

Conclusioni

di Roberto Bin

Non ho alcun titolo specifico per partecipare a questa discussione: non mi sono mai occupato di giustizia amministrativa, non mi sono mai occupato di organizzazione giudiziaria. Per cui parlerò come un cittadino “informato” – e, soprattutto, indignato, questo sì.

Il problema mi pare sia emerso con chiarezza e in modo persino graffiante dalle relazioni. Cassatella ci ha fornito più di uno spunto di riflessione sull'utilità di mantenere un sistema di giustizia amministrativa separato e sui titoli professionali dei suoi giudici. È stata anche l'occasione di ricordare Andrea Orsi Battaglini, che ci manca sempre. Però oggi la giustizia amministrativa c'è ed è fatta di giudici: come rivendicava ieri da questo tavolo il dott. Pozzi, il presidente del TAR Trento, “io sono un magistrato, io sono un giudice”. Possiamo discutere a lungo su che tipo di giudice si tratti, ma un giudice è e un giudice deve essere.

Ho l'impressione però che in Italia non sempre ci troviamo di fronte ad una giustizia svolta da giudici dotati di quei requisiti di professionalità, indipendenza e terzietà richiesti dalla Costituzione. Un giorno sì e un giorno no, l'agenda della politica lancia il tema della sovrapposizione delle carriere fra magistratura requirente e giudicante, che è indubbiamente un problema serio – forse troppo serio perché la nostra politica se ne possa occupare proficuamente. Si dice che la radice del problema stia nella Costituzione, ma esso è quanto meno aggravato dalla legislazione ordinaria: basti pensare che, laddove la nostra Costituzione riserva all'*autorità giudiziaria* la convalida dei provvedimenti cautelari incidenti, non sulla libertà personale, ma sulla libertà domiciliare, di corrispondenza, ecc., il codice affida il compito al PM, che in effetti rientra nella definizione di autorità giudiziaria, ma che nello svolgimento di questa funzione forse non offre al cittadino le stesse garanzie di controllo imparziale sugli atti compiuti dalla polizia, essendo proprio lui a condurre le indagini. Insomma, si parla e straparla di riformare la Costituzione, ma non si vedono i problemi seri che andrebbero risolti a livello di legislazione ordinaria. Siccome modificare la Costituzione è (relativamente) difficile, mentre le leggi si fanno (quando si vuole) facilmente, questa è la riprova che non si vogliono affrontare sul serio i problemi della giustizia, ma solo riempire di polemiche le pagine dei giornali e i *talk show* televisivi.

Alfonso Vuolo ha toccato invece un problema molto serio, su cui occorrerebbe riflettere con attenzione, mentre è del tutto assente dall'agenda della politica: quello della sovrapposizione di ruoli del Consiglio di Stato e, più in generale, nella giustizia amministrativa. Vi leggo una citazione è poi vi dico di chi è:

«La linea di separazione tracciata dalla nostra Costituzione tra i tre poteri dello stato, il fatto che questi siano in rapporto di reciproco controllo e il fatto che noi siamo giudici di ultima istanza, sono considerazioni che forniscono forti argomenti contro l'appropriatezza di una nostra decisione extragiudiziaria sulle questioni sottoposteci; specialmente perché il potere che la Costituzione dà al Presidente di chiedere pareri ai

capi dei dipartimenti sembra essere volutamente e espressamente limitato ai dipartimenti dell'esecutivo».

Questa è il cuore di una famosa lettera che John Jay, Presidente della Corte Suprema, indirizzò nel 1793 a G. Washington. L'allora Presidente degli Stati Uniti e il suo ministro Jefferson (non proprio degli sprovveduti, dunque) avevano chiesto alla Corte Suprema di dare un parere sulla vigenza di un trattato di amicizia con la Francia. E la Corte Suprema rispose con una lettera molto garbata, che finiva dicendo "non vorremmo creare problemi", ma rifiutava con fermezza di svolgere una funzione consultiva perché questa non era, in base al principio di separazione dei poteri, compatibile con la funzione propria di un giudice.

È importante datare questa lettera, da me liberamente tradotta, perché essa ci riporta all'origine della storia costituzionale moderna, ad un problema che sta al cuore della stessa teoria dello Stato di diritto. In questa teoria, enunciata nell'Europa del primo 800 dai classici del liberalismo tedesco – Von Mohl per primo – una posizione centrale è rivestita dall'esigenza di garantire l'indipendenza del giudice e di sottoporre anche l'amministrazione pubblica alla giurisdizione, portando a completa maturazione la separazione tra amministrazione e giurisdizione che già la cameralistica aveva iniziato a delineare.

Giudici, dunque. Ma parlare di 'giudici' in relazione alla giustizia amministrativa è talvolta imbarazzante, di fronte, per es., alla questione degli incarichi extra-giudiziari. Forse più che imbarazzo è indignazione il sentimento che viene suscitato. Indignazione nei confronti del legislatore italiano, anzitutto, che non ha avuto la forza di imporre la fine di un fenomeno che è scandaloso, una mina messa sotto qualsiasi credibilità del Consiglio di Stato. E me la prendo con il Consiglio di Stato perché, come Furlan ci documenta, l'88% degli incarichi degli arbitrati sono riservati ai suoi membri.

Parliamo poi degli incarichi politici. Questa è altra questione che, però, non riguarda solo i giudici amministrativi, perché, per una prassi che non riguarda certo solo questo governo – che pur non mi sembra amare molto i giudici – il ministero della giustizia si è sempre appoggiato su un apparato di giudici distaccati dalla loro funzione. Per non parlare poi dei magistrati che decidono di assumere incarichi di politica attiva. Posso dubitare che queste prassi, pur legittima per la nostra legislazione, sia pienamente compatibile con i principi dello Stato di diritto? Questo scambio continuo di ruoli tra giudice e amministratore, giudice e consulente, giudice e politico mi sembra costituire un fattore che mina, non solo l'immagine, ma anche la realtà dell'indipendenza e imparzialità dei magistrati. Il Presidente Napolitano ha richiamato di recente l'attenzione di tutti su questo problema, che resta uno di grandi problemi irrisolti dell'organizzazione giudiziaria italiana.

Sugli incarichi extragiudiziari non abbiamo regole chiare. Se un magistrato del Consiglio di Stato vuole prendersi un ricco appalto lo faccia pure, ma può poi tornare a fare il giudice amministrativo? Sono due mestieri diversi, alternativi e incompatibili. Se poi vuole fare il Capo di Gabinetto del Ministro, come può ritornare a fare il giudice? E invece, non solo tornano a fare il giudice, ma continuano ad esserlo anche durante il mandato. Si assiste ad un fatto incredibile, che non riguarda solo i giudici amministrativi, ma anche quelli ordinari: i giudici continuano ad ottenere promozioni anche quando sono in politica, perché sia il CSM che il Consiglio di Presidenza ritengono che la norma costituzionale che vieta ai pubblici impiegati di conseguire promozioni, se non per anzianità, mentre sono membri del Parlamento (art. 98.2 Cost.), non si applichi ai magistrati. Sicché, per es., il ministro Frattini, da anni deputato e sin dal 1986 (anno della

nomina al Consiglio di Stato) consigliere giuridico e poi segretario generale di vari ministeri o della Presidenza del Consiglio, ha potuto diventare nel 2009 Presidente di sezione del Consiglio di Stato.

Non è così che si mina la credibilità dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura? La doppia garanzia dell'essere e dell'apparire imparziali e indipendenti appare francamente offuscata. Se ripercorriamo le singole carriere restiamo spesso assai perplessi. Poco fa Furlan citava Calabrò. Calabrò ha difeso gli incarichi extragiudiziari nel 2001 in dottrina (come rilevato da Furlan); nel 2002 ha applicato – come Presidente del TAR Lazio, la sua dottrina e ha dichiarato illegittimi gli atti interni del Consiglio di presidenza, che cercavano di regolare restrittivamente gli incarichi, per violazione della riserva di legge. Ha presieduto anche la I sezione, che è competente per i ricorsi contro gli atti delle Autorità amministrative indipendenti. Nel 2005 è stato nominato presidente dell'Autorità garante delle comunicazioni: la nomina è del Presidente della Repubblica, ma su proposta vincolante del Governo. Gli atti firmati dal dott. Calabrò come autorità indipendente potranno essere impugnati di fronte al giudice amministrativo, alla sezione di cui è stato Presidente e finire poi davanti al Consiglio di Stato, di cui Calabrò è stato autorevole componente. In che modo questo percorso di carriera rispecchia l'essere e l'apparire della indipendenza e terzietà della funzione giudiziaria? Com'è immaginabile che tutto questo sia compatibile, prima ancora che con la Costituzione italiana, con i sacri e più antichi principi dello Stato di diritto liberale, in nome dei quali andiamo per le vie del mondo a predicare e, all'occorrenza, a bombardare?

Vorrei poi sapere un'altra cosa: quanto ci costa tutto ciò? Non so se i nostri amici amministrativisti hanno fatto un'indagine statistica su come finiscano gli arbitrati dei lavori pubblici: mi piacerebbe sapere quanti di questi ricchi e ambitissimi arbitrati vedono la vittoria della parte pubblica. Ho l'impressione che sia un numero assai piccolo. È un massacro per il bilancio dello Stato e per il senso della giustizia del paese intero. L'ente pubblico accetta di deviare dalla giustizia pubblica, che già non mi sembra molto bello: è come il medico dell'Asl che decida di farsi curare da quello privato. Decide di affidarsi alla costosissima giustizia privata e perde sistematicamente: nel frattempo un suo magistrato pubblico si sottrae alla sua funzione istituzionale per fare, a pagamento, il giudice privato. L'amministrazione pubblica soccombe: lo Stato paga tutte le poste in gioco. Tutto ciò mi sembra innaturale, un'infrazione alle regole dell'igiene mentale prima ancora che ai principi costituzionali dello Stato di diritto. Scusate, vi ho premesso che non parlo da esperto: a me sembra una cosa incomprensibile.

C'è poi la questione della componete del Consiglio di Stato di nomina governativa. Di per sé non sarebbe un grosso problema, perché, se noi avessimo tenuto fermi i vecchi e sani principi, la separazione tra la funzione consultiva e quella giurisdizionale, così fortemente rivendicata da John Jay, avrebbe comportato una frattura interna all'organizzazione del Consiglio, impedendo l'osmosi tra chi è addetto alla consulenza e chi invece svolge funzioni giurisdizionali. La stessa Corte costituzionale, nelle rare occasioni che ha avuto di occuparsi del problema, ha messo in chiara relazione la nomina governativa di parte dei consiglieri con la funzione consultiva del Consiglio – perciò accettando la diversa disciplina di selezione dei membri del Consiglio da quella dei magistrati del TAR, perché questi non sono chiamati a svolgere funzioni consultive (sent. 177/19723). Ma la confusione tra i due ruoli, che era tipica di questi organismi nell'*ancien régime* quando essi furono istituiti, invece di subire un processo di depurazione, ha ricevuto un rafforzamento nella disciplina e nelle prassi invalse in epoca repubblicana. È una confusione che impedisce di tenere distinti i magistrati in base al titolo della loro investitura o

per la funzione della sezione a cui sono assegnati; così come impedisce di tenere separati gli atti emanati in sede di consulenza da quelli che sono emessi in sede giurisdizionale, data la prassi frequente di richiamare nella motivazione dei secondi gli argomenti svolti nei primi.

Si dice, però, che di fatto la nomina governativa non costituisca un problema, perché in pratica i nominati dal governo non si vedono molto all'opera, per cui non incidono granché sugli atti del Consiglio. Il che mi sembra una stupenda soluzione italiana al problema: come nell'*ancien régime*, la nomina al Consiglio di Stato è una carica onorifica; non potendosi più nominare i dignitari di corte nel Regio Senato, si mandano al Consiglio di Stato. Ma c'è un problema, che essere consiglieri di Stato è un titolo per svolgere altre funzioni. Come mostra chiaramente il caso di Paolo Maria Napolitano: nominato dal Governo al Consiglio di Stato mentre era nello staff del ministro Fini, dopo pochi mesi dalla cessazione dall'incarico ministeriale è stato eletto dal Parlamento giudice della Corte costituzionale. Ha mai avuto l'occasione di scrivere una sentenza, un'ordinanza, un parere? A me sembra che il cortocircuito che si è creato abbia portato ad evadere la Costituzione: a che serve prevedere rigorosi requisiti professionali per la designazione dei giudici costituzionali, se poi il Governo può nominare chi vuole al Consiglio di Stato e il giorno dopo il Parlamento lo può tranquillamente eleggere alla Corte costituzionale? È vero, di mezzo c'è il timido parere del Consiglio di Presidenza, imposto dalla sentenza interpretativa della Corte costituzionale citata poco fa, che fu provocata dal ricorso di alcuni giovani magistrati amministrativi (una pericolosa combriccola di contestatori, tra cui Vincenzo Caianiello, Alfonso Quaranta, Alberto de Roberto, Raffaele Iannotta e altri), che reagivano all'"infornata" governativa.

Se si accetta che un componente del Consiglio di Stato di nomina governativa sia *ipso facto* giudice della massima giurisdizione amministrativa, il cortocircuito è evidente e irrimediabile. Alla Corte può andare chiunque, se piace al principe! Esattamente il contrario di quanto voleva il costituente.

Ancora più grave è che la Corte non abbia avuto nulla da obiettare. Si è fatta un po' di letteratura sul caso Contri, che non avrebbe avuto l'anzianità professionale richiesta; e a suo tempo si era scritto parecchio sul caso Bucciarelli Ducci, per il quale la Corte aveva elaborato la singolare teoria per cui la presidenza di una Camera di per sé equivale alla funzione giurisdizionale superiore. Sul caso Napolitano invece nulla da obiettare, a quanto pare. Purtroppo questa è la dimostrazione che neanche la Corte costituzionale nutre la convinzione che i principi vadano difesi fino in fondo, anche al costo di mettersi di traverso alle decisioni del Parlamento. Capisco bene la prudenza, è un momento difficile, l'Italia ha ben altri problemi, ma così si finisce con buttare acido muriatico sulle strutture di cemento armato dell'edificio costituzionale. Il che mi preoccupa molto, come cittadino, perché rischia di far perdere di credibilità la Corte costituzionale stessa. Sarebbe gravissimo, perché l'unica cosa che la sorregge è la autorevolezza di cui gode nell'opinione pubblica, visto che non ha fondi pubblici da elargire né forze di polizia con cui imporre il rispetto delle sue decisioni: solo la credibilità può tenerla in piedi. Così come questa delicatissima posizione deve consigliarle di non entrare in sistematica rotta di collisione con gli organi politici, suggerendole un'infinita prudenza, deve anche spingerla a mantenere viva l'autorevolezza nell'opinione pubblica. Non stringere il controllo sulla sussistenza dei requisiti – mentre il loro rispetto è rigorosamente, talvolta puntigliosamente fatto valere per l'accesso a qualsiasi altro incarico o impiego pubblico – ha lo stesso effetto negativo di mantenere in vita i privilegi assistenziali, previdenziali e personali che la Corte ha generosamente concesso ai suoi membri, in carica o "emeriti".

ti”, in un momento in cui lo smantellamento dello Stato sociale sta facendo a pezzi la società.

Io non voglio portarvi via altro tempo. Ho l’impressione che da qualche parte la sveglia debba suonare. Ed è giusto che lo si faccia qua, come lo abbiamo fatto in precedenti convegni. Mi pare giusto che si individuino i punti più significativi e che questi vengano sottoposti a rigorosa analisi, perché non si può continuare a fare il nostro lavoro di giuristi lasciando che le cose che studiamo marciscano in silenzio. Nella giustizia amministrativa e nel Consiglio di Stato ci sono ottime persone e grandi giuristi, ma la macchina sta inclinando sempre di più verso tentazioni perverse e noi come comunità dei giuristi dobbiamo opporci. La giustizia amministrativa ha dei grandi meriti: ci sono sentenze dei TAR e del Consiglio di Stato, spesso anche in tema di diritti, che segnano episodi importanti nella storia giuridica del Paese. Ma di fronte al potere politico, il Consiglio di Stato mostra spesso la forza del burro al sole, per usare una metafora di Leopoldo Coen di stamattina: il rischio è che, col passare del tempo, resti solo la macchia.