "organi o procedimenti (...) non possono qualificarsi né "ordinari" né "speciali" in quanto, ancor prima, non costituiscono organi o procedimenti "giurisdizionali" (Corte cost., sentenza 278 del 1987<sup>41</sup>), dall'altra parte la Corte si premura anche di precisare che, per rendere una giurisdizione speciale conforme alla Costituzione, non serve assimilarla alla magistratura ordinaria, perché diversamente tutte le magistrature speciali sarebbero illegittime (sempre Corte cost., sentenza 278 del 1987).

Non pare si tratti di un percorso argomentativo di per sé problematico per la predisposizione di effettive misure per l'indipendenza dei giudici amministrativi, se non fosse che la Corte costituzionale lo ha talvolta utilizzato in modo elusivo, se così si può dire per "fare salvo l'esistente", come vedrà più nel dettaglio tra poco.

A favore della configurazione di diverse estensioni della nozione di indipendenza, peraltro, hanno giocato sicuramente anche il prestigio di Consiglio di Stato e Corte dei Conti, che ha indotto la Corte costituzionale ad una particolare deferenza, nonché l'inerzia del legislatore, che non ha affrontato da subito, con convinzione, le carenze, in termini di indipendenza, dell'assetto organizzativo delle giurisdizioni speciali<sup>42</sup>.

In questo quadro generale, pare dunque interessante verificare volta per volta se le regole costituzionali previste per la magistratura ordinaria costituiscano garanzie minime d'indipendenza che devono essere assicurate anche ai giudici speciali<sup>43</sup>, segnalando al con-

---

<sup>39</sup> La Corte con questa pronuncia ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità sollevata al fine di estendere anche ai magistrati appartenenti al Consiglio di Stato e alla Corte dei Conti il sistema di progressione in carriera basato sull'anzianità, vigente per la magistratura ordinaria, valorizzando proprio l'esistenza, all'interno della Costituzione, di due sistemi di garanzia dell'indipendenza differenziati, per la giurisdizione ordinaria, da un lato, e per le giurisdizioni speciali, dall'altro. Per la Corte è fondamentale invece che sia assicurata l'immunità da vincoli di soggezione formale e sostanziale ad altri organi e l'inamovibilità, sia pure con modalità diversamente articolate. Ritiene la posizione della Corte espressione di una cautela eccessiva H. SIMONETTI, *Art. 108*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2063 ss.

<sup>40</sup> In questa decisione la Corte ha dichiarato non fondata una questione di costituzionalità avente ad oggetto la previsione della conservazione dell'anzianità acquisita dai referendari e primi referendari dei T.a.r. in servizio al momento dell'entrata in vigore della l. n. 186 del 1982. Si lamentava una disparità di trattamento incostituzionale rispetto ai Consiglieri di Stato di nomina governativa e per concorso, così come dei magistrati ordinari e contabili.

<sup>41</sup> Oggetto della questione era la norma che prevedeva la mancata sospensione dei termini processuali nel periodo feriale per i processi militari in tempo di pace.

Nel sollevare la questione, era stato infatti ipotizzato in via interpretativa che, in seguito ad un processo di riforma legislativa, i giudizi penali militari in tempo di pace potessero rientrare nella nozione di giurisdizione ordinaria, anziché, come era avvenuto sino al compimento di tale percorso riformatore, nella nozione di giurisdizione speciale. Secondo questa impostazione, le lacune in termini di tutela dell'indipendenza delle giurisdizioni speciali, protrattesi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, le avrebbero rese tutte incostituzionali; perciò la Corte chiarisce che in assenza di indipendenza non è possibile nemmeno discorrere, a proposito delle giurisdizioni speciali, di organi giurisdizionali costituzionali.

<sup>42</sup> V. sempre A. D'ALOIA, *op. cit.*, 97 ss.

<sup>43</sup> Secondo il percorso offerto da N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 150 ss.

tempo le decisioni eccessivamente prudenti della Corte costituzionale ed i possibili interventi di cui il legislatore dovrebbe farsi carico rendere effettivo il dettato degli artt. 100, terzo comma, e 108, secondo comma, Cost.

#### **a) Indipendenza e nomine**

La Corte costituzionale ha dato per pacifica<sup>44</sup> l'indipendenza del giudice nell'esercizio delle sue funzioni, garantita dall'art. 101, comma 2, Cost., che certamente connota l'attività di tutti gli organi giurisdizionali (Corte cost., sentenza 43 del 1964<sup>45</sup>).

Nei rapporti con i singoli poteri che vengono in contatto con il procedimento di nomina dei giudici speciali, invece, le differenze con i magistrati ordinari sono assai marcate.

Sul punto, è quasi inutile dire che se il magistrato deve la sua nomina alla decisione di un organo politico, potrebbe essere indotto a favorire chi lo ha sostenuto quando, entrato in possesso delle sue funzioni, eserciterà il proprio potere giurisdizionale.

Pare dunque certamente problematico, in relazione ad una possibile lesione del requisito dell'indipendenza, che un quarto dei membri del Consiglio di Stato sia tuttora scelto in seguito a nomina governativa (con d.P.R., previa delibera del Consiglio dei Ministri e previo parere del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa; art. 19, comma 1, n. 2, della l. 186 del 1982).

Tuttavia, occorre prendere atto che nel 1967, con la sentenza 1, la Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 7 del T.U. 1214 del 1934, relativo alla nomina dei consiglieri della Corte dei Conti<sup>46</sup>, per violazione degli artt. 100, terzo comma, 106, primo comma, e 108, terzo comma, Cost., ritiene che la nomina per concorso prevista dall'art. 106 Cost., primo comma, non sia *“di per sé una norma di garanzia d'indipendenza del titolare di un ufficio, sibbene d'idoneità a ricoprire l'ufficio”*. Dopo di che, poste in luce le peculiarità delle funzioni esercitate dalle giurisdizioni speciali in genere, specifica che *“la provvista dell'ufficio in modi diversi e con procedimenti diversi da quelli del concorso può essere necessaria, o quanto meno opportuna, per il raggiungimento delle finalità loro assegnate”*.

---

<sup>44</sup> Cfr. N. ZANON – F. BIONDI, *op. ult. cit.*, 150 ss.

<sup>45</sup> La pronuncia dichiara non fondata la questione sollevata sulla norma che attribuisce al Procuratore generale militare il potere di attribuire le funzioni di giudice istruttore ad un sostituto procuratore militare per urgenti ragioni di servizio. La Corte costituzionale ravvisa nell'esigenza di un regolare e sollecito funzionamento della giustizia una giustificazione di tale previsione e ricorda che, comunque, il giudice istruttore deve esercitare le sue funzioni in modo imparziale e libero da influenze gerarchiche. La Corte calibra quindi, con un percorso argomentativo che riprende la sent. n. 108 del 1962, la nozione di indipendenza presa come riferimento alle specificità della giurisdizione speciale militare.

<sup>46</sup> La questione sottoposta alla Corte aveva ad oggetto la norma che riconosce la facoltà del Governo di nominare all'ufficio di consigliere della Corte dei conti persone che, per usare l'espressione della legge, non sono *“funzionari di grado V (ora primi referendari) della Corte stessa”*. Ne consegue che oggetto della questione era quella parte di norma che prevede la facoltà del Governo di ricoprire i posti di consigliere con nomine di soggetti estranei alla Corte.

Ciò posto, viene svolto un giudizio circa la prospettata violazione delle regole costituzionali poste a tutela dell'indipendenza dei giudici speciali. Argomento decisivo per giungere a negare che l'indipendenza dei Consiglieri della Corte dei Conti sia minata da questo tipo di nomine, risiede, secondo i giudici costituzionali, nella presenza di regole volte ad assicurarne l'inaffidabilità<sup>47</sup> dei Consiglieri della Corte.

Secondo la Corte, quindi, l'indipendenza è garantita se dopo l'atto di nomina i rapporti col Governo vengono recisi, in quanto l'indipendenza deve essere valutata successivamente, una volta che il giudice speciale inizia a svolgere le sue funzioni. In altre parole, le modalità d'ingresso nell'organo sarebbero di per sé sole non decisive per la configurazione dello *status* di indipendenza, derivante piuttosto dalle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale<sup>48</sup>.

Simile ricostruzione ha permesso alla Corte di mantenere in vita le norme regolanti la designazione "politica" (Presidente della Regione) di alcuni membri del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (v. Corte cost., sentenze 25 del 1976 e 316 del 2004).

In questo quadro, non completamente appagante, è possibile però valorizzare che l'inaffidabilità, esplicitamente prescritta per i soli giudici ordinari, è da includere tra le garanzie minime di indipendenza dei giudici speciali (Corte cost., sentenza 103 del 1964<sup>49</sup> e 1 del 1978).

La Corte costituzionale, ciononostante, ha riconosciuto che l'inaffidabilità dei giudici amministrativi non è assoluta ed ha ritenuto che essa sussista semplicemente se la durata dell'ufficio è predeterminata per legge (Corte cost., sentenza 316 del 2004, che conferma la sentenza 25 del 1976)<sup>50</sup>, anche se occorre sottolineare che tale affermazione della Corte è

---

<sup>47</sup> La Corte afferma che "la norma dell'art. 8 del T.U. citato stabilisce una valida garanzia di indipendenza, disponendo che i consiglieri della Corte dei conti non possano essere revocati, né collocati a riposo di ufficio, né allontanati in qualsiasi altro modo senza il parere conforme di una commissione composta dai Presidenti e dai vice Presidenti dei due rami del Parlamento".

<sup>48</sup> Come notano N. ZANON – F. BIONDI, *op. cit.*, 151. Sono quindi incostituzionali le norme che richiedono una conferma nell'incarico giurisdizionale da parte dell'organo politico, perché implicano un rapporto con questo dopo l'ingresso nell'esercizio della funzione giurisdizionale (v. Corte cost., sent. n. 49 del 1968, relativa ai componenti tribunali per il contenzioso elettorale designati dai consigli provinciali).

<sup>49</sup> La Corte ha ritenuto che l'art. 108 Cost. non fosse violato dalle norme disciplinanti le Commissioni distrettuali delle imposte, i cui membri secondo il remittente erano nominati dall'Intendente di finanza, in assenza di criteri di idoneità precisi, per una durata troppo breve (4 anni) ed erano revocabili o sostituibili in base a previsioni troppo vaghe per limitare sufficientemente i poteri dell'Intendente. La Corte costituzionale ricostruisce la normativa vigente e la ritiene invece in grado di circoscrivere i margini discrezionali dell'Intendente medesimo. Costata dunque che l'inaffidabilità, requisito di indipendenza necessario per le giurisdizioni speciali, è garantita.

<sup>50</sup> Cfr. L. BUFFONI, *La processualizzazione del giudizio amministrativo nella giurisprudenza costituzionale*, in G. SERGES (a cura di), *I Modelli processuali nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2010, 150 ss.

La sent. n. 25 del 1976 riguardava i membri del Consiglio della Giustizia amministrativa designati dalla Giunta regionale siciliana, che potevano essere riconfermati dalla stessa al termine del primo quadriennio. Per la Corte il vizio di costituzionalità non è costituito dal carattere temporaneo della nomina (da qui l'affermazione per cui l'inaffidabilità non è assoluta), ma dalla possibilità di una loro riconferma da parte di organi di indirizzo politico (la Giunta regionale in specie).

diretta primariamente ai membri laici del Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia e dunque non parrebbe estendibile in modo piano, ad esempio, ai consiglieri di Stato entrati in ruolo per concorso.

Altra conseguenza problematica della nomina politica è la seguente: se la scelta politica è disgiunta dalla presenza di altri requisiti, si recide l'importante legame tra indipendenza e professionalità, viceversa assicurato dal concorso, in cui sono valutate le competenze tecniche dei candidati.

La Corte costituzionale non ha tuttavia perso occasione di sottolineare che l'idoneità a ricoprire l'ufficio e il conseguimento di uno *status* sono strumenti necessari per assicurare l'indipendenza del magistrato speciale (Corte cost., sentenza 177 del 1973).

Per ovviare all'assenza del concorso, occorre quindi che il Governo, o l'organo politico competente, "peschino" tra categorie di soggetti con elevate qualifiche tecniche.

In questa direzione si pone, in modo senz'altro opportuno, l'art. 19 della l. 186 del 1982, per cui la nomina governativa dei Consiglieri di Stato deve ricadere su "*professori universitari ordinari di materie giuridiche o avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio professionale e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, o dirigenti generali od equiparati dei Ministeri, degli organi costituzionali e delle altre amministrazioni pubbliche nonché magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato di Corte d'appello o equiparata*". Inoltre, lo stesso art. 19 richiede la previa acquisizione parere del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, adottato a maggioranza assoluta, "*contenente valutazioni di piena idoneità all'esercizio delle funzioni di consigliere di Stato, sulla base dell'attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere*"<sup>51</sup>.

Un problema a sé, ancora insoluto, è costituito dalla nomina "governativa" del Presidente del Consiglio di Stato.

Naturalmente, si tratta di una carica fondamentale, i cui elevati poteri sono stati di recente, tra le altre cose, messi in discussione sotto un profilo molto specifico, su cui ci si sofferma qui incidentalmente<sup>52</sup>. Ci si riferisce alle decisioni a questi esclusivamente affidate in merito alla composizione delle sezioni consultive e giurisdizionali. In base all'art. 2 della l. n. 186 del 1982, infatti, "*Il Presidente del Consiglio di Stato, con proprio provvedimento, all'ini-*

---

<sup>51</sup> Ritene comunque tale cautela comunque insoddisfacente, tra gli altri, S. DE NARDI, *L'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità dei Consiglieri di Stato: profili (costituzionalmente) problematici*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, Torino, 2012 (ebook), 635 ss.

Problema connesso alla provenienza governativa di alcuni Consiglieri di Stato, da taluno segnalato, è che la carica di Consigliere di Stato costituisce a sua volta il requisito per accedere ad ulteriori ed importanti cariche: si pensi alla Corte costituzionale o alla presidenza di autorità indipendenti, per cui la provenienza indirettamente governativa rappresenta sicuramente un problema. V. sul punto tra gli altri R. BIN, *Conclusioni*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti*, cit., 678.

<sup>52</sup> Si v. S. DE NARDI, *L'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità dei Consiglieri di Stato: profili (costituzionalmente) problematici*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti*, cit., 654.

zio di ogni anno, sentito il Consiglio di Presidenza, individua le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali e consultive, determina le rispettive materie di competenza e la composizione, nonché la composizione della Adunanza Plenaria ai sensi dell'articolo 5, primo comma". La ricaduta del passaggio dalla sezione consultiva, che presta la propria attività al Governo, a quella giurisdizionale, per l'imparzialità ma anche per l'indipendenza del Consiglio di Stato, non è trascurabile. Proprio per questo, pare opportuno valorizzare il più possibile, per circoscrivere una discrezionalità del Presidente che sarebbe troppo ampia, il parere del Consiglio di Presidenza<sup>53</sup>.

Si torni ora alla nomina del Presidente del Consiglio di Stato ed al ruolo del Governo: come noto, la legge prevede che questo sia nominato tra i magistrati che abbiano effettivamente esercitato per almeno cinque anni funzioni direttive, con d.P.R., su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e sentito il parere del Consiglio di Giustizia amministrativa (art. 22, l. n. 186 del 1982).

A questo proposito, in primo luogo è importante ricordare (anche se non recente) la positiva modifica avutasi con la l. n. 186 del 1982, laddove precedentemente il Presidente del Consiglio di Stato poteva essere anche esterno a quest'ultimo<sup>54</sup>.

In secondo luogo, occorre notare che la prassi, in cui il ruolo preminente non è giocato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ma dal C.p.g.a., aggiunge non trascurabili garanzie nel procedimento di nomina del Presidente del Consiglio di Stato. Quando si avvicina la scadenza del Presidente del Consiglio di Stato, infatti, l'usanza è che il Presidente del Consiglio chieda al C.p.g.a. l'indicazione di soggetto da incaricare. Il C.p.g.a. procede con la scelta, salvo eccezioni sulla base del criterio dell'anzianità, ed elimina in questo modo la competizione tra diversi candidati.

Come è stato osservato<sup>55</sup>, si configura una vera e propria inversione dei ruoli di Presidente del Consiglio e organo di governo autonomo, nata appunto da una prassi di cortesia: di fatto, è il C.p.g.a. a designare il Presidente del Consiglio di Stato, ed il Governo a intervenire con una sorta di ratifica.

---

<sup>53</sup> V. le osservazioni di P. BONETTI, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo: un'introduzione e una conclusione*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti*, cit., 593 s.

<sup>54</sup> L'ultimo Presidente esterno come noto è stato Santi Romano, nominato dal Duce invece del Consigliere più anziano, Carlo Schanzer. Le ragioni addotte a giustificazione di questa deviazione dalla prassi sono diverse. Lo stesso Schanzer nelle sue memorie fa riferimento all'impegno preso dal Duce di fascistizzare le più alte cariche dello stato (Schanzer all'epoca non era iscritto al partito fascista). Cfr. il fascicolo personale di Schanzer, all. 3, pagina 6, in [www.senato.it](http://www.senato.it) (l'accaduto è raccontato anche in *Storia della mia nomina e snomina a Presidente del Consiglio di Stato*).

Per una ricostruzione della vicenda v. G. MELIS, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, Relazione al convegno su "Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano", Consiglio di Stato, Roma, 6 febbraio 2003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>55</sup> Ci si riferisce a N. ZANON, *L'autonomia e l'indipendenza*, cit., 29 s.

Posto che la prassi si è sviluppata in senso più garantista rispetto alla previsione legislativa, ci deve domandare se non valga la pena recepire anche legislativamente l'inversione tra C.p.g.a. e Consiglio di Stato<sup>56</sup>.

Infatti, siccome il dato formale è diverso, nulla può assicurare che non si verifichino scostamenti dal modello virtuoso impostosi (si ipotizzi un caso di divergenza politica tra Governo e Consigliere di Stato più anziano, se di nomina governativa anch'esso, e designato da un Esecutivo di segno opposto).

Volendo invece ipotizzare un superamento - anche - della prassi, qualora non si ritenga appagante il criterio dell'anzianità, la strada potrebbe essere quella di introdurre un concorso pubblico.

In connessione a tale rilievo, sia consentito anche osservare che, giacché il Presidente del Consiglio di Stato si trova poi a presiedere *ex lege* il C.p.g.a., il procedimento descritto dà adito ad un cortocircuito tra organo che esprime il parere per la nomina (*rectius*: la designazione in vita di fatto) e organo di destinazione del nominato, non privo di risvolti problematici<sup>57</sup>; inoltre, la coincidenza nella medesima persona della presidenza dei due organi pone delicati problemi, potendo esservi divaricazioni nella tutela degli interessi del Consiglio di Stato rispetto a quelli dell'intero corpo dei giudici amministrativi.

#### **b) L'organo di autogoverno e l'autonomia dei magistrati amministrativi**

Mancando nell'art. 108, comma 2, Cost., qualsiasi riferimento alla necessità di istituzione per le magistrature speciali di un organo analogo al C.S.M., si sarebbero probabilmente potute ipotizzare strade diverse per la garanzia dell'autonomia dei giudici amministrativi<sup>58</sup>.

La Corte costituzionale ha tuttavia adottato una interpretazione dell'art. 108, comma 2, che ha di fatto avvicinato i due sistemi di tutela. La Corte ha infatti definito condivisibile l'impostazione, adottata dal remittente, secondo cui è necessario "che un organo di garanzia debba comunque esserci, [...] sul presupposto che «l'indipendenza è [...] forma mentale, costume, coscienza d'un'entità professionale», ma «in mancanza di adeguate, sostanziali garanzie, essa [...] degrada a velleitaria aspirazione»" (Corte cost., sentenza 16 del 2011<sup>59</sup>).

---

<sup>56</sup> In tal senso v. anche il *Documento conclusivo sui problemi della giustizia amministrativa approvato nella seduta del C.p.g.a. del 30 aprile 2004*.

P. BONETTI, *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo: un'introduzione e una conclusione*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti*, cit., 591, considera già obbligata questa via in riferimento ai Consiglieri di Stato di nomina governativa, grazie alla tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione.

<sup>57</sup> V. ancora S. DE NARDI, *L'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità dei Consiglieri di Stato: profili (costituzionalmente) problematici*, in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti*, cit., 642.

<sup>58</sup> Sul problema relativo alla portata dell'art. 108, comma 2, e alla necessità costituzionale di un organo di governo autonomo analogo al C.s.m., si rinvia a N. ZANON – F. BIONDI, *op. cit.*, 75 e alla dottrina ivi citata alla nota 65.

<sup>59</sup> In questa decisione la Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione di costituzionalità sollevata sulla norma che disciplinava la composizione dell'organo di autogoverno della Corte dei conti, laddove non prevedeva che la componente consiliare eletta dai magistrati contabili fosse numericamente uguale a quella dei

E ancora, nella medesima decisione, ha valorizzato in modo significativo l'intervento del legislatore ordinario, che *“ha istituito tali organi per tutte le giurisdizioni speciali”*, riconoscendo l'importanza della presenza di simili istituzioni.

Il legislatore era intervenuto in tal senso rispetto ai giudici amministrativi mediante la l. 27 aprile 1982, n. 186, che ha istituito il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa (e tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, ha provveduto anche con riferimento agli ordini della magistratura contabile, tributaria e militare).

La l. 21 luglio 2000, n. 205, ha modificato in modo indicativo la composizione del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, ora formato dal Presidente del Consiglio di Stato (che lo presiede), da quattro magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato, da sei magistrati in servizio presso i Tribunali amministrativi regionali e da quattro cittadini, eletti due dal Senato e due dalla Camera a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, tra professori universitari in materie giuridiche o avvocati con venti anni di esercizio della professione, oltre che da quattro magistrati con funzioni di supplenti (v. art. 7, l. n. 186 del 1982).

Anche le funzioni esercitate dal C.p.g.a. sono configurate sul modello di quanto la legge prevede per il C.S.M.: tra di esse, vale la pena di ricordare le decisioni in tema di assunzioni, assegnazioni di sedi e di funzioni, trasferimenti, promozioni, conferimento di uffici direttivi, di procedimenti disciplinari. Con una formula di chiusura, si prevede inoltre che al C.p.g.a. spetti ogni altro provvedimento riguardante lo stato giuridico dei magistrati (cfr. l'art. 13 l. n. 186 del 1982).

Le disposizioni di legge, molto sintetiche, sono integrate poi da atti interni approvati dal C.p.g.a., analogamente a quanto accade con l'attività *“paranormativa”* del C.S.M.<sup>60</sup>. Tali atti possono essere impugnati peraltro davanti al Tar Lazio, sez. Roma, con conseguenze molto delicate sul rispetto del principio di terzietà del giudice<sup>61</sup>.

---

membri *“laici”*, eletti dal Parlamento. Per la Corte l'indeterminatezza del *petitum* si riflette sulla ammissibilità della questione, ma ciò non impedisce alla Corte stessa di svolgere gli interessanti *obiter dicta* menzionati nel testo.

Questione analoga è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 109 del 2014, in quanto l'ordinanza di remissione risultava per il giudice costituzionale perplessa e contraddittoria nella parte relativa alla motivazione sulla rilevanza.

La Corte sottolinea la necessità di *“adeguate, sostanziali garanzie di indipendenza”*, sia pure senza giungere ad affermare che un organo di garanzia deve comunque esserci, anche nella sent. n. 266 del 1988.

<sup>60</sup> V. ancora N. ZANON – F. BIONDI, *op. cit.*, 78.

<sup>61</sup> Si tratta di un aspetto molto delicato, che rischia di vanificare almeno in parte gli sforzi del C.p.g.a. in materia di indipendenza.

V. in tal senso per tutti F. FURLAN, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi: problemi e prospettive*, in *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), cit., 653 ss., anche per i casi citati. Cfr. anche A. D'ALOIA, *op. cit.*, 346 s., che ricorda come simmetricamente nella sent. n. 44 del 1968, relativa al sindacato del giudice amministrativo sulle delibere del C.s.m., la Corte costituzionale ricordò che affidare tale competenza al giudice ordinario avrebbe portato ad una sovrapposizione tra i destinatari degli atti oggetto del giudizio e i giudici.

V. anche, nella medesima direzione, il *Documento conclusivo sui problemi della giustizia amministrativa approvato nella seduta del C.p.g.a. del 30 aprile 2004*, che elaborava tre differenti proposte per far fronte a tale problema:

Si è dunque imposto un modello di autonomia analogo quello dei magistrati ordinari. La scelta per una simile modello, peraltro, non è necessariamente convincente, anche se va dato atto che, almeno in parte, forse, sta dando alcuni frutti.

A questo proposito, come si dirà oltre più nel dettaglio, vale la pena ricordare, a titolo esemplificativo, che il C.p.g.a., dando attuazione della l. n. 190 del 2012, ha recentemente adottato, e sta adottando, misure più rigide in relazione agli incarichi extragiudiziari e al collocamento in fuori ruolo, al fine di arginare il fenomeno delle doppie carriere, che naturalmente provoca ripercussioni negative rispetto all'immagine di indipendenza di tutto l'ordine dei magistrati amministrativi.

**Parte terza. Sull'attualità della scelta del Costituente di conservare la giurisdizione speciale amministrativa e su possibili interventi di riforma, regolamentare, legislativa o costituzionale, che la aboliscano, ovvero che semplicemente ne rafforzino le garanzie di indipendenza**

#### **4. Considerazioni generali sul ruolo oggi svolto dai giudici amministrativi in rapporto alle motivazioni che hanno indotto il Costituente a fare salva la giurisdizione amministrativa**

Così tratteggiato il quadro delle garanzie costituzionali di indipendenza dei giudici amministrativi e della loro interpretazione da parte della Corte costituzionale, è giunto il momento di domandarsi se le ragioni sostanziali a favore della giurisdizione speciale abbiano resistito alla prova del tempo ed al problema dovuto alla scarsa incisività delle norme costituzionali poste a tutela dell'indipendenza dei giudici amministrativi.

---

*“1) i ricorsi avverso gli atti del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa concernenti magistrati amministrativi sono affidati alla giurisdizione piena, per diritti ed interessi legittimi, della Corte di appello di Roma in primo grado e della Corte di cassazione in secondo grado;*

*2) i ricorsi avverso gli atti del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa concernenti magistrati amministrativi sono affidati a una Sezione specializzata della giustizia amministrativa costituita in primo grado da un collegio di tre membri, di cui due estratti a sorte in un elenco di persone particolarmente esperte, all'uopo predisposto ogni cinque anni dal Parlamento e una, con funzioni di Presidente, estratta a sorte tra i Presidenti di Sezione di T.A.R.; in appello, la controversia dovrebbe essere devoluta ad un collegio costituito presso il Consiglio di Stato e composto di cinque membri estratti a sorte dall'elenco formato dal Parlamento, da un magistrato estratto a sorte tra i consiglieri di Stato e da un Presidente estratto a sorte tra i Presidenti di Sezione del Consiglio di Stato;*

*3) i ricorsi avverso gli atti del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa concernenti magistrati amministrativi sono affidati in primo grado ad un T.A.R. estratto a sorte ed assegnati ad un collegio costituito da magistrati dello stesso tribunale a loro volta prescelti con sorteggio.*

*Il collegio è presieduto dal magistrato più anziano nel ruolo estratto a sorte.*

*In secondo grado gli appelli sono affidati ad una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato estratta a sorte, costituita con gli stessi criteri di cui al comma precedente”.*

Si è visto che in Assemblea costituente l'argomento più forte, oltre a quello storico, a favore del mantenimento della giurisdizione speciale scaturisce dalla consapevolezza dell'esigenza di mantenere in vita un importantissimo strumento di tutela dei diritti dei singoli, preservando la *forma mentis* dei giudici amministrativi, diversa da quella dei giudici ordinari.

Ma si tratta di una ragione valida anche oggi? La giurisdizione amministrativa non pone in essere piuttosto un sistema di tutela minore di quanto non sarebbe un giudice appartenente all'ordinamento giudiziario? O la presenza di una giurisdizione speciale amministrativa è ancora funzionale all'ampliamento della sfera di tutela dei diritti per i singoli lesi dalla pubblica amministrazione, perché la magistratura ordinaria, nonostante i suoi più incisivi requisiti di indipendenza ed imparzialità, faticherebbe, per la diversa formazione dei magistrati che la compongono, a farsi carico di tale compito?

A questo riguardo, non si può non ricordare quanto osservato dal Presidente Giovannini in occasione delle celebrazioni di inaugurazione dell'anno giudiziario del 2014, svoltesi presso il Consiglio di Stato<sup>62</sup>, sul ruolo di T.a.r. e Consiglio di Stato oggi. Secondo il Presidente Giovannini, è divenuta del tutto obsoleta la concezione che vede nel giudice amministrativo l'autorità deputata (solo) ad annullare degli atti illegittimi della pubblica amministrazione. Gli organi della giustizia amministrativa si vedono ormai riconosciuti poteri ben più ampi e pregnanti, che consentono di tutelare situazioni giuridiche portate alla loro attenzione anche per il tramite di azioni di accertamento, costitutive o di condanna.

I giudici amministrativi si trovano dunque a maneggiare anche materie di notevole delicatezza, che riguardano direttamente, o che indirettamente incidono, sui diritti delle persone<sup>63</sup>. Si pensi alle decisioni intervenute in materia di pari opportunità<sup>64</sup>, a quelle vertenti in materia elettorale<sup>65</sup>, o alle decisioni che si riverberano sul diritto alla salute dei cittadini, sul diritto allo studio delle persone disabili<sup>66</sup>.

In questo ultimo ambito, vale la pena di ripercorrere l'emblematica vicenda che ha visto un candidato al concorso in magistratura del 2014 chiedere al T.a.r. Lazio la sospensione del concorso stesso, in quanto le modalità di svolgimento delle prove, fissate in tre giorni consecutivi, non erano compatibili con il trattamento sanitario.

Dapprima, il T.a.r. Lazio (ordinanza cautelare del 6 giugno 2014, n. 2563), con una decisione che ha accordato la tutela richiesta al ricorrente, a fronte dell'aspettativa di oltre

---

<sup>62</sup> G. GIOVANNINI, *La giustizia amministrativa nel 2014*, cit.

<sup>63</sup> Cfr. A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Diritto pubblico*, 1/2012, 69 ss.

<sup>64</sup> Di notevole impatto, solo per citare alcune tra le più rilevanti, quella che ha riguardato la Giunta del Comune di Roma (sez. II, n. 6673/2011).

<sup>65</sup> Significativa decisione quella che ha riguardato l'applicazione della l. n. 190 del 2012, in tema di incandidabilità, nella quale il Giudice amministrativo svolge approfondite considerazioni sulla interpretazione della disciplina (sez. II bis, n. 8696/2013)

<sup>66</sup> Il T.a.r. Lazio ha chiarito, infatti, che gli istituti scolastici non possono esimersi dal garantire agli studenti affetti da disabilità grave il diritto di fruire delle ore di sostegno previste dalla legge e che ad eventuali carenze in organico si deve ovviare anche attraverso il ricorso a contratti a tempo determinato con insegnanti di sostegno (sez. III bis, nn. 6011 e 8061/2013).

20.000 iscritti al concorso, e per questo assai contestata<sup>67</sup>, aveva ordinato la sospensione delle prove, in base alla legge n. 68 del 1999, che delinea all'art. 16 un vero e proprio diritto del disabile a che "i bandi di concorso prevedano speciali modalità di svolgimento delle prove di esame per consentire ai soggetti suddetti di concorrere in effettive condizioni di parità con gli altri", da declinarsi, nel caso di specie, con la fissazione delle tre prove in tre giorni non consecutivi.

Col decreto monocratico del Presidente aggiunto del Consiglio di Stato (sez. IV, decreto 09 giugno 2014, n. 2435) si è tuttavia riformata l'ordinanza cautelare del Tar Lazio e si è fissata la Camera di Consiglio per il 1° luglio, quando le prove concorsuali saranno già svolte, ritenendo che non sussistessero i presupposti della irreversibilità e della irreparabilità del danno, tale da non consentire neppure di attendere la prima camera di consiglio utile.

Intanto però quanto accaduto era servito al ricorrente per ottenere dall'amministrazione la concessione di fruire di tempi aggiuntivi per svolgere le prove, senza pregiudizio per il trattamento di dialisi, e la predisposizione di altri accorgimenti che rendessero compatibile con il concorso il trattamento stesso. Il giudizio amministrativo aveva così aperto la strada per un bilanciamento tra opposti diritti e interessi da parte della pubblica amministrazione.

Nell'ordinanza camerale del Consiglio di Stato<sup>68</sup>, successiva alle prove, è stato dunque possibile rigettare l'istanza cautelare proposta dal candidato in primo grado e accogliere l'appello del Ministro della giustizia, rilevando semplicemente che l'organizzazione delle prove in tre giorni non consecutivi rappresentava una richiesta eccessiva, in quanto l'amministrazione aveva già adempiuto all'obbligo di organizzare speciali modalità di svolgimento dell'esame, senza sacrificare, in questo modo, inutilmente le aspettative degli altri concorrenti.

Ancora, cambiando ambito, il giudice amministrativo laziale ha avuto occasione di confrontarsi con la portata della libertà di riunione consacrata nell'art. 17 Cost., affermando condivisibilmente che l'Autorità amministrativa non può limitare in via generale, ex ante e senza valutare le specificità delle singole manifestazioni, il diritto di riunione in luogo pubblico (sez. I, n. 1432/2012).

Pare, infine, importante rilevare che il giudice amministrativo ha sollevato importanti questioni di costituzionalità, anche di recente, in materia di diritti costituzionali<sup>69</sup>; allo stesso tempo, ha dimostrato di saper interloquire utilmente con la Corte di Giustizia dell'Unione europea, tramite il rinvio pregiudiziale<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Per tutti v. G. VIRGA, *Una ordinanza "nobile", ma non condivisibile*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 8 giugno 2014.

<sup>68</sup> Ord. 2 luglio 2014, n. 2832/2014, IV Sezione del Consiglio di Stato.

<sup>69</sup> Ad esempio è del T.a.r. Lazio l'ordinanza di remissione avente ad oggetto alcuni commi dell'art. 14 della l. n. 40 del 2004 (sent. del 21 gennaio 2008), in tema di fecondazione assistita. La questione era stata sollevata anche da alcuni magistrati ordinari (Firenze, Milano, Catania), ma è l'impostazione del *themadecidendum* elaborata dal T.a.r. Lazio che è stata ripresa dalla sentenza resa dalla Corte costituzionale (n. 151 del 2009).

<sup>70</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo in 150 di unità d'Italia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 786 ss.

Ebbene, di fronte alla descritta complessità del contenzioso amministrativo, alle elevatissime competenze e al tasso di specializzazione dei magistrati amministrativi, legato alla presenza della pubblica amministrazione come parte in giudizio, paiono fuori fuoco i rilievi critici mossi nei confronti del sistema di giustizia amministrativa.

Le esigenze addotte dal Costituente, in vista delle quali si ritenne di dover affidare ad un giudice speciale la tutela degli interessi legittimi - e, nelle materie previste dalla legge, dei diritti soggettivi - nei confronti della pubblica amministrazione (art. 103 Cost.), paiono ancora valide, alla luce della prova che i magistrati amministrativi nel complesso stanno dando.

D'altra parte, far convergere sugli organi della giustizia ordinaria, non avvezzi al particolare sindacato in uso nelle aule dei T.a.r. e del Consiglio di Stato<sup>71</sup>, le controversie oggi demandate ai giudici amministrativi, potrebbe provocare danni al funzionamento del sistema giudiziario.

Una scelta di questo tipo significherebbe disperdere un patrimonio formidabile di competenza e professionalità, nonché determinare un affollamento del contenzioso di cui i Tribunali ordinari non hanno certo bisogno.

## **5. Ambiti in cui è necessario rafforzare le garanzie di indipendenza dei giudici amministrativi, anche alla luce del dettato costituzionale**

In base a quanto si è tentato di dimostrare, i rilievi critici relativi al mantenimento della giurisdizione amministrativa si spostano, da ragioni di vera opportunità, che dovrebbero imporre il passaggio delle controversie amministrative ai giudici ordinari mediante una riforma costituzionale, al difetto di indipendenza dei giudici amministrativi.

Sotto questo profilo, pare che, criticando la specialità, si vorrebbe metterne in discussione non la magistratura amministrativa in sé e per sé considerata, ma una sua deviazione dalle regole, alla luce della quale il giudice speciale rischia di apparire come giudice "privilegiato".

Per rispondere correttamente alle critiche mosse, è importante, allora, che l'ordinamento si doti di ulteriori regole capaci di evitare questo rischio; ciò anche nell'ottica di

---

Per fare un esempio, si pensi alla vicenda giudiziaria che ha visto per protagonista il T.a.r. Piemonte. Nell'anno 2013 è giunta a conclusione, avanti al T.a.r. Piemonte (Sez. II, sent. 1199/2013), la vicenda che ha dato luogo al noto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE in tema di rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nelle controversie in materia di appalti pubblici. La Corte di Giustizia (sent. 4 luglio 2013, C-100/12) ha sostanzialmente avallato l'opzione interpretativa del T.a.r. Piemonte, "sconfessando" così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011. Al di là del merito della questione, non si può che salutare con favore il dialogo instauratosi tra T.a.r. e Corte di Giustizia di modo che la tutela delle posizioni giuridiche soggettive trovi capisaldi anche oltre gli orientamenti maturanti all'interno del solo plesso T.a.r. – Consiglio di Stato.

<sup>71</sup> Nella sent. n. 1 del 1978, già citata, la Corte costituzionale osserva che la giurisdizione amministrativa "opera nel settore dei rapporti giuridici tra la Pubblica Amministrazione ed il cittadino, sicché a quella giurisdizione sono conferiti poteri particolari e la legge prevede specifici istituti intesi a conferire alle pronunce del giudice amministrativo una diversa incisività".

rispondere efficacemente alle voci che talvolta si levano contro la stessa esistenza di una giurisdizione speciale.

Nell'ottica di eliminare i "privilegi" dei giudici amministrativi, occorre dunque puntare l'attenzione in modo mirato sulla prassi degli incarichi extra-giudiziari e quello del collocamento in fuori ruolo.

Si concluderà il lavoro proprio puntando l'attenzione sui più recenti interventi del legislatore che dovrebbero dare al C.p.g.a. importanti strumenti per contenere il fenomeno.

a) Gli incarichi extra-giudiziari, sono suscettibili di incidere, in effetti, proprio sulla immagine di indipendenza e imparzialità del giudice: questo profilo sta impegnando moltissimo l'attuale Consiglio di Presidenza.

La diffusa prassi dello svolgimento di attività esterne alle sedi giudiziarie, per vero, ha certamente consentito di portare nelle pubbliche amministrazioni dello Stato il contributo di magistrati di elevatissima competenza<sup>72</sup>.

Il legislatore, tuttavia, si è di recente fatto interprete di una diversa lettura del fenomeno, e ha costruito una disciplina più rigorosa, volta ad evitare la possibilità che si costruiscano vere e proprie carriere parallele, che, oltre a mettere in discussione l'immagine di indipendenza dei magistrati amministrativi, possono contravvenire alle esigenze di funzionalità dell'amministrazione giudiziaria<sup>73</sup>.

Ci si riferisce naturalmente ai limiti imposti in primo luogo dalla legge n. 190 del 2012 e in secondo luogo dal decreto legge n. 90 del 2014, convertito nella legge n. 114 del 2014, intervenuto per completare quanto lasciato incompiuto dalla legge n. 190, che demandava una parte della propria attuazione al Governo, rimasto però nel frattempo inerte.

Per parte sua, la Corte costituzionale aveva invocato da tempo un contenimento di tali incarichi. Nella sentenza 177<sup>74</sup> del 1973, sia pure con riferimento ai magistrati amministrativi, aveva infatti già invitato a procedere ad un "*sostanziale contenimento degli incarichi speciali*". Nella successiva sentenza 224 del 1999<sup>75</sup>, la Corte affermò che, "*per i magistrati, l'assunzione di compiti e lo svolgimento di attività estranee a quelle proprie dell'ufficio ad essi*

---

<sup>72</sup> Cfr. A. SANDULLI, *Il Consiglio di Stato e le istituzioni*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Torino, 2011, 631.

<sup>73</sup> Del resto, come rilevava con una celebre espressione A. M. Sandulli già nel 1971, sebbene la probità dei giudici amministrativi sia incontestabile, "la moglie di Cesare non deve neppure essere sospettata"; v. A. M. SANDULLI, *Problemi della giustizia amministrativa in Italia prima e dopo le leggi di riforma del 1971, Relazione nel colloquio sul tema Il controllo delle leggi e degli atti amministrativi in Italia e in Polonia*, promosso dall'Accademia dei Lincei in collaborazione con l'Università di Varsavia (Roma, 15-16 marzo 1972), Roma, Accademia dei Lincei, 1973, 143-63 e pubblicato in A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 611-23.

<sup>74</sup> Come sottolinea F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 71, auspicando anch'egli un contenimento degli incarichi.

<sup>75</sup> La questione riguardava una legge regionale siciliana da cui scaturiva che il Consiglio di Presidenza della Corte dei conti potesse autorizzare l'incarico di membro del collegio dei revisori di alcuni enti regionali siciliani solo a magistrati in servizio presso le sezioni della Corte dei conti siciliane. La Corte accoglie la questione, per contrasto con gli artt. 100, terzo comma, e 108, secondo comma, Cost.: la possibilità di scegliere solo tra magistrati in opera nelle sezioni siciliane avrebbe infatti determinato una contaminazione tra controlli interni (nel collegio dei revisori) ed esterni (ad opera delle sezioni della Corte dei conti).

*affidato – anche quando non richiedano una sospensione o una riduzione delle funzioni ordinarie del magistrato – sono fattori suscettibili, in astratto, di incidere sulla loro indipendenza ed imparzialità, connotato e condizione essenziale per l'esercizio della funzione loro attribuita: sia in quanto può esservi una interferenza diretta fra compiti propri e ulteriori attività svolte, sia in quanto l'attribuzione stessa, o la possibilità di attribuzione, dell'incarico, per la sua natura e per i vantaggi che possono derivarne, può tradursi in un indiretto condizionamento del magistrato”.*

La legge n. 190 del 2012, art. 1, comma 18, ha introdotto un giro di vite, vietando l'assunzione di incarichi arbitrari<sup>76</sup>. Si trattava di incarichi decisamente problematici, sia per l'entità della retribuzione, solitamente molto elevata, che creava disparità verso i “colleghi” che non praticavano gli arbitrati (si era quindi istituito un fondo di perequazione), sia per la presenza, talvolta, della pubblica amministrazione nei collegi arbitrati. Essi dovranno quindi essere espunti dalla delibera interna del C.p.g.a del 2001<sup>77</sup>, che ne disciplinava autorizzazione e conferimento.

La delibera stessa è sottoposta attualmente ad un riesame, che dovrebbe costituire l'occasione per un ripensamento di alcuni aspetti della disciplina, e per l'introduzione di ulteriori limiti allo svolgimento di attività estranee alla funzione giurisdizionale, in coerenza anche con quanto è previsto per i giudici ordinari.

Occorre, infatti, essere consapevoli che l'assunzione di un secondo incarico, che pure non comporti il collocamento in fuori ruolo, sottrae inevitabilmente del tempo all'esercizio dei doveri d'ufficio.

Tra gli incarichi regolati nella delibera, la cui disciplina meriterebbe, con questa occasione, qualche ripensamento, vi sono anche quelli di insegnamento.

Si potrebbe essere infatti in un primo momento indotti a ritenere che si tratti di attività non problematiche per l'indipendenza e forse anche per l'efficienza degli uffici giudiziari, se svolte presso strutture pubbliche e per brevi periodi o comunque entro tempi contenuti. Tut-

---

<sup>76</sup> V. la legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, art. 1, comma 18. La sanzione è la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti. In tema v. F. BIONDI, *Gli incarichi extra-istituzionali dei magistrati amministrativi*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Indipendenza*, cit., 31 ss. Per un quadro precedente a tale legge v. F. FURLAN, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi: problemi e prospettive*, cit., 1 ss. e ora in P. BONETTI, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Giudice amministrativo e diritti costituzionali*, cit., 653 ss.

<sup>77</sup> Delibera del 18 dicembre 2001 (Norme generali per il conferimento o l'autorizzazione di incarichi non compresi nei compiti e nei doveri di ufficio dei magistrati amministrativi).

Il quadro normativo rilevante in tema di incarichi extragiudiziari nelle magistrature speciali è composto dall'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 (già art. 58 del d.lgs. n. 29 del 1993), che, oltre a stabilire che gli incarichi devono essere previsti dalla legge o da altre fonti normative, autorizza il Governo a intervenire con proprio regolamento.

Accanto a queste norme di rango primario, occorre ricordare il d.lgs. n. 35 del 2006, che impone di dare pubblicità e trasparenza agli incarichi svolti dai magistrati, che oggi sono infatti inseriti sul sito internet del C.p.g.a con cadenza semestrale.

Il d.P.R. 418 del 1993, invece, contiene l'elenco degli incarichi consentiti e vietati ai giudici amministrativi, ne disciplina la procedura e rinvia per il resto a delibere dell'organo di autogoverno.

tavia, essi possono provocare delicate commistioni, in particolare quando il magistrato sia chiamato a far parte delle commissioni di concorso per la cui preparazione ha tenuto l'insegnamento.

A questo riguardo, occorre ricordare che la delibera ad oggi vigente del C.p.g.a., a differenza della più severa circolare del C.S.M., consente l'autorizzazione a svolgere l'insegnamento anche in scuole private "di sicuro affidamento e serietà", che svolgano "professionalmente un'attività di formazione scientifica e culturale", nonché lo "svolgimento presso la propria abitazione o strutture all'uopo adibite"<sup>78</sup>. Si prevede però come contrappeso che "durante lo svolgimento dei corsi e per i successivi cinque anni è fatto divieto di presiedere e partecipare a commissioni di concorso attinenti ai corsi di preparazione stessi".

A fronte del rischio di commistioni, vale forse la pena di prendere in considerazione il modello del C.S.M., meglio capace di evitare che inopportune mescolanze appannino l'immagine delle commissioni di concorso.

Nella bozza di riforma del regolamento del C.p.g.a., inoltre, è previsto che l'attività di insegnamento non sia soggetta ad autorizzazione del C.p.g.a., ma solo ad un onere di comunicazione.

Si tratta evidentemente di una distinzione non trascurabile, sia per il magistrato interessato a svolgere tale attività, che è tenuto semplicemente a comunicare la propria decisione al Consiglio di presidenza, sia per il Consiglio di presidenza, che non ha strumenti adeguati per porre limiti a questo tipo di incarichi.

La scelta pare dettata dalla volontà di tenere conto dell'art. 53 del d. lgs. 165 del 2001, comma 6, lett. f bis), come da ultimo modificato<sup>79</sup>, che prevede infatti che le docenze siano da considerarsi incarichi *non retribuiti* e, in quanto tali, sottratti al procedimento di autorizzazione.

Tale interpretazione, come rilevato anche in sede di elaborazione delle modifiche al regolamento, non può dirsi tuttavia pacifica. Sul punto, sia pure con riferimento ai magistrati ordinari, merita di essere ricordato che la Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, sentenza 10 dicembre 2013, n. 27493, ha adottato una lettura più restrittiva e ritenuto che gli incarichi di insegnamento ai magistrati ordinari possano (*rectius*: debbano) comunque essere autorizzati in base all'art. 16 dell'ordinamento giudiziario. Quest'ultima norma costituisce infatti per la Suprema Corte disposizione speciale rispetto all'art. 53, comma 6, lett. f bis), d. lgs. n. 165 del 2001, che riguarda in generale il pubblico impiego.

---

<sup>78</sup> La circolare del C.s.m. 19942 del 2011 (modificata nel 2013) vieta l'organizzazione di scuole private di preparazione a concorsi o esami per l'accesso al pubblico impiego alle magistrature, e alle altre professioni legali, nonché la partecipazione, sotto qualsiasi forma ed indipendentemente dalle caratteristiche dimensionali, alla gestione economica, organizzativa e scientifica di tali scuole ovvero lo svolgimento presso di esse di attività di docenza, anche in via occasionale.

<sup>79</sup> Lettera aggiunta dall'articolo 7-novies del d.l. 31 gennaio 2005, n. 7 e, successivamente, è stato aggiunto il riferimento alla attività di docenza con l'articolo 2, comma 13-quinquies, lettera b), del d.l.n. 101 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125 del 2013.

Più precisamente, la Cassazione ha affermato che, *“l’esistenza di una disposizione normativa che in via generale ed astratta postuli per i dipendenti pubblici la possibilità di svolgere incarichi non esclude la potestà autorizzatoria del CSM, spettando in ogni caso all’organo di autogoverno verificare che nel caso concreto non sussistano ragioni, connesse al prestigio della magistratura ovvero alla funzionalità del singolo ufficio giudiziario, che si oppongono a che quel particolare incarico sia svolto da quel determinato magistrato”*.

Si tratta di una *ratio decidendi* trasponibile all’ipotesi delle docenze svolte dai magistrati amministrativi; si ricordi tra l’altro che, ai sensi dell’art. 2 del D.P.R. n. 418 del 1993, il C.p.g.a. è depositario del delicato compito di tutelare, nell’autorizzazione dell’incarico, *“il prestigio e l’immagine della magistratura amministrativa”*, oltre che di garantire il rispetto delle norme legislative e regolamentari.

Pertanto, sembra di potersi affermare che la *“comunicazione”* in luogo dell’*“autorizzazione”* non costituisca una scelta obbligata, ben potendo il C.p.g.a. decidere di mantenere il potere di autorizzare gli incarichi di insegnamento allo scopo di verificare, di volta in volta, la loro compatibilità rispetto allo *status* e alle funzioni del magistrato.

b) Per quanto qui rileva, la legge n. 190 del 2012 ha inoltre previsto per diverse ipotesi il collocamento fuori ruolo obbligatorio e introdotto un limite massimo decennale al periodo di collocamento fuori ruolo (art. 1, comma 66 e 68, l. n. 190 del 2012)<sup>80</sup>. L’obbligatorietà vale per tutti gli incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali attribuiti *“in posizioni apicali o semiapicali”*, compresi quelli di titolarità dell’ufficio di gabinetto.

Il C.p.g.a. ha dato attuazione al nuovo impianto legislativo, scaturito dalla l. n. 190 del 2012, con la Delibera 10 maggio 2013, intitolata *“Criteri generali sul collocamento fuori ruolo”*.

Successivamente, grazie all’art. 8 del d.l. 90 del 2014, che ha modificato l’art. 1, comma 66, della l. n. 190 del 2012, si è stabilito che sono compresi tra gli incarichi per cui vige il limite dei dieci anni e l’obbligo del collocamento in fuori ruolo quelli *“comunque denominati, negli uffici di diretta collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi di valutazione”*<sup>81</sup>. Si è dunque superata l’ambiguità della precedente formula, che si riferiva agli incarichi che comportano *“titolarità dell’ufficio di gabinetto”*<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Fino all’approvazione della l. n. 190 del 2012, gli incarichi che comportavano obbligatoriamente il collocamento fuori ruolo erano pochissimi. V., per es., l’art. 13 del d.l. 217 del 2001, conv. in l. n. 317 del 2001 (incarichi di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio dei Ministri e con il Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segretario del Consiglio dei Ministri o con i singoli Ministri, collocamento in fuori ruolo obbligatorio con limiti) e l’art. 9, comma 5-bis d. lgs. n. 303 del 1999 (incarichi svolti presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, collocamento in fuori ruolo obbligatorio senza limiti). Incarichi anche di rilievo continuavano ad essere svolti contemporaneamente all’esercizio delle funzioni istituzionali, con le conseguenze problematiche di cui si è detto.

<sup>81</sup> Il comma 67 dell’art. 1 della l. n. 190 delegava al Governo il compito di individuare gli incarichi di diretta collaborazione incompatibili; il Governo però non aveva mai provveduto in tal senso.

<sup>82</sup> La genericità di tale formulazione ha provocato qualche dubbio interpretativo. Ci si chiedeva ad esempio se i Vice capo di Gabinetto fossero ricompresi dalla norma.

L'art. 8 del d.l. n. 90 del 2014 prevede poi l'esclusione, per gli stessi incarichi, del ricorso all'aspettativa<sup>83</sup>, così limitando ulteriormente la possibilità di elusione del limite decennale per il collocamento in fuori ruolo<sup>84</sup>.

Ancora, con questa norma è stato introdotto l'obbligo di pubblicare sui siti istituzionali i dati sulla produttività dei magistrati in servizio, nonché i periodi di assenza per lo svolgimento degli incarichi extragiudiziari.

Ciò posto, secondo la delibera del C.p.g.a., le ipotesi di collocamento fuori ruolo si dividono in tre categorie, che andranno aggiornate in base ai nuovi limiti posti dal d.l. n. 90 del 2014: collocamenti fuori ruolo obbligatori senza limiti (ad esempio Presidente del Consiglio, Ministro, Viceministro, Giudice costituzionale), collocamenti fuori ruolo obbligatori con limiti (sono considerati tali gli incarichi di Segretario generale presso la Presidenza della Repubblica, presso la Corte costituzionale, presso autorità indipendenti, il Capo di Gabinetto di Ministeri con portafoglio e senza portafoglio – quest'ultimo come incarico semiapicale) e collocamenti fuori ruolo facoltativi (esulanti ovviamente dalle fattispecie genericamente indicate nella l. n. 190 del 2012: ad esempio gli incarichi di docenza presso la Scuola superiore della pubblica amministrazione o presso la Scuola superiore di economia e finanze).

Fatta eccezione i collocamenti fuori ruolo obbligatori senza limiti, l'autorizzazione a svolgere l'incarico può essere negata in presenza di tre ipotesi di cause ostative, derivanti da "comprovate e prevalenti esigenze di servizio": a) il superamento delle 26 unità fuori ruolo; 2) il superamento del limite massimo decennale; 3) "a garanzia dell'ordinario funzionamento dell'ufficio giudiziario di appartenenza del magistrato, senza ricorso agli istituti di supplenza, dell'invio in missione e dell'assegnazione temporanea".

Pare opportuno chiarire, sgombrando il campo da fuorvianti letture, che l'obbligatorietà del fuori ruolo per taluni incarichi non fa venire meno il potere di autorizzazione a svolgere l'incarico del C.p.g.a., ai sensi degli artt. 13, comma 2, nn. 3 e 8, e art. 29 della l. n. 186 del 1982. Anzi, proprio perché all'incarico consegue il collocamento obbligatorio fuori ruolo, è indispensabile consentire un vaglio sulle conseguenze del fuori ruolo rispetto alla funzionalità dell'ufficio e, pertanto, ammettere "a monte" il potere di negare l'autorizzazione allo svolgimento dell'incarico<sup>85</sup>.

---

Se il C.p.g.a., entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, avvenuta il 19 agosto 2014, non ritiene di autorizzare il collocamento in fuori ruolo reso obbligatorio dalla novella legislativa, l'incarico cessa di diritto.

<sup>83</sup> Il regime transitorio fa salvi i provvedimenti di aspettativa già concessi all'entrata in vigore del decreto legge. Ciò per evitare che l'anticipo della scadenza delle aspettative in corso determini oneri aggiuntivi alle finanze dello stato (se l'incarico svolto dal magistrato in aspettativa è regolato mediante contratto di diritto privato il magistrato stesso potrebbe chiedere un risarcimento per la perdita del guadagno pattuito nel contratto). Cfr. il *Dossier di documentazione del Servizio del bilancio del Senato*, A. S. 1582, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto – legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, 50.

<sup>84</sup> Cfr. nel *Resoconto stenografico dell'Assemblea della Camera dei Deputati*, seduta n. 273 del 28 luglio 2014, 81, la Relazione al disegno di legge dell'on. Fiano.

<sup>85</sup> Cfr. in senso analogo, a proposito del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, la già citata sent. n. 224 del 1999 della Corte costituzionale.

Ancora, si ricordi al riguardo che, come oramai riconosciuto da dottrina<sup>86</sup> e giurisprudenza<sup>87</sup>, il collocamento fuori ruolo non costituisce un diritto soggettivo del magistrato, al quale si deve riconoscere invece una posizione di interesse legittimo a fronte di un potere di autorizzazione discrezionale dell'amministrazione di appartenenza.

Valutando se concedere o meno l'autorizzazione il Consiglio di Presidenza deve operare un bilanciamento fra tutela della funzione giurisdizionale, che potrebbe essere compromessa da un numero eccessivo di magistrati "fuori ruolo", e l'interesse dell'amministrazione richiedente. Ancora, esso deve valutare se l'assunzione, contemporaneamente, di troppi o troppo numerosi incarichi politici, possa pregiudicare l'indipendenza del giudice amministrativo e offuscarne l'immagine di imparzialità.

In conclusione, a partire dall'esempio del collocamento in fuori ruolo, si consenta di richiamare l'attenzione sul ruolo del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa è impegnato su più fronti per il miglioramento del sistema di giustizia amministrativa.

In alcuni casi il percorso si è già concluso, ed occorre attendere i frutti delle azioni messe in campo; in altri c'è ancora molto da fare. Il C.p.g.a., certamente, si trova ora ad affrontare problemi applicativi ancora aperti, sia perché i recenti interventi del legislatore richiedono attuazione, sia perché la normativa è ancora inadeguata. Sia consentito concludere con una considerazione di metodo. È importante che, nel compiere tale delicate operazioni, l'organo di autogoverno dei giudici amministrativi si avvalga della preziosa collaborazione, tra gli altri, degli avvocati amministrativisti, dei magistrati stessi e di tutti gli operatori del settore.

---

<sup>86</sup> In questo senso cfr. E. A. APICELLA, *Fuori ruolo dei magistrati e nuovi limiti della "legge anticorruzione"*, in *Giustizia civile*, 2013, fasc. 10, 2248 ss.

<sup>87</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 aprile 2012, n. 2486, riguardante un caso di diniego dell'autorizzazione operato dal C.s.m.