amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Funzione consultiva del Consiglio di Stato e attualità del sistema di giustizia amministrativa. Brevi notazioni

di Giuliano Taglianetti

(Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Premessa. 2. L'inevitabile contiguità del giudice amministrativo all'interesse pubblico quale fondamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato. 3. Contenuto e limiti della funzione consultiva: il delicato rapporto tra politica e tecnica. La funzione consultiva quale strumento di implementazione e rafforzamento delle scelte politiche. 4. La compenetrazione organica tra attività consultiva e attività giurisdizionale. 5. Conclusioni.

Abstract

This paper aims to analyze the basis and *ratio* of the consultative function of the Council of State.

According to the author's opinion, the contiguity of the administrative judge to the public interest is the reason why the constitution has assigned consultative and jurisdictional functions to the Council of State.

Consultative function and judicial function represent two complementary and synergistic activities carried out at the service of the legal system.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

I profili critici più frequentemente additati da coloro che mettono in dubbio, nella prospettiva di possibili riforme costituzionali, l'esistenza del sistema di giustizia amministrativa sono riconducibili alla contemporanea presenza in capo al Consiglio di Stato di funzioni consultive e giurisdizionali, alle nomine governative dei Consiglieri di Stato, al collocamento fuori ruolo dei magistrati amministrativi e all'utilizzo degli stessi da parte dell'esecutivo tramite l'attribuzione di incarichi extragiudiziari.
Il terreno comune di tutti questi problemi è stato rinvenuto nella presunta carenza di indipendenza e imparzialità dei giudici amministrativi.
La soluzione prospettata è stata, quindi, quella di far confluire la giurisdizione amministrativa all'interno di quella ordinaria, affidandola eventualmente ad apposite sezioni specializzate[1].

[1] Sul ruolo della giustizia amministrativa e sull'opportunità o meno della vigenza di un modello di tutela dualistico (incentrato cioè sulla presenza del giudice ordinario e del giudice amministrativo) è stata ingaggiata un'accesa disputa d'ingegni: cfr. M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, pubblicato a più riprese in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 552 ss. ed ivi 1964, p. 12 ss. e p. 217 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 589 ss.; ID., *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 523 ss.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 715 ss.; C. MORTATI, *Le giurisdizioni speciali di fronte alla costituzione. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, ora in *Raccolta di scritti di Costantino Mortati*, III, Milano, 1972, p. 1172 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubb.*, 1998, p. 371 ss.; A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 21 ss.; ID., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, *ivi*, 2009, V, p. 370 ss.; ID., *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 186 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. amm.* 2001, p. 911 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 561 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005; G. BARBAGALLO, *La Giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006; F. BILE, *Intorno all'unità della giurisdizione*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 93 ss.; B. SORDI, *Unità della giurisdizione: uno sguardo retrospettivo*, in E. FABIANI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Sull'unità della giurisdi-zione. In ricordo di Franco Cipriani*, Napoli, 2011, p. 25 ss.; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, p. 47 ss.; R. VILLATA, *"Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 324 ss.; ID., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 285 ss.; *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "Cavalieri dell'apocalisse"?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 106 ss.; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827 ss.; S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 798 ss.; A. PAJNO, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 419 ss.; S. CASSESE, *Monismo e dualismo giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 583 ss.; P. TANDA, *Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo: dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico a giurisdizione unica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 85 ss.; G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 889 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa tra presente e futuro*, in *Il Processo*, 2019, p. 587 ss.; G. GRECO, *Monismo e dualismo nel sistema di giustizia amministrativa: l'influenza del diritto*

ISSN 2036-7821

Orbene, se per un verso appare effettivamente arduo giustificare e decifrare la disciplina che attribuisce al Governo il potere di nomina di un quarto dei consiglieri e del Presidente del Consiglio di Stato[2], è invece da considerarsi positivamente lo svolgimento di attività di ausilio in favore delle autorità governative da parte degli organi della giustizia amministrativa nell'ambito della propria attività istituzionale.
La funzione consultiva dell'organo di vertice della giustizia amministrativa e quella giurisdizionale rappresentano invero due attività complementari e sinergiche svolte al servizio dell'ordinamento, nell'ambito di un sistema armonico e organico: il Consiglio di Stato partecipa all'elaborazione dei testi normativi che sarà poi chiamato a interpretare e ad applicare, con l'obiettivo unitario di garantire la legittimità dell'agire pubblico e la tendenziale stabilità del quadro regolatorio[3].
Pertanto, senza volere ora anticipare le conclusioni che risulteranno meglio argomentate al termine della presente analisi, si tenterà di dimostrare che la inevitabile contiguità del giudice amministrativo all'interesse pubblico rappresenta il fondamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato e, probabilmente, il nucleo essenziale della ragion d'essere della giustizia amministrativa.
Occorre, a questo punto, provare ad avvalorare la validità di tale asserzione.

---

dell'Unione europea, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, p. 135 ss.; F. SAITTA, *È ancora attuale un sistema a doppia giurisdizione?*, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2019; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani,* in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1097 ss. Per un approfondimento della questione anche in prospettiva europea e comparata cfr. G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1996; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, Trento, 2000; M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in www.astridonline.it, n. 35/2006; AA.VV., *I sistemi di giustizia amministrativa in Austria, Francia, Germania, Italia, Spagna. Ordinamenti dualisti e monisti a confronto,*Venezia, 2007; D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei,* Firenze, 2010; G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto amministrativo italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010; V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, 2017.

[2] Sulle ragioni sottese alla necessità di «troncare» i rapporti del Consiglio di Stato con il Governo, abrogando le disposizioni che attribuiscono a quest'ultimo il potere di nomina di un quarto dei consiglieri di Stato, si rinvia a E. FOLLIERI, *Per l'indipendenza del Consiglio di Stato*, in N. LONGOMBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, 2016, p. 63 ss.

[3] Su tale aspetto, cfr. G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2013, p. 300, secondo cui le funzioni consultive del Consiglio di Stato «perseguono, in via preventiva, il medesimo scopo di garanzia della legittimità dell'agire pubblico che il giudice persegue *ex post*, su istanza del cittadino che si dichiara leso da provvedimenti o da comportamenti illegittimi». Per un'accezione ampia di giustizia amministrativa cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 21, secondo il quale essa indica «il complesso di mezzi che un ordinamento giuridico appresta per assicurare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi e, in certi casi, ai principi dell'opportunità e della ragionevolezza». Per la medesima impostazione cfr. V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, in *www.astridonline.it*, 2010, p. 2: «"giustizia amministrativa" è nozione più ampia di "giurisdizione amministrativa"; e tuttavia la comprende, essendo comprese in essa le altre funzioni proprie del Consiglio di Stato nella sua tradizione storica e nel suo attuale assetto, e cioè non solo quelle intese ad assicurare la tutela (giurisdizionale e giustiziale) delle situazioni soggettive protette nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, ma anche quelle intese ad assicurare la legalità (imparzialità) e in certa misura anche il buon andamento (art. 97)».

ISSN 2036-7821

2. L'inevitabile contiguità del giudice amministrativo all'interesse pubblico quale fondamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato.

Una delle principali problematiche che involgono la giustizia amministrativa è rappresentata dal complicato rapporto fra l'aspirazione alla effettività della tutela giurisdizionale e l'esigenza di salvaguardare l'interesse generale sotteso all'esercizio del potere amministrativo[4].

La ricerca di un equilibrio tra questi valori contrapposti e parimenti rilevanti per l'ordinamento giuridico rappresenta una specificità del processo amministrativo, nel quale entrano fisiologicamente in gioco non solo interessi privati, ma anche interessi della collettività[5].

Al riguardo, come è stato osservato da un'autorevole dottrina togata, «nel processo amministrativo vi è un "convitato di pietra" e cioè l'interesse pubblico, che non può essere messo da parte e che condiziona non soltanto la sostanza del giudizio, e quindi la possibilità del perseguimento del bene della vita, ma anche la struttura stessa del processo». «Ed è a questo convitato di pietra» - prosegue la citata dottrina - «che vanno fatti risalire gli aspetti di specialità del giudizio amministrativo rispetto a quello civile e che danno senso alla esistenza stessa di una giustizia amministrativa speciale»[6].

La necessità di bilanciare interessi in costante tensione e potenzialmente configgenti, quali l'interesse a garantire al ricorrente una giustizia piena ed effettiva e l'interesse generale al buon andamento dell'azione amministrativa, costituisce probabilmente la *ratio essendi* di un regime processuale differenziato e di un giudice speciale (oltre che specializzato nella tutela) degli interessi legittimi[7].

---

[4] Sulla polivalenza delle funzioni proprie della giurisdizione amministrativa e sulla difficoltà di coniugare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive con la salvaguardia dell'interesse pubblico sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, *Il processo amministrativo tra giustizia e certezza. Le regole dell'equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la stabilità delle decisioni pubbliche*, Milano, 2023.

[5] Cfr., in proposito, P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Bari, 2000, p. 3, secondo il quale la giustizia amministrativa mira alla «mediazione fra la salvaguardia degli interessi, particolari, dei privati e la tutela delle esigenze, generali, degli apparati burocratici».

[6] G. CORAGGIO, *Introduzione alla prima sessione*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo (Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010)*, Napoli, 2011, p. 14.

[7] Il giudice amministrativo si caratterizza non soltanto per la propria specifica competenza, preparazione, tecnica e «sensibilità» (sul punto cfr. F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, spec. p. 118: «il giudice del potere per assolvere la sua funzione specifica deve essere un giudice specializzato»), ma anche per il proprio stato giuridico, che - com'è noto - è diverso da quello dei magistrati ordinari. Basti ricordare in proposito che, mentre i giudici ordinari sono incardinati nel Ministero della Giustizia, i giudici amministrativi dipendono dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa - simile e con funzioni analoghe al Consiglio Superiore della Magistratura ordinaria - composto da magistrati di TAR e Consiglio di Stato, oltre che da quattro membri nominati dalle Camere tra professori universitari ed avvocati, deputato ad assumere tutti i provvedimenti concernenti lo status dei magistrati, tra i quali assunzioni, promozioni, trasferimenti, assegnazione di funzioni, provvedimenti disciplinari, conferimento di incarichi extragiudiziari. Sulla distinzione tra giudice speciale e giudice specializzato cfr., ampiamente, A. PROTO PISANI, *La giustizia amministrativa tra storia ed evoluzione anche recente. Dal giudice speciale*

ISSN 2036-7821

La giustizia amministrativa nasce, invero, dall'esigenza di «tutelare pienamente il cittadino che agisce contro l'amministrazione e le situazioni giuridiche che "dialogano" con gli interessi pubblici»[8].
La necessità di individuare un equilibrio tra le ragioni dell'interesse del privato e dell'interesse pubblico, conferisce un senso alla esistenza stessa di una giustizia amministrativa speciale, differenziandola da quella civile.
Se si giungesse a negare questo elemento di specialità si dovrebbe arrivare coerentemente a sostenere l'unificazione della tutela giurisdizionale[9].
Nel processo amministrativo - a differenza di quello civile, che presuppone «l'uguaglianza del valore sociale degli interessi confliggenti in causa»[10] - le parti sono portatrici di interessi, quello pubblico e quello privato, non omogenei, ancorché tendenzialmente equiordinati sul piano processuale[11]; in tale sede l'amministrazione interviene come parte per la tutela dell'interesse pubblico, che ha una natura, un valore, una consistenza e un "peso" differenti rispetto agli interessi contingenti dei privati, raccordandosi con il bene della vita che i privati stessi intendono conservare o conseguire per il tramite dell'azione amministrativa: la specialità del giudice amministrativo deriva, in sostanza, dalla specialità degli interessi coinvolti dalle controversie di cui conosce.

---

alle sezioni specializzate?, in C. CUDIA (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, p. 141 ss.

[8] S. LICCIARDELLO, *Regime delle competenze e "specialità" del processo amministrativo* (scritto in collab. con S. ASTUTO), in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 445-446, il quale opportunamente precisa che «la "specialità" della disciplina contenuta nel codice del processo non serve a garantire privilegi dell'amministrazione (ormai costituzionalmente improponibili) quanto piuttosto l'adeguatezza della tutela, la qualità della giustizia resa ai cittadini».

[9] Come osserva in proposito G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e logica del diritto amministrativo (anche alla luce della pandemia)*, in *www.questionegiustizia.it*, § 1, n. 1/2021, «l'inevitabile concatenazione tra interessi pubblici e privati contribuisce a spiegare larga parte dell'assetto istituzionale e del concreto funzionamento dei meccanismi di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione».

[10] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, p. 324.

[11] «In questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei …», per usare le parole di Silvio Spaventa (S. SPAVENTA, *Del Consiglio di Stato*, in ID., *Giustizia nell'amministrazione e altri scritti*, Napoli, 2006, p. 150). Invero, al di là della costruzione che si voglia accogliere della figura dell'interesse legittimo, «non sembra eludibile l'osservazione secondo la quale la struttura del processo amministrativo e la struttura del processo civile sono diverse, avendo il processo amministrativo la capacità di riflettere in sé la più ampia pluralità di soggetti e di interessi propria dell'arena dove si svolge l'azione amministrativa rispetto a quella più ristretta delimitata dal concreto rapporto amministrativo al quale pertiene l'atto impugnato. Al fondo, dunque, è proprio il processo amministrativo a portare in sé, per come è stato costruito all'origine, il primo elemento di specialità, avendo per oggetto immediato un atto che, per la sua inerenza a interessi pubblici, ha un profilo che si può definire *lato sensu* politico; e anche oggi che il processo amministrativo verte piuttosto sull'esercizio del potere a fronte di una situazione soggettiva protetta in funzione della effettiva tutela di questa e nonostante le trasformazioni in esso intervenute permane "la rilevanza politica della lite" di carneluttiana memoria»: con queste parole A. MASSERA, *"Giustizia nell'amministrazione" e "ingiustizie amministrative" tra passato e presente,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 41, sottolinea efficacemente alcuni significativi elementi di specialità del processo amministrativo rispetto al processo civile.

ISSN 2036-7821

Come emerge anche dall'analisi di altri ordinamenti, «*the state, as the representative of the public interest, is thought to have interests "superior" to that of any private party involved in the dispute*»[12].

Ancora oggi appare valida e attuale la concezione del processo amministrativo come processo «composito» e «polistrutturato», in cui non si controverte del «mio» e del «tuo», ma si discute del «mio» (il ricorrente), del «tuo» (il controinteressato) e del «nostro» (amministrazione resistente)[13].

La particolarità del processo amministrativo e la rilevanza *lato sensu* politica delle liti involgenti funzioni amministrative preordinate alla tutela della comunità[14] richiedono un organo giudicante meno "distante" dall'amministrazione[15], più

[12] R.J. PIERCE, S.A. SHAPIRO, P.R. VERKUIL, *Administrative Law and Process*, New York, 2004, p. 3.

[13] G. ABBAMONTE, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 355. È opportuno precisare che l'impostazione teorica testé accennata non induce l'illustre Autore a sostenere la natura oggettiva del giudizio amministrativo. Il Maestro, invece, si limita a prospettare una visione composita del processo amministrativo, per la compresenza di istituti provenienti dal processo civile e dal processo penale.

[14] La «rilevanza politica» della lite è evocata da F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 253, cui farà eco Mario Nigro, introducendo il suo classico studio degli anni '80: «qualunque giustizia amministrativa, non solo quella italiana, è storia e problema, anzi è storia in quanto problema ed è problema in quanto storia (...) essa non è una costruzione razionale ma un prodotto storico e la disputabilità dei suoi temi e delle loro soluzioni nasce (...) dalla difficoltà di conciliare … la rilevanza politica della giustizia e la sua aspirazione a liberarsi da ogni tipo di dipendenza e di strumentalità» (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pp. 14-15).

[15] La contiguità del giudice amministrativo al potere esecutivo è determinata innanzitutto, e soprattutto, dalla compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato. Ulteriori rilevanti fattori di contiguità del giudice amministrativo al potere esecutivo sono rappresentati dalla nomina governativa di un quarto dei membri del Consiglio di Stato, dalla nomina del Presidente del Consiglio di Stato «con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di presidenza» (*ex* art. 22, comma 1, legge 27 aprile 1982, n. 186), dalla possibilità per il Governo di affidare incarichi esterni ai magistrati amministrativi. Quanto alla compatibilità di tale sistema con il diritto sovranazionale, giova ricordare che la Corte di Strasburgo, pronunciandosi con riguardo a organi di giustizia amministrativa strutturati in maniera analoga al nostro Consiglio di Stato, ha ritenuto sufficiente ad assicurare l'imparzialità del giudice l'esistenza di meccanismi idonei a garantire la diversità delle persone fisiche cui è affidata la decisione sul medesimo atto nei due diversi processi: per un'analisi ragionata della giurisprudenza sul punto, cfr. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, spec. p. 261 ss.; V. PARISIO, *Il Consiglio di Stato in Italia tra consulenza e giurisdizione alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in ID. (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali*, Milano, 2009, p. 237 ss. Sulle principali questioni problematiche in tema di indipendenza e imparzialità del giudice amministrativo, cfr., *ex multis*, P.G. LIGNANI, *Funzione consultiva e indipendenza* e F. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, entrambi in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, rispettivamente p. 99 ss. e p. 105 ss.; G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici*, in *Foro it.*, 2001, III, p. 269 ss.; 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 costituzionali*, Torino, 2012, p. 581 ss.; M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2014, p. 1 ss.; R. CHIEPPA, M. BRANCA, *La nomina del Presidente del Consiglio di Stato: tra prassi e innovazione*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 447 ss.; E. FOLLIERI, *Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 1234 ss.; G. CONTE, *Le politiche di autogoverno della giustizia*

ISSN 2036-7821

"sensibile" all'interesse pubblico di cui quest'ultima è portatrice, ma non per questo compiacente al potere[16].

In effetti, non di rado il giudice amministrativo nell'esercizio della funzione giurisdizionale è investito della cura in concreto dell'interesse della collettività, essendo chiamato a compiere complesse e delicate valutazioni di opportunità per il migliore perseguimento dello stesso: basti qui richiamare la normativa che attribuisce al giudice amministrativo il potere di comparare, in sede cautelare, interessi pubblici (dell'amministrazione e della collettività generale) e privati; ovvero quella che assegna allo stesso giudice, nell'ambito della giurisdizione di merito, il compito di effettuare apprezzamenti sull'opportunità e la convenienza dell'atto amministrativo in relazione all'interesse pubblico.

Orbene, a parere di chi scrive, questa inevitabile contiguità[17] del giudice amministrativo all'interesse pubblico rappresenta la radice più profonda della scelta del Costituente di assegnare al Consiglio di Stato una doppia funzione, quella di consulenza giuridico-amministrativa in favore dei principali organi legislativi ed esecutivi della Repubblica e quella di tutela della giustizia nell'amministrazione (art. 100, comma 1)[18].

---

amministrativa. Riflessioni di un componente "laico", in *Dir. proc. amm.*, *2016*, p. 886 ss.; A. PROTO PISANI, *Sono davvero da approvare senza riserva le recenti trasformazioni della giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 250 ss.; G. TROPEA, *Tra unità e specialità. Vincitori e vinti di un'eredità tuttora contesa*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, p. 247 ss.

[16] D'altronde - come osserva C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 87 - «è proprio la speciale idoneità del giudice amministrativo a valutare in modo imparziale e sereno la legittimità dell'azione amministrativa che lo ha fatto istituire». «L'affidamento al plesso TAR - Consiglio di Stato della giurisdizione» - prosegue l'Autore - «è la conseguenza del fatto che il costituente prima e il legislatore poi, nell'esperienza repubblicana, hanno ritenuto questi giudici in grado di effettuare un sindacato pieno e completo sull'attività dell'amministrazione, senza quelle limitazioni e ritrosie che il giudice ordinario ha manifestato in passato e che per il vero continua a manifestare anche ora (eccezion fatta per talune limitate ipotesi)».

[17] In proposito, M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 114, osserva lucidamente come la contiguità del giudice amministrativo all'amministrazione e all'interesse pubblico abbia antiche origini, legate alla genesi della giustizia amministrativa: «quando venne istituita nel 1889, la IV Sezione del Consiglio di Stato non era concepita come organo avente natura giurisdizionale, specie in considerazione del fatto che il Consiglio di Stato era stato giudice ordinario del contenzioso amministrativo e che dopo la soppressione di quest'ultimo era rimasto organo consultivo». Su tale profilo cfr., altresì, C. VARRONE, *Il ruolo del giudice nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2012, p. 5, il quale richiama la «inevitabile contiguità e la conseguente possibilità di sovrapporsi al potere» come «uno dei temi di maggiore attualità e di possibile frizione, il cui corretto componimento, tuttavia, è in prevalenza affidato alla sensibilità istituzionale dei singoli Collegi giudicanti».

[18] Il combinarsi delle due funzioni, consultiva e giurisdizionale, trova consacrazione nel dettato costituzionale, che annovera il Consiglio di Stato tra gli organi ausiliari del Governo attribuendogli una doppia attività, quella di consulenza giuridico amministrativa e quella di tutela della giustizia nell'amministrazione (art. 100, comma 1). La scelta di costituzionalizzare il sistema dualistico si perfezionò al termine di un lungo dibattito sviluppatosi all'interno dell'Assemblea costituente che vide contrapporsi due diversi indirizzi: uno favorevole all'unicità della giurisdizione (espresso soprattutto da Calamandrei), e l'altro favorevole al mantenimento dell'assetto fondato su due ordini di giudici (sostenuto in prevalenza da Mortati e Leone). Per un'attenta analisi delle ragioni di ordine storico che hanno giustificato l'esistenza di una giurisdizione speciale, nonché per una ricostruzione dei caratteri,

ISSN 2036-7821

Si ritenne evidentemente che il miglior modo di garantire la legittimità dell'agire pubblico e la stabilità del quadro regolatorio fosse quello di coinvolgere nell'elaborazione dei testi normativi lo stesso organo chiamato a interpretarli e ad applicarli; al contempo, si ritenne che un giudice abituato alla cura dell'interesse pubblico potesse offrire una risposta efficace e particolarmente adeguata alla natura degli interessi coinvolti nel processo amministrativo.

3. Contenuto e limiti della funzione consultiva: il delicato rapporto tra politica e tecnica. La funzione consultiva quale strumento di implementazione e rafforzamento delle scelte politiche.
Individuati il fondamento e la *ratio* dell'attività di consulenza attribuita all'organo di vertice della giustizia amministrativa, sembra opportuno ora soffermarsi sul contenuto e sui limiti di tale attività.
A questo proposito, la legge prevede che il Consiglio di Stato esprima in via obbligatoria parere «per l'emanazione degli atti normativi del Governo e dei singoli ministri … nonché per l'emanazione di testi unici; per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica; sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri» (art. 17, comma 25, l. 15 maggio 1997, n. 127).
È altresì ammessa la possibilità di richiedere al supremo organo della giustizia amministrativa pareri sui disegni di legge e, più in generale, sugli schemi di atti normativi di rango primario e secondario dei principali organi dello Stato, quest'ultimo da intendersi come «Stato-ordinamento»: il parere del Consiglio di Stato, infatti, può essere richiesto non solo dal Governo (del quale il Consiglio di Stato è, per espressa volontà costituzionale, organo di consulenza giuridico

del ruolo e dell'evoluzione delle funzioni del Consiglio di Stato cfr. E. FORZANO, *Il Consiglio di Stato nei governi parlamentari*, Messina, 1884; A. DE ROSA, *Il Consiglio di Stato nel governo parlamentare,* Napoli, 1887; S. BONO, *Il Consiglio di Stato nella legislazione italiana*, Strabella, 1889; G. DE NAVA, *Consiglio di Stato*, in *Dig. it*., Torino, 1896, VIII, 232 ss.; S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, p. 1 ss.; E. GUICCIARDI, *Consiglio di Stato*, in *Nuovo Dig. it*., Torino, 1938, III, p. 890 ss.; dopo l'avvento della Costituzione repubblicana: G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1954; Id., *Rapporti tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali nel Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1960, p. 826 ss.; G. PALEOLOGO, *Il Consiglio di Stato italiano: struttura e funzioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1966, p. 303 ss.; G. ROEHRSSEN, *Il Consiglio di Stato e i suoi compiti*, in *Cons. Stato*, 1971, II, p. 449 ss.; G. PESCATORE, *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Foro amm*., 1982, p. 304 ss.; G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), Milano, 1997, p. 21 ss.; C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. e proc. amm*., 2013, p. 533 ss. Per un'ampia e approfondita trattazione della tematica cfr. altresì gli scritti contenuti in C. FRANCHINI (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011.

ISSN 2036-7821

amministrativa, *ex* art. 100 Cost.), ma anche dal Parlamento[19], dalle Autorità indipendenti[20] e dalle Regioni[21].

Dunque, accanto a un'attività consultiva obbligatoria, disciplinata dalla legge n. 127/1997 e riguardante sostanzialmente l'attività normativa del Governo, sussiste un'attività consultiva facoltativa del Supremo consesso, che ha carattere generale e riguarda le questioni che gli organi di vertice dello Stato intendono sottoporgli per acquisirne l'avviso[22].

Con riferimento a quest'ultima tipologia di attività il Consiglio di Stato, nell'Adunanza della Commissione speciale del 20 settembre 2017, ha chiarito che i pareri facoltativi possono essere richiesti dalle amministrazioni «per risolvere un dubbio relativo all'interpretazione o all'applicazione del diritto, anche in vista dell'adozione di un determinato atto (ovviamente solo per questioni o atti di particolare rilievo)».

Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato ha precisato di non essere tenuto «a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la

[19] Il parere può essere richiesto anche direttamente da una Camera su questioni di tipo giuridico-amministrativo: è il caso del parere richiesto dal Senato della Repubblica sui vitalizi spettanti ai senatori, cui il Consiglio di Stato ha corrisposto con il parere Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 1403.

[20] Come si evince da A. DE ROBERTO, *Relazione sulla Giustizia Amministrativa* Roma, Palazzo Spada, 21 marzo 2003, in *www.lexitalia*, 2003, «le Autorità indipendenti domandano spesso al Consiglio di Stato, come organo consultivo, di far conoscere la propria opinione (v. pareri Sez. I, 15 maggio 2002, n. 1309; id., 29 maggio 2002, n.598; Sez. II, 10 luglio 2002, n.2418)».

[21] In merito alla possibilità delle Regioni di avvalersi del parere del Consiglio di Stato, cfr. il parere n. 4478 del 6 dicembre 2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «è pacifico che le Regioni possano rivolgersi al Consiglio di Stato in via diretta … sin dagli anni ottanta, si è ritenuta esistente tale facoltà nel sistema costituzionale che qualifica il Consiglio di Stato come organo di consulenza giuridico-amministrativa, attinente allo Stato ordinamento e non solo allo Stato apparato (Consiglio di Stato, Sez. II, n. 1855 del 2003). Si è ritenuto quindi che il trasferimento di funzioni statali alle Regioni comporta il venir meno della consultazione obbligatoria del Consiglio di Stato, prevista da specifiche fonti normative; e ciò per evidenti ragioni di rispetto dell'autonomia regionale. Peraltro, ciò non significa che alle Regioni sia preclusa la facoltà di avvalersi degli organi consultivi dello Stato, quale il Consiglio di Stato, cui spetta istituzionalmente la funzione consultiva». In termini, cfr. Ad. gen., 24 aprile 1980, n. 30, in *Cons. Stato* 1981, I, p. 947.

[22] Nell'ambito dell'organizzazione del Consiglio di Stato, si prevedono sezioni che esercitano attività giurisdizionale e sezioni con funzioni consultive: tradizionalmente la prima, la seconda e la terza, nonché quella che in effetti è la «settima», ma è denominata «Sezione consultiva per gli atti normativi» (istituita dall'art. 17, l. 127/1997), svolgono funzione consultiva. Mentre le prime tre sezioni emanano pareri su richiesta sia delle Amministrazioni centrali, sia dietro ricorso straordinario al Capo dello Stato, la «settima» è appositamente costituita per esprimere parere sugli atti normativi del Governo. Delle questioni di particolare importanza di carattere consultivo è investita l'Adunanza generale (composta da tutti i magistrati del Consiglio di Stato). Il tradizionale riparto di competenze tra le funzioni consultive e le funzioni giurisdizionali è stato, però, sottoposto a profonda revisione dalla legge n. 133 del 2008, che ha soppresso la distinzione originariamente presente tra sezioni consultive e giurisdizionali, attribuendo al Presidente del Consiglio di Stato la possibilità, all'inizio di ogni anno, sentito il Consiglio di Presidenza, di individuare le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali, determinando per ciascuna la competenza e la funzione.

ISSN 2036-7821

funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato».
Dunque, «il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo concreto, futuro esplicarsi»[23].
Nell'ambito della tematica relativa al contenuto e ai limiti della funzione consultiva del Consiglio di Stato, occupa un posto di rilievo il rapporto tra politica e tecnica.
Al riguardo, va rilevato che la funzione consultiva del Consiglio di Stato sugli atti normativi si sostanzia in un'attività essenzialmente tecnica mirando a garantire la conformità degli stessi atti alle fonti del diritto a essi sovraordinati, nonché la loro qualità sotto il profilo della chiarezza, dell'efficacia, della coerenza logica e giuridica[24].
In altre parole, la funzione consultiva al Consiglio di Stato è preordinata ad eliminare le incongruenze tecniche dell'attività normativa e ad assicurare l'armonica evoluzione dell'ordinamento positivo, tenendo conto, a tal fine, di una ricca gamma di parametri, che vanno dalla comprensibilità, chiarezza e coerenza delle norme alla loro idoneità a raggiungere l'obiettivo voluto, dalla conformità ai principi generali dell'ordinamento italiano ed europeo alla corrispondenza con gli orientamenti consolidati della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, dalla facilità di interazione fra le nuove norme e la disciplina preesistente alla segnalazione di possibili problemi applicativi e delle soluzioni possibili[25].
In questa prospettiva, la funzione consultiva del Consiglio di Stato non deve essere concepita come uno strumento di delimitazione del potere politico, come uno spazio sottratto alla politica, bensì come uno strumento di rafforzamento e di implementazione delle stesse scelte politiche.
Come osservato in dottrina, la funzione consultiva disegnata dall'ordinamento si caratterizza per il suo carattere oggettivo, non volto a risolvere controversie o ad

[23] Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale 20 settembre 2017, n. 2065, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso analogo, cfr. Consiglio di Stato, Sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui l'istanza di parere «non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale».

[24] In argomento, cfr. A. PEZZANA, *Attività consultiva del Consiglio di Stato e funzione legislativa*, in AA.VV., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Guido Landi*, Milano, 1985, pp. 109 ss.

[25] A questo proposito è stato condivisibilmente rilevato che la qualità della normazione costituisce uno snodo fondamentale per ridurre il contenzioso: cfr. G. CARLOTTI, *La "nuova" attività consultiva del Consiglio di Stato*, in *Rass. Avv. Stato*, 2018, p. 31.

ISSN 2036-7821

assumere decisioni politiche, ma piuttosto ad individuare gli elementi necessari per garantire la qualità delle regole e la loro ordinata attuazione ed applicazione[26].
Parliamo, dunque, di una funzione essenzialmente tecnica che, in ossequio al principio di responsabilità politica[27], non incide direttamente sulla libertà di determinazione delle finalità da conseguire e, quindi, sull'essenza stessa della funzione politica.
Del resto, in ambito amministrativistico, con «attività consultiva» si intende generalmente l'attività volta «non già a decidere per la cura di un interesse pubblico, ma a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri»[28].

4. La compenetrazione organica tra attività consultiva e attività giurisdizionale.
La compresenza di funzioni consultive e funzioni giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato comporta un duplice vantaggio, in un sistema virtuoso di valorizzazione reciproca.
Invero, l'attività di consulenza giuridico-amministrativa del Supremo organo della giustizia amministrativa implica evidenti vantaggi innanzitutto per l'autorità pubblica, la quale si giova nel proprio operare della competenza e dell'esperienza del giudice amministrativo, che potrà consentirle di evitare quegli errori che lo stesso giudice potrebbe rilevare in sede di contenzioso, ad esempio, annullando un regolamento illegittimo, oppure sollevando una questione di legittimità costituzionale di una legge sospettata di incostituzionalità[29].
D'altronde, il Consiglio di Stato anche nello svolgimento dell'attività giurisdizionale ha ispirato (soprattutto in passato, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo) e ispira molte scelte del legislatore ponendo rimedio a vere e proprie lacune normative[30].

---

[26] L. TORCHIA, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 285.

[27] Cfr., sul punto, V. FROSINI, *La responsabilità politica*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1981, p. 7 ss.; P. CARETTI, *Responsabilità politica*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 3 ss.; G. PITRUZZELLA, *Responsabilità politica*, in *Dig. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 289 ss.

[28] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, p. 464. In generale, la dottrina amministrativistica è concorde nel considerare l'attività consultiva come strumentale rispetto a quella decisoria: cfr. P. CORSO, *La funzione consultiva*, Padova, 1942; F. FRANCHINI, *Il parere nel diritto amministrativo*, Milano, 1944-1945; F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974; G. GHETTI, *La consulenza amministrativa*, Padova, 1974; C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna 2002.

[29] La particolare autorevolezza della funzione consultiva del Consiglio di Stato risulta confermata anche in sede di giurisdizione costituzionale. In numerosi casi, infatti, il governo ha modificato gli schemi degli atti normativi secondo le indicazioni fornite, in particolare, dalla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, consentendo in tal modo alla Corte costituzionale, in più di un'occasione, di respingere le censure di costituzionalità sollevate nei confronti degli stessi.

[30] Come ha osservato C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, cit., p. 547, il Consiglio di Stato e i Tribunali amministrativi regionali hanno colto, interpretato e talvolta addirittura anticipato i

ISSN 2036-7821

Da questo punto di vista, la funzione consultiva, espressa da un organo imparziale e di elevata competenza tecnica, assicura un rilevante contributo anche nella prevenzione del contenzioso, rivelandosi per tale via complementare e connessa alla funzione giurisdizionale.

L'attività consultiva del Consiglio di Stato non giova, però, soltanto ai pubblici poteri che se ne avvalgono, ma anche agli stessi giudici che svolgono tale attività.

Questi ultimi, invero, arricchiscono la propria esperienza, affinano la propria sensibilità e sviluppano l'attitudine a compiere valutazioni in merito all'interesse pubblico, partecipando all'elaborazione dei testi normativi che saranno poi chiamati a interpretare e ad applicare come giudici.

A questo proposito, è innegabile che un giudice che abbia contribuito attivamente alla guida e all'orientamento di autorità governative direttamente preposte al compimento di valutazioni comparative di meritevolezza e priorità tra gli interessi in gioco possa più adeguatamente sostituirsi a esse in quelle ipotesi di giurisdizione di merito che richiedono valutazioni circa l'opportunità, la convenienza, la proporzionalità o la ragionevolezza dell'azione amministrativa[31].

È altrettanto innegabile che un giudice «adeguatamente attrezzato» per la cura dell'interesse pubblico[32]possa stabilire in maniera più avveduta quale interesse, pubblico o privato, debba prevalere in determinate circostanze.

A questo proposito, si pensi, ad esempio, alla fase cautelare, in cui il giudice è (implicitamente[33]) chiamato a compiere una vera e propria valutazione comparativa tra gli interessi particolari delle parti (ricorrente e controinteressato) e gli interessi

---

più rilevanti cambiamenti della realtà sociale, economica e amministrativa, ispirando molte scelte del legislatore. Quest'ultimo Autore prosegue osservando come il giudice amministrativo abbia avuto «un ruolo fondamentale nella formazione del sistema amministrativo, perché tutta la disciplina degli elementi della pubblica amministrazione si ispira ai principi sanciti nella giurisprudenza amministrativa … ».

[31] Con riguardo a quest'ultimo aspetto, in dottrina è stata prospettata la tesi secondo la quale attraverso la giurisdizione di merito il legislatore avrebbe inteso investire il giudice anche della cura dell'interesse pubblico: A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, II, p. 1437 ss., spec. pp. 1449-1450. In argomento, cfr. altresì M.M. FRACANZANI, *Per un giudice amministrativo veramente speciale*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 1/2021, § 2, il quale rileva opportunamente come il giudizio di ottemperanza, vale a dire la più importante fattispecie di giurisdizione di merito, non possa essere considerato come semplice esecuzione forzata.

[32] F. SAITTA, *op. cit*., § 3.

[33] La giustificazione sistematica della valutazione cautelare dell'interesse pubblico è rinvenibile nell'idea dell'interesse legittimo come posizione dialetticamente correlata all'esercizio di una funzione pubblica. Anche dalle norme in materia di cauzione (artt. 55, 56, 61 c.p.a.) sembra potersi desumere quantomeno la generale rilevanza di una valutazione degli effetti e delle conseguenze della richiesta misura cautelare che vada oltre la sfera giuridica della sola parte richiedente. Su tale problematica, v. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *www.federalismi.it*, 5/2017, p. 17, secondo il quale «la decisione della domanda cautelare non rimane circoscritta alla prospettiva unilaterale del ricorrente e del pregiudizio da questi paventato, ma impone di considerare sempre, e in modo unitario, la complessa rete di interessi giuridici dedotti in causa». In tale contesto, conclude l'Autore, «le finalità pubbliche perseguite dalla amministrazione resistente costituiscono elemento essenziale di tale rapporto».

ISSN 2036-7821

pubblici rilevanti dell'amministrazione e della collettività, soppesando, di volta in volta, la "qualità" degli interessi implicati secondo il suo "prudente apprezzamento"[34].

Si pensi, altresì, al contenzioso in materia di contratti pubblici, in cui il giudice è chiamato a decidere se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto *ex* art. 122. c.p.a. e a modulare la portata temporale di tale decisione, in base ai parametri della proporzionalità e adeguatezza[35].

Negli esempi sopra riportati la discrezionalità del giudice assume un ruolo decisivo dato che legislatore non differenzia il grado di rilevanza degli interessi in gioco.

In questa prospettiva, il processo amministrativo configura non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione degli interessi legittimi, ma anche lo strumento per individuare e scegliere quale interesse (pubblico o privato) debba prevalere nel caso concreto[36].

Questo dimostra che la giustizia amministrativa è stata strutturalmente concepita per tutelare non soltanto le situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio, ma anche l'interesse generale della collettività.

Quindi, la cura dell'interesse generale, che è sicuramente alla base dell'attività consultiva, non è estranea alla funzione giurisdizionale del giudice amministrativo.

---

[34] Com'è noto, l'art. 55 c.p.a. non richiama esplicitamente il criterio dell'interesse pubblico. Il rapporto tra le tendenze della giurisprudenza cautelare e l'interesse pubblico, fino agli anni 2000, è ben rappresentato da A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 26 ss., che classifica le diverse posizioni «a seconda dello spessore che si dia all'interesse pubblico (con)tutelato dal giudice della cautela». Secondo quest'ultimo Autore, «si possono infatti prospettare tre visioni principali di tale interesse: a) l'interesse generale della collettività alla legalità in quanto tale; b) l'interesse specifico curato dall'amministrazione nel caso concreto; c) l'interesse generale della collettività alla corretta definizione degli interessi, soggettivamente pubblici e privati, coinvolti nella decisione», con il risultato di avvalorare «il carattere prevalentemente oggettivo e non soggettivo della tutela amministrativa nel suo complesso e della cautela in particolare». L'esigenza di una valutazione attenta anche degli interessi pubblici è stata evidenziata anche di recente in dottrina: cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2021, p. 294: «il giudice, ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare, deve effettuare una valutazione "comparata" di tutti gli interessi in gioco, secondo criteri non codificati puntualmente dalla legge, e quindi, in definitiva, sulla base del suo prudente apprezzamento».

[35] Questa norma enfatizza il potere dell'organo giudicante in quanto gli attribuisce il compito di effettuare una complessa valutazione involgente una molteplicità di interessi contrapposti e di varia natura, tra cui l'interesse pubblico dell'amministrazione. In virtù dell'art. 122 c.p.a. il giudice amministrativo è chiamato a operare «un vero e proprio apprezzamento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco, come dimostrano fuor da ogni dubbio la potestà di determinare la decorrenza dell'inefficacia (anche retroattivamente) e la potestà di graduare le sanzioni alternative»: così, L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, § 2.

[36] D'altronde, come è stato riconosciuto anche da autorevole dottrina togata, se dall'attuale stato di degradazione delle fonti consegue che «l'assetto di interessi non è "dato" ma deve essere episodicamente forgiato dai pubblici poteri all'interno di una logica prettamente compositiva», «ben si comprende il costante ricorso alla tecnica giudiziale del bilanciamento»: così, A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 13.

ISSN 2036-7821

Nella prospettiva tratteggiata, la svolgimento dell'attività di consulenza da parte dei giudici amministrativi accresce l'esperienza degli stessi che conoscono dall'interno l'amministrazione e possono meglio sindacare gli atti ed esercitare gli speciali poteri ponderativi che il codice del processo amministrativo gli conferisce.
Ma soprattutto accresce la loro sensibilità nei confronti dell'interesse pubblico, di cui pure devono tenere conto nello svolgimento della funzione giurisdizionale.
Pertanto, l'esistenza di un giudice speciale con funzioni «di consulenza giuridico amministrativa e di tutela di giustizia nell'amministrazione» non sembra risolversi in un regime processuale privilegiato per l'amministrazione: tra l'attività giurisdizionale e l'attività di consulenza svolte dal Consiglio di Stato non vi è conflitto, bensì convergenza di interessi.
La funzione consultiva è infatti un'attività che viene svolta, come quella giurisdizionale, al servizio dell'ordinamento, nell'interesse generale della collettività e non dell'amministrazione.
In quest'ottica, la funzione consultiva e quella giurisdizionale configurano funzioni distinte, ma svolte nell'ambito di una trama organica[37].
Pertanto - a meno che non si intenda ripensare dalle fondamenta l'intero sistema processuale amministrativo, sopprimendo ogni valutazione discrezionale e di merito del giudice amministrativo - un giudice «abituato» al potere e alla cura dell'interesse pubblico rappresenta indubbiamente una risorsa preziosa.

5. Conclusioni.

La complementarietà e la contaminazione reciproca tra attività consultiva e attività giurisdizionale appaiono dunque idonee ad accrescere la qualità e la stabilità del quadro regolatorio e, al contempo, ad implementare la capacità del giudice amministrativo di compiere valutazioni ponderative attinenti all'interesse pubblico.
Un discorso a parte merita la questione concernente l'esercizio separato di funzioni di consulenza da parte dei singoli magistrati ovvero lo svolgimento a livello individuale di incarichi extragiudiziari al di fuori della propria istituzione di appartenenza (ad esempio, come capi di gabinetto o capi degli uffici legislativi dei ministeri)[38].

---

[37] In tal senso, C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, cit., p. 549.

[38] Per un approfondimento, corredato anche di dati statistici, in merito agli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi v. F. FURLAN, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi: problemi e prospettive*, in www.forumcostituzionale.it, 2012, secondo il quale il massiccio utilizzo di giudici amministrativi negli uffici governativi costituisce «un grave *vulnus* all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura amministrativa». «Lungo è infatti», prosegue l'Autore, «il *cahier des doleances*: con questa pratica si crea una pericolosa e nociva contiguità tra il controllore ed il controllato; si distolgono i magistrati amministrativi dai loro incarichi funzionali, provocando un naturale rallentamento dei tempi delle cause; si crea una situazione in cui alcuni magistrati costruiscono una diversa carriera all'interno delle strutture ministeriali senza più esercitare concretamente le funzioni di istituto; si lede irreparabilmente l'apparenza di imparzialità verso i cittadini; il

ISSN 2036-7821

Lo svolgimento di tali incarichi - pur favorendo uno scambio di esperienze tra magistrato e autorità governativa - determina una contiguità potenzialmente patologica tra potere esecutivo e giudice amministrativo, che getta una spessa ombra sulla sua autonomia, indipendenza e imparzialità, soprattutto nell'esercizio dell'attività giurisdizionale[39].

Sarebbe pertanto auspicabile un drastico ridimensionamento della possibilità di affidare incarichi extragiudiziari ai magistrati amministrativi[40].

I rilevati vantaggi derivanti dalla scelta di assegnare al massimo consesso della giustizia amministrativa una doppia funzione, quella di «consulenza giuridico-amministrativa» e quella di «tutela della giustizia nell'amministrazione», possono essere invece utili per riconsiderare l'opportunità di estendere la funzione consultiva istituzionale, attualmente riservata al Consiglio di Stato, agli organi di giustizia amministrativa di primo grado[41].

Più in particolare, si potrebbe ipotizzare - anche per compensare il prospettato ridimensionamento degli incarichi extraistituzionali - di estendere tramite legge statale la funzione consultiva istituzionale ai tribunali amministrativi regionali sugli atti normativi e sugli atti di amministrazione generale a contenuto non normativo degli enti locali, attraverso la previsione di pareri rispettivamente obbligatori (in relazione ai primi) e facoltativi (in relazione ai secondi).

Tale soluzione sarebbe ancor più auspicabile se si considera che, in seguito alla soppressione del sistema dei controlli sugli atti amministrativi regionali e locali, la gran parte dell'attività amministrativa (e ciò che più rileva di quella normativa e di amministrazione generale) degli enti locali, nonché delle regioni, è rimasta priva di controlli di legittimità e, al di là della materia dei controlli, è rimasta priva di adeguati supporti che ne assicurino la legittimità[42].

---

controllo giurisdizionale sui provvedimenti regolamentari e puntuali adottati dal Consiglio di Presidenza per disciplinare gli incarichi è affidato agli stessi magistrati amministrativi».

[39] Tra i vari profili di criticità e motivi di perplessità, si pensi, ad esempio, alla sussistenza di potenziali conflitti di interessi tutte le volte in cui un giudice amministrativo si trovi a dover decidere in sede giurisdizionale in ordine ad atti normativi e amministrativi alla cui scrittura ha contribuito, non nello svolgimento delle propria attività istituzionale, bensì nella qualità di capo di gabinetto o dell'ufficio legislativo di un ministero (e quindi in seguito ad un incarico retribuito e di natura fiduciaria).

[40] In questa prospettiva è da accogliere con favore il divieto di esercitare in contemporanea funzioni giurisdizionali e ricoprire incarichi governativi, nonché la disciplina del ricollocamento dei magistrati collocati fuori ruolo per l'assunzione di incarichi politico-amministrativi apicali a livello nazionale o regionale e incarichi di governo non elettivi di cui alla legge 17 giugno 2022, n. 71. Sull'argomento, cfr. N. ROSSI, *Ordinamento giudiziario: isolare, separare, atomizzare la magistratura. Solo un preludio delle politiche della destra?*, in *Questione giustizia*, 2022, p. 5 ss.; D. CARDAMONE, *La nuova disciplina del collocamento fuori ruolo dei magistrati*, *ivi*, p. 112 ss.

[41] In merito alla possibilità, all'utilità nonché alla praticabilità costituzionale, dell'attribuzione di funzioni consultive anche ai TAR cfr. V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, cit.

[42] In tal senso, V. CERULLI IRELLI, *Federalismo e giustizia amministrativa*, cit., p. 4, il quale osserva come la gran parte dell'attività amministrativa degli enti locali si svolga attualmente «senza rete». L'Autore soggiunge che la tale circostanza «espone gli amministratori, i dirigenti e i funzionari degli enti locali e anche delle regioni, a

ISSN 2036-7821

L'attribuzione ai giudici amministrativi di primo grado della funzione consultiva potrebbe essere uno strumento utile per gli enti locali che, nella loro attività regolamentare e amministrativa generale, potrebbero avvalersi gratuitamente dell'apporto di un organo altamente qualificato, del quale è assicurata l'imparzialità e l'indipendenza da influenze esterne.

A tale proposito, è opportuno sottolineare che una siffatta attività non si porrebbe in contrasto con il principio autonomistico e con la potestà degli enti locali di esprimere un proprio indirizzo politico-amministrativo[43]: come osservato in precedenza (v., *supra*, § III) la funzione consultiva ha una natura essenzialmente tecnica e ausiliaria, non incidendo direttamente sulla libertà di determinazione delle finalità da perseguire (e quindi sull'essenza stessa della funzione politica).

La soluzione prospettata sembra idonea a rafforzare la qualità e la stabilità del quadro regolatorio locale; al contempo, potrebbe fornire un rilevante contributo nella prevenzione del contenzioso innanzi ai tribunali amministrativi regionali[44].

notevoli rischi sul piano della responsabilità, come peraltro dimostra il rilevante contenzioso davanti al giudice penale e davanti alla Corte dei conti a carico di questi soggetti; ed espone gli atti amministrativi regionali e locali a un fortissimo contenzioso amministrativo, che in gran parte di casi sfocia nell'annullamento degli atti stessi».

[43] Sulla latitudine e sulla consistenza dell'autonomia riconosciuta costituzionalmente agli enti locali e, in particolare, sull'art. 5 Cost. si segnalano i contributi di C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento nell'art. 5 della Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 67 ss. (saggio per la prima volta apparso in *Riv. dir. pubbl.*, 1948); G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova 1969; Id., *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 277 ss.; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Milano, 1979; F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1975; G.C. DE MARTIN, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Milano, 1984; A. PIRAINO, *Le autonomie locali nel sistema della Repubblica*, Torino, 1998; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi: autonomie locali e funzione amministrativa nella trasformazione della p.a.*, Padova, 1999; G. VESPERINI, *I poteri locali*, I e II, Roma, 1999 e 2001; Id., *Gli enti locali*, Bari, 2004; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2007. Più recentemente, cfr. S. STAIANO, *Costituzione italiana: articolo 5,* Roma, 2017; R. CALVANO, *L'art. 5, tra promozione e compressione del principio autonomista: un'altalena collegata all'involuzione del sistema politico italiano*, in *www. federalismi.it*, n. 10/2018.

[44] Sul punto, occorre tenere presente l'importante dato comparatistico rappresentato dal sistema francese, nel quale sia il Consiglio di Stato sia i Tribunali amministrativi esercitano funzioni giurisdizionali e funzioni consultive, senza distinzione cioè tra l'organo centrale e gli organi periferici della giustizia amministrativa.

ISSN 2036-7821