

INTRODUZIONE

Il presente elaborato nasce dall'intenzione di verificare la rispondenza del sistema giurisdizionale amministrativo – di recente novellato dal d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 - ai principi dell'equo processo, sanciti dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione italiana¹.

L'art. 6 Cedu sancisce che <<Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente (...)>>.

L'art. 111 Cost. stabilisce che <<La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata (...)>>.

Sebbene nell'epoca immediatamente successiva all'entrata in vigore della Cedu si sia ritenuto che l'art. 6 si applicasse soltanto alle controversie concernenti il settore del diritto privato, inteso come contrapposto al settore del diritto

¹Il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, costituente il "Codice del nuovo processo amministrativo", in attuazione delle delega conferita dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, al Governo, è entrato in vigore lo scorso 16 settembre.

pubblico, stante il tenore letterale dell'articolo (<<*In the determination of his civil rights and obligations ...>>*), la giurisprudenza europea ha successivamente avvertito l'esigenza di garantire l'applicazione dei principi convenzionali anche al processo amministrativo. Quest'ultimo, infatti, nel corso degli anni si era trasformato da strumento volto alla tutela dell'interesse obiettivo alla legalità a mezzo per la tutela delle situazioni giuridiche del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Con la riforma dell'art. 111 Cost., operata con legge costituzionale, 23 novembre 1999, n. 2, si assiste ad una profonda valorizzazione del principio di indipendenza (terzietà nel linguaggio del legislatore costituzionale) del giudice, già fissato dall'art. 6 Cedu quale requisito indispensabile affinché un processo possa considerarsi equo.

Tale valorizzazione consegue all'espressa previsione dei principi del "giusto processo", che, secondo concorde dottrina, sino ad allora aleggiavano comunque nell'ordinamento italiano, ricavandosi dal combinato disposto di disparate norme costituzionali, dislocate all'interno dei vari titoli e capi della Costituzione italiana.

L'indipendenza costituisce *condicio sine qua non* di un altro principio fondamentale a tal fine: il principio di imparzialità.

Sebbene spesso i due termini siano erroneamente utilizzati come sinonimi, essi indicano due esigenze diverse: l'indipendenza si concreta nell'assenza di vincoli e rapporti di soggezione formale o sostanziale nei confronti di altri organi, soggetti o poteri, e attiene dunque allo *status* dei giudici; l'imparzialità riguarda,

invece, l'esercizio delle funzioni e consiste nella condizione di assoluta estraneità e indifferenza, e perciò di neutralità, rispetto agli interessi in causa.

Entrambi i requisiti assumono contorni sfumati quando si considerino rispetto al giudice amministrativo. Quest'ultimo, infatti, non può essere indipendente in via assoluta, atteso che la sua funzione deve essere in qualche modo idonea ad incidere sull'universo "amministrazione". Allo stesso modo, quella del giudice amministrativo non può che essere un'imparzialità *sui generis*, poiché egli fa suo l'interesse dell'amministrazione ed è, quindi, insieme giudice e parte.

A generare dubbi circa l'indipendenza dei giudici speciali è stata, in primo luogo, la nomina governativa di essi (delibera del Consiglio dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio e conseguente decreto del Presidente della Repubblica).

La Corte Costituzionale ha, però, in più occasioni affermato che le modalità di nomina dei giudici non incidono sulla loro indipendenza, per la cui garanzia è sufficiente che sia loro assicurata inamovibilità, e, relativamente ai Consiglieri di Stato, ha dichiarato la legittimità delle designazioni governative per tre diverse ragioni. In primo luogo, queste dipendono dall'accertata idoneità professionale e attitudinale dei candidati². In secondo luogo, dopo la nomina, i consiglieri non sono in alcun modo legati al Governo, essendo chiamati unicamente all'obbedienza della legge³. Infine, il testo costituzionale

² Corte Cost., 4 novembre 2004, n. 316; 2 maggio 2005, n. 179.

³ Corte Cost., 1° gennaio 1967, n. 1.

richiederebbe soltanto un equilibrio quantitativo tra consiglieri di nomina governativa e consiglieri assunti mediante concorso⁴.

Altro elemento di contiguità tra giudice amministrativo e governo è costituito, inoltre, dalla prassi degli incarichi extra-giudiziari affidati ai magistrati amministrativi all'interno di quelle stesse pubbliche amministrazioni sul cui operato essi sono poi chiamati a giudicare (si pensi all'incarico di Capo Gabinetto presso i Ministeri).

A destare perplessità in ordine all'imparzialità del giudice amministrativo è, invece, la compresenza, in capo al Consiglio di Stato, di funzioni giurisdizionali e funzioni consultive nei confronti della P.A., che determina una contiguità strutturale tra questo giudice e l'Amministrazione, che è parte nei giudizi che si celebrano davanti ad esso.

Invero, il giudice amministrativo è nato in un contesto in cui si riteneva che giudicare l'amministrazione equivalesse ad amministrare, tanto che, anche dopo l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, nel 1889, la dottrina ha per anni continuato a dubitare che si trattasse di una vera e propria giurisdizione e non costituisse piuttosto un'alta manifestazione della stessa funzione amministrativa.

Si pensi, inoltre, alla previsione, contenuta nell'art. 50 del regolamento di procedura del 1907, che, sino a qualche mese addietro, in caso di ricusazione del giudice amministrativo, consentiva al magistrato ricusato di partecipare al collegio

⁴ Corte Cost., 6 dicembre 1973, n. 177.

incaricato di decidere sull'istanza di ricusazione nei propri confronti, risultando, senza alcun dubbio, intaccata l'imparzialità del collegio decidente.

Infine, sorgono dubbi circa la conformità del sistema processuale amministrativo al principio del contraddittorio che costituisce altra manifestazione del "giusto processo".

Invero, allo stato, quale retaggio dell'impostazione tradizionale del processo amministrativo, inteso quale giudizio di legittimità, le due parti contendenti, ossia Amministrazione e cittadino, sono considerate entità disomogenee e diseguali, tra le quali non sempre sussiste <<parità>>.

Ciò si riscontra, in primo luogo, nella disciplina dei mezzi istruttori.

La legge n. 205/2000, novellando l'art. 44 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, ha modificato la disciplina previgente, che rendeva pressoché impossibile porre in discussione l'accertamento dei fatti o le valutazioni tecniche compiuti dall'amministrazione, poiché il giudice amministrativo non aveva altra possibilità di sottoporli a controllo se non attraverso il filtro delle determinazioni della stessa amministrazione, richiedendo i c.d. <<chiarimenti>> o disponendo le c.d. <<verificazioni>>. Tuttavia, il problema non è stato del tutto risolto. Infatti, pur potendo il giudice disporre la consulenza tecnica d'ufficio nell'ambito di qualsiasi giudizio, la nomina ricade sempre su funzionari della stessa amministrazione, dunque su soggetti non <<terzi>>, poiché non esiste presso i T.A.R. un albo di consulenti tecnici analogo a quello esistente presso gli altri tribunali.

La situazione potrebbe capovolgersi a seguito dell'entrata in vigore del "Codice del nuovo processo amministrativo", che, all'art. 19, rubricato

“verificatore e consulente tecnico”, stabilisce che <<la verifica è affidata ad un organismo pubblico estraneo alle parti del giudizio, munito di specifiche competenze tecniche>>.

Si pensi, inoltre, alla previsione di termini processuali a carico dell'Amministrazione meramente ordinatori, che, sino allo scorso 16 settembre, consentivano alle parti di esporre le proprie difese, depositando memorie, anche soltanto dieci giorni prima dell'udienza, con evidenti difficoltà sul piano difensivo per il ricorrente. Il d. lgs. n. 104/2010 ha, invece, previsto il termine di quaranta giorni liberi prima dell'udienza di discussione per il deposito di documenti, il termine di 30 giorni liberi prima dell'udienza per il deposito di memorie e il termine di 20 giorni liberi prima dell'udienza per il deposito di repliche.

La nuova disciplina, così prevedendo, mira ad assicurare l'instaurazione di un contraddittorio pieno ed effettivo tra le parti, prima rincorse da una serie di termini brevissimi che non consentivano la preparazione di una ragionata strategia difensiva.

Infine, nel rito cautelare monocratico a destare dubbi di compatibilità con il principio del giusto processo è la previsione di cui all'art. 21 della legge n. 1034/1971, che nel novellato comma nono prevede che, a seguito della notifica alla controparti, il presidente provveda <<anche in assenza di contraddittorio>>.

Si può ragionevolmente ritenere che il principio del giusto processo imponga un'interpretazione del citato articolo tesa ad evitare che il decreto interinale possa essere adottato senza che almeno il suo destinatario (la P.A.) sia

stato messa nelle condizioni di esprimere il proprio punto di vista in via preventiva.

L'elaborato si articola essenzialmente in tre parti.

Nella prima, si analizzeranno le norme europee e comunitarie che sanciscono il diritto al processo equo. Oltre al citato art. 6 Cedu, infatti, rivestono particolare importanza in materia anche altre disposizioni dei Trattati. Anzitutto, l'art. 6 del Trattato di Maastricht sull'Unione europea, che, disponendo che *<<L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo>>*, consente di rinvenire un fondamento costituzionale al principio dell'equo processo. Inoltre, l'art. 6 del Trattato di Lisbona, secondo cui *<<I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali>>*.

Si cercherà, poi, nella parte seguente, di individuare i confini dell'ambito di applicabilità dell'art. 6 Cedu per il tramite di un'interpretazione letterale e "giurisprudenzialmente" orientata. La Corte di Strasburgo ha, infatti, nel corso degli anni, sempre più esteso l'operatività delle garanzie dell'equo processo, non ammettendo interpretazioni restrittive.

A tal fine, si analizzeranno le espressioni "*determination*", "*civil rights and obligations*" e "*tribunal*" utilizzate nel corpo dell'articolo.

Si noterà, ad esempio, come in un primo momento la nozione di "decisione" sia stata intesa nel senso di provvedimento di merito, adottato al

termine del procedimento, con esclusione, dunque, dei provvedimenti di natura interlocutoria o incidentale, per poi essere interpretata sì da ricomprendere al suo interno anche decisioni che, pur non disponendo nel merito, siano decisive o determinanti per il provvedimento di merito.

Allo stesso modo, se il termine “civile” viene inizialmente interpretato alla stregua del diritto privato della tradizione giuridica europea continentale, con la conseguenza di applicare il disposto dell’art. 6, par. 1, Cedu alle sole controversie fra soggetti privati, a partire dalla sentenza *Ringeisen* del 1971, la Corte europea si avventura in un’opera di progressiva estensione del principio dell’equo processo a fattispecie riconducibili, negli ordinamenti nazionali, all’area del diritto pubblico.

Infine, la nozione di “tribunale”, originariamente interpretata nel senso di ogni organo avente natura giurisdizionale nell’ordinamento interno, viene successivamente intesa come ricomprendente qualsiasi organo la cui funzione sia quella di decidere le questioni di sua competenza, sulla base di norme di diritto e seguendo procedimenti condotti in conformità di modalità prestabilite, a prescindere dalla qualifica di “organo giurisdizionale” attribuitagli o meno nell’ordinamento del foro.

La terza parte della tesi sarà, invece, dedicata all’analisi della legge costituzionale n. 2/1999, di riforma dell’art. 111 Cost., ed alla conseguente attuazione del principio del “giusto processo” in Italia, con l’introduzione nell’articolo di cinque nuovi commi, premessi a quelli già ivi contenuti.

La dottrina concorde nel ritenere che tale principio esistesse nella trama costituzionale ancor prima della novella dell'art. 111, potendosi ricavare dal combinato disposto di vari articoli contenuti nella Carta fondamentale italiana.

Tuttavia, alla riforma del 1999 si riconosce il merito di aver focalizzato il giusto processo quale modulo specifico, tipico e obbligatorio, di attuazione della giurisdizione.

Invero, si ritiene che il legislatore della riforma abbia voluto introdurre una vera e propria clausola generale destinata a funzionare – per così dire – come “norma di apertura” del sistema delle garanzie costituzionali della giurisdizione, in forza della quale è destinato a trovare ingresso all'interno di quel sistema qualsiasi principio o potere processuale ritenuto, secondo l'esperienza e la coscienza collettiva, necessario per un'effettiva e completa tutela delle ragioni delle parti.

Infine, nel corpo della tesi, si passerà in rassegna la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, della Corte di Giustizia Ce e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di giusto ed equo processo.

In particolare, la Corte Costituzionale si è per lo più pronunciata con riguardo al processo penale e al processo civile. Soltanto in rare occasioni le decisioni della Consulta hanno interessato direttamente la giurisdizione amministrativa.

Particolarmente incisiva risulta la sentenza del 17 aprile 1996, n. 131, nella quale la ha affermato che <<il "giusto processo" - formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione,

sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio - comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio. Le norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale. Questa Corte, in numerose pronunce, ha affermato che le incompatibilità dei giudici determinate da ragioni interne allo svolgimento del processo sono finalizzate a evitare che condizionamenti, o apparenze di condizionamenti, derivanti da precedenti valutazioni cui il giudice sia stato chiamato nell'ambito del medesimo procedimento, possano pregiudicare o far apparire pregiudicata l'attività di "giudizio">>>⁵.

Tra le diverse pronunce della Corte di Giustizia CE, invece, saranno esaminate in particolare la sentenza emessa nel caso *Johnston*⁶ del 1986, l'ordinanza emessa nell'ambito del procedimento *Emesa Sugar / Aruba* del 2000, e la sentenza del 29 luglio 2005, emessa in C- 305/05.

Nella prima delle pronunce citate, il giudice comunitario ha affermato che il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario costituisce un principio generale del

⁵ La citata pronuncia trae origine da una questione di legittimità costituzionale sollevata da Tribunali di diversi paesi dell'art. 34, comma 2, c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice che abbia fatto parte del collegio del tribunale del riesame (art. 309 cod. proc. pen.) o dell'appello (art. 310 cod. proc. pen.) in tema di misure cautelari personali.

⁶ Corte di Giustizia, 18 maggio 1986, *Marguerite Johnston – Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*.

diritto comunitario poiché è parte integrante dei principi generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri, nonché per il fatto di essere sancito dagli artt. 6 e 13 Cedu. La Corte, però, ha precisato che tale principio non può essere invocato per aggirare le condizioni di ricevibilità cui un privato - ricorrente non privilegiato – deve sottostare per proporre un ricorso di annullamento: se, infatti, questi non è individualmente e direttamente interessato da un atto di una Istituzione, non può invocare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva per contestare ed impugnare tale atto. Se ciò avvenisse, invero, si eccederebbe rispetto alle competenze che sono state attribuite dal Trattato ai giudici comunitari.

Nell'ordinanza emessa nell'ambito del caso *Emesa Sugar*, invece, che il principio dell'equo processo, inteso come diritto di difesa e diritto al contraddittorio, non è invocabile al fine di riconoscere alle parti il diritto a replicare alle conclusioni degli avvocati generali, che intervengono nei processi pendenti dinanzi ad essa. Gli avvocati generali, invero, non costituiscono né una magistratura requirente né un ufficio di pubblico ministero e non dipendono da alcuna autorità, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento giudiziario di taluni Stati membri. Essi sono “*amici curiae*”, giacché non rappresentano e difendono alcuna delle parti, ma sono difensori del diritto, con il compito di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause sottoposte alla Corte, al fine di assistere quest'ultima nell'adempimento della sua missione, che è quella di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato.

Infine, nella richiamata sentenza del 2005, la Corte di Giustizia ha definito il giusto processo *<<un diritto fondamentale che l'U.E. rispetta in quanto principio generale ai sensi dell'art. 6.2 TU>>*.

Tra le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, principale interprete delle garanzie dell'equo processo, si analizzerà, invece, la sentenza conclusiva del caso *Campbell & Fell c. Regno Unito*⁷, nella quale la Corte ha ritenuto che *<<al fine di stabilire se un organo giudiziario possa essere considerato indipendente, come richiesto dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, assumono particolare importanza il modo di designazione dell'organo, la durata del mandato dei suoi componenti e l'esistenza di reali garanzie contro pressioni esterne. Ai fini della certezza della indipendenza occorre inoltre tener conto di quel che l'organo può apparire alle persone giudicate, dovendosi in esse creare un senso di completa fiducia>>*.

Con riferimento al principio di imparzialità, invece, nella sentenza *Piersack c. Belgio*⁸, la Corte europea ha affermato che esso consta di due profili: *<<uno soggettivo, riferentesi al foro interno, ed uno oggettivo, consistente nel verificare se il giudice offra garanzie sufficienti ad escludere ogni diverso, ragionevole dubbio>>*, e, nel caso *Holm c. Svezia*⁹, ha precisato che l'imparzialità *<<deve essere verificata attraverso un'indagine soggettiva, diretta ad accertare il reale pensiero del giudice, ed un'indagine oggettiva, diretta a verificare se la posizione del giudice offra garanzie tali da escludere ogni dubbio di parzialità. I due aspetti si completano tra di loro ed anche il secondo riveste decisivo rilievo,*

⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 1984.

⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 ottobre 1982.

⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 novembre 1993.

in quanto la giustizia deve essere valutata non soltanto per quel che realizza, ma anche per come essa appare a coloro ai quali si rivolge>>.

La Corte di Strasburgo ha, infine, ha introdotto la nozione di apparenza nell'equo processo con la celebre sentenza *Delcourt c. Belgio*¹⁰, affermando che in una società democratica la giustizia non può accontentarsi di essere nella realtà indipendente, ma deve anche apparire tale agli occhi delle parti e del pubblico in generale: *“justice must not only be done; it must also be seen to be done”*, ponendo in risalto la necessità che il giudice di uno Stato democratico ispiri piena fiducia ai cittadini, e l'esigenza fondamentale che egli non solo sia imparziale (come un giudice deve sempre essere, anche in uno stato non democratico), ma che egli appaia tale ai cittadini¹¹.

¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 1970.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*.

CAPITOLO I

L'ART. 6 CEDU: IL DIRITTO AD UN EQUO PROCESSO

1.1 Il processo equo: le fonti normative

L'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cui è ispirato quasi letteralmente l'art. 111 della Costituzione italiana, prescrive: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente...»¹².

L'art. 13 della Cedu completa il principio dell'equo processo, mediante l'esaltazione del principio di effettività del processo, stabilendo che «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza nazionale,

¹² La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre del 1950, entra in vigore in Italia il 26 ottobre 1955, dopo esser stata resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848. Nel testo autentico inglese, è così stabilito: «*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law (...)*».

anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'ambito delle loro funzioni ufficiali>>.

L'art. 6 del Trattato di Amsterdam richiama, poi, implicitamente il principio dell'equo processo, disponendo che <<L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri>>, e che <<L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario>>¹³.

Le norme internazionali convenzionali sul diritto all'equo processo, in genere, elencano una serie di garanzie, che non sempre coincidono, ma che di regola perseguono un identico scopo, in quanto, operando nel corso di un processo, o comunque attenendo ad un processo decisionale, anziché al contenuto del provvedimento che lo conclude, sono dirette ad assicurare agli individui che una decisione autoritativa venga adottata all'esito di un *iter* che possa ritenersi "equo" dal punto di vista dell'effettività dei meccanismi accordati al destinatario per poter influire favorevolmente sul contenuto della decisione¹⁴.

Le garanzie citate comprendono il diritto ad un processo pubblico, il diritto ad una

¹³ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999. L'Italia ha provveduto alla ratifica con L. 16 giugno 1998, n. 209.

¹⁴ C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2001, Cedam, Padova, 6.

sentenza resa pubblicamente, il diritto ad un processo ragionevolmente celere, il diritto ad un tribunale indipendente, imparziale e stabilito per legge, e, in materia penale, il diritto alla presunzione di innocenza¹⁵.

L'equo processo rappresenta un principio generale dell'ordinamento comunitario, ove al termine <<processo>> è attribuito un significato ed un ambito di applicazione molto più vasto della materia processuale.

La dottrina si è interrogata circa l'efficacia giuridica delle norme sull'equo processo contenute nei trattati istitutivi delle comunità europee e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁶.

L'art. 6 del Trattato di Amsterdam costituisce una norma precettiva che consente di rinvenire un ragionevole fondamento costituzionale del principio dell'equo processo.

Invero, in epoca antecedente all'entrata in vigore del menzionato trattato, il principio dell'equo processo doveva ricavarsi implicitamente dall'art. 164 del Trattato istitutivo delle Comunità a Roma, firmato a Roma nel 1957, in base al quale <<La Corte di giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato>>.

¹⁵ A tali diritto sono complementari altre garanzie di natura processuale, definibili come "diritti di difesa", elencate dal paragrafo 3 dell'art. 6 Cedu: il diritto ad un'informazione tempestiva e dettagliata della natura e dei motivi dell'accusa in una lingua comprensibile all'accusato, il diritto ad un termine adeguato ed alle facilitazioni necessarie per la preparazione della difesa, il diritto alla difesa personale o mediante difensore di propria scelta e, in mancanza di mezzi per ricompensare un difensore e qualora lo esigano gli interessi della giustizia, all'assistenza gratuita di un avvocato d'ufficio, il diritto ad interrogare o a far interrogare i testimoni a carico e, alle stesse condizioni, ad ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico e il diritto all'assistenza gratuita di un interprete.

¹⁶ E. PICOZZA, *Il <<giusto>> processo amministrativo*, in Cons. Stato, vol. LI – 2000, pt. II, 1069 ss..

Proprio l'attribuzione di una funzione nomofilattica in via esclusiva alla Corte aveva prodotto la formazione giurisprudenziale dell'applicazione dell'equo processo quale principio paradigmatico da utilizzarsi come regola di giudizio nell'esercizio del prudente apprezzamento, al fine di risolvere, in via pretoria, le prime controversie comunitarie tra privati e istituzioni comunitarie¹⁷.

Con il Trattato di Maastricht del 1992, e ancor più con quello di Amsterdam del 1997, il principio dell'equo processo emerge in modo quasi letterale attraverso il rinvio recettizio ai diritti fondamentali <<quali sono garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo>>.

La Cedu, dal canto suo, esercita un'influenza diretta e indiretta sull'ordinamento giuridico italiano¹⁸. La prima si esercita attraverso l'obbligazione di adempiere assunta dallo Stato e con la tecnica dell'incorporazione nei diritti nazionali, per cui le norme della Convenzione europea diventano parte degli ordinamenti interni. La seconda discende dall'art. 6, par. 2, del Trattato di Maastricht sull'Unione Europea, che stabilisce che <<l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo>>¹⁹.

Peraltro, a fronte della riscrittura del primo comma dell'art. 117 Cost. ad opera della legge costituzionale n. 3/2001, la Corte Costituzionale ha riconosciuto

¹⁷ S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2-3/2002, 291 ss..

¹⁸ G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di <<copertura>> costituzionale a <<più facce>>*, in Pol. Dir., 3/1997, 349 ss..

¹⁹ S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in Dir. Pubbl. Comp. Eur., 2001 – 1, 311 ss..

alla Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, il ruolo di norma interposta ai fini del giudizio di costituzionalità.

La Consulta ha, infatti, affermato che «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma (...)»²⁰.

La Corte prosegue ritenendo che la Cedu presenti profili di peculiarità rispetto agli altri accordi internazionali. Peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti, considerato che questi ultimi, con la Convenzione, hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali.

Il diritto ad un equo processo è uno dei principi cardine dell’intero sistema internazionale della tutela dei diritti umani: esso racchiude un insieme di garanzie per le persone in rapporto all’esercizio della giurisdizione. In particolare, il principio dell’equo processo riconosce e garantisce a chiunque sia sottoposto alla giustizia il diritto ad una buona amministrazione di essa.

La *ratio* dell’art. 6 Cedu è quella di assicurare che i processi vengano effettivamente svolti nel rispetto delle regole e dei principi di equità, senza che da

²⁰ Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

ciò derivi un'imposizione agli Stati della scelta dei mezzi idonei a consentire che i processi al loro interno svolti soddisfino i requisiti di equità.

La Convenzione, pertanto, non conferisce agli organi di Strasburgo il potere di incidere sul contenuto della pronuncia giudiziale, la quale è di esclusiva competenza della autorità giudiziaria nazionale, ma soltanto il potere di verificare la conformità dei procedimenti nazionali ai principi in essa sanciti.

La garanzia giurisdizionale viene ad essere riconosciuta in modo esplicito come diritto soggettivo sia per chiunque abbia interesse alla risoluzione di una controversia civile sia per chiunque sia colpito da un'accusa in materia penale.

L'articolo 6 par. 1 si applica alle controversie sui diritti e doveri di carattere civile, per i quali vi sia un riconoscimento in modo sostenibile nel diritto interno, protetto dalla Convenzione.

Recentemente, una tappa fondamentale in materia di tutela del diritto all'equo processo è stata raggiunta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, ratificato dall'Italia con l. n. 130/2008. Con esso l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dunque, si assoggetta alla giurisdizione della Corte europea di Strasburgo. L'art. 6 del Trattato dispone, infatti, che *<<I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali>>*.

Il Trattato di Lisbona ha, dunque, conferito al sistema giuridico Cedu (con ciò intendendo il contenuto della Carta e la giurisprudenza della Corte europea

che l'ha interpretata e sviluppata in questi decenni) un nuovo *status* nel sistema delle fonti, riconoscendogli la *primauté* rispetto al diritto nazionale, finora prerogativa esclusiva del diritto comunitario²¹.

²¹ G. COLAVITTI – C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?* nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

1.2 Le garanzie relative al tribunale: i requisiti di indipendenza e imparzialità

L'indipendenza del giudice costituisce requisito essenziale perché possa sostenersi la natura giurisdizionale dell'organo e affinché un processo possa considerarsi equo.

L'indipendenza costituisce una *condicio sine qua non* di un altro requisito indefettibile del giudice: l'imparzialità.

Trattasi di due aspetti distinti, ma strettamente connessi tra loro²².

L'indipendenza si concreta nell'assenza di vincoli e rapporti di soggezione formale o sostanziale nei confronti di altri organi, poteri o soggetti. L'indipendenza, in altre parole, attiene ai rapporti del giudice non già con le parti del giudizio, ma con gli altri poteri dello Stato, ed in particolare con l'esecutivo, imponendo che quest'ultimo non possa interferire indebitamente nello svolgimento della funzione giurisdizionale²³. Essa deve, quindi, essere assicurata sul piano organizzativo, disciplinando lo *status* dei giudici.

L'imparzialità, invece, consiste, invece, nella estraneità del giudice rispetto agli interessi coinvolti nella vicenda processuale, richiedendo che il giudice non sia parte e non abbia legami né vincoli rispetto ad alcuno dei contendenti, ma si trovi nei loro confronti in una posizione di equidistanza²⁴.

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 1989, *Lamborger c. Svezia*.

²³ M. MENGOZZI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. Cost.* 2000, III, 2505.

²⁴ Corte Cost., 31 marzo 1965, n. 17.

L'imparzialità attiene all'esercizio delle funzioni e va realizzata mediante una disciplina prettamente processuale, preordinata (in particolare, tramite gli istituti della astensione e della ricsuzione) ad evitare che il giudice, considerato parziale, possa avere cognizione della controversia.

L'imparzialità ha, dunque, portata più ampia dell'indipendenza: il giudice indipendente non è per ciò stesso imparziale.

Il riferimento è evidentemente all'indipendenza di tipo *statuario*, attinente cioè all'assetto organizzativo del potere giudiziario o di sue parti in relazione agli altri poteri, e legata all'indipendenza c.d. *funzionale*, ossia quella da assicurare nel concreto esercizio delle funzioni, da un rapporto di strumentalità, in quanto preordinata a garantirne l'effettività: solo garantendo l'assenza di vincoli e rapporti di soggezione formale e sostanziale rispetto ad altri organi o poteri è, infatti, possibile porre il magistrato al riparo da condizionamenti, influenze o pressioni che, per quanto incidenti sul suo *status*, siano mediamente diretti ad incidere sull'esercizio delle sue attribuzioni.

L'indipendenza funzionale presuppone, dunque, perché sia effettiva e non solo astrattamente dichiarata, che sia adeguatamente garantita l'indipendenza statutaria, potendo la concreta configurazione delle garanzie collegate soggettivamente al magistrato influenzare il modo di esercizio delle sue funzioni²⁵.

²⁵ R. GAROFOLI, *Unità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, I, 123 ss..

CAPITOLO II

AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO SANCITO DALL'ART. 6 CEDU

2.1 La nozione di “*determination*”

Ciascuno dei termini utilizzati nella formulazione dell'art. 6 Cedu, e potenzialmente idonei a delimitare l'ambito di applicazione delle garanzie dell'equo processo, si presta ad una notevole varietà di significati.

Non è chiaro, ad esempio, se il termine “*determination*” si riferisca soltanto ad una <<decisione>> di merito, ovvero adottata al termine di un processo o procedimento da considerarsi principale, o anche ad un provvedimento di natura <<incidentale>> o <<interlocutoria>> o <<preparatoria>>, né se debba trattarsi di una decisione giuridicamente vincolante²⁶.

E', dunque, particolarmente rilevante la funzione <<costituzionale>> e <<politica>> in senso lato svolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come organo interprete dei valori fondamentali della comunità degli Stati contraenti.

La Corte di Strasburgo, infatti, quale interprete <<centralizzato>> della Convenzione, ed in particolare delle garanzie enunciate nell'art. 6, par. 1, ricostruisce significati autonomi pur recependo dati normativi dagli ordinamenti

²⁶ C. FOCARELLI, op. ult. cit., 11.

degli Stati aderenti. Del resto, la Convenzione è un testo normativo formulato per principi, per cui la funzione della Corte europea consiste non solo nella rivelazione dei valori fondamentali in essa sanciti, ma altresì nella creazione ed attualizzazione di essi in un rapporto di reciproca interazione tra le norme che regolano la collettività e l'evoluzione della collettività regolata²⁷.

Non c'è dubbio che l'interpretazione della Convenzione europea debba effettuarsi a partire dal testo, dalla lettera, della disposizione. Tuttavia, ciò potrebbe indurre ad attribuire alle parole utilizzate nel corpo dell'articolo significati puramente grammaticali o pseudo-logici, o ad estrapolare dalla Convenzione il termine da interpretare attribuendogli il significato reperito negli ordinamenti statali, cioè in contesti diversi. La Corte europea, dunque, talora interpreta la Convenzione in senso <<autonomo>> rispetto al diritto del foro, anche ricorrendo al diritto comparato degli Stati contraenti diversi da quello di volta in volta accusato.

Gli organi di Strasburgo hanno, inizialmente, affermato che per “*determination*” si intenda un provvedimento statuente nel merito – cioè che risolva una controversia o una pretesa giuridica – emesso in via principale e dotato di efficacia giuridica vincolante. L'applicabilità dell'art. 6, par. 1, Cedu è stata, così, esclusa quando si trattava di decisioni preliminari, incidentali o interlocutorie, come in caso di fallimento pronunciato d'ufficio²⁸, o di rigetto di una domanda diretta ad ottenere l'autorizzazione a svolgere un'attività

²⁷ C. FOCARELLI, op. ult. cit., 397.

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 marzo 1981, *X c. Belgique*.

commerciale²⁹. In entrambi i casi citati, infatti, l'autorità competente <<*was not resolving any legal claim or any dispute*>>.

In epoca successiva, la Corte europea ha esteso l'applicabilità dell'art. 6 Cedu a procedimenti sfocianti in decisioni che, pur non disponendo nel merito, fossero decisive o determinanti per la decisione di merito. A partire dalla sentenza *Ringeisen*³⁰, concernente un provvedimento qualificato nell'ordinamento del foro come <<amministrativo>> ed avente per oggetto un contratto di compravendita di terreni subordinato ad un'approvazione amministrativa, gli organi di Strasburgo hanno fatto spesso ricorso, fondandosi sull'interpretazione <<autonoma>> dell'art. 6, al criterio della <<decisività>> dell'esito del procedimento per diritti ed obblighi <<civili>> del ricorrente, sul presupposto che il termine <<civile>> si intendesse nel senso proprio del diritto privato tradizionale ed al fine di estendere l'applicabilità dell'art. 6 Cedu anche a provvedimenti qualificati nell'ordinamento del foro come <<amministrativi>>, ma che presentassero un'incidenza significativa su rapporti fra soggetti privati³¹.

Il criterio della decisività ha consentito di considerare l'art. 6 Cedu applicabile ai giudizi di legittimità svolti innanzi alle Corti di Cassazione, sebbene tali giudizi si concludano con un provvedimento che non statuisce nel merito, ma si limita a confermare o ad annullare la sentenza impugnata³².

Inoltre, alla luce del principio di decisività, la Corte europea ha affermato l'applicabilità dei principi dell'equo processo anche ai processi amministrativi. In

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 maggio 1981, *X. v. The United Kingdom*.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 1971, *Michael Ringeisen c. Autriche*.

³¹ C. FOCARELLI, op. ult. cit., 62 ss..

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 1970, *Emile Delcourt c. Belgique*.

particolare, respingendo l'obiezione di volta in volta sollevata dagli Stati accusati, secondo la quale il giudice amministrativo non pronunciarebbe nel merito in quanto si limita ad annullare se del caso l'atto illegittimo, la Corte di Strasburgo ha ritenuto l'art. 6 Cedu rilevare nell'ambito di un processo amministrativo nel caso in cui l'esito di quest'ultimo sia decisivo o determinante per diritti ed obblighi di carattere civile³³.

Infine, il criterio della decisività ha consentito alla Corte europea di sostenere l'applicabilità dei principi convenzionali ai processi svolti innanzi alle Corti Costituzionali quando sussistesse un <<direct effect>> sul diritto invocato dal ricorrente innanzi ai giudici nazionali competenti a pronunciarsi nel merito, come il diritto ad ottenere l'autorizzazione ad esercitare la professione di medico³⁴, il diritto alla pensione³⁵, il diritto di proprietà³⁶.

Il termine "*determination*" il suo corrispondente nel testo francese in quello "*contestation*", che, secondo l'interpretazione da parte degli organi di Strasburgo, comporterebbe l'applicabilità dell'art. 6 Cedu nei soli casi in cui sussista una <<controversia>> su un diritto del ricorrente che sia "*défendable*"³⁷ alla stregua dell'ordinamento del foro³⁸.

La Commissione e la Corte hanno, inoltre, precisato che, affinché i principi dell'equo processo possano ritenersi applicabili, la controversia debba

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 1995, *Procola c. Luxembourg*.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 aprile 1993, *Kraska v. Switzerland*.

³⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 settembre 1996, *Pauger v. Austria*.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 luglio 1997, *Pammel v. Germany*.

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1986, *James and Others v. The United Kingdom*.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*.

essere <<véritable>>³⁹ o <<genuine and of a serious nature>>⁴⁰, ritenendo che la controversia non sia <<seria>> quando verta esclusivamente sull'accertamento di fatti⁴¹, o quando il ricorrente non abbia prodotto in giudizio prove sufficienti⁴².

Secondo la Corte europea, infine, altra condizione di applicabilità dell'art. 6 Cedu è l'esistenza di un legame <<diretto>> tra la <<controversia>> e il <<diritto>>, nel senso che il diritto deve aver costituito l'oggetto o uno degli della <<contestation>>⁴³.

Anche la dottrina è concorde nel ritenere che per <<decisione>> debba intendersi una soluzione autoritativa di una questione dubbia o controversa, ovvero l'accertamento autoritativo della fondatezza di una pretesa giuridica avanzata unilateralmente da un soggetto privato o pubblico⁴⁴. I connotati idonei ad identificare la <<decisione>> ai sensi dell'art. 6, dunque, sarebbero quattro: deve trattarsi di un atto riconducibile ad uno Stato contraente, produttivo di effetti giuridici nell'ordinamento del foro, indirizzato ad un singolo individuo o ad un gruppo di individui determinati o determinabili, pronunciato al termine del processo decisionale contestato.

³⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson v. Sweden*.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1985, *Albert Benthem v. The Netherlands*.

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 marzo 1962, *X. v. Federal Republic of Germany*.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 dicembre 1997, *Timo Taavetti Kaukonen v. Finland*.

⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*.

⁴⁴ C. FOCARELLI, op. ult. cit., 278.

2.1.1 (Segue) “su diritti ed obblighi di carattere civile”

Nelle pronunce della Commissione, il termine “civile” viene inizialmente interpretato alla stregua del diritto privato della tradizione giuridica europea continentale, con la conseguenza di applicare il disposto dell’art. 6, par. 1, Cedu alle sole controversie fra soggetti privati⁴⁵.

E’ a partire dalla sentenza *Ringeisen*⁴⁶, che la Corte Europea, combinando tale interpretazione con il criterio dell’«autonomia» dei significati da attribuire ai termini contenuti nella Convenzione rispetto alla qualificazione effettuata dagli ordinamenti degli Stati contraenti, comincia a svincolarsi dalle nozioni tradizionali dei sistemi di *civil law*. Approda, così, ad una nozione di «*civil rights and obligations*», indipendente dalla formale connotazione che nei singoli ordinamenti nazionali assumono le posizioni giuridiche soggettive (diritto soggettivo e interesse legittimo) dedotte in giudizio, e interpretata indipendentemente dagli istituti propri dei singoli stati aderenti alla Convenzione⁴⁷.

Nella fattispecie, la Corte afferma che non è necessario che entrambe le parti del processo siano private, posto che la nozione di decisione ricomprende tutte le statuizioni che, pur non determinando diritti ed obblighi di carattere civile, risultino comunque influenti sull’assetto dei rapporti giuridici fra privati, e precisa

⁴⁵ Commissione europea, 7 dicembre 1977, *Dieter Preikzas v. Federal Republic of Germany*.

⁴⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, 16 luglio 1971, *Ringeisen v. Austria*.

⁴⁷ G. GUZZARDO, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia <<celere>>*, in Riv. it. Dir. Pubbl. Com., 2008, I, 159 ss..

che <<*whether a right or an obligation is of a civil nature within Article 6, paragraph (1), of the Convention does not depend on the particular procedure prescribed by domestic law for its determination but solely on an appreciation of the claim itself and of the purpose of the complaint*>>.

Il carattere <<civile>> è stato così riconosciuto dagli organi di Strasburgo all'incapacità di amministrare i propri beni di un individuo internato in un ospedale psichiatrico⁴⁸.

La Corte ha, poi, proseguito la propria opera di progressiva estensione del principio del giusto processo a fattispecie riconducibili, nei singoli sistemi nazionali, all'area del diritto pubblico, elaborando, nei casi *Feldbrugge*⁴⁹ e *Deumeland*⁵⁰, il criterio del bilanciamento fra aspetti privatistici e aspetti pubblicistici. Sulla base di tale criterio, è il giudice, attraverso una ponderazione dei diversi aspetti autonoma rispetto all'ordinamento del foro, a determinare l'applicabilità dell'art. 6, par. 1, Cedu in tutte le ipotesi in cui rilevi nel concreto una prevalenza di aspetti privatistici.

Nello svolgere il giudizio di bilanciamento fra elementi di diritto pubblico ed elementi di diritto privato, la giurisprudenza europea comincia ad attribuire un ruolo determinante al carattere patrimoniale del diritto invocato dal ricorrente.

La patrimonialità del diritto, nella sentenza *Editions Périscope* del 1992⁵¹, comincia ad assumere rilievo autonomo rispetto al giudizio di bilanciamento operato dalla Corte, cosicché la natura patrimoniale della situazione soggettiva del

⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 ottobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*.

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 1986, *Feldbrugge v. Netherlands*.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 1986, *Deumeland v. Germany*.

⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1992.

privato diviene carattere distintivo della nozione di “diritto e obbligazione di carattere civile” contenuta nell’art. 6 Cedu.

E così, per fare alcuni esempi, per fare alcuni esempi, la Corte ha deciso che sono protette dall’art. 6 Cedu le controversie sul rifiuto di permesso di aprire una scuola di lingue⁵², o sul risarcimento del danno causato dall’annullamento di un atto amministrativo⁵³, o sul diritto alla pensione⁵⁴.

Con particolare riferimento alle controversie in materia di pubblico impiego, il criterio della patrimonialità, elaborato dalla giurisprudenza europea, viene utilizzato dalla Corte in modo restrittivo. Alle predette controversie, aventi solitamente oggetto meramente pubblicistico, i principi dell’equo processo saranno applicabili soltanto ove vengano in rilievo questioni puramente ed esclusivamente patrimoniali. La Corte ha, dunque, escluso dall’ambito di applicazione dell’art. 6 Cedu le controversie in materia di pubblico impiego in cui le mansioni svolte dal dipendente consistano in attività specifiche dell’amministrazione pubblica nella misura in cui questa agisca <<*comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l’État ou des autres collectivités publique*>>⁵⁵.

⁵² Corte europea dei diritti dell’uomo, 19 marzo 1997, *Hornsby c. Grecia*.

⁵³ Corte europea dei diritti dell’uomo, 24 aprile 1998, *Mavronichis c. Cipro*.

⁵⁴ Corte europea dei diritti dell’uomo, 13 ottobre 1986, *Pasquale Manniti c. Italia*.

⁵⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, 8 dicembre 1999, *Pellegrin c. Francia*. Nella fattispecie, il ricorrente, impiegato presso il Ministero francese della cooperazione e dello sviluppo, in una posizione definita dall’ordinamento francese “contrattuale”, era stato licenziato per mancanza di alcune condizioni per lo svolgimento di un nuovo incarico cui era stato destinato, quale il superamento di alcuni controlli clinici sull’idoneità fisica del soggetto ad operare all’estero. Il ricorrente aveva, dunque, adito il giudice amministrativo francese per ottenere l’annullamento del provvedimento di licenziamento ed il risarcimento dei danni. Il Tribunale amministrativo aveva respinto il ricorso. Nelle more del successivo grado d’appello, il ricorrente decideva di adire la Corte europea dei diritti dell’uomo per violazione dell’art. 6, par. 1, Cedu, sotto il profilo dell’eccessiva durata del processo, affermando l’applicabilità della tutela offerta

La Corte, dunque, sancisce il principio per il quale un giudice sopranazionale può interferire nei rapporti tra uno Stato e i suoi cittadini, ma precisa che tale interferenza è consentita per ogni tipo di funzioni, fatta eccezione per quelle che attengono all'esercizio dei poteri sovrani⁵⁶.

Sono, invece, escluse dall'ambito di applicazione del principio dell'equo processo le controversie relative all'accesso, alla carriera ed alla fine del rapporto di impiego pubblico⁵⁷.

Infine, a partire dalla sentenza *Konig*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che abbia carattere <<civile>> anche il diritto a svolgere una professione liberale, in virtù dei rapporti contrattuali di diritto privato che si instaurano con i clienti, e ciò a prescindere dal fatto che il professionista sia stato coinvolto in un procedimento qualificato nell'ordinamento del foro come "amministrativo"⁵⁸.

dalla Convenzione, considerato l'oggetto puramente patrimoniale della lite. Il Governo francese, invece, negava l'applicabilità dei principi dell'equo processo assumendo che la controversia concernesse la cessazione dell'attività del ricorrente nell'ambito della funzione pubblica e, dunque, non avesse carattere patrimoniale. La Corte risolse la questione abbandonando il tradizionale criterio della patrimonialità e distinguendo tra diritti patrimoniali del dipendente pubblico (suscettibili di tutela *ex art. 6 Cedu*) e diritti legati a prerogative discrezionali (non ammessi a tutela), ed affermando che, poiché nel caso concreto l'impiego del ricorrente implicava una partecipazione diretta all'esercizio dei pubblici poteri ed alle funzioni tendenti a salvaguardare gli interessi generali dello Stato, difettando il carattere "civile" del diritto, non potesse ritenersi applicabile alla fattispecie l'art. 6 Cedu.

⁵⁶ S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 311 ss..

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 agosto 1993, *Massa c. Italia*; 9 giugno 1998, *Maillard c. Francia*.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 1978, *Eberhard Konig c. République Fédérale d'Allemagne*. Si veda, altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, nella quale, relativamente alla professione di avvocato, la Corte ha osservato che il Consiglio dell'ordine <<*avait à statuer sur une contestation relative à un droit auquel prétendait l'intéressé*>> e che figurassero fra gli aspetti di diritto pubblico il fatto che <<*l'Etat belge a fixé lui-même l'organisation des barreaux et les conditions d'exercice de la profession d'avocat*>> e che <<*la participation de l'avocat à l'administration de la justice l'associe au fonctionnement d'un service public*>>, mentre in senso opposto deponessero, e dovessero considerarsi prevalenti, il fatto che la <<*la profession d'avocat compte en Belgique parmi les professions libérales traditionnelles*>> e che <<*le cabinet et la clientèle de l'avocat représentent des éléments patrimoniaux et relèvent à ce titre du droit de propriété, lequel revêt un caractère civil au sens de l'article 6*>>.

2.2 La nozione di “*tribunal*”

In epoca immediatamente successiva all’entrata in vigore della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, la Commissione riteneva l’art. 6, par. 1, applicabile esclusivamente ad organi che risultassero <<giurisdizionali>> in senso stretto secondo la qualificazione dell’ordinamento del foro⁵⁹.

Successivamente, in numerose decisioni, il giudice europeo, ritenendo che, una volta sancito il principio dell’equo processo, non sono ammissibili interpretazioni restrittive, condizionate dai diversi modelli processuali vigenti nei singoli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione, ha interpretato la nozione di “*tribunal*” in senso sostanziale, intendendo con essa non soltanto i soggetti qualificati come “giudici” nell’ordinamento giuridico in cui la decisione è stata adottata, ma altresì qualsiasi organo che svolga una funzione giurisdizionale, o comunque eserciti un potere <<decisionale>> per conto di (o riconosciuto da) uno Stato membro⁶⁰.

Utilizzando il linguaggio adottato dalla Corte europea, per “*tribunal*” deve intendersi qualsiasi organo la cui funzione sia quella di decidere le questioni di sua competenza, sulla base di norme di diritto e seguendo procedimenti condotti in conformità di modalità prestabilite⁶¹.

⁵⁹ Commissione europea, 7 maggio 1962, *X c. Denmark*.

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell’uomo, 16 luglio 1971, *Michael Ringeisen c. Austria*.

⁶¹ Corte europea dei diritti dell’uomo, 19 aprile 1974, *Vieira Sramek v. Austria*. La Corte in detta pronuncia afferma che l’art. 6 Cedu deve applicarsi a qualunque organo la cui funzione << is to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner>>.

Si veda, altresì, Corte europea dei diritti dell’uomo, 23 aprile 1987, *Lechner Hess c. Austria*.

E' stata, dunque, ritenuta "tribunal" ai fini dell'applicabilità dell'art. 6, par. 1, Cedu la Commissione provinciale per le transazioni immobiliari austriaca (*Landesgrundverkskommission*) e l'Autorità regionale per le transazioni immobiliari austriaca (*Landesgrundverksbehorde*), <<*bien que faisant application de règles de droit administratif*>>⁶².

La Corte, infine, dopo aver precisato nella sentenza *Campbell and Fell* che <<*the word "tribunal" is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind*>>⁶³, ha riconosciuto il carattere di "tribunal" ad organi che, secondo l'ordinamento del foro, erano considerati come amministrativi, ma che, per le loro caratteristiche <<*such as independence of the executive and also of the parties*>>, potevano essere assimilati ad organi giurisdizionali⁶⁴.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*.

⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 1984, *Campbell and Fell v. The United Kingdom*.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 maggio 1998, *Vasilescu v. Romania*.

2.2.1 (Segue) La questione dell'applicabilità dei principi dell'equo processo nei giudizi innanzi alla Corte di Giustizia CE. In particolare, in relazione alla funzione degli avvocati generali

La Corte di Giustizia CE, sin dalla sentenza *Johnston*⁶⁵ del 1986, ha affermato che il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario costituisce un principio generale del diritto comunitario poiché è parte integrante dei principi generali che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri, nonché per il fatto di essere sancito dagli artt. 6 e 13 Cedu.

La Corte, però, precisa che tale principio non può essere invocato per aggirare le condizioni di ricevibilità cui un privato - ricorrente non privilegiato - deve sottostare per proporre un ricorso di annullamento: se, infatti, questi non è individualmente e direttamente interessato da un atto di una Istituzione, non può invocare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva per contestare ed impugnare tale atto. Se ciò avvenisse, infatti, si eccederebbe rispetto alle competenze che sono state attribuite dal Trattato ai giudici comunitari.

Del resto, l'ordinamento comunitario garantisce comunque l'accesso al giudice: il ricorrente non privilegiato potrà far valere l'asserita invalidità in via incidentale innanzi al giudice comunitario, *ex art. 241 CE*, ovvero innanzi al

⁶⁵ Corte di Giustizia, 18 maggio 1986, *Marguerite Johnston – Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*.

giudice nazionali, a mezzo del rinvio pregiudiziale, inducendo questi a rivolgersi alla Corte di Giustizia⁶⁶.

Con riferimento, in particolare, al principio dell'equo processo, la Corte di Giustizia lo ha definito, facendo ricorso alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come <<*un diritto fondamentale che l'U.E. rispetta in quanto principio generale ai sensi dell'art. 6.2. TU*>>⁶⁷.

Il Tribunale di primo grado afferma, invece, che <<*il rispetto del diritto degli amministrati a che la loro causa sia esaminata da un tribunale indipendente e imparziale è garantito dall'art. 6, n. 1, della Convenzione, cui rinvia l'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, ed è stato riaffermato dall'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*>>⁶⁸.

Il diritto ad un equo processi costituisce, dunque, una norma che conferisce diritti agli amministrati, giacché è riconosciuto parte integrante dei diritti fondamentali protetti nell'ordinamento giuridico comunitario da parte della Corte di Giustizia, che ne assicura il rispetto da parte delle Istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni⁶⁹.

Per quanto riguarda il principio dell'equo processo, inteso come diritto di difesa e diritto al contraddittorio, la Corte di Giustizia europea lo ha ritenuto non

⁶⁶ Conclusioni dell'Avv. *Kokott* presentate nel corso della causa *Roquette Frères*, C-441/05, che afferma: <<*Quando il ricorrente non ha nessun'altra possibilità di ottenere un controllo circa la legittimità di un atto comunitario che lo riguarda, il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva impone di non precludergli l'accesso alla via indiretta e di consentirgli la proposizione dell'eccezione incidentale nel corso di una causa pendente dinanzi ad un giudice nazionale*>>.

⁶⁷ Corte di Giustizia, 29 luglio 2005, *Ordre des barreaux francophone et germanophone* et a. c. Consiglio dei Ministri, in C-305/05.

⁶⁸ Tribunale di primo grado CE, 11 luglio 2007, *Schneider Electric SA c. Commissione*.

⁶⁹ Tribunale di primo grado CE, 6 aprile 2006, *Camos Grau c. Commissione*.

invocabile al fine di riconoscere alle parti il diritto a replicare alle conclusioni degli avvocati generali, che intervengono nei processi pendenti dinanzi ad essa.

In particolare, nell'ordinanza del 4 febbraio 2000, emessa nel procedimento C-17/98, *Emesa Sugar c. Aruba*, la Corte ha respinto la domanda avente ad oggetto la possibilità di depositare osservazioni scritte in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale⁷⁰.

La Corte, dopo aver ricordato che lo Statuto Ce della Corte di Giustizia e il regolamento di procedura della stessa non prevedono, per le parti, la possibilità di depositare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale, afferma che gli avvocati generali, tra i quali non esiste alcun vincolo di subordinazione, non costituiscono né una magistratura requirente né un ufficio di pubblico ministero e non dipendono da alcuna autorità, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento giudiziario di taluni Stati membri.

Essi, infatti, sono *amici curiae*. In altre parole, gli avvocati generali non rappresentano e difendono alcuna delle parti, ma sono difensori del diritto e, nell'esercizio delle loro funzioni non perseguono la difesa di alcun altro tipo di interesse.

⁷⁰ Corte di Giustizia, ord. 4 febbraio 2000, procedimento C- 17/98. Nella fattispecie, l'*Emesa Sugar* chiedeva di depositare osservazioni scritte in seguito alla presentazione delle conclusioni dell'avvocato generale, invocando l'applicazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'*Emesa* ricordava, all'uopo, che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto dei quali la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dagli atti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. Principi che, peraltro, sono stati ripresi nell'art. 6, par. 2, del Trattato di Maastricht sull'Unione europea, ai sensi del quale <<L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario>>.

La Corte ricorda, altresì, che il ruolo dell'avvocato generale consiste, ai sensi dell'art. 222 Tr. CE, nel presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause sottoposte alla Corte, al fine di assistere quest'ultima nell'adempimento della sua missione, che è quella di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato.

Ai sensi degli artt. 18 dello Statuto della Corte di Giustizia e 59 del regolamento di procedura della medesima Corte, le conclusioni dell'avvocato generale pongono termine alla fase orale del procedimento. Collocandosi al di fuori del dibattimento, esse aprono la fase della deliberazione da parte della Corte.

Non si tratta, pertanto, di un parere rivolto ai giudici o alle parti proveniente da un'autorità esterna alla Corte o che mutuerebbe la propria autorità da quella di un pubblico ministero, bensì dell'opinione individuale, motivata ed espressa pubblicamente, di un membro dell'istituzione stessa.

L'avvocato generale, infatti, partecipa pubblicamente e personalmente al processo di elaborazione della decisione giudiziaria e, di conseguenza, all'esercizio della funzione giurisdizionale affidata alla Corte. Del resto, le sue conclusioni sono pubblicate insieme alla sentenza della Corte⁷¹.

La Corte di Giustizia, pur condividendo l'affermazione che i vincoli inerenti all'ordinamento giudiziario comunitario non possono giustificare la violazione del diritto fondamentale ad un processo contraddittorio, afferma che

⁷¹ La Corte, peraltro, sottolinea come, tenuto conto dei vincoli specifici derivanti dal diritto processuale comunitario, con particolare riguardo al regime linguistico, riconoscere alle parti il diritto di presentare osservazioni in risposta alle conclusioni dell'avvocato generale, avente come corollario il diritto per le altre parti (e, nei procedimenti pregiudiziali che rappresentano la maggioranza delle cause sottoposte alla Corte, tutti gli Stati membri, la Commissione e le altre istituzioni interessate) di replicare alle suddette osservazioni, incontrerebbe notevoli difficoltà e allungherebbe considerevolmente la durata del processo.

siffatta violazione non si configuri nel caso di specie tenuto conto che essa può, d'ufficio o su proposta dell'avvocato generale ovvero su domanda delle parti, riaprire la fase orale del procedimento, ai sensi dell'art. 61 del regolamento di procedura, qualora ritenga di non avere sufficienti chiarimenti, o che la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non sia stato oggetto di discussione tra le parti, al fine di evitare che il giudice possa essere influenzato da argomenti sui quali non sia instaurato il contraddittorio.

Tuttavia, l'udienza orale non è obbligatoria, ma è una mera facoltà della Corte disporla.

Peraltro, è evidente la differenza tra dibattere oralmente e avere la possibilità di depositare note scritte, delle quali la Corte possa apprezzare con calma i passaggi logici ed argomentativi.

La Corte, in conclusione, nel caso in esame, emette una pronuncia di segno opposto a quella emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a conclusione del procedimento *Vermeulen c. Belgio* del 1996⁷².

In quell'occasione, la Cedu, dopo aver osservato che il compito principale del pubblico ministero presso la Corte di Cassazione belga, tanto in udienza quanto in sede di decisione, fosse quello di assistere la Corte stessa e di vigilare sulla tutela dell'unità della giurisprudenza, ha ritenuto che l'impossibilità per l'interessato di replicare al parere emesso dal p.m. prima della conclusione dell'udienza violasse il diritto ad un processo contraddittorio. Poiché tale diritto implica, in via di principio, la facoltà per le parti di un processo penale o civile di

⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 febbraio 1996.

venire a conoscenza di tutti i documenti e di tutte le osservazioni presentate al giudice, anche da un magistrato indipendente, per influenzarne la decisione, la Corte europea ha concluso che nel caso in esame si configurasse una violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu.

Infine, altro profilo del procedimento pregiudiziale che potrebbe suscitare dubbi in ordine al rispetto dei principi convenzionali dell'equo processo è rappresentato dalla possibilità per la Corte di decidere con ordinanza, senza contraddittorio, la non ricevibilità di un quesito, senza, dunque, che le parti del processo nazionale possano neppure interloquire con essa.

Parte della dottrina ritiene che quanto finora affermato non integri alcuna violazione dell'art. 6 CEDU affermando la natura non contenziosa del procedimento pregiudiziale.

Tuttavia, non può sottacersi che la Corte di Giustizia, se in un primo momento ha svolto la funzione di unico organo giurisdizionale nel nascente e ristretto ordinamento comunitario, nel tempo ha assunto i caratteri di suprema corte di legittimità, regolatrice dei conflitti di interessi tra i soggetti della struttura istituzionale dell'Unione, capace, con le proprie pronunce emesse anche nell'ambito del procedimento pregiudiziale, di modificare gli equilibri costituzionali di quest'ultima.

2.3 La questione dell'applicabilità dell'art. 6, par. 1, Cedu al processo amministrativo

Il tenore letterale dell'art. 6, par. 1, CEDU, il quale recita, secondo la versione ufficiale inglese, <<*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him (...)*>>⁷³, sembrerebbe volersi riferire all'insieme delle contestazioni concernenti il settore del diritto privato, inteso come contrapposto al settore del diritto pubblico, con apparente esclusione, quindi, dell'applicabilità delle garanzie dell'equo processo alle controversie di natura amministrativa⁷⁴.

Conseguentemente, in Italia, per molto tempo, si è ritenuto che il giusto processo, come delineato dalla CEDU, fosse istituto estraneo al diritto amministrativo e, quindi, al processo amministrativo, che normalmente vede contendere il cittadino e la Pubblica Amministrazione su materie che non sembrano rientrare in quelle protette dall'art. 6 citato⁷⁵.

In realtà, il diritto al <<giusto processo>> non solo è diritto fondamentale, ma è anche strumento di tutela di altri diritti sostanziali, e rappresenta una conquista di civiltà soprattutto per i Paesi dell'Unione europea⁷⁶.

⁷³ E nel testo autentico francese, <<*(...) soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...)*>>.

⁷⁴ S. MIRATE, *Giustizia Amministrativa e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – L'«altro» diritto europeo in Francia e Inghilterra*, Novene Editore – Napoli, 222 ss..

⁷⁵ G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della Cedu e con cenni al caso Italiano*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com, 2000, n. 2, 367 ss..

⁷⁶ Il Parlamento europeo nella Risoluzione A4-0278/97, sui rapporti tra diritto internazionale, diritto comunitario e diritto costituzionale degli Stati membri, ha considerato <<che

La Corte di Strasburgo, pertanto, procedendo empiricamente e facendo leva sull'«autonomia» interpretativa della Convenzione, ha ampliato di volta in volta sempre di più il significato dei termini adoperati nel testo convenzionale, al punto che è giunta ormai a ritenere generalizzata l'applicabilità dell'art. 6.

In particolare, nella giurisprudenza europea successiva all'entrata in vigore della Convenzione, comincia a sorgere l'esigenza di estendere alle giurisdizioni amministrative le garanzie convenzionali dell'equo processo, in dipendenza delle grandi trasformazioni che interessano l'intero settore del diritto pubblico⁷⁷.

Siffatta esigenza è avvertita a seguito della trasformazione, negli anni, del rapporto tra cittadini e Amministrazione. Quest'ultima, che originariamente si limitava ad emanare atti autoritativi destinati ad incidere in modo restrittivo sulla sfera giuridica dei destinatari, si fa erogatrice di prestazioni di servizi in grado di ampliare le situazioni soggettive e di agevolare l'attività economica dei soggetti privati.

Si avverte, dunque, la necessità di realizzare una parità processuale fra le parti, pubbliche e private, attraverso l'eliminazione dei privilegi tradizionalmente riservati all'Amministrazione e la costruzione di un sistema di tutela effettiva del privato nei confronti dell'autorità pubblica⁷⁸.

La Corte europea comincia ad avventurarsi in una lettura progressivamente estensiva della norma convenzionale, affermando, nella Sentenza *Delcourt v.*

una completa ed efficace tutela giudiziaria dei diritti fondamentali costituisce la caratteristica essenziale di qualsiasi comunità di diritto>.

⁷⁷ F. GOISIS, *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4/2009.

⁷⁸ V. DOMINICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir.proc. amm.*, 2001, 861 ss..

Belgium, che <<in a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Artiche 6 (1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision>>⁷⁹.

Conseguentemente, è stata ritenuta coperta dalla garanzia convenzionale l'emanazione di provvedimenti espropriativi⁸⁰.

La nozione generale di <<giusto processo>> è delineata dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che, nel testo italiano, dispone che <<Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritto e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente...>>.

Quindi il processo amministrativo è giusto quando è conforme all'equo processo previsto dall'art. 6 Cedu, che, in sintesi, prevede le seguenti caratteristiche: si svolge davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, ha una ragionevole durata, assicura una tutela effettiva attraverso decisioni pubbliche e motivate, ha prerogative giudiziali e difensive paritarie per le parti ed è pubblico in primo grado.

Anche il processo amministrativo segue le regole dell'equità.

Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, il diritto ad un processo equo <<occupa in una società democratica un posto eminente>>⁸¹, e <<l'art. 6

⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 1970.

⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 agosto 2007, *Bistrovic c. Croazia*.

*consacra il più generale principio di una buona amministrazione della giustizia>>*⁸².

Altra ragione per cui in genere si è negata rilevanza all'art. 6 Cedu nel diritto amministrativo nazionale è costituita dalla circostanza per cui l'articolo si riferisce alla materia processuale.

Recentemente, la Corte Costituzionale, pur ribadendo il rango di norma interposta dell'art. 6 della Convenzione (la cui violazione era stata dedotta dal giudice *a quo* quale motivo di possibile illegittimità costituzionale del diritto vivente in materia di motivazione dei giudizi di idoneità negli esami di Stato), ha negato che esso incidesse sull'ambito di applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990, perché << i principi di effettività del diritto di difesa e del giusto processo sono espressi nella “Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali” con esclusivo riferimento al piano processuale>>⁸³.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte europea ha enucleato una serie di ragioni per le quali l'articolo convenzionale debba ritenersi incidere, anche significativamente, sulle garanzie procedurali.

Si pensi, ad esempio, che una fase giudiziale non perfettamente in linea con i principi convenzionali dell'equo processo può essere “compensata” da una fase procedimentale, che può definirisi “quasi giudiziale”, garantistica.

Qualora si tratti, poi, di un caso di discrezionalità amministrativa, solo un giusto procedimento può considerarsi conforme all'art. 6 Cedu, se, come di norma

⁸¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1990, *Moreira de Alzeveida c. Portogallo*.

⁸² Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 ottobre 1992, *Boddaert c. Belgio*.

⁸³ Corte Cost., 30 gennaio 2009, n. 20.

avviene, la scelta di interessi non è sostituibile in sede processuale da una diversa scelta operata dal giudice.

Nel 1999 l'Italia ha inserito nell'art. 111 della sua Carta Costituzionale la norma secondo cui <<la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge>>, stabilendo anche alcuni principi che sono tipici dell'equo processo Cedu.

Tale norma ha il merito di aver fissato il principio di diritto costituzionale che anche il processo amministrativo italiano deve necessariamente essere svolto – come ogni altro processo – secondo le regole del <<giusto processo>>, come delineato dalla Costituzione.

Parte della dottrina ritiene che norma costituzionale italiana ed art. 6 Cedu presentino alcune specificità proprio sull'ambito oggettivo di applicabilità. In particolare, la norma italiana prevede il giusto processo sempre ed in ogni caso, cioè il giusto processo amministrativo italiano – quale esercizio della giurisdizione – non è limitato a determinate materie, ma si applica a tutte le materie che il diritto interno assegna alla giurisdizione del giudice amministrativo.

In contrario, l'art. 6 Cedu riguarda il modulo dell'equo processo che lo Stato membro deve assicurare, nel proprio ordinamento processuale, con specifico riferimento alle controversie aventi per oggetto soltanto <<i diritti e le obbligazioni di carattere civile>> e <<le accuse in materia penale>>. In breve, l'ambito oggettivo delle controversie garantite dall'equo processo amministrativo, mentre è privo di limiti nel diritto italiano, secondo la Cedu è limitato alle indicate materie.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea, l'art. 6, oltre alla materia penale, si applica soltanto se esistono determinati presupposti:

- a) quando vi sia <<contestazione>> (in senso sostanziale) su <<diritti>> o <<doveri>> riconosciuti nel diritto interno, senza contare che essi siano o meno protetti anche dalla Convenzione⁸⁴;
- b) quando il diritto o il dovere in discussione, anche per la sua ampiezza o modalità di esercizio, abbia <<carattere civile>>;
- c) quando l'esito del procedimento produce effetti decisivi e diretti e non già conseguenze indirette o fortuite per i diritti o i doveri in questione⁸⁵.

Secondo la giurisprudenza della Corte Europea, perdono ogni importanza le classificazioni di diritto interno, ad esempio la distinzione italiana tra diritto soggettivo ed interesse legittimo⁸⁶. La questione di sapere se un diritto sia di carattere civile dipende unicamente dalla natura della domanda stessa e del suo oggetto. L'art. 6, par. 1, si applica anche a procedimenti amministrativi, allorché tali procedimenti siano determinati in ordine a rapporti di carattere civile dell'interessato⁸⁷.

⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 ottobre 1992, *Salerno c. Italia*

⁸⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1992 *Edition Périscope c. Francia*.

⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1981, *Le Compte e altri c. Belgio*, secondo cui : <<Il termine contestazione su diritti ed obbligazioni di carattere civile contenuto nell'art. 6, n. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, comprende ogni procedura il cui esito influisca nell'esercizio di diritti di carattere privato, anche se essa opponga un privato cittadino ad una autorità titolare di pubblici poteri. Né tanto meno rileva che la legge sulla quale si contenda sia civile o commerciale od amministrativa, o che l'autorità interna competente a decidere appartenga alla magistratura ordinaria o ad una giurisdizione amministrativa>>.

Vedi anche sentt. 8 luglio 1987, *W. c. Regno Unito*; 19 febbraio 1992, *X. c. Svezia*, secondo le quali << non ha importanza, ai fini dell'applicabilità dell'art.6.1, che le decisioni in contestazione siano state adottate da un organo di giurisdizione amministrativa o disciplinare>>.

⁸⁷ Commissione europea, 7 ottobre 1987, sul ricorso *Cavalin c. Francia*.

La domanda rivolta al giudice è, conseguentemente, importante al fine di stabilire sia l'ambito oggettivo del procedimento, sia le conseguenze effettive della sentenza nella situazione soggettiva del ricorrente⁸⁸.

L'applicabilità dell'art. 6 Cedu, *ergo* dei principi del processo equo, al sistema giurisdizionale amministrativo risulta, allo stato, avvalorata dagli artt. 1 e 2 del "Codice del nuovo processo amministrativo". La prima delle disposizioni citate dispone che <<La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo>>. L'art. 2 precisa che <<Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo>>.

⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 1995, *Provola c. Lussemburgo*; 24 novembre 1994, *Beaumont c. Francia*.

G. SPADEA, op. ult. cit.. L'Autore conclude che, <<per sapere quali siano i <<diritti>> o i <<doveri>> di carattere civile, che negli ordinamenti interni sono trattati nel diritto amministrativo, è possibile enucleare dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo i seguenti criteri generali: 1) non rileva la qualificazione di diritto interno bensì sono importanti il contenuto materiale e gli effetti di diritto interno; 2) tutti i diritti privati sono considerati diritti di carattere civile; 3) un'attività particolare di diritto privato sottoposta ad autorizzazione o controllo amministrativo conserva il suo carattere di diritto privato; 4) quando il diritto in questione è classificato nell'ordinamento interno come diritto di carattere pubblico, bisogna stabilire quali siano il contenuto e gli effetti predominanti diretti, se cioè di tipo <<privato>> ovvero <<pubblico>>; 5) il carattere civile del diritto si concepisce anche senza una richiesta di risarcimento>>.

CAPITOLO III

L'ATTUAZIONE DEL GIUSTO PROCESSO IN ITALIA

3.1 La riforma dell'art. 111 Cost. ad opera della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2

Poiché l'ordinamento si inverte per il tramite del processo e del giudizio, una particolare attenzione deve essere rivolta alle norme che, a livello costituzionale, garantiscono non soltanto la possibilità per chiunque di agire a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, ma anche i caratteri fondamentali secondo i quali si svolge la funzione giurisdizionale, poiché sono proprio tali caratteri a dare senso e consistenza alla stessa garanzia dell'azione.

<<Diritto *al* processo e diritti *nel* processo appaiono, in sostanza, tanto intimamente legati che l'uno non avrebbe ragione di esistere senza gli altri e, insieme, costituiscono un nucleo di garanzie di rilievo essenziale all'interno dell'ordinamento, in quanto strumentali ad assicurare l'effettiva realizzazione delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal medesimo ordinamento>>⁸⁹.

⁸⁹ M. MENGOZZI, op. ult. cit., 2487 ss..

La riforma costituzionale attuata con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ha introdotto all'interno dell'art. 111 Cost. cinque nuovi commi, premettendoli a quelli già ivi contenuti⁹⁰.

Tali disposizioni recano una serie di principi e garanzie attinenti allo svolgimento della giurisdizione, ai quali si usa riferirsi con la riassuntiva espressione di <<principi del giusto processo>>, riprendendo il disposto dell'attuale primo comma del nuovo art. 111 Cost., secondo il quale <<la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge>>.

E' stato osservato che la formula del <<giusto processo>> fa riferimento non già esclusivamente alle garanzie contenute nei commi successivi del medesimo articolo, ma a tutto il complesso di garanzie processuali emergenti dalle norme costituzionali (ad esempio, quelle attinenti al diritto di azione ed alla sua effettività di cui all'art. 24 Cost.)⁹¹.

⁹⁰ L'art. 111 Cost., come riformato dalla L. cost. 23 novembre 1992 dispone: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei Tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione>>.

⁹¹ L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del <<giusto processo>> (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1998, p. 899 ss..

L'aggettivo <<giusto>> sembra, infatti, rinviare al complesso modello di processo risultante dalla Costituzione, nel quale operino tutte le garanzie previste dalla Carta – in posizione di stretta indipendenza reciproca – quali parametri del corretto svolgimento della giurisdizione.

Tali parametri, del resto, non costituiscono soltanto delle regole formali, ma fissano in Costituzione un'idea di processo, storicamente e culturalmente determinata, corrispondente ad una serie di valori condivisi dalla collettività, percepiti come principi di civiltà giuridica e parte essenziale della stessa forma dello Stato democratico di diritto e, come tali, garantiti dalla Carta fondamentale.

Che il processo debba essere “giusto” è, infatti, al tempo stesso ovvio e fondamentale. Ovvio, perché ogni istituzione sociale deve essere giusta. Fondamentale, perché la decisione in tanto è socialmente accettata, in quanto il processo da cui scaturisce sia percepito come “giusto”⁹².

Con la formula <<giusto processo>> si fa riferimento a forme di garanzie eterogenee.

Dette garanzie hanno, infatti, diverso ambito oggettivo di applicazione, poiché gli attuali commi 3, 4 e 5 dell'art. 111 Cost., pongono norme specifiche attinenti esclusivamente al processo penale, mentre i primi due nuovi commi contengono principi generali sullo svolgimento della giurisdizione, che riguardano qualsiasi tipo di processo, stante la loro ampia formulazione (<<la “giurisdizione” si attua...>>; << “ogni processo” si svolge...>>)⁹³.

⁹² P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, 2007, Zanichelli, Bologna, 28.

⁹³ M. MENGOZZI, op. ult. cit., 2490.

Sarebbe una lettura antidemocratica e gravemente lesiva dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza quella che circoscriverebbe l'applicazione del principio del giusto processo ai soli processi penali, giacché il principio del giusto processo costituisce un'elevata conquista di civiltà giuridica che riguarda ogni attuazione della funzione giurisdizionale, ed anzi più in generale ogni procedimento o procedura di attuazione delle funzioni tipiche dei pubblici poteri⁹⁴.

Il giusto processo, con il nuovo art. 111 Cost., non rappresenta solo un valore <<sostanziale>>, ma anche un principio <<processuale>>, una vera e propria <<forma>> obbligatoria della funzione giurisdizionale, i cui elementi strutturali sono il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, la terzietà e l'imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo, l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti decisori in primo e secondo grado.

<<Giusto processo>> è la traduzione italiana non letterale di <<due process of law>>, cioè <<dovuto processo legale>>⁹⁵.

Gli studiosi ritengono che tale espressione derivi dalla *Magna Charta libertatum*, firmata a Runnymede il 15 giugno 1215 da Giovanni Senzaterra, con il quale le gerarchie ecclesiastiche posero dei limiti al sovrano, stabilendo, che nessun uomo libero avrebbe potuto subire restrizioni o soppressioni dei propri

⁹⁴ E. PICOZZA, op. ult. cit., 1064.

⁹⁵ G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e <<giusto processo>>*, in Rass. Parlam. 3/1999, 539 ss..

diritti di libertà e proprietà se non a seguito di un giudizio reso da suoi pari, o in forza della legge della terra⁹⁶.

In realtà, nella Magna Charta non è dato leggere la formula <<due process of law>>. Essa, invero compare per la prima volta in uno Statuto emanato dal Re Edoardo III nel 1335, nel quale si afferma che <<nessun uomo, di qualsiasi stato o condizione, avrebbe potuto essere espulso dalle sue terre o dai suoi possedimenti, né essere detenuto, diseredato o mandato a morte senza essere prima chiamato a rispondere delle sue azioni secondo un dovuto processo legale>>⁹⁷.

Ci si è chiesti se l'integrazione del testo costituzionale fosse necessaria in considerazione del fatto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo avesse già da tempo efficacia giuridica all'interno dell'ordinamento nazionale, in quanto già introdotta all'interno di esso da un'apposita legge di esecuzione⁹⁸.

⁹⁶ Al capitolo 39 si legge: <<*Nullus liber homo decelero capiatur, vel imprisonetur aut disseisiatur de aliquo libero tenimento suo vel libertatibus vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium quorum, vel per legame terra*>>.

⁹⁷ Identica formula compare nel V Emendamento del 1971 alla Costituzione federale degli Stati Uniti, che prevede: <<*no persn shall (...) be deprived of live, liberty, or property, without du eprocess of law*>>. La clausola è sempre stata intesa, nel suo significato processuale, nel senso di assicurare all'individuo una serie di garanzie attinenti alle modalità in cui viene raggiunta una decisione autoritativa dal Governo federale, incidente su un individuo, a prescindere, almeno in principio, dal risultato effettivamente raggiunto, ed al fine di ridurre il rischio di arbitrio. La clausola deve essere coordinata con le specifiche garanzie processuali enunciate negli Emendamenti dal IV all'VIII alla Costituzione federale, che prevedono il divieto di testimonianza dell'imputato contro se stesso, il diritto alla sicurezza da arresti o sequestri arbitrari, il diritto ad un processo celere e pubblico, il diritto ad una giuria imparziale dello Stato, il diritto ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa, il diritto all'esame dei testimoni a carico e ad ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, il diritto all'assistenza di un difensore. Nel caso in cui vi sia una <<*life, liberty or property deprivation*>> rilevante ai fini dell'applicabilità del *due processo f law*, è la Corte Suprema ad individuare quali specifiche garanzie processuali si applichino in concreto. Tale selezione tra le numerose garanzie enunciate avviene sulla base del c.d. *balancing test* tra gli interessi dell'individuo e gli interessi della collettività.

⁹⁸ S. FOIS, *Il modello costituzionale del <<giusto processo>>*, in Rass. Parlam. 3/2000, 577 ss..

Invero, poiché alla Cedu è stata data in esecuzione in Italia con legge ordinaria e poiché nella materia in questione si ritiene mancare la possibilità di invocare l'applicazione e la copertura dell'art. 11 Cost., che ha consentito l'ingresso nell'ordinamento italiano delle norme e degli atti prodotti nell'ambito della Comunità europea, è sovente negata la possibilità che le norme convenzionali siano utilizzate nelle questioni di legittimità costituzionale quali norme-parametro.

Al contrario, l'introduzione nel testo costituzionale italiano dei principi del giusto processo consente alla Corte Costituzionale di assumere come parametro di legittimità costituzionale i contenuti normativi presenti nel nuovo articolo 111.

Pertanto, la riforma del 1999 interviene a colmare una lacuna della Costituzione italiana, che, all'art. 111 (che apre la sezione dedicata alle norme sulla giurisdizione), si occupava esclusivamente dei provvedimenti giurisdizionali e della loro impugnazione, ma nulla diceva del processo, che pure dei provvedimenti giurisdizionali costituisce l'antecedente necessario⁹⁹.

⁹⁹ D. BONFIETTI, G. CALVI, G. RUSSO, S. SENESE, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 1/2000, 68 ss..

3.2 I principi del giusto processo alla luce del nuovo art. 111 Cost.

Secondo quanto prescritto dal primo comma dell'art. 111 Cost. («La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»), i principi del giusto processo riguardano tutte le manifestazioni della funzione giurisdizionale.

Essi costituiscono un'elevata conquista della civiltà giuridica contemporanea e dovrebbero contribuire ad un recupero della centralità del giudice nell'ordinamento giuridico, e del principio di «giustizia», che costituisce una componente ineliminabile dei diritti dell'uomo.

Il combinato disposto dei primi due commi dell'art. 111 Cost. consente di enucleare una serie di principi direttamente precettivi, la cui forza innovativa dell'ordinamento giuridico vigente è tale da obbligare il giudice, nell'esercizio della sua funzione, ad applicarli direttamente. Essi sono:

- il principio del contraddittorio tra le parti, cioè la piena ed effettiva applicazione dei diritti di azione e di difesa, secondo quanto già prescritto dal comma 2 dell'art. 24 Cost..
- il principio della parità delle armi nell'esercizio del diritto al contraddittorio, in ossequio a quanto prescritto dagli artt. 6 e 13 della Cedu;
- il principio della terzietà del giudice rispetto alle parti, che integra il concetto di giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 27 Cost.;

- il principio di imparzialità del giudice, sia strutturale che funzionale, non soltanto attraverso gli istituti della astensione e della ricusazione, ma anche, e soprattutto, attraverso la concreta verificabilità del rispetto di tale principio lungo tutto l'*iter* dei gradi e delle fasi del processo

- il principio di ragionevole durata del processo, che vieta lungaggini inutili e formalità superflue, senza con ciò voler vanificare l'inviolabile, e dunque non soggetto ad eccezioni, diritto di difesa in nome della speditezza processuale.

I primi quattro sono “valori primari di giustizia”, il quinto esprime una “condizione di efficienza di giustizia”¹⁰⁰.

Trattasi di principi già presenti in ordinamenti e convenzioni internazionali, a partire dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma ricavabili anche dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati europei; consacrati esplicitamente nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam sull'Unione europea non solo con la recezione della suddetta Convenzione, ma anche con un richiamo allo <<Stato di diritto>> (del quale la certezza e la giustizia del diritto sono i due fattori essenziali); conclamato dalla Corte di giustizia europea nella sua funzione di dichiarazione in via esclusiva della portata del Trattato C.E.; ed infine applicato dalle altre istituzioni comunitarie¹⁰¹.

¹⁰⁰ P. FERRUA, op. ult. cit., 45.

¹⁰¹ E. PICOZZA, op. ult. cit., 1061, ss.. Secondo l'autore, data la debolezza della Costituzione formale italiana, si potrebbe indulgere alla tentazione di relegare il giusto processo ad una forma di principio programmatico e non direttamente precettivo, stante la formulazione letterale dell'articolo, nella quale si potrebbe rintracciare una sorta di riserva ordinaria di legge, che svuoterebbe detto principio della sua carica innovativa e della possibilità della sua attuazione pratica ed immediata nei vari processi nei quali si attua la giurisdizione. In realtà, l'interpretazione sistematica dell'intero nuovo articolo impone di ritenere che i grandi postulati del giusto processo

3.3 Il giusto processo quale principio già esistente in Costituzione?

Prima della novella costituzionale all'art. 111, apportata con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, il giusto processo aleggiava già all'interno della Costituzione, ricavandosi da una sintesi di disparate norme costituzionali, dislocate all'interno dei vari titoli e capi della medesima (il contraddittorio dall'art. 24, comma 2; la parità tra le parti dal combinato disposto degli artt. 3 e 24; la terzietà-imparzialità dall'art. 101, comma 2; la ragionevole durata dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale e dall'esigenza di razionalità delle norme processuali).

La giurisprudenza¹⁰², invero, aveva in più occasioni ravvisato la garanzia dello svolgimento di un "giusto processo" nella norma *ex art. 24, comma 2, Cost.* (assicurante *ex professo* il diritto alla difesa), assegnando ad essa una funzione corrispondente a quella della *due process of law clause* della Costituzione nordamericana.

Ciò ha indotto la dottrina ad interrogarsi sulla portata innovativa del riformato articolo 111 Cost.. In altri termini, ci si è chiesti se realmente le norme costituzionali di cui agli attuali primi due commi dell'art. 111 Cost. abbiano introdotto in Costituzione delle nuove e più pregnanti garanzie processuali o se esse, piuttosto, con costituiscano una enunciazione inutile, meramente ripetitiva di

siano già obbligatoriamente applicabili, a prescindere dalle, pur auspicate, riforme dei codici di diritto processuale e, più in generale, delle leggi che regolano i singoli processi.

¹⁰² Corte Cost., 31 maggio 1996 n. 177; 20 maggio 1996 n. 155; 15 settembre 1995 n. 432; 30 aprile 1986 n. 120; 22 aprile 1986 n. 102; 26 marzo 1986 n. 66.

principi e regole già presenti nella Carta fondamentale italiana, in quanto ricavabili da altre preesistenti norme costituzionali.

Non sembra potersi negare che la gran parte dei principi affermati dai primi due commi dell'art. 111 (contraddittorio, parità delle parti, terzietà del giudice...) fossero già ricavabili dalle altre norme costituzionali.

In particolare, molti di essi erano stati da tempo affermati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, sulla base di una lettura attenta degli artt. 24 e 113 Cost., anche in combinato disposto con l'art. 3.

Addirittura, già in tempi assai risalenti e di molto antecedenti la riforma costituzionale del 1999, la Corte aveva, in diverse occasioni, utilizzato il riferimento alla nozione di <<giusto processo>>, spesso indicandolo quale principio riconosciuto dalla nostra Costituzione¹⁰³.

Si trattava, tuttavia, di principi ricavati in via interpretativa da norme che non li contemplavano espressamente e, conseguentemente, destinati ad applicazioni diverse in ragione della diversa portata precettiva che la giurisprudenza di volta in volta ad essi attribuiva¹⁰⁴.

¹⁰³ Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. cost.* 1980, 1612.

¹⁰⁴ M. MENGOZZI, op. ult. cit., 2494. L'autrice propone un esempio significativo a proposito della ragionevole durata dei processi. Il diritto della parte ad ottenere una decisione in tempi non eccessivamente lunghi poteva ritenersi riconosciuto in Costituzione già prima, della riforma, come aspetto del diritto di agire e difendersi in giudizio, tutelato dall'art. 24. Si trattava, però, di una lettura non del tutto univoca, come risulta dalle contraddittorie prese di posizione a tale riguardo della giurisprudenza costituzionale, che ha sostenuto, nel tempo, due tesi diametralmente opposte. Nel 1985, la Corte, nella sentenza n. 202, afferma che <<la problematica dei "tempi processuali", recepita all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo quale aspetto del "giusto processo", non trova eco nella Carta Costituzionale>>, espressamente negando che possa essere utilmente invocato in proposito l'art. 24, comma 2, Cost.. Qualche anno dopo, invece, la Corte riconosce esplicitamente il valore costituzionale di tale principio, e scrive, nella sentenza n. 388 del 1999, che il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, di cui all'art. 24 Cost., <<implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia>>.

Né, peraltro, poteva rappresentare un sufficiente vincolo interpretativo il riferimento alle norme contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, poiché, com'è noto, la Corte Costituzionale, pur finendo per attribuire alle norme in quest'ultima contenute un rilievo quali indicazioni ermeneutiche atte ad orientare la lettura delle norme costituzionali interne, non ha mai espressamente riconosciuto loro un rango superiore alla legge, negando che esse potessero assurgere a parametro del proprio giudizio.

L'inserimento in Costituzione della esplicita affermazione delle garanzie in questione sembra adempiere ad una funzione ben specifica e non potersi considerare una inutile ripetizione.

La novità e la caratteristica della novella costituzionale risiede, infatti, nell'aver focalizzato il giusto processo quale modulo specifico, tipico e obbligatorio, di attuazione della giurisdizione.

In altre parole, a differenza della Convenzione europea e delle altre fonti internazionali che contemplano le garanzie del giusto processo come diritti soggettivi (è ciò si evince dalla loro formulazione letterale <<ogni persona ha diritto ...>>), l'art. 111 Costituzione enuncia tali principi come garanzie oggettive della giurisdizione¹⁰⁵.

Peraltro, con la nozione di "giusto processo" espressa dal "nuovo" art. 111, comma 1, Cost., il legislatore ha voluto introdurre una vera e propria clausola

¹⁰⁵ P. FERRUA, op.ult. cit. 25. L'autore aggiunge che la formulazione "oggettiva" non esclude, ma assorbe e va oltre quella "soggettiva, in quanto ciò che oggettivamente è connotato del processo diventa di per sé anche diritto dell'imputato.

generale destinata a funzionare – per così dire – come “norma di apertura” del sistema delle garanzie costituzionali della giurisdizione, in forza della quale è destinato a trovare ingresso all’interno di quel sistema qualsiasi principio o potere processuale ritenuto, secondo l’esperienza e la coscienza collettiva, necessario per un’effettiva e completa tutela delle ragioni delle parti.

In virtù di tale clausola, quindi, quello delle garanzie costituzionali del processo non può concepito come un “catalogo chiuso”.

E’ ben vero che pure in questo significato la garanzia del “giusto processo” e le altre *ex art. 111, comma 2, Cost.* avrebbero potuto erano desunte in via interpretativa dalle norme della Costituzione e, in modo particolare, dalla direttiva generale di razionalità dell’ordinamento *ex art. 3 Cost.*.

Tuttavia, la loro cristallizzazione in una norma positiva consente di identificare in modo chiaro ed esplicito i canoni ai quali dichiaratamente intende ispirarsi il nostro ordinamento, evitando per il futuro che il loro riconoscimento venga a dipendere esclusivamente ed estemporaneamente dall’ispirazione di qualche illuminato giurista o dalla saggezza dell’occasionale estensore di qualche sentenza della Consulta.

3.4 Le garanzie relative al giudice: terzietà e imparzialità

Il nuovo art. 111 Cost., affinché un processo possa definirsi “giusto”, richiede che esso si volga davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Ad una prima lettura i due predicati potrebbero apparire sinonimi, come in effetti sono nell’uso corrente, con la conseguenza che ciascuno dei due termini avrebbe un valore puramente rafforzativo dell’altro.

La stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi circa le incompatibilità *ex art. 34 c.p.p.*, ha più volte fatto un uso promiscuo dei due termini¹⁰⁶.

Invero, mentre la terzietà riguarda lo *status* del giudice e richiede che, sul piano ordinamentale, il suo ufficio sia organizzato in modo tale da renderlo soggetto alla sola legge ed indipendente dalle parti e dal potere politico, l’imparzialità concerne le funzioni esercitate dal giudice nel processo e necessita che il giudice abbia autonomia di giudizio.

Con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 si assiste ad una profonda valorizzazione del principio di indipendenza del giudice¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Tra le altre, Corte Cost., 13 maggio 1996, n. 155. La Consulta, a seguito della proposizione, da parte del Tribunale di Grosseto, di una questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell’imputato, ha affermato che << tra i principi del “giusto processo”, posto centrale occupa l’imparzialità del giudice, in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato. L’imparzialità è perciò connaturata all’essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto “terzo”, non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie ch’egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza>>.

Cfr., altresì, Corte Costituzionale, 17 aprile 1996, n. 131; 20 giugno 2002, n. 305.

Detto principio assume un'importanza specifica per i giudici amministrativi, i quali, anche per la loro particolare origine storica, si presentano assai spesso come organi ibridi, <<a metà tra giurisdizione e amministrazione>>¹⁰⁸.

L'indipendenza costituisce requisito essenziale perché possa sostenersi la natura giurisdizionale dell'organo, considerato che funzione preminente del giudice è quella di esprimere un giudizio imparziale volto a dirimere controversie tra interessi imputabili a soggetti diversi.

Come accennato, l'indipendenza costituisce una *condicio sine qua non* di un altro requisito indefettibile del giudice: l'imparzialità.

L'imparzialità richiede l'assegnazione della funzione giudicante ad un soggetto che sia non solo "scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia del decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie che egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Corte Cost., 23 luglio 1987, n. 2163. La Consulta afferma che <<esistono principi e valori costituzionalmente vincolanti, che attengono a tutte le giurisdizioni: ad esempio il principio dell'indipendenza dei giudici vale per tutte le giurisdizioni ordinarie e speciali. Tali principi non attengono alla giurisdizione ordinaria ma al concetto stessi di giurisdizione; sicchè i procedimenti disciplinati in violazione dei predetti principi non possono qualificarsi né <<ordinari>> né <<speciali>> in quanto, ancor prima, non costituiscono organi o procedimenti giurisdizionali>>.

¹⁰⁸ S. LARICCIA, *L'indipendenza del giudice*, in *Scritti in onore di Sebastiano Cassarino*, vol. II, 2001, 891.

¹⁰⁹ Corte Cost. 20 maggio 1996, n. 155

La Corte Costituzionale ha, altresì, definito l'imparzialità come "la condizione di assoluta estraneità e indifferenza e perciò di neutralità rispetto agli interessi in causa"¹¹⁰.

Il divieto di cumulo di decisioni in ordine alla medesima materia è riconducibile al carattere necessariamente originario della decisione che definisce la causa nonché all'obiettività della funzione giudicante, che esige la sua massima spersonalizzazione¹¹¹: l'esito del processo deve, cioè, essere esonerato "dall'eccessivo carico delle qualità e delle propensioni personali dei giudici che vi partecipano"¹¹².

Trattasi della c.d. incompatibilità da prevenzione, dalla quale discende l'esigenza non solo di garantire che in concreto il giudice non subisca alcun condizionamento, ma altresì che non sussista alcuna apparenza di condizionamento: occorre, infatti, che il giudice sia in concreto indipendente e imparziale, ed al contempo che possa apparire tale agli occhi delle parti, offrendo garanzie sufficienti ad escludere ogni legittimo dubbio in proposito¹¹³.

Indipendenza e imparzialità costituiscono concetti strettamente connessi tra loro, ma comunque distinti.

Invero, richiedendo la terzietà e l'imparzialità del giudice amministrativo, l'art. 111 Cost. pone l'esigenza che il giudice non sia parte e non abbia legami né vincoli rispetto ad alcuno dei <<contendenti>>, ma si trovi nei loro confronti in una posizione di equidistanza.

¹¹⁰ Corte Cost., 31 marzo 1965, n. 17.

¹¹¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, 2005, 69 ss..

¹¹² Corte Cost. 20 maggio 1996, n. 155, cit.

¹¹³ T.A.R. Puglia – Bari, sez. I, 18 novembre 2002, n. 4973.

Si tratta di un'esigenza distinta da quella dell'indipendenza della magistratura, poiché quest'ultima attiene ai rapporti del giudice non già con le parti del giudizio, ma piuttosto con gli altri poteri dello Stato, e, in particolare, con l'esecutivo, imponendo che quest'ultimo non possa interferire indebitamente con lo svolgimento della funzione giurisdizionale.

Tale distinzione concettuale, solitamente assai netta, assume tuttavia contorni decisamente sfumati per quanto attiene al giudice amministrativo, poiché, essendo quest'ultimo il giudice dell'amministrazione, i suoi eventuali legami con il potere esecutivo finiscono per rilevare sotto entrambi i profili: essi, infatti, vanno ad incidere non soltanto sulla sua indipendenza, ma anche sulla sua imparzialità e terzietà, essendo l'Amministrazione una delle parti del giudizio che si svolge davanti ad esso.

Tuttavia, se l'indipendenza deve essere assicurata sul piano organizzativo, disciplinando lo *status* dei giudici, l'imparzialità, proprio perché attinente all'esercizio delle funzioni, va realizzata mediante una disciplina prettamente processuale, preordinata (in particolare, tramite gli istituti della astensione e della ricusazione) ad evitare che il giudice, considerato parziale, possa avere cognizione della controversia.

Che si tratti di profili distinti risulta ulteriormente confermato dalla diversità dei parametri costituzionali cui occorre far riferimento per rinvenire il fondamento dell'uno e dell'altro.

Il principio di indipendenza è riconducibile all'art. 101, comma 2, Cost., che prescrive l'esclusiva soggezione dei giudici alla legge.

L'imparzialità, invece, costituisce un corollario logico del principio costituzionale di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost, dal momento che ogni forma di parzialità dell'organo giudicante determina una sostanziale disparità delle parti in causa di fronte al giudice e, quindi, per il suo tramite, di fronte alla legge¹¹⁴, ed è altresì riconducibile, a seguito della riforma operata con legge costituzionale n. 2/1999, al nuovo art. 111, che la inserisce tra le condizioni che devono necessariamente ricorrere affinché un processo possa considerarsi equo.

Esaminando la disciplina di livello costituzionale volta ad assicurare l'indipendenza statutaria dei singoli giudici, non vi è dubbio che norma fondamentale al riguardo sia quella contenuta nell'art. 101, comma 2, Cost., che sancisce il principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge.

<<Si tratta di una norma cardine caratterizzante l'intero disegno costituzionale dell'organizzazione giudiziaria, in quanto volta a sancire il principio di indipendenza istituzionale del giudice, il quale – tenuto all'osservanza della legge – non può in alcun modo essere soggetto a nessun legale giuridico potenzialmente comportante una sua posizione di subordinazione rispetto ad altri organi o poteri esterni all'ordine giudiziaria, tra cui in primo luogo l'esecutivo (c.d. indipendenza esterna), ovvero nei confronti degli stessi appartenenti all'ordine medesimo (c.d. indipendenza interna), così come non può essere vincolato all'osservanza di decisioni anteriori e di precedenti orientamenti giurisprudenziali>>¹¹⁵.

¹¹⁴ Corte Cost. 31 marzo 1965, n. 17, cit..

¹¹⁵ R. GAROFOLI, op. ult. cit., 139 ss..

Il principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge, pertanto, costituisce anche fonte del divieto di gerarchia all'interno della magistratura giudicante.

Illuminante appare, al riguardo, il collegamento sistematico dell'art. 101, comma 2°, Cost. con il 3° comma dell'art. 107 Cost., che, sancendo il principio secondo cui i magistrati si distinguono soltanto per funzioni, esclude che possa l'ordinamento tollerare rapporti e vincoli di tipo gerarchico all'interno della magistratura.

In Costituzione, l'affermazione esplicita di unità della funzione giurisdizionale (art. 102) è affiancata da disposizioni che salvaguardano alcune giurisdizioni speciali, in particolare quella amministrativa.

Il fondamentale principio della soggezione del giudice esclusivamente alla legge, proprio perché attinente alla nozione stessa di giudice, costituendone un tratto indefettibile ed un requisito strutturale, non può che riguardare tutti i giudici, senza distinzione, quindi, tra giudici ordinari e giudici speciali.

Tuttavia, passando dall'astratta enunciazione del principio di indipendenza esterna ed interna all'esame della concreta disciplina costituzionale che, regolamentando i singoli profili dell'organizzazione giudiziaria e dell'ordinamento statutario dei singoli giudici, dà corpo e contenuto alla proclamata soggezione esclusiva del giudice alla legge, ci si rende conto del differenziato livello di garanzia di indipendenza e di autonomia che il Costituente ha inteso assicurare ai giudici delle diverse giurisdizioni.

Invero, solo con riferimento ai magistrati ordinari si rinviene una disciplina costituzionale volta ad assicurare una effettiva indipendenza esterna ed interna.

Mentre, infatti, l'indipendenza della magistratura ordinaria risulta direttamente garantita dagli artt. 101, 102 e 104-107 cost., per le magistrature "speciali" l'art. 108, comma 2, si limita ad enunciare un generico principio, rinviando ad un'ampia discrezionalità del legislatore ordinario, in quanto si ritiene che la particolare natura delle funzioni affidate a queste ultime esigerebbe una diversa e minore garanzia di indipendenza. Si pensi al Consiglio di Stato come giudice – amministratore, con funzioni giurisdizionali miste a funzioni di controllo e di tutela dell'interesse pubblico¹¹⁶.

In altre parole, con riferimento ai profili di indipendenza dei giudici speciali, il legislatore costituzionale, lungi dal precisare il concreto contenuto dell'indipendenza dei giudici speciali, sia pure mediante il mero rinvio a quanto altrove previsto per la magistratura ordinaria, si limita a rimettere allo strumento legislativo ordinario la individuazione degli strumenti ritenuti idonei ad assicurare l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali.

Siffatta differenziazione di disciplina è, probabilmente, conseguenza del fatto che il giudice amministrativo è nato in un contesto in cui si riteneva che <<giudicare l'amministrazione equivalesse ad amministrare>>, tanto che anche dopo l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, nel 1889, per molti anni la dottrina ha continuato a dubitare che essa fosse una vera e propria

¹¹⁶ A. ORSI BATTAGLINI, op. ult. cit., 77 ss..

giurisdizione e non costituisse piuttosto un'alta manifestazione della stessa funzione amministrativa¹¹⁷.

Solo con la legge 7 marzo 1907, n. 62, c.d. Legge Giolitti, e la conseguente distinzione tra il ruolo delle sezioni <<giurisdizionali>> (della quarta e della quinta sezione, contestualmente istituita) da quello delle tre sezioni <<consultive>>, fu chiaramente stabilito il carattere giurisdizionale delle attribuzioni della quarta e della quinta sezione del Consiglio di Stato, prevedendo la proponibilità del ricorso alla Corte di Cassazione per conflitto di giurisdizione¹¹⁸.

Peraltro, quello amministrativo risulta tuttora modellato su normative precostituzionali¹¹⁹.

¹¹⁷ C. E. GALLO, voce *Processo Amministrativo*, in *Dig. disc pubbl.*, Torino, 1996, 618 ss..

¹¹⁸ N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2005, 6.

¹¹⁹ M. MENGOZZI, op. ult. cit., 2496 ss.. L'autrice precisa che la giustizia amministrativa, cioè, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, ha continuato a trovare i suoi principali punti di riferimento, a livello legislativo, nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo del 1865, nella legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato del 1889, nelle norme di procedura fissate nel regolamento del 1907 e nel Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924. Anche l'istituzione dei T.A.R., che soltanto nel 1971 ha reso possibile il doppio grado di giudizio previsto dall'art. 125 Cost., non ha modificato tale situazione, se non marginalmente, essendo rimasto sostanzialmente immutato l'assetto fondamentale del processo amministrativo, così come delineato dalle norme di epoca statutaria. La l. 6 dicembre 1971, n. 1034, infatti, disciplina il giudizio amministrativo di primo grado sulla falsariga di quello di appello, facendo addirittura rinvio all'osservanza delle <<norme di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato>>, in quanto non contrastanti con le nuove, peraltro piuttosto scarse, disposizioni (art. 19). Tale rinvio avrebbe, invero, dovuto operare soltanto provvisoriamente, <<fino a quando non verrà emanata apposita legge sulla procedura>>. Tuttavia, non essendo mai stata effettivamente predisposta un'apposita normativa, il giudizio davanti ai T.A.R. ha continuato ad essere disciplinato, per gli aspetti più rilevanti, dal citato Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato e dal regolamento di procedura del 1907 per i giudizi davanti ad esso. Tale circostanza determina notevoli inadeguatezze di una simile disciplina processuale, poiché essa affonda le proprie radici in un contesto storico, giuridico e culturale profondamente diverso da quello attuale ed in una concezione dello Stato e della giustizia e, soprattutto, dei rapporti Amministrazione-cittadino, assai lontana da quella accolta nella Costituzione. Il passaggio dallo Stato parlamentare liberale allo Stato democratico e pluralistico ha, infatti, profondamente mutato la stessa idea dell'Amministrazione, da apparato separato della società, che agisce secondo moduli autoritativi ed è in una posizione di superiorità rispetto al cittadino, ad organizzazione rappresentativa degli interessi dei cittadini, che non ha rispetto a questa preminenza. Una simile

Tuttavia, il principio dell'unità della giurisdizione e l'espressa formulazione dei principi del giusto processo, nonché la loro estensione ad ogni processo e ad ogni giudice, impone oggi un drastico ridimensionamento della discrezionalità del legislatore nel disciplinare le magistrature speciali.

Ed infatti, la suindicata costituzionalizzazione di precise e fondamentali garanzie di indipendenza e autonomia esclusivamente con riferimento ai magistrati ordinari, e non anche con riguardo ai giudici delle giurisdizioni speciali, non può non confortare la tesi per cui è quello di unicità, inteso come centralità della Magistratura ordinaria all'interno del sistema giurisdizionale, il principio che avrebbe dovuto ispirare, nell'intenzione del Costituente, le linee di sviluppo dell'organizzazione giudiziaria¹²⁰.

Il Costituente ha inteso, in altre parole, riconoscere un ruolo centrale alla magistratura ordinaria all'interno del sistema giurisdizionale e, viceversa, un peso minore, se non marginale, alle giurisdizioni speciali¹²¹, per i cui giudici l'art. 108,

trasformazione non poteva non avere notevoli riflessi anche sul sistema della giustizia amministrativa. Essa, in particolare, ha comportato il mutamento da una concezione del processo amministrativo come rivolto alla tutela dell'interesse obiettivo alla legalità ad un'idea dello stesso come strumento per la tutela delle situazioni giuridiche del cittadino nei confronti della P.A.. La profondità di tali cambiamenti non è, tuttavia, stata seguita da un adeguato ripensamento della disciplina del processo amministrativo, che è rimasta immutata dalle norme processuali sopra richiamate. La consapevolezza dell'inadeguatezza della disciplina legislativa del processo amministrativo sotto molti profili era, del resto, già diffusa ed ha indotto il legislatore, dopo poco tempo dall'entrata in vigore della riforma costituzionale del 1999 a varare la legge 21 luglio 2000, n. 205, di riforma del processo amministrativo, che ha introdotto innovazioni consistenti, andando a toccare molti dei nodi tradizionalmente problematici della normativa in materia (quali quelli riguardanti la tutela cautelare, l'impugnazione del silenzio-rifiuto, etc. ...). Tuttavia, non si è trattato, nemmeno in questa occasione, di una riforma organica, poiché si è scelto di operare prevalentemente attraverso modifiche della legge istitutiva dei T.A.R. o delle altre leggi già esistenti in materia.

¹²⁰ R. GAROFOLI, op. ult. cit., 148.

¹²¹ A. M. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra <<attuazione>> e <<adeguamento>> della Costituzione*, Jovene, 2005, 30 ss..

comma 2, Cost., garantisce l'indipendenza con una semplice riserva di legge ordinaria¹²².

Un diverso orientamento dottrinale ritiene, invece, che la differenziazione di disciplina costituzionale dettata per giudici ordinari e giudici speciali trova giustificazione nelle particolari funzioni da questi ultimi svolte. Si pensi al giudice amministrativo, il quale non può essere indipendente in via assoluta, in quanto la sua funzione deve essere in qualche modo idonea a realizzarsi e ad incidere in quell'universo che è l'amministrazione. Allo stesso modo, l'imparzialità del giudice amministrativo non può che essere un'imparzialità <<particolare>>, atteso che il giudice amministrativo fa suo l'interesse dell'amministrazione ed è, quindi, insieme giudice e parte¹²³.

Ad ogni modo, di recente la Suprema Corte di Cassazione è intervenuta a precisare che l'indipendenza è requisito inderogabilmente richiesto anche per i giudici speciali, affinché possa ritenersi soddisfatto il precetto costituzionale che li vuole soggetti soltanto alla legge¹²⁴.

Con riferimento alla persona del giudice amministrativo, autorevole dottrina¹²⁵ ha sottolineato la difficoltà di distinguere tra terzietà ed imparzialità, e

¹²² G. SILVESTRI, op. ult. cit., 712.

¹²³ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore, Aspetti di effettività dell'organo*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, 995 ss..

¹²⁴ Corte di Cass., 17 marzo 2010, n. 6529. La Suprema Corte afferma che il principio dell'indipendenza è volto ad assicurare l'esclusione di ogni pericolo di parzialità, onde sia assicurata al giudice una posizione assolutamente *super partes*. Si tratta di connotati essenziali, che ineriscono alla funzione giurisdizionale, ricavati dai principi costituzionali, espressi e inespressi, fortemente consolidati a livello dottrinale, cui la Corte costituzionale, sin dai primi tempi, della sua attività ha cercato di dare effettività, in mezzo a difficoltà molteplici, al fine di definire il "modello" di giurisdizione presente nella legge fondamentale.

¹²⁵ A. ORSI BATTAGLINI, op. ult. cit., 70.

ha proposto di superare il problema terminologico guardando ai profili strutturali del rapporto tra le parti e il giudice.

Per terzietà dovrebbe intendersi la posizione di equidistanza del giudice dalle situazioni giuridiche soggettive delle parti in quanto tali e, soprattutto, per come vengono rappresentate in giudizio: equidistanza coesenziale alla parità tra le situazioni stesse.

In questo modo si può integralmente separare la terzietà da tutto ciò che attiene ai rapporti tanto economico-sociali, quanto organizzativi e istituzionali, in cui può trovarsi sia la persona del giudice, sia l'organo giudicante.

Quanto all'indipendenza, secondo l'art. 104, il concetto deve essere limitato al contesto ordinamentale, all'assenza di situazioni di sovraordinazione istituzionale, con l'unica, coerente, estensione dell'indipendenza interna all'organizzazione giudiziaria.

Conseguentemente, autonomia e autogoverno devono ritenersi presidi dell'indipendenza e quest'ultima, anche se immediatamente riferita all'ordine giudiziario ed allo *status* del giudice, deve intendersi come un più ravvicinato livello di garanzia dell'imparzialità, tanto dell'organo quanto del singolo giudice. In altri termini, autonomia e autogoverno non garantiscono di per sé l'indipendenza e quest'ultima, a sua volta non garantisce l'imparzialità: ciascun livello di garanzia è dunque condizione necessaria, ma non sufficiente, dell'imparzialità stessa. Ma la sequenza non si arresta qui: essa deve giungere fino alla terzietà, perché un giudice imparziale non è necessariamente terzo se le

situazioni soggettive delle parti non si collocano nei suoi confronti in posizione di parità¹²⁶.

¹²⁶ G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, 1988, vol. III, 710 ss.. L'autore sottolinea come <<proprio per la necessità di considerare l'attività giudiziaria rivolta al puro fine di attuare l'ordinamento, pur negli ampi margini delle possibilità interpretative, deve ravvisarsi la stretta strumentalità tra posizione indipendente del soggetto-organo che esercita la funzione e natura della funzione stessa. La stessa indipendenza dei giudici può essere percepita come un dato concreto solo se si predispongono misure per garantire l'autonomia dell'ordine (potere) giudiziario nelle forme indicate dalla Costituzione (art. 104 ss.): tale autonomia è pertanto, a sua volta, strumentale all'indipendenza del giudice, e, in definitiva, al suo essere <<ordinario>>, soggetto cioè esercitante una funzione che può qualificarsi giurisdizionale solo a questa condizione. Lo *status* del giudice ordinario e le garanzie strutturali della sua indipendenza, sia come singolo che come componente dell'ordine giudiziario, sono elementi connotativi della funzione e rivelano il senso profondo di quel principio di <<unicità della giurisdizione>>, che troverebbe pertanto espressione non solo nel tendenziale e auspicabile assorbimento di tutte le attività giudiziario nell'ambito della giurisdizione ordinaria, ma anche, e soprattutto, nel considerare funzione giudiziaria tipica solo quella esercitata dal giudice ordinario. A questa funzione tipica si affiancano altre, che possono essere comparate ad essa nei limiti in cui ne assumono la qualità essenziale di attuazione delle norme giuridiche in posizione di indipendenza rafforzata e garantita. Si tratta delle <<giurisdizioni speciali>>, per i cui giudici l'art. 108, 2° comma, cost. garantisce l'indipendenza con una semplice riserva di legge ordinaria>>.

3.5 L'indipendenza e l'imparzialità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

In materia di indipendenza e imparzialità del giudice copiosa è la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La Consulta si è per lo più pronunciata con riguardo al processo penale e al processo civile. Soltanto in rare occasioni le decisioni della Corte hanno interessato direttamente la giurisdizione amministrativa.

In occasione della pronuncia 17 aprile 1996, n. 131, la Corte italiana ha affermato che «il "giusto processo" - formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio - comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio. Le norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale. Questa Corte, in numerose pronunce, ha affermato che le incompatibilità dei giudici determinate da ragioni interne allo svolgimento del processo sono finalizzate a evitare che condizionamenti, o apparenze di condizionamenti, derivanti da precedenti valutazioni cui il giudice sia stato

chiamato nell'ambito del medesimo procedimento, possano pregiudicare o far apparire pregiudicata l'attività di "giudizio">>¹²⁷.

Con la sentenza 13 maggio 1996, n. 155, la Corte Costituzionale, a seguito della proposizione, da parte del Tribunale di Grosseto, di una questione di legittimità costituzionale dello stesso art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato, ha affermato che << tra i principi del "giusto processo", posto centrale occupa l'imparzialità del giudice, in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato. L'imparzialità è perciò connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto "terzo", non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasione di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza>>.

La Corte aggiunge che <<il divieto di cumulo di decisioni diverse sulla stessa materia, nella stessa persona investita del compito di giudicare, è conseguenza del carattere necessariamente originario della decisione che definisce la causa, in opposizione a ogni trascinamento e confluenza in tale decisione di opinioni precostituite in altre fasi processuali presso lo stesso giudice-persona fisica. Tale

¹²⁷ La citata pronuncia trae origine da una questione di legittimità costituzionale sollevata da Tribunali di diversi paesi dell'art. 34, comma 2, c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice che abbia fatto parte del collegio del tribunale del riesame (art. 309 cod. proc. pen.) o dell'appello (art. 310 cod. proc. pen.) in tema di misure cautelari personali.

divieto non riguarda tanto la capacità del giudice di rivedere sempre di nuovo i propri giudizi alla luce degli elementi via via emergenti nello svolgimento del processo, quanto l'obiettività della funzione del giudicare, che esige, per quanto è possibile, la sua massima spersonalizzazione. Le incompatibilità endoprocessuali – escludendo che il medesimo giudice possa comparire ripetutamente in diverse fasi del medesimo giudizio – operano a quel fine, per esonerare l'esito del processo dall'eccessivo carico delle qualità e delle propensioni personali dei giudici che vi partecipano, salvaguardando così anche il significato proprio e distinto di ciascuna fase>>¹²⁸.

Più recentemente, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari a pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero qualora, nel corso del medesimo procedimento penale, lo stesso giudice abbia in precedenza emesso un'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato¹²⁹, in relazione ad un possibile contrasto con il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) e con i principi del giusto processo, ha ritenuto che <<l'imparzialità e la terzietà, quali connotati essenziali della funzione giurisdizionale compendiate nella formula del "giusto processo" e ora espressamente enunciati dall'art. 111 della

¹²⁸ Il giudice *a quo* afferma che <<la mancata previsione di questa causa di incompatibilità contrasterebbe con le garanzie di indipendenza e di imparzialità del giudice, compromettendo il corretto processo formativo del giudizio, in violazione degli articoli 24, 25 e 101 della Costituzione nonché della garanzia costituzionale del giusto processo, dato che la valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e quella sugli ulteriori elementi prescritti per farsi luogo alla misura (artt. 273, 275 del codice di procedura penale) determinano una significativa prevenzione rispetto al futuro giudizio, accentuata dall'essere, quest'ultimo, un giudizio allo stato degli atti, vale a dire basato sostanzialmente sugli stessi elementi che fondano la misura>>.

¹²⁹ Corte Cost., ordinanza 10 febbraio 2003, n. 54

Costituzione, escludono (...) che il giudice possa essere chiamato a svolgere funzioni di “giudizio” una volta che abbia precedentemente svolto attività decisorie sul medesimo oggetto, in fasi o gradi anteriori del medesimo procedimento (...)>>¹³⁰.

La Consulta, inoltre, richiama sue precedenti pronunce¹³¹ in cui aveva precisato che <<con la locuzione “giudizio”, rilevante ai fini dell’insorgere della relazione di incompatibilità in capo allo stesso giudice-persona fisica, deve intendersi non solo il giudizio dibattimentale ma qualsiasi tipo di giudizio che, in base a un esame e a una valutazione del materiale probatorio, pervenga a una decisione relativa al merito dell’accusa, con esclusione pertanto delle decisioni assunte ad altri fini o aventi carattere puramente processuale>>¹³².

La Corte Costituzionale si è pronunciata in tema di indipendenza del giudice anche con la sentenza 17 ottobre 1996, n. 387, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di Cassazione, il quale, in una propria decisione, “anche a prescindere dalla natura propriamente giurisdizionale, si era dichiarato legittimato a proporre questioni alla Consulta, ritenendosi costituito in modo idoneo a garantire la sua indipendenza.

¹³⁰ Il principio del giusto processo, infatti, comporta che il giudizio si formi in base al razionale apprezzamento delle prove raccolte ed acquisite e non abbia a subire l’influenza di valutazioni sul merito dell’imputazione già in precedenza espresse.

¹³¹ Corte Cost., sent. 131/1996, cit..

¹³² Nella fattispecie, la Consulta, ritenendo che “giudizio” non possa considerarsi la decisione che il giudice per le indagini preliminari è chiamato a prendere in tema di archiviazione, data la natura interlocutoria e sommaria di quest’ultima, dichiara la manifesta infondatezza della questione.

L'Avvocatura osservava che, anche a voler considerare come giurisdizionale l'attività dei Collegi, il canone della terzietà del giudice fosse contraddetto dalla composizione dell'organo, non ricorrendo le garanzie necessarie ad assicurare l'indipendenza degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia (e, in particolare, non essendo prevista l'interruzione di ogni attività professionale), atteso che la loro designazione è rimessa alla scelta del Primo presidente della Suprema Corte¹³³.

Ancora, la Corte Costituzionale, con sentenza del 20 giugno 2002, n. 305, ha affermato che <<il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha infatti pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo, pur nella diversità delle rispettive discipline connessa alle peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento>>.

Nella sentenza 1 marzo 2002, n. 78 la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 c.p.c. sollevata dalla Corte di appello di Perugia con riferimento agli articoli 3, 24, 104 e 111 Cost., nonché con riferimento all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui prevede la competenza dello stesso collegio, cui il giudice ricusato appartiene, a decidere sulla ricusazione di un giudice del tribunale o della Corte di appello¹³⁴.

¹³³ Secondo la Corte Costituzionale, sussiste una violazione del principio di imparzialità del giudice in mancanza della previsione che, nel procedimento dinanzi ai Collegi regionali di garanzia elettorale, vi sia un soggetto terzo, in posizione autonoma e distinta, il quale provveda agli accertamenti ed alle contestazioni di competenza del Collegio stesso nonché all'impugnativa delle decisioni di quest'ultimo dinanzi al Collegio centrale.

¹³⁴ Osserva il giudice remittente che le condizioni di obiettività, trasparenza, credibilità ed indipendenza del giudice costituiscono un bene primario e necessario nella dialettica processuale. La mancanza di tali condizioni, in contrasto con il principio di ragionevolezza posto dall'art. 3 della Costituzione, si verificherebbe allorché la decisione sull'accoglimento, inammissibilità o

Secondo la Corte, infatti, il diritto ad un giudizio equo ed imparziale, implicito nel nucleo essenziale del diritto alla tutela giudiziaria di cui all'art. 24 della Costituzione, ed oggi espressamente sancito dall'art. 111, secondo comma, della stessa Costituzione, sulla falsariga dell'art. 6, primo comma, della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comporta certamente che la decisione sulla istanza di riconsunzione di un giudice - diretta appunto a far valere concretamente quel diritto - sia assunta da un organo e secondo procedure che assicurino a loro volta l'imparzialità del giudizio.

<<La legge può provvedere (come in effetti provvede) a questo scopo in modi diversi, purché ragionevolmente idonei, componendo l'interesse a garantire l'imparzialità del giudizio con i concorrenti interessi ad assicurare la speditezza dei processi (la cui "ragionevole durata" è oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello ad un giudizio equo e imparziale, come oggi espressamente risulta dal dettato dell'art. 111, secondo comma, della Costituzione) e la salvaguardia delle esigenze organizzative dell'apparato giudiziario. Ciò che non potrebbe comunque

rigetto di un ricorso per riconsunzione di un giudice sia adottata dai componenti dello stesso collegio di appartenenza del giudice riconsunto, con il quale vengono decise tutte le altre cause, e che potrebbe, a sua volta, essere chiamato a decidere sulla riconsunzione diretta ad altri componenti del medesimo collegio, attraverso un anomalo ed inusitato scambio reciproco di ruoli. Infatti - argomenta la Corte di appello - lo svolgere le funzioni giudicanti in un medesimo collegio può dar luogo ad un condizionamento ambientale nell'ipotesi in cui gli stessi componenti dell'organo collegiale siano chiamati a decidere in processi in cui siano coinvolti i colleghi in qualità di parti, a motivo dell'inevitabile instaurarsi di rapporti interpersonali di vario tipo tra magistrati, con il conseguente possibile verificarsi di una turbativa della serenità ed imparzialità dei giudizi.

Il remittente considera la diversa disciplina dettata dall'art. 40, comma 1, cod. proc. pen., nonché quella dettata dall'art. 30-bis cod. proc. civ. per i giudizi civili in cui i magistrati siano coinvolti in qualità di parti, ed osserva che tale differenza è ingiustificata, posto che, tanto in civile quanto in penale, comune è l'esigenza di garantire la trasparenza e serenità del magistrato che "deve apparire ancor prima che essere" imparziale ed indipendente.

ammetersi è che la decisione sulla ricsuzione sia rimessa allo stesso magistrato ricsuto, o ad un collegio di cui egli faccia parte anche ai fini di tale decisione. Per questo l'attribuzione - disposta dalla norma impugnata - della competenza a decidere al "collegio", nel caso in cui sia ricsuto un giudice del tribunale o della Corte di appello in sede civile, non può che intendersi, secondo una interpretazione conforme a Costituzione - d'altronde costantemente adottata dalla giurisprudenza -, come attribuzione ad un collegio di cui continuano a far parte solo i componenti diversi da quello o da quelli ricsuti. Ma una volta garantito questo "minimo", non può ritenersi costituzionalmente necessaria una specifica disciplina, fra quelle prescelte o che possono essere prescelte dal legislatore. In particolare, non si può ritenere che la semplice appartenenza del ricsuto e dei giudici chiamati a decidere sulla ricsuzione allo stesso collegio giudicante, e tanto meno allo stesso ufficio giudiziario o alla stessa sezione del medesimo, costituisca di per sé causa di compromissione dell'imparzialità dei decidenti. I motivi della ricsuzione concernono uno specifico processo, ed uno o più giudici individualmente considerati, in relazione a situazioni specifiche che li riguardano, senza investire gli altri magistrati che pur facciano parte dello stesso ufficio e dello stesso collegio, i quali dunque conservano una posizione di piena imparzialità (e il dovere corrispondente) allorquando siano chiamati a decidere sulla ammissibilità e sulla fondatezza della ricsuzione medesima. Né può dirsi che la consuetudine a giudicare a fianco di altri magistrati, nell'ambito dello stesso ufficio e dello stesso collegio, costituisca, di per sé sola, elemento tale da intaccare la imparzialità di chi decide sulla ricsuzione di uno dei componenti di

questo, sul presupposto del costituirsi di una sorta di "solidarietà di collegio". Ogni singolo componente di un collegio giudicante concorre infatti alle decisioni di questo in piena indipendenza anche rispetto agli altri componenti dello stesso collegio, nel cui ambito ben possono manifestarsi, e di frequente in fatto si manifestano, opinioni diverse: essendo la collegialità precisamente volta ad assicurare il concorso indipendente di più opinioni, anche difformi, al fine della formazione del giudizio, se del caso in base a prestabilite regole di maggioranza. La maggiore o minore frequenza con la quale un magistrato si trovi a far parte di un collegio insieme a determinati altri magistrati non riduce di per sé questa indipendenza del singolo nell'ambito dell'organo collegiale. Tutto ciò non toglie che, sul piano delle scelte di opportunità, il legislatore possa ritenere uno od altro criterio per la decisione sulle ricusazioni più o meno idoneo a meglio assicurarne la correttezza: e va comunque ricordato che l'eventuale violazione del diritto ad un giudizio imparziale, derivante da una erronea decisione negativa sulla ricusazione, può trovare rimedio, pure se si escluda l'impugnabilità ex se di tale decisione, nel controllo sulla pronuncia resa col concorso del giudice ricusato. Ciò che, in questa sede, basta a dirimere la questione è la constatazione che il sistema prescelto dal legislatore del codice di procedura civile non è tale da ledere le garanzie minime di imparzialità come sopra individuate>>.

La Consulta prosegue affermando che <<a conclusioni diverse non conduce nemmeno la considerazione di quanto prospettato dalle Corti remittenti circa la possibilità che i giudici chiamati a decidere sulla ricusazione di un collega si trovino a loro volta a vedere decisa da questo stesso collega una ricusazione

promossa, in altra occasione, nei propri confronti, con una sorta di "irragionevole reciprocità". La ricasazione è di per sé istituto volto a porre rimedio a situazioni eccezionali e non fisiologiche, né di quotidiana verifica, che riguardano ogni volta, in concreto, singoli procedimenti e le rispettive parti. Inoltre essa non apre una controversia il cui oggetto sia la contrapposizione fra un diritto del ricusante ed un diritto del ricusato, sulla quale si pronunci un altro giudice (controversia che dovrebbe allora avere uno sviluppo processuale autonomo), ma dà luogo solo ad una incidentale verifica delle condizioni perché il processo si possa svolgere nelle dovute condizioni di imparzialità dei giudicanti, in considerazione delle specifiche ed eccezionali circostanze invocate dal ricorrente a sostegno della ricasazione. Non è dunque ipotizzabile alcuno "scambio" tra ricasazioni diverse, afferenti a processi diversi e fondate sulle ragioni singolari e specifiche volta a volta avanzate dalla parte interessata. La eventualità paventata dai remittenti ha riguardo dunque a circostanze di mero fatto, di per sé inidonee a fondare la censura mossa alla disciplina legislativa>>.

CAPITOLO IV

L'INTERPRETAZIONE DELLE GARANZIE POSTE DALL'ART. 6 CEDU AD OPERA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

4.1 L'indipendenza e l'imparzialità del giudice nella giurisprudenza europea

Diritto all'equo processo significa reale possibilità di rivolgersi, in posizione di piena uguaglianza, ad un Tribunale indipendente ed imparziale precostituito per legge e che operi e giudichi in un tempo ragionevole ed in pubblica udienza¹³⁵.

¹³⁵ C. FOCARELLI, op. ult. cit., 365. Secondo l'autore, i termini <<tribunale>>, <<indipendente>>, <<imparziale>>, <<stabilito per legge>>, possono assumere numerosi significati egualmente plausibili. Si potrebbe, così, in un singolo caso, intervenendo sulla portata della garanzia da riconoscersi in concreto, ritenere che ai sensi dell'art. 6, par. 1, un <<tribunale>> debba intendersi – a parità di imparzialità o indipendenza – come un organo decidente collegiale, eventualmente composto da un numero minimo di soggetti, anziché individuale, o che si debba tenere conto di indizi presuntivi di imparzialità o indipendenza (come il tipo di nomina, la durata del mandato, la protezione da pressioni esterne) particolarmente severi o improbabili, come ad esempio l'assenza di qualsiasi rapporto dei parenti del soggetto decidente con il destinatario della decisione, magari identificando i <<patenti>> entro un elevato grado di consanguineità e di affinità. L'autore ritiene che si tratti di soluzioni meno costose per la collettività, come nel caso in cui si qualifichi il <<tribunale>> nel senso di un organo individuale (invece che collegiale) o si richiedano indizi presuntivi di imparzialità o indipendenza meno severi, ma che sono, almeno in linea di principio, anche meno efficaci per l'individuo, e viceversa. Occorre, in altri termini, operare un <<bilanciamento>> di valori in ordine a ciascun caso, individuando la soluzione che assicuri il massimo di imparzialità, di indipendenza e di "funzionamento legale" del soggetto decidente compatibile con l'esigenza della collettività di evitare una dispersione di risorse tale da mettere in pericolo i valori collettivi essenziali e la stessa efficienza decisionale. Potrebbe, così, ritenersi che, in una controversia, l'art. 6 Cedu richieda soltanto, affinché il processo possa considerarsi <<equo>>, un tribunale composto da un soggetto decidente monocratico e <<imparziale>> nel senso (minimo) che non sia un consanguineo stretto del destinatario della decisione, mentre, in un'altra controversia, l'art. 6 potrebbe richiedere un soggetto decidente

L'art. 6, par. 1, Cedu dispone, infatti, che <<ognuno ha diritto ad un tribunale indipendente, imparziale e stabilito per legge>>.

La disposizione, tuttavia, non precisa se i termini <<indipendente>> e <<imparziale>> siano sinonimi o costituiscano un'endiadi.

A tale lacuna ha sopperito l'opera interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, ritenendo che spesso sia arduo dissociare il problema dell'imparzialità da quello dell'indipendenza del giudice¹³⁶, ha valutato i due termini <<*closely linked*>>¹³⁷.

La giurisprudenza europea ha, inoltre, affermato che i requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità si riferiscono non solo ai giudici di professione, ma altresì a quelli laici o popolari e ai membri di una giuria¹³⁸.

La Corte europea, con riferimento all'indipendenza, ha deciso che: <<*Al fine di stabilire se un organo giudiziario possa essere considerato indipendente, come richiesto dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, assumono particolare importanza il modo di designazione dell'organo, la durata del mandato dei suoi componenti e l'esistenza di reali garanzie contro pressioni esterne. Ai fini della certezza della indipendenza occorre inoltre tener conto di quel che l'organo può apparire alle persone giudicate, dovendosi in esse creare un senso di completa fiducia*>>¹³⁹.

collegiale e <<imparziale>> nel senso (più severo e garantistico) che non sia legato al destinatario della decisione da qualsiasi tipo di rapporto, anche meramente fattuale.

¹³⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 22 giugno 1989, *Langborger c. Svezia*.

¹³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 1995, *Bryan c. The United Kingdom*.

¹³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 aprile 1996, *Remli c. France*.

¹³⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*; 26 agosto 1997 *De Haan c. Olanda*; 9 giugno 1998, *Incal c. Turchia*; 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovenia*.

Quanto all'imparzialità, la giurisprudenza europea ritiene che essa abbia due profili: <<uno soggettivo, riferentesi al foro interno, ed uno oggettivo, consistente nel verificare se il giudice offra garanzie sufficienti ad escludere ogni diverso, ragionevole dubbio>>¹⁴⁰.

Tale imparzialità, secondo la stessa Corte, <<deve essere verificata attraverso un'indagine soggettiva, diretta ad accertare il reale pensiero del giudice, ed un'indagine oggettiva, diretta a verificare se la posizione del giudice offra garanzie tali da escludere ogni dubbio di parzialità. I due aspetti si completano tra di loro ed anche il secondo riveste decisivo rilievo, in quanto la giustizia deve essere valutata non soltanto per quel che realizza, ma anche per come essa appare a coloro ai quali si rivolge>>¹⁴¹.

In altra pronuncia, la Corte di Strasburgo ha precisato che il requisito dell'imparzialità debba riferirsi non solo ai soggetti decidenti, nel senso che <<the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias>> (c.d. imparzialità soggettiva), ma anche alla struttura complessiva dell'organo decidente, nel senso che <<it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect>> (c.d. imparzialità oggettiva)¹⁴².

La Commissione ha, poi, specificato che la costituzione per legge si riferisca non solo all'istituzione, ma anche al funzionamento e all'organizzazione

¹⁴⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 1 ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*; 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*; 26 febbraio 1993, *Padovani c. Italia*.

¹⁴¹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 25 novembre 1993, *Holm c. Svezia*.

¹⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 febbraio 1997, *Findlay c. The United Kingdom*.

dell'organo decidente, e che il diritto ad un tribunale imparziale e indipendente si applichi anche nei confronti dei giudici speciali¹⁴³.

Con specifico riferimento al giudice amministrativo, imparzialità ed indipendenza vengono talora utilizzati quali sinonimi, poiché, essendo l'amministrazione parte del giudizio che si svolge dinanzi ad esso, gli eventuali legami tra il giudice ed il potere esecutivo finiscono per rilevare tanto sotto il profilo dell'indipendenza quanto sotto quello dell'imparzialità.

¹⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 ottobre 1980, *X. and Y. C. Ireland*.

4.2 La teoria dell'apparenza dell'equo processo

La Corte di Strasburgo ha introdotto la nozione di apparenza nell'equo processo con la celebre sentenza *Delcourt c. Belgio*¹⁴⁴, affermando che in una società democratica la giustizia non può accontentarsi di essere nella realtà indipendente, ma deve anche apparire tale agli occhi delle parti e del pubblico in generale: “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”.

Nella fattispecie, ad essere contestata dal ricorrente è la circostanza che uno dei membri della Corte di appello fosse al contempo membro del Parlamento

Nel caso *Lauko c. Slovacchia*¹⁴⁵, la Corte torna a ribadire che in una società democratica le giurisdizioni devono ispirare confidenza agli occhi delle parti e del pubblico in generale.

La Corte di Strasburgo¹⁴⁶ ha posto in risalto la necessità che il giudice di uno Stato democratico ispiri piena fiducia ai cittadini, e l'esigenza fondamentale che egli non solo sia imparziale (come un giudice deve sempre essere, anche in uno stato non democratico), ma che egli appaia tale ai cittadini.

In uno Stato democratico, infatti, la legittimazione del giudice – il fondamento del senso di rispetto delle sue decisioni da parte dei cittadini – non è più costituito dall'essere egli organo dello Stato-persona (che ormai ha perso i suoi caratteri di sacralità e di trascendenza), soggetto soltanto alla legge. Nello Stato democratico la legittimazione o proviene anche al giudice dalla elezione, oppure egli la ottiene conquistando la fiducia dei cittadini, di tutti i cittadini (non soltanto

¹⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 1970.

¹⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 settembre 1998.

¹⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*; 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*.

degli addetti ai lavori): cioè la fiducia circa la sua assoluta indipendenza ed imparzialità. Per questo nello Stato democratico è essenziale che il giudice, oltre ad esserlo, “appaia” imparziale.

Tuttavia, a partire dal caso *Findlay c. Regno Unito*¹⁴⁷, la Corte sembra attribuire un peso minore alle apparenze, richiedendo che i dubbi suscitati, per essere legittimi ed indice di una violazione dell’art. 6 Cedu, siano “oggettivamente fondati”.

Nella fattispecie, la Corte considera che, essendo i membri di una corte marziale, che avevano processato l’imputato, gerarchicamente subordinati all’ufficiale convocante, avendo quest’ultimo giocato un ruolo fondamentale nell’accusa ed essendo strettamente legato alle autorità persecutorie, il ricorrente poteva nutrire dubbi oggettivamente fondati circa l’indipendenza e l’imparzialità del tribunale.

Con la sentenza *Pabla Ky c. Finlandia*¹⁴⁸, la Corte europea dei diritti dell’uomo conferma una tendenza verso la diminuzione del peso che le apparenze avevano acquisito nella giurisprudenza sul diritto ad un tribunale indipendente ed imparziale, consacrato nell’art. 6, par. 1, della Cedu.

A parere della Corte, la valutazione delle apparenze, in quanto indice della indipendenza di un tribunale, implica l’esame di eventuali elementi oggettivi che

¹⁴⁷ Corte Europea dei diritti dell’uomo, 25 febbraio 1997.

¹⁴⁸ Corte Europea dei diritti dell’uomo, 22 giugno 2004. Nella fattispecie, ricorrente è una società che gestiva un ristorante e che aveva tentato un’azione civile contro il proprietario dei locali, dopo aver pagato un aumento dell’affitto destinato a coprire le spese di lavori di rinnovazione che non erano stati realizzati secondo il programma iniziale. Essa allegava che la Corte di appello di Helsinki, che era intervenuta nel contesto dell’azione civile, non era indipendente né imparziale poiché uno dei giudici era al contempo membro del Parlamento finlandese al momento della decisione e componente della Corte di appello in qualità di esperto. La Corte europea dei diritti dell’uomo conclude nel caso di specie per la non violazione del diritto all’equo processo con sei voti favorevoli e un solo voto contrario.

possano suscitare dubbi legittimi (nella fattispecie l'esercizio contemporaneo, da parte di uno dei giudici, di funzioni legislative e giurisdizionali), mediante una considerazione non astratta di tali elementi, e, quindi, apprezzando anche la "reale" indipendenza del giudice nel caso concreto.

Diversamente, la teoria delle apparenze contrasterebbe con l'esigenza della certezza giuridica.

CAPITOLO V

IL GIUSTO PROCESSO AMMINISTRATIVO

5.1 La compresenza di funzioni giurisdizionali e consultive in capo al Consiglio di Stato

In Italia sussiste la necessità di dover meglio garantire l'indipendenza del Consiglio di Stato sia evitando la commistione fra funzioni giudiziarie, consultive ed incarichi in seno all'Amministrazione, sia ridisciplinando la nomina dei Consiglieri di Stato in modo da assicurare l'investitura tecnica rispetto a quella governativa¹⁴⁹.

A suscitare dubbi circa la compatibilità della giurisdizione amministrativa con i principi del "giusto processo" è, anzitutto, la compresenza in capo al Consiglio di Stato di funzioni giurisdizionali e funzioni consultive¹⁵⁰.

¹⁴⁹ S. LARICCIA, op. ult. cit., 893. Secondo l'autore, è necessario che «anche ai giudici chiamati a difendere i cittadini nei confronti delle amministrazioni siano assicurate le medesime garanzie di indipendenza dei giudici ordinari: garanzie che devono valere «a maggior ragione», proprio perché il giudizio si svolge contro una parte pubblica».

¹⁵⁰ M. MENGOZZI, op. ult. cit., 2507. L'autrice afferma che «l'esistenza di un rapporto privilegiato tra giudice amministrativo e P.A. si manifesta in diversi aspetti della disciplina della sua organizzazione. Uno di essi è senz'altro legato alla nota circostanza della compresenza, in capo al Consiglio di Stato, di funzioni giurisdizionali e di compiti di consulenza giuridico-amministrativa nei confronti dell'Amministrazione. >>. Indubbiamente, tale configurazione dell'organo suddetto determina una contiguità strutturale tra questo giudice e l'Amministrazione, che è parte nei giudizi che si celebrano davanti ad esso, che sembra difficilmente compatibile con il principio di imparzialità e di terzietà sancito dall'art. 111 Cost... In proposito, non sembra potersi parlare di una vera e propria incostituzionalità, poiché la compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali nell'ambito del Consiglio di Stato è prevista dalle stesse norme costituzionali (art. 100 e 103 Cost.) (...)>>.

Si tratta di una peculiarità, presente in tanti altri ordinamenti¹⁵¹, che comporta la contestuale assunzione da parte dei consiglieri di Stato della duplice veste di giudici e di partecipi dei compiti di amministrazione consultiva, peraltro non sempre nettamente distinti da quelli di amministrazione attiva. Peculiarità che, per quanto in astratto giustificabile, atteso che garantisce l'arricchimento dell'esperienza e della formazione professionale del magistrato attivo, non può non destare perplessità, derivanti dalla compromissione della indipendenza del giudice che tale duplice veste di consulente nella formazione degli atti amministrativi e di normazione secondaria e di organo preposto a sindacare la legittimità degli stessi in sede giurisdizionale non può comportare.

Autorevole dottrina considera un'anomalia rispetto ai principi generali attinenti alla giurisdizione il fatto che il Consiglio di Stato sia al contempo organo ausiliario del Governo (secondo il Titolo III della Costituzione) e organo dotato di funzioni giurisdizionali (secondo il Titolo IV)¹⁵².

E' stata, dunque, proposta una separazione delle carriere all'interno del Consiglio di Stato, che attribuisca identità e stabilità ai suoi organi consultivi da un lato e a quelli giurisdizionali dall'altro¹⁵³.

Ma la legge, al contrario, consente l'avvicendamento dei magistrati tra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali. Peraltro, i componenti di queste

¹⁵¹ E. PICOZZA, op.ult.cit, 1071.

Secondo l'autore, purché vi sia un *chinese wall* tra funzioni consultive e funzioni giurisdizionali non è applicabile per analogia il caso <<Provola>> di cui si è occupata la Corte di giustizia per i diritti umani

¹⁵² A. ORSI BATTAGLINI, op. ult. cit., 83.

¹⁵³ G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2001, III, 265 ss..

ultime sono costantemente chiamati a svolgere funzioni consultive nell'ambito dell'Adunanza generale¹⁵⁴.

La Costituzione ha previsto, in aggiunta alle norme che assicurano indipendenza ai giudici delle giurisdizioni speciali, disposizioni speciali volte a rafforzare l'indipendenza del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) e dei suoi componenti nei confronti del Governo. Ciò in quanto, sia nell'esercizio delle attribuzioni giurisdizionali sia in quello delle funzioni consultive, l'Istituto si trova a dover giudicare alla stregua di parametri giuridici l'attività del potere esecutivo¹⁵⁵.

Peraltro, è da ritenersi applicabile anche all'attività consultiva del Consiglio di Stato quanto affermato dalla Corte Costituzionale con riferimento all'attività di controllo della Corte dei Conti, ovvero che «l'ausiliarità di una funzione consiste in ciò, che questa è attribuita direttamente dalla Costituzione a un dato organo dello Stato al fine di assicurare il più corretto o di agevolare il più efficiente svolgimento delle funzioni di altri organi»¹⁵⁶.

La Costituzione esige, però, che l'attività consultiva del Consesso sia volta in posizione di indipendenza nei confronti dell'ausiliato.

¹⁵⁴ R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale: diversità di modelli e tendenze all'armonizzazione*, in www.unipg.it. Sul tema dell'indipendenza del giudice amministrativo e della compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al Consiglio di Stato, Chieppa ritiene che occorra impedirne il contemporaneo esercizio e soprattutto impedire che il consigliere che ha svolto funzioni extraistituzionali possa tornare a giudicare, entro certi limiti temporali, una determinata amministrazione. In merito, egli ricorda che questo tipo di organizzazione della giustizia amministrativa è nato perché il giudice ordinario difficilmente aveva le conoscenze necessarie per giudicare dell'amministrazione: in altri ordinamenti, addirittura, il giudice amministrativo prima di svolgere le funzioni giudicanti deve aver svolto funzioni di amministrazione attiva. Il presupposto perché il sistema regga è però che le funzioni non vengano mai svolte contemporaneamente e che il giudice, dopo aver svolto le funzioni di amministrazione attiva, abbia un periodo di decantazione

¹⁵⁵ F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/1990, 70 ss..

¹⁵⁶ Corte Cost., 26 luglio 1989, n. 406.

La coesistenza delle due funzioni in capo al medesimo organo è suscettibile di creare qualche problema anche per quanto attiene al rispetto da parte dell'Italia dei principi contenuti nell'art. 6 Cedu, laddove esso richiede che il processo si svolga davanti ad un <<tribunale indipendente ed imparziale>>.

La commistione in un unico organo del ruolo di giudice e di consigliere del Governo e dell'Amministrazione è una caratteristica che impedisce di ritenere pienamente soddisfatta l'esigenza fondamentale di un giudice amministrativo che sia e appaia ai cittadini indipendente ed imparziale¹⁵⁷.

La Corte di Strasburgo, quando si è occupata del tema con riferimento ad analoghi organismi esistenti in altri Paesi aderenti alla Convenzione, ha interpretato la disposizione dell'art. 6 sempre con riferimento esclusivo al concreto caso sottoposto di volta in volta al suo esame, affermando la necessità, per escludere la violazione della norma in questione, che siano previsti meccanismi atti a garantire la diversità delle persone fisiche cui è affidata la decisione sul medesimo atto nei due diversi consessi, e ritenendo che ciò sia sufficiente ad assicurare l'<<imparzialità>> del giudice¹⁵⁸.

Effettivamente, nella disciplina italiana esistono strumenti atti a garantire che non vi sia coincidenza di persone fisiche tra i consiglieri chiamati a rendere il parere su un atto e quelli che si troveranno a giudicare di eventuali ricorsi avverso l'atto stesso. Basti pensare agli istituti dell'astensione e della ricasazione.

Tuttavia, detti strumenti non sono idonei a risolvere in radice il problema.

¹⁵⁷ S. PANNUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. Dir.*, 1/2000, 13.

¹⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 1995, *Procola c. Lussemburgo*.

Qualora, ad esempio, venisse impugnato un atto regolamentare sul quale abbia espresso il proprio parere l'Adunanza generale (che è composta dalla totalità dei magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato), si troverebbero a giudicare della sua legittimità magistrati che hanno già conosciuto del medesimo atto e che su di esso si sono già pronunciati in sede consultiva.

Peraltro, si ritiene che il problema dell'imparzialità del giudice amministrativo, non possa risolversi compiutamente garantendo soltanto che i singoli magistrati non si trovino a giudicare due volte la stessa questione, in sede consultiva e in sede giurisdizionale.

Invero, la piena indipendenza e imparzialità del giudice amministrativo si realizza soltanto se via altresì una <<indifferenza istituzionale>> del giudice rispetto alle parti in causa, poiché non può ignorarsi che sussista una solidarietà di <<corpo>> fra gli appartenenti ad una medesima istituzione che rende inevitabili i condizionamenti¹⁵⁹.

Il caso *Procola c. Lussemburgo* è emblematico per il processo italiano: quattro Consiglieri di Stato su cinque avevano già fatto parte della Sezione consultiva dello stesso Consiglio che aveva dato parere sul regolamento e redatto il progetto di legge che rendeva il regolamento retroattivo. La Corte europea, in quell'occasione, ha affermato che l'esercizio delle due funzioni, consultiva e giurisdizionale, sulla stessa materia è tale da mettere in discussione l'imparzialità strutturale del Consiglio di Stato operante come giudice.

¹⁵⁹ A. TRAVI, op. ult. cit., 381 ss..

La citata giurisprudenza europea si riferisce alla incompatibilità personale, cioè alla lesione dell'imparzialità che si verifica quando uno stesso giudice viene a pronunciarsi più volte in fasi processuali diverse.

Peraltro, entro questo ambito, dalla sentenza *Piersack c. Belgio*¹⁶⁰, viene introdotta una distinzione tra l'effettivo atteggiamento del giudice stesso e l'oggettiva duplicazione di sedi in cui si pronuncia: nel primo caso l'incompatibilità deve essere specificamente provata, operando una presunzione di imparzialità; mentre, nella seconda ipotesi, accade il contrario, nel senso che l'imparzialità appare compromessa oggettivamente.

Il caso Procola, afferma la violazione del principio di imparzialità anche quando la prevenzione discenda da una pronuncia non giurisdizionale. Ciò rappresenta un'innovazione rispetto al passato, rispetto cioè a quando si riteneva che il dubbio di parzialità nascesse soltanto se lo stesso giudice si fosse pronunciato due volte sulla stessa *res judicanda* in fasi decisorie, ma si tratta pur sempre di un'incompatibilità riferita ai giudici come persone.

Occorre, invece, stabilire se l'imparzialità debba ritenersi lesa anche dalle semplice coesistenza di sedi consultive e giurisdizionali in uno stesso complesso organizzativo e dalla circolazione dei giudici tra le sedi stesse. In tal caso, non sarebbero sufficienti gli istituti dell'astensione e della ricasazione a garantire l'imparzialità del giudice, atteso che sarebbe assai difficile per le parti accertare se un componente del collegio di fronte al quale è istaurato il processo abbia partecipato a sedute di organi consultivi in cui siano trattate questioni identiche o

¹⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 ottobre 1982.

analoghe. Mentre il problema potrebbe essere risolto in radice soltanto dall'impossibilità istituzionale di presenza nelle due sedi.

E' la stessa coesistenza delle due funzioni in capo al Consiglio di Stato a suscitare l'oggettivo e ragionevole dubbio sull'imparzialità del giudice: "non può essere giudice pienamente indipendente e imparziale in vertenza tra l'Amministrazione e il cittadino chi è anche <<consigliere del Principe>> (...); piena indipendenza si realizza solo quando vi sia un'indifferenza istituzionale del giudice rispetto alle parti in causa. Ma questa condizione non si può avere quando lo stesso organo svolga anche funzioni consultive, tanto più se di rilievo primario"¹⁶¹.

Orbene, sembra necessaria, se non una drastica eliminazione della funzione consultiva riconosciuta al Consiglio di Stato, quanto meno una consistente e graduale riduzione degli interventi consultivi, con contestuale affidamento degli stessi all'Avvocatura dello Stato¹⁶².

Lo stesso Consiglio di Stato, recentemente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della partecipazione al collegio giudicante di magistrati – persone fisiche che già abbiano avuto a pronunciarsi sulla medesima questione, ha

¹⁶¹ A. TRAVI, op. ult. cit., p. 382. L'autore prosegue osservando che "l'indipendenza del giudice richiede di essere misurata rispetto a un organo giurisdizionale nel suo complesso e perciò va verificata rispetto all'assetto di una giurisdizione nella sua globalità; insomma, se un organo è indipendente, lo deve essere nella sua globalità, altrimenti non lo è. D'altra parte la garanzia dell'indipendenza del giudice non si risolve nella sua imparzialità personale, ma inerisce innanzitutto all'ordine giurisdizionale in cui si colloca quel giudice".

¹⁶² R. GAROFOLI, op. ult. cit., 166.

affermato che l'esigenza di proteggere l'imparzialità del giudice impedisce che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda*¹⁶³.

Peraltro, per la c.d. "forza della prevenzione", intesa dalla Corte Costituzionale come <<quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento>>¹⁶⁴, non potrebbe giudicare in modo imparziale il giudice che si sia già pronunciato sul caso in una diversa fase procedimentale.

Di conseguenza, nell'ambito del processo amministrativo, le due distinte fasi delle richieste cautelari e del merito dovrebbero essere decise da giudici diversi.

La Corte Costituzionale ha, però, affermato che, nel processo civile ed amministrativo, diversamente da quanto accade nel processo penale, non può considerarsi contrario al principio di terzietà-imparzialità il fatto che sia il medesimo giudice a decidere sia la richiesta cautelare sia il merito. Nell'ambito di

¹⁶³ Cons. Stato, Ad. Plen., 25 marzo 2009, n. 2. Secondo il Consiglio, dal primo giudizio potrebbero derivare convinzioni precostituite sulla materia controversa, determinandosi, così, propriamente, un "pregiudizio" contrastante con l'esigenza costituzionale che la funzione del giudicare sia svolta da un soggetto "terzo", non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombro da convinzioni formatesi in occasione dell'esercizio di funzioni giudicanti in altre fasi del giudizio. L'Adunanza Plenaria prosegue affermando che <<*negli ordinamenti processuali è avvertita l'esigenza di evitare la c.d. forza della prevenzione attraverso la predisposizione di meccanismi processuali capaci di garantire che il giudice non subisca condizionamenti psicologici tali da rendere probabile il venir meno della sua serenità di giudizio*>>. Nella fattispecie, del Collegio che aveva adottato la decisione in sede di rinvio dal Consiglio di Stato al giudice di prime cure avevano fatto parte due magistrati che avevano partecipato all'emanazione della precedente sentenza poi annullata con rinvio. Così statuendo, il Consiglio di Stato ha ancora una volta sopperito alla incompatibilità con i principi del giusto e dell'equo processo dell'art. 50 del regolamento di procedura del 1907, che consentirebbe al magistrato ricusato di partecipare al collegio incaricato di decidere sull'istanza di ricasazione nei propri confronti, avvalorando la tesi già da tempo diffusa in dottrina secondo la quale il principio affermato dalla Corte Costituzionale con riferimento al processo civile e per cui l'interpretazione conforme a costituzione impone che del collegio giudicante facciano parte soltanto i componenti diversi da quello ricusato, non può non ritenersi applicabile altresì al processo amministrativo.

¹⁶⁴ Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 432.

tali tipologie processuali, infatti, non rilevarebbe la forza della prevenzione, poiché cautela e merito sono configurabili come fasi sequenziali all'interno dello stesso processo, nelle quali il giudizio si fonda su elementi diversi: non c'è, dunque, identità della *res judicanda*, dal momento che il giudizio sul *fumus* appare qualitativamente diverso da quello di merito, trattandosi di un giudizio di natura sommaria¹⁶⁵, rivolto ad evitare il verificarsi di irreparabili pregiudizi delle posizioni giuridiche azionate piuttosto che ad anticipare la decisione di merito.

Ciò non accade, invece, nel processo penale, nel quale il giudizio cautelare e quello definitivo non avrebbero un oggetto sostanzialmente diverso, in quanto l'emanazione di misure cautelari presuppone la verifica dell'esistenza di <<gravi indizi di colpevolezza>> (art. 273, comma 1, c.p.p.), l'assenza di cause di giustificazione o di non punibilità o di estinzione del reato o della pena che si ritiene possa essere irrogata (art. 273, comma 2, c.p.p.), nonché l'impossibilità di ottenere la sospensione condizionale della pena (art. 273, comma 2 *bis*, c.p.p.).

¹⁶⁵ Corte Cost., 7 novembre 1997, n. 326.

5.2 La nomina governativa dei Consiglieri di Stato (e della Corte dei Conti)

Un ulteriore aspetto dei rapporti tra gli organi di giustizia amministrativa e l'esecutivo che può destare perplessità in termini di compatibilità con i principi di imparzialità e terzietà del giudice di cui all'art. 111 Cost., è la disciplina delle nomine dei componenti il Consiglio di Stato (e la Corte dei Conti), ancor oggi affidate al Governo in ragione di un quarto dei posti vacanti, secondo quanto previsto dall'art. 19, n. 2, della legge 27 aprile 1986, n. 186.

In epoca antecedente all'entrata in vigore della citata legge, le nomine dei consiglieri di Stato erano disciplinate dagli artt. 1, 2 e 4 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924, che prevedevano la scelta dei magistrati da parte dell'Esecutivo, senza porre alcun limite all'esercizio di tale potere.

La questione della nomina governativa dei giudici speciali di cui all'art. 103 Cost. ha già formato oggetto, oltre che di un ampio dibattito scientifico, anche di interventi della Corte Costituzionale, sostanzialmente volti a sottolineare che la nomina del giudice o meglio i criteri e le modalità della stessa non incidono sulla sua indipendenza, per la cui realizzazione è sufficiente disciplina dell'inamovibilità e della carriera del magistrato¹⁶⁶: in particolare, la Consulta ha rilevato che il sistema del concorso, quale criterio di selezione dei magistrati, è da

¹⁶⁶ Corte Cost., 1° gennaio 1967, n. 1. La Consulta ha dichiarato la legittimità delle designazioni governative sul duplice presupposto che queste dipendono dall'accertata idoneità professionale e attitudinale dei candidate e che, dopo la nomina, questi ultimi non sono in nessun modo legati al Governo, essendo chiamati unicamente <<all'obbedienza della legge>>.

Corte Cost., 6 dicembre 1973, n. 177.

considerare norma di garanzia, non già della indipendenza degli stessi, bensì della loro idoneità a ricoprire l'ufficio.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 177 del 1973, relativa ai consiglieri di Stato, respingendo l'eccezione di incostituzionalità, osserva che il testo costituzionale richiede solo ed esclusivamente un equilibrio quantitativo tra consiglieri di nomina governativa e quelli assunti mediante concorso, equilibrio peraltro tendenziale, potendo restare inosservato in presenza di particolari esigenze. La Corte afferma, inoltre, che lo *status* di indipendenza del Consiglio di Stato dal Governo è garantito, più che dalla spettanza della nomina, dalle norme che regolamentano lo svolgimento delle sue funzioni.

A parere della Consulta, dunque, l'indipendenza dei Consiglieri di Stato non è compromessa dal potere di nomina del Governo di una parte di essi, purché la nomina stessa sia corredata da certe garanzie e, dopo di essa, si recida il legame tra nominante e nominato.

La Corte Costituzionale ha, infatti, dichiarato la legittimità costituzionale delle designazioni governative sul duplice presupposto che queste dipendono dall'accertata idoneità professionale e attitudinale dei candidati e che, dopo la nomina, questi ultimi non sono, o almeno non dovrebbero essere, in nessun modo legati al Governo, essendo chiamati unicamente <<all'obbedienza della legge>>¹⁶⁷.

La pronuncia della consulta si fondava sul presupposto della riferibilità del Titolo IV della Costituzione ai soli magistrati ordinari. Quanto all'affermazione

¹⁶⁷ Corte Cost., sentt. 1° gennaio 1967, n. 1; 4 novembre 2004, n. 316; 2 maggio 2005, n. 179.

che il criterio del pubblico concorso risponde solo ad esigenze tecnico-professionali di selezione, e che l'indipendenza è garantita dallo *status* del giudice, indipendentemente dalle modalità della sua designazione, è evidente che la scelta dei giudici fondata sul criterio neutro della professionalità tende a garantire da influenze anomale (di tipo politico, clientelare...) sulla selezione stessa; così come è evidente che anche il più garantistico *status* di indipendenza del giudice non vale ad eliminare il vizio di origine del criterio politico (o, comunque, del rapporto di fiducia) che determina la sua scelta.

La legge n. 186/1982 ha provveduto a modificare la disciplina in questione, tenendo conto delle indicazioni della Consulta, ma mantenendo il tradizionale sistema di composizione mista del Consiglio di Stato.

Secondo quanto stabilito da detta legge, la nomina governativa dei consiglieri, che attualmente riguarda soltanto un quarto dei posti, è accompagnata dal parere del Consiglio di Presidenza, allo scopo di garantire la piena idoneità dei prescelti. Tuttavia, se la nomina governativa non è gradita, non sempre essa è rispedita al mittente, giacché spesso gli organi di autogoverno dei giudici amministrativi scendono a compromessi per evitare <<strappi>> con l'Esecutivo¹⁶⁸.

La scelta, inoltre, può ricadere esclusivamente su persone particolarmente qualificate.

Tutto ciò contribuisce ad attenuare i problemi legati al previsto sistema di nomina, ma la circostanza per la quale la scelta di una parte dei magistrati sia

¹⁶⁸ M. OCCHIENA, *Giudice amministrativo: un giudice troppo speciale?* In www.Agenda liberale.it

tuttora affidata all'esecutivo, che da essi dovrà essere giudicato, continua a suscitare dubbi circa la compatibilità del sistema con l'esigenza di assoluta imparzialità e terzietà del giudice, sancita dall'art. 111 Cost..

Recentemente, la Corte Costituzionale è stata investita di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 19, primo comma, n. 3), della legge 27 aprile 1982, n. 186, nella parte in cui dispone che i vincitori del concorso per l'accesso al Consiglio di Stato conseguono la nomina con decorrenza dal 31 dicembre dell'anno precedente a quello in cui è indetto il concorso stesso¹⁶⁹.

Anche in quell'occasione la Consulta ha negato che la composizione del Consiglio di Stato potesse incidere sull'indipendenza dell'organo <<*dal momento che i requisiti e le modalità di accesso delle diverse componenti sono disciplinate dalla legge appunto per garantire anzitutto la piena indipendenza dell'organo. Né l'eventuale diverso rapporto fra le varie categorie può assumere alcun rilievo sotto l'indicato profilo, dal momento che la quota di consiglieri di provenienza concorsuale – di magistrati, cioè, selezionati in base ad un pubblico concorso – proprio grazie a tale sistema di scelta, assicura un grado di indipendenza pari a quello garantito dalla quota di provenienza dai TAR, a propria volta composta da magistrati selezionati tramite pubblico concorso (...)>>.*

La sola astratta previsione di un potere di nomina dei giudici affidato all'organo posto al vertice dell'attività che i giudici medesimi sono istituzionalmente chiamati a sindacare e controllare appare già di per sé difficilmente compatibile con le suindicate esigenze di indipendenza e di

¹⁶⁹ Corte Costituzionale, 7 luglio 2008, n. 272.

imparzialità, dal momento che le modalità di selezione del giudice vanno individuate guardando non solo all'esigenza di assicurare la sua attitudine e capacità professionale, ma anche quella di evitare, sin dal momento genetico del rapporto, rischiose forme di interferenza, soprattutto se provenienti da un soggetto istituzionalmente destinato ad essere coinvolto, in qualità di parte, nelle controversie rientranti nella sfera di competenza del giudice medesimo: tali considerazioni inducono a ritenere costituzionalmente obbligata l'estensione in via legislativa del criterio di nomina concorsuale anche per i giudici amministrativi.

Non può non riconoscersi che la nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato comprometta, o quanto meno rischi di compromettere, l'indipendenza del collegio nello svolgimento delle sue funzioni giurisdizionali¹⁷⁰.

Al problema rappresentato dalle nomine governative dei consiglieri di Stato è strettamente connesso quello relativo alla disciplina dell'autogoverno della magistratura amministrativa: la necessità di una totale parificazione dello *status* dei giudici amministrativi rispetto a quelli ordinari non può non implicare una eliminazione delle alterazioni che la disciplina legislativa istitutiva del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa introduce rispetto al

¹⁷⁰ A. PROTO PISANI – R. ROMBOLI – G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, nota all'ordinanza del Consiglio di Stato 30 gennaio 2001, n. 709, in *Foro it.*, 2001, 558. Gli autori affermano che non può paragonarsi la disciplina della nomina governativa dei consiglieri di Stato a quella della nomina dei giudici della Corte Costituzionale. Ed infatti, le nomine della Corte non spettano al governo ma a ben tre diversi poteri dello Stato non riconducibili all'esecutivo. Peraltro, la Corte Costituzionale non svolge funzioni giurisdizionali vere e proprie, non dando ragione o torto ad uno dei litiganti. Il Consiglio di Stato, invece, nella misura di un quarto dei suoi componenti, è nominato dal potere esecutivo, ed è organo che svolge (anche) funzioni giurisdizionali; e spesso, addirittura, è uno dei litiganti è proprio quella stessa pubblica amministrazione che ha provveduto a nominare un quarto dei suoi componenti.

modello costituzionale dell'autogoverno del corpo giudiziario, ossia quello delineato dalla disciplina costituzionale concernente il C.S.M.¹⁷¹.

E' evidente, infatti, che ogni alterazione del modello costituzionale dell'autogoverno del corpo giudiziario, sia per quel che concerne la composizione, sia per quanto riguarda le attribuzioni, implichi un mutamento dei termini reali dell'indipendenza dei magistrati assoggettati a quel diverso regime.

L'indipendenza <<non è difatti una qualità ideale che il giudice acquista per la semplice acquisizione delle guarentigie inerenti alla sua funzione, ma è una situazione concreta che si definisce in base alla gestione effettiva e storica delle guarentigie medesime. Da questo punto di vista, il modo in cui è composto l'organo di autogoverno condiziona il grado ed il modo di essere della indipendenza>>¹⁷².

Invero, il Consiglio di presidenza, pur avendo, per la sua composizione una carica di politicità inferiore a quella che è venuta assumendo il CSM, è tuttavia un organo idoneo ad esprimere un indirizzo generale sua in ordine al governo della categoria giudici amministrativi, sia in ordine ai più vasti problemi della giustizia amministrativa¹⁷³.

Ma, probabilmente, la mera parificazione delle discipline relative agli organi di autogoverno, pure necessaria, non è ancora sufficiente a garantire pienamente e realmente l'indipendenza dei singoli giudici. La stessa esistenza di diversi organi di autogoverno costituisce, di per sé, un rischio per l'indipendenza

¹⁷¹ G. CARBONE, *Art. 100 Gli organi ausiliari*, in G. BRANCA – A. PIZZORRUSO (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna 1994, 134.

¹⁷² G. SILVESTRI, *op. ul. Cit.*, 742.

¹⁷³ G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 739.

dei giudici, <<favorendo la formazione di barriere corporative e di corpi separati, ma anche e soprattutto una maggiore fragilità della categoria isolata, più facilmente esposta alle pressioni dell'esecutive ed alle spinte sotterranee alla politica, che non trovano scenario pubblico in cui manifestare e confrontarsi>>¹⁷⁴.

Si potrebbe pensare nella prospettiva di una revisione costituzionale, ad una *reductio ad unum* dei vari organi di autogoverno in quello costituzionalmente previsto, che, eventualmente in composizione *ad hoc*, amministri la giurisdizione amministrativa, sì da evitare che siano trascurate le necessità di specializzazione dello specifico settore giurisdizionale.

¹⁷⁴ G. SILVESTRI, op. ult. cit. , 742..

5.3 La prassi degli incarichi extragiudiziari

Altro elemento di contiguità tra giudice amministrativo e governo – della cui conformità ai principi del giusto processi si può dubitare – è la pratica degli incarichi extra-giudiziari affidati ai magistrati amministrativi all'interno di quelle stesse pubbliche amministrazioni sul cui operato essi sono poi chiamati a giudicare (si pensi all'incarico di capo di Gabinetto presso i Ministeri, di capo di uffici legislativi, ovvero agli incarichi di consulenza e di amministrazione presso organi costituzionali e non), incarichi rimessi tutti a scelte governative e perciò tutti presupponesti un rapporto di fiduciario e di personale affidamento da parte dell'organo proponente¹⁷⁵.

Valgono al riguardo le stesse considerazioni svolte in ordine alla compresenza in capo al Consiglio di Stato di funzioni consultive e funzioni giurisdizionali.

La frequenza con la quale il governo provvede ad affidare incarichi extragiudiziari ai componenti del Consiglio di Stato è un fatto che <<discrimina in funzione di una ragione politica e, quindi, introduce (seppur forse più nella logica

¹⁷⁵ G. CARBONE, op. ult. cit., 136, che ritiene una non sufficiente garanzia e cautela <<il collocamento fuori ruolo: sia perché questo non è di generale applicazione per tutti gli incarichi conferiti dal Governo ai magistrati amministrativi e di controllo; sia perché – se pure evita l'immediato concorrere e sovrapporre dell'esplicazione di funzioni magistratuali (giurisdizionali, di controllo, di istituzionale consulenza giuridico-amministrativa) con l'esercizio di una attiva collaborazione e con un diretto coinvolgimento in funzioni di amministrazione, di indirizzo politico e di governo – non può ciò nonostante sottrarre quegli stessi magistrati a dislocazioni e condizionamenti che verrebbero a proiettarsi ben oltre il termine di <<fuori ruolo>> e a consolidare perciò <<rapporti speciali>> tra componenti dell' istituto con singoli organi di Governo (ciò anche per la ricorrenza ed estensione del fenomeno, tra l'istituto, complessivamente considerato, e il Governo, nel suo complesso e nella sua continuità istituzionale)>>.

di misure premiali, che nella logica delle sanzioni) gli elementi propri di una responsabilità o di una soggezione del giudice rispetto al potere politico>>¹⁷⁶.

<<E' indubbio che tra il soggetto che richiede gli incarichi e suoi possibili destinatari si crei un rapporto di dipendenza, apprezzabile soprattutto sotto il profilo premiale, dell'aspettativa cioè che il singolo può avere ad incrementare attraverso certi tipi di incarichi non solo il suo reddito, ma anche, e soprattutto, il suo prestigio e la sua influenza nell'ambiente in cui opera. Ed è pure evidente come, nella scelta dei soggetti della cui collaborazione avvalersi, gli organi di Governo non potranno non tener conto dell'atteggiamento assunto dai singoli giudici anche nell'esercizio della giurisdizione, e come, a sua volta, il giudice, nel decidere una causa, possa essere influenzato dall'aspettativa di risultare degno di fiducia>>¹⁷⁷.

Infine, sotto il profilo dell'imparzialità, è evidente che la partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa, tanto negli uffici ministeriali che negli organi di amministrazione, valga a rinsaldare quella adesione all'interesse pubblico, all'interesse cioè che caratterizza la parte necessaria del processo, secondo quel modello del giudice-amministratore che, come già detto, risulta incompatibile con i principi attinenti alla giurisdizione.

E' stato osservato che "il cumulo di funzioni e di ruoli, ciascuno di proporzioni tali da non potersi considerare secondario, accessorio rispetto agli altri, sembra creare un circolo vizioso istituzionale per cui soggetti appartenenti ad

¹⁷⁶ A. TRAVI, op. ult. cit., 372.

¹⁷⁷ ORSI BATTAGLINI, op. ult. cit., 97.

uno stesso organo sovrintendono alla creazione di un determinato atto normativo e vigilano sulla sua intera esistenza”¹⁷⁸.

Trattasi, evidentemente, di una vera e propria partecipazione a tutte le tre funzioni fondamentali dello Stato.

Nella citata sentenza del 1973, la Corte Costituzionale ha auspicato un sostanziale contenimento degli incarichi speciali, al fine di assicurare la soggezione dei magistrati soltanto alla legge.

¹⁷⁸ F. NEGLIA, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 726, che prosegue: “come capi di gabinetto predispongono l’atto normativo-regolamentare e richiedono il parere sullo stesso; ancora come capi di gabinetto elaborano i provvedimenti esecutivi ed eventualmente richiedendo anche pareri su di esse; come titolari di funzioni esecutive emettono il parere e come magistrati effettuano il sindacato giurisdizionale, per di più in ultimo grado, sui provvedimenti concreti e sull’atto normativo-regolamentare di cui costituiscono applicazione”.

5.4 Il contraddittorio e la parità tra le parti nel giudizio amministrativo

Il processo amministrativo suscita dubbi di conformità ai principi del giusto processo anche con riferimento alla garanzia del contraddittorio, che risponde al principio dell'*audiatur ed altera pars*, e che richiede un gioco di interventi alternati o contestuali e una serie di domande e repliche, asserzioni e negazioni.

Probabilmente, ciò è dovuto alle origini storiche del processo amministrativo, nato quale “processo all’atto”, con il conseguente svilimento del ruolo delle parti private, ridotto a mera collaborazione in funzione del perseguimento dell’interesse pubblico¹⁷⁹.

Il comma 2 dell’art. 111 Cost. stabilisce che il <<giusto processo>> deve svolgersi nel contraddittorio delle parti, in <<condizioni di parità>>.

Essere in condizioni di parità non significa possedere i medesimi strumenti. Invero, il principio di uguaglianza delle parti non può eliminare la diversità di posizione iniziale, derivante dal fatto che la invocazione del giudice proviene non da entrambe le parti insieme, ma da una sola di esse che, con la proposizione della domanda, prende volontariamente l’iniziativa del processo contro l’altra, la quale, senza sua volontà, si trova coinvolta nel rapporto processuale ed è costretta a subirne gli effetti.

¹⁷⁹ D. DI CARLO, *Il principio del contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 3/2004, 727.

Dunque, l'espressione <<in condizione di parità>> non va intesa come identità di poteri-doveri delle parti, poiché la diversità di posizione iniziale si ripercuote inevitabilmente sugli oneri di cui le parti stesse sono gravate nel corso del processo.

La parità esige, invece, che i poteri dell'una devono essere idonei a controbilanciare quelli dell'altra, sì da assicurare equilibrio nelle varie tappe del processo: dalla formazione della prova alla critica della decisione con l'esercizio dei mezzi di gravame.

Nell'impostazione tradizionale del processo amministrativo, inteso quale giudizio di legittimità, le due parti contendenti, ossia Amministrazione e cittadino, venivano considerate entità disomogenee e diseguali, tra le quali non era configurabile alcuna <<parità>>.

La disciplina dei mezzi istruttori è uno dei tratti in cui tale disparità emergeva in modo più evidente.

Si pensi all'attendibilità privilegiata delle interpretazioni dei fatti raccolte dall'Amministrazione. In sostanza, risultava pressoché impossibile porre in discussione l'accertamento dei fatti o le valutazioni tecniche compiuti dall'amministrazione, poiché il giudice amministrativo non aveva altra possibilità di sottoporli a controllo se non attraverso il filtro delle determinazioni della stessa amministrazione. Poteva, cioè, richiedere i c.d. <<chiarimenti>> alla medesima amministrazione interessata, o disporre le c.d. <<verificazioni>>, effettuate anch'esse dalla stessa amministrazione: a volte poteva non essere la medesima amministrazione che aveva emanato l'atto, ma, comunque, si trattava pur sempre

di apparati facenti parte della pubblica amministrazione, per cui l'acquisizione dei fatti avveniva pur sempre attraverso mezzi inadeguati a garantire la parità tra le parti¹⁸⁰.

La legge n. 205/2000, novellando l'art. 44 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, ha provveduto ad apportare rilevanti modifiche alla disciplina precedente, ma non ha risolto del tutto i problemi esistenti¹⁸¹.

In particolare, è stata introdotta la possibilità per il giudice amministrativo di disporre, nell'ambito di qualsiasi tipo di giudizio, la consulenza tecnica d'ufficio¹⁸².

Tuttavia, non sussistendo un albo di consulenti tecnici istituito presso i T.A.R., analogo a quello esistente presso ogni tribunale, la nomina da parte dei giudici amministrativi cade spesso su funzionari della pubblica amministrazione, dunque su soggetti non <<terzi>> ed in dubbia posizione di equidistanza dalle parti.

L'entrata in vigore del d. lgs. n. 104/2010, costituente il Codice del nuovo processo amministrativo, influenzato da una serie di principi e pronunce costituzionali ed europee, sembrerebbe optare per un regime probatorio

¹⁸⁰ D. DI CARLO, op. ult. cit., 723 ss.. Secondo l'autrice, <<oggi, per giusto processo amministrativo in materia istruttoria si intende (...) un sistema che permetta di realizzare l'uguaglianza sostanziale delle parti attraverso un più immediato e diretto accesso al fatto da parte del giudice e che preveda l'esperibilità di nuovi mezzi di prove>>.

¹⁸¹ La riforma dell'art. 44 t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato è stata indotta dall'ordinanza n. 2292 del 2000 dello stesso Consiglio, emessa in occasione della proposizione della questione di legittimità costituzionale degli artt. 19 l. n. 1034/1971, 44 r.d. n. 1054/1924 e 26 r.d. n. 624/1907, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost., nella misura in cui non consentivano al giudice amministrativo, nella giurisdizione generale di legittimità di avvalersi, per l'accesso al fatto, di perizie, accertamenti tecnici e consulenze tecniche d'ufficio.

¹⁸² A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 264. L'autore ritiene l'esclusione della consulenza tecnica <<un ingiusto privilegio processuale per l'amministrazione>> configgente con il principio della parità delle posizioni processuali già desumibile dall'art. 24, commi primo e secondo, Cost..

egualitario tra amministrato e pubblica amministrazione¹⁸³, dettando disposizioni che richiamano alla mente quelle disciplinanti il processo civile. Basti pensare all'introduzione della testimonianza scritta¹⁸⁴ ed alla possibilità per il giudice di motivare la sentenza attraverso i fatti non specificatamente contestati dalle parti¹⁸⁵.

L'obiettivo è quello di dimostrare che si tratta di un contenzioso tra due parti poste sullo stesso piano, senza privilegi o prerogative per la P.A. E ciò sembrerebbe confermato, altresì, dalla previsione di cui all'art. 64 del c.p.a., per la quale <<Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni>>. Trattasi della sintesi del principio sancito dall'art. 2697 c.c.¹⁸⁶, che alla parità delle parti affianca la parità delle "armi", riprendendo il criterio di matrice giurisprudenziale della <<vicinanza della prova>>, secondo il quale ciascun contendente deve comprovare la quota probatoria relativa ai fatti alla stessa più prossimi¹⁸⁷.

In epoca antecedente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 104/2010, la parità tra le parti del processo amministrativo sembrava essere pregiudicata, altresì, dalla previsione di termini processuali a carico dell'amministrazione resistente meramente ordinatori.

¹⁸³ A. PAGANO, *Norme procedurali e di organizzazione dei TT.AA.RR.*, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁸⁴ Art. 63, comma 3, d. lgs. n. 104/2010.

¹⁸⁵ Art. 64, comma 2, d. lgs. n. 104/2010.

¹⁸⁶ L'articolo citato dispone che : <<Chi vuol far valere un diritto in giudizio, deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda>>.

¹⁸⁷ Cass., SS. UU., 30 ottobre 2001, n. 13533.

Sull'Amministrazione, infatti, non gravava l'obbligo di esporre subito le proprie ragioni, ma accadeva che anche solo dieci giorni prima dell'udienza di merito il ricorrente venisse a conoscenza delle difese della controparte, costretto a scegliere tra chiedere un rinvio, con la eventualità che che il trascorrere di altro tempo arrecasse pregiudizio ai propri interessi, o a limitarsi a repliche orali, preparate in tempi rapidissimi.

Il problema si presentava più acuto nella fase cautelare.

La disciplina prevista dall'art. 23 – *bis* l. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della l. nn. 205/2000, si caratterizzava, infatti, per una particolare accelerazione nel giudizio, attuata col dimezzamento della quasi totalità dei termini processuali e con la possibilità di una fissazione urgente dell'udienza di discussione, con l'anticipazione del deposito del dispositivo rispetto al deposito della motivazione della sentenza.

La Corte Costituzionale, qualche mese prima dell'entrata in vigore della legge di riforma del 2000, e con riferimento al processo civile, aveva negato che la previsione di termini più brevi di quelli ordinari potesse compromettere i diritti d'azione e di difesa¹⁸⁸.

Allo stato, invece, considerata l'introduzione in Costituzione del principio del giusto processo, si ritiene che la garanzia della 'parità delle pari' sia un criterio pervasivo al quale deve essere soggetto qualsiasi profilo tecnico processuale, con la conseguenza che la brevità del termine non può tradursi in una ragione istituzionale di vantaggio per una parte rispetto a un'altra.

¹⁸⁸ Corte Cost., 27 ottobre 1999, n. 427.

Si pensi al caso della decisione di merito assunta in sede cautelare. La disciplina previgente, nei giudizi previsti dall'art.23-bis, consentiva che il ricorso fosse deciso decorsi cinque giorni liberi dalla sua notifica alle altre parti.

La Corte costituzionale, nella richiamata sentenza del 1999, aveva ritenuto sufficiente, per la legittimità della disciplina, che fosse garantito un contraddittorio completo, dando rilievo in proposito alla notifica del ricorso.

In realtà, in attuazione dei canoni del giusto processo, deve dubitarsi che sia sufficiente la notifica del ricorso, che costituisce un mero adempimento formale che instaura il contraddittorio, essendo, al contrario, indispensabile che le altre parti siano poste effettivamente nelle condizioni di contraddire su un piano di tendenziale parità con il ricorrente¹⁸⁹.

Ed il problema si acuisce ulteriormente quando dalla giurisdizione di legittimità si passava a fattispecie di giurisdizione esclusiva. In tali casi – che spesso si verificano per ipotesi disciplinate dal diritto comunitario – è, infatti, assolutamente riduttivo ritagliare la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, perché il previgente regime probatorio e cognitorio era previsto dal legislatore per le materie e non per i casi in cui in quelle materie vi sia lesione di un diritto soggettivo anziché di un interesse legittimo¹⁹⁰.

Ciò influiva pesantemente sul terreno dell'effettività della tutela, intesa quale capacità dello strumentario processuale di garantire un'adeguata salvaguardia degli interessi protetti dall'ordinamento, ed incideva sull'attuazione

¹⁸⁹ A. TRAVI, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹⁰ E. PICOZZA, *op. ult. cit.*, 1072 ss..

del principio del giusto processo, che richiede il mantenimento di <<condizioni di parità>> nel rapporto tra le parti¹⁹¹.

Il d. lgs. n. 104/2010 ha previsto nuovi termini per il compimento degli atti processuali principali, al fine di ovviare alla violazione del principio del contraddittorio scaturente dalla disciplina previgente.

Se, in passato, era consentito alle parti di esporre le proprie difese, depositando memorie, anche soltanto dieci giorni prima dell'udienza, con evidenti difficoltà sul piano difensivo per gli avversari, il Codice del nuovo processo amministrativo ha, invece, previsto il termine di quaranta giorni liberi prima dell'udienza di discussione per il deposito di documenti, il termine di 30 giorni liberi prima dell'udienza per il deposito di memorie e il termine di 20 giorni liberi prima dell'udienza per il deposito di repliche

Nel rito cautelare monocratico a destare dubbi di compatibilità con il principio del giusto processo è la previsione di cui all'art. 21 della legge n. 1034/1971, che nel novellato comma nono prevede che, a seguito della notifica alla controparti, il presidente provveda <<anche in assenza di contraddittorio>>.

Al problema non ha offerto soluzione la recente novella del 2010. Invero, l'art. 61 c.p.a., rubricato "Misure cautelari anteriori alla causa", dispone che <<(...) il presidente (...) provvede sull'istanza, sentite, ove necessario, le parti e omessa ogni altra formalità>>. Dunque, sebbene sia utilizzata una nuova terminologia, il contenuto non muta: è consentito al presidente del tribunale di procedere anche in assenza dell'audizione delle altre parti.

¹⁹¹ S. TARULLO, op. utl. Cit., 622.

E', però, indubbio che i principi sanciti dall'art. 111 Cost. valgano in ogni materia (quindi anche il materia cautelare), in ogni fase del processo (anche in quella presidenziale) e per tutte le parti.

D'altro canto, al principio del contraddittorio è sotteso un interesse di <<giustizia>> prima ancora che di <<parte>>: al giudice non può chiedersi una tutela giusta se non gli si consente di comporre un quadro tendenzialmente completo degli elementi di fatto sui quali riposa la controversia e delle norme la cui applicazione si invoca o si contesta, avendo una compiuta cognizione delle tesi difensive che si contendono il campo nel processo¹⁹².

Si può, quindi, ragionevolmente ritenere che il principio del giusto processo imponga un'interpretazione del nuovo articolo 61 c.p.a. tesa ad evitare che il decreto interinale possa essere adottato senza che almeno il suo destinatario (la P.A.) sia stato messa nelle condizioni di esprimere il proprio punto di vista in via preventiva.

Il presidente, dunque, dovrebbe di regolare convocare le parti innanzi a sé prima di adottare il decreto cautelare, ferma restando la possibilità, in situazioni caratterizzate da particolare urgenza, nelle quali la convocazione delle parti sia suscettibile di pregiudicare l'attuazione del provvedimento, di provvedere in assenza contraddittorio.

¹⁹² S. TARULLO, op. ult. cit., 587.

5.5 La ricusazione del giudice amministrativo

In epoca antecedente all'entrata in vigore del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, un ulteriore profilo problematico con riguardo alla imparzialità e terzietà del giudice nel processo amministrativo attecchiva alla disciplina dell'istituto della ricusazione del giudice amministrativo, come delineata nel regolamento di procedura del 1907.

In particolare, destava forti perplessità la previsione, contenuta nell'art. 50 del regolamento, che il magistrato ricusato potesse partecipare al collegio incaricato di decidere sull'istanza di ricusazione nei propri confronti.

La Corte Costituzionale aveva all'uopo affermato (anche se in tema di giudizio civile) che «non può ammettersi che la decisione sull'istanza di ricusazione sia rimessa allo stesso magistrato ricusato, o ad un collegio di cui egli faccia parte anche ai fini di tale decisione. Per questo l'attribuzione (...) della competenza a decidere al "collegio" (...) non può che intendersi, secondo un'interpretazione conforme a Costituzione, come attribuzione ad un collegio di cui continuano a far parte soltanto i componenti diversi da quello o quelli ricusati¹⁹³.

Le medesime considerazioni non avrebbero potuto non valere anche per il giudizio amministrativo.

Di segno opposto era, però, la giurisprudenza amministrativa. La quarta sezione del Consiglio di Stato, nella pronuncia 10 agosto 2000, n. 4459, a conferma della decisione del T.a.r. Lazio, sezione I *ter*, 28 gennaio 1998, n. 446,

¹⁹³ Corte Cost., 21 marzo 2002, n. 78.

afferitava che <<proprio in base alle norme contenute nel regolamento di procedura avanti al Consiglio di Stato (art. da 47 a 50), che costituiscono un *corpus* speciale, circostanza che esclude il rinvio automatico e necessario alla procedura della ricusazione come regolata nel codice di procedura civile, risulta irrilevante ed ininfluyente sulla validità della decisione la circostanza che al collegio chiamato a decidere un'istanza di ricusazione proposta nei confronti di uno o più dei suoi componenti, partecipi il giudice ricusato>>¹⁹⁴.

Già in altre occasioni, in tema di ricusazione del giudice, il Consiglio di Stato aveva statuito che nel processo amministrativo il rinvio alle norme del codice di procedura civile espressamente imposto dall'art. 47 del titolo V r.d. 17 agosto 1907, n. 642 sul regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio medesimo avesse effetto limitatamente all'individuazione delle fattispecie di ricusazione, ma non anche per la disciplina processuale, puntualmente ed esclusivamente regolata da quel titolo, e, pertanto, non bisognosa di alcuna integrazione¹⁹⁵.

D'ora in avanti il dibattito giurisprudenziale e dottrinale si farà senza alcun dubbio meno vivace. Invero, l'art. 18 del Codice del nuovo processo amministrativo risolve ogni dubbio circa l'impossibilità per il magistrato ricusato

¹⁹⁴ Il Consiglio continua: <<deve aggiungersi inoltre che, in sede di esame dell'istanza di ricusazione di un magistrato, lo stato di inimicizia non può essere solo rappresentato o vissuto a livello di percezione unilaterale e priva di qualsivoglia riscontro, ma deve essere dedotto e provato in relazione a circostanze concrete e significative>>. (...) <<L'allegazione dell'inimicizia, quindi, non può risolversi nella mera deduzione di comportamenti processuali del giudice, ritenuti anormali dalla parte, che – per converso – deve indicare fatti e circostanze concreti che siano idonei ad affermare l'esistenza di un rapporto personale caratterizzato negativamente per ragioni di rancore o di avversione, in modo tale da far ritenere compromessa l'imparzialità del giudice; infatti comportamenti processualmente anormali e non equanimi possono avere eventualmente una rilevanza disciplinare, mentre l'adozione di provvedimenti errati può ovviamente legittimare l'impugnazione nell'ipotesi che abbiano determinato errori di giudizio>>.

¹⁹⁵ Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 1985, n. 94.

di partecipare al collegio chiamato a decidere sull'istanza di ricusazione, disponendo che: <<(…) In ogni caso la decisione definitiva sull'istanza è adottata, entro trenta giorni dalla sua proposizione, dal collegio previa sostituzione del magistrato ricusato, che deve essere sentito>>.

Resta, però, dubbia la legittimità, rispetto al principio di terzietà ed imparzialità del giudice, dell'attribuzione del giudizio di ricusazione al collegio di cui il magistrato ricusato usualmente fa parte, anche laddove quest'ultimo non partecipi, poiché comunque la decisione sarebbe affidata ai suoi consueti colleghi di lavoro.

La Corte ha negato che la consuetudine a giudicare a fianco di altri magistrati possa intaccare l'imparzialità del collegio, creando una sorta di “solidarietà” al suo interno, sulla base del rilievo che i componenti del collegio opererebbero in posizione di reciproca piena indipendenza.

Tuttavia, il riferimento all'indipendenza appare, nel caso di specie, improprio, poiché la terzietà-imparzialità, intesa come equidistanza tra le parti e assenza di pregiudizi, è suscettibile di essere pregiudicata da rapporti di amicizia o consuetudine tra giudice e “giudicati”, anche a prescindere dalla sussistenza o meno di rapporti di dipendenza nello svolgimento delle funzioni¹⁹⁶.

¹⁹⁶ M. MENGOZZI, op. ult. cit., 2488

5.6 La riserva di legge

L'attuale primo comma dell'art. 111 Cost. pone per la disciplina dei processi una riserva di legge.

Anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 104/2010 sorgevano dubbi, dunque, circa la legittimità delle norme procedurali poste dal regolamento di procedura del Consiglio di Stato del 1907, recante la disciplina dello svolgimento del processo amministrativo, e che trovava applicazione non soltanto nell'ambito del giudizio di secondo grado, ma anche davanti ai Tribunali amministrativi regionali, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 19 della legge T.A.R..

La riserva posta dall'art. 111 Cost., comma 1, è, infatti, da considerarsi di tipo assoluto, stante la rigidità della sua formulazione: il processo deve essere <<regolato dalla legge>>, e non <<secondo disposizioni di legge>> o <<in base alla legge>>, non potendo, invece, essere disciplinato, sia pure soltanto in parte, da norme di rango regolamentare.

La recente codificazione, dunque, ha costituito un doveroso allineamento alla previsione costituzionale¹⁹⁷.

¹⁹⁷ A. PAGANO, op. ult. cit.. L'autore, contestando coloro che sminuiscono la forza innovativa e sanante del nuovo Codice, aggiunge che <<La codificazione è sempre scelta continentale europea, alta, impegnativa: se, per il nostro Codice, non è stato Napoleone a porvi mano, costituisce parimenti un punto fermo storico, con una forte carica legittimante>>.

5.7 La motivazione delle ordinanze cautelari di sospensione

A suscitare dubbi circa la conformità del processo amministrativo ai principi del “giusto processo” è il difetto di motivazione delle ordinanze di sospensione.

Comunemente, si giustifica la mancanza di una seria motivazione dell’ordinanza positiva o negativa che decide della istanza di sospensione con la necessità di non pregiudicare il libero convincimento del giudice di merito, ma si tratta di un argomento inconferente rispetto alla funzione che il provvedimento cautelare ha assunto nella realtà processuale, almeno da quando si è ammesso il doppio grado di giudizio anche nel procedimento incidentale cautelare.

L’ordinanza ha assunto una netta fisionomia di <<sentenza>> o, se si vuole, di <<decisione>> cautelare e si è sempre più autonomizzata dalla fase di merito che spesso sopravviene dopo molti anni dalla prima.

Peraltro, è notorio che il giudice investito della fase cautelare non si limiti più a decidere se sospendere o meno la esecuzione dell’atto impugnato, ma disciplina provvisoriamente il rapporto controverso tra le parti, giungendo – almeno nell’ambito della giurisdizione esclusiva – a frequenti incursioni perfino nella zona riservata al c.d. merito dell’Amministrazione.

L’interpretazione sistematica e teleologica del nuovo articolo 111 Cost. non lascia spazio a soluzioni restrittive. La motivazione del provvedimento cautelare è garanzia necessaria e indefettibile del giusto processo.

<<Essa non può risolversi nella mera giustificazione dell'assenza del presupposto del danno grave ed irreparabile, ma deve appunto motivare le ragioni della presenza i assenza di tale presupposto secondo un *iter* logico trasparente, ancorché sommario, che consenta alla parte soccombente di valutare la persuasività della scelta fatta dal giudice di primo grado e, quindi, rassegnarsi eventualmente alla stessa, ovvero di tutelare ulteriormente le proprie situazioni soggettive attraverso un ulteriore esercizio del diritto di azione mediante la proposizione dell'appello cautelare>>¹⁹⁸.

La migliore dottrina, non solo amministrativistica, ma anche quella che ha studiato il processo dinanzi alla Corte dei diritti dell'uomo, ritiene, infatti, che la motivazione rientri a buon diritto tra gli obblighi del giusto processo. Peraltro, oltre che espressione del giusto processo, l'obbligo di motivazione costituisce altresì un corollario del diritto di difesa.

Appare opportuno accennare, infine, all'istituto della sentenza in forma <<abbreviata>> o <<semplificata>>, adottata con motivazione succinta.

L'applicazione di tale istituto, introdotto dal Governo in sede di decretazione d'urgenza con riferimento alle sole impugnazioni aventi ad oggetto <<un provvedimento relativo a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, ovvero un provvedimento di aggiudicazione, affidamento o esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità o, ancora, un provvedimento relativo a procedure di

¹⁹⁸ E. PICOZZA, op. ult. cit., 1075.

occupazione o espropriazione di aree destinate a tali opere>>, è stata nel tempo generalizzata.

Allo stato, dunque, il giudice amministrativo può emettere in camera di consiglio una sentenza in forma semplificata in ogni controversia a lui sottoposta ove ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso e salva la completezza del contraddittorio¹⁹⁹.

Ne consegue il pericolo che siffatte decisioni si presentino gravemente monche nella parte motiva ledendo l'interesse sostanziale delle parti ad ottenere una pronuncia esaustiva della lite.

Parte della dottrina, muovendo dalla premessa che la motivazione del provvedimento debba essere sempre <<sufficiente>>, attribuisce a tale aggettivo una valenza qualitativa e non quantitativa, ritenendo che alla motivazione non deve essere attribuito un valore formale, ma sostanziale²⁰⁰.

In tal senso, la motivazione è sufficiente allorché consenta di individuare i motivi, l'*iter* logico-giuridico, attraverso i quali il giudice è pervenuto alla decisione.

L'art. 9 l. n. 205/2000, infatti, non impone <<tagli>> a parti della sentenza: esso consente di abbreviare la decisione in tutte le sue componenti, conciliando per ciascuna di esse stringatezza e qualità, nel senso di capacità di

¹⁹⁹ La decisione in forma semplificata è adottata nell'ambito della camera di consiglio <<fissata per l'esame dell'istanza cautelare ovvero fissata d'ufficio a seguito dell'esame istruttorio>>.

²⁰⁰ G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2000, 62. L'autore afferma che <<la motivazione (...) sta al provvedimento giurisdizionale come la soluzione del problema sta al problema>>. Essa deve permettere di conoscere l'*iter* sia conoscitivo che valutativo attraverso cui il giudice è giunto alla decisione.

espressione del ragionamento seguito dal giudice per giungere a quella determinazione²⁰¹.

Si pensi, inoltre, che l'art. 6 Cedu sancisce il diritto all'«esame pubblico» della causa, quale garanzia generale di trasparenza del funzionamento e dell'imparzialità della giustizia.

Ci si chiede, dunque, se l'esigenza di assicurare celerità ai giudizi possa spingersi sino a far soccombere un altro rilevante principio quale, appunto, quello della pubblicità dell'esame.

Sebbene secondo costante giurisprudenza il canone di pubblicità dell'udienza sarebbe ricavabile dall'art. 101 Cost. (secondo cui «la giustizia è amministrata nel nome del popolo»), dunque, rappresenti anche un valore costituzionalmente protetto²⁰², si ritiene che esso non costituisca un presidio assoluto e che la sua osservanza non si imponga in modo cogente a tutti i modelli processuali, dovendosi considerare legittime, purché ragionevoli, le soluzioni alternative che il legislatore sposi in vista della tutela di più rilevanti valori costituzionali²⁰³.

²⁰¹ S. TARULLO, op. ult. cit., 642. Secondo l'autore «la motivazione della sentenza, grazie al c.d. effetto conformativo, svolge un'indispensabile funzione di indirizzo nei confronti dell'amministrazione, chiamata a dare concreta attuazione al *dictum* del giudice amministrativo (...). Ove lo «schiacciamento» della motivazione dovesse essere davvero anomalo, l'amministrazione soccombente in giudizio potrebbe trovarsi in seria difficoltà ad interpretare la (stringata) decisione. E tale evenienza sarebbe tanto più indesiderabile nell'ipotesi in cui il giudice dovesse optare per il mero richiamo al precedente conforme, atteso che una medesima soluzione in diritto (che può certamente essere reiterata in un numero indefinito di sentenze) non sempre e non necessariamente si fonda su identici profili di fatto».

²⁰² Corte Cost., 14 dicembre 1989, n. 543.

²⁰³ A simili conclusioni è pervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo in sede di applicazione dell'art. 6 Cedu. Il Collegio di Strasburgo (sent. 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*) ha ritenuto che le modalità di applicazione del citato art. 6 in sede di appello nell'ambito del processo penale possano variare a seconda delle particolarità della procedura di cui si discute e del ruolo che vi gioca la giurisdizione di appello. In tal senso, l'assenza di pubblicità del dibattimento e la mancata audizione dell'imputato (vale a dire financo la vulnerazione del contraddittorio)

Conclusioni

La riforma del processo amministrativo del 2000 è avvenuta sullo sfondo del processo di integrazione europea e di alcuni consequenziali e significativi eventi, tra i quali l'invasività del diritto europeo e la trasformazione del diritto vivente ad opera della giurisprudenza nazionale ed europea, che hanno originato l'esigenza di armonizzare la giustizia amministrativa italiana con la normativa transnazionale.

Del resto, i principi e i valori alla base dello sviluppo del diritto europeo si pongono in antitesi con il diritto amministrativo classico, inteso come diritto delle guarentigie della Pubblica Amministrazione²⁰⁴.

Conseguentemente, al legislatore del 2000 era stato conferito il compito di ricondurre ad unità la vasta e spezzettata normativa amministrativa e di cristallizzare in un *corpus* di norme la trasformazione, negli anni, del rapporto tra cittadini e Amministrazione. Quest'ultima, che originariamente si limitava ad emanare atti autoritativi destinati ad incidere in modo restrittivo sulla sfera giuridica dei destinatari, nel tempo diviene, infatti, erogatrice di prestazioni e di servizi in grado di ampliare le situazioni soggettive e di agevolare l'attività economica dei soggetti privati.

possono considerarsi giustificate – sempre che tali condizioni diano state soddisfatte in prima istanza – quando il riesame della causa nel secondo grado di giudizio investa i soli punti di diritto e non anche quelli di fatto.

²⁰⁴ S. AGRIFOGLIO, *La riforma del processo amministrativo tra diritto europeo e costituzione: un doppio tradimento*, in S. Raimondi e R. Ursi (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, Torino, 2002, 246.

Tuttavia, la novella operata con l. n. 205/2000, e di recente anche la codificazione intervenuta con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, non ha del tutto messo a tacere le obiezioni movibili al sistema giurisdizionale amministrativo nazionale.

Dunque, allo stato, si avverte ancora la necessità di integrare i principi e gli strumenti dell'azione e della giustizia amministrativa con quelli previsti in ambito europeo.

Un dato certo che si trae a chiusura dell'elaborazione della presente tesi è che il diritto comunitario esplica ormai un'influenza determinante su tutta l'attività amministrativa.

Le fonti comunitarie, infatti, oltre a concorrere a delineare i parametri della legittimità del provvedimento amministrativo (che potrà essere viziato da violazione di legge quando contrasti con una disposizione comunitaria direttamente applicabile o da eccesso di potere quando l'azione amministrativa risulti sviata rispetto alla finalità imposta da una direttiva) forniscono anche il livello tassativo minimo della tutela giurisdizionale, imponendo altresì una completa riparazione del danno eventualmente cagionato.

Quanto al diritto europeo, invece, sembra che il rapporto tra esso e il diritto nazionale abbia trovato un assetto stabile soltanto negli ultimi mesi, ed in particolare a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁰⁵.

In epoca antecedente, la stessa Corte Costituzionale, avendo occasione di pronunciarsi sul rapporto tra diritto Cedu e diritto nazionale, affermava nelle

²⁰⁵ Ratificato dall'Italia con l. n. 130/2008, è entrato in vigore soltanto il 1° dicembre 2009.

sentenze “gemelle” dell’ottobre 2007, nn. 348 e 349 che dall’adesione alla Cedu non deriva allo Stato alcuna limitazione della sua sovranità, e conseguentemente escludeva la copertura costituzionale delle norme convenzionali per il tramite tanto dell’art. 11 quanto dell’art. 10 Cost., trattandosi, quest’ultima, di disposizione riferita esclusivamente alle norme consuetudinarie e non anche a quelle pattizie.

La Consulta, infatti, pur riconoscendo maggiore forza di resistenza alle norme Cedu rispetto a leggi ordinarie successive, precisava che proprio perché si trattava di norme che integravano il parametro costituzionale, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, fosse necessario che esse si presentassero conformi a Costituzione.

In altre parole, la Corte Costituzionale riteneva che le norme Cedu assumessero nella gerarchia delle fonti un rango intermedio tra quello delle disposizioni costituzionali e quello delle leggi ordinarie, e che esse costituissero norme interposte nei giudizi di costituzionalità, assoggettate, quindi, a loro volta, al controllo di conformità a Costituzione.

Nel motivare la sua conclusione, la Corte Costituzionale richiamava l’art. 32, par. 1, Cedu, secondo il quale <<*La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli (...)>>, ed affermava che dall’art. 32 citato derivasse per gli Stati contraenti l’obbligo di adeguare la propria legislazione alle norme del trattato, nel significato ad esse attribuito dalla Corte europea.*

La Consulta riteneva non si trattasse di una competenza giurisdizionale sovrapposta a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto, al momento dell'adesione alla Carta, alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia.

Il Custode della Costituzione affermava, però, di non poter accedere alla teoria della disapplicazione del diritto interno per contrasto col diritto Cedu, non potendo il primato del diritto comunitario estendersi al diritto convenzionale, che non trova copertura dall'art. 11 Cost..

La situazione si è capovolta a seguito dell'adesione al Trattato di Lisbona, che è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, e ratificato dall'Italia già con l. n. 130/2008. Con esso l'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e dunque, si assoggetta alla giurisdizione della Corte europea di Strasburgo. L'art. 6 del Trattato dispone, infatti, che *<<I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali>>*.

Il Trattato di Lisbona ha, dunque, conferito al sistema giuridico Cedu (con ciò intendendo il contenuto della Carta e la giurisprudenza della Corte europea che l'ha interpretata e sviluppata in questi decenni) un nuovo *status* nel sistema

delle fonti, riconoscendogli la *primauté* rispetto al diritto nazionale, finora prerogativa esclusiva del diritto comunitario²⁰⁶.

Si avverte, dunque, più pressante l'esigenza di verificare se il processo amministrativo italiano sia rispondente, oltre che ai principi sanciti dalla Costituzione italiana, ed in particolare per quel che ci interessa al principio del "giusto processo" di cui all'art. 111, anche al principio dell' "equo processo" enunciato dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, oggi direttamente applicabile nell'ordinamento interno.

In particolare, si tratta di stabilire se la nomina governativa dei Consiglieri di Stato, il cumulo in capo ad essi di funzioni giurisdizionali e consultive, la prassi degli incarichi extra-istituzionali, la previsione della possibilità del magistrato ricusato di partecipare al collegio chiamato a pronunciarsi sull'istanza di ricusazione, e il difetto di motivazione che talora caratterizza le pronunce del giudice amministrativo, possano indurci a concludere per la non equità e giustizia del processo amministrativo nazionale.

Sembrerebbe che quest'ultimo porti con sé ancora evidenti strascichi delle sue origini storiche.

Invero, il processo amministrativo nasce quale "processo all'atto", quale giudizio esclusivamente di legittimità, con il conseguente svilimento del ruolo delle parti private, ridotto a mera collaborazione in funzione del perseguimento

²⁰⁶ G. COLAVITTI – C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?* nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

dell'interesse pubblico²⁰⁷, e nel quale Amministrazione e cittadino venivano considerate entità disomogenee e diseguali, tra le quali non era configurabile alcuna <<parità>>. Si riteneva, infatti, che giudicare l'amministrazione equivallesse ad amministrare, tanto che anche dopo l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato, nel 1889, per molti anni la dottrina ha continuato a dubitare che essa fosse una vera e propria giurisdizione e non costituisse piuttosto un'alta manifestazione della stessa funzione amministrativa²⁰⁸.

Conseguentemente, ancor oggi si afferma in dottrina che il giudice amministrativo non può essere indipendente in via assoluta, in quanto la sua funzione deve essere in qualche modo idonea a realizzarsi e ad incidere in quell'universo che è l'amministrazione. Allo stesso modo, l'imparzialità del giudice amministrativo non può che essere un'imparzialità *sui generis*, atteso che il giudice amministrativo fa suo l'interesse dell'amministrazione ed è, quindi, insieme giudice e parte²⁰⁹.

Tuttavia, poiché il giusto processo, con il nuovo art. 111 Cost., non rappresenta solo un valore <<sostanziale>>, ma anche un principio <<processuale>>, una vera e propria <<forma>> obbligatoria della funzione giurisdizionale, i principi del giusto processo riguardano tutte le manifestazioni della funzione giurisdizionale. Invero, essi costituiscono un'elevata conquista della civiltà giuridica contemporanea e dovrebbero contribuire ad un recupero

²⁰⁷ D. DI CARLO, *Il principio del contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 3/2004, 727.

²⁰⁸ C. E. GALLO, voce *Processo Amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996, 618 ss..

²⁰⁹ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore, Aspetti di effettività dell'organo*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, 995 ss..

della centralità del giudice nell'ordinamento giuridico, e del principio di <<giustizia>>, che costituisce una componente ineliminabile dei diritti dell'uomo.

Nella Costituzione italiana soltanto con riferimento ai magistrati ordinari si rinviene una disciplina volta ad assicurare una effettiva indipendenza esterna ed interna. Mentre, infatti, l'indipendenza della magistratura ordinaria risulta direttamente garantita dagli artt. 101, 102 e 104-107 cost., per le magistrature "speciali" l'art. 108, comma 2, si limita ad enunciare un generico principio, rinviando ad un'ampia discrezionalità del legislatore ordinario, in quanto si ritiene che la particolare natura delle funzioni affidate a queste ultime esigerebbe una diversa e minore garanzia di indipendenza.

Tuttavia, si ritiene che, a seguito della riforma costituzionale del 1999, l'espressa formulazione dei principi del giusto processo, nonché la loro estensione ad ogni processo e ad ogni giudice, imponga oggi un drastico ridimensionamento della discrezionalità del legislatore nel disciplinare le magistrature speciali e nel riservare a queste ultime un trattamento diverso rispetto alla magistratura ordinaria.

Tale esigenza si avverte pressante dal momento che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata ad interpretare l'art. 6 Cedu, esige che il giudice sia indipendente ed imparziale, spingendosi sino a pretendere che appaia tale agli occhi dei cittadini.

La Corte di Strasburgo ritiene, infatti, come affermato nella celebre sentenza *Delcourt c. Belgio*²¹⁰, che in una società democratica la giustizia non può

²¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 gennaio 1970.

accontentarsi di essere nella realtà indipendente, ma deve anche apparire tale agli occhi delle parti e del pubblico in generale (c.d. teoria dell'apparenza dell'equo processo).

Sussiste, pertanto, la necessità di dover meglio garantire l'indipendenza del Consiglio di Stato sia evitando la commistione fra funzioni giudiziarie, consultive ed incarichi extra-istituzionali in seno all'Amministrazione, sia ridisciplinando la nomina dei Consiglieri di Stato in modo da assicurare l'investitura tecnica rispetto a quella governativa²¹¹.

Il caso *Procola c. Lussemburgo* è emblematico per il processo italiano: quattro Consiglieri di Stato su cinque avevano già fatto parte della Sezione consultiva dello stesso Consiglio che aveva dato parere sul regolamento e redatto il progetto di legge che rendeva il regolamento retroattivo. La Corte europea, in quell'occasione, ha affermato che l'esercizio delle due funzioni, consultiva e giurisdizionale, sulla stessa materia è tale da mettere in discussione l'imparzialità strutturale del Consiglio di Stato operante come giudice.

Il caso *Procola*, afferma la violazione del principio di imparzialità anche quando la prevenzione discenda da una pronuncia non giurisdizionale. Ciò rappresenta un'innovazione rispetto al passato, rispetto cioè a quando si riteneva che il dubbio di parzialità nascesse soltanto se lo stesso giudice si fosse pronunciato due volte sulla stessa *res judicanda* in fasi decisorie, ma si tratta pur sempre di un'incompatibilità riferita ai giudici come persone.

²¹¹ S. LARICCIA, op. ult. cit., 893. Secondo l'autore, è necessario che «anche ai giudici chiamati a difendere i cittadini nei confronti delle amministrazioni siano assicurate le medesime garanzie di indipendenza dei giudici ordinari: garanzie che devono valere «a maggior ragione», proprio perché il giudizio si svolge contro una parte pubblica».

Ci si chiede, invece, se l'imparzialità debba ritenersi lesa anche dalle semplice coesistenza di sedi consultive e giurisdizionali in uno stesso complesso organizzativo e dalla circolazione dei giudici tra le sedi stesse. In tal caso, non sarebbero sufficienti gli istituti dell'astensione e della ricusazione a garantire l'imparzialità del giudice, atteso che sarebbe assai difficile per le parti accertare se un componente del collegio di fronte al quale è istaurato il processo abbia partecipato a sedute di organi consultivi in cui siano state trattate questioni identiche o analoghe. Dunque, il problema potrebbe essere risolto in radice soltanto dall'impossibilità istituzionale di presenza nelle due sedi.

E', invero, la stessa coesistenza delle due funzioni in capo al Consiglio di Stato a suscitare l'oggettivo e ragionevole dubbio sull'imparzialità del giudice: "non può essere giudice pienamente indipendente e imparziale in vertenza tra l'Amministrazione e il cittadino chi è anche <<consigliere del Principe>> (...); piena indipendenza si realizza solo quando vi sia un'indifferenza istituzionale del giudice rispetto alle parti in causa. Ma questa condizione non si può avere quando lo stesso organo svolga anche funzioni consultive, tanto più se di rilievo primario"²¹².

Allo stesso modo, non può non riconoscersi che la nomina governativa di un quarto dei consiglieri di Stato comprometta, o quanto meno rischi di

²¹² A. TRAVI, op. ult. cit., p. 382. L'autore prosegue osservando che "l'indipendenza del giudice richiede di essere misurata rispetto a un organo giurisdizionale nel suo complesso e perciò va verificata rispetto all'assetto di una giurisdizione nella sua globalità; insomma, se un organo è indipendente, lo deve essere nella sua globalità, altrimenti non lo è. D'altra parte la garanzia dell'indipendenza del giudice non si risolve nella sua imparzialità personale, ma inerisce innanzitutto all'ordine giurisdizionale in cui si colloca quel giudice".

compromettere, l'indipendenza del collegio nello svolgimento delle sue funzioni giurisdizionali.

Si ricordi, poi, che la stessa Corte Costituzionale ha auspicato un sostanziale contenimento degli incarichi speciali, al fine di assicurare la soggezione dei magistrati soltanto alla legge²¹³.

Fino a qualche mese addietro si riteneva auspicabile che al processo amministrativo si ritenessero applicabili, per interpretazione analogica, disposizioni e principi giurisprudenziali dettati con riferimento al processo civile.

Basti pensare che la Corte Costituzionale ha affermato in tema di giudizio civile che «non può ammettersi che la decisione sull'istanza di ricusazione sia rimessa allo stesso magistrato ricusato, o ad un collegio di cui egli faccia parte anche ai fini di tale decisione. Per questo l'attribuzione (...) della competenza a decidere al "collegio" (...) non può che intendersi, secondo un'interpretazione conforme a Costituzione, come attribuzione ad un collegio di cui continuano a far parte soltanto i componenti diversi da quello o quelli ricusati²¹⁴.

Il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ha il merito di aver messo a tacere le critiche che per anni sono state mosse alla disciplina previgente. L'art. 18 del Codice del nuovo processo amministrativo risolve, infatti, ogni dubbio circa l'impossibilità per il magistrato ricusato di partecipare al collegio chiamato a decidere sull'istanza di ricusazione, disponendo che: «(...) *In ogni caso la decisione definitiva sull'istanza è adottata, entro trenta giorni dalla sua proposizione, dal collegio previa sostituzione del magistrato ricusato, che deve essere sentito*».

²¹³ Corte Cost., 6 dicembre 1973, n. 177.

²¹⁴ Corte Cost., 21 marzo 2002, n. 78.

Si pensi, ancora, che nonostante la legge n. 205/2000, novellando l'art. 44 t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, abbia modificato la previgente disciplina in materia di mezzi istruttori, riconoscendo al giudice amministrativo la facoltà di disporre, nell'ambito di qualsiasi tipo di giudizio, la consulenza tecnica d'ufficio (con ciò sopperendo alle carenze del vecchio sistema, che rendeva pressoché impossibile per il giudice e per le altre parti porre in discussione l'accertamento dei fatti o le valutazioni tecniche compiuti dalla amministrazione), presso i T.A.R. non esiste ancora un albo di consulenti tecnici, analogo a quello esistente presso ogni tribunale, per cui la nomina da parte dei giudici amministrativi cade spesso su funzionari della pubblica amministrazione, dunque su soggetti non <<terzi>> ed in dubbia posizione di equidistanza dalle parti.

Tuttavia, il d. lgs. n. 104/2010 ha introdotto incisive innovazioni anche in tema di mezzi istruttori. Basti pensare all'introduzione della testimonianza scritta ed alla possibilità per il giudice di motivare la sentenza attraverso i fatti non specificatamente contestati dalle parti.

Infine, per quanto riguarda l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, si ritiene che anche questa espressione del principio del giusto processo non sia pienamente soddisfatta nel sistema processuale amministrativo.

Invero, tra ordinanze cautelari di sospensione e decisioni in forma semplificata, accade spesso che le determinazioni del giudice amministrativo siano accompagnate da motivazioni manchevoli. Si auspica, pertanto, che la giurisprudenza amministrativa applichi *cum grano salis* i nuovi istituti onde evitare di dar vita ad una giustizia precipitosa e sommaria di trasformare la

sentenza in una <<massima>> e, soprattutto, acquisisca consapevolezza del fatto che, diversamente, si correrebbe il rischio di disorientare le pubbliche amministrazioni in fase di esecuzione della sentenza stessa²¹⁵.

La giustizia deve essere, infatti, rapida ma mai superficiale. Deve, inoltre, essere chiara e comprensibile.

Inevitabilmente, si resta in attesa della prova che il nuovo regime, dettato dal Codice del nuovo processo amministrativo, darà nell'attuazione pratica.

²¹⁵ S. TARULLO, op. ult. cit., 643. Secondo l'autore, ciò che si paventa è che una giustizia <<precipitosa>> e <<sommaria>> possa partorire tentennamenti operativi delle pubbliche amministrazioni, ritardando la traduzione in realtà fattuale dei *dicta* giudiziali.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- 1) S. AGRIFOGLIO, *La riforma del processo amministrativo tra diritto europeo e costituzione: un doppio tradimento*, in S. Raimondi e R. Ursi (a cura di), *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna*, Torino, 2002;
- 2) R. ALESSE, *L'imparzialità del giudice amministrativo nel pensiero di Sergio Pannunzio*, in *Quad. cost.*, Bologna, 2006;
- 3) V. ANSANELLI, *Violazione dell'equo processo, rimedi processuali e ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, Milano, 2009;
- 4) G. BARBAGALLO – G. RAIMONDI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e le Corti nazionali*, in *Cons. Stato*, Milano, 2002;
- 5) E. M. BARBIERI, *Diritto comunitario, processo amministrativo e tutela <<ante causam>>*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2003;
- 6) D. BONFIETTI, G. CALVI, G. RUSSO, S. SENESE, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, Milano, 2000;

- 7) R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992;
- 8) G. CARBONE, *Art. 100 Gli organi ausiliari*, in G. BRANCA – A. PIZZORRUSO (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994;
- 9) S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 1992;
- 10) S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, Torino, 2001;
- 11) S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, Milano, 2002;
- 12) S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 1993;
- 13) M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999;
- 14) M. P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 1998;

- 15) R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale: diversità di modelli e tendenze all'armonizzazione*, in www.unipg.it;
- 16) G. COLAVITTI – C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?* nota a Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;
- 17) L.P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, Bologna, 1994;
- 18) L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del <<giusto processo>> (modelli a confronto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 1998;
- 19) F. CUOCOLO, *Rilevanza costituzionale del <<giusto processo>>*, in *Rass. parlam.*, Milano, 2006;
- 20) G. DE MICHELE, *La giustizia amministrativa nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 1995;
- 21) D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2002;
- 22) D. DI CARLO, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo*, in *Cons. St.*, Milano, 2004;

- 23) E. DI PALMA, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un'apertura giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2003;
- 24) V. DOMINICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 2001;
- 25) G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di) M. P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007;
- 26) G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e <<giusto processo>>*, in *Rass. Parlam.*, Milano, 1999;
- 27) P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2007;
- 28) C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001;
- 29) S. FOIS, *Il modello costituzionale del <<giusto processo>>*, in *Rass. Parlam.*, Milano, 3/2000;
- 30) E. FOLLIERI, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Cons. Stato*, Milano, 2001;

- 31) C. E. GALLO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la p. a. nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, Torino, 2001;
- 32) E. GALLO, voce *Processo Amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1996
- 33) R. GAROFOLI, *Unità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 1998.
- 34) F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, 2009;
- 35) G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2000;
- 36) E. GRIMALDI, *Il diritto comunitario e la trasformazione del sistema di giustizia amministrativa in Italia*, in www.filodiritto.it;
- 37) A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, Il Mulino, 2003;
- 38) G. GUZZARDO, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia <<celere>>*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, Milano, 2008;

- 39) S. LARICCIA, *L'indipendenza del giudice*, in *Scritti in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001;
- 40) F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 1989;
- 41) C. MARZUOLI – A. O. BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, Padova, 1997;
- 42) A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, Milano, 2005;
- 43) M. MENGOZZI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2000;
- 44) S. MIRATE, *Giustizia Amministrativa e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – L'«altro» diritto europeo in Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007;
- 45) M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore, Aspetti di effettività dell'organo*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978

- 46) F. NEGLIA, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. Pubbl.*, Bologna, 2001;
- 47) A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005;
- 48) A. PAGANO, *Norme procedurali e di organizzazione dei TT.AA.RR.*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- 49) F. PAGANI, *Preminenza del diritto comunitario e nuovi strumenti atti a garantirla*, in *Riv. dir. internaz.*, Milano, 1995;
- 50) S. PANNUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. Dir.*, Bologna, 2000;
- 51) L. PERFETTI, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 1999;
- 52) E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997;
- 53) E. PICOZZA, *Il <<giusto>> processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, Milano, 2000;
- 54) M. POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra <<attuazione>> e <<adeguamento>> della Costituzione*, Napoli, 2005;

- 55) A. PROTO PISANI – R. ROMBOLI – G. SCARSELLI, *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato* nota all'ordinanza del Consiglio di Stato 30 gennaio 2001, n. 709, in *Foro it.*, Bologna, 2001;
- 56) N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2005;
- 57) G. SCARSELLI, *La terzietà e l'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, Bologna, 2001;
- 58) F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003;
- 59) G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988;
- 60) G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di <<copertura>> costituzionale a <<più facce>>*, in *Pol. Dir.*, Bologna, 1997;
- 61) F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, Milano, 1990;
- 62) G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della Cedu e con cenni al caso Italiano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, Milano, 2000;

- 63) S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004;
- 64) L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 1997;
- 65) A. TRAVI, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, in www.giustizia-amministrativa.it;
- 66) A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008;
- 67) A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. Pubbl.*, Bologna, 1998;
- 68) S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto Cedu e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Milano, 2008;
- 69) G. B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2000.