

Profili costituzionali dell'astensione e della ricusazione del giudice amministrativo

di Nicola Pignatelli

(2 maggio 2013)

L'astensione e la ricusazione, come istituti "dei processi", fatta salva la specialità di quello (*rectius*, di quelli costituzionali), si sostanziano nella sottrazione alla funzione giurisdizionale, in una deroga al principio di precostituzione del giudice naturale (art. 25 Cost.) e quindi, in quanto tali, devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva in sede applicativa. Questi istituti sono caratterizzati da una forte complessità costituzionale posto che tutelano due valori, quello dell'*imparzialità*, intesa come equidistanza dalle parti, e della *terzietà*, intesa come distanza dall'oggetto del processo, che in realtà sono tutelati dallo stesso principio, il principio di precostituzione, che l'astensione e la ricusazione vanno a comprimere.

L'imparzialità e la terzietà, come emerge dalla giurisprudenza costituzionale, sono profili "*coessenziali*" alla natura del giudice anche quando l'amministrazione è parte del processo (Corte cost. n. 353/2002). In realtà appare più corretto sostenere che l'imparzialità e la terzietà sono profili "*coessenziali*" alla natura del giudice *a fortiori* quando l'amministrazione è parte del processo, posto che la suddetta complessità logica, ancor prima che giuridica, si accentua proprio nel processo amministrativo, nel quale il potere esecutivo è, o può essere, parte del processo, così che il valore dell'*imparzialità* tende a coincidere con quello dell'*indipendenza* (funzionale) *esterna*.

Queste problematiche costituzionali trovano un tentativo di risposta nel codice del processo amministrativo, che peraltro è l'unico codice del nostro ordinamento che ribadisce il contenuto dell'art. 111 Cost., ovvero il principio del giusto processo (art. 2 c.p.a.), manifestando, almeno da un punto di vista retorico e simbolico, una sorta di reazione ad alcune critiche della dottrina sull'attuazione dei principi costituzionali nel processo amministrativo.

Il "nuovo" codice contiene due disposizioni (art. 17 e 18 c.p.a.) che prevedono un rinvio recettizio al codice di procedura civile, per lo meno per le *cause* e le *modalità* di astensione e per le *cause* di ricusazione, mentre configura una disciplina specifica per il procedimento di ricusazione.

Tale rinvio potrebbe apparire inutile, posto che esiste un altro rinvio esterno (art. 39 c.p.a.) di carattere "generale" del codice del processo amministrativo alle disposizioni del codice di procedura civile per tutto ciò che non è previsto dal codice del processo amministrativo (e quindi anche alla disciplina dell'astensione e della ricusazione). In realtà tale rinvio, in una dimensione ermeneutica, tende a stabilizzare l'astensione e la ricusazione, a sottrarre questi istituti ad un giudizio di adattabilità e di adattamento caso per caso, che la operatività del mero rinvio generale rischierebbe di assecondare. Tale rinvio recettizio genera una sorta limitazione della *specialità* del giudice, non sotto il profilo oggettivo (*rectius*, della giurisdizione), ma sotto il profilo soggettivo, come elemento di unificazione dello *status* costituzionale del giudice.

Non può negarsi, infatti, come la natura costituzionale del giudice amministrativo sia stata irrimediabilmente condizionata dalla sua posizione nella forma di stato, al crocevia tra

autorità e libertà, sino a far teorizzare una certa flessibilità delle regole processuali, analogamente a quanto è accaduto per le regole del processo costituzionale in intima relazione con la posizione della Corte nella forma di governo.

Tuttavia la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha tentato, soprattutto negli ultimi anni, di sviluppare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'astensione e della ricsuzione non soltanto a tutela del diritto ad un giudice terzo ed imparziale ma anche tutela della funzionalità del sistema giurisdizionale (cfr. anche, nella giurisprudenza più risalente, Cass. S.U., n. 3948/1989), al fine evitare situazioni di paralisi e di abuso di questi due istituti.

Si è escluso, a titolo esemplificativo, l'interesse in causa (art. 51, 1° comma, n. 1 c.p.c.) per tutti quegli effetti potenzialmente coinvolgenti (anche) i giudici amministrativi come cittadini, come dipendenti pubblici o come magistrati, proprio sul presupposto che strutturalmente un giudice amministrativo conosce gli atti normativi regolamentari e gli atti generali.

In questa logica conformativa l'Adunanza Plenaria (n. 2/2009) ha individuato i casi in cui non deve essere applicato il principio di prevenzione (art. 51, 1° comma, n. 4), secondo il quale non può giudicare il giudice che ha maturato un pre-giudizio sul *thema decidendum*, escludendo dall'applicabilità della disposizione il rapporto tra fase di merito e fase cautelare e l'opposizione di terzo diversamente dal rapporto tra giudizio rescindente e giudizio rescissorio.

Tuttavia, quanto alla operatività di tale previsione, deve essere rilevata una criticità oggettiva. Il codice del processo amministrativo ha abrogato espressamente (cfr. art. 4 allegato n. 4 decreto legislativo n. 104/2010) una disposizione che era contenuta nel T.U. CdS (art. 43, 2° comma), che vietava ai giudici del Consiglio di Stato di decidere (*rectius*, di partecipare al collegio giudicante) su una questione già conosciuta in sede consultiva. Tale disposizione individuava un'ipotesi di *astensione obbligatoria*, quanto mai necessaria alla luce della previsione sull'avvicendamento annuale dei magistrati tra sezioni giurisdizionali e sezioni consultive (art. 2 l. 186/1982). Questa abrogazione espressa genera evidentemente un vuoto, difficilmente colmabile attraverso la valorizzazione in via interpretativa dell'art. 51 c.p.c., 1° comma, n. 4, relativo al pre-giudizio, posto che nella suddetta ipotesi non vi sono "due giudizi" ma un giudizio e un parere espresso in sede consultiva. A tutto concedere l'applicabilità in via analogica potrebbe valere nei rapporti tra giudizio amministrativo e ricorso straordinario, vista la progressiva giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario prima in sede ermeneutica poi in sede legislativa (l. n. 69/2009).

La scelta del legislatore sembra quindi porsi in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU (*Procola '95* e *Mcgonnel '2000*), secondo cui sussiste una lesione dell'effettività del diritto ad un giudice (art. 6 CEDU) quando il collegio giudicante, o parte di esso, abbia conosciuto il *thema decidendum* in sede consultiva, per quanto in realtà la stessa giurisprudenza CEDU in altre occasioni abbia ristretto la nozione di "*identità di causa*" (*Kleym 2003*), rilevante ai fini dell'applicabilità degli istituti in questione, non ritenendo sussistente tale identità in una vicenda nella quale in sede consultiva era stato reso un parere relativo ad un aspetto specifico relativo alla localizzazione di una rete ferroviaria e in sede giurisdizionale l'oggetto del processo consisteva nella impugnazione di tutti i provvedimenti relativi alla stessa localizzazione.

Quanto alle specifiche scelte in materia di ricsuzione (art. 18 c.p.a.) anche il legislatore è stato molto attento nel neutralizzare eventuali situazioni di paralisi dell'esercizio della funzione giurisdizionale, disponendo che la mera presentazione della istanza non genera la sospensione automatica del processo e la competenza a giudicare spetta al medesimo Ufficio nel quale è incardinato il giudice ricsuato. Lo stesso Consiglio di Stato (sent. n. 3346/2009) ha specificato l'ambito oggettivo di applicabilità della ricsuzione, affermando che anche nell'ipotesi in cui siano ricsuati tutti i magistrati del Tar competente è da ritenersi inammissibile la trasmissione dell'istanza di ricsuzione dal Tar al Consiglio di Stato.

Il legislatore ha previsto altresì che il giudice ricsuato debba, in conformità alla giurisprudenza costituzionale (cfr. *ex plurimis* n. 78/2002), far parte del collegio che decide sulla ricsuzione almeno in via di delibazione, ai fini di una valutazione della manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza, per quanto la decisione definitiva sulla ricsuzione, in questa logica bilanciata, spetti ad un collegio al quale non partecipa il giudice ricsuato.

Il Consiglio di Stato (cfr. Cons. St. n. 1957/2012; Cons. St. n. 2355/2012; Cons. St. n. 1162/2012) ha specificato inoltre che questa modulazione bifasica tra delibazione e decisione definitiva si applica anche nell'ipotesi in cui la parte abbia ricsuato tutti i giudici del collegio. In questa logica la fase delibativa può fungere da argine rispetto a tentativi (manifestamente infondati o inammissibili) di paralisi giurisdizionale.

I Giudici di Palazzo Spada, quanto a questa peculiare ipotesi, hanno affermato altresì in via giurisprudenziale ulteriori regole non previste dal codice:

a) il collegio interamente ricsuato può decidere in via definitiva sull'istanza presentata, risultando superflua un'ulteriore decisione, quando la istanza sia "*a colpo d'occhio manifestamente inammissibile o infondata*";

b) l'istituto della ricsuzione aderisce non all'organo o all'ufficio ma alla persona fisica (come la giurisprudenza costituzionale ha affermato in relazione all'art. 25 Cost.), così che deve ritenersi inammissibile un'istanza di ricsuzione "diffusa" o "strutturale", come quella presentata nei confronti di tutti i magistrati del Consiglio di Stato relativamente alla impugnazione degli atti del concorso pubblico per alcuni posti da Consigliere. Analogamente dovrebbe ritenersi inammissibile un'istanza di ricsuzione avverso tutti i magistrati del Consiglio di Stato qualora un Collegio di quest'ultimo si trovasse a decidere della legittimità degli atti del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa. Appare evidente come istanze di ricsuzione così strutturate appaiano, in realtà, surrettizie istanze di sollevamento di questioni di legittimità costituzionale, aventi ad oggetto le norme sul radicamento della giurisdizione o della competenza.

Tali regole rappresentano uno sforzo ulteriore di interpretazione costituzionalmente conforme dell'astensione e della ricsuzione, alla luce di un bilanciamento tra diritto *soggettivo* ad un giudice e interesse pubblico *oggettivo* alla funzionalità della giurisdizione.

Un ulteriore profilo rilevante, ai limitati fini costituzionali della problematica, è quello della natura del procedimento di ricsuzione. Le Sezioni Unite della Cassazione affermano da sempre che il procedimento di ricsuzione ha una natura *giurisdizionale incidentale*. La giurisprudenza amministrativa, in passato, ha invece sostenuto che la natura del procedimento di ricsuzione ha una natura *amministrativa*, valorizzando quindi più che il diritto ad un giudice l'aspetto della funzionalità dell'ufficio. Nel codice del processo

amministrativo troviamo qualche sintomo di giurisdizionalità (sanzione della nullità, condanna alla spese) per quanto non si faccia riferimento, ad esempio, alla sede della decisione (udienza pubblica o camera di consiglio).

Tale necessità di chiarificazione sulla natura giurisdizionale del procedimento non rileva ai fini dell'impugnazione dell'ordinanza di decisione sulla ricusazione, posto che nel processo amministrativo vige il principio di tipicità nei mezzi impugnatori (e tale impugnazione non è espressamente prevista nel caso di specie), ma ai fini dell'attivazione della questione di costituzionalità, del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, della rimessione della questione all'Adunanza Plenaria e più in generale di tutti quegli strumenti utili, in una logica dialettica, alla definizione dello *status* costituzionale del giudice. Spesso sono le regole del processo che "fanno" il giudice. In altre parole è il *giudizio* a fare il proprio *giudice*.