**La giurisdizione tra i poteri e la comunità**

(a proposito di E. Bruti Liberati, Magistratura e società nell’Italia repubblicana, Bari 2018) – Napoli, Fondazione Banco di Napoli, 8 aprile 2019

***1. A proposito del libro***. Come mi sembra evidente dalla lettura di questo volume[[1]](#footnote-1), Edmondo Bruti Liberati è un magistrato che appartiene ancora a quella generazione che alla preparazione tecnica del giudice unisce la cultura della giurisdizione e delle istituzioni, intesa come imprescindibile elemento del bagaglio culturale *tout court* di un magistrato. Naturalmente non dico che ciò non possa riscontrarsi nei magistrati più giovani, spesso i più motivati, ma solo che, in una società, tendenzialmente “deculturizzata” quando non “incolta”, è alto il rischio che anche i magistrati, e mi riferisco a quelli bravi, tendano a chiudersi nelle tecnicalità del “mestiere” senza guardare a quella che definirei la collocazione istituzionale della magistratura nella società; anzi nella comunità –come recita il titolo dell’incontro di oggi- che meglio dà l’idea di un luogo di persone che *vogliono* vivere insieme, nell’accezione sociologica della nota contrapposizione di Ferdinand Tonnies tra *Gesellschaft* e *Gemeischaft* (1887)[[2]](#footnote-2).

Il libro –come è stato sottolineato a più riprese- è l’espressione di un giudice –come altri- “cresciuto con la Repubblica” ed è un’encomiabile combinazione di oggettiva e rigorosa ricostruzione storica, di oltre mezzo secolo, e di un’appassionata idea di giurisdizione, al di là del linguaggio talvolta secco e incalzante, che ha accompagnato la vita professionale di Bruti Liberati: un garantista convinto che non guarda in faccia a nessuno, come dovrebbe essere qualsiasi giudice chiamato a coniugare rigore etico e professionale con una ricerca della verità condotta con fare “umile” (Calamandrei) e con la consapevolezza di come la giurisdizione sia una componente fondamentale della società, della quale deve inesorabilmente tener conto: e così le vicende interne ed esterne alla magistratura sono analizzate in modo critico e lucido, fornendoci uno spaccato storico frutto dell’osservazione “dal di dentro” con un occhio sempre rivolto al “fuori”.

***2. A me tocca riflettere sui temi posti dal libro dall’angolo di visuale del diritto amministrativo, e del giudice amministrativo in particolare.*** In altri termini –mi è stato chiesto espressamente- vorrei portare alla vostra attenzione alcune considerazioni, necessariamente schematiche, sulla giurisdizione ammnistrativa “tra i poteri e la comunità”. Vedremo che vi sono ovviamente tematiche comuni alla riflessione condotta con riguardo alla magistratura ordinaria, che derivano dal comune esercizio della giurisdizione, ma anche tematiche peculiari proprie della prospettiva in cui mi pongo, derivanti soprattutto, a mio avviso, dalle peculiarità proprie delle relazioni tra giurisdizione amministrativa e potere pubblico, che tende a frapporsi tra il giudice e la comunità “amministrata” da quel potere, nonché dalle vicende storiche che hanno determinato prima il sorgere nel nostro Paese della giurisdizione amministrativa, dopo una breve parentesi di giurisdizione unica (1865-1889), e poi le profonde trasformazioni che l’intrinseca natura del potere pubblico ha subìto in correlazione con le vicende stesse della nostra democrazia: dal regime liberale postunitario alla democrazia costituzionale del secondo dopoguerra, attraverso l’esperienza del totalitarismo fascista.

Perché una cosa assumerei come centrale: il diritto amministrativo e la giurisdizione sui pubblici poteri denotano, storicamente e comparatisticamente, la qualità della democrazia amministrativa: le costituzioni democratiche nate nel dopoguerra puntano a garantire i diritti inviolabili della persona. Ma accanto a questi, e spesso intrinsecamente legati a questi, ci sono i diritti delle persone in quanto appartenenti a una comunità solidale, i diritti sociali, i diritti alle prestazioni amministrative, che costituiscono la misura concreta dei diritti riconosciuti alle persone. E parlo di persone, non di individui, e nemmeno di cittadini.

***3. La vicenda storica.*** Essa denota una **costante aderenza dell’evoluzione della giustizia amministrativa** –termine che a tutt’oggi rivelerà una peculiarità del sistema di tutele nei confronti dei pubblici poteri, rispetto alla giurisdizione- **ai momenti di trasformazione e alle vicende dei poteri pubblici nella società**.

Proverò a prendere a emblema di ciò tre tappe: a) gli inizi (1889, con l’istituzione della Quarta Sezione); b) il fascismo (Santi Romano presidente, le leggi razziali); il tempo di oggi (dalla Costituzione all’Europa).

***a) Gli inizi***. **Nel 1865** l’Italia abbandono il sistema del contenzioso amministrativo, prevalente negli Stati preunitari e, nella scia della Costituzione belga del 1831 e dell’ideologia liberale classica, **opta per un sistema di giurisdizione unica:** un giudice unico per i rapporti tra cittadini e potere pubblico e, tendenzialmente, un diritto unico. L’impianto teorico sembra perfetto. Nella pratica però non “tengono”. L’amministrazione pubblica è un soggetto diverso dai comuni mortali: la pretesa di un diritto comune a soggetti tra loro diversi è quasi un ossimoro. Il giudice unico deve fare i conti con questa realtà: il principio liberale di separazione dei poteri non consente al giudice di intromettersi nelle vicende dell’amministrazione e quindi nei rapporti tra cittadino e amministrazione. Solo il diritto è tutelato. Sembra quanto basta, se non che le dinamiche concrete del potere pubblico evidenziano una serie di situazioni soggettive, nei rapporti con le amministrazioni, che restano sfornite di tutela, i cd. non-diritti, per lo più concernenti la vita concreta dei cittadini (partecipazione ai concorsi pubblici, attività soggette ad autorizzazioni di polizia –locali di spettacolo, panifici, ecc.- provvedimenti discrezionali in materia di beni storici e artistici). In generale, il giudice ordinario tende a tenersi lontano da ogni forma di sindacato sulla discrezionalità, elabora la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione per sottrarre i primi al sindacato giudiziario in palese contraddizione con la logica stessa della legge del 1865: insomma si determina il paradosso per cui una larga parte dei rapporti amministrativi, per sottrarli alla cognizione di un giudice speciale e non abbastanza indipendente, il giudice del contenzioso, fu rimessa all’esclusiva competenza dell’amministrazione e sottratta a ogni sindacato giurisdizionale. Le ragioni di questo effetto non voluto, oltre all’atteggiamento ideologico di una radicale separazione dei poteri (famoso il “Ch’ei si rassegni” di P.S.Mancini indirizzato in parlamento ai soggetti lesi in “semplici interessi”), sono varie, non ultima la condizione di soggezione al potere politico e la stessa estrazione sociale della magistratura ordinaria, portata a condividere la concezione autoritaria dello Stato, tanto che uno storico del diritto (S.Sambataro) ebbe a scrivere –forse eccedendo- che nella legge del 1865 si evidenziano “più le garanzie dell’autorità invece di quelle della libertà”. In questo clima, che reclama una crescente esigenza di tutela dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri (Minghetti, Crispi, Spaventa), **nel 1889 viene istituita la Quarta Sezione del CdS** cui viene affidata la tutela, nei confronti delle amministrazioni, delle situazioni soggettive che non assumessero la consistenza di diritti (e che diventeranno gli “interessi legittimi”). Da questo momento –ma in realtà già prima con la giurisprudenza delle sezioni consultive in sede di ricorso straordinario al re- si viene delineando il sistema di tutela di tutte le posizioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri: un sistema caratterizzato da una forte “creatività” del giudice amministrativo che, in assenza di una adeguata legislazione sostanziale e soprattutto processuale, individua vizi dell’azione amministrativa, elabora princìpi e clausole generali di tutela (lo sviamento di potere declinato nelle fattispecie sintomatiche di eccesso di potere), crea situazioni legittimanti al ricorso (cioè crea situazioni soggettive che tutela a prescindere da un sicuro ancoraggio normativo).

**Cosa ci insegna questa prima fase: la nascita della giustizia amministrativa risponde a una precisa esigenza della società, di carattere pratico e non ideologico (anzi contro la scelta prevalentemente ideologica del 1865), di avere una tutela effettiva nei confronti di un’attività dei pubblici poteri in progressiva espansione** (pensiamo alla teorica interventista nell’economia a cavallo tra 8 e 900, sostenuta anche dallo Spaventa contro il “monopolio delle ferrovie”), da parte di un giudice che, per “far parte” dell’amministrazione, potesse sindacarne gli atti. La legge circonda di garanzie formali di indipendenza i giudici della Quarta Sezione, ma ciò che più rileva è come la giustizia amministrativa funziona in concreto: ed è una storia di successi se Guicciardi[[3]](#footnote-3) arriva a dolersi che il giudice amministrativo costituisca più un mezzo di tutela degli interessi dei cittadini che un mezzo per la repressione dell’invalidità degli atti amministrativi.

**La connessione tra giurisdizione amministrativa e società è evidente: qui la giurisdizione amministrativa si pone “fisicamente” tra i poteri e la società. Altrettanto evidente è che questa connessione si realizza attraverso la “intermediazione” di un altro potere, quello amministrativo. Il giudice amministrativo raggiunge la comunità (o viceversa, è lo stesso) per la via mediata del potere pubblico come in concreto esercitato. Attenzione, questo non vuol dire che il giudice amministrativo è un controllore del potere pubblico e che serva a far funzionare bene l’amministrazione: il giudice amministrativo è e resta un giudice e, come tale, tutela diritti e interessi, Un’amministrazione che si conformi agli indirizzi giurisprudenziali del giudice amministrativo funziona secondo legalità, può anche funzionare meglio, ma non si può evincere il funzionamento del giudice amministrativo dal funzionamento della p.a..**

***b) Nel periodo fascista***, vorrei assumere due momenti come emblematici del rapporto tra giurisdizione amministrativa, altri poteri e comunità. La nomina di Santi Romano a presidente del Consiglio di Stato e l’interpretazione delle leggi razziali nella giurisprudenza.

Piero Calamandrei, il 13 novembre 1921, inaugurando l’anno accademico dell’Università di Siena con una prolusione dedicata a governo e magistratura, pur ammonendo che “senza indipendenza dei giudici non è possibile giustizia” si chiedeva se concretamente essa “non sia nel nostro ordinamento, meglio che una concreta realtà, una pia illusione di dottrinari che vivono fuori dal mondo” e illustrava almeno quattro vie seguite dalla politica “per far sentire il suo influsso sull’amministrazione della giustizia”.

Se si pensa che Calamandrei si riferiva alla magistratura ordinaria ritenendo già per questa “assiomatica” e poco realistica “l’indipendenza politica del giudice”, proviamo ad immaginare cosa avrebbe detto agli studenti parlando della giustizia amministrativa qualche anno più tardi, quando, alla fine del 1928, dopo affidamenti iniziali che, per la scelta del presidente del [Consiglio di Stato](https://it.wikipedia.org/wiki/Consiglio_di_Stato_della_Repubblica_Italiana#Nel_Regno_d'Italia), avrebbe attinto all'interno dell'istituzione, [Benito Mussolini](https://it.wikipedia.org/wiki/Benito_Mussolini) nominò Santi Romano, professore di diritto costituzionale nell’università di Milano, dopo due mesi dalla sua iscrizione al partito nazionale fascista, alla massima carica di giustizia amministrativa[[4]](#footnote-4).

Guido Melis ci racconta i particolari della “snomina” di Carlo Schanzer[[5]](#footnote-5), consigliere anziano e candidato *in pectore* al quale Mussolini comunicò l’8 dicembre 1928 che non poteva essere nominato presidente del Consiglio di Stato in quanto doveva “per considerazioni di ordine generale …maggiormente fascistizzare alcune alte cariche dello Stato”.

La scelta di Mussolini di **nominare Santi Romano alla presidenza**, derogando alla prassi di una nomina interna al Consiglio, è dunque nelle intenzioni dovuta alla volontà di fascistizzare una delle più importanti istituzioni, consultive e giurisdizionali, dello Stato.

Santi Romano non è organico al partito, quanto meno non è un organico della prim’ora. Probabilmente egli si inserisce nel filone della scuola **giuspubblicistica “formalistica” del tempo, secondo la quale diritto e politica andavano tenute ben separate tra loro**. Un atteggiamento, giusto o sbagliato che sia, ripreso da Benedetto Croce con generale riferimento ai rapporti tra intellettuali e fascismo[[6]](#footnote-6).

Eppure durante la presidenza di Santi Romano (1929-1943), le analisi condotte sul reclutamento dei consiglieri e i contenuti dell’attività istituzionale **non consentono di concludere per una fascistizzazione dell’organo.** Come rileva Guido Melis, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si pone in dichiarata, se non enfatizzata, continuità con quella precedente, anche nello scrupoloso mantenimento di un linguaggio tecnico ben diverso da quello retorico del regime, e mira a inserire le “nuove norme” nel corpus normativo esistente, di matrice liberale, sottolineando la prevalenza della interpretazione tradizionale e formale sulle nuove tendenze (im)poste dal regime e dalla sua legislazione. La teoria istituzionistica e gli studi sull’autarchia del suo presidente e la giurisprudenza sui regolamenti non erano coerenti con i princìpi della dottrina fascista, tanto che, quanto ai regolamenti sottoposti al parere obbligatorio del Consiglio di Stato, proprio per evitarlo si registrò presto una fuga dal regolamento a vantaggio della legge, secondo uno schema ripetuto anche in tempi recenti[[7]](#footnote-7).

E veniamo alle **leggi razziali**.

Il dato più allarmante della vicenda delle leggi razziali nel nostro Paese, oltre alla consumazione della rottura ideologica dello Stato liberale (anche a voler condividere quell’opinione di molti storici secondo cui il fascismo si poneva in iniziale continuità dichiarata con lo Stato liberale), è l’amministrativizzazione delle leggi razziali (Pajno), cioè la “costruzione di una macchina attuativa delle leggi razziali”, fatta di disposizioni, provvedimenti concreti, censimenti, raccomandazioni capaci di dare attuazione alle prescrizioni legislative. In questo caso l’amministrazione pubblica si presenta come un’articolazione dello Stato, mera esecutrice di una volontà politica del momento, Certo eravamo in dittatura, ma è sintomatico che la nostra Costituzione si preoccupi di chiarire all’articolo 98 che i pubblici dipendenti sono al servizio “esclusivo” non dello Stato ma della Nazione, esprimendo l’esigenza di un raccordo, sul piano dei valori, tra amministrazione e comunità.

E i giudici? Certo non fanno “resistenza” al regime. Eppure, neanche danno piena ed entusiastica applicazione alle leggi razziali, quanto meno per come erano ideate nelle intenzioni del regime e nel mutato quadro ordinamentale che aveva oramai abbandonato i riferimenti dell’ordine liberale.

Il legislatore del 1938 aveva pensato a una legislazione speciale e discriminatoria sottratta a ogni gravame giurisdizionale (art. 26 R.D.L. n.1728 del 1938). Eppure prima la Corte di appello di Torino (sentenza 5 maggio 1939) e poi il Consiglio di Stato (IV, decisione n. 438 del 1940) arrecano un serio *vulnus* a questo impianto, negando valore costituzionale alla legge L’ae quindi ritenendo che essa non fosse in grado di derogare al principio generale della tutela giurisdizionale dei diritti.

Su tale premessa, una serie di pronunce del Consiglio di Stato ammette il ricorso dinanzi a sé di cittadini ebrei “che continuano a essere soggetti di diritto”, sottolineando che il giudizio del Consiglio di Stato su questioni collegate all’appartenenza alla razza ebraica “non implica valutazioni di ordine politico, ma l’applicazione, solo, di rigorose norme di diritto”; ritiene che il licenziamento per motivi di razza debba essere assoggettato alle ordinarie garanzie procedimentali e processuali, estendendo la legittimazione a ricorrere anche agli ebrei non italiani che risiedano nel regno; annulla la revoca dell’iscrizione universitaria di un ebreo tedesco; equipara ai fini del trattamento economico i professori universitari ebrei dispensati dal servizio a quelli di “razza ariana”,

**Da questa esperienza, mi sembra si ricavi la capacità, per quanto riguarda la giurisdizione amministrativa, di sapersi ritagliare un ruolo proprio pur nella prevaricante presenza di un regime totalitario, da una parte sottraendosi a una palese volontà di controllo dell’Esecutivo sull’istituzione (per merito anche del suo stesso presidente, pur voluto dal regime), dall’altra cercando di non abdicare alla dignità del proprio ruolo con una pedissequa applicazione di una legislazione illiberale e discriminatoria. Viene dunque in rilievo la tensione, che può risolversi in maniera diversificata, tra giudice bocca di una legge contraria ai princìpi che noi oggi -ma le nazioni democratiche già allora- consideriamo “universali”, e giudice capace di interpretare princìpi e valori portanti di un ordinamento e di una comunità “democratica”. E se il giudice amministrativo di allora si rifugia nel “salvagente della forma” –per dirla con Irti- per contrastare o meglio attenuare alcune scelte illiberali del regime, il giudice di oggi si trova spesso a doversi rifare a princìpi e valori portanti della Costituzione per ricondurre al sistema, ordinato e ordinante, costituzionale e sopranazionale non solo scelte legislative che siano in contrasto con quel sistema ma anche omissioni legislative che si traducano in vere e proprie lacune dell’ordinamento, in settori in cui la Costituzione –secondo l’ammonimento della Corte (sent….)- non tollera lacune.**

***c) Dalla Costituzione ad oggi***. L’assetto delle giurisdizioni nel nuovo quadro costituzionale non muta in maniera consistente. Per quanto riguarda la giurisdizione amministrativa, **viene confermato il sistema plurale di giurisdizioni, prevalente in Europa**, essenzialmente perché lo stesso si era rivelato un efficace strumento di ampliamento delle tutele dei cittadini, sia sul piano teorico della connessione tra potere e situazioni soggettive, sia sul piano pratico della giurisprudenza del Consiglio di Stato. Ma in realtà la **giustizia amministrativa subisce nel tempo una radicale trasformazione**. Seguendo la lettura che delle norme costituzionali daranno soprattutto Bachelet e Nigro, **la Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004** (e altre che seguiranno) pone in luce due aspetti chiave: la parità delle situazioni tutelate (diritto e interesse) cui deve corrispondere la parità dei giudici e delle tutele da loro offerte; il giudice amministrativo non più come giudice “speciale”, ma come giudice ordinario degli interessi legittimi e talvolta dei diritti soggettivi (Nigro) o meglio (C.cost.) come giudice della pubblica amministrazione quando agisce nell’esercizio del potere; in altre parole, viene a configurarsi **il giudice amministrativo come giudice del potere pubblico**.

Cosa significa tutto ciò? Il giudice amministrativo si pone al centro dei rapporti tra poteri pubblici e soggetti di diritto, siano persone fisiche, siano imprese.

E’ una concezione decisamente più “centrale” del giudice amministrativo di quanto non fosse all’inizio: centrale perché il giudice amministrativo intercetta tutte le situazioni in cui vi sia esercizio di un potere pubblico. **La posizione del giudice amministrativo nella società varia a seconda della latitudine consentita ai poteri pubblici:** in uno Stato liberale, il giudice diventa il garante del diritto “senza limiti”, cioè della libertà, nei confronti dell’autorità: qui le sfere della persona e dell’autorità sono strutturalmente distinte, il diritto ne delimita il campo di attribuzioni, il giudice, anche il giudice unico, vigila sugli sconfinamenti. E’ l’impostazione tedesca –che pure conosce un giudice amministrativo separato- del diritto soggettivo pubblico, a presidio della sfera di libertà. Nell’ordinamento italiano, che si fonda sulla *dialettica* tra libertà e autorità (Giannini), la dilatazione, diretta o indiretta, dei poteri pubblici, connessa allo Stato sociale di diritto, all’intervento pubblico nell’economia e allo Stato promotore di benessere, nonché la trasformazione dello stesso diritto soggettivo non più diritto assoluto, ma diritto conformato dai suoi aspetti relazionali e dal valore “solidaristico” di cui è permeata la **Costituzione impongono, da un lato, una posizione preminente spesso assegnata al potere pubblico come espressione degli interessi della collettività, ma, dall’altra, la configurazione di un penetrante strumento di controllo del legittimo esercizio di questo potere**, destinato a prevalere per legge sull’interesse del singolo solo se esercitato secondo i parametri, più o meno puntuali, di legittimità.

***4. Il giudice amministrativo oggi***. Il delineato contesto pone una serie di spunti problematici nella posizione della giurisdizione amministrativa tra i poteri e rispetto alla società:

a) il giudice amministrativo è spesso **crocevia di rilevanti questioni nel campo dell’economia e dei diritti sociali.** Penso, quanto all’economia, al contenzioso in materia di appalti, in materia di autorità indipendenti che operano in settori economici (concorrenza, energia, comunicazioni), in materia di urbanistica e localizzazione di opere pubbliche, di autorizzazioni commerciali. Penso, quanto ai diritti sociali, ai settori della salute, dell'istruzione, dei servizi sociali, dei migranti.

In questi settori il giudice amministrativo si trova al centro di spinte contrastanti. Nel campo dell’economia, per esempio, la decisioni dei giudici sono viste spesso come un fattore di rallentamento dell’economia. Ma poiché il giudice interviene, su richiesta di qualcuno, sul presupposto che l’azione amministrativa non sia conforme a legge, si assiste al paradosso di certa politica che lamenta nei confronti del giudice l’applicazione di una legge da essa stessa posta o, viceversa, si lamenta che il giudice non sia intervenuto adeguatamente a tutela della legge a fronte di un appalto che si assume illegittimo. Forse le cose sono un po’ più complesse, ma nel frattempo poniamoci un interrogativo: il fattore di non competizione, che allontana il mitico investitore straniero, discende da una pubblica amministrazione che vìoli le regole del gioco o da un giudice che quelle regole fa applicare? In Europa, checché se ne dica, si pretende di far andare insieme competitività dei sistemi e livello di tutela. Quindi il primo assioma da spezzare è quello che professa meno tutele/più sviluppo.

Nel campo dei diritti fondamentali, richiamerei la giurisprudenza in materia di diritti dei migranti, di diritto alla salute (esempio, in materia di vaccinazioni obbligatorie o di fine vita), di istruzione (per esempio, insegnamento di sostegno).

b) **crisi della legge e crisi dell’amministrazione consegnano al giudice amministrativo un ruolo di “supplenza”** che non gli competerebbe ma al quale lui non può sottrarsi, pena attenuare le tutele, ma che va esercitato con cautela, con preparazione tecnica adeguata e, possibilmente, per un tempo limitato. Del resto, è la stessa posizione in cui si trova il giudice ordinario quando si trovi, per esempio, a decidere in campi fondamentali –pensate alla bioetica e al fine-vita- quando il legislatore latiti.

In ogni comunità si pone il tema di chi pone le regole e chi le fa rispettare: il legislatore e il giudice.

L’equilibrio tra questi poteri dipende, prevalentemente, dalla qualità e dall’efficacia del precetto normativo e, a monte, dall’assunzione politica della responsabilità di porre regole chiare che indichino la scelta che le sorregge: se la norma è chiara ed efficace, il controllo del giudice sulla sua applicazione è più semplice e limitato; se essa è di scarsa qualità, o non esprime chiaramente la scelta che ne è alla base, il giudice è costretto, suo malgrado, a “sintetizzare”, o a costruire, una regola per il caso concreto, “a prescindere” da un sicuro ancoraggio normativo.

c) anche in questo periodo la giurisprudenza amministrativa conserva, sia pure in misura ridotta, per un verso, **il carattere “pretorio**” che la contraddistingue dalle origini, per altro verso, la sua **influenza sul legislatore,** che periodicamente si trova a legificare e a codificare princìpi elaborati dalla giurisprudenza: emblematiche al riguardo sono la codificazione dei princìpi da tempo elaborati dalla giurisprudenza nella legge sul procedimento amministrativo del 1990 e la codificazione delle regole del processo davanti al giudice codificate nel codice del processo amministrativo del 2010.

Cosa significa oggi carattere “pretorio”? Sicuramente permane il significato originario del termine –quello della individuazione di situazioni soggettive tutelabili, tendenzialmente estendendo l’area di legittimazione a ricorrere (associazioni, terzi)- ma soprattutto il carattere “pretorio” si manifesta nel crescente uso del giudizio per clausole generali” o secondo princìpi. E’ vero che queste caratteristiche sono nella tradizione del giudice amministrativo (si pensi alle fattispecie sintomatiche dell’eccesso di potere) ma l’influsso della giurisprudenza europea e, paradossalmente, non più l’assenza ma la sovrabbondanza delle indicazioni normative, spesso poco chiare, inducono il giudice sempre più a ricorrere a princìpi generali o clausole come affidamento, ragionevolezza, proporzionalità della scelta dell’amministrazione

d) da quanto sopra emerge quello che si definisce **il “diritto giurisprudenziale”** cioè un diritto sempre più affidato alla interpretazione del giudice, una interpretazione che, in assenza di parametri normativi e scelte politiche certe a monte, **si traduce inevitabilmente in un diritto meno prevedibile perché di fonte marcatamente giurisprudenziale**. Imprevedibilità delle decisioni che, nel caso dei giudice amministrativo, è aggravata dalla imprevedibilità del potere pubblico, non più costretto dalle rigidi maglie di un principio di legalità in senso sostanziale ma affidato a una ben più elastica legalità cd. procedurale (cioè legalità delle procedure attraverso cui si forma progressivamente l’interesse pubblico concreto al cospetto degli altri interessi pubblici e privati)

e) in questo contesto si amplia il **cd.effetto conformativo esterno delle sentenze:** in mancanza di chiare norme di legge, le sentenze del giudice diventano la vera regola che l’amministrazione è portata, o dovrebbe essere portata, a seguire nei futuri casi simili a quelli decisi dal giudice.

Non mi posso soffermare sui rimedi volti ad attenuare la portata delle conseguenze in termini di imprevedibilità di questo magmatico diritto giurisprudenziale – in termini di valore del precedente giudiziario e di funzione nomofilattica delle Corti superiori- ma una **osservazione conclusiva sul punto mi sembra centrale: il ruolo che il giudice amministrativo svolge nella società –tra crisi della legge e difficoltà, proprie e derivate dalla crisi della legge, dell’amministrazione- è diventato assai pervasivo, ponendo una serie di criticità, che riassumo:**

* Imprevedibilità delle decisioni e necessità di individuare meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza, pur senza compromettere l’autonomia del giudice
* Ruolo di supplenza, solo in parte fisiologico (modelli aperti), necessariamente da ridurre, negli spazi e nel tempo
* A fronte della crisi del principio di legalità, serve un giudice capace di penetrare a fondo l’esercizio in concreto del potere, senza sostituirsi alle scelte dell’amministrazione, ma indagando i fatti e sindacando la cd. discrezionalità tecnica, cioè le valutazioni dei fatti con l’ausilio della tecnica.

***5. Giudice amministrativo ed Europa***. Se questo è il contesto italiano, non può omettersi un riferimento ai rapporti tra i poteri nel contesto europeo, e segnatamente, al ruolo delle Corti, specie se amministrative, in Europa.

**L’ordinamento europeo risente sempre più dell’influsso creativo del giudice**; un po’ per la scarsa rilevanza, che oggi rasenta la crisi, delle istituzioni europee rappresentative (e questa è la patologia), ma molto per il meccanismo triangolare secondo cui la Corte di giustizia trasforma le tradizioni costituzionali comuni in princìpi di diritto europeo, con sentenze che costituiscono vere e proprie fonti del diritto. E così i princìpi di diritto creati dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, unitamente alla configurazione dei diritti fondamentali della Corte EDU, diventano **strumenti omogenei di sindacato sui pubblici poteri** da parte delle Corti amministrative nazionali e conseguentemente di delinea una situazione convergente di tutele e di protezione dei diritti che, in ultima analisi, delineano **uno statuto di cittadinanza europea per cittadini e imprese** in uno spazio giuridico comune e in un mercato nei fatti unico. Da questo punto di vista ritengo che il dialogo orizzontale tra Corti nazionali e il loro confronto con le Corti europee costituiscano, nell’attuale fase storica, uno dei fattori di maggiore integrazione europea, al di là dei nazionalismi che sembrano prevalere a livello politico.

***6. Le funzioni “esterne” e “all’esterno”.*** Veniamo ai profili della collocazione del giudice amministrativo in maniera ricorrente sono segnalati come altamente critici in ordine alla terzietà del giudice amministrativo rispetto al potere politico e in generale in tema di indipendenza e imparzialità:

* la funzione consultiva e quindi la compresenza di questa accanto alla funzione giurisdizionale
* la nomina governativa del presidente del Cds e di un quarto dei consiglieri di Stato
* le funzioni svolte “all’esterno” dal giudice amministrativo: l’attività di diretta collaborazione

**6.1 La funzione consultiva** Com’è noto, il Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 100 della Cost., svolge anche una funzioni consultiva, che si caratterizza  come ausiliaria del Governo, in quanto strumentale al corretto esercizio dell’azione normativa e amministrativa.

Questa funzione –storicamente nata per dare supporto al sovrano nei confronti del Parlamento- si è evoluta nel tempo, fino a modificarsi geneticamente, cosa di cui non tutti sembrano accorgersi, un po’ per mancanza di studio un po’ per fattori ideologici (e talvolta l’ideologia si risolve in mancanza di conoscenza). Già nel periodo 1865-1889 la consulenza sui ricorsi straordinari al re si pone come esercizio di funzione sostanzialmente giurisdizionale in funzione di garanzia dei privati.

Ma la funzione consultiva si è fortemente evoluta, sempre più come funzione neutrale: sul piano soggettivo, perché svolta non più solo in favore del Governo ma dello Stato-comunità (Camere, Regioni, Autorità indipendenti); sul piano oggettivo, perché svolta non con riferimento a specifiche problematiche di gestione bensì sull’attività normativa, sui ricorsi amministrativi al Presidente della Repubblica e su quesiti riguardanti su temi di grande rilevanza politica e sociale coinvolgenti delicate e problematiche questioni giuridiche di massima (pensate che in Francia la Costituzione affida al *Conseil d’Etat* la consulenza obbligatoria sui disegni di legge governativi e quella facoltativa sulle iniziative parlamentari); sul piano della natura e delle finalità, perché si tratta di una funzione svolta nell’interesse alla legittimità dell’azione amministrativa e, quindi, in definitiva nella medesima posizione di terzietà richiesta al giudice.

**6.2. La funzione svolta “all’esterno”: gli uffici di diretta collaborazione**

E veniamo alla funzione esterna dei magistrati amministrativi svolta negli uffici di diretta collaborazione. A questo riguardo si cade, spesso e volentieri, in maldestre, pur autorevolmente sostenute, generalizzazioni, come quando si accomuna chiunque svolga un incarico in un ufficio di diretta collaborazione del ministro (professori, magistrati, avvocati dello Stato, consiglieri parlamentari) ai “burocrati”: il che significa non sapere che in realtà gli uffici di diretta collaborazione sono nati come uffici di supporto tecnico ai titolari di cariche politiche e quindi non solo i titolari di questi uffici non sono assimilabili ai “burocrati”, ma gli uffici di staff servono proprio a rendere realizzabile la distinzione tra politica e burocrazia. Non dimentichiamo, poi, che il coinvolgimento di tecnici è imprescindibile per mantenere alcuni meccanismi istituzionali al riparo dalla ricerca continua del consenso.

Inutile nascondere che il connubio fra tecnici e politici non è facile. Esso, fin dai tempi delle ingerenze della politica nell’amministrazione denunciate da Minghetti e da Spaventa, è alla ricerca di un punto di equilibrio fondato su una chiara e leale distinzione dei ruoli e sul rispetto reciproco.

Quando a questi incarichi sono chiamati i magistrati, essi devono apportare certamente la propria competenza, ma anche la terzietà e il distacco dall’esercizio del potere che fa parte della cultura della giurisdizione, pur quando “prestata” in altre funzioni pubbliche.

***7 Conclusioni.*** La magistratura (e non solo quella amministrativa, ovviamente) è tradizionalmente stata e tale veniva considerata una riserva di eccellenza, una *élité* (*absit iniuria verbis*…). Ma **una riserva di eccellenza** che voglia rimanere tale e che tale voglia essere riconosciuta – non da se stessa - **è tenuta a ricercare nella competenza, e non nell’appartenenza, la propria legittimazione istituzionale. Una competenza fatta di** conoscenze tecniche, di sensibilità istituzionale, di apertura verso le diverse culture e i diversi saperi, di capacità di cogliere nel punto di vista dell’altro un fattore di arricchimento. In altre parole, l’autoreferenzialità, il pensare di essere al centro dei meccanismi istituzionali, e in questo crogiolarsi, è un errore di superbia che trasforma qualsiasi *élite* in una casta.

Alla competenza deve necessariamente associarsi **l’etica pubblica del magistrato,** ossia l’idea che egli debba essere percepito dalla collettività, come retto e indipendente, oltre che esserlo nel suo foro interno, poiché l’etica pubblica, nei rappresentanti delle istituzioni, si intreccia sempre con quella individuale (come ammonisce B. Russell).

Come ricorda Satta “Quando il linguaggio comune, nella sua profonda filosofia, dice che il giudice deve essere imparziale, cioè non deve essere parte, è a questo ampio concetto, e non certo a quello tecnico-formale, che si riferisce[[8]](#footnote-8)”. E il giudice amministrativo è chiamato “a non esser parte” in questo senso ampio, nello svolgimento sia della funzione giurisdizionale sia di quella consultiva o di diretta collaborazione.

In un momento in cui – secondo taluni e non credo sia del tutto vero - l’elogio dell’incompetenza prevale sul merito, in cui l’approssimazione sembra preferita allo studio razionale e laico dei problemi, in cui si oscilla tra una meritocrazia declamata e il rifiuto dei saperi, in cui ogni eccellenza sembra relegata sul banco di un mercato alla stregua di “Mandarini”, in cui si confondono, anche da studiosi ritenuti autorevoli, concetti pur chiari quali “magistrature” e “alta burocrazia”, in un momento come questo, che mi sembra delinei una crisi di crescita della nostra democrazia amministrativa, io credo che le istituzioni e tutti gli intellettuali debbano fare uno sforzo di onestà intellettuale e, anziché delegittimarsi reciprocamente, saper riconoscere nell’apporto di ciascuno un tassello fondamentale per la costruzione del nostro futuro. Un futuro in cui siano riattivati i canali di contatto con le comunità e che riposi su principi di legalità e solidarietà.

E **concludo citando le partole di Bruti Liberati**[[9]](#footnote-9), che ritengo riferibili a tutte le magistrature.

“A fronte di una società civile disgregata e di una politica in crisi di credibilità, soffia di nuovo in alcuni settori ella magistratura un vento di chiusura corporativa con il proporsi quale unica istituzione sana del paese…Le posizioni di chiusura corporativa e di autoreferenzialità tendono a coniugarsi con il populismo giudiziario…[che] può essere devastante”. E richiama, con Ferrajoli[[10]](#footnote-10), le massime deontologiche: “la consapevolezza del carattere sempre relativo ed incerto della verità processuale, la prudenza nel giudizio, la disponibilità all’ascolto di tutte le diverse e opposte ragioni”. In una, direi, l’arte del dubbio nella consapevolezza del dover decidere.

E aggiungerei: una cultura della giurisdizione nel senso, non della separatezza ma dell’unità, di una cultura delle istituzioni. Solo così il giudice e la giurisdizione potranno avere una collocazione “utile” tra (gli altri) poteri e la società.

**Filippo Patroni Griffi**

Presidente del Consiglio di stato

Pubblicato il 29 novembre 2019

1. E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell’Italia repubblicana*, Bari 2018 [↑](#footnote-ref-1)
2. F. Tonnies, *Gemeischaft und Gesellschaft*, Leipzig 1887, trad.it. Bari 2011 [↑](#footnote-ref-2)
3. E.Guicciardi*, La Giustizia amministrativa*, Padova 1943, 49 [↑](#footnote-ref-3)
4. G. Melis, *Il Consiglio di Stato ai tempi di Santi Romano*, in “La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato”, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli Torino 2004. [↑](#footnote-ref-4)
5. La vicenda fu raccontata dallo stesso Schanzer nel suo “Storia della mia nomina e snomina a Presidente del Consiglio di Stato”. [↑](#footnote-ref-5)
6. In *Propositi e speranze*, Bari 1944 (ma lo scritto è del 1925), 7ss., a proposito della critica da lui rivolta agli intellettuali firmatari del *Manifesto per il fascismo* [↑](#footnote-ref-6)
7. F. Patroni Griffi*, I pareri sull’attività normativa*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, cit., 125 ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. S. Satta, *il mistero del processo*, 1949 *ora in Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, Cedam, 1968,15 s. come richiamato da B.G.Mattarella, *Le regole dell’onestà*, Bologna, Il Mulino, 2007, p.181 [↑](#footnote-ref-8)
9. E. Bruti Liberati, *Magistratura e società, cit*., 332 ss. [↑](#footnote-ref-9)
10. L.Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna 2013, 15 [↑](#footnote-ref-10)