

Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo

a cura di

Luisa Cassetti

ESTRATTO



Jovene editore 2012

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2012

ISBN 978-88-243-2118-1

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

MARTA MENGOZZI

L'INFLUENZA DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO SULLA DISCIPLINA ITALIANA DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Il diritto ad un processo equo nella CEDU. – 2. Art. 6 CEDU e processo amministrativo: i diritti «di carattere civile». – 3. La c.d. forza della prevenzione ed i casi di incompatibilità nel nuovo C.p.a. – 4.1. Imparzialità del giudice e funzioni consultive. – 4.2. (*Segue*) La situazione italiana alla luce della giurisprudenza CEDU. – 5. Imparzialità del giudice, nomine governative ed incarichi extra-giudiziari. – 6. Il problema della (ir)ragionevole durata dei processi.

1. *Il diritto ad un processo equo nella CEDU.* – Le garanzie processuali occupano un ruolo di massima importanza nell'elenco dei «diritti e libertà» che la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti, CEDU) impegna gli Stati contraenti a riconoscere e rispettare.

In primo luogo, un dato di fatto colpisce l'attenzione: l'art. 6 della CEDU, che riconosce il «diritto ad un processo equo», è la disposizione della Convenzione che, storicamente, ha dato vita al maggior numero di giudizi nell'arco di oltre un cinquantennio¹. Più della metà dei ricorsi presentati dal 1959 al 2010 alla Corte di Strasburgo riguardano le norme contenute in tale articolo (8.019 giudizi su un totale di 13.697); e il dato non è legato soltanto al problema della ragionevole durata – che, pure, ha un grosso impatto sul numero, corrispondendo i relativi giudizi a poco più della metà (4.469) – ma è molto rilevante anche con riferimento alle altre garanzie, la cui pretesa violazione ha dato luogo ad oltre 3.500 processi (si tratta del numero decisamente più elevato rispetto a qualsiasi altra norma della Convenzione²).

Eppure, le più importanti garanzie processuali che troviamo indicate nell'art. 6 (quali quelle relative all'imparzialità ed indipendenza del giudice, al diritto ad essere sentiti, al principio di parità delle parti, ecc.) sono in qualche modo riconosciute pressoché in tutte le costituzioni delle liberal-democrazie contemporanee; l'art. 6 della CEDU, quindi, non porta un contenuto innovativo o di rottura rispetto agli ordinamenti nazionali degli Stati aderenti. Il dato sopra richiamato, però, segnala evidentemente un elevato tasso di problematicità nel modo in cui tali garanzie vengono intese e/o applicate.

¹ Si fa riferimento ai dati statistici relativi agli anni che vanno dal 1959 al 2010 pubblicati sul sito istituzionale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (www.echr.coe.int).

² Per avere un'idea della proporzione, basti considerare che, tra le altre norme, quella che ha dato vita al più elevato numero di questioni davanti alla Corte EDU è quella di cui all'art. 1 Prot. 1 a tutela della proprietà, con 2.414 giudizi; quindi, il diritto alla libertà e sicurezza (art. 5) con 1.944 giudizi.

A tali rilievi svolti sul piano empirico e statistico, va, poi, affiancata un'altra considerazione sul piano teorico, relativa alla particolare posizione delle norme processuali rispetto agli altri diritti: il momento dell'applicazione giudiziale, infatti, è imprescindibile, se non addirittura coesistente, rispetto alla garanzia di tutte le altre posizioni giuridiche soggettive, il cui riconoscimento può rivelarsi del tutto vano se esse non possono essere fatte valere in giudizio; e l'esercizio della funzione giurisdizionale, a sua volta, svolge il suo ruolo di garanzia e trova la sua legittimazione proprio nelle regole del procedimento che conduce al giudizio. La decisione finale risulterà accettabile come vincolante, anche in prospettiva sociologica³, proprio in quanto il procedimento giudiziario si svolga secondo determinati caratteri tipici.

Di qui, il rilievo centrale delle garanzie processuali per la vita dell'ordinamento giuridico.

Non deve stupire, dunque, che, in un settore così delicato, il dialogo tra i vari livelli di tutela (ed, in particolare, tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale) abbia assunto una particolare intensità e frequenza né che la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia acquisito un ruolo rilevante per gli orientamenti nazionali nell'opera di definizione e concretizzazione di tali garanzie.

Se consideriamo l'influenza che la normativa convenzionale in materia processuale ha esercitato sul nostro ordinamento interno, dobbiamo constatare innanzitutto un aspetto molto «vistoso»: la stessa riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., attuata con legge cost. n. 2 del 1999⁴, è stata fortemente condizionata da parte delle norme CEDU. Già la scelta dell'espressione «giusto processo», oltre ad evocare la *due process of law clause* della tradizione statunitense, si rifà più immediatamente, addirittura ricalcandola, alla intitolazione – «diritto ad un processo equo»⁵ – del citato art. 6 della Convenzione. Anche le garanzie introdotte nei primi tre commi risentono fortemente del modello dell'art. 6 CEDU, il quale si riteneva contenesse un elenco più completo e più chiaro delle garanzie processuali rispetto a quello ricavabile dalla nostra Costituzione prima dell'intervento riformatore. Nell'ambito del dibattito parlamentare che ha condotto alla riforma, sono, in effetti, ritracciabili numerosi riferimenti all'avvertita esigenza di inserire in Costituzione le garanzie di cui all'art. 6 CEDU, già presenti nel nostro ordinamento ad un livello che all'epoca era considerato equivalente a quello della legislazione ordinaria.

³ N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995. Secondo l'A., anche dal punto di vista sociologico, nelle moderne società complesse, è proprio il procedimento, assai più che la verità, a fondare la legittimazione sociale delle decisioni (anche quelle giudiziali), riducendo la complessità ed offrendo gli strumenti per incanalare e fronteggiare le delusioni delle aspettative dei singoli. È quindi il processo, attraverso la differenziazione dei ruoli che esso comporta e le regole di comportamento che lo governano, a legittimare la decisione del giudice.

⁴ Le suggestioni provenienti dalla CEDU e dalla giurisprudenza della relativa Corte non sono, invero, sufficienti, da sole, a dare conto compiutamente delle ragioni che hanno condotto alla riforma. Non è questa, tuttavia, la sede per soffermarsi su una più dettagliata analisi della genesi della legge costituzionale n. 2 del 1999, sulla quale sia consentito fare rinvio a M. MENGGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009, 24 ss.

⁵ Sull'identico valore delle espressioni «giusto processo» ed «equo processo», v. le considerazioni di S. FOIS, *Il modello costituzionale del «giusto processo»*, in *Rass. parl.*, 2000, 572, il quale riporta la definizione fornita dal dizionario Zingarelli del termine «equo» come «ciò che è giusto e imparziale». Per un uso dei due termini «giusto processo» ed «equo processo» come sinonimi da parte della Corte costituzionale, v. sent. 16.12.1980, n. 188, in *Giur. cost.*, 1980, 1627.

L'ispirazione della riforma costituzionale del 1999, tuttavia, costituisce, rispetto al tema oggetto di indagine, l'aspetto senz'altro più appariscente, ma forse meno significativo, rivelandosi spesso decisiva, piuttosto che l'astratta previsione delle garanzie, la loro interpretazione e le concrete modalità di applicazione.

Su tali aspetti, dunque, sembra interessante soffermare l'attenzione, valutando l'apporto della giurisprudenza della Corte e.d.u. alla effettiva ricostruzione del significato delle garanzie processuali nell'ambito del processo amministrativo.

2. *Art. 6 CEDU e processo amministrativo: i diritti «di carattere civile».* – Ad una prima lettura dell'articolo 6 CEDU, si potrebbe, invero, manifestare qualche dubbio riguardo all'applicabilità della norma convenzionale rispetto al processo amministrativo, poiché essa espressamente limita il proprio ambito di applicazione ai giudizi nei quali si controverte «sulla fondatezza di ogni accusa penale» o su «diritti e doveri di carattere civile»: escluso, dunque, che i giudizi che si svolgono davanti ai giudici amministrativi possano riguardare accuse penali, resta la questione del significato del riferimento ai diritti e doveri «di carattere civile», per capire se e quando questi ultimi possano dirsi ricompresi tra gli oggetti del processo amministrativo.

Risulta, in effetti, pressoché impossibile individuare con precisione il significato di tale nozione, poiché la giurisprudenza della Corte e.d.u. non si è mai spinta ad elaborare alcuna definizione generale del concetto. Ha, tuttavia, segnato alcuni punti fermi.

Il più importante sembra essere quello per cui la nozione deve comunque intendersi come svincolata dalle classificazioni giuridiche di diritto nazionale, sotto diversi profili.

Innanzitutto, non può essere considerata determinante, per escludere l'applicabilità della norma, l'assegnazione di una certa questione alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La Corte Europea ha, infatti, avuto occasione di chiarire espressamente che ai fini della limitazione dell'ambito di applicabilità della norma ciò che rileva non è tanto il tipo di processo⁶, quanto piuttosto il contenuto della controversia. La disposizione dell'art. 6 CEDU è dunque applicabile anche ai processi amministrativi qualora nel loro ambito si controverte di diritti «di carattere civile»: la norma «*comprende ogni procedura il cui esito influisca sull'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, commerciale o amministrativa, o che l'autorità interna competente a decidere appartenga alla magistratura ordinaria o ad una giurisdizione amministrativa*»⁷. Tale impostazione è ormai del tutto pacifica.

Le categorie giuridiche nazionali non sono utilizzabili, però, nemmeno con riferimento all'oggetto del giudizio, poiché il riferimento ai diritti «di carattere civile»

⁶ L'applicabilità dell'art. 6 CEDU al processo amministrativo è stata affermata con riguardo a numerosi Paesi ed ha trovato un esplicito riconoscimento anche per quanto riguarda il nostro Paese nella sentenza 26.2.1993, *De Micheli c. Italia*, e nella sentenza 24.8.1993, *Scudieri c. Italia*.

⁷ Nella decisione del 26.3.1981, *Le Compte ed altri c. Belgio*.

– secondo la giurisprudenza di Strasburgo⁸ – prescinde anche dalla classificazione della situazione giuridica soggettiva quale diritto soggettivo o interesse legittimo, ben potendo un diritto di carattere civile *ex art. 6 CEDU* essere configurato nel diritto interno quale interesse legittimo. Le opzioni del sistema nazionale sia per quanto riguarda la giurisdizione sia per quanto attiene alla qualificazione della posizione, dunque, sono del tutto ininfluenti.

D'altra parte, il riferimento non può essere privato di significato ed inteso nel senso di comprendere qualunque tipo di controversia⁹. Rileva, piuttosto, il contenuto materiale della situazione soggettiva del ricorrente e gli effetti della decisione nell'ordinamento nazionale: il problema interpretativo appare particolarmente complesso proprio per i giudizi amministrativi.

Per la maggior parte, invero, le controversie affidate a tale giurisdizione sembrano doversi ricomprendere nella sfera di applicazione della norma. Alcuni casi, però, sono oggettivamente dubbi. Rispetto a tali categorie di giudizi, peraltro, le difficoltà sono aumentate dai frequenti ripensamenti della stessa Corte EDU.

Questa aveva, ad esempio, escluso, in un primo tempo, che le procedure di esecuzione di sentenze di carattere civile fossero comprese nell'ambito di applicazione della disposizione in questione, in quanto in esse non ci sarebbe «contestazione» in relazione al diritto¹⁰; tale conclusione, però, è stata in seguito smentita dalla Corte stessa¹¹, la quale ha, invece, ritenuto la norma applicabile alle controversie sull'esecuzione delle sentenze amministrative definitive.

Ancor più complessa e contraddittoria è la giurisprudenza relativa alle controversie in materia di pubblico impiego.

Dopo una serie di decisioni nelle quali è difficilmente rintracciabile una linea unitaria¹², la Corte, a partire dal caso *Pellegrin*¹³, si è messa alla ricerca di criteri che fossero in grado di fornire un orientamento più saldo e che, al contempo, riducesero al minimo l'area di esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU. Così, nella decisione appena citata, del 1999, la Corte ha elaborato un nuovo criterio per l'individuazione delle controversie in materia di pubblico impiego nelle quali non verrebbero in gioco diritti di carattere civile, esplicitamente ritenendo che

⁸ V., soprattutto, la sentenza *Mennito c. Italia*.

⁹ V., sul tema, 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, 367 ss.

¹⁰ V. decisione della Commissione 13.7.1987, nel caso *X c. Austria*.

¹¹ Sentenza 19.3.1997, *Hornsby c. Grecia*.

¹² La Corte EDU aveva, da un lato, affermato che esulerebbero dall'ambito di applicazione dell'art. 6 tutte le controversie riguardanti l'assunzione, la carriera e la cessazione del rapporto; dall'altro, aveva provveduto a chiarire e specificare tale principio generale ritenendo che la norma della Convenzione fosse, però, applicabile qualora la rivendicazione riguardasse un diritto patrimoniale solo indirettamente collegato con uno di tali elementi (ad esempio, con la cessazione del rapporto: così la sentenza 24.8.1993, nel caso *Massa c. Italia*); mentre non lo sarebbe quando il diritto patrimoniale in contestazione sia direttamente e strettamente collegato con essi (v., ad esempio, le sentenze 17.3.1997, *Neigel c. Francia* e 9.6.1998, *Maillard c. Francia*, relative a casi di richieste connesse ad rifiuto di reintegrazioneasserimento illegittimo). In altre decisioni si è, invece, ritenuto di dover valutare se fossero coinvolte o no prerogative discrezionali dell'amministrazione (tra le altre, v. sentenza 29.7.1998, *Le Calvez c. Francia*).

¹³ Cfr. la decisione 8.12.1999, *Pellegrin c. Francia*, pubblicata in *Il Corr. giur.*, 2000, n. 3, 304 ss., con commento di A. SONAGLIONI, 307 ss.

la propria precedente giurisprudenza comportasse un margine di incertezza troppo elevato sulla portata degli obblighi derivanti allo Stato dall'art. 6 nei giudizi relativi ai rapporti di lavoro con i pubblici dipendenti e che occorresse dare un'interpretazione restrittiva delle eccezioni.

Così, si è affermato che può ritenersi giustificata l'esclusione dall'ambito dell'art. 6 cit. solo per le controversie relative ad impieghi che comportano «*incarichi di interesse generale o una partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri*», i cui titolari «*partecipano in forma minima all'esercizio di sovranità statale*», in ragione dello speciale legame di fiducia e lealtà che lo Stato può esigere in questi casi¹⁴.

Recentemente, però, la Corte ha preso le distanze anche da tale ultima impostazione, ulteriormente riducendo l'area dell'esclusione. Con la sentenza *Vilho Eskelinen and others*, del 2007¹⁵, la Corte ha modificato esplicitamente la propria posizione¹⁶, affermando che l'applicazione dell'art. 6 CEDU alle controversie di lavoro dei pubblici impiegati possa essere esclusa soltanto quando ricorrano due condizioni: 1) che l'ordinamento nazionale non riconosca alcuna azione ai medesimi, privandoli dell'accesso al giudice; 2) che tale esclusione sia giustificata da obiettive ragioni di interesse statale. Si tratta di condizioni che restringono moltissimo i casi di inapplicabilità della norma in questione.

Un ulteriore netto cambiamento, dunque, in un quadro già non molto lineare, rispetto al quale non resta che prendere atto di una certa indeterminatezza dei confini dell'area di applicazione del diritto ad un processo equo. L'indicazione che sembra emergere è, comunque, la tendenza ad un progressivo allargamento dell'area stessa, che rende piuttosto difficile, per l'operatore nazionale, escludere con certezza talune controversie che si svolgono davanti al giudice amministrativo dall'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU.

3. *La c.d. forza della prevenzione ed i casi di incompatibilità nel nuovo C.p.a.* – L'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU anche al processo amministrativo, salvo poche e limitate eccezioni, ha creato, dunque, i presupposti perché l'influenza del dialogo tra i giudici interni e la Corte di Strasburgo sulle vicende nazionali si sia fatta sentire anche con riferimento a tale tipologia di giudizio.

Il modo nel quale il giudice sovranazionale intende le principali garanzie processuali ha finito, così, per avere un importante ruolo di orientamento per i giudici interni e per il legislatore, con riferimento a diversi aspetti specifici della disciplina processuale.

¹⁴ V. ancora la sentenza *Pellegrin* sopra citata. Nonostante gli auspici della Corte in tal senso, peraltro, un simile criterio non sembrava comunque in grado di eliminare le incertezze sull'ambito di applicazione dell'art. 6 (per ulteriori indicazioni a tale proposito, v. A. SONAGLIONI, *ivi*).

¹⁵ La sentenza 19.4.2007, *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, era relativa ad individui appartenenti alle forze di polizia. In base all'impostazione indicata nel caso *Pellegrin*, alla fattispecie non sarebbe stato applicabile l'art. 6 CEDU.

¹⁶ La stessa Corte ha ritenuto di dover giustificare tale cambiamento, sulla base di diversi elementi, tra i quali è senz'altro interessante rilevare che venga menzionata anche la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di controllo giudiziale. La decisione, comunque, non è stata condivisa da tutto il collegio e risulta assunta a maggioranza, con il dissenso di alcuni giudici, i quali non ritenevano di dover abbandonare l'impostazione della sentenza *Pellegrin*.

Tra questi, sembra doversi in primo luogo segnalare la ricchezza di spunti offerti dalla giurisprudenza della Corte EDU in tema di imparzialità del giudice. Si tratta, peraltro, di una garanzia che la Corte stessa ritiene di particolare rilevanza, definendola «inalienabile»¹⁷; la giurisprudenza di Strasburgo, cioè, ha indicato una sorta di graduazione delle garanzie, sottolineando che l'esigenza che il giudizio si svolga davanti ad un giudice indipendente ed imparziale è una regola irrinunciabile ed insuscettibile di deroghe, in qualunque occasione, diversamente da altre garanzie, quale, ad esempio, quella relativa alla pubblicità delle udienze, che non trova necessaria applicazione in tutti i casi, consentendo delle eccezioni¹⁸.

Si tratta, dunque, di un principio cui la Corte ritiene di dover prestare particolare attenzione.

Coerentemente con l'intento di valorizzarlo il più possibile, essa lo ha letto sviluppando la c.d. dottrina delle apparenze: perché il requisito dell'imparzialità sia rispettato è di estrema importanza non solo che il giudice sia effettivamente equidistante dagli interessi in contesa, ma anche che egli appaia tale alle parti ed ispiri fiducia in coloro che sono sottoposti al suo giudizio¹⁹. Perché la norma venga violata, cioè, è sufficiente che le circostanze creino l'apparenza di una prevenzione, almeno quando tale sospetto si fondi su elementi che abbiano una loro consistenza oggettiva: per valutare l'apparente parzialità, quindi, non può venire in rilievo l'opinione personale di colui che è sottoposto a giudizio, ma soltanto le obiettive giustificazioni di un simile timore.

Seguendo tale impostazione, la giurisprudenza di Strasburgo ha indicato, quale elemento oggettivamente in grado di determinare dubbi rispetto all'imparzialità del giudice, il *cumul des fonctions judiciaires* che si verifica quando un giudice, anche nell'ambito dello stesso grado di giudizio, si veda affidati momenti decisionali diversi: dopo aver espresso un giudizio in una determinata fase, il magistrato apparirà prevenuto quando dovrà tornare sulle medesime scelte in un altro momento del processo²⁰.

Tali orientamenti della Corte EDU hanno inciso profondamente sulla giurisprudenza costituzionale interna, pur se esclusivamente con riferimento al processo penale. La nostra Corte costituzionale, infatti, modificando sue precedenti posizioni, ha definito *forza della prevenzione* «quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento»²¹, ed ha ritenuto che non possa giudicare in modo imparziale il giudice che si sia già pronunciato sul medesimo caso in una diversa fase procedimentale, riferendo l'incompatibilità non soltanto ai gradi diversi di giudizio,

¹⁷ Sentenza *Udorovic c. Italia* del 18.5.2010; v. in part. par. 47, per la definizione dell'indipendenza ed imparzialità del giudice come garanzie *inaliénables*.

¹⁸ V. ancora sentenza *Udorovic*, cit.

¹⁹ Tale impostazione è piuttosto risalente ed è rintracciabile già nelle decisioni *Piersack c. Belgio*, del 1.10.1982, e *Castillo Algar c. Spagna*, del 28.10.1998.

²⁰ Tra le decisioni più risalenti assunte in materia dalla Corte europea, v. la sentenza 1.10.1982, *Piersack* e la sentenza 26.10.1984, *De Cubber*.

²¹ A partire dalla sentenza Corte cost., 15.9.1995, n. 432, che ha innovato la precedente giurisprudenza costituzionale sul punto; v., poi, tra le più significative, Corte cost., sent. 20.5.1996, n. 155; sent. 24.4.1996, n. 131

ma anche alle fasi distinte del medesimo processo. Tale ampliamento della nozione, però, ha riguardato, nella sua versione più radicale, soltanto il processo penale.

Nel giudizio civile ed in quello amministrativo, gli sviluppi della nozione sono stati assai più cauti. Eppure, si sono registrati anche in tali ambiti degli importanti cambiamenti giurisprudenziali i quali, per quanto attiene al processo amministrativo, hanno trovato una loro sistemazione nella recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2009.

Con tale pronuncia, il massimo consesso di giustizia amministrativa ha espressamente modificato la propria giurisprudenza in relazione all'applicabilità dell'ipotesi di astensione obbligatoria previsto dall'art. 51, n. 4, c.p.c.²² al giudizio di rinvio, affermando l'incompatibilità del giudice-persona fisica che abbia preso parte alla decisione poi annullata con rinvio.

Sul punto, la giurisprudenza interna sembra essere andata anche al di là di quanto richiesto dagli orientamenti della Corte EDU, che ha considerato non incompatibili, in sede di rinvio, i giudici che avessero già partecipato alla prima decisione se l'annullamento fosse determinato da ragioni procedurali²³.

In occasione della medesima importante decisione, l'Adunanza Plenaria ha dichiarato applicabile la medesima ipotesi di astensione obbligatoria anche in sede di revocazione, non soltanto, come già era pacifico, nel caso in cui si faccia valere il dolo del giudice (art. 395, n. 6, c.p.c.) ma anche quando il ricorso sia fondato su un errore di fatto (art. 395, n. 4, c.p.c.) pur trattandosi di «abbaglio dei sensi» e non di errato apprezzamento.

Non è, invece, considerata applicabile tale fattispecie nel giudizio di opposizione di terzo, posto che in tale ipotesi lo stesso codice di procedura civile (art. 405 c.p.c.) prevede che la decisione spetti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza.

La giurisprudenza amministrativa ha, quindi, esplicitamente modificato la propria precedente interpretazione della norma in questione, almeno per quanto riguarda i casi sopra indicati.

Deve, invero, rilevarsi che si tratta pur sempre di fattispecie attinenti a gradi diversi di giudizio, per quanto si tratti di casi particolari. Non vi è stato alcun mutamento, invece, per quanto riguarda il rapporto tra le diverse fasi del medesimo grado di giudizio ed in particolare quello tra decisione cautelare e decisione di merito. Su tale punto, la giurisprudenza amministrativa nazionale è ferma nel ritenere che l'art. 51, n. 4, c.p.c. non trovi applicazione e che la partecipazione del giudice alla prima non comporti alcuna prevenzione ai fini della seconda che possa giustificare l'astensione²⁴.

²² Secondo tale disposizione il giudice si deve astenere «se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico».

²³ Sentenza *Vaillant c. Francia*, del 18.12.2008: «*Il y a lieu en effet de distinguer le renvoi en cas de vice de fond affectant de manière irrémédiable la décision attaquée de celui où, comme en l'espèce, ce n'est qu'un problème de procédure qui est en cause. Si l'on peut concevoir, dans la première hypothèse, des appréhensions du justiciable à l'égard de l'impartialité des magistrats appelés à rejurer l'affaire, tel est difficilement le cas dans la seconde hypothèse.*».

²⁴ V. ancora Cons. St., Ad. Pl., 25.3.2009, n. 2; su tale aspetto, l'Adunanza Plenaria non ha innovato quanto precedentemente già affermato in giurisprudenza (v. Cons. St, sez. V, sent. 14.4.2008, n. 1660).

Tale conclusione è, del resto, avallata dalla giurisprudenza costituzionale, la quale – pur essendosi completamente allineata alle indicazioni della Corte europea per quanto riguarda il processo penale – ha invece in diverse occasioni affermato che nell’ambito del processo civile ed amministrativo il problema della possibile prevenzione del giudice tra fase cautelare e decisione di merito non può essere impostato nello stesso modo²⁵. Ciò in quanto, secondo la Corte, vi sarebbe un diverso rapporto tra cautela e merito nei giudizi civili ed amministrativi rispetto a quanto accade in quelli penali. Nei primi, infatti, i due momenti sarebbero configurati come fasi sequenziali all’interno dello stesso processo, fasi nelle quali il giudizio deve fondarsi su elementi diversi, senza che vi sia identità della *res judicanda*: il giudizio sul *fumus* sarebbe qualitativamente diverso da quello di merito, trattandosi di un giudizio di natura sommaria rivolto piuttosto ad evitare il verificarsi di irreparabili pregiudizi della posizioni giuridiche azionate che ad anticipare la decisione di merito. Nel processo penale, invece, il giudizio cautelare dovrebbe tener conto di tutti i possibili elementi della decisione finale e, pur non fondandosi ancora su vere e proprie prove, ma soltanto su indizi, non sarebbe configurabile come un giudizio di natura sommaria e non avrebbe un oggetto sostanzialmente diverso da quello di merito, esprimendo un «giudizio prognostico di segno positivo»²⁶.

In dottrina, invero, tale impostazione ha ricevuto notevoli critiche, soprattutto ad opera dei processual-civilisti²⁷. Ciò nonostante, le posizioni della giurisprudenza interna, sia amministrativa che costituzionale, appaiono ormai consolidate.

Deve, però, altresì riconoscersi che la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, pur non essendosi pronunciata precisamente sul punto, sembra talora attribuire un rilievo, nella valutazione di questioni in qualche modo analoghe, alla circostanza che nel giudizio vengano in gioco diritti di carattere civile piuttosto che accuse penali. Nella sentenza *Sacilor Lormines*²⁸, ad esempio, nel valutare l’importanza di decisioni assunte dal giudice prima del giudizio ai fini del rispetto del requisito dell’imparzialità afferma espressamente che «*En “matière civile”, le simple fait, pour un juge, d’avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité*», ritenendo piuttosto decisivo che il giudizio sia reso sulla base delle prove prodotte e delle argomentazioni esposte in udienza. Le fattispecie, sia nella sentenza appena ricordata che nei precedenti ivi citati, sono diverse e non riguardano il rapporto tra cautela e merito, ma la specificazione fatta dalla Corte sembra in qualche modo seguire la logica di un possibile differente approccio al problema della forza delle prevenzioni nei diversi tipi di giudizio.

²⁵ V. Corte cost., sent. 7.11.1997, n. 326; tale impostazione è stata poi ripresa ed utilizzata in varie successive ordinanze che ad essa fanno rinvio: cfr., Corte cost., ord. 21.10.1998, n. 359, ord. 31.5.2000, n. 168 e ord. 28.11.2002, n. 497.

²⁶ Corte cost., sent. 24.4.1996, n. 131.

²⁷ B. CAPPONI, *Brevi osservazioni sull’articolo 111 della Costituzione (procedimento monitorio, processo contumaciale, art. 186-quater c.p.c.)*, in M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Franco Angeli, Milano, 2001, 105 ss.; N. SCRPELLITI, *L’imparzialità del giudice ed il nuovo articolo 111 della Costituzione*, in M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111*, cit., 108 ss.

²⁸ Sentenza *Sacilor Lormines c. Francia*, del 9.11.2006.

4.1. *Imparzialità del giudice e funzioni consultive*. – Tra i punti più controversi, in tema di imparzialità del giudice amministrativo, vi è senz'altro quello relativo alla compresenza in capo al Consiglio di Stato di funzioni consultive e giurisdizionali. Tale organizzazione, infatti, può creare qualche dubbio di compatibilità con il diritto riconosciuto all'art. 6 ad un giudice «indipendente ed imparziale», poiché i singoli giudici e/o l'organo nel suo complesso potrebbero apparire privi del necessario distacco qualora si trovino a decidere in sede giurisdizionale sulla legittimità di un atto sul quale lo stesso organismo abbia in precedenza reso un parere in veste di consulente del Governo.

La Corte di Strasburgo si è occupata in diverse occasioni della questione, che si presenta assai delicata, anche in considerazione del fatto che l'attribuzione agli organi di giustizia amministrativa di funzioni ausiliarie dell'esecutivo, accanto a quelle giurisdizionali, è un modello tradizionalmente utilizzato in diversi Paesi europei aderenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre all'Italia, si possono citare, tra gli altri, la Francia e l'Olanda).

Ed, in effetti, la Corte mostra una particolare cautela nell'affrontare il tema.

Anzi, le decisioni che si sono succedute nel tempo hanno fatto segnare un arretramento, piuttosto che un avanzamento, delle posizioni della Corte EDU al riguardo.

Sembra trattarsi, in sostanza, di un caso in cui il dialogo tra i diversi sistemi ha prodotto un'influenza «dal basso verso l'alto» piuttosto che viceversa; nel quale, cioè, è stato il modo di intendere le garanzie in questione nella maggior parte dei sistemi giuridici degli Stati aderenti che ha finito per condizionare la lettura data dalla Corte di Strasburgo alle previsioni della CEDU.

La prima delle pronunce assunte dalla Corte sul tema era stata, infatti, piuttosto coraggiosa.

Nella decisione *Procola c. Lussemburgo* del 28.9.1995, infatti, la Corte aveva censurato la circostanza che quattro su cinque membri del Collegio del Consiglio di Stato del Lussemburgo, chiamato a decidere in sede giurisdizionale, si fossero già occupati della medesima questione in sede consultiva. L'accento era stato posto sulla concreta coincidenza delle persone fisiche dei magistrati che si erano occupati della medesima questione nelle due vesti: tale elemento, secondo la Corte, consentirebbe di ritenere che il relativo collegio giurisdizionale non possa essere considerato quale giudice «imparziale». Pur essendo la decisione fondata esclusivamente su tale punto, la Corte si era anche spinta ad aggiungere, sia pure solo incidentalmente, che il fatto che i membri del Consiglio di Stato lussemburghese potessero esercitare entrambe le funzioni con riguardo allo stesso atto fosse tale da ingenerare dubbi circa l'«imparzialità strutturale» dell'istituzione.

A seguito di tale decisione, il Consiglio di Stato del Lussemburgo è stato oggetto di una riforma costituzionale²⁹ che ne ha profondamente modificato l'assetto, separando le due funzioni: in capo a tale organo è rimasta soltanto quella consultiva, che è stata ulteriormente rafforzata³⁰, mentre i compiti giurisdizionali sono stati attribuiti ad una Corte amministrativa creata *ad hoc*.

²⁹ Mediante revisione costituzionale del 12 luglio 1996, entrata in vigore il 1° gennaio 1997.

³⁰ Il Consiglio di Stato è stato, infatti, investito anche della missione di controllare preventiva-

Le indicazioni che emergevano dalla sentenza *Procola*, infatti, lasciavano prefigurare sviluppi di più ampia portata.

Invece, nelle successive occasioni, la Corte ha «frenato» bruscamente. Già nella successiva decisione *McGonnell*, del 2000, la Corte ha lasciato cadere ogni valutazione sui profili più generali della questione, accentuando la necessità di considerare le concrete circostanze del caso ed affermando di non poter valutare in astratto la compatibilità di un determinato modello organizzativo con la Convenzione.

Ha continuato, piuttosto, ad attenersi ai criteri già indicati, riaffermando che non ci può essere coincidenza tra le persone fisiche incaricate dei due diversi compiti; e, nel caso all'epoca all'esame, ha applicato tale principio in modo molto ampio. La fattispecie concreta è stata, infatti, considerata come violazione dell'art. 6 della CEDU poiché nel caso in questione il giudice era la medesima persona fisica che aveva preso parte – in veste consultiva – al procedimento di adozione di un atto preliminare rispetto a quello della cui legittimità è stato poi chiamato a giudicare.

Intorno a questi orientamenti ha poi ruotato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, però, nei successivi giudizi, pur ribadendo tali principi, ne ha dato, in concreto, un'interpretazione notevolmente più restrittiva.

In particolare, nella sentenza della Grande Camera *Kleyn and others c. Olanda*, del 6.5.2003, è tornata ad esprimere in termini molto netti il proprio rifiuto di valutare astrattamente la compatibilità con l'art. 6 CEDU della struttura dell'istituzione, affermando che, benché il principio della separazione dei poteri (con riguardo ai rapporti tra potere politico di governo e magistratura) abbia un ruolo di rilievo ed una crescente importanza nella stessa giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, tuttavia, la Convenzione non impone agli Stati l'adozione di una determinata concezione dei rapporti tra poteri e che la Corte deve pertanto limitarsi a valutare le circostanze del singolo caso, riprendendo ed enfatizzando alcune considerazioni che nella decisione *McGonnell* erano rimaste soltanto accennate.

Viene riaffermato che non sarebbe ammissibile la coincidenza concreta delle persone fisiche chiamate ad occuparsi della medesima questione. Ciò che rileva, però, è che in questa occasione la Corte dà una lettura molto più restrittiva rispetto del concetto di «medesima questione». Nel caso all'esame, infatti, si era lamentata la coincidenza di uno dei giudici facenti parte del collegio giudicante in sede giurisdizionale con quelli che avevano emesso il parere sull'atto normativo che era a fondamento del provvedimento impugnato³¹; con riferimento a tale fattispecie, la Corte

mente la conformità dei progetti di legge e dei regolamenti alle norme di diritto di rango superiore. V. www.conseil-etat.public.lu/fr/historique/index.html. Sul tema, cfr. anche V. PARISIO, *Il Consiglio di Stato in Italia tra consulenza e giurisdizione alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in ID. (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici*, Giuffrè, Milano, 2009, 245, nonché J. MORAND-DEVILLER, *La Cour Européenne des droits de l'homme et le droit administratif français*, in V. PARISIO (a cura di), *Diritti interni*, cit., 216.

³¹ Più precisamente, l'oggetto del ricorso giurisdizionale era l'atto con il quale era stato fissato il percorso della costruenda «*Betuwerooute*», linea ferroviaria destinata ad attraversare la regione olandese della Betuwe. Tale decisione trovava il proprio fondamento giuridico, non soltanto per il suo contenuto, ma anche per gli aspetti procedurali, in un atto normativo sulla pianificazione delle infrastrutture e dei trasporti sul quale il medesimo Consiglio di Stato aveva espresso il proprio parere in sede consul-

considera irrilevante tale coincidenza, ritenendo che non si trattasse, nei due casi, della medesima questione.

Analoga impostazione viene seguita anche nella decisione *Sacilor Lormines c. Francia* del 9.11.2006, dove si torna insistentemente a ribadire il rifiuto della Corte di pronunciarsi in astratto su un determinato assetto organizzativo di divisione dei poteri, espressamente affermando che il cumulo delle funzioni consultive e giurisdizionali in capo al medesimo organo non è di per sé contrario all'art. 6 CEDU³². Anche in questo caso, tale posizione è accompagnata da una interpretazione restrittiva della nozione di «medesima questione». Si tratta di un punto, invero, che la Corte avrebbe potuto anche fare a meno di trattare, dal momento che nella fattispecie di cui si occupa tale ulteriore decisione non vi era stata coincidenza tra le persone fisiche dei giudici nei due collegi. Sotto tale profilo, comunque, la sentenza *Sacilor Lormines* non sembra apportare decisivi cambiamenti³³.

Senz'altro più interessante si rivela, invece, tale pronuncia per altri aspetti, sui quali si tornerà più diffusamente in seguito.

4.2. (*Segue*) *La situazione italiana alla luce della giurisprudenza CEDU.* – Alla luce degli sviluppi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la scelta contenuta nella nostra Carta costituzionale di configurare il Consiglio di Stato come organo avente, ad un tempo, funzioni ausiliare del Governo e giurisdizionali risulta, in astratto, compatibile con l'art. 6 CEDU e, dunque, non genera, di per sé, un problema.

Resta, però, l'esigenza di garantire che non vi sia coincidenza tra i giudici-persone fisiche chiamati a rendere i pareri e quelli facenti parte dei collegi incaricati di definire i contenziosi in sede giurisdizionale sulle medesime questioni. Si tratta di una garanzia «minima» ed essenziale. Il suo rispetto era considerato necessario, del resto, nel nostro ordinamento fin da quando l'assetto del Consiglio di Stato si è definito in questo senso: l'art. 43, comma 2, del t.u. delle leggi sul Cons. St.³⁴, espres-

tiva. In quell'occasione, il Collegio che si era pronunciato aveva mostrato di condividere le esigenze di celerità nella realizzazione dei progetti che stavano alla base della disciplina con esso dettata.

³² Su tale decisione v. V. PARISIO, *Il Consiglio di Stato in Italia*, cit., 247; nonché P. De Lise, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, Relazione al Convegno *Le giurisdizioni a contatto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, tenutosi a Roma, il 20 aprile 2009, e pubblicata in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ Si può rilevare, tuttavia, come tale sentenza segni una decisa convergenza verso l'orientamento in questione. Essa, infatti, è assunta all'unanimità. Nel caso *Kleyn*, invece, la decisione era stata presa a maggioranza con ben 5 voti contrari contro 12 favorevoli (ricordiamo che si è trattato di una decisione della Grande Camera). Le opinioni dei giudici dissenzienti sottolineavano, in particolare (v. soprattutto l'opinione dei giudici Thomassen e Zagrebelsky), che laddove non esista una chiara separazione di funzioni all'interno dello stesso organismo, occorre effettuare uno scrutinio particolarmente rigoroso circa l'imparzialità obiettiva del Collegio decidente. In altra opinione dissenziente (riferibile ad altri tre giudici), si andava anche oltre, stigmatizzando in termini più generali la commistione tra funzioni giurisdizionali e quelle di governo in capo ai medesimi organi ed auspicando, come la soluzione in assoluto più efficace per rimuovere qualsiasi dubbio sull'imparzialità di questi, la separazione netta tra le due funzioni. Nel caso *Sacilor Lormines*, invece, nessuno dei giudice avanza più alcun dubbio circa la correttezza dell'impostazione adottata. Le uniche opinioni dissenzienti, infatti, riguardano un diverso profilo della questione.

³⁴ La norma, peraltro, era già presente nel t.u. n. 638 del 1907, all'art. 35.

samente stabiliva il divieto di prendere parte alle decisioni in sede giurisdizionale per i magistrati che avessero concorso a dare parere, nella sezione consultiva del Consiglio di Stato, sulla questione oggetto del ricorso («*Non possono prendere parte alle decisioni i consiglieri che avessero concorso a dar parere, nella sezione consultiva, sull'affare che forma oggetto di ricorso*»).

Stranamente, però, il nuovo codice del processo amministrativo (emanato con d.lgs. 2.7.2010, n. 104) ha abrogato tale caso speciale di astensione.

Esso, invero, potrebbe dirsi oggi in qualche modo confluito nella fattispecie di astensione obbligatoria di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c. (alle norme processual-civili che fa, infatti, rinvio l'art. 17 del codice del processo amministrativo per la determinazione delle cause di astensione e ricusazione), nella parte in cui prevede che debba astenersi il giudice che abbia «dato consiglio» nella causa. Ma certamente tale diversa formulazione, che fa riferimento alla «stessa causa»³⁵, sembra poter essere considerata ancora più restrittivamente rispetto a quella della fattispecie abrogata, che faceva riferimento all'«affare che forma oggetto del ricorso»; si tratta, comunque, di un requisito che si presta ad interpretazioni ancor più rigorose di quelle indicate da ultimo dalla giurisprudenza della Corte EDU.

In ogni caso, la riconduzione della fattispecie di incompatibilità in parola all'art. 51, n. 4, c.p.c. è oggi in qualche modo imposta dall'esigenza di interpretazione costituzionalmente conforme (nonché «*convenzionalmente*» conforme) che risulta dall'art. 117, primo comma, e dall'art. 111 Cost. Deve essere, dunque, riconosciuta la garanzia minima dell'imparzialità, così come interpretata dalla giurisprudenza sull'art. 6 CEDU, assicurando la diversità dei magistrati almeno nei casi in cui nelle due sedi sia stato valutato indiscutibilmente lo stesso oggetto: l'aver preso parte al collegio che ha reso il parere su un atto normativo esclude, ad esempio, per il singolo magistrato, che egli possa giudicare in sede giurisdizionale sulla legittimità dello stesso atto normativo. Maggiori dubbi si possono porre, invece, per il caso di ricorsi avverso atti amministrativi che ne costituiscano applicazione, poiché sul punto la giurisprudenza della Corte e.d.u., come si è visto, non è stata sempre coerente. Occorrerà prestare grande attenzione, quindi, alle caratteristiche del singolo caso.

In ogni caso, considerata la delicatezza del tema, sarebbe stato preferibile lasciare in vigore lo specifico caso di astensione già esistente. L'inopportunità di tale abrogazione appare piuttosto evidente se si considera che, proprio a seguito delle posizioni assunte sul punto dalla Corte Europea, un analogo caso di incompatibilità è stato, invece, recentemente introdotto in Francia, con decreto del 6.3.2008, n. 225³⁶.

In senso opposto rispetto alle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza della Corte e.d.u., accrescendo la confusione tra le due funzioni, va, poi, anche l'innovazione apportata dall'art. 54 del d.l. n. 25.6.2008, n. 112, convertito in legge

³⁵ V. POLI, *L'astensione e la ricusazione del giudice amministrativo nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it segnala le difficoltà interpretative che pone la formulazione di tale requisito.

³⁶ Il decreto 2008-225 ha introdotto la regola per cui «*les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'Etat, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis*». Sul punto, v. J. MORAND-DEVILLER, *La Cour Européenne des droits de l'homme*, cit., 216, nonché V. PARISIO, *Il Consiglio di Stato in Italia*, cit., 248.

6.8.2008, n. 133, con il quale si è eliminata la ripartizione rigida delle funzioni consultive e giurisdizionali tra le varie sezioni del Consiglio di Stato (le prime tre con funzioni consultive, le altre con funzioni giurisdizionali) a favore di una ripartizione «flessibile», destinata a mutare ogni anno su determinazione del Presidente del Consiglio di Stato, il quale, sentito il Consiglio di Presidenza, con proprio provvedimento, individua quali sezioni svolgono un tipo di funzioni e quali l'altro. Tale sistema sembra, infatti, moltiplicare, anziché ridurre, le occasioni di possibile «prevenzione» da parte dei giudici.

Un ulteriore problema potrebbe porsi, poi, in alcune fattispecie particolari. La non coincidenza delle persone fisiche chiamate a decidere nelle due sedi, cioè, non sembra poter essere in nessun caso garantita laddove a rendere il parere sia l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, composta dalla totalità dei magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato³⁷ (come potrebbe accadere su richiesta della sezione consultiva per gli atti normativi o del Presidente, in base alla disciplina prevista dall'art. 17, comma 28, della legge n. 127 del 1997). Qualora, ad esempio, venisse impugnato un atto regolamentare sul quale abbia espresso il proprio parere tale consesso si troverebbero necessariamente 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.

5. *Imparzialità del giudice, nomine governative ed incarichi extra-giudiziari.* – La già citata decisione *Sacilor Lormines c. Francia*, pur ricalcando la precedente giurisprudenza per quanto riguarda il rapporto tra funzioni consultive e giurisdizionali, considera la garanzia dell'imparzialità anche sotto alcuni altri profili, rispetto ai quali raggiunge conclusioni di notevole interesse anche per il nostro ordinamento, essendo il nostro Consiglio di Stato strutturato in modo per molti aspetti simile a quello francese.

Essa, infatti, prende in considerazione l'ulteriore e diverso problema delle nomine governative dei Consiglieri di Stato (la disciplina francese, sotto questo aspetto, è analoga a quella italiana³⁸) e dichiara tale metodo di scelta compatibile con i principi dell'art. 6 CEDU laddove vi siano garanzie di inamovibilità successive alla nomina e non vi siano altri strumenti per esercitare pressioni sui Consiglieri di Stato da parte dell'esecutivo. Così facendo, la Corte di Strasburgo adotta una lettura delle garanzie di indipendenza ed imparzialità del tutto analoga a quella che, in Italia, ha assunto la nostra Corte costituzionale – già in tempi piuttosto risalenti³⁹ – a proposito di tale sistema di investitura, che nel nostro Paese riguarda una componente sia dei magistrati del Consiglio di Stato che di quelli della Corte dei Conti.

³⁷ Art. 17, t.u. Cons. St.

³⁸ È, infatti, prevista, in Francia, la nomina governativa per un terzo dei Consiglieri di Stato; in Italia, invece, per un quarto dei membri (v. art. 19, n. 2, della legge 27.4.1986, n. 186: testualmente, invero, la disposizione fa riferimento ad un quarto dei «posti che si rendono vacanti», ma è stata da sempre interpretata nel senso che le percentuali spettanti alle varie categorie debbano essere calcolate sulla totalità dei posti; cfr. G. ROEHRSEN, *Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi regionali*, in *Dig. Disc. pubbl.*, UTET, Torino, 1989, 433).

³⁹ Cfr. sentenze n. 1 del 1967 e n. 177 del 1973.

Tale posizione, invero, desta qualche perplessità, poiché sembra confondere le due garanzie dell'indipendenza e dell'imparzialità⁴⁰. Ma, sul punto, giurisprudenza costituzionale interna e giurisprudenza sovranazionale sono comunque allineate.

Peraltro, la decisione indicata valorizza la garanzia dell'inamovibilità pur riconoscendo che, nel sistema francese, essa viene riconosciuta nella prassi, ma non ha alcuna formale previsione (che, invece, ha in Italia⁴¹).

Un aspetto molto interessante della sentenza *Sacilor Lormines* riguarda, poi, la possibile violazione del principio di imparzialità che deriva dalla prassi degli incarichi extra-giudiziari. Nel caso concreto ivi esaminato, infatti, tale questione ha condotto alla condanna della Francia per violazione dell'art. 6 CEDU.

La Corte, infatti, pur avendo ritenuto che gli altri aspetti sopra analizzati della vicinanza particolare tra Governo e giudice amministrativo, nella loro configurazione concreta, non realizzassero una violazione della garanzia dell'imparzialità, è invece giunta a diverse conclusioni con riferimento ad una circostanza ulteriore: il fatto, cioè, che uno dei giudici che aveva deciso il ricorso giurisdizionale fosse stato – pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza – nominato Segretario Generale del Ministero che era stato parte nel giudizio.

Per questa nomina, secondo la Corte, il magistrato non poteva non essere già «in corsa» da tempo. E ciò determina un obiettivo pregiudizio all'apparenza di imparzialità del giudice⁴².

La decisione collega, dunque, il requisito dell'imparzialità con l'esigenza che il giudice non possa essere considerato più «vicino» ad una delle parti in causa in ragione di incarichi svolti all'esterno.

La materia degli incarichi extra-giudiziari dei giudici è un altro punto critico del nostro sistema di giustizia amministrativa, trattandosi di una prassi da sempre molto diffusa nell'ordinamento italiano⁴³, nonostante le perplessità espresse sia dalla

⁴⁰ Si tratta, in realtà, di concetti distinti, pur se legati tra loro. Mentre, infatti, il requisito dell'indipendenza implica l'assenza in capo al magistrato di vincoli giuridici rispetto sia ad ogni altro soggetto esterno sia ad qualsiasi forma di gerarchia interna, quello dell'imparzialità-terzietà riguarda la posizione di equidistanza e di distacco del giudice dalle parti e dai loro interessi. Non potendo ulteriormente approfondire il tema in questa sede, non resta che fare rinvio a quanto altrove più ampiamente argomentato (M. MENGOZZI, *Giusto processo*, cit., 109 ss.).

⁴¹ V. art. 5, t.u. Cons. St., nonché artt. 24 e ss., della legge n. 186 del 1982.

⁴² Sul punto, invero, la decisione risulta presa a maggioranza; tre giudici, infatti, hanno espresso un'opinione dissenziente, ritenendo che la c.d. dottrina delle apparenze possa condurre ad esiti eccessivi, come nel caso di specie, in cui non vi era alcuna prova oggettiva di una mancanza di imparzialità.

⁴³ Il tema riguarda, oggi, tutti magistrati amministrativi, ma, fino al 1982, esso coinvolgeva soltanto quelli appartenenti al Consiglio di Stato, ai quali era tradizionalmente consentita l'assunzione di incarichi esterni in base, dapprima, alla legislazione degli anni '20 e, poi, alla legge 21 dicembre 1950, n. 1018. Ai magistrati dei TAR, invece, al momento dell'istituzione di questi ultimi, venne completamente vietata l'assunzione di incarichi extra-giudiziari. Quando, però, la legge 27.4.1982, n. 186 ha realizzato la *reductio ad unitatem*, sul piano organizzativo, della magistratura amministrativa, anche i giudici dei TAR si sono visti estendere la disciplina per gli incarichi esterni vigente per i consiglieri di Stato ed il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa ha assunto le competenze relative al loro conferimento. Sulle vicende normative concernenti il tema degli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi, v. soprattutto, B. PONTI, *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 761 ss.; F. NEGLIA, *Gli incarichi extra-giudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 701 ss.

dottrina, che in molte occasioni l'ha duramente stigmatizzata⁴⁴, sia dalla stessa Corte costituzionale, la quale, già in tempi ormai molto risalenti, ha mostrato, sia pur incidentalmente, di non valutarla positivamente, auspicando un «sostanziale contenimento degli incarichi speciali»⁴⁵ ai fini di aumentare l'effettività di principi quali quello di uguaglianza, della soggezione dei magistrati soltanto alla legge e della tutela giurisdizionale.

La posizione assunta dalla Corte EDU nella decisione in parola torna ad evidenziare la necessità di un contenimento del fenomeno e di una sua disciplina più rigorosa. Quella attuale, nel nostro ordinamento, è contenuta nel d.P.R. 6.10.1993, n. 418⁴⁶ e detta norme non molto restrittive: se, da un lato, prevede che gli incarichi non possano essere conferiti o autorizzati quando l'espletamento degli stessi «sia suscettibile di determinare una situazione pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, o per il prestigio e l'immagine della magistratura amministrativa»⁴⁷, dall'altro, però, pone limiti piuttosto blandi a siffatta utilizzazione dei magistrati amministrativi.

Che ad oggi siffatte previsioni normative siano assolutamente insufficienti allo scopo di un effettivo contenimento del fenomeno è dimostrato, empiricamente ma significativamente, dagli stessi dati sul numero e rilevanza degli incarichi annualmente attribuiti ai magistrati amministrativi.

Tali dati, peraltro, fino a pochi anni fa erano di non facile accesso, non essendo stata data piena attuazione alle previsioni del d.P.R. n. 418 del 1993, il quale prevedeva, all'art. 7, la pubblicazione dell'elenco degli incarichi⁴⁸. A tale mancanza di trasparenza ha, però, inteso fare fronte il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 35, il quale è intervenuto prevedendo, per quanto riguarda i magistrati amministrativi, che il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa renda noto ogni sei mesi l'elenco degli incarichi extragiudiziari conferiti nel semestre, con indicazione, per ciascun incarico, dell'ente che lo ha conferito, dell'eventuale compenso percepito, della natura, della durata e del numero degli incarichi svolti nell'ultimo triennio⁴⁹. Tale pubblicità è realizzata, peraltro, non soltanto tramite inserimento degli elenchi nel bollettino periodico del Consiglio, ma anche «mediante pubblicazione in apposita sezione accessibile al pubblico del pertinente sito Internet istituzionale»⁵⁰; il che rende

⁴⁴ Tra gli altri, cfr. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 71; U. ALLEGRETTI, *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Amministrare*, 2001, 200; S. PANUNZIO, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in V. Parisio (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico*, Milano, 1999, 89 s.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 371 ss.

⁴⁵ V. sentenza n. 177 del 1973.

⁴⁶ Intitolato «Regolamento recante norme sugli incarichi dei magistrati amministrativi, ai sensi dell'art. 58, comma 3, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29».

⁴⁷ Art. 2, comma 2. V. anche la disposizione di cui all'art. 1, comma 2, la quale impone al magistrato di curare che «ogni attività sia svolta in modo che non arrechi pregiudizio alla sua posizione, alle sue funzioni, e al prestigio dell'ordine cui appartiene».

⁴⁸ Si rinvia, comunque, alle accurate raccolte ed analisi di F. NEGLIA, *Gli incarichi extra-giudiziari*, cit., 701 ss. e di B. PONTI, *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi*, cit., 759 ss., anche per l'illustrazione delle difficoltà incontrate nel reperimento dei dati specifici (v. soprattutto F. NEGLIA, *op. cit.*, 752 ss.) e sui problemi della trasparenza degli incarichi.

⁴⁹ Art. 2, commi 1 e 2.

⁵⁰ Art. 2, comma 3.

oggi effettivamente piuttosto agevole e completa la conoscenza dei relativi dati, almeno per quanto riguarda quelli recentissimi.

Si tratta di una riforma che, pur non incidendo sui profili sostanziali del problema⁵¹, è da considerare con indubbio favore. Essa, peraltro, consente a qualsiasi interessato un controllo sulla sussistenza in capo ai propri giudici dei requisiti minimi di imparzialità, nei termini indicati dalla Corte Europea, permettendo una verifica sugli incarichi attribuiti ai singoli membri del Collegio che possano eventualmente gettare ombre sulla loro posizione di equidistanza dagli interessi in gioco.

6. *Il problema della (ir)ragionevole durata dei processi.* – L'aspetto della disciplina processuale sul quale la giurisprudenza della Corte e.d.u. ha esplicito l'impatto più forte sul diritto interno resta senz'altro il problema della ragionevole durata. Più della metà dei giudizi relativi all'art. 6 CEDU riguardano infatti tale garanzia e numerosissime sono state le condanne inflitte al nostro Paese in relazione ad essa.

La stessa struttura della norma convenzionale, che attribuisce ai singoli un vero e proprio diritto a che il processo si svolga «entro un termine ragionevole», rende agevole per i destinatari farne valere la violazione, mentre molto meno incisiva è la corrispondente previsione contenuta nel nostro art. 111 Cost., la quale si limita ad affidare alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata del processo.

Nel nostro Paese, il problema della lentezza della giustizia è molto marcato ed investe tutte le tipologie processuali, ivi compreso il processo amministrativo.

Com'è noto, le norme della CEDU hanno avuto, in primo luogo, l'effetto di rendere necessaria l'introduzione di un rimedio interno per la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo; uno strumento, cioè, che consentisse al singolo «un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale» per far valere la lesione (così come richiesto dall'art. 13 CEDU). Tale rimedio è quello istituito dalla c.d. legge Pinto (la n. 89 del 24.3.2001), la quale detta una disciplina interna per il risarcimento dei danni da «irragionevole durata» del processo, prevedendo il diritto ad una «equa riparazione» dei danni subiti «per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione» (art. 2, comma 1).

I problemi sul fronte risarcitorio attengono, dunque, oggi, non già all'inesistenza di una disciplina interna che riconosca tale diritto, ma piuttosto alle modalità della sua applicazione. Alcune posizioni restrittive assunte, infatti, dalle istanze nazionali, fanno sì che queste ultime non sempre si rivelino adeguate. Da parte dei giudici interni si possono, cioè, constatare alcuni tentativi di limitare il riconosci-

⁵¹ Si consideri che il tema degli incarichi extra-giudiziari è assai delicato, rispetto al requisito dell'imparzialità del giudice, non soltanto per quanto attiene al rapporto tra il magistrato e l'Amministrazione, ma anche per le sue possibili relazioni con le parti private e con i loro legali. Si pensi, ad esempio, alla nomina in collegi arbitrali, che ha, usualmente, una notevole rilevanza economica, ed è normalmente effettuata, sia pur non direttamente, dalle parti in contesa. Anche su tale punto, sia consentito il rinvio a M. MENGOZZI, *Giusto processo*, cit., 177 ss.

mento dell'equa riparazione, adottando delle interpretazioni della disciplina convenzionale diverse da quelle adottate dalla Corte europea e più sfavorevoli per il singolo destinatario.

Si deve, tuttavia, altresì riconoscere che le modalità con le quali opera la Convenzione, ed il forte collegamento con quest'ultima creato dalla stessa legge Pinto, hanno finito spesso per condurre la giurisprudenza nazionale ad adeguarsi, dopo qualche tempo, alle indicazioni provenienti dal livello sovranazionale⁵². Chi non si consideri soddisfatto dell'indennizzo riconosciutogli dal giudice interno, infatti, ben può successivamente agire anche davanti alla Corte europea.

L'adeguamento alle indicazioni provenienti da quest'ultima, tuttavia, non è sempre immediato né agevole.

Una vicenda che riguarda specificamente il processo amministrativo e che appare estremamente significativa è quella relativa al problema del rilievo da attribuire, in sede di valutazione della domanda di equa riparazione, all'utilizzazione da parte del ricorrente della c.d. istanza di prelievo, istituto tipico di tale tipologia processuale ed oggi espressamente contemplato dall'art. 71, comma 2, c.p.a.⁵³, attraverso il quale si può sollecitare la fissazione del ricorso, segnalandone la particolare urgenza.

Nelle prime occasioni di applicazione concreta della legge Pinto al giudizio amministrativo, la Cassazione aveva, infatti, attribuito all'utilizzazione di tale strumento processuale un rilievo determinante nel giudizio sull'equa riparazione, considerando addirittura che il *dies a quo* del computo del termine di durata del giudizio, dovesse decorrere, nei processi amministrativi, non già dal momento dell'instaurazione del giudizio o della domanda di fissazione dell'udienza, ma piuttosto da quello di presentazione dell'istanza di prelievo⁵⁴.

Si trattava di una impostazione che si prestava a più di una critica, anche dal punto di vista del diritto interno. Il suo ripensamento e superamento è stato, però, comunque imposto dall'esigenza di uniformarsi agli orientamenti in senso opposto espressi in materia dalla Corte di Strasburgo. Essa, invero, non ha affrontato espressamente il punto, ma in diverse occasioni⁵⁵ – pur dando atto della presentazione da parte del ricorrente, dopo un certo numero di anni, di una istanza di prelievo – ha preso in considerazione, ai fini del computo della durata del processo, l'intero periodo della pendenza e non soltanto quello successivo a detta istanza.

⁵² Il fenomeno ha riguardato diversi ambiti processuali e numerosi casi possono essere citati come esempi. Tra tutti, resta particolarmente significativo l'importante gruppo di decisioni della Cass. civ., SS.UU., 26.1.2004, n. 1338, 1339, 1340, 1341, assunte già prima delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, e giunte al termine di una vicenda lunga e complessa. In esse, si trova anche l'espressa affermazione che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interpretazione dell'art. 6 CEDU «si impone» ai giudici nazionali, i quali sono tenuti ad applicare la legge italiana in materia, per quanto possibile, conformemente alla Convenzione stessa ed agli orientamenti della relativa Corte (sentt. nn. 1339 e 1341).

⁵³ L'istituto è assai più risalente, ma la sua disciplina ed utilizzazione era affidata alla prassi, non essendo tale istanza espressamente contemplata nelle previgenti norme processuali.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I 5.11.2002, n. 15445; Id., 17.4.2003, n. 6180; Id., 1.12.2004, n. 22503.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, le decisioni del 19.2.2002, nei casi *Abate e Ferdinandi c. Italia* e *Polcari e Donato c. Italia*.

Il giudice nazionale ha, dunque, mutato il proprio indirizzo, giungendo ad affermare, in modo del tutto condivisibile ed in linea con la giurisprudenza della Corte EDU, che il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda giudiziale nasce con l'instaurazione del giudizio e non è sospeso né differito a causa della presenza di strumenti sollecitatori, né il mancato utilizzo di questi ultimi può valere a trasferire sulle parti le responsabilità del superamento del termine congruo per l'emanazione della decisione⁵⁶. Semmai, il comportamento scarsamente «attivo» della parte potrà rilevare ai fini della quantificazione del risarcimento, o della valutazione della «complessità» del caso, ma non può in nessun caso giungere ad escludere l'indennizzo, facendo venire meno il dovere per lo Stato di concludere il processo in tempi adeguati.

In tale quadro, non può non destare stupore – o, piuttosto, suscitare qualche preoccupazione – la constatazione che, di fronte a tale evoluzione della giurisprudenza in materia, sia intervenuto il legislatore a segnare un deciso passo indietro nel rispetto da parte del nostro Paese delle norme convenzionali.

Così, l'art. 54 del d.l. 25.6.2008, n. 112 (convertito con modificazioni in legge 6.8.2008, n. 133 e, poi, modificato dal nuovo c.p.a. di cui al d.lgs. n. 104/2010), ha stabilito che «*La domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 24 marzo 2001, n. 89, non è stata presentata l'istanza di prelievo di cui all'articolo 81, comma 1, del codice del processo amministrativo, né con riguardo al periodo anteriore alla sua presentazione*». Di fronte a tale previsione legislativa, la giurisprudenza interna sembra essersi adeguata⁵⁷. Si tratta, però, di una disposizione di dubbia legittimità costituzionale, quantomeno rispetto all'art. 117, primo comma, Cost.; e che espone l'Italia alla responsabilità internazionale per violazione della Convenzione davanti alla Corte e.d.u., dal momento che quest'ultima, pur non avendo ancora affrontato il punto espressamente, continua – anche nelle decisioni più recenti – a considerare quale *dies a quo* la data di deposito del ricorso, senza dare alcun rilievo a quella di presentazione dell'istanza di prelievo⁵⁸.

Accanto a queste difficoltà applicative, i rimedi offerti dalla legge Pinto presentano anche ulteriori profili di inadeguatezza con riguardo ai tempi eccessivamente lunghi di esecuzione delle relative sentenze, che ritardano di molto l'effettivo ottenimento dell'indennizzo da parte del danneggiato. Il punto è giunto all'attenzione della

⁵⁶ Cass. civ., sez. I, 13.12.2004, n. 23187. V. poi anche, nello stesso senso, Cass. civ., SS.UU., 23.12.2005, n. 28507. Nella prima di tali decisioni, peraltro, la Corte di cassazione – dopo aver richiamato l'indirizzo della Corte di Strasburgo – afferma espressamente la rilevanza di quest'ultimo «in quanto inerente alla determinazione del fatto costitutivo del diritto all'indennizzo individuato dalla legge n. 89 del 201 *per relationem* tramite il richiamo dell'art. 6 della Convenzione», ed aggiunge che tale orientamento «deve essere seguito dal giudice italiano, sia pure nei limiti consentiti dalla stessa legge n. 89 del 2001, per effetto dell'adesione dell'Italia a detto Accordo internazionale (con la legge di ratifica 4 agosto 1955, n. 848) anche nella parte in cui ne affida al giudice europeo l'interpretazione, come già affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte con sentenza 26 gennaio 2004, n. 1341».

⁵⁷ Per esempio, v. Cass. civ., sez. I, sentenza 17.12.2010, n. 25572; cfr. anche Cass. civ., sez. I, 10.10.2008, n. 24901, che, però, non dà applicazione alla nuova norma in virtù del principio *tempus regit actum*.

⁵⁸ Da ultimo, v. la decisione *Volta c. Italia* del 16.3.2010.

Corte di Strasburgo, anche nei suoi termini più generali: essa, in simili occasioni, ha condannando l'Italia per l'eccessivo ritardo nell'esecuzione della sentenza sull'equo indennizzo e non, invece, per i profili di più ampio rilievo, «assolvendo» il nostro Paese in relazione all'art. 13 CEDU (diritto ad un rimedio effettivo a livello nazionale), in base alla considerazione che, quando uno Stato compie un passo significativo per introdurre un rimedio interno compensatorio – come è stato fatto con la legge Pinto –, occorre valutare con una certa ampiezza i tempi necessari per organizzare e far funzionare il nuovo procedimento. La Corte, non di meno, ha segnalato l'esistenza di un problema nel funzionamento di questo rimedio, pur ritenendo di non poterlo considerare «per il momento» come strutturalmente inadeguato⁵⁹.

Occorre, però, per il futuro, prestare attenzione al miglioramento di tali procedimenti.

Un ulteriore effetto delle ripetute condanne dell'Italia sul tema è stato quello di indurre il legislatore alla ricerca di formule processuali più veloci, che consentano di abbreviare i tempi medi di svolgimento dei processi.

Anche su tale fronte gli esiti sono stati incisivi, ma non sempre le soluzioni trovate appaiono pienamente condivisibili, sotto vari aspetti.

Destano, ad esempio, qualche perplessità le previsioni, evidentemente volte a ridurre gli arretrati, ed ormai entrate a pieno titolo nel nostro sistema giustizia amministrativa, attraverso le quali si impone alle parti, trascorso un certo termine (cinque anni) dal deposito del ricorso senza che sia stata ancora fissata l'udienza di discussione, l'onere di «confermare» l'interesse alla decisione, pena la perenzione dello stesso (art. 82 c.p.a.; ma v. anche l'art. 1, all. 3). La «pericolosità» di tali norme è in qualche modo mitigata dalla previsione di un *iter* che garantisce alle parti alcune tutele (quali, ad esempio, la previsione che debba essere la segreteria del tribunale ad comunicare loro, con apposito avviso, la necessità della nuova domanda di fissazione udienza, sottoscritta personalmente dalla parte e dal suo difensore); ma resta piuttosto incongrua l'imposizione di nuovi oneri, a pena di perenzione, a coloro i quali abbiano proposto un ricorso e siano già stati «vittime» di tempi eccessivamente lunghi di attesa.

Anche l'idea di creare «corsie preferenziali» per alcune tipologie di ricorsi, soggette a «rito abbreviato» (quali quelle di cui all'art. 119 c.p.a.), comporta dei rischi e si espone ad alcune critiche. A parte ogni rilievo sui criteri adottati per individuare le materie sottoposte a tale accelerazione, siffatte scelte rischiano comunque di determinare un ulteriore rallentamento di tutte le altre tipologie di giudizi, sostanzialmente «monopolizzando» l'attenzione dei giudici e richiedendo una concentrazione di lavoro tale all'interno della magistratura amministrativa da rendere impossibile il tempestivo svolgimento delle altre cause. Le controversie per le quali non sia stata creata una corsia preferenziale ne risultano, in definitiva, doppiamente penalizzate⁶⁰.

⁵⁹ Sentenza del 31.3.2009, *Simaldone c. Italia*.

⁶⁰ V. i rilievi critici svolti da S. GIACCHETTI, *La riforma infinita del processo amministrativo*, Relazione al convegno svoltosi il 24.6.1999 presso il TAR del Lazio, pubblicata sul sito internet www.lexitalia.it, il quale rileva a proposito di tale scelta – già contenuta, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, in altre norme analoghe a quella citata nel testo – che essa «aumenta solo

Le stesse scelte inerenti ad alcune particolari tipologie processuali «accelerate» destano più di una perplessità, anche in relazione all'esigenza del rispetto delle altre garanzie processuali (contraddittorio, parità delle parti, effettività della tutela), in quanto la tensione tra le due opposte necessità non sembra sempre opportunamente composta dal legislatore⁶¹.

In questo quadro, anche la possibilità – prevista per qualsiasi tipo di processo amministrativo – che il giudice definisca il giudizio già in esito all'udienza cautelare, in camera di consiglio, *ex art. 60 c.p.a.*, ha dovuto essere accompagnata da una serie di garanzie⁶², il cui rispetto deve essere attento e rigoroso, perché l'intento acceleratorio non può andare a detrimento del rispetto degli altri diritti processuali. Si può, poi, esprimere qualche dubbio sull'utilizzazione del rito camerale per la decisione definitiva del ricorso, sia in relazione al carattere sommario della cognizione che caratterizza tale fase⁶³, sia in relazione al mancato rispetto della regola della pubblicità dell'udienza che discende dall'art. 6 CEDU⁶⁴. Su tale ultimo punto, invero, occorre riconoscere che la giurisprudenza della Corte EDU è apparsa piuttosto «morbida» nell'applicazione di tale garanzia, ritenendo che essa possa sopportare delle eccezioni sia in vista della natura tecnica e prevalentemente scritta del processo (come, del resto, accade quasi sempre nei giudizi amministrativi), sia in relazione agli imperativi di efficacia ed economia della tutela; per cui, laddove il procedimento si sia svolto nel rispetto di tutte le altre garanzie, la mancata pubblicità dell'udienza può considerarsi giustificata⁶⁵. Gli orientamenti della Corte di Stra-

l'effettività relativa della giustizia di alcune controversie a danno delle altre». Attraverso la creazione di siffatte corsie preferenziali, cioè, «determinati interessi pubblici, guarda caso coincidenti con quelli di determinati settori forti del mondo economico, acquistano il diritto di precedenza su altri interessi pubblici, guarda caso coincidenti con quelli deboli dei comuni mortali; interessi questi ultimi che vengono così relegati in un limbo senza tempo e senza speranza».

⁶¹ A titolo meramente esemplificativo (in quanto una disamina completa dei problemi recati da tali tipologie processuali esulerebbe dai limiti del presente lavoro) si può citare la previsione di cui all'art. 123 c.p.a. per cui al giudice amministrativo spetta l'applicazione di sanzioni alternative, nel caso di mantenimento dell'efficacia del contratto risultante da una gara viziata, «assicurando il rispetto del principio del contraddittorio» (comma 2): a tale riguardo, v. infatti le molte perplessità espresse dalla dottrina – oltre che sulla stessa attribuzione di tali poteri al giudice amministrativo – sulla scelta stessa di «attrarre» nel rito accelerato anche tali questioni, osservando come «rivelì ardui profili applicativi la coniugazione del carattere di celerità che connota il rito in questione con le esigenze di difesa che il pur sintetico riferimento al principio del contraddittorio inevitabilmente postula»: R. POLITI, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul tema, cfr. anche, tra i molti, M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel Codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in *Federalismi.it*, n. 14/2010.

⁶² Il giudice può precedere solo una volta accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, e qualora nessuna di esse dichiari di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, o regolamento di competenza o di giurisdizione.

⁶³ Cfr. A. LAMBERTI, *Il ricorso avverso il silenzio*, in V. CERULLI IRELLI, *Verso il nuovo processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2000, 239 ss., con riferimento ad analoghe previsioni già esistenti nella disciplina pre-codicistica.

⁶⁴ L'utilizzazione del rito camerale per la decisione definitiva non è limitata all'ipotesi di cui all'art. 60 c.p.a., ma caratterizza anche alcuni procedimenti speciali quali quelli indicati dall'art. 87, comma 2, c.p.a. Le relative problematiche, dunque, si estendono anche a tali ulteriori casi.

⁶⁵ V. sentenza *Udorovic c. Italia*, già sopra citata.

sburgo, quindi, non sembrano tali, per ora, da creare problemi di legittimità «convenzionale» della norma in questione.

Resta, comunque, l'impressione complessiva che gli interventi realizzati dal legislatore per fronteggiare il problema dell'eccessiva durata dei processi, nel nostro Paese, siano stati soltanto parziali e non sempre del tutto felici, essendo rivolti ad agire frammentariamente, sul piano della riduzione dei tempi di alcune singole tipologie, piuttosto che su un piano più generale e strutturale, realizzando, ad esempio, l'auspicato aumento dell'organico dei magistrati⁶⁶.

Abstract

The Influence of the ECtHR Case-Law on the Italian Regulation of Administrative Trial

The paper examines the influence of the ECtHR case-law on the administrative trial national regulation (recently modified by the new administrative trial Code, adopted by Leg. decree 2.7.2010, n. 104). The most critical aspects of the administrative trial regulation concern, under different aspects, the requirement of the tribunal's impartiality.

First of all, there is the problem of the bias that can derive from the fact that the same judge is called to decide the same question in different phases of the trial: the judge could appear «conditioned» not to deny what previously already stated. The ECtHR case-law on that point had a strong influence on internal Italian law about incompatibility, abstention or challenging of the judge, especially in penal trial. As for the administrative trial, this influence has been less evident, but yet considerable.

Secondly, it is taken into consideration the compatibility of Article 6 of European Convention on Human rights with an organizational decision that characterizes many States taking part in the Convention: having an institution that exercises both judicial and advisory functions in respect of the Government (like it happens in our system for the Council of State or the Court of Accounts).

In third place, there comes the theme of the appointment by the Government of some members of the Council of State and of extrajudiciary assignment of administrative judges. On this last point, the *Sacilor Lormines* decision shows aspects of particular interest with regard to the possible violation of impartiality rule deriving from extrajudiciary assignment.

Lastly, some remarks have been made on the delicate point of the reasonable length of the trial with regard to administrative procedure.

⁶⁶ V. i dati riportati da F. AULETTA, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 957 ss.