



Facoltà di Giurisprudenza

Scuola Dottorale in “Diritto Europeo, Storia e Sistemi Giuridici per l’Europa”

Sezione - Diritto amministrativo - ciclo XXII

Anno accademico 2009/2010

Tesi dottorale in Diritto Amministrativo

IL GIUSTO PROCESSO AMMINISTRATIVO

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli

Dottorando:

Anton Giulio Pietrosanti

INDICE

CAPITOLO I

L'affermazione del principio del “giusto processo” nell’ordinamento costituzionale italiano.

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 1. Diritto, Giustizia e Processo. Il processo come “celebrazione di giustizia” | 5 |
| 2. La situazione statunitense: la clausola del <i>due process of law</i> come antecedente storico del principio del “giusto processo” | 9 |
| 3. La situazione europea: l’importanza della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea | 14 |
| 4. La situazione italiana: il principio del “giusto processo” nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale italiana anteriore alla revisione dell’art. 111 Cost. | 34 |
| 5. La costituzionalizzazione del principio del “giusto processo” nel quadro dei “ <i>principi supremi</i> ” della Costituzione | 43 |
| 6. Il problema della riserva di legge | 60 |

CAPITOLO II

La terzietà e imparzialità del giudice amministrativo.

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 1. Imparzialità e indipendenza | 73 |
| 2. Il problema del cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali | 88 |
| 3. La nomina governativa | 94 |

| | |
|--|-----|
| 3.1 (Segue) La composizione “ <i>mista</i> ” del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia..... | 97 |
| 4. Gli incarichi extra-giudiziari..... | 101 |
| 4.1 (Segue) La partecipazione dei magistrati amministrativi nei collegi arbitrali..... | 103 |
| 5. La ricusazione..... | 108 |
| 6. La c.d. “forza della prevenzione”..... | 110 |

CAPITOLO III

La dimensione temporale del “giusto” processo amministrativo: la “ragionevole durata”, la “tutela del contraddittorio” e la “parità delle parti”.

pag.

| | |
|--|-----|
| 1. Premessa sulla “ <i>ragionevole durata</i> ” del processo amministrativo..... | 115 |
| 2. La parità “temporale” delle parti..... | 126 |
| 2.1 La sperequazione temporale nei confronti del ricorrente principale..... | 128 |
| 2.2 La sperequazione temporale nei confronti del controinteressato..... | 130 |
| 2.3 Le sperequazioni temporali derivanti dal rito “ <i>superaccelerato</i> ” ex art. 20, commi 8 e 8 <i>bis</i> , del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008..... | 137 |
| 3. Sugli strumenti processuali volti a garantire una tempestiva definizione dei giudizi: problemi di ponderazione con gli altri principi del “ <i>giusto processo</i> ”..... | 142 |
| 3.1 Le sentenze in forma semplificata e l’obbligo di motivazione dell’atto giudiziario..... | 143 |
| 3.2 L’obbligo di motivazione e la c.d. tecnica dell’assorbimento dei motivi..... | 149 |

| | | |
|--------------------------|---|------------|
| 3.3 | Il rito accelerato <i>ex art. 23 bis</i> della legge n. 1034/71..... | 151 |
| 3.4 | I termini processuali nel recepimento della direttiva comunitaria 2007/66..... | 157 |
| 3.4.1 | (<i>Segue</i>).La problematica del c.d. “ <i>stand still period</i> ”..... | 160 |
| 4. | La perenzione..... | 168 |
| 5. | La domanda di equa riparazione..... | 173 |
| 6. | Il problema dell’arretrato e la soluzione delle sezioni stralcio..... | 186 |
| 7. | Il Processo amministrativo telematico..... | 191 |
| 8. | La concentrazione della tutela ai fini della ragionevole durata del processo: la giurisdizione sulla sorte del contratto, la pregiudiziale amministrativa e la <i>traslatio iudicii</i> | 192 |
| BIBLIOGRAFIA..... | | 207 |

CAPITOLO I

L'affermazione del principio del “*giusto processo*” nell'Ordinamento costituzionale italiano.

SOMMARIO: 1. Diritto, Giustizia e Processo. Il processo come “*celebrazione di giustizia*”. – 2. La situazione statunitense: la clausola del *due process of law* come antecedente storico del principio del “*giusto processo*”. – 3. La situazione europea: l'importanza della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. – 4. La situazione italiana: il principio del “*giusto processo*” nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale italiana anteriore alla revisione dell'art. 111 Cost. – 5. La costituzionalizzazione del principio del “*giusto processo*” nel quadro dei “*principi supremi*” della Costituzione. – 6. Il problema della riserva di legge.

I. Diritto, Giustizia e Processo. Il processo come “*celebrazione di giustizia*”.

Tra le disposizioni della Carta costituzionale dedicate alla giurisdizione, deve attribuirsi ruolo centrale all'art. 24 della Costituzione secondo cui “*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi*”¹.

La prima indicazione che possiamo ricavare dal testo di questa fondamentale disposizione costituzionale è quella del giudizio come attività finalizzata alla tutela delle posizioni soggettive dei singoli membri di una collettività².

¹ Cfr. L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970.

² Si ricorda a tal proposito il significativo monito di Calamandrei il quale, evidenziando il legame esistente tra il diritto costituzionale e processuale, affermava che tutte le libertà sono vane se non si possono rivendicare e difendere in giudizio e se l'Ordinamento di questo giudizio

Ma cosa s'intende, precisamente, con l'espressione "tutela dei diritti"? In estrema sintesi, sarà sufficiente ricordare che il termine "tutela" viene indicato come sinonimo di "protezione" e quindi va inteso nel senso di reazione ad un pericolo o ad un attacco: "agire in giudizio", dunque, vuol dire reagire alla lesione o alla violazione arrecata ad un proprio diritto o interesse.

Il processo pertanto può definirsi come lo strumento predisposto dall'Ordinamento per consentire ai privati di eliminare una situazione di pericolo o di incertezza che impedisce il soddisfacimento di un determinato interesse. Anche lo Stato, però, attraverso il processo persegue l'obiettivo di ripristinare l'ordine eliminando quei contrasti sociali che impediscono la corretta attuazione della legge e pregiudicano il sereno svolgimento della vita sociale³.

Di tal ch  la giurisdizione non riguarda esclusivamente il singolo individuo che intende tutelare un suo diritto o conseguire un determinato bene della vita, ma coinvolge l'intero Ordinamento giuridico in quanto   solo mediante il giudizio che il diritto pu  realizzarsi come effettiva regola dell'agire umano⁴.

Proprio la chiara consapevolezza della giurisdizione come strumento di attuazione dell'Ordinamento nella concreta esperienza dei singoli individui (dalla pi  semplice alla pi  complessa) ha portato

non si fonda sul rispetto della persona umana che riconosce in ogni uomo una coscienza libera unica responsabile davanti a se stessa e perci  inviolabile (cos  P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 273).

³ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile* (ristampa) Napoli, 1982, 13 e ss.; FRANCHI, *Giurisdizione civile*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1993, 1278 e ss.

⁴ Cfr. F. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano 1970, p.222, il quale osserva che "se l'Ordinamento vive nel concreto, l'azione, la comune azione di tutti gli uomini,   l'Ordinamento, perch  nell'azione si chiude il ciclo che si   idealmente iniziato con la posizione della norma. L'azione giudiziaria viene dopo, e proprio perch  l'azione spontanea non si   determinata, l'Ordinamento   rimasto, per cos  dire, campato nell'aria, e deve, assolutamente deve, ritrovare nella terra la sua realt ".

un'autorevole dottrina a definire il processo come “vera celebrazione di giustizia” - sia in relazione alle finalità che attraverso il giudizio si vogliono conseguire, che alle modalità previste per giungere ad esse - potendosi ravvisare in esso “l'unico momento in cui la giustizia (.....) appare sul piano empirico a regolare i rapporti concreti della vita”⁵.

Ne consegue che, per giungere ad una giusta composizione della lite, non si potrà, ad esempio, tutelare l'interesse del singolo se non garantendo anche la posizione di colui nei cui confronti si invoca l'intervento del giudice: si pensi, ad esempio, alla posizione della parte resistente e/o dei terzi nel processo amministrativo, così come del convenuto nel processo civile o ancora dell'imputato nel giudizio penale.

Da ciò l'ulteriore e ovvio corollario che se il processo è “celebrazione di giustizia”, si dovranno risolvere i problemi che riguardano, in primo luogo, la sua organizzazione; problemi che all'evidenza manifestano tutta la loro complessità in quanto il processo, lungi dal costituire una semplice sequenza di operazioni tecniche finalizzate al raggiungimento di un qualche risultato pratico, rappresenta – come si è visto – innanzitutto un elemento essenziale per la stessa esistenza e attuazione dell'Ordinamento giuridico in sé.

⁵ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, p.154 e ss il quale afferma che “la vita con maggiore o minore chiarezza ha sempre riconosciuto che nel processo si attua un profondo e centrale valore dell'esperienza. La storia dimostra che la vita non ha mai considerato il processo come una mera questione di tecnica o di organizzazione esteriore; la vita si è resa conto del sostanziale contenuto dell'interesse apparentemente tecnico del processo, e ha volte ha visto in esso la parte che spetta al soggetto singolo, alla sua autonomia, e quindi al processo come attuazione dei diritti individuali, della proprietà e della libertà; a volte la parte che spetta alla effettiva ed uguale Attuazione dell'Ordinamento, più che alla libertà e all'uguaglianza. Ma sempre ha visto nel processo l'attuazione di un valore obiettivo, del diritto come valore positivo; o che abbia riguardato questo valore nella sua posizione di unità o che l'abbia riguardato nella sua posizione di autonomia della singola personalità, essa ha visto il processo come momento nel quale il diritto entra a formare il concreto”.

A tal proposito, merita invero ricordare che, secondo un altro autorevole orientamento dottrinale, l'organizzazione strutturale del giudizio, avendo come scopo fondamentale “*non qualsiasi risoluzione autoritaria del litigio, ma la decisione di essa secondo verità e secondo giustizia*”⁶, avrebbe dovuto fondarsi sul rispetto di alcuni basilari principi di civiltà giuridica quali l'imparzialità e terzietà del giudice, il contraddittorio e l'effettiva parità delle parti, la motivazione delle decisioni⁷.

Tali ultimi rilievi possono pertanto considerarsi il punto di partenza dal quale si è sviluppata la riflessione della dottrina italiana circa la possibilità di rinvenire nel nostro sistema giuridico un principio del “*giusto processo*” di rango costituzionale che in quanto tale sia in grado di influire sulla legittimità della disciplina di ogni tipo di processo giurisdizionale⁸.

⁶ Cfr. P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 283 per il quale “*se il processo deve soltanto garantire la pace sociale, troncando a tutti i costi il litigio con una soluzione di forza, qualunque sbrigativo procedimento, purché abbia una certa solennità formale che porti l'impronta dell'autorità può servire a questo scopo; anche il giudizio di Dio o il metodo seguito dal giudice di Rabelais che solennemente pesava sulla bilancia i fascicoli dei due litiganti e si regolava dando ragione a quello che pesava di più. Ma se a scopo del processo si pone, non qualsiasi risoluzione autoritaria del litigio, ma la decisione di essa secondo verità e secondo giustizia, allora anche i congegni processuali devono adeguarsi a queste indagini assai più delicate e profonde, e l'interesse del processo si concentra nei metodi di queste ricerche, e si addentra senza più accontentarsi delle forme esterne, nei sottili meandri logici e psicologici della mente a cui queste ricerche sono affidate*”.

⁷ Cfr. P. CALAMANDREI, *Op. cit.*, p.46 e ss, nonché p.122 dove l'Autore afferma che “*le parti sono persone, cioè soggetti di doveri e di diritti; e stanno di fronte al giudice non come sudditi, oggetti di supremazia tenuti ad obbedire passivamente, ma come cittadini liberi ed attivi che di fronte al giudice hanno non solo doveri da adempiere, ma anche diritti da far rispettare; e il giudice di fronte a loro non è soltanto un'autorità fornita di poteri, ma un funzionario legato da doveri e da responsabilità di fronte alle parti che hanno diritto di far liberamente valere le loro ragioni e di essere attentamente ascoltate*”. Sul pensiero di Calamandrei si vedano le considerazioni svolte da TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p.949 e ss.

⁸ Sulla distinzione tra procedimento e processo e sulle diverse specie di processi, cfr. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano 1986, il quale dopo aver affermato che “*c'è processo quando in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l'autore deve tener conto, i cui risultati cioè, egli può attendere ma non ignorare*”, ha individuato tra le diverse tipologie processuali “*i processi nei quali si svolge la giurisdizione, cioè lo Stato adempie, per ministero dei suoi giudici, al compito fondamentale di*

2. La situazione statunitense: la clausola del *due process of law* come antecedente storico del principio del “giusto processo”.

Nel ripercorrere le tappe che hanno portato verso l’affermazione a livello costituzionale del principio del “*giusto processo*”, occorre anzitutto prendere le mosse dalla nota clausola del “*due process of law*” che trovò le sue più antiche (ancorché implicite) origini nelle disposizioni contenute nella *Magna Charta Libertatum* del 1215 la quale, ponendo dei limiti alle tradizionali prerogative cui godeva il sovrano nei rapporti con i sudditi, stabiliva che nessun uomo libero poteva essere catturato, imprigionato, nonché privato dei suoi beni o comunque rovinato e perseguitato se non in base ad un giudizio legale da parte dei suoi pari o in base alla legge del Paese⁹.

Dopo qualche secolo, la stessa clausola subì una più chiara e precisa enunciazione nella Costituzione federale statunitense del 1787, sia attraverso l’inserimento nel 1798 del V Emendamento in cui si sanciva espressamente che “*no person shallbe deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”¹⁰; sia mediante

rendere giustizia (in materia civile, in materia penale, in materia amministrativa, in materia costituzionale)”.

⁹ Cfr. E.D. RE, *Due process of law*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1; M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”)*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284 e ss.; E. COUTURE, *La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p.81 e ss.; G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, in *Rass. Parl.*, 1999, 539, il quale spiega come “*dalle istanze che mossero alla conquista della carta e, soprattutto, da quanto in essa fu scritto, sia riconoscibile almeno qualcuno dei tratti salienti del movimento storico che, dalla formulazione astratta e dagli ideali di libertà e di uguaglianza, ha provato, dalla seconda metà del XVIII secolo, a infondere quei principi nel vissuto umano di buona parte dell’occidente*”.

¹⁰ Il testo completo del citato Emendamento dispone che “*non person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia when actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against*

l'introduzione nel 1868 del XIV Emendamento che vietava ai singoli Stati federali di incidere sui diritti fondamentali dei cittadini in modo arbitrario e senza rispettare le garanzie connesse al *due process of law*¹¹.

L'ampiezza di tali statuizioni consentì alla Corte Suprema statunitense di interpretare in maniera estensiva la clausola del *due process of law* ottenendo da essa, non solo delle garanzie di carattere meramente processuale (che furono usate per vagliare la legittimità costituzionale di qualsiasi procedimento giurisdizionale), ma anche delle garanzie di natura "sostanziale" che permisero di regolare più in generale l'azione dello Stato affinché esso non recasse nocimento ai singoli membri della comunità e non desse luogo ad ingiuste discriminazioni¹².

Il *due process of law* (anche attraverso l'attività interpretativa della Corte Suprema) manifestò quindi tutta la sua duplice essenza concettuale: per un verso quella di stampo "*processuale*" (c.d. "*procedural due process of law*") volta ad affermare un *fair trial* e un *fair hearing* per la tutela della *property* (ma anche della *life* o della *liberty*) del cittadino che si difende dalle altrui pretese o che

himself, nor be deprived of life, liberty or property without process of law; nor shall private property be taken for public use without compensation".

¹¹ L'Emendamento in parola prevede testualmente che "*All person born or naturalised in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws*".

¹² Venivano ad esempio fatte rientrare nel concetto del *due process* le garanzie processuali che erano già presenti nel *Bill of rights* (diritto alla giuria, diritto di controinterrogare i testimoni, diritto al patrocinio di un legale e quello ad un processo celere, diritto dell'imputato a non essere chiamato a deporre) e quelle che invece, pur non essendo espressamente menzionate, venivano comunque ricavate a livello interpretativo, sia nel campo penale (come ad esempio la garanzia della prova "al di là di ogni ragionevole dubbio" per tutti gli elementi di un capo d'accusa; l'obbligo dell'autorità di informare l'accusato sul proprio diritto al silenzio ed all'assistenza di un difensore; il diritto di chi si trovi in situazione di indigenza al patrocinio legale gratuito; il diritto ad un processo in udienza pubblica; il diritto ad un giudice neutrale ed imparziale; il divieto di utilizzare nel processo le prove acquisite illegittimamente, in violazione dei diritti; una serie di doveri rispetto alla condotta processuale del rappresentante della pubblica accusa) che civile (quale, a mero titolo esemplificativo, il diritto ad essere ascoltato in udienza, il diritto alla prova ecc).

agisce in giudizio per la tutela delle proprie ragioni¹³; per altro verso quella di carattere “sostanziale “ (c.d. “*substantive due process of law*”) che, insieme al principio di uguaglianza (anch’esso sancito nel XIV Emendamento attraverso la c.d. “*equal protection clause*”), è stata utilizzata dalla Corte Suprema statunitense per esercitare una sorta di sindacato costituzionale di ragionevolezza sul contenuto delle leggi (che, nello specifico, ha consentito di dichiarare l’illegittimità costituzionale di alcune leggi, relative, ad esempio, alla fissazione di tariffe per il trasporto su ferrovie private, nonché alla fissazione di salari minimi per donne e bambini ecc)¹⁴.

¹³ Del resto la necessità di un diritto ad un corretto procedimento giurisdizionale che si sviluppi in “*forma legale*” derivava proprio dall’importanza che nella tradizione anglosassone aveva assunto il rapporto tra diritto e processo: rapporto secondo il quale, qualsiasi diritto attribuito o riconosciuto dalle norme sostanziali, ove non fosse stato suscettibile di *enforcement* giurisdizionale ad iniziativa del titolare, sarebbe stato considerato concretamente vano Cfr. L.P. COMOGLIO, *La garanzia*, p. 121 che richiama l’intervento del giudice Venderbilt, in *Conference on Freedom and the law*, Chicago, 1953, 68.

¹⁴ Così, M. MENGOZZI, *op. cit.*, 82 che riporta una serie di pronunce risalenti ai primi anni del secolo scorso in cui la Corte Suprema ha fondato le sue dichiarazioni di illegittimità costituzionale proprio sulla violazione del principio del *due process of law* (nel suo significato sostanziale). In buona sostanza, ma con i giusti accorgimenti, si tratterebbe di una sorta di sindacato analogo a quello svolto dalla Corte costituzionale italiana sulla base del principio di ragionevolezza. Su quest’ultimo profilo si registrano, a partire dagli anni 60, numerose sentenze della Corte costituzionale. Particolarmente interessante, al riguardo, è la sentenza n. 69 del 1962 in cui la Corte ha ritenuto che un precetto costituzionale (nel caso di specie l’art. 18 Cost) può considerarsi violato in tutti i casi in cui “*il fine pubblico che si dichiara di perseguire sia palesemente arbitrario, pretestuoso e artificioso e di conseguenza arbitrario, pretestuoso e artificioso il limite che si pone a quella libertà definita come si è ora visto. Il che può accadere quando si assumano come pubbliche finalità la cui natura privata non possa essere in alcuna guisa modificata o assunta a pubblica, o come quando il fine pubblico si aggiunga alle finalità private manifestamente come pretesto per sottrarle alla libera decisione degli interessati di perseguirle in questa o quella forma*”.

Nel prosieguo, le decisioni della Consulta in ordine alla ragionevolezza delle scelte del legislatore presentano una notevole varietà di criteri e di valutazioni che non è possibile ricondurre ad un unico denominatore comune dovendosi, al contrario, procedere ad un accurata differenziazione in relazione alla concreta soluzione interpretativa adottata nella singola pronuncia. Ed invero, in alcune sentenze relative all’art. 3 Cost, è lo stesso principio di uguaglianza ad essere adoperato come parametro implicante il divieto di arbitrarie distinzioni normative, mentre in altre decisioni sembra che la Corte voglia tener separati uguaglianza e ragionevolezza (cfr. Cort. cost., 31 dicembre 1993, n. 495 in *Giur. cost.* 1993, 3975 e ss dove il contrasto della norma impugnata con l’art. 3 Cost viene prospettato sia “*sotto il profilo della irragionevolezza che della disparità di trattamento*”).

In diverse pronunce relative ai limiti che possono essere imposti alla libertà di associazione *ex art.* 18 Cost. si è poi statuito che tali limiti devono essere “*costituzionalmente giustificati*” e non devono incidere sul “*contenuto essenziale e tipico*” del diritto (cfr. Cort. cost., 25 novembre 1993, n. 417, *Giur. cost.*, 1993, 3447).

Questa duplice natura della clausola del *due process of law* e la sua intrinseca flessibilità¹⁵, pur determinando qualche difficoltà nel raggiungere una precisa e generale definizione dogmatica, consentirono sostanzialmente all'interprete di riscontrare delle violazioni della clausola, non solo tutte le volte in cui le modalità tecniche di esercizio dei poteri processuali fossero ritenute "irragionevoli", ma anche quando "la configurazione stessa dei substantive rights, nella sua incidenza sulla possibilità di provarne in giudizio l'esistenza, fosse tale da pregiudicarne la tutela, condizionando <irragionevolmente> l'esito del processo"¹⁶.

Certo è che di fronte ad una locuzione così duttile e pregena di possibili significati, occorre capire se la clausola del *due process of law*, benché rappresenti un sicuro punto di partenza per lo studio del "giusto processo" in generale, possa essere concettualmente affiancata e paragonata al principio del "giusto processo" presente nel nostro Ordinamento.

Altrettanto significative appaiono le decisioni inerenti ai diritti di agire e difendersi in giudizio ex art. 24 Cost nelle quali si è argomentato che detti diritti si fondano sul principio di effettività della tutela giurisdizionale che presuppone la ragionevolezza delle scelte legislative e l'adeguatezza degli strumenti di difesa (cfr. Cort. cost., 9 novembre 1993, n. 390, in *Giur. cost.*, 1993, 3306; Cort. cost., 23 novembre 1993, n. 406, *ivi*, 3378).

Si può concludere questa breve disamina delle pronunce del Giudice delle leggi sottolineando come il controllo sulla congruità delle scelte legislative rappresenti, attualmente, un elemento essenziale dell'attività della Corte Costituzionale poiché, nel momento in cui affronta il profilo della ragionevolezza, non limita il suo esame al singolo principio che si assume violato, ma lo estende a tutti i valori costituzionali coinvolti nella questione al fine di decidere, operando un bilanciamento degli stessi, se l'opzione normativa adottata dal legislatore possa realmente considerarsi "ragionevole". Per ulteriori chiarimenti in dottrina, cfr. AA.VV. *Corte costituzionale e principio di ragionevolezza*, Padova, 2002; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, *Enc. del dir.*, I agg., Milano, 1997.

¹⁵ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino 2004, p. 128 in cui evidenzia che "Il *due process of law* non rappresenta la proiezione trascendentale di un processo ideale in quanto non esiste un tipo di procedimento che possa realizzare sub specie aeternitatis lo schema di doverosità delineato dal V e XIV Emendamento".

¹⁶ L.P. COMOGLIO, *La garanzia*, p. 127, il quale, in altri termini rileva che nella loro duplice veste processuale e sostanziale, le garanzie di un "processo corretto in forma legale" hanno sostanzialmente escluso "qualsiasi ingiustificato ostacolo, di natura sostanziale o processuale, alla possibilità di tutelare adeguatamente i diritti individuali".

In proposito non va dimenticato che la Corte Suprema statunitense, in considerazione dei notevoli margini di discrezionalità lasciati dalla clausola del *due process of law*, ha applicato detta clausola in ambiti notevolmente diversi tra loro, prestando sempre grande attenzione alla specifica vicenda sottoposta al suo esame.

Il contenuto della clausola del *due process of law* si è così venuto arricchendo nel corso di un graduale processo evolutivo che ha però seguito le forme ed i modelli tipici dei sistemi *common law* e che pertanto va distinto dal sistema di civil law cui appartiene il nostro Ordinamento.

Ne consegue che i risultati ottenuti dalla giurisprudenza americana, in tema di applicazione del principio del *due process* possono sicuramente rappresentare un utile contributo ai fini di una complessiva analisi delle garanzie del giusto processo. Non si deve però dimenticare che in un Ordinamento, come quello italiano, fondato sul principio di sistematica e rigorosa codificazione del diritto oggettivo, l'interprete deve tendere, in primo luogo, ad una valorizzazione delle garanzie processuali espressamente previste nella costituzione senza fondare la propria attività interpretativa su un'idea di giustizia che non sia riconducibile ad un preciso dato testuale come, invece, è possibile negli ordinamenti anglosassoni¹⁷.

¹⁷ Cfr. E. J. COUTURE, *op. cit.*, 91, il quale, dopo aver ripercorso l'evoluzione della nozione del *due process of law* nel diritto anglo-americano, osserva che “il giurista abituato alla precisione e al rigore logico della codificazione non si sente soddisfatto di fronte a queste approssimazioni tanto caratteristiche del diritto angloamericano. Ogni giorno si dimostra esatta la proposizione che il diritto inglese e il diritto codificato costituiscono due diverse maniere di pensare. Facciamo semplicemente l'esperienza di confrontare le idee ora esposte con la teoria degli atti processuali, elaborata nell'opera di Goldschmidt o in uno qualsiasi dei nostri libri, ispirati nell'opera di lui o dei maestri italiani che hanno studiato il tema. Avvertiamo, nel confronto, prima di tutto la differenza esistente fra una concezione sistematica, plenaria, del diritto e una concezione empirica, approssimativa, casuistica dello stesso”.

3. La situazione europea: l'importanza della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

I principi inerenti all'equità del processo, emersi nel corso dell'evoluzione storica degli ordinamenti giuridici angloamericani, si affermarono anche in diverse Convenzioni internazionali attraverso solenni dichiarazioni nelle quali si è sostanzialmente espresso il rifiuto per tutte quelle forme di giustizia "autoritaria" imposte soprattutto con i regimi della prima metà del XX secolo¹⁸.

In particolare, nell'ambito europeo, non può non prestarsi specifica attenzione all'art. 6 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti e della libertà fondamentali del 1950 (CEDU)¹⁹, ratificata in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848, che, al primo paragrafo,

¹⁸ Cfr., per limitarsi alle convenzioni internazionali di maggior rilievo, l'art. 10 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (*"Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him"*) e l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (ratificato con legge 25 ottobre 1977, n. 881) il quale, dopo una generale affermazione del principio di eguaglianza (*"All person shall be equal before the courts and tribunals"*) contiene la seguente formulazione *"...in the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal, established by law"*.

¹⁹ Va evidenziato che la Convenzione è venuta gradualmente acquisendo una posizione di notevole rilievo nell'ambito del diritto comunitario stante, tra l'altro, la mancanza di una carta dei diritti fondamentali. A ciò si aggiunga che l'importanza della CEDU ha trovato esplicito riconoscimento nei più recenti trattati comunitari a partire dall'Atto Unico Europeo del 1986 dove è stata indicata tra le finalità primarie dell'Europa comunitaria la promozione di una democrazia fondata *"sui diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, nonché dalla Convenzione Europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale"*. La Convenzione è stata poi richiamata, nell'ambito dei principi generali del diritto comunitario, anche nel trattato di Maastricht del 1992, nel successivo Trattato di Amsterdam e nell'attuale testo del Trattato sull'Unione Europea. Per approfondimenti sulla Convenzione in parola e sul relativo art. 6 si veda: S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, VII ed., Paris, 2005; F.G. JACOBS – R.C.A. WHITE, *The European convention of human rights*, III ed., Oxford, 2002; S. BARTOLE, *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001; C. RUSSO – P.M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000; J.C. SOYER – M. DE SALVIA, *Article 6*, in L.E. PETTITI – E. DECAUX – P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire*, Paris, 1999.

dopo aver riconosciuto ad ogni persona (cui siano stati contestati i diritti ed i doveri di carattere civile o sia stata oggetto di un'accusa penale) il diritto generale ad un "processo equo", individua una serie di diritti più specifici come il diritto ad un tribunale imparziale, indipendente e precostituito per legge, nonché il diritto ad una sentenza resa pubblicamente e il diritto ad un processo ragionevolmente celere²⁰.

Il contenuto delle disposizioni inserite nel predetto primo paragrafo dell'art. 6 (che come si vedrà trovano uno specifico referente normativo nazionale nell'art. 111 Cost.) è stato notevolmente "ampliato" dall'attività interpretativa della Corte Europea dei diritti umani che, in sue numerose decisioni, è riuscita ad estrapolare ulteriori garanzie dal principio di "equità processuale" delineato nel

²⁰ Nella versione italiana il primo paragrafo dell'art. 6 della CEDU recita testualmente "*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente, ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle contestazioni sui diritti e sui doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia*".

A differenza delle altre dichiarazioni internazionali la Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali non si è limitata ad una mera elencazione dei diritti della persona umana pretendendone il rispetto da parte dei singoli Stati contraenti (art. 1 della Convenzione: "*Le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definite dal titolo primo della presente Convenzione*"), ma ha anche istituito un apposito organismo giurisdizionale (*id est* la Corte europea dei diritti umani) al quale può ricorrere "*ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli*" (art. 34 CEDU).

Relativamente al funzionamento di codesto organo giudiziario, deve rilevarsi che con la soppressione della Commissione europea dei diritti dell'uomo, ad opera del protocollo n. 11 della Convenzione (entrato in vigore in data 1 novembre 1998), il giudizio preliminare di ricevibilità del ricorso viene effettuato da un comitato composto da tre giudici, mentre la decisione di merito viene presa da una singola Camera della Corte composta da sette giudici. Le decisioni di maggiore importanza (ad esempio quelle che possono portare ad una contraddizione con una precedente sentenza della Corte) sono decise dalla *Grande Chambre* composta da 17 giudici.

La Corte può anche fornire pareri per una corretta interpretazione della Convenzione su richiesta del Comitato dei Ministri (l'organo decisionale del Consiglio d'Europa composto dai Ministri degli esteri di tutti gli Stati membri o dai loro rappresentanti permanenti) ma tali pareri non possono riguardare il contenuto e l'estensione dei diritti sanciti dalla Convenzione, né altre questioni su cui la Corte potrebbe essere chiamata a giudicare mediante ricorso (art. 47 CEDU).

testo normativo e per certi versi riferibili (come si vedrà *infra*) pure al processo amministrativo.

Per capire però quale sia l'effettiva incidenza/portata che la Convenzione (e la sua interpretazione da parte della Corte) possa esplicare all'interno dell'Ordinamento nazionale, occorre preliminarmente verificare la posizione che essa ha assunto (e assume) nel sistema gerarchico delle fonti del diritto italiano.

Come si è detto, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali è stata recepita nel nostro Ordinamento mediante la legge n. 855 del 4 agosto 1955.

Partendo da tale circostanza la più risalente dottrina aveva tratto la conclusione che alla Convenzione europea, al pari di ogni altra disposizione di diritto internazionale pattizio, dovesse riconoscersi lo stesso rango dello strumento con cui era stata recepita all'interno dell'Ordinamento, ovvero quello della legge ordinaria²¹.

Ciò tuttavia creò non pochi dubbi e problemi in ordine alla possibilità che una legge ordinaria nazionale potesse, a sua volta, abrogare o modificare le disposizioni della Convenzione europea

²¹ Cfr., in merito, G. CATALDI, "Rapporti tra norme internazionali e norme interne" in *Digesto pubbl.*, XII, Torino, 1997, 397, il quale ricorda che nessuna norma costituzionale "si occupa dell'adattamento dell'Ordinamento giuridico italiano al diritto internazionale convenzionale. Tuttavia, la necessità di un atto normativo ad hoc che provvedesse a dare piena ed intera esecuzione nell'Ordinamento interno agli obblighi dall'Italia su piano internazionale attraverso la stipulazione di trattati è stata ritenuta immanente al nostro sistema costituzionale, facendosi riferimento ai principi della Costituzione concernenti la distribuzione delle competenze ad esercitare la funzione legislativa o riflettendosi sulla circostanza che, poiché la nostra Carta Costituzionale, a differenza di altre, non contempla una norma che imponga i soggetti di conformarsi ai trattati, l'atto di esecuzione viene a costituire il solo atto da cui dipende l'obbligo interno di osservare il trattato" Si è inoltre evidenziato che "l'ordine di esecuzione è di solito dato con legge ordinaria; può tuttavia essere dato con atto amministrativo qualora l'accordo riguardi materie non regolate dalla legge o non oggetto di riserva di legge. Nella prassi si affermata la regola per cui a provvedere a dare esecuzione al trattato è, contestualmente, la stessa legge che, ai sensi dell'art. 80 Cost., autorizza la ratifica del trattato stesso da parte del Capo dello Stato".

sebbene queste presentassero un contenuto “*incontestabilmente costituzionale*”²².

Da qui il tentativo della dottrina di individuare delle soluzioni attraverso le quali poter elevare la Convenzione ad un rango superiore a quello della fonte legislativa ordinaria.

Si prospettarono così diverse linee interpretative risolutive del problema, ciascuna delle quali, peraltro, al loro interno variegata e ricche di differenti sfumature.

Secondo alcuni autori, già una lettura “aperta/estensiva” dell’art. 2 Cost. consentirebbe di attribuire rilievo costituzionale anche a quelle libertà sancite in accordi internazionali, fra cui la Convenzione europea, che si rivelino essenziali per il pieno sviluppo della personalità umana e non siano espressamente enunciate nella nostra Costituzione²³.

Ad avviso di altri autori, invece, la “supremazia” della Convenzione europea sulle leggi nazionali si otterrebbe attraverso un’interpretazione estensiva dell’art. 10 della Costituzione secondo cui le “*norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*” comprenderebbero anche le regole di origine pattizia (tra cui la CEDU): cosicché, in base a tale opzione ermeneutica, gli accordi

²² Cfr. G. SORRENTI, *Le carte costituzionali sui diritti umani; un ipotesi di “copertura” costituzionale a più facce*, in *Politica del diritto*, 1997, 349. Di “*natura materialmente costituzionale*” della Convenzione europea parla F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994, 553.

²³ Sull’interpretazione dell’art. 2 come “*clausola aperta*” cfr. A. BARBERA, *Commento all’art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit , 102 e ss.; Mantovani, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità di fatti criminosi*, in *Arch. Giur.*, 1968, vol. CLXXIV, 21 e ss.. Nello stesso senso anche F. COCOZZA, *op. cit.*, secondo il quale “*Se si accetta la tesi dell’esistenza nel nostro Ordinamento costituzionale di principi fondamentali come nucleo inderogabile della costituzione, così da costituire una supercostituzione all’interno della costituzione stessa, e se si annovera fra questi principi fondamentali il principio personalista, come vertice di una gerarchia di valori, che gradirebbe una serie di priorità, in grado di rovesciare i rapporti tradizionali tra persona, stato e organizzazione di stati, antepoendo la prima ad ogni costruzione istituzionale, la strada dell’art. 2 Cost – che consacra appunto il principio personalista tra i principi fondamentali della nostra costituzione - appare come la via maestra da percorrere per spiegare razionalmente la qualificazione costituzionale della CEDU nell’Ordinamento italiano*”.

internazionali regolarmente stipulati dallo Stato italiano diventerebbero automaticamente (*id est* senza la necessità di un apposito intervento normativo) parte integrante dell'Ordinamento interno con un'efficacia superiore a quella della legge ordinaria²⁴.

In proposito anche la Consulta ebbe modo di esprimere la sua posizione adottando, inizialmente, un atteggiamento di totale chiusura (nei confronti dei tentativi dottrinali volti a conferire alla CEDU una "copertura" costituzionale) riconoscendo piuttosto a quest'ultima un valore di legge ordinaria²⁵: la CEDU veniva così, non solo considerata come un trattato internazionale (in quanto tale estraneo all'ambito di operatività dell'art. 10 Cost. che invece si

²⁴ Cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, 64 e ss. In tal senso sembra orientato pure F. MODUGNO, *Considerazioni preliminari sulle intese fra Stato e Chiesa nel c.d. sistema delle fonti*, in *Studi in onore di L. Spinelli*, III, Modena, 1989, 955 e ss., il quale osserva che "se è norma dell'Ordinamento interno che i trattati vadano osservati, una volta che le clausole di essi siano rese esecutive da legge come norme di diritto interno, non sembra più possibile sostenere che queste ultime possano poi essere abrogate o modificate da una semplice legge ordinaria che non sia, a sua volta, esecutiva di un accordo modificativo". In realtà, quest'ultima soluzione non sembra condivisibile sia perché nei lavori preparatori della Costituente emerge la volontà di escludere un collegamento automatico tra l'art. 10 Cost. e il diritto di origine pattizia; sia perché secondo il costante indirizzo della Corte costituzionale l'adeguamento del diritto interno alle norme contenute nei trattati internazionali può avvenire solo "con un atto ad hoc consistente nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria". In tale senso, cfr., tra le tante, Cort. cost. 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. it.* 1981, I, 639, dove si statuisce che "in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie, rese esecutive nell'Ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria. Resta così esclusa la stessa prospettabilità, per questo aspetto, di una questione di legittimità costituzionale, tanto più quando (ord. 454/79) le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali parametri di giudizio". Identiche motivazioni si leggono del resto in Cort. cost. 6 giugno 1989, n. 323, in *Giur. cost.* 1989, 1473 e ss., secondo cui "l'art. 10, primo comma, della Costituzione prevede l'adattamento automatico del nostro Ordinamento esclusivamente alle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", intendendosi per tali le norme consuetudinarie. L'adattamento alle norme internazionali pattizie avviene invece per ogni singolo trattato con un atto ad hoc consistente nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria. Ne consegue che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'Ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. Quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva".

²⁵ Secondo la Consulta, le norme di diritto internazionale pattizio, essendo prive di un particolare fondamento costituzionale, assumono nell'Ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione, cosicché quando tale esecuzione è disposta con legge, il limite costituzionale vale nella sua interezza, alla stregua di quanto accade con riguardo a ogni altra legge. Dunque sottoponendo a controllo di costituzionalità la legge di esecuzione del trattato, è possibile valutare la conformità alla Costituzione di quest'ultimo e addivenire eventualmente alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge di esecuzione, qualora essa immetta, e nella parte in cui immette, nell'Ordinamento norme incompatibili con la Costituzione.

riferisce alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute), ma per certi aspetti era anche considerata inutile rispetto alle norme costituzionali ritenute di per sé già esaustive²⁶.

Il problema, ad ogni modo, fu poi pressoché superato:

- (i) dalle modificazioni apportate, con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, al primo comma dell'art. 117 Cost. il quale attualmente prevede che *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli dell’Ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali”*²⁷; e

²⁶ Corte cost., 32/1960; 14/1964; 104/1969; 123/1970; 48/1979; 188/1980; 17/1981; 15/1982. Solo nel 1993, con la sentenza n. 10, la Corte costituzionale riconobbe all'art. 6 della CEDU la natura per così dire “di una fonte atipica rinforzata”: in particolare affermò che *“le norme internazionali appena ricordate [tra cui il predetto art. 6 CEDU] sono state introdotte nell’Ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione (v. sentt. Nn. 188 del 1980, 153 del 1987 e 323 del 1989) e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché quest’ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell’art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81 (<<il codice di procedura penale deve [...] adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale>>), quanto piuttosto, perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria”*.

²⁷ Cfr. V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell’Ordinamento interno*, in Cass. pen. 2008, 6, il quale ritiene che il primo comma dell'art. 117 Cost. è *“una norma in bianco per la cui materiale concretizzazione è necessario che sia di volta in volta integrata con un parametro interposto che, già genericamente richiamato, andrà materialmente individuato nelle singole disposizioni con cui l’Italia si è obbligata a livello internazionale. Infatti se si considera la norma di cui all’art. 117 Cost., comma 1, come una norma di rinvio, si deve riconoscere che tale parametro non risulta mai operativo, se non in quanto integrato attraverso le puntuali prescrizioni di un’altra norma. Parlano di Convenzione europea dei diritti umani, dunque, le norme del trattato si pongono e rappresentano le norme interposte ed imprescindibili per garantire l’operatività della disposizione costituzionale e rendere cogenti gli obblighi che l’Italia ha assunto a livello internazionale”*.

In dottrina si è anche proposto di differenziare le norme che, attraverso la copertura costituzionale, ne acquistano sostanzialmente il valore, dalle norme che, invece, pur essendo dotate di una forza maggiore dell'atto con cui sono adottate, si pongono in una posizione intermedia tra la Costituzione e la legge ordinaria. Le prime sarebbero norme paracostituzionali mentre le seconde costituirebbero la categoria delle norme sub-costituzionali. Quest'ultime potrebbero essere utilizzate come parametro soltanto nei giudizi che concernono le leggi che debbono esplicitamente conformarsi ad esse. Al contrario le norme paracostituzionali opererebbero in linea generale nel senso che ogni disposizione legislativa interna dovrebbe rispettare la norma interposta. Cfr., in materia, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*,

- (ii) dalle sentenze emesse dal Giudice delle leggi nel 2007 che, proprio partendo dal predetto art. 117 Cost., hanno elevato le norme della Convenzione europea al di sopra delle fonti ordinarie interne attribuendo ad esse il carattere di norme “interposte” la cui violazione ad opera di disposizioni legislative interne potrà essere sindacata dalla stesso Giudice delle leggi²⁸.

Invero, sotto quest’ultimo profilo, la Corte costituzionale – dopo aver espressamente escluso che le norme della Convenzione possano trovare copertura costituzionale grazie all’at. 10 o 11 della Costituzione, poichè “*pur rivestendo grande rilevanza ... sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’Ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto*” – ha affermato che l’art. 117 Cost., laddove impone allo Stato ed alle Regioni il rispetto dei

Torino, 2001, 111 e ss.; A. PIZZORUSSO, *art. 134*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1981, 108 e ss.

²⁸ Si allude a Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007. Per i primi commenti a tali sentenze si veda: M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, 2, 201 e ss.; R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, *ivi*, 2008, 2, 205 e ss.; B. RANDAZZO, *La CEDU e l’art. 117 della Costituzione. L’indennità di esproprio per le aree edificabili e il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1, 25 e ss.; V. MAZZARELLI, *Corte costituzionale e indennità di esproprio: “serio ristoro” e proporzionalità dell’attività amministrativa*, *ivi*, 2008, 1, 32 e ss.; M. PACINI, *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza CEDU*, *ivi*, 2008, 1, 37 e ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it; T. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, *ivi*; A. MOSCARINI, *Indennità di esproprio e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in www.federalismi.it; R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l’art. 117, primo comma, della Costituzione*, *ivi*; C. ZANGHI, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org; R. CONTI, *La Corte costituzionale sui rapporti fra Ordinamento interno e CEDU ed il ruolo del giudice attraverso l’occupazione acquisitiva (saggio licenziato il 6 gennaio 2008)*, in www.europeanrights.eu; G. VIRGA, *Le “termiti” comunitarie ed i “tarli” dei trattati internazionali*, in www.lexitalia.it.

“vincoli dell’Ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali” (tra cui sono senz’altro compresi anche i vincoli derivanti dal recepimento della Convenzione europea del 1950), presenta una struttura analoga a quella di altre norme costituzionali che possono trovare concreta applicazione esclusivamente attraverso il collegamento con una norma sub-costituzionale (ovvero di rango intermedio tra le norme costituzionali e quelle ordinarie: come appunto quelle della Convenzione) per mezzo della quale dare concreta pienezza di contenuti ad un determinato parametro enunciato solo in via generale²⁹.

Le norme CEDU (e la loro interpretazione da parte della Corte) si collocheranno pertanto ad un “livello sub-costituzionale” – e quindi dovranno essere necessariamente conformi al dettato costituzionale³⁰ - ma, in ogni caso, avranno una forza di resistenza superiore a quella della legge ordinaria in quanto norme aventi carattere di “norme interposte” che, nella loro concreta interpretazione, non potranno essere disattese dal giudice nazionale, concorrendo a determinare anche il “ragionevole bilanciamento” con gli altri interessi costituzionalmente protetti.

Tali soluzioni sono state peraltro riprese dalla stessa Corte costituzionale la quale, con sentenza n. 129/2008, ha costituito un

²⁹ La Corte costituzionale ha altresì precisato che le regole della Convenzione, ponendosi in una posizione intermedia fra la legge ordinaria e la Costituzione, devono essere pur sempre conformi alle disposizioni della seconda e l’eventuale sindacato di costituzionalità deve estendersi ad ogni ipotesi di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali. Cfr. Cort. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giust. civ.*, 2007, 11, 2331 si osserva che “*L’interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l’applicazione del livello uniforme di tutela all’interno dell’insieme dei Paesi membri. A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all’art. 117, primo comma, Cost. per contrasto - insanabile in via interpretativa - con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana*”.

³⁰ Sul ruolo di supremazia che la Corte costituzionale si riserva in relazione alle norme convenzionali si veda A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit. 7, il quale efficacemente afferma che la Corte si riserva la possibilità “*per alzare, in ogni tempo, il ponte levatoio, della sovranità nazionale*”.

indubbio passo in avanti nel tentativo di coordinare il sistema della CEDU e il sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali, laddove ha significativamente affermato, sin dalla premessa della medesima sentenza (cfr. § 3 del Considerato), l’*“improrogabile necessità che l’Ordinamento predisponga adeguate misure atte a riparare, sul piano processuale, le conseguenze scaturite dalle violazioni ai principi della Convenzione in tema di <processo equo>, accertate da sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo”*³¹.

Tuttavia, secondo parte della dottrina, le conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale nel 2007 hanno finito per determinare un eccessivo ridimensionamento di una delle funzioni principali della Convenzione europea del 1950, ovvero la realizzazione di una uniforme tutela dei diritti fondamentali della persona umana all’interno dei territori europei³². Ciò in quanto sono state disattese tutte quelle pronunce dei giudici ordinari mediante le quali si era proceduto ad un’immediata disapplicazione delle norme interne che erano state ritenute incompatibili con la Convenzione europea sulla base di un’asserita *“natura immediatamente precettiva”* della convenzione medesima³³.

³¹ Per un commento della sentenza in parola si veda: M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo <<iniquo>>: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *Giur. cost.*, 2008, 1522; V. SCIARABBA, *Il problema del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e ... legislatore?*, in www.quadernicostituzionali.it (10 maggio 2008).

³² Il pericolo di un ingiustificato ridimensionamento della Convenzione europea sembra, peraltro, paventato dalla stessa Corte Costituzionale. Cfr. Cort. cost. 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.* 2008, 2, 1506 con la quale, pur dichiarando infondata la questione di legittimità dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui esclude *“dai casi di revisione, l’impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l’assenza di equità del processo, ai sensi dell’ art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo”*, il giudice delle leggi ha ritenuto *“di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all’Ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall’ art. 6 della CEDU”*.

³³ Tra i giudici di merito cfr. Trib. Genova, 4 giugno 2001, in *Foro it.* 2001, I, 2653, secondo cui *“va disapplicato, per contrasto con la convenzione europea dei diritti dell’uomo, la disciplina della l. 608/96 che, in deroga alla l. 230/62, non consente al giudice di operare la conversione a*

La Consulta, pertanto, sembra aver trascurato per certi versi il notevole ruolo che la Convenzione europea ha svolto nell'ambito dell'Ordinamento comunitario³⁴, anche in considerazione del fatto che essa è stata costantemente utilizzata dalla Corte di giustizia come parametro essenziale per verificare la legittimità degli atti normativi provenienti dagli organismi dell'Unione europea³⁵.

In particolare potrebbe apparire insoddisfacente la statuizione secondo la quale dalla struttura e dagli obiettivi della Convenzione non sarebbe possibile trarre alcun elemento che “*consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria*”: a ciò si potrebbe infatti replicare sottolineando che proprio il ricorso diretto ai giudici di Strasburgo (previo esaurimento delle vie di rimedio interne), al fine di

tempo indeterminato del contratto di lavoro del dipendente dell'Ente poste italiane al quale sia stato illegittimamente apposto un termine”. Per quanto concerne il giudice di legittimità cfr. Cass. civ., Sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672, in *Giust. civ.* 1999, I, 498 in cui, nel contestare le deduzioni del ricorrente circa una presunta natura “*programmatica*” delle norme della Convenzione, si specifica che tali norme “*impongono agli Stati contraenti veri e propri obblighi giuridici immediatamente vincolanti e, una volta introdotte nell'Ordinamento statale interno, sono fonte di diritti ed obblighi per tutti i soggetti*”; Cass. pen., Sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, in *Foro it.* 2007, 10, 535, nella quale, attraverso i richiami agli artt. 19 e 46 CEDU, anche le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che accertano l'avvenuta violazione delle disposizioni della Convenzione sono ritenute “*direttamente produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti, vale a dire sia rispetto allo Stato, che è tenuto a conformarsi al dictum della stessa Corte e ad eliminare tempestivamente le conseguenze pregiudizievoli della verificata violazione, sia rispetto al cittadino, al quale non può negarsi il diritto alla riparazione, nella forma pecuniaria ovvero nella forma specifica della “restituito in integrum” mediante la rinnovazione del giudizio diretta a ristabilire il diritto del richiedente ad un “proces equitabile*”. Analogamente, Cass. civ., Sez. I, 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Giur. it.* 2007, 3, 617 dove, in materia di equa riparazione per l'eccessiva durata del processo, si afferma che “*deve essere quindi superato l'orientamento secondo cui la fonte del riconoscimento del diritto all'equa riparazione dev'essere ravvisata nella sola normativa nazionale (Cass. 26 luglio 2002, n. 11046; 8 agosto 2002, n. 11987; 22 novembre 2002, n. 16502; 10 aprile 2003, n. 5664; 10 settembre 2003, n. 13211) e ribadito il principio che il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla legge nazionale coincide con la violazione della norma contenuta nell' art. 6 della convenzione, di immediata rilevanza nel diritto interno*”.

³⁴ Cfr. G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Ordinamento degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, p. 737 ss., il quale aderisce all'opinione che, col Trattato di Maastricht, la Convenzione europea del 1950 avrebbe acquisito il rango di fonte formale dell'Ordinamento comunitario

³⁵ Cfr. però le contrarie osservazioni di T. GROPPI, IN R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 357, secondo cui la Corte di giustizia, pur ammettendo che la Convenzione costituisce una fonte di ispirazione privilegiata, ha sempre negato di poter valutare la conformità del diritto nazionale e comunitario alle disposizioni convenzionali.

proteggere quei diritti fondamentali enunciati dalla Convenzione, costituisce un fondamentale elemento di struttura dal quale potersi desumere una tutela diretta ed immediata in favore delle posizioni giuridiche dei singoli³⁶.

Del pari non convince l'affermazione della Corte secondo cui *“i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità”*. Ed invero, in dottrina, richiamando l'inciso dell'art. 11 Cost. relativo *“alle limitazioni di sovranità necessarie ad un Ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra i popoli”*, si è ricordato come la Convenzione europea e le altre Carte internazionali offrano prestazioni di pace e di giustizia decisamente superiori a quelle provenienti da alcuni atti normativi comunitari³⁷.

³⁶ Cfr. S. VALAGUZZA, op. cit., 1386 e ss, per la quale *“con riferimento alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si verifica una limitazione di sovranità a livello nazionale, quanto meno con riferimento all'esercizio del potere giurisdizionale”*. Secondo l'autore, poi, non si potrebbe obiettare che l'art. 46 della Convenzione prevede un obbligo di conformazione alle decisioni dei giudici di Strasburgo soltanto nei confronti degli Stati contraenti senza attribuire alcun diritto ai cittadini non potendosi comunque negare che *“lo Stato subisce conseguenze importanti dall'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani che non è possibile trascurare. Le decisioni di condanna della Corte europea comportano il pagamento dei risarcimenti dei danni derivati dalla violazione delle norme della Convenzione da parte dei Paesi firmatari. Ciò significa ammettere una soggezione dell'autorità dello Stato all'autorità degli organi convenzionali”*. Va pure ricordato che, nell'intento di rafforzare ulteriormente le garanzie circa il rispetto dei diritti proclamati nella Convenzione, il regolamento della Corte europea dei diritti umani prevede la possibilità di emettere un provvedimento cautelare che sospenda l'efficacia di una decisione nazionale dalle conseguenze irreparabili. Cfr. U. DRAETTA, M. FUMAGALLI MERA VIGLIA, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, 2005, p. 292 ss.

³⁷ A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.forumcostituzionale.it, il quale, nel sostenere il ricorso all'art. 11 Cost. per dare copertura costituzionale alle disposizioni della Convenzione, ha sostenuto che *“la copertura dell'art. 11 ha un altro, più denso e ricco di implicazioni di significato: quello di dar modo agli atti prodotti in seno alla Comunità internazionale o in ordinamenti sopranazionali costituiti in funzione servente rispetto ai valori di pace e di giustizia, di limitare appunto la sovranità nelle sue prime, più genuine espressive movenze, vale a dire al piano delle relazioni tra le istituzioni governanti, sovrane (di un Ordinamento esterno e di un Ordinamento interno) e, ancora più in alto (o più a fondo) al piano dei valori che stanno a fondamento degli ordinamenti stessi”*.

Bastano insomma questi pochi e sintetici rilievi critici per dimostrare come le pronunce della Corte costituzionale non contengano una risposta chiara ed univoca al problema dei rapporti fra Convenzione europea ed Ordinamento italiano avendo il Giudice delle leggi assunto una difficile posizione “difensivista” con il probabile intento di conservare un proprio importante ruolo nella tutela dei diritti fondamentali della persona³⁸.

In ogni caso la soluzione adottata dalla Corte Costituzionale sembra ormai sopravanzata dalle recenti evoluzioni dell’Ordinamento comunitario prodotte mediante la definitiva approvazione ed entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

In conseguenza di tale Trattato, infatti, l’Unione Europea è destinata ad assumere i connotati di soggetto politico non più semplicemente “inter-statale”, ma veramente “sovranzionale” nei cui confronti sarà difficile per gli Stati membri invocare autonomi spazi decisionali, anche – e soprattutto – in presenza dei notevoli vincoli derivanti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (che “*ha lo stesso valore giuridico dei trattati*”, v. primo comma dell’art. 6 del Trattato UE come modificato dall’art. 1, n. 8, del Trattato di Lisbona)³⁹ e dalla stessa Convenzione europea, le cui garanzie a

³⁸ Cfr. T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?* in www.forumcostituzionale.it. Anche A. RUGGERI, *op. cit.*, ravvisa nelle pronunce della Corte costituzionale “una logica ispirata ad una rigida separazione degli ordinamenti” con la quale difendersi “da un nemico che ormai la circonda da ogni parte e che in ogni tempo potrebbe far luogo all’assalto finale, quello distruttivo”. Cfr. pure C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in www.forumcostituzionale.it, per il quale “la subordinazione del giudizio di conformità delle leggi nazionali alla CEDU a quello di conformità a Costituzione della stessa CEDU equivale per la Corte a far sentire la sua voce in un circuito da cui altrimenti sarebbe inesorabilmente emarginata”.

³⁹ Ed invero il nuovo comma 1 dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea prevede che “l’Unione riconosce [...] i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea [...] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”. Sul ruolo della Carta in parola, si veda: A. CELOTTO - G. PISTORIO, *L’efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005, 2, 427 e ss.; A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Quest. giust.*, 2006, 3, 503 e ss.; B. CARUSO – M. MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2009, III, 147, che, a loro volta, richiamano F. AMICI – V.

tutela dei diritti fondamentali della persona sono “*parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*”, v. terzo comma dell’art. 6 del Trattato UE nella sua attuale formulazione.

L’attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dello stesso valore giuridico dei trattati consente quindi di ipotizzare un’efficacia diretta almeno parziale della Carta e la conseguente non applicazione del diritto interno che sia in contrasto con il diritto fondamentale garantito dal diritto comunitario⁴⁰.

Di tutto ciò è tra l’altro ben consapevole la Suprema Corte di cassazione la quale, con sentenza 3 luglio 2008, n. 18203 ha utilizzato la predetta Carta per evidenziare l’esigenza di una lettura dei diritti della persona alla luce dei rapporti fra le fonti internazionali delineati dalla Corte costituzionale, affermando espressamente che “*la Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 ... ha compiuto un punto di svolta per l’apertura del nostro sistema di giustizia costituzionale verso il diritto europeo, consentendo alla Corte italiana di instaurare un dialogo con la Corte europea dei diritti dell’uomo, così come*

PAPA – E. SACCA, *L’uso giurisprudenziale della Carta di Nizza tra il 2000 e il 2008*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm; R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2000, 4, 881; P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e le “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri*, in S. PANUNZIO – E. SCISO (a cura di) *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione Europea*, Milano, 2002, 89.

⁴⁰ Sull’importanza della Carta in parola R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l’influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI E R. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; P. DE LISE, *Corte europea dei diritti dell’uomo e giudice amministrativo*, Relazione al convegno sul tema I diritti umani nella prospettiva transnazionale, organizzato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 20 aprile 2009, in *Foro amm. – TAR*, 2009, 2, p. XLVII, *Osservatorio di giustizia amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI e M. LIPARI); M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, Relazione al Convegno di diritto amministrativo su Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo svoltosi a Gaeta il 22 maggio 2009, in www.giustamm.it, 2009, 9, che significativamente rileva che “*l’influenza della Carta è peraltro accresciuta dal fatto che la Corte di Giustizia vi fa sempre più spesso richiamo nelle proprie decisioni, mentre la corte di Cassazione, con un importante revirement, nel 2004 ha precisato che la corretta lettura delle relative disposizioni è quella offertane dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Si crea in tal modo un cerchio che avvalora ed estende l’effetto che, sia pure indirettamente, viene esplicato nel nostro sistema anche dal diritto europeo (pur se non coperto dal vincolo di immediata precettività spettante a quello comunitario)*”.

pretende il Trattato di Lisbona, in corso di ratifica (...) con la ricezione della Carta di Nizza nel Trattato della Unione europea. Questo punto di svolta, che supera definitivamente i paletti (o controlimiti) posti dalla Corte Costituzionale con la lontana pronuncia del 19 gennaio 1993 n. 10, esige una migliore lettura del sistema delle fonti a partire dal testo dell'art. 117 Cost. italiana, comma 1, che esige un rapporto integrativo con le fonti europee sui diritti fondamentali della persona (Consiglio di Europa e Carta di Nizza) ed un confronto dialogico con le pronunce delle Corti europee...”.

Del resto anche la giurisprudenza di merito ha attribuito alla Carta stessa una particolare rilevanza: basti ricordare la Corte d'Appello di Roma che, nell'ordinanza dell'11 aprile 2002, ha deciso di disapplicare una norma sul gratuito patrocinio contenuta nella legge n. 533 del 1977, perché contrastante con l'art. 47 della Carta di Nizza e con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁴¹; nonché la Corte d'Appello di Firenze che, con una sentenza del 9 giugno 2007, ha svolto una serie di analitiche considerazioni sull'efficacia giuridica della Carta affermando che *“Il contenuto della Carta è oramai unanimemente considerato non soltanto più un documento politico, né solo la <rappresentazione simbolica> del <progetto> di costituzione di una <società europea>, il <luogo> in cui bisogni, aspettative, interessi, diritti assumono dignità e reclamano tutela. Essa, nel rappresentare senza alcun dubbio il catalogo più aggiornato e ragionato di quello che configura il <precipitato> storico e valoriale di qualche secolo di esperienza politica, sociale e giuridica del continente europeo nel*

⁴¹ Per una critica della sentenza, R. CALVANO, *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti UE. Diritto pretorio o Ius comune europeo?*, in *Giur. it.*, 2002, 12, 2238.

suo complesso, ha anche affermato con nettezza l'universalismo di alcune di queste posizioni fondamentali"⁴².

Ebbene, alla luce di tutto quanto è stato detto, appare evidente che le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo costituiscono oggi un corollario necessario del nostro sistema giuridico sia perché il diritto della Convenzione – e la sua interpretazione da parte della stessa Corte - è entrato a pieno titolo nel sistema delle fonti grazie al meccanismo (che si è visto) dell'interposizione di cui all'art. 117 Cost.; sia perché la stipula della Convenzione (e da ultimo il Trattato di Lisbona), obbligando tutti i Paesi contraenti ad assicurare effettiva tutela dei diritti fondamentali della Convenzione medesima, esclude anche a livello politico un atteggiamento di chiusura del diritto nazionale rispetto alle esigenze di tutela di tipo sovranazionale⁴³.

Tanto detto, si rendono quindi necessarie alcune (se pur brevi e preliminari) precisazioni esegetiche in ordine all'attività interpretativa svolta dalla Corte sull' "equo processo" che, come già chiarito, si rivelerà utile per comprendere anche la portata effettiva

⁴² Nella stessa sentenza si legge poi che *"il valore non più soltanto assiologico e politico delle enunciazioni dei principi e dei diritti sociali individuali e collettivi della Carta di Nizza si coglie oramai anche dal richiamo ad essa operato su numerose materie (altrettanto delicate perché relative a fondamentali posizioni soggettive della persona richiamate nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo) della Corte di Giustizia di Lussemburgo (Cgce 27.6.2006, C-540/03, Parlamento c. Consiglio; Cgce 13.3.2007, C-432/05, Unibet; Cgce 3.5.2007, C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW), la quale pertanto, anche se in via indiretta, è giunta a conferire alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE un ruolo molto prossimo a fonte sovraordinata omologa ad un testo costituzionale"*. In senso analogo si v. Tribunale di Ravenna del 16 gennaio 2008 e Tribunale di Venezia con l'ordinanza del 3 aprile 2009 nonché il Giudice di pace di Bari, con sentenza del 26 giugno 2009.

⁴³ In proposito si ricorda che l'art. 41 CEDU prevede significativamente che *"se la Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la corte stessa accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa"*. Ancora l'art. 46 della stessa CEDU, sotto l'epigrafe *"Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze"*, dispone che *"Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti (comma 1). La sentenza definitiva della Corte viene trasmessa al Comitato dei ministri che ne controlla l'esecuzione"*. Sul ruolo della CEDU e della Carta nel nostro Ordinamento si veda: A. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'Ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it, 2007.

del giusto processo amministrativo. Ciò in quanto – sebbene, rispetto all’art. 111 della Costituzione, l’art. 6 CEDU assuma un ruolo più settoriale dal momento che l’ambito di operatività di quest’ultimo è circoscritto alle controversie aventi per oggetto soltanto “*i diritti e le obbligazioni di carattere civile*” e le “*accuse in materia penale*”⁴⁴ – l’opera interpretativa svolta dalla Corte sul citato art. 6, par. 1, superando le distinzioni interne al nostro Ordinamento tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ha comunque svolto una importante funzione integrativa rispetto alle garanzie ricavabili a livello interpretativo dal principio del “giusto processo” di cui all’art. 111 Cost⁴⁵: lo dimostra in particolare la sentenza della Corte europea del 5 ottobre 2000 (*Mennito c. Italia*) che, ai fini dell’attuazione delle garanzie di equità processuale in seno alle procedure giurisdizionali amministrative, ha espressamente riconsociuto il carattere di “diritto e obbligazione di carattere civile” anche ad una posizione soggettiva che, nel nostro Ordinamento, assume la qualificazione di interesse legittimo⁴⁶.

Ebbene merita, anzitutto, in proposito segnalare l’esistenza di alcune pronunce in cui la Corte, interpretando in maniera estensiva la portata dell’art. 6, par. 1, CEDU alla luce della previsione dell’art. 13 CEDU (sul diritto ad un ricorso effettivo), è giunta alla conclusione che, al fine di garantire l’equità di un processo, occorre consentire ad ogni cittadino un accesso concreto ed effettivo agli

⁴⁴ Sulle differenze tra art. 111 Cost. e art. 6 CEDU, v. G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l’art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 369.

⁴⁵ Sul punto, cfr. A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d’Europa*, Convegno annuale dell’Associazione gruppo di Pisa, Copanello Lido, 31 maggio – 1 giugno 2002, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e Ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, 21; C.E. GALLO, *La Convenzione europea per i diritti dell’uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 506.

⁴⁶ D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. it.*, 2001, 1335; M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quaderni cost.*, 2001, 144.

organi giudiziari, dinanzi ai quali poter contestare qualsivoglia atto o comportamento che si traduca in un'ingiusta lesione dei propri diritti⁴⁷.

Vi sono, poi, le sentenze in cui la Corte ha affermato che il diritto ad un processo equo presuppone il rispetto dei principi del contraddittorio e della parità delle armi dovendosi garantire al cittadino la conoscibilità di ogni elemento o documento presentato dinanzi ad un giudice, nonché la possibilità di svolgere le proprie difese in una posizione che non sia di svantaggio rispetto a quella del suo avversario⁴⁸.

⁴⁷ Nella giurisprudenza della Corte europea la concretezza del diritto di accesso ad un Tribunale significa che ad ogni soggetto devono essere forniti strumenti reali ed effettivi per adire un giudice come, ad esempio, l'assistenza di un avvocato nel corso del processo. In merito, nonostante l'istituto del gratuito patrocinio sia espressamente contemplato solo per il processo penale (art. 6, par. 3, CEDU), la Corte europea ha statuito che l'assenza di tale istituto nell'ambito di un procedimento civile comporta una palese violazione del diritto ad un tribunale qualora la complessità del procedimento o della controversia rendano necessaria la presenza di un legale o quest'ultima sia prescritta dalla legge (Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 24 novembre 1986, *Gillow v. United Kingdom*, in *Serie A*, n. 109).

La Corte ha ritenuto sussistente una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU sotto il profilo di accesso ad un tribunale anche quando vi siano ostacoli di natura giuridica (modalità di esercizio di un ricorso eccessivamente complesse, cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1992, *Geuffre de la Pradelle c/France*, in *Serie A*, n. 253-B) o impedimenti di fatto (l'esistenza di elevate spese processuali, cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 19 giugno 2001, *Kreuz c/Pologne* in www.echr.coe.int).

La Corte ha comunque ritenuto ammissibili eventuali limiti al diritto in esame purché non intacchino il contenuto del diritto stesso. Tale orientamento si evince dalle numerose pronunce concernenti l'istituto dell'immunità parlamentare che la Corte non considera, di per se, come un restrizione eccessiva del diritto ad un tribunale a condizione però che l'immunità si riferisca solamente agli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni parlamentari e che il ricorrente possa disporre di altri rimedi giurisdizionali per far valere i propri diritti. Sul tema, e per i relativi richiami giurisprudenziali, cfr. E. RINALDI, *Tutela dei diritti fondamentali e immunità parlamentari: dialogo problematico a quattro tra parlamento italiano, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e società*, 2003, 407.

Occorre segnalare che la Corte utilizza la nozione "Tribunale" di cui all'art. 6 CEDU in un'accezione particolarmente estesa ed ha ricompreso in essa anche organismi tradizionalmente ritenuti autorità amministrative nell'Ordinamento nazionale di appartenenza giungendo, così, a subordinare l'esercizio dei loro poteri decisori e lo svolgimento dei procedimenti in cui gli stessi si estrinsecano al rispetto delle garanzie di equità previste dalla Convenzione. Cfr., ad esempio, Corte Europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 1971, *Michael Ringeisen c/Autriche* (riportata in S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, p.251) la quale ha riconosciuto la natura di "tribunale" alle Commissioni provinciali austriache per le transazioni immobiliari.

⁴⁸ Circa l'esigenza di riconoscere a ciascuna delle parti la possibilità di fruire di una ragionevole opportunità di esporre il proprio caso, comprese le prove, a condizioni che non la pongano in posizione di sostanziale svantaggio nei confronti della controparte tanto da far reputare

Attraverso questa “*égalité des armes*”, la Corte ha così potuto sanzionare, ad esempio, ogni vizio circa la mancata trasmissione ad una o più parti di atti riguardanti la controversia ed ha ribadito la necessità che tutti i soggetti coinvolti in un processo siano in grado di partecipare, con le medesime facoltà ed i medesimi strumenti, alla fase dell’istruzione probatoria⁴⁹.

Ancora, l’attività ermeneutica della Corte europea ha determinato un decisivo arricchimento anche in riferimento al concetto di “*tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge*” contenuto nel primo paragrafo dell’art. 6 CEDU e che, secondo le parole della stessa Corte, sancisce un principio dello Stato di diritto, esistente nell’Ordinamento giuridico di ciascuno degli Stati aderenti alla Convenzione⁵⁰.

In particolare, con specifico riferimento all’imparzialità del giudice, la Corte, nell’intento di adeguare le proprie pronunce alle peculiarità della singola fattispecie sottoposta al suo esame, ha attribuito a tale concetto un significato sia soggettivo che oggettivo: accanto ad un’imparzialità soggettiva intesa come assenza, nella mente del giudice chiamato a pronunciarsi su una controversia, di qualsivoglia pregiudizio in ordine alla decisione finale⁵¹, nella giurisprudenza

ammissibile, in via eccezionale, persino una prova testimoniale per mezzo di un teste incapace o di un teste a cui deposizione sarebbe altrimenti inammissibile, cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer BV*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1153, con commento di TONOLLI, *Il legale rappresentante sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*.

⁴⁹ Cfr. tra le tante, Corte europea dei diritti dell’uomo, 22 luglio 2003, *Edwards et Lewis v. United Kingdom*, in www.echr.coe.int, che ha ravvisato una violazione dell’art.6, par. 1, CEDU, nell’accoglimento di una domanda del pubblico ministero volta a non rendere pubblici elementi di prova pertinenti al giudizio, privando gli imputati della possibilità di dimostrare di essere stati istigati a commettere il reato da parte di poliziotti infiltrati.

⁵⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 novembre 2002, *Lavents c/Lettonie*, in www.echr.coe.int.

⁵¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 23 aprile 1996, *Remly c/France*, cit., che in riferimento ad una dichiarazione di razzismo di un giurato di corte di assise, ha precisato come l’imparzialità soggettiva si presuma fino a prova contraria. In tal senso Corte europea dei diritti dell’uomo, 28 novembre 2002, *Lavents c/Lettonie*, cit., riguardante il caso di un giudice penale che aveva esternato alla stampa dichiarazioni circa la colpevolezza dell’imputato prima dell’emanazione della sentenza.

della Corte di Strasburgo si è formata una nozione di imparzialità che, prescindendo dai comportamenti personali del giudice, permette di individuare alcuni fatti oggettivamente verificabili, sintomatici di un eventuale difetto di imparzialità⁵².

Sempre con riferimento all'imparzialità dei giudici, la Corte europea, producendo (come si vedrà) dei risvolti molto significativi nel campo del diritto processuale amministrativo, ha altresì escluso che possa ritenersi in contrasto con il principio di equità processuale (sancito dalla Convenzione) il cumulo di funzioni giurisdizionali in capo ad un medesimo soggetto⁵³; né vi sarebbe alcuna violazione delle garanzie di indipendenza ed imparzialità qualora un giudice, in sede di rinvio, venisse investito della medesima controversia su cui si era già precedentemente pronunciato⁵⁴.

⁵² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 ottobre 1998, *Castillo Algar c/Espagne*, www.echr.coe.int, dove la nozione di imparzialità oggettiva viene descritta con estrema chiarezza: "quant à l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir d'importance. Il y a de la confiance que le tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables et notamment au prevenus. Doit donc se recuser tout juge dont on peu légitimement craindre une manque d'impartialité. Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique del'accusé entre en ligne de compte main ne jouè pas une role decisive. L'element déterminant consiste à savoir si les apprehensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées".

⁵³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1992, *Sainte Marie c/France* in *Serie A*, n. 253 che, in riferimento ad un procedimento penale, ammette il cumulo delle funzioni di giudice di merito e di giudice della custodia cautelare in capo ad uno stesso magistrato; Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 febbraio 1993, *Fey v. Austria*, in *Serie A*, n. 525, che ammette il cumulo delle funzioni di giudice istruttore e di giudice del dibattimento osservando che, nella fattispecie in esame, la natura e la portata delle misure istruttorie adottate dal giudice penale prima del dibattimento non sono tali da lasciar pensare che il giudice abbia potuto formarsi un pregiudizio che gli impedisca di essere imparziale nella decisione finale. In senso contrario v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 luglio 2000, *Tierce ed autres c/ Sain Marine*, in *JCP – La semaine juridique*, 2001, I, 291 riguardante un giudice che aveva fatto un uso penetrante dei suoi poteri d'indagine tale da far presumere un'apparenza di parzialità. Una violazione del principio d'imparzialità è stata ravvisata anche nell'ipotesi in cui un giudice abbia avuto modo di manifestare il proprio convincimento circa l'esito del giudizio prima della formale adozione della decisione, come nel caso *Ferrantelli et Santangelo c/Italie* del 7 agosto 1996, in *Recueil* 1996, relativo ad un magistrato chiamato a giudicare un imputato per un certo reato, dopo aver giudicato e condannato in un giudizio precedente per il medesimo fatto un coimputato la cui causa era stata separata in un procedimento autonomo.

⁵⁴ Cfr., tra le altre, Corte Europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 1971, *Michael Ringeisen c/Autriche*, cit.; *Id.*, 10 giugno 1996, *Thomman c/Suisse*, in *Recueil*, 1996. La Corte ha giustificato tali decisioni sostenendo l'identità delle funzioni che il giudice ha in sede di rinvio rispetto a

Infine, fra le garanzie volte a soddisfare l'esigenza di un procedimento giurisdizionale equo, la previsione di un termine ragionevole entro il quale i processi devono concludersi è sicuramente quella che ha dato origine al maggior contenzioso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e che troverà nel prosieguo una più specifica trattazione in ordine al processo amministrativo.

I giudici di Strasburgo, in merito, hanno comunque più volte ribadito che la valutazione circa la ragionevole durata di un processo deve essere effettuata tenendo conto della complessità della controversia, del comportamento tenuto dall'autorità giudiziaria e dalle parti, nonché dell'importanza che il diretto interessato attribuisce alla definizione della controversia stessa⁵⁵.

La Corte, inoltre, di fronte alla moltitudine di ricorsi provenienti dai diversi Stati, ha ravvisato l'opportunità⁵⁶ di precisare il proprio ruolo di giudice dei diritti e delle libertà fondamentali che agisce secondo il principio di sussidiarietà ricordando come il diritto ad una ragionevole durata dei processi debba trovare adeguata ed effettiva tutela in ciascuno degli ordinamenti nazionali attraverso

quelle svolte in prima istanza. Secondo la Corte, infatti, con l'annullamento della decisione ed il rinvio della causa, il giudice è nuovamente investito della stessa controversia, ma il suo precedente giudizio, proprio perché annullato, non esiste più. Di conseguenza egli è chiamato a pronunciarsi *ab initio*, attraverso la stessa funzione giurisdizionale assunta in precedenza e non mediante una nuova ed incompatibile funzione. Naturalmente sono fatte salve le norme nazionali che impediscono allo stesso magistrato di conoscere, in sede di rinvio, una controversia su cui si è già pronunciato.

⁵⁵ Cfr., tra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 dicembre 1983, *Pretto v. Italy*, in www.echr.coe.int; *Id.*, 20 febbraio 1991, *Vernillo*, in *Serie A*, n. 198; *Id.*, 31 marzo 1992, *X c/France*, in *Serie A* n. 198; *Id.*, *Grande chambre*, 27 giugno 2000, *Frydlender c/France*, in *Recueil* 2000; *Id.*, 27 febbraio 2001, *Cultraro c/Italie*, in www.echr.coe.int; *Id.*, 21 febbraio 2002, *Marks et ordinateur express c/France*, in *Recueil*, 2001.

⁵⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambre*, 26 ottobre 2000, *Kudla c/Pologne*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2002, p.169, in cui si legge che "La fréquence croissante de ses constats de violations a cet égard a récemment amené la Cour a attirer l'attention sur le danger important que la lenteur excessive de la justice représente pour l'état de Droit dans les ordres juridiques nationaux lorsque les justiciables ne disposent, a cet égard, d'aucune voie de recours interne".

rimedi che consentano ai cittadini di adire le giurisdizioni interne prima di ricorrere ai giudici di Strasburgo⁵⁷.

Ovviamente, nel rimettere alla discrezionalità dei singoli Stati la scelte delle soluzioni più idonee a garantire un'adeguata riparazione per i danni derivanti dall'eccessiva durata di un processo, la Corte ha ribadito che ad essa spetta il compito di verificare l'efficacia degli strumenti adottati riconoscendone l'utilità laddove essi siano realmente in grado di eliminare, per usare una sua espressione, la "*lenteur excessive de la justice*".

4. La situazione italiana: il principio del "giusto processo" nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale italiana anteriore alla revisione dell'art. 111 Cost.

Come le maggiori Convenzioni internazionali, anche le più importanti Costituzioni europee emanate negli anni immediatamente successivi alla fine della seconda guerra mondiale sono state caratterizzate dalla presenza di diverse disposizioni nelle quali, insieme all'individuazione degli strumenti con i quali assicurare ai cittadini una più ampia partecipazione ai procedimenti decisionali degli organismi statali, sono stati riconosciuti come "*fondamentali*" o "*inviolabili*" alcuni diritti ritenuti essenziali per la persona umana, ivi inclusi quelli di ricorrere ad un giudice per la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive e di potersi adeguatamente difendere dinanzi ad esso dalle pretese altrui⁵⁸.

⁵⁷ L'art. 35 CEDU, infatti, subordina la proponibilità di un ricorso alla Corte europea al previo esaurimento delle vie di ricorso interne cosicché i giudici nazionali vengono a svolgere una funzione di filtro delle reazioni contro eventuali violazioni dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione.

⁵⁸ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)*, in *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, pagg. 157 e ss. (originariamente pubblicato in

Nella Costituzione italiana vi sono non pochi articoli dedicati al diritto di difesa e all'esercizio della funzione giurisdizionale. Un ruolo fondamentale deve sicuramente attribuirsi all'art. 24 Cost. che, al primo comma, riconosce il diritto di *“agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”* e, al secondo comma, specifica che *“la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”*, cosicché anche ai non abbienti sono assicurati *“con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”* (terzo comma), mentre la legge ha il compito di determinare *“le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”*(quarto comma).

Riguardo a queste norme, sin dalla metà degli anni ottanta, la dottrina costituzionalista, riprendendo l'opinione formulata da autorevole dottrina circa venti anni prima, aveva evidenziato l'esistenza di un insieme di norme costituzionali che, interagendo con l'art. 24 Cost., darebbe luogo ad un sistema di garanzie giurisdizionali analogo a quello derivante dall'applicazione del principio *due process of law*.

Riv. Trim. dir. proc. civ. 1998, pagg. 887 e ss.), il quale osserva che *“Il sanguinoso epilogo del devastante conflitto aveva infatti spinto le democrazie occidentali (e non soltanto quelle), rigeneratesi e risorte dalle macerie del periodo bellico, a correre ai ripari, opponendo – sul piano istituzionale – ferme, durature e resistenti difese nei confronti delle violazioni dei diritti individuali e degli abusi liberticidi di cui i regimi totalitari ispiratisi alle ideologie nazifasciste si erano per decenni resi tristemente responsabili, anche nell'amministrazione della giustizia. Non erano certamente bastate a prevenire il genocidio e le repressioni sistematiche delle libertà individuali, nel corso di quei decenni, le teorie giusnaturalistiche tradizionali, che in termini razionali concepivano i diritti umani quali entità inalienabili della persona, preesistenti ed opponibili come tali ad ogni autorità o potere statale, indipendentemente da qualsiasi loro formale riconoscimento in leggi positive. Per queste evidenti ragioni anche le garanzie processuali, dal 1946 in poi, sono state costituzionalmente od internazionalmente proclamate riconosciute e protette, inserendosi a pieno titolo nel più ampio quadro dei diritti inviolabili dell'individuo della persona”*. Sul punto si veda anche P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit, p.289, dove si evidenzia che *“in quella parte proemiale che in tutte le costituzioni degli stati liberi è dedicata a garantire il rispetto della persona umana e la libertà dei cittadini il processo ha un'importanza preminente. Tutte le libertà sono vane se non possono essere rivendicate e difese in giudizio; se i giudici non sono liberi, colti e umani, e se l'Ordinamento del giudizio non è fondato, esso stesso, sul rispetto della persona umana, il quale in ogni uomo riconosce una coscienza libera, sola responsabile di sé, e per questo inviolabile”*.

Secondo tale impostazione, prima ancora dell'intervento compiuto dalla legge costituzionale n. 2/99 nei confronti dell'art. 111 Cost., si sarebbe potuto ricavare dalle norme contenute negli artt. 24, 25, 102, 104, 111, 112 113 Cost.⁵⁹, uno schema di "giusto e leale processo" il cui scopo fondamentale era (ed è tuttora) "quello di assicurare alle parti la parità delle armi e quindi la parità (anche) dei risultati astrattamente conseguibili nei processi di ogni tipo.....Parità che parte dall'azionabilità della pretesa e giunge allo svolgimento di un processo "leale", cioè poggiante su di un costante contraddittorio fra le parti viste in condizioni di parità, pubbliche o private che siano"⁶⁰.

Tale schema – sebbene (per certi versi) non fosse molto dettagliato – poteva considerarsi coerente con l'impianto delle garanzie derivanti dal concetto di "giusto processo" che (come già visto) si era delineato al di fuori dei confini nazionali⁶¹.

In questa cornice, la giurisprudenza della Corte costituzionale, cominciando ad usare il concetto di "giusto processo" quale parametro di costituzionalità della legge processuale, giunse comunque ad elaborarne una nozione sempre più analitica e puntuale.

⁵⁹ L'art. 25 Cost., al primo comma, sancisce il principio "che nessuno può essere distolto dal suo giudice naturale precostituito per legge" mentre il secondo comma enuncia la regola dell'irretroattività della legge penale: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Gli artt. 102 e 104 Cost., inseriti nel Titolo IV dedicato alla Magistratura, attribuiscono l'esercizio della funzione giurisdizionale ai "magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'Ordinamento giudiziario", vietano l'istituzione di nuovi giudici straordinari o speciali ed affermano (art. 104, 1° co, Cost.) che "la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere". L'art. 111 Cost., nel testo anteriore all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2 del 23 dicembre 1999, prevedeva, al primo comma, l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali. Infine, l'art. 113 Cost. riconosce ai cittadini la possibilità di agire contro gli atti della Pubblica amministrazione per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi.

⁶⁰ Cfr. P. BARILE, *diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p.287.

⁶¹ D'altra parte, secondo un autorevole dottrina, il Costituente del 1948 si era correttamente astenuto da una puntuale esplicitazione di dette garanzie in quanto, secondo l'insegnamento tradizionale, "la normazione costituzionale dovrebbe guardarsi dal porre discipline dettagliate che sono incapaci di esaurire le valenze delle norme espressive di principi, e sono, invece, idonee a comprimerle nel medio e lungo periodo", così G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. Parl.* 1999., p.539 e ss.

In particolare, un iniziale richiamo alla nozione di “*giusto processo*”⁶², fu senz’altro effettuato nella sentenza n. 61 del 1980, con la quale il Giudice delle leggi aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 415 e 416 c.p.c. (sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.) ritenuti, a loro volta, incostituzionali dal giudice *a quo* nella parte in cui non prevedevano un termine di comparizione sufficientemente congruo per consentire al convenuto di svolgere le proprie difese⁶³.

Negli stessi anni Ottanta la Consulta adottò anche altre decisioni che ebbero il pregio di rafforzare ulteriormente la portata del “giusto processo” elevandolo ad “*esigenza suprema ... che ... assurge a compito fondamentale di una giurisdizione*”⁶⁴. Ma è solo nel

⁶² Nella giurisprudenza anteriore agli anni ottanta non sembra potersi rinvenire un riferimento chiaro al “*giusto processo*” ad eccezione, forse, della sentenza 5 luglio 1968, n. 86, in *Giur. cost.* 1968, 1430, dove la Corte, affermando, tra l’altro, che “*l’interesse al giusto procedimento è sufficientemente tutelato con le garanzie offerte dagli artt. 304 bis-304 quater del Codice di procedura penale*”, aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’ultimo comma dell’art. 395 del codice di procedura penale allora vigente, sollevata dal giudice *a quo* rispetto agli artt. 3 e 24 Cost. sul presupposto che la norma ritenuta incostituzionale, nel prevedere il proscioglimento senza interrogatorio e contestazione del fatto, doveva considerarsi in contrasto anche con “*l’interesse costituzionale al giusto processo*”.

⁶³ Cfr. Cort. cost. 22 aprile 1980, n. 62, in *Giur. Cost.*, 1980, I, 424. ove si legge che “*il rito ordinario, quale vige a seguito della Novella del’ 50, non può essere ragionevolmente assunto ad esempio di “giusto procedimento” (le leggi successive al 1950 e recente progetto di riforma depongono in opposto senso) e, pertanto, il sospetto di violazione dell’art. 3 è ingiustificato, ma dottrina e giurisprudenza offrono del secondo comma dell’art. 416 interpretazione correttamente restrittiva, intesa ad assoggettare a preclusione soltanto le tardive eccezioni in senso proprio, alla stessa guisa che l’art. 420, comma quinto, consente al convenuto, costituitosi all’udienza di discussione, e allo stesso attore di proporre mezzi di prova, che non han potuto proporre prima. A tacere dell’arricchimento, previsto nell’art. 421, dei poteri istruttori del giudice del lavoro il cui esercizio - nel superiore interesse della giustizia - ben può colmare eventuali lacune di difesa delle parti*”.

Tali argomentazioni sono state successivamente confermate dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 189 del 18 febbraio 1988, in *Giur. cost.* 1988, I, 720, in cui, nel dichiararsi infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4 della Legge 1078/30 in materia di usi civici, si è statuito che “*secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il fatto che una disciplina processuale speciale deroghi al rito ordinario non costituisce elemento di per sè sufficiente ad integrare violazione dell’art. 24 Cost., in quanto le norme del procedimento ordinario non possono essere assunte a paradigma assoluto del c.d. “giusto processo” (sentt. nn. 62 e 185 del 1980; ord. n. 582 del 1987)*”.

⁶⁴ Cfr. Cort. cost. 4 maggio 1984, n. 137, in *Giur. cost.*, 1984, I, 896. dove, nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell’art. 648 c.p.c., si statuisce, testualmente, che “*sono in gioco non solo e non tanto il diritto di difesa del debitore e il diritto di azione del creditore (l’un contro l’altro armati) quanto e soprattutto la esigenza di garantire lo svolgimento di un processo giusto - esigenza suprema che non si risolve in affari di singoli, ma assurge a compito*

decennio successivo che si arrivò ad un'esplicita qualificazione del “giusto processo” come autonomo principio costituzionale capace di contenere tutti i predetti enunciati della Costituzione riguardanti i

fondamentale di una giurisdizione che non intenda abdicare alla primaria funzione di dicere ius di cui i diritti di agire e di resistere nel processo (quale che ne sia l'oggetto) rappresentano soltanto i veicoli necessari in non diversa guisa delle norme disciplinatrici della titolarità e dell'esercizio della potestà dei giudici. In tali sensi è il consistente orientamento giurisprudenziale (sentt. 70/1965, 48/1968, 55 e 151/1971, 99/1973), inteso dalla Corte a ravvisare l'oggetto dell'art. 24 Cost. non nella garanzia dell'esercizio dell'azione e della difesa del contraddittore ma nella partecipazione dei legittimati ad agire e a contraddire all'esercizio della funzione giurisdizionale (in tali sensi sono anche l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848, e la giurisprudenza della Commissione e della Corte previste nell'art. 19 della Convenzione stessa, nonché l'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato e aperto alla firma a New York rispettivamente il 16 e 19 dicembre 1966, e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977 n. 881)”. Cfr. anche Cort. Cost., 26 marzo 1986, n. 66, in Giur. cost., 1986, I, 433 in cui si evidenzia che “l'ansia di realizzare anche nel campo della esecuzione esattoriale il processo giusto alla celebrazione del quale sono indirizzati i due primi commi dell'art. 24 Cost., che ha spronato il Pretore di Cosenza a sospettare d'illegittimità costituzionale l'art. 84, non può né deve lasciare insensibile il legislatore, il quale dovrebbe novellare - pur nel rispetto delle esigenze del Fisco - l'art. 54 (sospensione dell'azione esecutiva e dell'azione giudiziaria) d.P.R. 602/1973, e questa Corte fa voti perché la sua vox, come in altri incontri, non clamet in deserto”.

L'esigenza di ancorare le garanzie del giusto processo alle disposizioni dell'art. 24 Cost. emerge pure dalle motivazioni della sentenza 16 ottobre 1986, n. 220, in *Cons. Stato* 1986, II, 1281 la quale, nel dichiarare l'illegittimità degli artt. 75 e 300 c.p.c. nella parte in cui non prevedono, ove emerga una situazione di scomparsa del convenuto, la interruzione del processo e la segnalazione, ad opera del giudice, del caso al Pubblico Ministero perché promuova la nomina di un curatore, ha affermato che “l'interpretazione estensiva dell'art. 182 c.p.c., in virtù della quale rientrerebbe nei poteri del giudice invitare l'attore a chiedere al tribunale competente la nomina di un curatore e a rinnovare la citazione entro un dato termine nei confronti di quest'ultimo, non può essere assunta al livello di quel “diritto vivente” che consentirebbe di dire la proposta questione risolubile con l'applicazione, condotta dai giudici a quibus, dei dettami espressi nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale preliminari al codice civile, questa Corte non può esimersi dall'esaminare la questione, che è da giudicare fondata perché il processo nel quale lo “scomparso” non sia rappresentato dal curatore è contrario all'ideale del “processo giusto” che i commi primo e secondo dell'art. 24 Cost. confluiscono a garantire. Il giusto processo civile vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano - siano esse attori o convenuti - ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice”.

Appare in contrasto con le predette pronunce la sentenza n. 202 del 15 luglio 1985, in *Giur. cost.* 1985, I, p.1554, secondo la quale “non si può non mettere in rilievo - come, ancora di recente, ha puntualizzato un'autorevole dottrina - 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, se si accetta la particolare previsione dell'art. 13, quinto comma, il quale impone alla legge di stabilire “i limiti massimi di carcerazione preventiva”, senza affatto preoccuparsi dei tempi processuali allorché l'imputato si trovi comunque a piede libero”.

diritti di azione e difesa in giudizio nonché i caratteri tipici della giurisdizione⁶⁵.

Ed invero, con riferimento all'imparzialità del giudice (sulla quale si tornerà nel successivo capitolo in relazione al giudice amministrativo) si può senz'altro accennare a quell'indirizzo, che si era venuto gradualmente consolidando nella giurisprudenza del Giudice delle leggi, secondo cui l'imparzialità assumeva la veste di un elemento essenziale della giurisdizione il quale imponeva di non affidare la funzione di giudicare a coloro che, a causa di un interesse personale o di una convinzione preconstituita in relazione alla materia da decidere, non potrebbero garantire una corretta applicazione del diritto⁶⁶.

⁶⁵ Di notevole rilievo, al riguardo, è la pronuncia 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.* 1996, 1139, dove la Corte, operando una sintesi dei risultati conseguiti nelle sue precedenti decisioni, ha ribadito 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.*

Fra le decisioni anteriori alla sentenza n. 131/96, cfr. Cort. cost. 25 marzo 1992, n. 124, in *Giur. cost.*, 1992, p.1064 I in cui, nel sottolineare che la disciplina delle incompatibilità prevista dall'art. 34 c.p.p., *“è volta ad assicurare la genuinità e la correttezza del processo formativo del convincimento del giudice e si ricollega alla garanzia costituzionale del giusto processo”*, si è affermato che *“i principi della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101) e della sua preconstituzione rispetto all'oggetto del giudizio (art. 25), garantendo l'indipendenza del giudice e la sua necessaria estraneità rispetto agli interessi ed ai soggetti coinvolti nel processo ed escludendo che la sua designazione e la determinazione delle sue competenze possano essere condizionate da fattori esterni, rappresentano i presidi fondamentali dell'imparzialità e ne definiscono il contenuto ineliminabile di connotato intrinseco dell'attività del giudice in quanto non finalizzata al perseguimento di alcun interesse preconstituito”*.

La valenza costituzionale delle garanzie del giusto processo era stata ribadita anche in altre pronunce riguardanti l'art. 34 c.p.p. tra cui la sentenza n. 432 del 15 settembre 1995, in *Giur. cost.* 1995, 3371, nella quale si rammenta *“questa Corte è stata chiamata più volte ad esaminare la materia dell'incompatibilità ed ha avuto occasione di enucleare alcuni principi di base i quali - unitamente alla convinzione di dover affermare un più pregnante significato dei valori costituzionali del giusto processo (e del diritto di difesa che ne è componente essenziale)”*.

⁶⁶ Cfr. Cort. cost. 20 maggio 1996, 155, in *Foro it.*, 1996, I, p. 3614. In questo caso il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede alcune ipotesi di incompatibilità del giudice per le indagini preliminari ribadendo che *“i parametri costituzionali che i giudici rimettenti invocano convergono nel configurare quello che, in numerose occasioni, questa Corte ha indicato come il “giusto processo” voluto dalla Costituzione. 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*

A ciò si è aggiunta l'attività della Corte costituzionale volta a ricondurre tra i contenuti essenziali del “giusto processo” anche il principio del “contraddittorio” e quello della sostanziale “parità delle armi”, anticipando, così, alcune delle innovazioni introdotte nel nostro Ordinamento attraverso la nuova formulazione dell'art. 111 Cost. (innovazioni sulle quali si tornerà comunque nei prossimi paragrafi e capitoli al fine di comprenderne la portata – anche e soprattutto – in riferimento al processo amministrativo)⁶⁷.

giudicare sia assegnata a un soggetto “terzo”, non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto ma anche sgombrato 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. 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 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 giudice, 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”.

Cfr. anche Cort. cost. 7 novembre 1997, n. 326, in *Giur. cost.* 1997, 3321, ove si precisa che “La previsione contenuta nell'art. 51, numero 4, cod. proc. civ., secondo cui il giudice ha l'obbligo di astenersi “se ha conosciuto [della causa] come magistrato in altro grado del processo”, trova remota origine nel Code Louis del 1667 (Ordonnance civile, tit. XXIV, art. 6), da cui, è pervenuta, attraverso l'art. 472, n. 8, del codice di procedura civile sardo e l'art. 116, n. 9, di quello unitario del 1865, pressoché identica nella vigente normativa. Essa, al pari di quella contenuta nell'art. 34, comma 1, cod. proc. pen., è funzionale al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione, che ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, in relazione specifica al quale, peraltro, può e deve trovare attuazione”.

In senso conforme Cort. cost. 15 ottobre 1999, n. 387, in *Cons. Stato* 1999, II,1442, secondo cui il principio di imparzialità può trovare attuazione tenendo conto delle “peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento, dovendosi ancora una volta ribadire la netta distinzione fra processo civile e processo penale: per la diversa posizione e i differenti poteri di impulso delle parti. Di modo che - ferma l'esigenza generale di assicurare che sempre il giudice rimanga, ed anche appaia, del tutto estraneo agli interessi oggetto del processo - le soluzioni per garantire un giusto processo non devono seguire linee direttive necessariamente identiche per i due tipi di processo”.

⁶⁷ Va detto che il principio del contraddittorio risulta affermato dalla Corte anche in pronunce non molto recenti senza però richiamare la nozione di giusto processo. Cfr. Cort. cost. 10 ottobre 1979, n. 195, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.* 1980, 1358 dove si afferma, riguardo alcune norme del vecchio codice di procedura penale, che “La moltiplicazione, nella fase istruttoria, nonché in quelle delle indagini preliminari e dell'esecuzione, delle occasioni in cui alla difesa dell'imputato, come attualmente strutturata, è garantito diritto di presenza per l'esercizio delle facoltà che le sono proprie, risponde alla aspirazione a fondare l'intero processo penale sopra un effettivo contraddittorio tra accusa e difesa; contraddittorio la cui costituzione ed il cui funzionamento

Rispetto alle componenti del “giusto processo” sopra menzionate, la Corte costituzionale non sembra aver mostrato un’eguale sensibilità per gli aspetti concernenti la ragionevole durata dei procedimenti, su cui ha invero assunto posizioni apparentemente contraddittorie: da un lato sostenendo l’estraneità della Costituzione alle problematiche dei tempi processuali (che, al contrario, sono state recepite dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani)⁶⁸ e,

rappresentano la condizione ritenuta universalmente ottimale per il più efficace esercizio della stessa funzione giurisdizionale. E poiché l'equilibrio del contraddittorio (che ne misura, appunto, l'efficacia) riposa sulla tendenziale parità tra accusa e difesa, nessuno ha mai dubitato o dubita che alla specifica capacità professionale del pubblico ministero fosse e sia ragionevole contrapporre quella di un soggetto di pari qualificazione che affianchi ed assista l'imputato”.

Cfr. Cort. cost. 4 maggio 1984, n. 137, *Giur. it.* 1985, I,1,398 che, citando l’art. 6 della Convenzione europea, ricorda “*il consistente orientamento giurisprudenziale (sentt. 70/1965, 48/1968, 55 e 151/1971, 99/1973), inteso dalla Corte a ravvisare l'oggetto dell'art. 24 Cost. non nella garanzia dell'esercizio dell'azione e della difesa del contraddittore ma nella partecipazione dei legittimati ad agire e a contraddire all'esercizio della funzione giurisdizionale (in tali sensi sono anche l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848, e la giurisprudenza della Commissione e della Corte previste nell'art. 19 della Convenzione stessa, nonché l'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato e aperto alla firma a New York rispettivamente il 16 e 19 dicembre 1966, e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977 n. 881)”.*

Un chiaro collegamento tra giusto processo e principio del contraddittorio viene invece svolto nell’ordinanza del 18 dicembre 1997, n. 421, in *Giur. cost.* 1997, 3806 in cui si statuisce che “*il diritto alla difesa personale costituisce la “regola minima” per un giusto processo e che il sistema processuale vigente, nel garantire congiuntamente la difesa tecnica e l'autodifesa, non si porrebbe in contrasto con i principi affermati dalla Convenzione, ma ne costituirebbe la massima realizzazione*”, specificandosi pure che “*che la presenza del difensore “risponde all'aspirazione a fondare l'intero processo penale sopra un effettivo contraddittorio tra accusa e difesa” e che “nessuno ha mai dubitato o dubita che alla specifica capacità professionale del pubblico ministero fosse e sia ragionevole contrapporre quella di un soggetto di pari qualificazione che affianchi ed assista l'imputato” (sentenza n. 125 del 1979)”.* Anteriormente alla novella costituzionale del 1999 la parità delle armi è stata enunciata dalla Consulta soprattutto in relazione al potere di impugnare (cfr. Cort. cost. 28 luglio 1986, n. 200, in Cass. per 1987, 15: “*le norme processuali penali che negano all'imputato il diritto di proporre appello contro provvedimenti suscettibili di essere appellati dal pubblico ministero violano congiuntamente gli artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, della Costituzione, quando si tratti di provvedimenti dei quali pure l'imputato possa avere ragione di lamentarsi: la disparità di trattamento.....turba il necessario equilibrio del contraddittorio ed in tal senso viola anche il principio del diritto di difesa” (sentenza n. 224 del 1983). Da ciò “la necessità di ristabilire la par condicio tra imputato e pubblica accusa” (sentenze n. 62 del 1981, n. 110 del 1986), nell’ottica di “un “*equo processo “fondato, tra l'altro, sulla uguaglianza delle parti, sulla egalité des armes”*”).*

⁶⁸ Cfr. Cort. cost. sentenza n. 202 del 15 luglio 1985, cit., p.1554 e ss.; cfr. Cort. cost. 23 maggio 1997, n. 146, *Giur. cost.* 1997, 1604 che, nel respingere la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti dell’art. 518 c.p.p., ha ritenuto infondate “*pure le ulteriori censure prospettate dal giudice rimettente in ordine all'ingiustificabile dilatazione dei tempi processuali e all'irragionevole aggravio dell'attività giudiziaria che deriverebbero dalla disciplina denunciata: i valori della speditezza e dell'economia processuale non trovano, infatti, diretto riconoscimento costituzionale, salvi i casi in cui la disciplina determini il rischio di paralisi del processo (v. da*

dall'altro, riconoscendo come l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti debba comunque combinarsi con la sollecita definizione della controversie⁶⁹.

Ebbene, da questa rapida rassegna delle decisioni emanate dalla Consulta in tema di “giusto processo” nel periodo precedente alla riforma del 1999, un dato emerge in maniera del tutto pacifica: nonostante la contraddittorietà di alcune sue decisioni, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale ha fornito un contributo decisivo per la valorizzazione del sistema di garanzie processuali delineato nella Carta Costituzionale in modo da renderlo più aderente a quel modello di “giusto processo” già desumibile dalle relative disposizioni delle maggiori convenzioni internazionali, prima fra tutte quella contenuta nel già esaminato art. 6 CEDU⁷⁰.

ultimo sentenza n. 10 del 1997), ovvero comporti un irragionevole e ingiustificato trattamento deteriore in danno dell'imputato. Situazioni che, per le considerazioni sopra svolte, non ricorrono nel caso in esame, ove all'imputato che non abbia prestato il consenso alla contestazione suppletiva è offerta l'opportunità di presentare richiesta di applicazione della pena sin dalle prime battute delle indagini preliminari disposte dal pubblico ministero in ordine al fatto nuovo”.

⁶⁹ Cfr. Cort. cost. 22 ottobre 1996, n. 353, in *Riv. trim. dir. pen. economia* 1996, 1074, con la quale il giudice delle leggi, accogliendo la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 c.p.p. laddove vietava al giudice di pronunciare la sentenza fino a quando non fosse stata decisa un'eventuale richiesta di rimessione del processo, aveva censurato la norma impugnata perché non forniva adeguate garanzie al fine di evitare che un eventuale “abuso processuale” dell'istituto della remissione previsto dall'art. 45 c.p.p. potesse determinare “la paralisi del procedimento, tanto da compromettere il bene costituzionale dell'efficienza del processo, qual è enucleabile dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale”. Cfr. pure Cort. cost. 22 Ottobre 1996, n. 354, in *Cass. pen.* 1997, 649 secondo cui “è certo che una stasi del processo che si accerti di durata indefinita ed indeterminabile, non possa non vulnerare il diritto di azione e di difesa della parte civile cui pure l'assetto del codice abrogato apprestava tutela, svincolandola dal processo penale nel caso di sospensione del processo per infermità di mente dell'imputato” (v. sentenza n.330 del 1994). Con ciò il perturbamento del canone dell'uguaglianza, che il rimettente deduce come parametro, finisce per assumere nella specie connotazioni di ancor più incisivo risalto, in quanto intimamente correlato ad altro valore costituzionale, quale è il potere di agire a tutela dei propri diritti, che nell'ipotesi in esame risulta dunque compromesso in eguale misura”.

⁷⁰ Cfr. F. PERCHINUNNO, *Fondamento del giusto processo*, Bari, 2005, p.46, il quale osserva che l'apporto fornito dalla Corte, attraverso le richiamate decisioni ha consentito la definizione di “processo giusto” in linea con le garanzie sancite dalle fonti internazionali, sia pure come categoria ordinante di più garanzie minime di equità processuale, caratterizzata dal diritto di azione e di difesa – la cui inviolabilità è limitata dalle singole tipologie di procedimenti giurisdizionali e dalle esigenze di tutela di altri interessi e valori sovraordinati – e dal principio del contraddittorio che, pur non disciplinato esplicitamente nella Costituzione, può ricavarsi dalla lettura del combinato disposto di cui agli artt. 3 e 24 Cost”.

5. La costituzionalizzazione del principio del “giusto processo” nel quadro dei “*principi supremi*” della Costituzione.

La *ratio* sottesa alle pronunce esaminate nel paragrafo precedente è stata avvertita anche dal Legislatore italiano che – per la prima volta nell’art. 130 del progetto di legge costituzionale approvato il 4 novembre 1997 dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (la c.d. Bicamerale) istituita con legge costituzionale n. 1/97 per elaborare, tra l’altro, progetti di revisione della Parte II della Costituzione in materia di “*forma di Stato, forma di governo, bicameralismo e sistema delle garanzie*” (art. 1 L. cost. n. 1/97) – ha manifestato la volontà di intervenire sul testo della Costituzione al fine di inserirvi esplicitamente il principio del “giusto processo”⁷¹.

Per la verità, l’art. 130 si inseriva in un più ampio progetto con il quale si voleva operare una decisa costituzionalizzazione di alcune delle garanzie giurisdizionali sancite nelle maggiori Convenzioni internazionali, senza però violare il divieto imposto dalla stessa legge costituzionale 1/97 di modificare la prima parte della Costituzione (dove sono consacrati i principi ed i diritti fondamentali relativi al processo).

⁷¹ L’art. 130 del progetto di legge costituzionale approvato dalla Bicamerale (pubblicato anche in *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, a cura di P. CARETTI, Padova, 1998) si componeva di quattro commi così formulati: “*La giurisdizione si attua mediante giusti processi, regolati dalla legge, ispirati ai principi di oralità, della concentrazione e dell’immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità e davanti ad un giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata.*

Nel procedimento penale la legge assicura che la persona accusata di un reato sia informata, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà di interrogare o di far interrogare dal suo difensore le persone da cui provengono le accuse a suo carico e l’interrogatorio di persone a discarico nelle stesse condizioni di quelle dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata.

La legge assicura che la custodia cautelare in carcere venga eseguita in appositi istituti.

La legge istituisce pubblici uffici di assistenza legale al fine di garantire ai non abbienti il diritto di agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”.

L'obiettivo del progetto, volto – si ripete – a recepire le regole contenute nei modelli internazionali di “processo equo”, si canalizzò sostanzialmente in tre direttive fondamentali⁷².

Anzitutto attraverso la formulazione di un principio immediatamente precettivo secondo cui la giurisdizione si attuasse “*mediante giusti processi regolati per legge*”. In secondo luogo, mediante interventi sulla struttura e la posizione del giudice rispetto alle parti del giudizio affinché ogni processo potesse svolgersi nel rispetto del contraddittorio ed in condizioni di parità dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale.

Infine con un'apposita riserva di legge in ordine alla produzione delle norme processuali⁷³.

In quest'ottica il predetto art. 130, pur sollevando non poche obiezioni in ordine (i) alla forzatura che la Commissione avrebbe commesso rispetto alle funzioni che le erano state attribuite dalla legge costituzionale n. 1/97⁷⁴ e (ii) all'eccessivo tasso di rigidità dei

⁷² Sull'effettiva completezza di tale recepimento si veda L.P. COMOGLIO, *La dimensione costituzionale del processo giusto*, in *Etica e tecnica del “giusto processo”*, op. cit., p.42, secondo il quale tale recepimento non può dirsi completo poiché sia nel testo licenziato dalla Commissione Bicamerale che nelle disposizioni approvate nel 1999 manca “*qualsiasi copertura garantistica per la pubblicità del processo e delle relative udienze /elemento che, come è ben noto, da sempre risulta coesistente, nel quadro delle garanzie sulle quali si fonda “il diritto al processo equo” internazionalmente protetto. Infine non è presentealcun accenno all'effettività che in altri sistemi costituzionali e nei modelli internazionali del processo equo viene correttamente riferita vuoi al diritto individuale di azione e di accesso alle corti, vuoi alle forme di tutela (o, se si preferisce, ai rimedi) che con l'esercizio di quel diritto, chiunque dovrebbe essere in grado di domandare e di ottenere dal giudice adito*”.

⁷³ Cfr. M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V agg., 2001, p.601, che sottolinea l'importanza della “*connessione che si instaura nel sistema del progetto della Commissione tra la riserva di legge contenuta nell'espressione “giusti processi regolati dalla legge” e le altre disposizioni che contribuiscono a manifestare il chiaro intento di sancire in modo esplicito una riserva assoluta di legge statale in materia processuale in modo tale da riservare la produzione delle norme sul processo al rango più elevato del sistema delle fonti previste in costituzione*”.

⁷⁴ Cfr. V. GREVI, *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998, 1, 129, secondo il quale la Commissione bicamerale “*sia pure sforzandosi di operare sul piano delle garanzie oggettive attinenti all'esercizio della giurisdizione, non ha esitato a proporre modifiche anche sul piano delle garanzie soggettive, con ciò incorrendo in una evidente invasione di campo rispetto alla materia disciplinata nel titolo I della parte I della stessa Costituzione*”. Per un altro autore (G. UBERTIS, *La previsione del*

principi del “giusto processo” enucleati (che ne avrebbe reso assai problematica l’applicazione ad ogni tipo di procedimento giurisdizionale⁷⁵), deve essere comunque considerato positivamente in quanto, oltre a segnare una tappa importante nell’affermazione costituzionale del “giusto processo”, ha contribuito non solo a risolvere le questioni inerenti alla posizione delle Convenzioni internazionali nella scala gerarchica delle fonti del nostro Ordinamento, ma anche a garantire l’effettività dell’esercizio del diritto di difesa attraverso l’introduzione di un sistema pubblico di assistenza legale e giudiziale che peraltro sembra presentare notevoli elementi di contiguità con l’istituto del *legal aid* nordamericano⁷⁶.

Tuttavia, il progetto di revisione costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale non ebbe un esito positivo, sicché per rintracciare un ulteriore e decisiva spinta verso l’introduzione dei principi del “giusto processo” nel nostro sistema giuridico occorre

giusto processo, in *Dir. pen. Proc.*, 1998, 44 e ss.) la collocazione dei principi del giusto processo fra le norme sulla giurisdizione e non nella parte dedicata ai diritti individuali comporterebbe il concreto rischio di un irrigidimento del sistema processuale, con la conseguente conservazione di una struttura meno flessibile in relazione alle singole concrete fattispecie ma non per questo più rispettosa delle prerogative fondamentali della persona umana rispetto alle garanzie previste dalle convenzioni internazionali..

⁷⁵ Cfr. V. GREVI, *op. cit.*, p.130 e ss, che, riguardo al principio di parità delle armi, sostiene che “*il carattere rigido e categorico della formula testuale impiegata rischia di dare spazio a non lievi problemi, dal momento che tale formula, nella sua perentorietà, parrebbe prestarsi ad essere interpretata come implicante una rigorosa eguaglianza di posizioni formali tra le parti, nelle diverse fasi attraverso le quali si sviluppa l’ordinaria sequenza processuale all’interno di ciascun grado: il che, però, non si vede come potrebbe trovare concretamente riscontro in ordine ad “ogni processo”.*

⁷⁶ L’art. 130 riportava invero l’espressione “uffici pubblici di assistenza legale” e il diritto ad avere un difensore è consacrato, nell’Ordinamento statunitense, nel VI Emendamento alla Costituzione federale che così recita: “*in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to have the assistance of counsel for his defense*”. Si tratta comunque di un diritto a cui l’imputato può rinunciare difendendosi da solo. Attraverso questo emendamento la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sancito l’obbligo per lo Stato di nominare un difensore (*appointed counsel*) all’imputato indigente precisando che tale obbligo derivava dal combinato disposto del VI Emendamento e del XIV Emendamento. Per la Corte il diritto all’assistenza del difensore, anche per quanto riguarda il patrocinio dei non abbienti deve considerarsi quindi *fundamental and essential to a fair trial*. La Corte Suprema ha altresì precisato che l’eventuale violazione del diritto dell’imputato indigente ad avere un difensore nominato direttamente dal giudice costituisce una violazione della *equal protection clause*. Per un complessivo esame della disciplina nordamericana ed un suo confronto con la situazione italiana cfr. GIACCA, *Il patrocinio per i non abbienti nella disciplina italiana e statunitense: due sistemi a confronto*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.* 2000, 2, 684.

nuovamente “affidarsi” all’attività interpretativa della Corte costituzionale, soprattutto in relazione ad alcune pronunce che avevano espresso un parziale *revirement* rispetto al sistema processualpenalistico (di tipo accusatorio) delineato nel codice di procedura penale del 1988⁷⁷.

Tra queste pronunce, va senz’altro menzionata la sentenza n. 316 del 1998 in cui la Corte, nel tentativo di recuperare quel principio di “non dispersione della prova” elaborato in alcune precedenti decisioni⁷⁸, aveva dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 513,

⁷⁷ Sistema accusatorio e sistema inquisitorio costituiscono le due opposte alternative entro le quali può configurarsi la struttura del processo penale. Sinteticamente, il sistema accusatorio si distingue per i seguenti elementi: 1) necessità di un’accusa proposta e sostenuta da persona distinta dal giudice; 2) pubblicità di tutto il procedimento; 3) parità assoluta di diritti e di poteri fra accusatore ed imputato; 4) esclusione di qualsiasi libertà del giudice nella raccolta delle prove sia a carico che a discarico; 5) allegazione delle prove da parte dell’accusatore e dell’imputato; 6) libertà personale dell’imputato sino alla sentenza irrevocabile.

Caratteristiche del tutto diverse si riscontrano nel sistema inquisitorio ovvero: 1) l’intervento *ex officio* del giudice; 2) la segretezza del procedimento in rapporto non solo ai cittadini ma allo stesso imputato; 3) il procedimento e la difesa dell’imputato che estrinsecano totalmente per atti scritti; 4) la disparità di poteri tra il giudice-accusatore e l’imputato; 5) la piena libertà del giudice nella raccolta delle prove; 6) l’inesistenza di qualsiasi diritto dell’imputato in ordine alla raccolta delle prove; 6) la possibile carcerazione preventiva dell’imputato.

Con l’introduzione del nuovo codice di procedura (D.lgs. n. 447/88 emanato in attuazione della delega contenuta nella legge n. 81/87), il Legislatore ha optato chiaramente per il modello accusatorio come si evince dalla netta distinzione tra giudice e accusatore (distinzione applicata anche nell’ambito delle misure restrittive della libertà personale) a cui corrisponde la separazione tra la fase procedimentale affidata all’iniziativa investigativa del pubblico ministero e la fase dibattimentale che si svolge dinanzi ad un giudice nel contraddittorio tra le parti.

Altra circostanza che contraddistingue il codice di procedura penale del 1988 nei suoi aspetti accusatori, è la preclusione (tranne alcune eccezioni) circa la possibilità di utilizzare gli atti delle indagini preliminari come prova nel dibattimento. La disciplina della fase dibattimentale si fonda, infatti, sull’idea che il processo debba tendere alla verifica di contrapposte ipotesi ricostruttive dei fatti cosicché è escluso in capo al giudice, salvo in alcuni casi, anche qualsiasi potere di acquisizione *ex officio* di elementi di prova diversi da quelli forniti durante il dibattimento dall’accusa e dalla difesa. Per un esame ed una valutazione complessiva del codice di procedura del 1988 cfr. A. NAPPI, *Codice di procedura penale*, in *Enc. dir.*, I agg., Milano, 1997, 292 e ss. Sulla distinzione tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio v., tra gli altri, G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, 334 e ss.

⁷⁸ Una visione fortemente riduttiva degli aspetti accusatori del nuovo processo penale comincia a trapelare dalla sentenza n. 24 del 31 gennaio 1992 (in *Giur. cost.* 1992, 114) che, nel dichiarare la parziale incostituzionalità dell’art. 195 c.p.p. nella parte in cui vietava la testimonianza degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria sul contenuto delle dichiarazioni, acquisite nel corso delle indagini, si era precisato che il requisito dell’oralità costituisce “*certamente uno dei principi informatori del codice vigente, ed in base ad esso il convincimento del giudice deve essenzialmente formarsi sulla base delle prove che si assumono al dibattimento nella pienezza del contraddittorio. Ma con tale principio non solo non contrasta ma anzi si conforma pienamente la testimonianza degli appartenenti alla polizia giudiziaria su fatti conosciuti attraverso dichiarazioni loro rese da altre persone, testimonianza da assumersi nei modi e nelle forme*

secondo comma, c.p.p. ritenendo irragionevole una disciplina processuale che precludesse completamente l'acquisizione, durante la fase dibattimentale, di elementi di prova legittimamente raccolti durante una precedente fase del procedimento (ossia durante le indagini o in occasione dell'udienza preliminare)⁷⁹.

prescritte dell'esame diretto e del controesame. Non appare quindi convincente l'affermazione contenuta nella relazione al progetto preliminare a proposito dell'art. 195, secondo cui, nella parte che qui interessa, "il disposto del comma 4 dà attuazione alla direttiva 31 della legge-delega che mira a garantire, ad un tempo, l'oralità della prova e il diritto di difesa". L'oralità della prova è fuori discussione, mentre il diritto di difesa è comunque tutelato attraverso l'interrogatorio diretto e il controinterrogatorio del testimone".

Ancor più chiare le motivazioni svolte nella sentenza 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. cost.* 1992, 1961 la quale, accogliendo la questione di legittimità costituzionale dell'art. 500 c.p.p. laddove non consentiva di acquisire al fascicolo per il dibattimento le dichiarazioni rilasciate da testimoni e utilizzate per le contestazioni nel corso dell'esame dibattimentale, aveva statuito che *"che l'oralità, assunta a principio ispiratore del nuovo sistema, non rappresenta, nella disciplina del codice, il veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento; ciò perchè - è appena il caso di ricordarlo - fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità di guisa che in taluni casi in cui la prova non possa, di fatto, prodursi oralmente è dato rilievo, nei limiti ed alle condizioni di volta in volta indicate, ad atti formati prima ed al di fuori del dibattimento"*, aggiungendo pure che *"il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità; ma accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili col metodo orale"*.

⁷⁹ Cfr. Cort. cost. 2 novembre 1998, n. 361, in *Giust. pen.* 1999, I, 1, 99. Per comprendere le motivazioni di questa pronuncia deve ricordarsi che l'originario secondo comma dell'art. 513 c.p.p. prevedeva che, qualora non fosse stato possibile ottenere, tra l'altro, la presenza delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. (persone imputate in un procedimento connesso), si sarebbe potuto procedere con la lettura dei verbali contenenti le loro dichiarazioni, mentre ciò non era possibile, secondo la giurisprudenza prevalente dell'epoca, nel caso del dichiarante che si fosse presentato avvalendosi della facoltà di non rispondere.

La Corte costituzionale rilevando, sulla base di tale orientamento giurisprudenziale, una disparità di trattamento rispetto alla disciplina prevista per l'imputato che si fosse rifiutato di rispondere in sede dibattimentale (in questa ipotesi il primo comma dell'art. 513 permetteva la lettura e l'acquisizione, a richiesta della parte, delle precedenti dichiarazioni rese dall'imputato medesimo) aveva ritenuto la disposizione del secondo comma dell'art. 513 c.p.p. priva di qualsiasi ragionevole giustificazione e, perciò, costituzionalmente illegittima (cfr. sent. 3 giugno 1992 n. 254, in *Giur. cost.*, 1992,1932).

Il legislatore, tuttavia, considerando la disposizione dichiarata incostituzionale di fondamentale importanza per la struttura accusatoria del processo, era intervenuto con la legge n. 267/97 reintroducendo la distinzione tra impossibilità di ottenere presenza del dichiarante e rifiuto di rispondere del dichiarante comparso in aula.

Investita della questione di legittimità dell'art. 513 c.p.p. come modificato dalla legge n. 267/97, La Corte, riscontrando le notevoli analogie con la disciplina originaria, ha nuovamente ribadito le proprie censure nei confronti dell'operato del legislatore osservando che *"non è conforme al principio costituzionale di ragionevolezza una disciplina che precluda a priori l'acquisizione in dibattimento di elementi di prova raccolti legittimamente nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare"*.

Al contrario, per la Consulta, appare conforme al principio costituzionale di ragionevolezza e ad una equilibrata tutela del diritto di difesa *"una disciplina che da un lato non precluda a priori*

La Corte, quindi, nell'ammettere la possibilità che al soggetto accusato di un reato fosse consentito semplicemente di confutare (a posteriori e senza un confronto diretto) dichiarazioni già acquisite in una fase anteriore al dibattimento, finì per limitare la reale portata del principio del contraddittorio, ravvisando in esso soltanto un particolare strumento di difesa dell'imputato, potenzialmente destinato a soccombere quando si trattasse di soddisfare esigenze fondamentali di ricerca della verità (che, nel pensiero della Corte, costituiscono il fine ineludibile di ogni processo).

Si venne così a creare un profondo contrasto tra la concezione del contraddittorio fornita dalla Corte nella predetta pronuncia e quella (ben diversa) che – mediante una differente lettura delle norme costituzionali e delle disposizioni del giusto processo contenute nelle Convenzioni internazionali – si stava affermando *medio tempore* all'interno del Parlamento (anche sulla base dei progetti di riforma elaborati dalla Commissione bicamerale). Contrasto la cui portata radicò negli stessi organi parlamentari la volontà di risolvere il problema attraverso l'inserimento, nel dettato costituzionale, di un principio di “giusto processo” che fosse anche in grado di definirne gli aspetti legati alla sua concreta applicazione, soprattutto nell'ambito del processo penale, e anche a costo di opporsi all'interpretazione adottata dalla Corte costituzionale in tema di contraddittorio⁸⁰.

l'acquisizione in dibattimento di elementi di prova raccolti legittimamente nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, dall'altro ne subordini l'ingresso nel patrimonio di conoscenze del giudice alla possibilità di instaurare il contraddittorio tra il dichiarante e il destinatario delle dichiarazioni”.

⁸⁰ Si contano ben cinque disegni di legge costituzionale al Senato e sei proposte di modifica della Costituzione presentate alla Camera. In particolare al Senato sono stati presentati: il d.d.l. cost. n. 3619 (Pera ed altri) del 4 novembre 1998 (Integrazione dell'art. 24 Cost.); il d.d.l. cost. 3623 (Follieri ed altri) del 5 novembre 1998 (Integrazione dell'art. 24 Cost.); il d.d.l. cost. 3630 (Pettinato ed altri) del 5 novembre 1998 (Modifica dell'art. 101 Cost); il d.d.l. cost. 3638 (Salvato ed altri) dell'11 novembre 1998 (Norme costituzionali in materia di giusto processo e di garanzia dei diritti nel processo penale); il d.d.l. cost. 3665 (Salvi ed altri) del 24 novembre 1998 (Inserimento nella Costituzione dell'art. 110 bis concernente i principi del giusto processo).

Da qui la ferma intenzione di tutte le maggiori forze politiche di superare le pronunce della Corte costituzionale (che, secondo alcuni parlamentari, avevano sostanzialmente “*snaturato*” l’intero impianto accusatorio del codice di procedura penale del 1988) attraverso l’approvazione della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2.

Nei lavori parlamentari relativi all’approvazione di tale legge si registrò così un’estrema concentrazione e velocità dei lavori per quanto riguarda l’*iter* svolto in Senato⁸¹, mentre alla Camera dei deputati il disegno di legge costituzionale fu sottoposto ad una vera e propria “*blindatura*” che impedì l’introduzione di qualsiasi modifica, anche in senso migliorativo al testo approvato al Senato⁸².

Alla Camera risultano presentati: la p.d.l. cost. 5359 (Pecorella ed altri) del 4 novembre 1998 (Modifiche all’art. 24 Cost.); la p.d.l. cost. 5370 (Saraceni ed altri) del 5 novembre 1998 (Inserimento nella Costituzione dell’art. 310 bis); la p.d.l. cost. 5377 (Pisapia) del 9 novembre 1998 (Modifiche all’art. 111 Cost.); la p.d.l. cost. 5443 (Soda) del 25 novembre 1998 (Disposizioni concernenti la giustizia e le garanzie del giusto processo); la p.d.l. cost. 5475 (Pecorella) del 2 dicembre 1998 (Modifica dell’art. 25 Cost.); la p.d.l. cost. 5696 (Pecorario Scanio e Matranga) del 17 febbraio 1999 (Modifiche agli artt. 25 e 111 Cost.).

L’atteggiamento di netta opposizione alle sentenze della Corte Costituzionale si riscontra in numerosi passi dei lavori preparatori della riforma dell’art. 111 Cost. V. ad es. la relazione al d.d.l. cost. 3623 secondo cui, a causa dell’opera della Corte costituzionale, risulterebbero “*snaturati*” gli artt. 195, 500 e 513 c.p.p. e “*sconvolta*” l’originaria fisionomia dell’impianto codicistico cosicché “*al fine di restituire al processo penale il connotato dell’accusatorietà, che fu frutto di una scelta meditata, consapevole e quasi unanime del Parlamento italiano, è necessario fissare in una norma di rango superiore, i principi volti a delineare una struttura procedurale, idonea a garantire un giusto processo*”; la relazione al d.d.l. cost. 3619 dove si legge che “*Le sentenze della Corte costituzionale hanno, di fatto, scardinato l’intero impianto codicistico [...], ispirato ai principi del processo accusatorio*”; la relazione al d.d.l. cost. 3630 cost. per la quale “*L’accoglimento del principio del giusto processo introduce un sicuro elemento di chiarezza e [...] consentirà un concreto livello di stabilità interpretativa*”; la relazione al d.d.l. cost. 3638 in cui si osserva che “*Di fronte alle decisioni della Corte costituzionale il legislatore non può aprire un conflitto di impossibile soluzione riproponendo la sostanza delle norme censurate. Al contrario può certamente ed utilmente giovare di una scelta a livello costituzionale, che acquisisca espressamente in Costituzione i principi del modello accusatorio del processo penale*”.

⁸¹ Invero in tale ramo del Parlamento, il testo definitivo della legge risultò approvato in tre giorni di esame in sede referente dalla Commissione affari costituzionali ed in un solo giorno e mezzo di discussione in assemblea.

⁸² Tra le peculiarità che contraddistinguono la “*blindatura*” alla Camera dei deputati del testo legislativo approvato dal Senato va ricordata la discussione sulle linee generali del progetto di legge effettuata unitamente a quella sulla legge costituzionale riguardante l’elezione diretta del presidente della giunta regionale e l’autonomia statutaria delle Regioni, nonché il dibattito sugli emendamenti che avviene solo a futura memoria poiché tutti gli emendamenti vengono ritirati dopo la loro illustrazione.

In particolare dal testo elaborato emerse anzitutto la decisione di introdurre nella Costituzione non tutti i principi potenzialmente “estraibili” dal concetto di “giusto processo”, ma soltanto quelli ritenuti più urgenti e maggiormente condivisi in modo da creare un modello essenziale di giusto processo che poi potesse essere ampliato con successivi interventi riformatori o mediante l’attività interpretativa dei singoli operatori del diritto.

Ed invero, benché in Parlamento fosse ben radicata la convinzione che le nuove disposizioni del “giusto processo” esplicitassero garanzie già presenti in Costituzione o, comunque, già vigenti nel nostro Ordinamento per il tramite della ratifica delle convenzioni internazionali, non mancarono (soprattutto durante la discussione che si svolse alla Camera) interventi volti a sottolineare le lacune del testo approvato dal Senato, con specifico riferimento all’assenza, per esempio, della pubblicità del processo, della reale tutela dei non abbienti, degli strumenti e parametri per garantire la ragionevole durata del processo, dell’effettiva unitarietà della giurisdizione, della garanzia contro le autoincriminazioni e dei diritti delle vittime del reato⁸³.

Per la verità, tali omissioni furono motivate rilevando che la nozione di “giusto processo” doveva essere considerata alla stregua di un principio “*a tessitura aperta*”⁸⁴ nel senso che il suo contenuto non poteva essere esaurito da una mera elencazione di garanzie processuali. Pertanto la circostanza che alcuni aspetti del giusto processo non fossero espressamente enunciati nel testo della legge di

⁸³ Al riguardo va menzionata la proposta, avanzata dal deputato Pecorella durante la seduta del 27 luglio 1999, di adottare un ordine del giorno (considerato sul piano politico non meno importante della norma costituzionale) finalizzato ad impegnare formalmente il Governo a porre in essere le iniziative necessarie per rendere effettiva l’attuazione del patrocinio dei non abbienti sul presupposto “*la garanzia dell’effettiva possibilità per tutti i cittadini, indipendentemente dalle condizioni sociali ed economiche, di agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione costituisce, insieme con i principi del contraddittorio e dell’indipendenza e imparzialità del giudice, condizione essenziale per un giusto processo*”.

⁸⁴ L’espressione è stata utilizzata dall’on. Carrara durante la seduta assembleare n. 573 del 21 luglio 1999.

revisione costituzionale era dovuta soltanto alla mancanza di un consenso diffuso in ordine alle loro concrete modalità attuative e non anche all'idea che essi potessero comunque ricavarsi a livello interpretativo dal concetto stesso di giusto processo⁸⁵.

In ogni caso, l'esigenza di giungere ad una rapida conclusione del procedimento di revisione costituzionale era dettata dalla necessità (avvertita e condivisa da un ampio schieramento trasversale comune a tutti i più importanti gruppi parlamentari) di inserire nella Costituzione alcuni principi fondamentali del processo, tra cui in particolare (come si è visto) il principio del contraddittorio nel momento della formazione della prova nel processo penale⁸⁶.

Non a caso, sotto quel'ultimo profilo, merita evidenziare come il dibattito parlamentare si concentrò quasi esclusivamente sul giusto processo penale, sebbene dal testo emerga anche la chiara volontà di riferire i principi del giusto processo (indicati nei primi due commi dell'art. 111 Cost.) all'esercizio di qualsiasi tipo di giurisdizione.

Ebbene, con la definitiva approvazione della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, il Parlamento modificò profondamente l'insieme delle disposizioni costituzionali dedicate all'esercizio della giurisdizione aggiungendo ben cinque nuovi commi al testo originario dell'art. 111 Cost.: in particolare i primi due commi enunciarono principi riguardanti qualsiasi procedimento giurisdizionale mentre gli altri tre commi, introducendo garanzie estremamente analitiche in tema di diritti della persona accusata di

⁸⁵ Cfr. la relazione del sen. Pera al d.d.l. cost. n. 3619 ed alla Camera l'intervento dell'on. Soda durante la seduta n. 577 del 27 luglio 1999.

⁸⁶ Cfr., ad esempio, i resoconti sommari e stenografici della seduta n. 549 del 18 febbraio 1999 del Senato sui diversi disegni di legge costituzionale, con particolare riferimento agli interventi dei senatori Pettinato, Gasperini, Callegaro, Cirami, Follieri, Mungasi, Senese, Pera). Alla Camera cfr., tra gli altri, gli interventi durante la seduta n. 577 del 27 luglio 1999 dei deputati Pecorella, Folena e Pisapia.

un reato, obblighi di informazione e formazione della prova, si riferirono espressamente al processo penale⁸⁷.

L'attenzione che la migliore dottrina ha dedicato a questi nuovi commi si è concentrata non tanto sui profili attinenti alla loro collocazione nel dettato costituzionale (sui quali si registrano comunque alcuni rilievi parlamentari)⁸⁸ quanto piuttosto sul

⁸⁷ In conseguenza delle modifiche operate dalla legge costituzionale n. 2/99, l'attuale testo dell'art. 111 Cost. risulta essere il seguente: *“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.*

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 necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice di interrogare o 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 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 di 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 oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti restrittivi della libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali 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”.

⁸⁸ Alcuni rilievi sulla collocazione delle nuove norme costituzionali sono svolti nella relazione al d.d.l. cost. n. 3665 dove si ritiene che *“la nuova norma che proponiamo di inserire nella Costituzione trovi appropriata collocazione nella seconda parte della Costituzione, piuttosto che nella prima parte, in quanto concreto svolgimento, in materia giurisdizionale, del principio della inviolabilità della difesa affermato, nella prima parte relativa ai “diritti e doveri dei cittadini”, dall'art. 24 secondo comma”.*

La questione viene posta in termini più prolematici riguardo alle disposizioni del quarto comma dove viene enunciato il principio del contraddittorio nella formazione della prova e si afferma che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata dalle dichiarazioni di chi si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

In questo caso, vi è la convinzione, in alcuni membri del parlamento, di trovarsi di fronte a garanzie sostanziali tant'è che nel testo proposto all'Assemblea era prevista l'introduzione, nell'art. 25 Cost., di un secondo comma del seguente tenore: *“Nessuno può essere condannato in base a dichiarazioni rese da chi si sia sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore”.*

Tuttavia anche questa disposizione, durante la discussione nel corso dell'assemblea, viene spostata all'interno dell'art. 111 Cost. sulla scorta delle osservazioni del sen. Pera secondo cui *“anche quel principio che ai più – e pure a me personalmente – sembra essere meglio collocato nella parte Isi è convenuto che potesse essere opportunamente ricondotto, perché è un principio di natura ambigua (da un lato infatti certamente rappresenta una garanzia fondamentale dei cittadini, ma dall'altro ha anche dei riflessi di carattere immediatamente*

significato e la reale portata delle modifiche operate dal Parlamento sul testo dell'art. 111 Cost.⁸⁹.

In merito, il dibattito dottrinale si caratterizzò subito per la netta contrapposizione tra chi riconosceva ai nuovi commi un ruolo essenziale per l'affermazione effettiva del "giusto processo" (anche a livello sistematico) e chi, viceversa, escludeva che dalla riforma del 1999 potesse derivare una radicale innovazione, soprattutto alla luce dei risultati che erano già stati conseguiti in sede giurisprudenziale.

Più precisamente, secondo quest'ultimo indirizzo, le garanzie sancite nei primi due commi dell'art. 111 Cost. sarebbero già ricavabili dagli enunciati della Carta costituzionale del 1948 (principalmente

procedurale) alla parte II della Costituzione e, quindi, premetterlo all'art. 111 della Costituzione".

Analoghe dichiarazioni vengono rese dall'on. Amato: "Era mia convinzione che la collocazione in quella sede (l'art. 25Cost.) fosse dovuta ad una assonanza lessicale: "Nessuno può essere condannato" che ricorda il "Nessuno può essere punito". Ma è un'assonanza lessicale, non è giuridica – se mi è consentito – perché giuridicamente questo è un principio del processo, mentre l'altro attiene al diritto penale".

⁸⁹ Acuti rilievi sul tenore testuale delle nuove disposizioni costituzionali si rinvencono in L.P. COMOGLIO, *Il giusto processo nella dimensione comparatistica*, in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, 3653 e ss. il quale osserva che "mentre la giustizia viene "amministrata" (art. 101, primo comma, Cost), la giurisdizione – o se si preferisce la funzione giurisdizionale (art. 102, primo comma, Cost.) – appare tecnicamente neutra come lo è il processo poiché prescinde sul piano finalistico dal tipo, dalla natura e dalla qualità del risultato sostanzialmente ottenibile nel giudizio. Essa, perciò, non si "attua" ma semmai si "esercita" o viene "esercitata" dai giudici che ne siano titolari.....Ciò che invece si attua, mediante l'esercizio strumentale di quella funzione, nel contesto modale di un giusto processo, è il suo fine o scopo istituzionale, vale a dire la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi ritenuti meritevoli di protezione". Inoltre, nel nuovo art. 111, non è chiaro se il processo possa già reputarsi di per se giusto solo perché sia comunque "regolato dalla legge", oppure se esso possa e debba considerarsi tale, solo in quanto la sua "regolamentazione per legge" realizzi pienamente le condizioni previste nel secondo comma". Il medesimo autore, in un altro suo scritto (*Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Etica e tecnica del giusto processo*, op. cit., 41 e ss.) ha evidenziato le differenze fra il testo dell'art. 111 Cost. approvato nel 1999 e l'art. 130 del progetto di revisione costituzionale elaborato dalla Commissione bicamerale, sottolineando, tra l'altro, che "è caduto nel testo definitivamente varato, che consacra il giusto processo come categoria ordinante generale, ogni riferimento sia ad una possibile pluralità tipologica di processi giusti, sia ai principi strutturali dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza che sono propri di un modello processuale di stampo dibattimentale (qual è quello configurato nelle garanzie internazionali del processo equo. Alla terzietà del giudice viene inoltre aggiunta nel testo medesimo – con un'integrazione non certo priva di risalto, ma di non facile lettura. La ragionevole durata del processo rimane in entrambe le sedi oggetto di una specifica riserva di legge. Manca, poi, nell'una e nell'altra versione qualsiasi copertura garantistica per la pubblicità del processo e delle relative udienze"

dal combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost.), cosicché la nozione di “giusto processo” – chiave di volta dell’intero progetto di revisione – finirebbe per risultare del tutto inidonea ad esprimere un contenuto nuovo e ulteriore rispetto a quello di per sè desumibile dalle disposizioni costituzionali preesistenti⁹⁰.

⁹⁰ In tal senso, nel giudicare negativamente l’art. 130 del progetto di revisione costituzionale licenziato dalla Bicamerale, si era già espresso V. GREVI, *op. cit.*, 726 e ss., ritenendo “*meramente declamatoria la previsione inserita nel primo comma dell’art. 130 prog. rev. cost. , e volta ad enunciare che la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla leggeNon c’è dubbio, in realtà, che se la nozione di giusto processo è quella già desumibile dai principi costituzionali concernenti la tematica giurisdizionale, l’esercizio della giurisdizione non possa attuarsi se non nel rispetto di tali principi, ai quali le leggi ordinarie devono ovviamente adeguarsi: perché altrimenti si tratterebbe di leggi incostituzionali. Sotto questo profilo, dunque, siamo di fronte ad una previsione di contenuto autoreferenziale. E, d’altra parte, non si è mai dubitato che anche la materia del processo giurisdizionale fosse riconducibile all’area del principio di legalità (art.101, secondo comma, Cost) e quindi assoggettata ad una generale riserva di legge. Che lo si voglia affermare a chiare lettere può corrispondere ad una preoccupazione apprezzabile,ma non aggiunge nulla a quanto già poteva farsi discendere dal contesto costituzionale”.*

Tra i primi commentatori della legge costituzionale n. 2/99 esprime critiche molto severe S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010 e ss, per il quale i due commi iniziali del nuovo art. 111 Cost non rappresentano un cambiamento reale rispetto al quadro precedente per cui “*non esiste un solo caso in cui, oggi, si dovrebbe dichiarare l’illegittimità di norme ordinarie per violazione di garanzie costituzionali che non si sarebbe potuta e dovuta dichiarare prima*”. Le nuove norme, quindi, non avrebbero fatto altro che ribadire, in maniera più analitica, le garanzie del processo ricavabili dalle norme costituzionali già esistenti tra cui l’art. 24 Cost. nella sua connessione con l’art. 3 Cost, nonché gli art. 101 e 104 Cost. per quanto riguarda, in particolare, l’imparzialità del giudice.

L’autore ha recentemente mutato il suo pensiero (cfr. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 144 e ss.) affermando che la formula del primo comma dell’art. 111 Cost. non è una mera sintesi delle garanzie previste nel secondo comma poiché, in base ad essa, un processo può definirsi giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre sentenze giuste.

La conclusione secondo la quale un processo può definirsi giusto, non solo in relazione alle concrete modalità in cui esso si svolge, ma anche rispetto al risultato che si vuole conseguire (ossia il corretto accertamento della verità dei fatti), porta il citato autore, nell’ambito della giurisdizione civile, a ritenere coerente con il giusto processo l’attribuzione al giudice di un potere sussidiario di ammissione *ex officio* dei mezzi di prova.

Si osserva, in particolare, che “*Nessuna garanzia costituzionale per le parti può ritenersi violata dall’esercizio di un potere istruttorio ufficioso che riapre i termini per le deduzioni probatorieAffermare che il provvedimento ufficioso che ammette la prova aggira le preclusioni a favore di una parte e a danno dell’altra significa preoccuparsi del fatto che la parte che ha torto in fatto e che spera di vincere la causa per l’errore commesso dall’avversario nel non dedurre in tempo la sua prova viene danneggiata dal successivo intervento del giudice. Tutto ciò non ha a che fare con le garanzie costituzionali, bensì con la vetusta concezione del processo come un giuoco dove non vince la parte che ha ragione,ma la parte che si può avvalere del campione, cioè dell’avvocato più abile*”.

Curiosamente le recenti argomentazioni del Chiarloni sembrano riecheggiare l’orientamento emerso proprio in quelle sentenze della Corte Costituzionale che hanno innescato il procedimento di revisione costituzionale dell’art. 111 Cost (v. *retro* le decisioni riportate nelle note nn. 56 e 57) e nelle quali il Giudice delle leggi, intervenendo sull’impianto accusatorio del codice di procedura

Contro queste critiche avanzate nei confronti della riforma costituzionale del 1999, si obiettò tuttavia che la nozione di “giusto processo” accolta nella Carta costituzionale non poteva essere ridotta ad una semplice espressione volta a sintetizzare il complesso dei valori costituzionali inerenti all’attività giurisdizionale; al contrario, tale nozione rappresentava (e rappresenta) una vera e propria “clausola generale” attraverso la quale fare entrare nel sistema (delle garanzie costituzionali della giurisdizione) tutti quei principi e quegli istituti considerati necessari per un’effettiva e completa tutela dei diritti e della ragioni delle parti⁹¹.

Probabilmente, alcune delle garanzie del “giusto processo” sancite nel nuovo testo dell’art. 111 Cost. avrebbero potuto essere desunte in via interpretativa da altre disposizioni della Carta Costituzionale. Ciò però non toglie che la loro esplicita enunciazione in un’apposita disposizione permetta di identificare in modo chiaro ed indiscutibile i principi ai quali deve conformarsi il nostro Ordinamento processuale anche al fine di evitare che in futuro il loro riconoscimento dipenda solo dalle sentenze della Corte costituzionale o dagli interventi della più attenta dottrina.

penale del 1988, aveva affermato che la concreta applicazione del principio del contraddittorio non può pregiudicare il fine ineludibile della ricerca della verità.

⁹¹ In tale senso G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del nuovo art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2003, 4, 1185 e ss., il quale aggiunge che, in virtù di tale clausola, l’insieme delle garanzie costituzionali del processo “*non può né deve essere concepito come un catalogo chiuso, suscettibile tutt’al più di un’autointegrazione analogica o estensiva: essa (clausola), infatti, rappresenta lo strumento dato alla Corte per “arricchire” la gamma delle garanzie processuali, aggiungendo a quelle tipiche (enumerate o desumibili dal test costituzionale positivo) delle componenti garantistiche enucleabili attraverso un’operazione di eterointegrazione (o, se si preferisce, di giusnaturalismo processuale), recettiva non tanto o non solo dei principi del processo equo disegnati dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e degli altri accordi internazionali in materia, ma anche di quegli eventuali valori di nuova civiltà (o, se si preferisce, di natura etico-morale e tecnica insieme espressi e/ condivisi dalla collettività*”. Cfr. pure M. CECCHETTI, *op. cit.*, 607, secondo cui la ricostruzione della nozione di giusto processo come “*formula di sintesi aperta e suscettibile di espansioni e integrazioni*” consente di respingere tutte quelle posizioni tendenti a svalutare la portata normativa dell’espressione facendo leva su una sua presunta ovvietà o sul suo valore meramente polemico e retorico.

Pertanto, la formula del “giusto processo”, coerentemente con le indicazioni emerse anche nel corso del procedimento di approvazione della legge costituzionale n. 2/99 (dove, si ricorda, il giusto processo non a caso è stato definito come un principio “*a tessitura aperta*”) rappresenta una concisa e sintetica espressione che esprime l’esigenza di interpretare le disposizioni costituzionali sulla giurisdizione mediante un coordinamento sistematico che le ponga in relazione tra di loro e ne assicuri l’omogenea applicazione⁹².

Peraltro, secondo una parte della dottrina, la revisione dell’art. 111 Cost. avrebbe inciso anche sui c.d. “principi supremi” dell’Ordinamento costituzionale, ovvero su quei principi che, in base al alcune note pronunce della Corte Costituzionale, non possono

⁹² Cfr. L.P. COMOGLIO, *op.cit.*, 3708 e ss. che individua nell’espressione giusto processo un “*concetto relazionale*” al quale, analogamente al *due process of law* “è connaturata la caratteristica di porsi non già quale dato numerico quantitativo di una mera summa aritmetica di più componenti garantistiche, bensì come sintesi qualitativa delle medesime capace di trasferirle in un’entità diversa e superiore. Quel concetto, di conseguenza, non si esaurisce nelle sole garanzie strutturali (vale a dire, nel contraddittorio, nella posizione di parità delle parti, nel giudice terzo e imparziale, nella ragionevole durata di ogni processo) che sono formalmente enumerate dal nuovo artt. 111, dopo la riforma del 1999. Esso deve necessariamente arricchirsi per effetto di un’auto e di un’eterointegrazione che vanno ben al di là delle formule normative, completandosi quindi, non soltanto con le garanzie individuali di tutela e con quelle strutturali di giustizia che esistevano ab origine nella Costituzione repubblicana del 1948, ma anche (dall’esterno).....sia con i principi del processo equo derivanti dagli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea del 1950, sia con le ulteriori garanzie di effettività dei mezzi di azione o difesa e delle forme di tutela che ora sono contenute nell’art. 7 della Carta Europea del 2000”.

Aderisce a tale opinione anche N. TROCKER, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 2, 381, il quale rammenta che “la Costituzione del 1948, non diversamente da altre costituzioni europee del dopoguerra, aveva scelto la strada della previsione analitica di garanzie aventi ad oggetto diverse situazioni processuali. Mancava un’enunciazione concentrata e sintetica come quella che ora trova il suo ingresso nell’art. 111 Cost.. Il pregio di questa scelta sta nel fatto che la formula del giusto processo da espressione all’esigenza di coordinare sistematicamente fra loro le diverse garanzie afferenti al processo e di rendere omogenee e interdipendenti le loro concretizzazioni applicative. In questo senso la norma contiene una fondamentale indicazione di metodo; le garanzie costituzionali del processo hanno bisogno di un’interpretazione e ricostruzione che non si limiti ad analizzarle come entità a se stanti, ma sappia cogliere il significato appunto relazionale entro una serie di collegamenti ed interdipendenze funzionali”.

Il medesimo autore ha pure osservato che il recepimento della formula del giusto processo “contribuisce a dare risalto alle convenzioni internazionali che al giusto processo hanno dato formale spazio circondandolo di preziose puntualizzazioni e apre così la prospettiva di un’effettiva interazione tra Ordinamento giuridico interno e sistema sopranazionale europeo”.

essere modificati nel loro nucleo fondamentale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali⁹³.

A tal proposito appare utile rammentare che i principi supremi si risolvono, strutturalmente, in valutazioni assiologiche e deontologiche (i “*valori supremi*” richiamati dalla Consulta nella citata sent. n. 1146/88) che hanno ricevuto nella Costituzione un riconoscimento almeno implicito, ma sul piano funzionale si differenziano dagli altri principi (chiamati generalmente a svolgere funzioni integrative, programmatiche o interpretative⁹⁴) poiché essi sono soprattutto finalizzati all’individuazione, quali limiti invalicabili, delle istanze irrinunciabili su cui si fonda l’intero Ordinamento giuridico⁹⁵.

⁹³ Cfr. M. CECCHETTI, *op. cit.*, 619; L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, 3671, secondo il quale nella formula del “giusto processo” di cui all’art. 111 Cost. “è agevole identificare il nucleo essenziale della tutela giurisdizionale (vale a dire gli elementi essenziali del diritto al giudizio e del diritto alla tutela giurisdizionale i quali vengono inclusi fra i diritti inviolabili dell’uomo ex art. 2 Cost., inserendosi a pieno titolo nel contesto dei principi e dei valori supremi dell’Ordinamento costituzionale dello stato”); L. LANFRANCHI, *op. cit.*, che, come si è visto precedentemente (cfr., *retro*, n. 88) parla apertamente di “*garanzia costituzionale non modificabile in senso peggiorativo con il procedimento di revisione dell’art. 138 Cost.*”.

In giurisprudenza, cfr., tra le tante, Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18, in *Foro it.* 1982, I, 934 che ascrive il diritto alla tutela giurisdizionale “*tra i principi supremi del nostro Ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l’assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio*”; Cort. cost. 30 gennaio 1985 n. 26, in *Foro it.*, I, 636 e ss.; Cort. cost. 11 aprile 1997, n. 93, in *Giur. cost.* 1997, 923. Si tratterebbe tanto di principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana, quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Rispetto ad essi si ricorda che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1146 del 29 dicembre 1988 (in *Giur. cost.* 1988, 5565) ha significativamente affermato la sua competenza a “*giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell’Ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all’assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore*”.

⁹⁴ Generalmente si parla di funzione integratrice quando, ad esempio, un principio viene utilizzato per regolare una caso non contemplato da una specifica norma; la funzione interpretativa riguarda, invece, le ipotesi di utilizzazione dei principi per interpretare, tra l’altro, norme già vigenti di incerto significato; la funzione programmatica, infine, si realizza allorché il legislatore fa appello ai principi per trarre indirizzi e orientamenti da perseguire nell’attività legislativa. Cfr., sull’argomento, Bartole, *Principi generali del diritto, Enc. del dir.*, Milano, 1986, XXXV, 494 e ss.

⁹⁵ Per uno studio dei principi generali si veda F. MODUGNO, *Principi generali dell’Ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991 in cui si legge che “è possibile individuare i

Orbene, di fronte all' "irriducibilità" dei principi supremi rispetto ad ogni disposizione scritta e ad ogni norma che dai medesimi principi mediante una più o meno articolata attività ermeneutica, non ci si può non chiedere se sia possibile modificare le disposizioni costituzionali dalle quali si ricavano tali principi supremi.

Il quesito, sollevato anche durante il procedimento di approvazione della legge di revisione costituzionale dell'art. 111 Cost.⁹⁶, sembra potersi risolvere positivamente dal momento che la Corte Costituzionale non ha escluso la facoltà del legislatore di intervenire sull'insieme di valori che contrassegna l'Ordinamento nella sua totalità, limitandosi a stabilire che i principi supremi "*non possono*

principi generali sia muovendo da un singolo enunciato normativo – e allora il principio è espresso – sia muovendo da più enunciati - e allora il principio è implicito – siamuovendo dalle strutture, dagli assetti organizzativi e sociali - e allora il principio è istituzionale"; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2a ed., Milano 1971; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. Int. di Fil. Dir.*, 1942, 239 dove si afferma che "*i principi stanno alle norme generali come il più sta al meno, come quello che è anteriore al pozione e quello che è posteriore al conseguente*". In particolare, secondo il Betti, così come "*dai principi generali non si possono ricavare a priori, per semplice deduzione, le disposizioni particolari che risolvono problemi pratici e contingenti, così dalle sole disposizioni particolari non è dato ricavare, per induzione, di quei principi, che nella loro generalità o si captano né si esauriscono in specifiche formulazioni*". L'aver rilevato la "*ripugnanza che i principi generali oppongono a una precisa formulazione precettiva, in quanto affermano orientamenti ed ideali di politica legislativa, capaci di un indefinita e, quasi si direbbe inesauribile virtualità*", ha portato tuttavia l'autore ad escludere che i principi siano vere e proprie norme giuridiche poiché "*la elaborazione e la formulazione di tali principi non scaturiscono da una fonte di diritto e quindi non hanno quella oggettività incontrovertibile e quel carattere ufficiale che contraddistinguono le norme poste in virtù di una competenza normativa*". Ad una diversa conclusione giunge F. MODUGNO, *op. cit.*, il quale sostiene che non vi è incompatibilità tra la tesi dell'eccedenza assiologica e quella della natura normativa (o normogenetica) dei principi perché "*se per norma s'intende quella valutazione o qualificazione che è strettamente dipendente, connessa, dichiarata in una o più disposizioni (c.d. combinati disposti), allora il principio, proprio perché essenzialmente privo di una simile dipendenza, connessione, dichiarazione, non può essere considerato una norma. Se invece qualsiasi valutazione o qualificazione possibile, rilevante nell'ambito dell'Ordinamento, è assunta come norma – e questa pare la tesi preferibile, allora il principio o è norma esso stesso o è almeno fonte di norme.....quante volte la qualificazione o valutazione specifica, ossia applicabile al caso concreto, è da esso dedotta o ricavata*". I principi, quindi, sono delle costruzioni elaborate dall'interprete partendo dalle norme vigenti in un dato Ordinamento (o ritenute implicite nelle sue istituzioni) e contengono "*un fascio indeterminato di valutazioni e qualificazioni di oggetti, fatti, situazioni, stati di cose, comportamenti, potenzialmente idoneo a sciogliersi, a concretarsi, di volta in volta, in qualificazioni determinate, puntuali, e quindi applicabili a concrete fattispecie*".

⁹⁶ Cfr., ad esempio, l'intervento del Senatore De Luca, in *Atti parl. Sen. XIII legislatura*, Resoconto stenografico, 550a seduta pubblica, 1999, 4s.

*essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi costituzionali*⁹⁷.

Nel caso della riforma dell'art. 111 Cost., poi, non vi è stata alcuna riduzione del significato "essenziale" dei diritti di azione e difesa in giudizio, ma una più compiuta esplicitazione dei contenuti già impliciti nei predetti diritti e accompagnata dall'introduzione di alcuni rilevanti elementi di novità. Ciò vuol dire che non si è verificata alcuna compressione dei principi supremi rimanendo quest'ultimi pienamente operanti ed in grado di esprimere tutte le loro potenzialità.

Si potrebbe addirittura sostenere che la stretta connessione con i principi supremi della riforma attuata mediante la legge costituzionale n. 2/99 abbia conferito alle norme ricavabili dal nuovo testo dell'art. 111 Cost. una notevole forza di "resistenza passiva" nel senso che la loro rimozione, anche ad opera di una successiva legge costituzionale, determinerebbe una lesione dei principi fondamentali dell'Ordinamento costituzionale⁹⁸.

⁹⁷ Cfr. la sentenza n. 1146/88 citata nella nota n. 95. È interessante notare che l'espressione "*contenuto essenziale*" riprende i risultati cui sono giunti la giurisprudenza e la dottrina tedesche nelle quali è possibile distinguere tre diverse posizioni: una posizione assolutistica per la quale tale concetto rappresenta il nucleo sostanziale di ogni diritto operante come limite assoluto ed invalicabile da parte del legislatore; una posizione relativistica (o della proporzionalità del limite) secondo cui il "*contenuto essenziale*" è un concetto relativo nel senso di esprimere quello che, in rapporto ad una concreta fattispecie, rappresenta un ragionevole equilibrio tra il valore incarnato nel diritto e i suoi limiti intrinseci i quali esprimono mezzi ragionevolmente proporzionali al fine di salvaguardare altri diritti fondamentali; una posizione relativistica "*forte*" (o dell'essenzialità del limite) in cui il "*contenuto essenziale*" è pur sempre un concetto relativo ma questa relatività va intesa nel senso che un diritto fondamentale può essere ristretto soltanto attraverso valori altrettanto primari ed attraverso limiti necessari ed indispensabili per la tutela di tali valori. Sul punto, per ulteriori indicazioni, cfr. BALDASSARRE, *I diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

⁹⁸ Cfr. MODUGNO, *op. cit.*, 12, il quale distingue tra immodificabilità dei principi supremi e derogabilità delle norme che provengono da essi. I primi non possono in alcun modo essere alterati nel loro contenuto essenziale ma la loro attuazione sul piano legislativo presuppone necessariamente una fase di comparazione e di bilanciamento con altri principi supremi (cfr., *retro*, alla nota precedente, le diverse posizioni della dottrina e della giurisprudenza tedesca in ordine alla determinazione del "*contenuto essenziale*" dei diritti fondamentali). Al contrario, le norme deducibili dai principi supremi potrebbero essere modificate o derogate, ma soltanto da norme formalmente costituzionali o di legislazione ordinaria deducibili da altri

In altri termini, e concludendo sul punto, appare ragionevole affermare che attraverso la modifica dell'art. 111 Cost. è stata ampliata l'area di intangibilità dei principi costituzionali inerenti all'esercizio della funzione giurisdizionale cosicché non sarebbe attualmente ammissibile una legge costituzionale che eliminasse le disposizioni introdotte con la riforma del 1999 o ne riducesse la fondamentale portata garantistica⁹⁹.

6. Il problema della riserva di legge.

Il primo comma dell'art. 111 Cost., statuendo che *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*, introduce una riserva di legge per la disciplina di ogni tipologia di procedimento giurisdizionale.

Per comprendere il reale significato dell'inciso *“regolato dalla legge”*, è opportuno premettere che la riserva di legge si ha quando viene demandata alla fonte legislativa la regolamentazione di una determinata materia distinguendosi, secondo la più diffusa dottrina¹⁰⁰, tra riserva relativa e riserva assoluta in considerazione

principi supremi ed a condizione che sussista *“una specifica giustificazione di necessità, di adeguatezza e di ragionevolezza”*.

⁹⁹ Cfr. M. CECCHETTI, op. cit., 619, il quale ipotizza che anche *“al giudice costituzionale sarebbe consentita la verifica di conformità di tale legge (la legge costituzionale n. 2/99 ndr.) ai soli principi supremi di cui le norme introdotte dall'art. 111 costituiscono lo svolgimento, mentre non sarebbe consentita la verifica dell'eventuale contrasto con altri principi fondamentali o con lo stesso principio dell'art. 2 nella parte in cui fornisce copertura a diritti diversi da quelli di agire e resistere in giudizio”*.

¹⁰⁰ Storicamente la riserva di legge si afferma nell'ambito dello stato liberale ed esprime l'avvenuta sottrazione alle prerogative del re di determinate potestà normative ed il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali (la libertà e la proprietà) dei singoli nei confronti del potere esecutivo.

In questa sua duplice valenza la riserva di legge è strettamente connessa con il principio di legalità (la supremazia della legge quale unico atto normativo proveniente da un organo democraticamente eletto e contenente norme generali ed astratte vevoli per tutti i cittadini) e la tendenza verso la creazione di adeguati strumenti giurisdizionali per la protezione dei cittadini contro gli atti ed i provvedimenti amministrativi.

della possibilità o meno per la legge (e gli atti normativi ad essa equiparati) di disciplinare solo gli aspetti fondamentali della materia riservata rimettendone l'ulteriore specificazione con norme di dettaglio ad altre fonti, generalmente subordinate¹⁰¹.

Assai frequente è anche la distinzione tra riserva semplice e rinforzata; ipotesi, quest'ultima, che si verifica qualora vengano pure previste specifiche prescrizioni circa il contenuto e i criteri da seguire nella disciplina della materia¹⁰².

Con l'avvento dei regimi parlamentari di matrice democratica (in cui i rapporti fra governo e parlamento sono fondati sul principio della responsabilità politica del primo confronti del secondo), si potrebbe pensare ad un indebolimento della tradizionale ragion d'essere della riserva di legge dal momento che il governo è espressione della stessa maggioranza cui è politicamente riferibile la legge.

Tuttavia, per quanto riguarda il nostro Ordinamento, tale conclusione non appare corretta ove si consideri che il sistema delle fonti delineato nella Costituzione, pur riservando un ruolo centrale al parlamento, pone accanto alla legge fonti normative provenienti dall'esecutivo come i decreti legge ed i decreti legislativi. Si può perciò affermare che la riserva di legge, non è prevista dalla Costituzione al fine di separare le competenze legislative del parlamento da quelle dell'esecutivo, ma per operare una netta separazione tra atti normativi primari (in quanto parificati alla legge) ed atti normativi secondari (perché subordinati ai primi).

Ne consegue che la riserva di legge (prescindendo dalla distinzione tra riserva assoluta e relativa) può considerarsi soddisfatta quando la materia riservata sia stata compiutamente disciplinata da una fonte primaria (parlamentare o governativa). Per una più ampia trattazione sulle origini storiche e le finalità della riserva di legge si rinvia a FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963; R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989, 1207 e ss.

¹⁰¹ La distinzione tra riserva assoluta e riserva relativa ha trovato costante accoglimento nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Cfr., ad esempio, la sentenza 14 febbraio 1962, n. 4, che individua una riserva relativa di legge nell'ultimo comma dell'art. 41 Cost. (*“La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*). Detta disposizione, secondo l'argomentare della Consulta, *“non esige che l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente che questo determini i criteri e le direttive idonee a contenere in un ambito ben delineato l'esercizio tanto dell'attività normativa secondaria quanto di quella particolare e concreta di esecuzione affidate al Governo, evitando che esse si svolgano in modo assolutamente discrezionale”*. Tra le pronunce più recenti cfr. Cort. cost., 27 novembre 1998, n. 383, in *Giur. cost.* 1998, 6 dove si specifica che *“La “riserva di legge” assicura il monopolio del legislatore nella determinazione delle scelte qualificanti nelle materie indicate dalla Costituzione, sia escludendo la concorrenza di autorità normative “secondarie”, sia imponendo all'autorità normativa “primaria” di non sottrarsi al compito che solo a essa è affidato. Tale valenza è generale e comune a tutte le “riserve”. Dipende invece dalle specifiche norme costituzionali che le prevedono, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica, il carattere di ciascuna riserva, carattere chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato”*.

¹⁰² Cfr. Cort. cost., 7 maggio 1984, n. 139, in *Vita not.* 1984, 858 secondo la quale l'art. 44 Cost. (*“Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà privata.....”*) contiene una riserva rinforzata di

Ora, tornando al “*giusto processo regolato dalla legge*”, è evidente, alla luce dei motivi e delle ragioni che hanno determinato l’emanazione della legge costituzionale n. 2/99, come le modifiche apportate al testo dell’art. 111 Cost. rappresentino una decisa rivendicazione, nel rispetto di quei principi fondamentali per l’esistenza di un giusto processo¹⁰³, della libertà del legislatore di definire la disciplina processuale secondo le modalità ed i criteri ritenuti più opportuni e convenienti, senza dover temere, peraltro, un’eventuale intervento demolitore della Corte costituzionale¹⁰⁴.

Codesta rivendicazione da parte del legislatore delle proprie prerogative, rende difficile escludere, con riferimento ai rapporti tra la competenza normativa del parlamento e quella dell’esecutivo, il carattere assoluto della riserva di legge contenuta nel primo comma

legge “*in quanto indica al legislatore ordinario determinati scopi (che vanno altresì strettamente e teleologicamente collegati e non considerati tra loro indipendenti), sicché questi è obbligato ad operare rigorosamente nel senso da essa indicato. Pertanto la legge ordinaria deve anche regolare secondo equità i rapporti suddetti, disciplinandoli, cioè, in base ad un principio di superiore giustizia economico-sociale, e stabilire così un effettivo equilibrio tra le varie categorie interessate, nell’armonica tutela dei valori costituzionalmente protetti*”.

Per M. CECCHETTI, *op. cit.*, p.611, il primo comma dell’art. 111 Cost. conterrebbe una riserva di legge rinforzata poiché “*pone una serie consistente di limiti di contenuto e di merito al legislatore ordinario, il quale non può non evitare di attenersi ai caratteri indefettibili del giusto processo*”. Tuttavia in dottrina sono state formulate decise critiche contro la distinzione tra riserva semplice e riserva e rinforzata. Cfr., ad esempio, R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *op. cit.*, 1210 e ss che ritengono “*scientificamente inattendibile*” la categoria delle riserve di legge rinforzate poiché “*anche nelle ipotesi di riserve cosiddette «semplici», nelle quali sembra che il costituente abbia affidato al legislatore un’illimitata potestà di disciplina della materia, la legge incontra, tanto limiti generali (come, ad esempio, il principio di eguaglianza), quanto limiti specifici che, pur non essendo espressi nella disposizione che stabilisce la riserva si ricavano in via d’interpretazione da altre disposizioni o dall’insieme dei valori protetti dalla Costituzione*”.

¹⁰³ Sicuramente un processo non può definirsi “*giusto*” soltanto perché “*regolato dalla legge*” dal momento che la stessa Costituzione, nel secondo comma dell’art. 111 Cost. individua i principi che vincolano il legislatore ordinario nella regolamentazione delle diverse fattispecie processuali. Al riguardo si è correttamente osservato (BELFIORE, *Procedimenti camerali e giusto processo*, in *Giust. civ.* 2002, 1385 e ss.), che l’aggettivo “*giusto*” evoca “*un concetto che trascende la mera legalità perché richiama nel suo significato corrente (che è ovviamente quello presupposto dal legislatore, dato che questo non vi ha attribuito una diversa e particolare connotazione), l’idea di cosa fatta con giustizia*”.

¹⁰⁴ Così N. TROCKER, *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione ed il giusto processo civile*, a cura di CIVININI e VERARDI, Milano, 2001, 44 e ss. che rinviene nel l’inciso “*regolato dalla legge*” dell’art. 111 Cost. una chiara affermazione della “*volontà del legislatore di riprendere la sua funzione di regolazione del processo senza l’incubo di un’opera demolitrice della Corte costituzionale condotta sotto l’egida di un’asserita ragionevolezza che troverebbe nell’art. 3 Cost. il proprio scudo di copertura*”.

dell'art. 111 Cost.¹⁰⁵ cosicché, in materia processuale non è ipotizzabile un intervento del potere regolamentare del governo mentre sarebbero pienamente ammissibili sia i decreti legislativi che i decreti-legge¹⁰⁶.

In tale cornice è evidente che, nel processo amministrativo, si potrebbero verificare problemi di legittimità costituzionale derivanti dall'antinomia che potrebbe sussistere tra norme di rango formalmente subordinato alla legge (che si presentano tuttora nel sistema delle fonti della giustizia amministrativa, quale, ad esempio, il regolamento per la procedura dinanzi alle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato approvato con Regio Decreto 17 agosto 1907, n. 642) e il nuovo testo dell'art. 111 Cost. il quale, prevedendo testualmente che *“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*, ha introdotto una riserva assoluta di legge che, come si è visto, preclude, in materia di giurisdizione, qualsiasi intervento della potestà regolamentare del governo.

A dire il vero il problema potrebbe risolversi agevolmente, senza dover effettuare alcuna modifica normativa, ricorrendo al principio del *tempus regit actum* per il quale una norma deve essere valutata in rapporto al sistema ed alle leggi vigenti al momento della sua

¹⁰⁵ Anche anteriormente all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 111 Cost. la giurisprudenza costituzionale era costante nel riconoscere l'esistenza di una riserva assoluta di legge in materia processuale sulla base dell'art. 108 Cost. (*“Le norme sull'Ordinamento giudiziario e su ogni altra magistratura sono stabilite con legge”*). Estremamente significative, al riguardo, le sentenze con cui il Giudice delle leggi ha escluso la competenza delle regioni ad intervenire nel campo dell'organizzazione giudiziaria ed in quello del processo perché *“la materia processuale e quella della giurisdizione è riservata dall'art. 108 Cost alla esclusiva competenza del Legislatore statale”* (cfr. Cort. cost. 26 ottobre 1995, n. 459 in *Giur. cost.* 1995, 3569 nonché Cort. cost. 23 aprile 1998, n. 133, in *Giur. cost.* 1998, 1038; Cort. cost. 15 luglio 1994, n. 303, in *Giur. cost.* 1994, 2601).

¹⁰⁶ Cfr. Cort. cost., 31 maggio 1996, n.185, in *Giur. cost.* 1996, 1715, in cui si statuisce che *“non c'è riserva di legge ordinaria in materia processuale, la quale legittimamente può essere regolata con decreto-legge”*. Conforme Cort. cost. 25 maggio 1992, n. 225, in *Giur. cost.* 1992, 1783, ove si ribadisce che *“la legge delega per l'emanazione del codice di procedura penale non occupa, nella gerarchia delle fonti, una posizione diversa da quella di ogni altra legge e ben può, quindi, essere modificata con una legge successiva; che di conseguenza detta legge, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 77 Cost., può essere modificata anche con decreto-legge, salva ovviamente la sua successiva conversione”*.

emanazioni, cosicché la riserva di legge introdotta con la riforma dell'art. 111 Cost., pur escludendo la possibilità di adottare una determinata disciplina processuale mediante disposizioni regolamentari, non inciderebbe sulla validità delle norme processuali scaturenti da una fonte secondaria anteriore alla legge di revisione costituzionale del 1999¹⁰⁷.

Il problema tuttavia si ripresenterebbe in presenza di disposizioni legislative che, pur essendo successive alla modifica dell'art. 111 Cost., rinviino ancora a norme provenienti da una fonte regolamentare: basti pensare all'art. 7 della legge n. 205/00 il quale, nella parte dove viene riportato il nuovo testo dell'art. 35 del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80, prevede che *“L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642”*..

In questo caso, di fronte ad un articolo della Costituzione che riserva alla sola legge ordinaria la disciplina di qualsiasi procedimento giurisdizionale, anche per quanto concerne l'assunzione o l'espletamento dei mezzi di prova, appare davvero difficile non pensare ad un possibile vizio di illegittimità costituzionale della disposizione legislativa sopra citata¹⁰⁸.

¹⁰⁷ E' questa la soluzione adottata più volte dalla Corte Costituzionale. Cfr. la sentenza n. 73 del 27 giugno 1968 (pubblicata in Giur. Cost. 1968, 1052 e ss.) in cui, nel respingersi la questione di legittimità degli artt. 51 e 64 del R.D. 31 ottobre 1873, n. 1687, contenente il *“regolamento circa la polizia, la sicurezza e la regolarità dell'esercizio delle strade ferrate”*, si statuisce che qualora *“una legge, emanata durante la vigenza del vecchio Statuto, avesse attribuito poteri che la successiva Costituzione della Repubblica non consentirebbe di conferire, ed avesse continuato ad operare dopo l'entrata in vigore di questa, essa dovrebbe per ciò essere dichiarata costituzionalmente illegittima. Tuttavia, trattandosi di illegittimità sopravvenuta, gli effetti di tale dichiarazione non potrebbero retroagire ad un momento anteriore a quello nel quale la legge è divenuta incompatibile con i nuovi precetti costituzionali, e, quindi, non sarebbero destinati ad incidere sulla validità degli atti che nell'esercizio della competenza attribuita da quella legge fossero stati posti in essere prima del 1 gennaio 1948”*.

¹⁰⁸ Notevoli perplessità sulle modificazioni apportate dalla legge n. 205/00 al testo dell'art. 35 del D.lgs. sono state espresse da AULETTA, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo e l'art. 1 c.p.c.*, in *Giust. civ.* 2002, 892 e ss. il quale, tra l'altro aggiunge che *“la fonte alla quale il*

Ciononostante, pure sotto questo profilo, i possibili dubbi circa la persistenza nel diritto processuale amministrativo di norme apparentemente subordinate alla legge ordinaria, appaiono superati dai recenti orientamenti emersi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale la quale, dopo alterne pronunce (in alcune si propende per la natura regolamentare del Regio Decreto n. 642 del 1907¹⁰⁹, mentre in altre il medesimo Regio Decreto viene considerato come un atto di normazione primaria¹¹⁰), sembra aver ormai definitivamente superato ogni incertezza in ordine alla natura sostanzialmente legislativa delle disposizioni del 1907¹¹¹.

citato art. 35 rinvia, peraltro con una clausola del tipo "ove occorra", è - in realtà - o insufficiente, o incostituzionale. Basti per tutti il caso in cui, ai fini della designazione dell'esperto, non avendo la disponibilità, il giudice amministrativo, degli albi dei consulenti tecnici, che sono solo presso i tribunali ordinari, il testo indica i funzionari dello Stato come designabili. Ma quando un'amministrazione dello Stato è parte in causa il soggetto mancherebbe di quella terzietà che, secondo la giurisprudenza costituzionale, per il consulente tecnico ha (se non una previsione, pur sempre una) rilevanza costituzionale".

¹⁰⁹ Cfr. Cort. cost. 28 novembre 1968, n. 118, in *Giur. cost.* 1968, 2124, nella quale la conclusione secondo cui "le disposizioni impugnate sono contenute in un decreto - R.D. 17 agosto 1907, n. 642 - che è privo di forza di legge" si fondava, oltre che sulla "mancanza di ogni argomento idoneo ad escludere la natura regolamentare dell'atto impugnato", anche sulla "considerazione che il regio decreto, per esplicito disposto della legge, doveva essere emanato, ed in effetti venne emanato, previa audizione del parere del Consiglio di Stato, vale a dire secondo un procedimento che già nell'Ordinamento del tempo (art. 12, n. 1, R.D. 2 giugno 1889, n. 6166) era tipico dei regolamenti".

Cfr. anche Cort. cost. 18 maggio 1989 n. 251, in *Dir. proc. amm.* 1990, 115, dove è stata dichiarata "l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 26 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, in quanto il sindacato di disposizioni contenute in atti privi di forza di legge esorbita dalla competenza della Corte costituzionale, al cui giudizio possono essere sottoposti solo gli atti aventi forza di legge". Secondo il Giudice delle leggi il Regio Decreto n. 642/07 è privo di tale forza di legge perché è stato emanato "sulla base dell'art. 16, primo comma, della legge 7 marzo 1907, n. 62 che conferiva all'autorità governativa il potere di stabilire le modificazioni da apportarsi, fra l'altro, al "regolamento" per la procedura davanti alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Essendo stata quindi la stessa legge a qualificare, sia pure indirettamente, la natura dell'atto normativo da emanarsi da parte del Governo, e poiché nulla contraddice nella specie alla qualifica regolamentare risultante dal testo della legge che ha conferito al Governo la relativa potestà, non può revocarsi in dubbio che si sia in presenza di norme di carattere regolamentare come tali non sottoponibili al sindacato del giudice delle leggi".

¹¹⁰ Cfr. Cort. cost. 19 marzo 1996, n. 82, in *Giur. it.* 1997, I, 32, con cui è stata disattesa "l'eccezione di inammissibilità dedotta dall'Avvocatura generale dello Stato in ordine all'art. 6 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642 cui rinvia l'art. 19 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, avuto riguardo al fatto che il predetto art. 6 è comunque norma di dettaglio rispetto all'art. 35 del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054 cui fa espresso rinvio la disposizione censurata dal giudice a quo".

¹¹¹ Cfr. Cort. cost. 9 dicembre 2005, n. 441, in *Giust. civ.* 2006, 3, 499 dove si rileva che la "Corte, dopo un primo contrario orientamento volto a desumere la natura regolamentare della normativa dalla formulazione dell' art. 16, primo comma, della legge di delega 7 marzo 1907, n.

Sebbene la Corte costituzionale sia intervenuta sul punto con le predette decisioni, le ambiguità derivanti dalla vigenza di norme non provenienti da una fonte legislativa sono comunque uno dei tanti indizi delle gravi situazioni di incertezza e contraddittorietà che affliggono il nostro diritto processuale amministrativo.

Contraddittorietà ed incertezza che, da un lato ostacolano la realizzazione di una tutela giurisdizionale attuale ed effettiva e dall'altro privano la pubblica amministrazione di una guida chiara e sicura che le indichi, in maniera precisa ed inequivocabile, quale strada seguire nel soddisfare gli interessi pubblici affidati alla sua cura.

62 per l'emanazione del decreto n. 642 del 1907, ha sempre dato ingresso allo scrutinio del medesimo regolamento, nel presupposto della sua natura legislativa (v. sentenza n. 406 del 1998 nella quale la Corte ha collaudato la legittimità costituzionale degli stessi artt. 90 e 91 del r.d. n. 642 del 1907, ancorché sotto il diverso profilo della denunciata violazione del diritto di difesa conseguente alla mancata previsione della esecutività delle sentenze di primo grado non passate in giudicato, ormai introdotta nel procedimento civile ordinario; ordinanza n. 359 del 1998, nella quale la Corte, entrando nel merito, ha affrontato la questione di costituzionalità di una diversa disposizione del medesimo regio decreto). Da tale più recente indirizzo, la Corte non ravvisa motivi per discostarsi”.

Le recenti statuizioni della Corte Costituzionale sono state oggetto di valutazioni differenti in dottrina. Cfr., ad esempio, M. MENGOZZI, *op. cit.* 151, la quale ritiene che il mutato orientamento della Consulta “non è supportato sostanzialmente da alcuna giustificazione teorica, poiché la decisione del 2005 contiene solo il riferimento a due precedenti i qualche anno prima (ordinanza 21 ottobre 1998, n. 359 e sentenza n. 12 dicembre 1998, n. 406) nei quali la Corte avrebbe sindacato il regolamento, dandone per presupposta la natura legislativa. In realtà, però, tali decisioni non soltanto non hanno in alcun modo affrontato il punto, né tanto meno hanno spiegato il cambiamento ma è addirittura dubbio che abbiano inteso realmente considerare soggetto al sindacato costituzionale l'atto in questione”.

Una valutazione nettamente positiva della pronuncia della Corte costituzionale si rinviene, invece, in GALLO, *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 2, 482, dove, tra l'altro, si osserva che i ripetuti richiami al regolamento di procedura del 1907 contenuti in fonti legislative dimostrerebbero la volontà dello stesso legislatore ordinario di considerare “il Regolamento una fonte idonea a disciplinare il processo amministrativo e, tenuto conto del fatto che il processo deve essere regolato a livello primario, evidentemente lo considera una fonte di livello primario. Da ultimo, il Regolamento di procedura è stato modificato dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263 all'art. 2, laddove definisce gli orari di apertura della segreteria del Consiglio di Stato, a dimostrazione che anche il legislatore del 2005 ritiene che quella norma sia vigente ed applicabile al processo amministrativo. Può concludersi, perciò, che l'orientamento della Corte costituzionale, sia pure con diversa motivazione, non può che essere condiviso: utilizzando un procedimento che il legislatore ha seguito anche in altra materia, si pensi per esempio alla disciplina in materia di espropriazione, il richiamo a livello legislativo della fonte regolamentare in qualche misura ne trasforma la natura, attraendola a livello primario”.

Oltre al tradizionale ambito dei rapporti tra Parlamento e governo, il problema circa la reale estensione della riserva di legge di cui all'art. 110 Cost. deve essere esaminato anche sul versante dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario¹¹².

Occorre verificare, in sostanza, se l'affermazione costituzionale sul giusto processo regolato dalla legge comporti una completa e rigida predeterminazione normativa di tutte le forme e le fasi dell'attività processuale¹¹³, oppure lasci spazi più o meno ampi per l'adozione di una disciplina "a ridotta rigidità formale"¹¹⁴ che consenta al giudice di adattare le regole del processo alle esigenze del singolo caso concreto.

Ad una prima lettura, la norma costituzionale non sembra precludere l'accoglimento della seconda soluzione in virtù della quale sarebbe ammissibile una riserva di legge relativa circoscritta all'individuazione delle sole garanzie minime, necessarie e sufficienti perché, ai sensi dell'art. 111 Cost, un processo possa definirsi giusto¹¹⁵.

¹¹² Cfr. R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, op. cit., 1211 secondo i quali "se pure è vero che la riserva di legge, principalmente per ragioni storiche, è stata tradizionalmente studiata nell'ottica dei rapporti fra competenza normativa del legislativo e competenza normativa dell'esecutivo, è altresì vero che, nell'impostazione odierna, essa vale anche nei confronti del potere giurisdizionale. Soprattutto nel campo dei diritti di libertà, infatti, i provvedimenti che incidono sulla posizione soggettiva dei singoli provengono, o per determinazione costituzionale o per scelta legislativa, da atti di carattere giurisdizionale e debbono quindi essere emanati previa norma di legge: sicché in questi casi è proprio nei confronti di questi atti che opera il valore garantista della riserva di legge. Garanzia che non solo comporta, come si è detto, l'esclusione dell'intervento della normazione secondaria, ma la necessità di una compiuta disciplina legislativa onde limitare al massimo la discrezionalità dell'organo giurisdizionale".

¹¹³ Cfr. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 e il giusto processo civile*, in *Il Foro it.* 2000, V, 241 e ss che non ritiene "in regola con la Costituzione un processo nel quale la forma e i termini (cioè i poteri delle parti e del giudice) attraverso cui realizzare i poteri di domanda, eccezione, ecc., i poteri istruttori, il potere di difesa scritta e orale, fossero tutti rimessi quanto alle modalità ed ai tempi alla discrezionalità del giudice".

¹¹⁴ L'espressione è utilizzata da N. TROCKER, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 390 e ss., il quale esclude che una rigorosa e particolareggiata regolamentazione delle attività processuali debba rientrare tra le garanzie del giusto processo.

¹¹⁵ In tal senso L.P. COMOGLIO, op. cit., 3683 e ss., per il quale "qualsiasi processo (o modello e tipo di processo) è (o può essere) giusto, solo se ed in quanto la legge vi abbia previsto o

Nondimeno, pur risultando poco opportuno regolare il processo in modo talmente analitico da eliminare ogni margine di discrezionalità del giudice, non è ipotizzabile l'emanazione di una disciplina processuale che rimetta nelle mani dello stesso giudice la completa determinazione delle forme e dei tempi attraverso cui si concretizzano i poteri delle parti e dell'organo giudicante¹¹⁶.

comunque regolato un'adeguata attuazione di tutte quelle condizioni minime coesenziali che (per effetto dell'art. 111 secondo comma) vanno intese, in termini assoluti ed inderogabili, come necessarie e sufficienti". Ne consegue che "non rischia di essere considerato, in quanto tale, non giusto e quindi solo per questo incostituzionale, quel diverso processo che, lungi dall'essere analiticamente regolamentato, trovi invece nella legge una disciplina assai scarna e sintetica all'insegna della celerità, della deformalizzazione e della semplificazione del rito, affidando ai poteri di direzione processuale ed ai poteri di iniziativa d'ufficio di cui sia munito il giudice, la elastica determinazione delle forme, dei tempi e dei termini in cui gli atti del processo vanno compiuti, a seconda delle variabili caratteristiche delle situazioni processuali configurate". Analoghi rilievi, formulati in maniera più concisa, già si rinvennero in COUTURE, *op.cit.*, p.89, dove si osserva che la "garanzia del processo legale non ha relazione con alcuna forma particolare di procedimento" cosicché i vari regimi processuali "possono adottate forme interamente diverse, purché non violino le garanzie fondamentali".

¹¹⁶ Cfr. A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 e il giusto processo civile*, in *Il Foro it.* 2000, V, 241 e ss. il quale, nel richiamarsi a FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 721 e ss, che distingue tra poteri del giudice che riguardano la direzione del processo e poteri che incidono sul contenuto della decisione finale, ritiene sufficiente per primi la mera previsione legislativa circa la loro esistenza, rimanendo nella discrezionalità del giudice l'individuazione del loro contenuto. Per i secondi, invece, sarebbe necessario che il legislatore ne indichi chiaramente i presupposti, il contenuto ed il momento in cui possono essere esercitati.

Sul punto appare di notevole interesse la sentenza della Corte costituzionale del 6 luglio 2004, n. 206, in *Giust. civ.* 2004, I, 2537 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 113, secondo comma, del codice di procedura civile nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi informativi della materia sottoposta al suo esame. Ad avviso della Corte il testo della norma impugnata esprime una netta separazione tra l'equità e la legge poiché il giudizio di equità "troverebbe le sue fonti in valori e principi esterni all'Ordinamento legislativo, con il solo limite rappresentato dal rispetto delle norme costituzionali e comunitarie. L'equità verrebbe in tal modo a contrapporsi alla legge, come se quest'ultima fosse per definizione mera statuizione positiva e non piuttosto espressione di scelte che devono ispirarsi ai principi e valori della Costituzione.

Tuttavia, prosegue la Corte "La sola funzione che alla giurisdizione di equità può riconoscersi, in un sistema caratterizzato dal principio di legalità a sua volta ancorato al principio di costituzionalità, nel quale la legge è dunque lo strumento principale di attuazione dei principi costituzionali, è quella di individuare l'eventuale regola di giudizio non scritta che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva: principi che non potrebbero essere posti in discussione dal giudice, pena lo sconfinamento nell'arbitrio, attraverso una contrapposizione con le proprie categorie soggettive di equità e ragionevolezza. Il giudizio di equità, in altre parole, non è e non può essere un giudizio extra-giuridico. Esso deve trovare i suoi limiti in quel medesimo Ordinamento nel quale trovano il loro significato la nozione di diritto soggettivo e la relativa garanzia di tutela giurisdizionale".

Va detto, al riguardo, che la questione su quale sia il grado di compiutezza della disciplina processuale richiesto dall'art. 111 Cost. è stata sollevata soprattutto all'interno della dottrina processualcivilistica dove si è paventato il rischio di un'eccessiva "sommarrizzazione" o "cameralizzazione" della tutela dei diritti soggettivi in conseguenza dell'utilizzazione sempre più frequente da parte del legislatore del c.d. "modello camerale" previsto, tra l'altro, dagli artt. 737 e ss. c.p.c. i quali delineano un procedimento caratterizzato da una notevole informalità con termini e modalità di attuazione del contraddittorio lasciate quasi integralmente alla discrezionalità del giudice¹¹⁷.

Anche nell'ambito della giurisprudenza di merito sono emerse analoghe perplessità avendo alcuni giudici ritenuto che, in seguito all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 111 Cost. si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale di un modello processuale nel quale la decisione sui diritti venga emanata all'esito di un

¹¹⁷ Cfr., tra gli altri, L. LANFRANCHI, *Giusto processo*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2001, 2 e ss. per il quale l'art. 111 Cost., come modificato dalla legge costituzionale n. 2/99, avrebbe confermato "la rigida garanzia costituzionale, non modificabile in modo peggiorativo neppure con la procedura qualificata dell'art. 138 Cost. della tutelabilità giurisdizionale dei diritti, senza eccezione alcuna, con almeno un grado di cognizione ordinaria piena ed esauriente in fatto ed in diritto, seguita dall'ordinario controllo di legittimità in Cassazione". Secondo tale autore un procedimento di natura contenziosa (avente ad oggetto, cioè, la tutela dei diritti soggettivi) che non si svolga nelle forme del processo ordinario di cognizione:

- determina una situazione di diffusa discrezionalità del giudice che può incidere negativamente sul principio di parità delle parti. In particolare si sostiene che l'attribuzione di poteri officiosi in ordine ai termini, alle forme ed alle prove può dare luogo a situazioni di disuguaglianza "perché laddove manca la prerogolamentazione procedimentale non esiste una posizione che le parti vengono assumendo nel processo ex lege";
- lede la garanzia del contraddittorio potendo il giudice decidere autonomamente la controversia senza consentire "alle parti né di conoscere previamente come, quando e dove il magistrato acquisirà le notizie che riterrà utili per la decisione, e di cooperare contraddittoriamente a tale acquisizione";
- pone in dubbio la stessa possibilità di motivare in modo logicamente corretto la decisione presa dal giudice e, quindi, la stessa razionalità del suo accertamento determinandosi, tra l'altro, "l'incontrollabilità in punto di legittimità di massima parte dell'iter processuale sfociato nella decisione del giudice";
- non garantisce la "ragionevole durata" del processo la quale deve soddisfare anche la fondamentale "esigenza di equilibrio nel quale siano temperate armoniosamente, per un verso, l'istanza di una giustizia amministrata senza ritardi e, per un altro verso, l'istanza di una giustizia non frettolosa e sommaria".

procedimento le cui forme e modalità di svolgimento sono affidate esclusivamente al giudice¹¹⁸.

I timori di parte della dottrina e della giurisprudenza di merito circa i pericoli derivanti da un eccessivo allargamento dell'area di utilizzazione del “*modello camerale*”, non sembrano però condivisi dalla Corte costituzionale avendo quest'ultima affermato da tempo che il procedimento camerale non contrasta con il diritto di difesa. L'esercizio di tale diritto, infatti può essere variamente configurato dalla legge in relazione alle esigenze che il legislatore intende soddisfare attraverso la scelta di un determinato modello processuale purché non vengano violati specifici principi costituzionali processuali e la disciplina normativa adottata non sia viziata da irragionevolezza¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr., al riguardo, le ordinanze della Corte di Appello di Genova della Corte di appello di Torino datate 4 gennaio 2001 e 18 dicembre 2000 con le quali era stata sollevata, sotto molteplici profili (violazione del principio del contraddittorio, disparità di trattamento tra le parti, violazione del diritto di difesa, ecc.) la questione di legittimità costituzionale della disciplina relativa al procedimento camerale previsto dall'art. 336 c.c. in materia di provvedimenti ablativi o modificativi della potestà genitoriale. La Corte (cfr. sent. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2003, I, 423), esaminando ciascuna delle questioni sollevate dai giudici *a quo*, le ha considerate inammissibili statuendo che le stesse potevano essere agevolmente superate attraverso un'interpretazione adeguatrice della norma impugnata che tenga conto delle garanzie processuali esplicitate con la legge costituzionale n. 2/99.

¹¹⁹ Cfr. Cort. cost. 14 dicembre 1989, n. 543, in *Giust. civ.* 1990, I, 293 secondo la quale “*il procedimento camerale non è di per se in contrasto con il diritto di difesa, in quanto l'esercizio di quest'ultimo è variamente configurabile dalla legge, in relazione alle peculiari esigenze dei vari processi “purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione”, cioè la garanzia del contraddittorio, in modo che sia escluso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti*”. Nella citata pronuncia si legge pure che “*l'adozione della procedura camerale, anche nei casi in cui si è in presenza di elementi della giurisdizione contenziosa, risponde dunque a criteri di politica legislativa, inerenti alla valutazione che il legislatore compie circa l'opportunità di adottare determinate forme processuali in relazione alla natura degli interessi da regolare ed, in quanto tale, sfugge quindi al sindacato di questa Corte “nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza*”.

Per un esempio di procedimento di natura camerale in contrasto con le fondamentali garanzie giurisdizionali sancite dalla Costituzione qualora venga utilizzato per la tutela dei diritti soggettivi v. Cort. cost. 27 ottobre 2006, n. 341, in *Giur. cost.* 2006, 5, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 69, sesto comma, lettera a), della legge 26 luglio 1975, n. 374 laddove prevedeva la competenza del magistrato di sorveglianza (con applicazione della procedura di cui all'art. 14 della predetta legge) per i reclami dei detenuti e degli internati concernenti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la remunerazione, lo svolgimento delle attività di lavoro e le assicurazioni sociali.

la Corte, nel ribadire che la scelta del rito camerale può ritenersi incostituzionale solo “*nell'eventualità in cui non vengano assicurati lo scopo e la funzione del processo e quindi, in*

In definitiva dalle norme costituzionali non sembra possibile trarre indicazioni univoche in ordine al livello di determinatezza necessario perché una qualsivoglia disciplina rispetti le garanzie fondamentali del giusto processo¹²⁰ dovendosi riconoscere al legislatore il potere di effettuare, in considerazione degli interessi da regolare e degli obiettivi da raggiungere, il bilanciamento ritenuto più congruo e ragionevole tra le esigenze di predeterminazione legale della normativa processuale e le esigenze

primo luogo, il contraddittorio” dovendosi riconoscere al legislatore “un’ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali, col solo limite della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela”, ha evidenziato come il detenuto che svolga un’attività lavorativa e la sua controparte “abbiano diritto ad un procedimento giurisdizionale basato sul contraddittorio, come imposto dagli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., i quali attribuiscono a tutte le parti un nucleo minimo di garanzie. Se si valuta la norma impugnata nella prospettiva delle suesposte garanzie costituzionali, si deve notare, in primo luogo, che la procedura camerale in essa prevista, tipica dei giudizi davanti al magistrato di sorveglianza, non assicura al detenuto una difesa nei suoi tratti essenziali equivalente a quella offerta dall’Ordinamento a tutti i lavoratori, giacché è consentito un contraddittorio puramente cartolare, che esclude la diretta partecipazione del lavoratore-detenuto al processo. Per altro verso, la disposizione non assicura adeguata tutela al datore di lavoro, posto che all’amministrazione penitenziaria è consentita solo la presentazione di memorie, e che il terzo eventualmente interessato quale controparte del lavoratore (situazione che ricorre nel caso oggetto del giudizio principale) resta addirittura escluso dal contraddittorio, pur essendo destinato, in ogni caso, a rispondere, in via diretta o indiretta, della lesione dei diritti spettanti al detenuto lavoratore, se accertata da una decisione del magistrato di sorveglianza. Il procedimento di cui all’art. 14-ter della legge n. 354 del 1975, imposto dall’art. 69, sesto comma, lettera a), per tutte le controversie civili nascenti dalle prestazioni lavorative dei detenuti, comprime dunque in modo notevole le garanzie giurisdizionali essenziali riconosciute a tutti i cittadini”.

¹²⁰ Cfr. A. GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 1, 137, che ravvisa un “antinomico atteggiamento” nel sistema di garanzie processuali recepito dalla Carta Costituzionale perché l’art. 111 Cost., pur avendo accolto “un modello di trattazione della causa a cognizione piena, fondato sulla rigida e dettagliata predeterminazione legale di tutti (odi gran parte dei passaggi processuali)”, contiene alcune disposizioni “che non solo non confliggono con la cognizione sommaria, ma in qualche modo la postulano per poter essere attuate. In particolar modo si è potuto osservare che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, pacificamente riconducibile all’art. 24 cost., ha tra i suoi principali corollari la vigenza di un efficace dispositivo di tutela cautelare, la quale, per raggiungere i suoi scopi, esige di poter intervenire in tempi molto rapidi e quindi, per forza di cose, all’esito di giudizi svoltisi a cognizione sommaria; e così pure si è notato che tra i vari sistemi di cui ci si può avvalere in chiave di economia processuale per assicurare una durata ragionevole ai processi, come oggi vuole il novellato art. 111 cost., vi è anche, e forse soprattutto, quello di ricorrere alla cognizione sommaria del giudice, al fine di riservare la trattazione delle cause a cognizione piena (con attitudine al giudicato) ai soli casi in cui le parti effettivamente lo vogliono”.

di flessibilità del giudizio, anch'esse indispensabili ai fini di un'effettiva realizzazione della tutela giurisdizionale¹²¹.

¹²¹ In tal senso M. CECCHETTI, *op.cit.*, 613, il quale osserva che in tale situazione rimane affidato “*alla Corte costituzionale il giudizio di conformità alla costituzione delle scelte di bilanciamento effettuate dal legislatore; scelte di bilanciamento che come tali non potranno comunque mai consistere nell'affidamento al giudice di spazi di incontrollabile discrezionalità o, peggio, di assoluta arbitrarietà nell'applicazione della disciplina processuale*”.

CAPITOLO II

La terzietà e imparzialità del giudice amministrativo.

SOMMARIO: 1. Imparzialità e indipendenza. – 2. Il problema del cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali. – 3. La nomina governativa. – 3.1 (*Segue*) La composizione “*mista*” del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia. – 4. Gli incarichi *extra-giudiziari*. – 4.1 (*Segue*) La partecipazione dei magistrati amministrativi nei collegi arbitrali. – 5. La ricusazione. – 6. La c.d. “*forza della prevenzione*”.

1. Imparzialità e indipendenza.

Molto spesso i termini con cui si è soliti indicare la posizione del giudice in relazione ad un determinato giudizio (“autonomia”, “terzietà”, “indipendenza”, “imparzialità”) vengono utilizzati promiscuamente senza interrogarsi sulla reale portata semantica di ciascuno di essi.

Anche dopo la riforma del 1999, non è raro trovare affiancati gli attributi di “indipendenza” ed “imparzialità” sebbene gli stessi siano riconducibili a due distinte disposizioni della Costituzione: l’art. 104 Cost. che individua nella magistratura un “*ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*”¹²² e l’art. 111 Cost. che riporta la locuzione “*giudice terzo ed imparziale*”.

¹²² Circa l’espressione “*ordine autonomo*” utilizzata dal legislatore costituente per designare la magistratura nel suo complesso un notevole contributo chiarificatore proviene da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 1160 e ss. il quale ricorda che la scelta della parola “*ordine*” al posto di “*potere*” si ricollega ad “*una vecchia questione risalente, in sede teorica, al Rousseau ed al Montesquieu, alimentata da motivi vari. Uno di tali motivi è costituito dalla difficoltà della distinzione tra funzione esecutiva e giurisdizionale, difficoltà che indusse a far rientrare la seconda nella prima in base all’opinione che carattere comune di entrambe fosse il pure e semplice adempimento della legge. Un altro motivo discende dall’attribuzione alla parola potere di un significato ristretto, di esplicazione di un’attività volitiva: attività che si ritiene estranea al giudice essendo questi tenuto solo ad emettere giudizi dichiarativi di una volontà altrui, cioè quella del legislatore. Un terzo motivo, ancora, è desumibile dal ricordo degli*

Appare perciò utile operare un confronto tra la nozione d'imparzialità accolta nel nuovo testo dell'art. 111 Cost. e il concetto d'indipendenza enunciato sin dal 1948¹²³.

In proposito, occorre premettere che l'idea di indipendenza non è qualcosa di neutro o di astratto ma assume, al contrario, una diversa connotazione a seconda delle concrete condizioni storiche e sociali in cui il giudice è chiamato a svolgere le sue funzioni.

Ad esempio, nella vigenza dello Statuto Albertino del 1848, la magistratura non presentava notevoli differenze rispetto ad altri settori della burocrazia statale: i giudici erano considerati dei semplici funzionari il cui *status* e le modalità di reclutamento erano molto simili a quelli degli impiegati della pubblica amministrazione¹²⁴.

interventi degli antichi parlamenti che possedevano funzioni giurisdizionali, e che nell'esercizio di queste avevano operato invasioni nel campo delle attribuzioni degli altri poteri, invasioni che si volevano evitare perché ritenute in contrasto con il principio di separazione dei poteri".

Secondo l'autorevole studioso, nel nostro Ordinamento costituzionale, qualora con l'espressione "potere" si voglia indicare "l'elemento obbiettivo della funzione" oppure "la connessione istituzionale fra ciascuna delle dette funzioni o parti di esse ed i gruppi di organi stabilmente assegnati ad esse, fruente di una posizione giuridica autonoma", allora tale qualificazione può riconoscersi anche alla giurisdizione "allorché si realizzi un minimo di condizioni atte ad assicurare l'autonomia degli organi ad essa destinati di fronte a quelli che attendono alle altre funzioni". Ne consegue che l'espressione "ordine autonomo" risulta "equivalente a potere e tale sembra sia stata l'intenzione del costituente nell'adooperarla, come si desume dall'art. 104 , 1° comma, quando dichiara la magistratura indipendente da ogni altro ordine".

¹²³ La differenza tra imparzialità e indipendenza è messa ben in risalto da Corte cost. n. 93/1965 secondo cui "è noto che il requisito della imparzialità si differenzia rispetto alla indipendenza perché quest'ultimo attiene ai rapporti con gli altri poteri dello Stato (ovvero con gli altri organi dello stesso potere) mentre il primo vuole sottolineare la posizione di indipendenza del giudice dagli interessi presenti in giudizio ... di assoluta estraneità ed indifferenza e perciò di neutralità rispetto agli interessi in causa ... il cui primo fondamento risiede nell'art. 3 della Costituzione". In proposito, va ricordato che anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo può ricavarsi una distinzione tra: (a) il requisito di imparzialità, che fa riferimento all'assenza di un pregiudizio soggettivo o di un "partito preso" da parte del Tribunale; e (b) il requisito dell'indipendenza che (b.1) in primo luogo rimanda alla separazione di poteri tra gli organi giudiziari e di altri poteri dello Stato, innanzi tutto il potere esecutivo, ma anche il potere legislativo e (b.2), in secondo luogo, presuppone che il giudice sia libero di assumere le proprie determinazioni senza alcuna pressione o influenza indebita esercitata da soggetti esterni.

¹²⁴ Cfr. A. C. JEMOLO, M.S. GIANNINI, *Lo Statuto albertino*, Firenze, 1946, 65, secondo i quali la funzione giurisdizionale era attribuita "a funzionari statali dotati di particolari garanzie"; P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, 1967, 42 e ss; P. PIASENZA, *L'irresponsabilità politica della magistratura nello stato*

Del resto, proprio uno dei capisaldi del costituzionalismo liberale del XIX secolo (ovvero la teoria classica della divisione dei poteri) aveva assegnato alla giurisdizione una posizione “subalterna” nei confronti del Governo e del Parlamento, ravvisando nel giudice un mero esecutore delle leggi privo di discrezionalità. Basti pensare al celebre capitolo VI del libro XI dell’*Esprit des lois* in cui il giudice è significativamente descritto come “*etre inanimè*” oppure come “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”¹²⁵.

La legge, infatti, era considerata l’unica fonte del diritto che, contenendo la regola di decisione necessaria per risolvere ogni caso concreto, obbligava (e allo stesso tempo limitava) il giudice ad una mera riproduzione del suo significato normativo già compiutamente fissato una volta per tutte nel testo della stessa disposizione legislativa (*juris dicere*). Si comprende, quindi, perché nella legislazione europea ottocentesca si avvertisse soprattutto l’esigenza di limitare l’attività della magistratura al fine di evitare (indebite) intrusioni nella sfera del potere pubblico rimanendo, invece, in secondo piano ogni aspetto relativo alle possibili ingerenze che i giudici avrebbero potuto subire nell’esercizio delle loro funzioni.

Lo stesso Statuto Albertino, nonostante comprendesse alcune norme specifiche a tutela dell’autonomia dei magistrati (v., tra l’altro, l’art. 69 sull’inamovibilità dei giudici dopo tre anni di servizio; l’art. 72 sulla pubblicità delle udienze; l’art. 70 contenente una riserva di legge in materia di “*organizzazione giudiziaria*”), affermava in

liberale. Il Piemonte e lo statuto (1848-1851), in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di G. TARELLO, Bologna, 1975, 614 e ss.

¹²⁵ Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: I Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 228 e ss., il quale osserva che nel pensiero di Montesquieu il potere di giudicare “viene definito come potere di punire i crimini e decidere le controversie dei privati solo dopo che già sono stati individuati i poteri di legiferare e governare; talché il potere di giudicare deve intendersi come il potere di punire i crimini e decidere le controversie tra i privati nella sola misura in cui la punizione dei crimini e la decisione delle controversie non rientra nelle attività di legislazione e di amministrazione.....il potere di giudicare viene individuato in modo da identificare il suo esercizio in un’attività puramente intellettuale e non realmente produttiva di diritto realmente nuovo”.

maniera molto decisa – per il tramite dell’art. 68 (“*La giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce*”) – la natura verticale e gerarchica del sistema giurisdizionale e l’appartenenza degli organi giudiziari all’apparato amministrativo¹²⁶.

Natura verticale e gerarchica che in concreto si manifestava negli ampi poteri di controllo sull’apparato giudiziario riconosciuti al Ministro della Giustizia, che, anche dopo le riforme operate con la legge n. 511 del 14 luglio 1907 (istituzione di un Consiglio superiore della magistratura avente, principalmente, funzioni consultive e composto da magistrati giudicanti e requirenti di grado elevato¹²⁷) e la legge n. 438 del 24 luglio 1908 (ampliamento delle

¹²⁶ Inequivocabile, al riguardo, la relazione al Senato di Francesco Crispi relativa alla legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato. In essa si sottolinea esplicitamente che il “nuovo istituto non è un nuovo Tribunale speciale od eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo da cui prende le materie o le persone che lo devono mettere in atto. E’ lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini”, cfr. *Relazione al progetto di legge “modificazioni della legge sul Consiglio di Stato” presentato al Senato dal Presidente del Consiglio Crispi il 22 ottobre 1887, in Atti parlamentari, Senato, doc. 6, sezione 1887-1888, XVI legislatura.*

M.S. GIANNINI-A.PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 231 e ss., hanno commentato le parole del Crispi rilevando che “il legislatore agiva nella persuasione di conservare al Consiglio di Stato - anche nella sua nuova funzione – il carattere di organo, per quanto eminente della pubblica amministrazione, investito del compito di moderare l’azione degli organi minori dell’amministrazione medesima”. Ed infatti un primo distacco dalla visione tradizionale degli organi di giustizia amministrativi come facenti parte dell’organizzazione amministrativa si avrà soltanto nel 1907 (sostenuta, tra gli altri, da E. PIOLA CASELLI, *Magistratura*, in *Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1903-1907, 237 e ss.) quando, con la legge 62/07 verrà normativamente riconosciuto il carattere giurisdizionale e non amministrativo delle decisioni dei giudici amministrativi, e soprattutto del Consiglio di Stato, cfr. V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1931, 408 e ss.

¹²⁷ Il Consiglio superiore della magistratura prevista dalla legge n. 511/07, alla luce delle regole che ne disciplinavano la formazione e la composizione, non è minimamente paragonabile all’omonimo organo di autogoverno della magistratura previsto dall’art. 104 Cost. Il Consiglio istituito nel 1907 era infatti composto da due membri di diritto (il Primo Presidente della Cassazione di Roma, che lo presiedeva, ed il Procuratore generale presso la stessa Corte), da sei consiglieri e tre sostituti procuratori generali di Corte di cassazione eletti dai magistrati delle cinque Cassazioni regionali, nonché da nove magistrati di grado non inferiore a quello di primo presidente di corte d’appello, nominati con decreto reale, su proposta del Guardasigilli, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Va detto che il sistema elettivo previsto per la metà dei componenti del Consiglio, era stato in seguito abolito dalla legge 19 dicembre 1912 n. 1311 che estendeva a tutti i componenti il principio della nomina regia su proposta del Guardasigilli. Tale sistema veniva successivamente ripristinato con il R.D. 14 dicembre 1921 n. 1978 per essere nuovamente abolito con la c.d. riforma Oviglio (T.U. 30 dicembre 1923, n. 2786).

garanzie previste nello Statuto in favore della magistratura¹²⁸), poteva influire sul comportamento dei giudici, sia adottando provvedimenti disciplinari o di trasferimento, sia ricorrendo al meccanismo delle promozioni¹²⁹.

Successivamente l'avvento della dittatura fascista aveva portato ad una drastica eliminazione delle poche garanzie concesse ai magistrati negli anni precedenti¹³⁰. Solo con la promulgazione della Carta costituzionale del 1948 si giunse ad una netta inversione di rotta in cui prevalse l'idea di una magistratura sciolta da qualsiasi

Per quanto riguarda le attribuzioni del Consiglio, quest'ultimo, oltre a deliberare in tema di promozioni, era soprattutto chiamato a fornire pareri in materia di nomine di avvocati o professori a magistrati, di ammissioni o riammissioni in magistratura, di passaggio dalle funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa, di trasferimenti di ufficio dei magistrati, determinati da ragioni di incompatibilità o di menomato prestigio. Per ulteriori riferimenti cfr. A. TORRENTE, *Il Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 1; S. BARTOLE, *Autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964; G. GIACOBBE, *Ordine giudiziario e comunità democratica*, Milano, 1973; G. DEVOTO, *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, 151-311; M. BESSONE e V. CARBONE, *Consiglio Superiore della magistratura*, in *D. disc. pubbl.*, III, 1991, 455 ss.

¹²⁸ Vanno soprattutto menzionate le disposizioni (art. 20) che affidavano il potere disciplinare a speciali Consigli presso le corti d'appello, nonché alla suprema Corte disciplinare composta di sette magistrati e sei senatori del regno. I sette magistrati erano il presidente della Corte di Cassazione di Roma e i sei magistrati superiori di grado o più anziani che facevano parte del Consiglio superiore della magistratura. Si lasciava comunque al Ministro della giustizia la facoltà di promuovere l'azione disciplinare.

¹²⁹ Cfr. M. D'ADDIO, *Politica e magistratura: 1848-1876*, Milano, 1966, 229, il quale parla della riduzione della magistratura "ad un comodo strumento di governo"; G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, Firenze, 1968, che sostiene la tesi di un "assoggettamento strutturale della magistratura al potere esecutivo"; A. PALADINI, *L'ingiustizia in aula – indagine sullo stato dei rapporti tra cittadini ed il terzo potere*, Milano 1971 che scrive di "assoluto arbitrio del ministro nel governo della magistratura"; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989, 496 e ss. secondo cui i "rapporti tra governo e magistratura e le radicali carenze di garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici hanno riscontro in una sostanziale pieghevolezza e, al di là di questo, in un'adesione della magistratura ad un ruolo che può definirsi, anche se non in maniera esclusiva, di custode dell'autoritarismo dell'Ordinamento, di cui, per suo conto, il governo era la massima espressione sul piano politico e istituzionale".

¹³⁰ Si ricordi, in particolare, il T.U. 30 dicembre 1923, n. 2786, che, oltre a prevedere (art. 150) un Consiglio superiore della magistratura composto con cinque membri effettivi e cinque supplenti, tutti di nomina regia, aveva previsto (art. 172) la facoltà di trasferire, pure senza il loro consenso, quei magistrati che "per qualsiasi causa, anche se indipendente dalla loro colpa, non possano nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'Ordine giudiziario". Al Guardasigilli veniva altresì riconosciuto un ampio potere di sorveglianza attraverso il quale, in ogni momento, poteva "chiamare a se ogni giudice affinché risponda sui fatti ad essi imputati. Il giudice deve comparire nel termine che gli viene prefisso" (art. 178).

vincolo di soggezione al potere politico e quindi in grado di poter svolgere i propri compiti senza dover temere alcuna influenza.

Inoltre, con l'affermazione dell'esistenza di diritti individuali il cui contenuto "essenziale" non poteva essere limitato neppure da una disposizione costituzionale, la magistratura diviene anche uno dei principali strumenti per garantire la piena ed efficace tutela di detti diritti, qualificati come "*inviolabili*" ed inclusi tra i valori supremi del nuovo assetto repubblicano¹³¹.

E' naturale quindi che, in tale cornice, il legislatore costituente abbia posto particolare attenzione alla definizione della posizione dei giudici rispetto agli altri poteri dello Stato, individuando con estrema precisione le garanzie che devono presiedere al corretto esercizio delle loro attività: riconoscere l'indipendenza del giudice significa invero predisporre tutte le forme di tutela necessarie affinché il giudice, nel momento in cui esercita la funzione giurisdizionale, sia libero da possibili interferenze ed ingerenze.

Per quanto concerne la provenienza di codeste ingerenze o interferenze, in dottrina si è distinto tra indipendenza c.d. "esterna", attinente ai rapporti esistenti tra la magistratura e gli altri poteri dello stato, ed indipendenza c.d. "interna", riguardante la posizione e la tutela del singolo magistrato all'interno dello stesso ordine giudiziario¹³².

¹³¹ Cfr. C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, 1981, 98 e ss., secondo il quale, in un Ordinamento democratico, "*un potere giudiziario trova la sua più completa giustificazione nel contributo che può dare al buon funzionamento di un sistema costituzionale dove il ruolo del giudice è non solo quello di sorvegliare e garantire i diritti fondamentali dei cittadini – che spesso sono considerati addirittura come sottratti anche ad eventuali procedimenti di revisione costituzionale – ma in modo particolare quello di fare in modo che il sistema si mantenga democratico e che la volontà della comunità possa esprimersi liberamente ed imporsi*".

¹³² Sul principio di indipendenza del giudice, cfr., tra gli altri, A. AGRO' in AA. VV., *La Costituzione italiana*, Torino 1979, 1449 ss; V. BACHELET, *Le garanzie dell'Ordinamento democratico*, Milano 1981, 42; F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *art. 104-107. La magistratura*, Tomo II, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *La magistratura*, t. 3. (*Art. 104-107*), Bologna-Roma, 1986, 9 ss. e 162 ss.; G. MAZZIOTTI, *Conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, I, Milano 1985, 117; FERRARI G., *La giustizia è il giudice*, Padova, 1989, 31

Quest'ultima è sancita dal terzo comma dell'art. 107 Cost. mediante una disposizione (“*I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzione*”) generalmente interpretata come il definitivo superamento della concezione gerarchica dell'organizzazione giudiziaria ed il contestuale riconoscimento del carattere diffuso dell'attività giudiziaria¹³³.

Peraltro il principio d'indipendenza della magistratura può essere inteso anche in senso “funzionale” allorquando il bene meritevole di tutela sia rappresentato dal concreto esercizio dell'attività giudiziaria da parte del singolo magistrato: in questo caso esso trova il proprio fondamento normativo, non solo, negli artt. 104 e 107 Cost., ma anche, e soprattutto, nel secondo comma dell'art. 101 Cost. (“*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”) il quale, come ha più volte ribadito la Corte costituzionale, mira a garantire che il giudice riceva soltanto dalla legge l'indicazione delle regole da

ss.; S. BARTOLE, *Giudice: I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XV, 1989, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, 22 ss., 61 ss.; C. FUSARO, *Indipendenza della magistratura, composizione e sistema elettorale del CSM*, in *Nomos*, 1990, 2, 63 ss.; L. PALADIN, V. CRISAFULLI, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 1990, 636 ss.; V. ATRIPALDI, *Indipendenza della magistratura alla luce della Carta costituzionale*, in *I diritti dell'uomo*, 1992, 3, 5 ss.; MEZZANOTTE, *Sulla nozione di Indipendenza del giudice*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali* a cura di B. CARAVITA DI TORITTO, Bari, 1994, 3 ss.; R. ROMBOLI, *L'indipendenza della magistratura*, in *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali* a cura di LUATTI, Torino, 1994, 140 ss.; E. PACIOTTI, *Tre interventi per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura*, in *Foro it.*, V, 1997, 138; M. CICALA, *Rassegna dell'illecito disciplinare dei magistrati*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 835.; F. SOMMOVIGO, *Parzialità del giudice, imparzialità del pubblico ministero*, in *Indice penale*, 2004; N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale giudice*, in *Questione giustizia*, 2004, 1 ss.

¹³³ Ovviamente, come si evince dal testo della disposizione costituzionale, tale parificazione riguarda solo la posizione soggettiva dei magistrati e non coinvolge l'effettivo esercizio della potestà giurisdizionale potendosi operare, tra gli stessi magistrati, specifiche distinzioni in relazione alle funzioni concretamente svolte. Cfr. Cort. cost. 30 giugno 1994, n. 275, in *Giur. cost.* 1994, 2222 dove si rileva che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 107 Cost. “*concerne essenzialmente lo status giuridico dei magistrati, nell'ambito del quale mira a precludere diversità per gradi gerarchici, ovvero arbitrarie categorizzazioni non sorrette da ragioni di ordine funzionale (cfr. sentt. nn. 50 e 123 del 1970, 86 del 1982): con la conseguenza che non può essere invocato - come nella fattispecie - per censurare l'ambito delle funzioni che la legge assegna ai vari organi giurisdizionali in ragione delle diverse fasi in cui il processo si articola (cfr. cit. sent. n. 50 del 1970)*”.

applicare nel giudizio, escludendo qualsiasi intromissione circa il suo modo di giudicare in concreto¹³⁴.

Si parla, invece, di indipendenza “istituzionale” allorché, ricorrendo ad un’unitaria categoria concettuale e con riferimento all’Ordinamento giudiziario considerato nel suo complesso, si vuole indicare l’insieme delle garanzie che tutelano l’organizzazione e la struttura burocratica della magistratura. In particolare si tratta di garanzie che l’art. 104 Cost. ha voluto rendere pienamente effettive anche attraverso il conferimento del rilievo costituzionale ad un organo, il Consiglio superiore della magistratura, destinato a pronunciarsi su ogni questione riguardante lo stato giuridico dei magistrati¹³⁵.

¹³⁴ Già nella sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 23 maggio 1964, in *Giur. cost.* 1964, 3, 235 e ss., si legge che il principio di indipendenza del giudice enunciato nel secondo comma dell’art. 101 Cost. “*esprime l’esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun’altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto. Sarebbe perciò certamente illegittima una legge la quale condizionasse inderogabilmente la pronuncia del giudice a una scelta o anche soltanto ad un accertamento compiuto, pel caso singolo, in veste autoritativa da un organo non giurisdizionale (v. sentenza n. 70 del 1961)*”. Cfr. in senso conforme, sent. 6 dicembre 1976, n. 234, in *Giur. cost.* 1977, 1, 159 e ss., Cort. cost. 2 novembre 1996, n. 375, in *Giur. cost.* 1996, 6.

¹³⁵ Il Consiglio previsto dall’art. 104 Cost. è composto da tre membri di diritto (il Presidente della Repubblica, che ne è anche il Presidente, il Primo Presidente ed il Procuratore Generale della Corte di Cassazione) e da membri elettivi. La Costituzione non precisa il numero totale dei membri elettivi prevedendo soltanto che due terzi sono eletti dai magistrati ordinari, fra gli stessi magistrati (i cosiddetti componenti togati); un terzo è eletto dal Parlamento in seduta comune (i componenti laici).

Queste regole riflettono, da una parte il desiderio di attribuire decisioni delicate - come quelle relative ai trasferimenti e alle promozioni - ad un organo non politico allo scopo di evitare che, attraverso l’esercizio di poteri incidenti sullo stato giuridico dei magistrati, possa essere lesa la loro indipendenza; dall’altra la volontà di impedire che l’ordine giudiziario perda qualsiasi legame con gli altri poteri dello Stato. Ciò spiega perché il CSM sia presieduto dal Presidente della Repubblica, massimo organo di garanzia della costituzione ed un terzo dei membri elettivi sia nominato dal Parlamento in seduta comune.

Sul punto cfr. G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 726 che analizza la correlazione (che secondo l’autore deve caratterizzare necessariamente ogni organo di autogoverno della magistratura) esistente tra la presenza di componenti laici e l’attribuzione della presidenza ad un organo imparziale quale il Capo dello Stato, il cui ruolo di equilibrio serve ad evitare eccessive interferenze di natura politica. Del medesimo autore v. pure la relazione “*I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*” reperibile presso il sito www.associazionedeicostituzionalisti.it dove si precisa che la soluzione adottata dai costituenti “*è consistita nella creazione di un organo che valesse, nei limiti dell’umano possibile, a sterilizzare tutti i provvedimenti sullo status dei magistrati dal punto di vista del loro potenziale corruttivo o*

A tal proposito merita sin da ora evidenziare che il legislatore costituente, mentre ha sentito la necessità di prevedere uno specifico organo di rilevanza costituzionale come il Consiglio superiore della magistratura per garantire l'indipendenza e l'autonomia dei giudici ordinari (sino a disciplinarne accuratamente la composizione e le funzioni, cfr. artt. 104, 105 e 107 Cost), in relazione agli organi di giustizia amministrativa ha considerato sufficiente una generica affermazione della garanzia di indipendenza, attribuendo alla legislazione ordinaria il compito di individuare i mezzi con i quali attuare tale garanzia (cfr. ultimo comma dell'art. 100 Cost. e secondo comma dell'art. 108 Cost.).

Solo in tempi recenti il Parlamento ha posto rimedio alla mancata previsione di un autonomo organo competente a deliberare sullo *status* dei magistrati appartenenti alla giurisdizione amministrativa istituendo, attraverso la legge n. 186/82 (successivamente modificata in alcune sue parti dalla legge n. 205/2000), il Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa a cui sono affidati compiti sostanzialmente analoghi a quelli svolti dal Consiglio superiore della magistratura¹³⁶.

intimidatorio. A questo proposito il carattere misto dell'organo impropriamente chiamato "autogoverno" (nn di governo si tratta, infatti, ma di garanzia) appare essenziale. Solo un vigile controllo reciproco tra eletti dal parlamento ed eletti dagli stessi magistrati può impedire sia interferenze politiche, sia attentati all'indipendenza interna dei magistrati da parte degli stessi soggetti che sono chiamati a proteggerla".

¹³⁶ In base alla legge n. 186/82 il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa era composto da tredici membri effettivi e da quattro supplenti. Dei tredici membri effettivi sette erano consiglieri di Stato (quattro eletti da magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e tre di diritto: il Presidente del Consiglio di Stato, chiamato a presiedere il Consiglio di Presidenza e i due Presidenti di Sezione in servizio più anziani nella qualifica) e sei magistrati di Tar (tutti eletti dai magistrati in servizio presso i Tribunali amministrativi). I quattro membri supplenti erano eletti due ciascuno dai consiglieri di Stato e dai magistrati regionali.

Parte della dottrina ha però ritenuto incostituzionali le regole sulla composizione del Consiglio di Presidenza perché in contrasto con il principio secondo cui la giustizia è amministrata dal popolo (art. 101 Cost.). Principio il quale impone che la funzione giurisdizionale sia subordinata alla sovranità del popolo in modo da evitare che la magistratura si trasformi in una casta chiusa dovendo mantenere, invece, un punto di contatto con l'organo rappresentativo della volontà popolare. Cfr. PINARDI, *Autogoverno ed indipendenza dei giudici speciali: riflessioni sulla composizione prevista per il consiglio di presidenza della giustizia amministrativa*, in *Giur. cost.* 1996, 5, 3306.

Ebbene, alla luce di quanto fino ad ora esposto, non dovrebbe ormai esservi alcun dubbio in ordine al fatto che il legislatore costituente, nel tutelare l'autonomia e l'indipendenza dei giudici, ha voluto sottrarre quest'ultimi ad ogni possibile influenza capace di turbare la retta formazione delle loro pronunce.

Ma, una volta individuati tutti i meccanismi predisposti per eliminare il pericolo di interferenze che potrebbero pregiudicare un corretto esercizio della potestà giurisdizionale, rimane pur sempre il problema di comprendere quando, nella concretezza dell'agire umano, può considerarsi realmente rispettato il precetto costituzionale secondo cui il giudizio deve svolgersi “*davanti ad un giudice terzo ed imparziale*” (art. 111, secondo comma, Cost.)¹³⁷.

Tali critiche sono state parzialmente recepite con la legge n. 205/2000, che ha previsto la presenza di quattro membri laici (due per la Camera dei deputati e due per il Senato della Repubblica) destinati ad affiancarsi ai componenti togati rimasti invariati. E' stato previsto poi un solo membro di diritto (il Presidente che coincide sempre con il Presidente del Consiglio di Stato).

Anche dopo le innovazioni introdotte con la legge n. 186/82 e le successive modifiche della legge 205/200 ad alcuni autori le garanzie d'indipendenza dei giudici amministrativi sono apparse del tutto inadeguate in confronto ai meccanismi di tutela dell'autonomia dei giudici ordinari contemplati dalla Costituzione. V., ad esempio, le considerazioni di G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 343, per il quale, in mancanza di specifiche garanzie costituzionali, “*il governo potrebbe sempre alterare o ridurre l'autogoverno dei magistrati amministrativi, che si incentra nel Consiglio di presidenza. E, comunque, anche l'attuale assetto ordinamentale garantisce una mera indipendenza di tipo funzionale o, meglio, un'autonomia accentuata. Infatti, l'ordine dei magistrati amministrativi rientra pur sempre nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il quale continua ad avere il potere di nominare un quarto dei consiglieri di Stato, mentre al Presidente del Consiglio dei Ministri spetta il potere di alta sorveglianza su tutti gli uffici e su tutti i magistrati amministrativi*”.

¹³⁷ Anteriormente alla riforma dell'art. 111 Cost., la diversa portata delle garanzie di indipendenza e imparzialità è stata colta con estrema precisione dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 gennaio 1989 n. 18, in *Giust. pen.* 1990, I, 23, dove si è rilevata, tra le due garanzie costituzionali, l'esistenza di un rapporto di mezzo a fine poiché “*il principio dell'indipendenza è volto a garantire l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione super partes che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere. A tal fine la legge deve garantire l'assenza, in ugual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione. La disciplina dell'attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla “libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza*”.

In dottrina, sulla garanzia dell'indipendenza come strumento finalizzato ad assicurare l'imparzialità del giudice, cfr. V. DENTI, *Il potere giudiziario*, in AA. VV., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari, 1982, 184 e ss., L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 497; S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G.

In uno dei più autorevoli dizionari della lingua italiana viene definito “*imparziale*” colui che obbedisce a “*criteri obiettivi di valutazione*” ed è “*immune da inclinazioni o atteggiamenti personalistici*”¹³⁸ con la conseguenza che, trasportando in ambito giuridico la definizione diffusa nel linguaggio comune, avremo un giudice imparziale laddove quest’ultimo, rispetto alla controversia sottoposta al suo esame, riesca ad assumere una posizione di assoluta indifferenza ed equidistanza.

Il giudice, quindi, di fronte al nodo di interessi che egli ha il compito di sciogliere, deve porsi nella posizione di chi non sa assolutamente nulla, come se fosse una persona chiamata a pronunciarsi su un’azione alla quale non ha partecipato né assistito, oppure una pagina bianca che attende di essere riempita¹³⁹.

Tutto ciò ha trovato chiara enunciazione nel citato secondo comma dell’art. 111 Cost. attraverso l’affermazione del “*giudice terzo ed imparziale*” la quale, però, ha sollevato non pochi problemi ermeneutici in ordine alle possibilità di individuare nelle parole “*terzo*” e “*imparziale*” due termini di identico o autonomo significato.

A tal proposito, dai lavori preparatori della riforma del 1999 sembra potersi evincere l’intenzione di trattare i due vocaboli come

AMATO e A. BARBERA, Bologna, 1991, 628; *giudiziario*; G. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1992, 16 e ss.

¹³⁸ Cfr. DEVOTO, OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990.

¹³⁹ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, 1959, 57 e ss. il quale osserva che “*il processo è la vera e sola ricerca del tempo perduto che fa l’esperienza pratica; il tempo che si ripresenta, il fiume che risale verso la sorgente, la vita che si coglie nella sua lacerazione e si reintegra nella sua unità. E tutto questo deve fare non l’agente stesso che ha vissuto, e che rivive, come una proustiana ricerca il suo tempo perduto, ma proprio un assente, una persona che non è mai passata per quella esperienza, una persona essenzialmente indifferente. Doppia magia: far rivivere quello che non vive più, che ormai è spento, e farlo rivivere nella coscienza e nel giudizio di un che è perfettamente estraneo all’esperienza che deve risorgere; e far vivere quella ragione e quella volontà obiettiva che è la legge proprio là dove quella vita di legge è mancata*”.

portatori di significati tra loro complementari¹⁴⁰: da un lato si voleva ricondurre tra le caratteristiche essenziali del giudice l'aspetto istituzionale della funzione giurisdizionale che impone al giudice di assumere una posizione neutrale nei confronti delle parti presenti nel processo; dall'altro, si voleva porre l'accento sull'atteggiamento soggettivo del giudice che non deve farsi condizionare da pregiudizi o interessi nel momento in cui definisce il giudizio.

Per la verità entrambi gli aspetti sono stati affrontati in tutti gli interventi parlamentari che sostenevano l'opportunità di esplicitare la duplice connotazione del giudice ma, tuttavia, non hanno anche precisato quale dei due dovesse essere ascritto alla *terzietà* o, piuttosto, essere ricompreso nell'*imparzialità*¹⁴¹.

Questa parziale confusione di significati, ravvisabile nella stessa origine storica della formula "*giudice terzo e imparziale*", ha reso ancor più difficile l'opera esegetica della dottrina la quale ha comunque ipotizzato diverse alternative.

In particolare, all'opinione di coloro che ritenevano sinonimi (e perciò perfettamente sovrapponibili) i due aggettivi in esame¹⁴², si è contrapposta la tesi di chi, sulla base dei lavori parlamentari, proponeva una lettura "*coniuntiva*" di due caratteri autonomi: la "*terzietà*" riferita allo "*status*" del magistrato e l' "*imparzialità*"

¹⁴⁰ In merito appare significativa la scelta di integrare il testo già approvato dalla Commissione bicamerale, che prevedeva solo la *terzietà* del giudice, e, specularmente, di integrare il testo presentato dalla Commissione in sede referente al Senato, che prevedeva solo l'*imparzialità* (cfr. Atti parl. Sen., XIII legislatura, Disegni di legge e relazioni, 15).

¹⁴¹ Cfr., ad esempio, Atti parl. Sen., XIII legislatura, Bollettino giunte e commissioni, I Commissione, 9 dicembre 1998, 10 (Pera), nonché 10 dicembre 1998, 8-9 (Lisi); Atti parl. Sen., XIII legislatura, Resoconto stenografico, 549^a seduta pubblica, 18 febbraio 1999, 15-16 (Centaro), nonché 550^a seduta pubblica, 18 febbraio 1999, 28 (Callegaro); Atti parl. Cam., XIII legislatura, Disegni di legge e relazioni, n. 5735-5359-5370-5377-5443-5475-5696-A, 7 (Soda); Atti parl. Cam., XIII legislatura, seduta del 21 luglio 1999, n. 573, 72 (Soda), 77 (Pecorella) e 95 (Carotti), nonché seduta dell'8 novembre 1999, n. 615, 4 (Soda).

¹⁴² Cfr. M. MENGOZZI, *op. cit.*, 111 e ss, secondo cui "*i due termini terzo e imparziale non sembrano mantenere una loro apprezzabile autonomia concettuale ma piuttosto fondersi in un'endiadi che definisce i caratteri del giudice*".

riguardante le funzioni svolte dal giudice nell'ambito del processo¹⁴³.

Ancora, secondo un'altra impostazione, la coppia di attribuiti di cui al secondo comma dell'art. 111 Cost. sarebbe formata da due termini “*semanticamente coordinati, ma autonomi, nel denotare un unico concetto*”¹⁴⁴: in tale ottica si è proposto di ricondurre l'imparzialità alla necessaria indifferenza ed assenza di legami tra il giudice e le parti del processo, mentre la terzietà rifletterebbe la posizione di equidistanza che il giudice dovrebbe mantenere rispetto agli interessi in conflitto¹⁴⁵.

Di fronte alle notevoli difficoltà incontrate dalla dottrina, sembra comunque preferibile ritenere che i termini “*terzo*” e “*imparziale*” siano privi di una loro autonomia concettuale poiché si riferiscono a profili non (del tutto) scindibili e che, comunque, devono essere

¹⁴³ Cfr. P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2007, p. 53, il quale ipotizza che il legislatore costituente del 1999, attraverso la formula “*terzo e imparziale*”, nel riferire all'imparzialità la funzione esercitata nel processo e la terzietà al piano ordinamentale, avrebbe pure voluto implicitamente accennare ad una possibile separazione delle carriere tra funzione requirente e funzione giudicante.

¹⁴⁴ Cfr. G. FIANDACA – DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Milano 2003, 214 e ss., dove si legge che “*in quanto distinto dalle parti, sotto il profilo organizzativo e ordinamentale, e, perciò, altro rispetto ad esse, il giudice di rende terzo; in quanto affrancato da pregiudizi che discendano da preconvinzioni o convincimenti idonei a turbare la propria disponibilità a decidere solo sulla base delle prove legittimamente acquisite, il giudice coagula la propria dimensione di imparzialità*”.

¹⁴⁵ In tal senso v. A. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, nel volume a cura di G. DELLA CANANEA e M. DUGATO, *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, op. cit. il quale afferma: “*La terzietà e l'imparzialità del giudice consistono nell'assoluta equidistanza dell'Autorità giudicante dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano all'interno del processo*”. Analogamente G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1, 16, in cui si osserva che “*l'imparzialità del giudice, operante in relazione al singolo processo, attiene peculiarmente alla funzione svolta, per la quale sono necessarie l'assenza di legami con le parti, l'indifferenza rispetto agli interessi in conflitto e quindi per il risultato della disputa, la mancanza di pregiudizi inerenti al thema decidendi. Ciò implica l'ulteriore profilo dell'imparzialità (che è tuttavia venuto ad assumere col tempo una propria autonomia e un sempre più marcato risalto, tanto da essere talvolta reputato addirittura - con una inversione concettuale - come comprendente al suo interno la stessa imparzialità rappresentata dalla terzietà dell'organo giurisdizionale. Tale requisito concerne la posizione di equidistanza tra le parti, e anzi super partes, del giudice nell'ambito della struttura processuale, dovendosi egli trovare in una situazione, che - pure per gli aspetti di Ordinamento giudiziario - garantisca la sua estraneità alle funzioni sia dell'accusa che della difesa*”.

sempre salvaguardati affinché un giudice possa essere riconosciuto come tale¹⁴⁶.

Ne deriva evidentemente che il valore dell'imparzialità deve essere tutelato, oltre che in relazione al concreto esercizio della funzione giurisdizionale, anche nel suo aspetto di *“regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della .. indipendenza ed imparzialità”*¹⁴⁷.

Del resto, come si è già visto nel capitolo precedente, l'esigenza di evitare comportamenti del giudice che possano far sorgere, nelle parti di un processo, ragionevoli dubbi circa la sua effettiva imparzialità è stata tenuta ben presente dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Essa, invero, nel distinguere tra “imparzialità soggettiva” ed “oggettiva”, in una sua nota pronuncia del 1995 (*Procola c/*

¹⁴⁶ Si è utilizzato l'inciso “*essere riconosciuto come tale*” perché il magistrato, non solo deve essere, ma anche apparire imparziale. Da una rigorosa interpretazione del concetto di imparzialità accolta nella Carta costituzionale, infatti, non può non farsi discendere pure l'obbligo, per il giudice, di astenersi da ogni comportamento o manifestazione del proprio pensiero che possa creare incertezze circa la sua neutralità ed equidistanza. I magistrati godono sicuramente degli stessi diritti di libertà garantiti dalla Costituzione nei confronti di tutti gli altri cittadini; diritti che non possono subire limitazioni diverse da quelle previste per la generalità dei consociati per effetto della mera appartenenza ad un dato ordine o ad una determinata categoria professionale.

¹⁴⁷ Così Cort. cost. 8 giugno 1981, n. 100, in *Cons. Stato* 1981, II, 654, in cui si statuisce pure che i principi di imparzialità e indipendenza sono “*volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunziata qualifica prestigio e che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa*” *Ne consegue, perciò, “la piena compatibilità tra libera manifestazione del pensiero e tutela della dignità del singolo magistrato e dell'intero ordine giudiziario; l'equilibrato bilanciamento degli interessi tutelati non comprime il diritto alla libertà di manifestare le proprie opinioni ma ne vieta soltanto l'esercizio anomalo e cioè l'abuso, che viene ad esistenza ove risultino lesi gli altri valori sopra menzionati”*. Conforme, tra le più recenti, Corte cost. 17 luglio 2009, n. 224, dove si osserva che “*nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica. In particolare, non contrasta con quei parametri l'assolutezza del divieto, ossia il fatto che esso si rivolga a tutti i magistrati, senza eccezioni, e quindi anche a coloro che, come nel caso sottoposto all'attenzione della Sezione disciplinare rimettente, non esercitano attualmente funzioni giudiziarie. Infatti, l'introduzione del divieto si correla ad un dovere di imparzialità e questo grava sul magistrato, coinvolgendo anche il suo operare da semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, anche quando egli sia stato, temporaneamente, collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico”*.

Luxembourg), sembra aver ravvisato una violazione delle garanzie previste dall'art. 6 della CEDU anche laddove il pericolo di un condizionamento della funzione giurisdizionale ad opera di una pregressa attività consultiva, influenzando negativamente sulla c.d. “*impartialité structurelle*” dell'organo decidente, sia tale da ingenerare un legittimo sospetto circa l'esistenza di detta imparzialità nei “*iusticiables*” (i soggetti cioè che agiscono in giudizio per la tutela dei loro diritti)¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 28 settembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, in www.echr.coe.int. La vicenda esaminata dalla Corte ha inizio allorché, in esecuzione dei regolamenti CE 856/84 e 857/84 del 31 marzo 1984 (con i quali si introduceva nei Paesi membri il regime delle quote latte), il Lussemburgo aveva adottato, su parere del Consiglio di Stato, il regolamento del 7 luglio 1987, con efficacia retroattiva al 2 aprile 1987 (data d'inizio del regime voluto dalla Comunità). Sulla base del regolamento del 7 luglio 1987 venivano successivamente adottati quattro decreti ministeriali per regolare la distribuzione delle quote latte nei diversi periodi dell'anno. Contro questi decreti l'associazione agricola per la produzione del latte, Procola, ricorreva dinanzi al comitato del contenzioso del Consiglio di Stato, per censurarne i contenuti e chiederne l'annullamento.

Stante l'esito negativo del giudizio, l'associazione Procola ricorreva alla Corte di Strasburgo evidenziando, tra l'altro, che la decisione era stata adottata da un collegio all'interno del quale quattro dei cinque giudici avevano partecipato alle attività consultive relative all'adozione del regolamento del 7 luglio 1987. La Corte di Strasburgo, nell'accogliere il ricorso rilevava che nella fattispecie “*il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'Etat, de fonctions consultative set de fonctions jurisdictionnelles*” giungendo ad affermare che “*dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'Etat luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes successivement, a propose des memes decisions, exercent les deux types de fonctions est de nature a mettre en cause l'impartialite structurelle de ladite institution*”. Nella medesima sentenza si legge pure che “*Procola a pu legitiment craindre que les membres du comite du contentieux ne se sentissent lies par l'avis donne precedentement. C simple doute aussi peu justifie soit-il, suffit a alterer l'impartialite du tribunal en question*”.

In ordine al requisito dell' “imparzialità soggettiva”, solitamente esaminata congiuntamente a quello dell' “imparzialità oggettiva”, può aversi riguardo al caso Pullar c. Regno Unito, deciso dalla Corte nel 1996 ritenendo l'insistenza di violazione dell'articolo 6. Il ricorrente, imputato per pratiche corruttive dinanzi a una giuria scozzese, si era accorto dell'essere composta detta giuria, che aveva deciso a maggioranza per la colpevolezza, anche da un giurato che lavorava alle dipendenze di uno dei testimoni dell'accusa, destinatario della pratica corruttiva. Il giurato era stato richiesto da personale giudiziario, preliminarmente rispetto al conferimento del ruolo di giurato, solo di dichiarare se conoscesse l'accusato ovvero le circostanze della fattispecie, non essendo stato invece richiesto di dichiarare la sua conoscenza dei testimoni. La Corte rileva sul punto che, in base alla presunzione di insussistenza di ragioni di mancanza di imparzialità soggettiva, che deve essere vinta con prova contraria, il giurato non potesse ritenersi vittima di pregiudizio, benché, ove il giudice professionale fosse stato reso edotto del legame tra il giurato e il testimone, avrebbe dispensato il giurato, probabilmente, per ragioni di opportunità; dal punto di vista della mancanza dell'imparzialità oggettiva, poi, la Corte rileva che, benché eventualmente possa essere comprensibile il timore da parte dell'accusato nell'essere giudicato ad opera di un soggetto dipendente di uno dei testimoni dell'accusa, le garanzie processuali – tra le quali quelle connesse all'essere il giurato inserito in una giuria di 15 persone – che circondavano il procedimento penale dovevano escludere che tale timore potesse ritenersi oggettivamente

Da qui il problema (con evidenti e importanti risvolti nel campo del giudizio amministrativo dinanzi al Consiglio di Stato) se il cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali in capo ad una medesima autorità possa o meno determinare l'esistenza di un generale difetto di "imparzialità strutturale".

2. Il problema del cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali.

Per la verità la Corte di Strasburgo non pare voler rispondere positivamente al predetto quesito avendo infatti generalmente escluso, in alcune recenti decisioni, di poter andare oltre le circostanze del singolo caso concreto al fine di valutare, in astratto, la compatibilità con la Convenzione di un determinato sistema giurisdizionale¹⁴⁹.

D'altronde, pure nei singoli Stati membri sembra essere prevalsa una lettura per così dire "restrittiva" secondo la quale la Corte, con la sentenza *Procola*, avrebbe semplicemente censurato la particolare

giustificato. Sul principio per cui l'imparzialità soggettiva deve presumersi fino a prova contraria, v. *ex multis*, *Piersack c. Belgio*, *Lavents c. Lettonia*.

¹⁴⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 maggio 2003, *Kleyn et autres c/ Pays bas*, in www.echr.coe.int. Il giudizio riguardava la vicenda di alcuni magistrati della Sezione del contenzioso del Consiglio di Stato olandese che avevano esaminato il ricorso contro un provvedimento amministrativo che fissava i tracciati di una nuova linea ferroviaria dopo essersi precedentemente pronunciati, in sede consultiva, sulla legittimità del progetto di legge per la pianificazione della rete di infrastrutture per i trasporti nella quale, tra l'altro, era anche prevista la procedura da seguire circa l'adozione dei provvedimenti di apertura di nuove reti. La Corte europea ha rigettato il ricorso sostenendo che non si era in presenza del "meme affaire" o della "meme decision". La Corte ha altresì aggiunto che "il n'appartient pas a la Cour de statuer dans l'abstrait sur la compatibilité avec la Convention du systeme neerlandais sur ce point" e che "la Cour est en réalité appelée a déterminer si, pour ce qui est de recours portés devant la section du contieux administratif per les requérants en l'espece, il était compatible avec les exigences d'impartialité objective de tout tribunal au sens de l'article 6 que la structure institutionnelle du Conseil d'Etat eut permis a certaines des ses membres ordinaires d'exercer a la fois des fonctions consultatives et des fonctions jurisdictionelles".

Sul punto va richiamata anche Corte europea dei diritti dell'uomo 2006, *Sacilor Lormines*, la quale ha escluso che il Conseil d'Etat francese non sia un giudice indipendente e imparziale, sia quanto allo "statuto" dei magistrati (in particolare per la nomina "esterna" di una parte di essi) che per il cumulo di funzioni giurisdizionali con funzioni amministrative in un unico organo.

composizione del collegio giudicante risultante nella fattispecie oggetto di giudizio (nella specie quattro dei cinque membri del Consiglio di Stato del Lussemburgo si erano già pronunciati, nell'esercizio della funzione consultiva, su un regolamento applicabile alla controversia instaurata in sede giurisdizionale), senza giungere a soluzioni “*massimaliste*” circa la possibile contrarietà alla Convenzione di ogni sistema che contempra la coesistenza di funzioni consultive e giurisdizionali in seno ad una medesima struttura giudiziaria.

In tal senso è emblematico il caso del Consiglio di Stato francese il quale, mostrando una notevole resistenza verso quelle interpretazioni della giurisprudenza della Corte europea tali da travolgere la duplicità delle proprie funzioni, ha altresì costantemente sostenuto la conformità della propria struttura e del proprio operato ai canoni d'imparzialità sanciti dalla Convenzione europea del 1950.

Peraltro in proposito va evidenziato che i Consiglieri francesi hanno sempre rispettato la pratica del c.d. “*deport*” (o “*abstention*” secondo la terminologia adoperata nel *code de justice administrative*) in base alla quale un componente del Consiglio, chiamato a pronunciarsi su un ricorso riguardante una questione precedentemente affrontata nello svolgimento della funzione consultiva, è tenuto ad astenersi (“*se deposte*”) sussistendo, in caso contrario, la possibilità per le parti in causa di attivare le procedure di ricusazione¹⁵⁰.

Un analogo orientamento sembra potersi rinvenire nelle decisioni del nostro massimo organo di giustizia amministrativa al quale, com'è noto, la Costituzione demanda compiti di “*consulenza giuridico-*

¹⁵⁰ Cfr. S. MIRATE, *op. cit.*, 335, la quale richiama, tra l'altro, una decisione del Consiglio di Stato francese del 1996 in cui si è stabilito che il membro del Consiglio, che abbia partecipato all'emanazione di un parere sul progetto di un testo normativo o sul compimento di un'attività amministrativa, non possa sedere nel collegio decidente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di detto testo o di tale azione amministrativa.

amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione" (art. 100 Cost.)¹⁵¹.

Ed invero, il Consiglio di Stato ha da tempo affermato che il Costituente, inserendo nello stesso titolo III della Carta costituzionale le previsioni di cui agli artt. 97 e 100, ha inteso creare un collegamento funzionale di entrambe le disposizioni al fine di realizzare un armonico rapporto tra cittadini ed amministrazione: garantendo da un lato l'osservanza dei principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.) e fornendo dall'altro uno strumento istituzionalizzato per la corretta interpretazione ed attuazione delle norme (art. 100 Cost.)¹⁵².

¹⁵¹ Per una ricostruzione dei poteri e delle funzioni attribuite al Consiglio di Stato dalla Carta costituzionale del 1948 cfr., tra i molteplici contributi N. DANIELE, *Il Consiglio di Stato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, IX, 294 ss.; G. LANDI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, 1267 ss.; R. CHIEPPA (voce) *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988, 1; L. AMMANNATI, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: limiti e potenzialità*, in *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, a cura di Y. Meny, Bologna, 1994, 345; F. PATRONI GRIFFI, *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 1997, 105; R. LASCHENA, *Riflessioni sulle funzioni giurisdizionali consultive del Consiglio di Stato*, in *Rass. parl.*, 1997, 3, 607 ss.; S. GIACCHETTI, *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1997, 1009 ss.; G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'Ordinamento costituzionale ed amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. CASSESE, *op. cit.*, 21 ss.; S. CASSESE, *L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme*, in *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cura di G. PALEOLOGO, Milano, 1998, 87 ss.

Altrettanto utili, al fine di comprendere la duplice natura di organo giurisdizionale e consultivo del Consiglio di Stato, appaiono i numerosi contributi inerenti all'origine storica di tale istituto tra i quali si ricordano A. C. JEMOLO, *Il Consiglio di Stato tra il 1848 ed il 1865*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931; L. RAVA, *Il Consiglio di Stato nel Regno italico e l'opera di Napoleone I*, in *Il Consiglio di Stato. Studi per il centenario*, Roma, 1932, 165 e ss.; G. LANDI, *Il Consiglio di Stato*, Milano 1954; G. ASTUTI, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia* (1963), ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984, 855 e ss.; A. MACCHIA, *Cenni sullo svolgimento storico del Consiglio di Stato*, in *Il Corriere amministrativo*, 1963; G.S. PENE VIDARI, *Il Consiglio di Stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, 1984, 24 e ss.; S. SAMBATARO, *Il rifiuto del contenzioso amministrativo e la legge del 65*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma 1989, 50 e ss.; R. IANNOTTA, *Le condizioni politiche e sociali coeve alla istituzione della Sez. IV del Consiglio di Stato e le prospettive attuali*, *ibidem*, 120 e ss.; N. PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano 1991.

¹⁵² Cfr., ad esempio, *Cons. St.*, comm. spec. , 10 novembre 1974 n. 21/73, in *Cons. St.*, 1975, I, 1989.

La funzione giurisdizionale e quella consultiva, quindi, pur rimanendo due distinte ed autonome attività, perseguono un obiettivo comune che, secondo le parole dello stesso Consiglio di Stato, può individuarsi nella “*realizzazione della giustizia nell’amministrazione*”¹⁵³.

In questo contesto la funzione consultiva rappresenta insomma uno strumento preventivo di controllo con cui assicurare sia la legalità dell’azione amministrativa che l’efficacia e l’incisività della stessa a tutela dell’interesse pubblico generale¹⁵⁴: in altri termini la

¹⁵³ Cfr., fra le tante, Cons. St., Sez. I, 28 giugno 2000, n. 576, in *Cons. St.*, 2001, 2206. In dottrina il carattere complementare delle funzioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato era stato già affermato nel lontano 1932 da S. ROMANO che, nel suo saggio *Le funzioni e il carattere del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario*, I, Roma, 1932, 26 ss. aveva sostenuto che “*il sindacato sugli atti amministrativi, l’uno preventivo, l’altro repressivo, il primo domandato dalla stessa autorità amministrativa, il secondo anche dai cittadini [...] si esplica nell’un caso con la forma e l’efficacia del parere, nell’altro caso con la forma e l’efficacia della decisione. Queste due manifestazioni si integrano e si completano a vicenda e non si saprebbe dire quale sia più necessaria. L’opportunità che tale sindacato sia per l’intero esercitato dal medesimo organo risulta da questa sua intrinseca unità*”. Sostanzialmente conforme G. ROEHRSEN, *I 150 anni del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1981, 2234, per il quale “*consultazione e giurisdizione hanno una base comune e finalità tutt’altro che separate, in quanto attraverso il loro svolgimento, un unico organo ad altissimo livello ha la possibilità di guardare e di seguire l’attività amministrativa prima e dopo il suo svolgimento, in modo che la p.a. possa sentirsi contemporaneamente sorretta e vigilata, coadiuvata*”. Un’analisi degli aspetti riguardanti il cumulo delle funzioni consultive e giurisdizionali è stata recentemente effettuata, tenendo conto dei principi emersi nella giurisprudenza della Corte europea, anche da P. dE LISE, *Corte europea dei diritti dell’uomo e giudice amministrativo*, Relazione al Convegno sul tema *I diritti umani nella prospettiva transnazionale*, organizzato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 20 aprile 2009, in *Foro Amm. – TAR*, 2009, 2, XLVII, il quale significativamente afferma che le sentenze della Corte europea sono coerenti con “*la consolidata tradizione del nostro Paese – come di altri Paesi europei – individua nel Consiglio di Stato la massima espressione della legalità dell’azione amministrativa, attuata non solo mediante l’esercizio della funzione giurisdizionale ma anche attraverso l’apporto dell’attività consultiva, come solennemente affermato nell’art. 100, primo comma, della Costituzione. A questo riguardo va ricordato che il Consiglio di Stato italiano, attraverso la sezione consultiva per gli atti normativi, assicura la qualità della normazione che, nell’ottica della convenzione costituisce una garanzia dell’individuo contro gli abusi dell’autorità pubblica. Del resto l’ampiezza dell’organico del Consiglio di Stato italiano (come di quello francese), rispetto a quelli lussemburghesi e olandesi, la prassi sempre seguita nella composizione dei collegi giudicanti nonché i rimedi – di chiusura – dell’astensione e ricusazione sono tali da evitare qualsiasi commistione di funzioni e di garantire la piena imparzialità del giudice*”.

¹⁵⁴ Cfr. Cons. St., Sez. II, 25 settembre 2002, n. 2994, reperibile sul sito Internet www.giustiziaamministrativa.it, in cui si precisa, tra l’altro che, il Consiglio di Stato “*non può che fornire il proprio avviso se non in stretta e rigorosa interpretazione della legge e su questioni di larga massima la cui soluzione potrà guidare la successiva amministrazione nel suo concreto futuro, esplicitarsi, come avviene nel caso degli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni, assimilabili alla categoria civilistica dei contratti normativo, la qualificazione bene esprime il carattere di tendenziale astrattezza, generalità e vincolatività dei contenuti, che gli*

consultazione finisce per costituire un momento fondamentale dell'azione amministrativa durante il quale è possibile valutare ogni aspetto dell'operato della pubblica amministrazione (giuridico, tecnico, di puro merito ecc.)¹⁵⁵. Naturalmente l'organo consultivo deve possedere tutti gli elementi che hanno indotto l'Amministrazione a compiere uno specifico atto amministrativo poiché solo in tal modo potrà chiarire e precisare le scelte dell'Autorità garantendo un corretto bilanciamento degli interessi coinvolti.

In questa cornice, va peraltro ricordato che, in tempi di dibattito sul federalismo, si è sviluppata un'opzione ermeneutica secondo la quale le funzioni consultive potrebbero essere estese anche ai TAR. Ciò in quanto l'attività consultiva, oltre ad avere il beneficio di esercitare una funzione di prevenzione del contenzioso (che indubbiamente giova alla giurisdizione stessa), è un'attività neutrale di garanzia che, come quella giurisdizionale, va esercitata secondo canoni di assoluta autonomia e indipendenza e che pertanto non è in contrasto con alcuna norma o principio dell'Ordinamento costituzionale¹⁵⁶.

Tuttavia occorre rilevare che, sebbene le attività consultive e giurisdizionali siano finalizzate al raggiungimento di un obiettivo

schemi in questione possono assumono rispetto ai successivi accordi regolatori di fattispecie singolari, non molto dissimilmente da una fonte di diritto”.

¹⁵⁵ Cfr. Cons. St., ad gen, 23 novembre 1967, n. 1237 in *Cons. St.* 1967, I, 2349, Cons. St. 24 aprile 1980 n. 30/80, in *Cons. St.*, 1981, I, 947 dove si precisa che il Consiglio di Stato in sede consultiva “*compie in via preventiva una funzione di giustizia amministrativa mentre in sede giurisdizionale, oltre alla restaurazione dell'interesse del privato leso, viene compiuta anche un'opera di consulenza della pubblica amministrazione, dovendo le decisioni costituire una guida di quest'ultima*”.

¹⁵⁶ P. DE LISE, *Funzione consultiva e giudici laici per il T.A.R. della Valle d'Aosta: un rilancio della specialità regionale*, Relazione introduttiva, Saint-Vincent, 15-16 gennaio 2010, in www.giustamm.it, il quale rielva anche che “*l'attività consultiva dei TAR potrebbe essere esercitata in ordine alle funzioni normative delle Regioni, come già avviene – ad opera della Sezione consultiva del Consiglio di giustizia amministrativa – per i regolamenti dello Stato e per quelli della Regione Siciliana. La previsione di un organo consultivo locale potrebbe indurre le Regioni a cogliere l'occasione per usufruire – con apposita normativa dalle stesse emanata – di un organismo squisitamente “terzo”, con funzione di prevenire il contenzioso costituzionale e amministrativo. Infine potrebbe essere prevista una consultazione facoltativa, a richiesta delle Regioni, relativa all'esercizio delle funzioni amministrative di loro competenza*”.

comune, non è consentito al Consiglio di Stato, stante la particolare posizione di autonomia ed indipendenza che lo caratterizza anche quale ausiliario del governo¹⁵⁷, di espletare la funzione consultiva quando la stessa, incidendo su un contenzioso in atto, potrebbe determinare insanabili contrasti giurisprudenziali oppure dar luogo ad indebite ingerenze o sovrapposizioni lesive dei principi di imparzialità e di parità tra le parti¹⁵⁸.

Anche nel nostro Ordinamento esistono, quindi, degli strumenti idonei ad evitare che i consiglieri chiamati a rendere un parere su un atto coincidano con quelli che dovranno eventualmente pronunciarsi sui ricorsi contro l'atto stesso.

Del resto il Legislatore ordinario, con la legge n. 127 del 15 maggio 1997, ha fortemente ridotto il rischio di pericolose commistioni operando un drastico ridimensionamento della funzione consultiva del Consiglio di Stato i cui pareri, ora, devono essere richiesti in via obbligatoria soltanto per (i) l'emanazione degli atti normativi del Governo e dei singoli ministri (compresi i Testi Unici), (ii) la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica (con conseguente inammissibilità di un ricorso in sede giurisdizionale) e

¹⁵⁷ Cfr. Cons. St. 12 novembre 2003, n. 1855 consultabile sul sito Internet www.giustiziaamministrativa.it, dove si ribadisce che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, non è chiamato a fornire un mero supporto giuridico alle scelte decisionali delle amministrazioni (essendo istituzionalmente preposta a tale compito l'Avvocatura dello Stato), con la conseguenza che l'attività consultiva *“non può essere attivata, neppure con riguardo a quella facoltativa, da una mera pretesa dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, dovrà esporre nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo”*.

¹⁵⁸ In merito cfr. ad esempio, il provvedimento n. 2994/02, cit., con il quale il Consiglio di Stato aveva ritenuto di non poter esprimere il parere richiesto dal Ministero per i beni e le attività culturali in merito ad alcune disposizioni dello Statuto della Società Italiana Autori ed Editori stante l'esistenza di una sentenza del TAR Lazio che aveva annullato il precedente Statuto del 2001 e nei cui confronti *“si è innestato un ulteriore contenzioso, in sede di appello e di ottemperanza (rectius di esecuzione), in relazione al quale l'esercizio della funzione consultiva - tenuto conto dell'identità dell'organo che esprime il parere e che giudica in grado d'appello - potrebbe dare l'impressione di sovrapposizioni e condizionamenti, che rischierebbero di arrecare una ferita al principio d'imparzialità del giudice e di parità di situazione fra le parti del giudizio, sancito espressamente oggi a livello costituzionale dall'art. 111, comma 2 Cost., come novellato dalla legge costituzionale n. 2/1999”*.

(iii) gli “*schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri*” (art. 17, comma 25)¹⁵⁹.

3. La nomina governativa.

Un potenziale pregiudizio alle garanzie di terzietà ed imparzialità dei giudici potrebbe piuttosto derivare dalle disposizioni legislative che riservano al Governo la nomina di una parte dei Componenti del Consiglio di Stato: attraverso codesto potere di nomina, il Governo potrebbe invero condizionare l’esercizio della giurisdizione in modo da ottenere decisioni favorevoli all’operato della pubblica amministrazione.

La questione era già stata affrontata dalla Corte costituzionale in una sua risalente pronuncia del 1973 con la quale il Giudice delle leggi aveva rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli articoli 1, 2 e 4 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924 (che, tra l’altro, attribuivano al

¹⁵⁹Tuttavia i meccanismi previsti al fine di evitare che un giudice possa pronunciarsi in due momenti diversi sulla medesima vicenda potrebbero non risultare più sufficienti alla luce del recente Decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 (convertito in legge 6 agosto 2008 n. 133) il quale, all’art. 54, ha eliminato la rigorosa ripartizione delle funzioni giurisdizionali e consultive fra le diverse sezioni del Consiglio di Stato prevedendo che “*Il Presidente del Consiglio di Stato, con proprio provvedimento, all’inizio di ogni anno, sentito il Consiglio di Presidenza, individua le sezioni che svolgono funzioni giurisdizionali e consultive, determina le rispettive materie di competenza e la composizione, nonché la composizione della Adunanza Plenaria*”.

Un orientamento del tutto opposto era emerso, invece, nel corso dei lavori della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali dove era stata prevista la separazione delle funzioni consultive e giurisdizionali e l’attribuzione ad un nuovo organo del giudizio amministrativo di appello (cfr. artt. 113 e 119 del progetto di legge costituzionale approvato in data 4 novembre 1997). Tale previsione non ha però avuto alcun seguito avendo suscitato notevoli critiche in dottrina e fra i magistrati. Cfr., fra gli altri, C. CALABRO’, *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, relazione tenuta al Convegno Art. 111 Costituzione: rivoluzione dell’Ordinamento, pubblicata su www.giustiziaamministrativa.it nonché P. VIRGA, *Il falso problema della commistione*, in *Foro amm.* 1997, 10, 2925 il quale ricorda che “*l’art. 33, t.u. Cons. St. vieta alle singole sezioni di dare pareri su questioni concrete, che possano formare oggetto di decisioni delle sezioni giurisdizionali. Aggiungasi che, in ogni caso, in prima battuta, su tali questioni dovranno pronunciarsi i Tribunali amministrativi regionali e solo in appello, dopo un lungo periodo di tempo, le questioni potranno essere sottoposte al Consiglio di Stato*”.

Consiglio dei Ministri la facoltà di nominare “*Il Presidente del Consiglio di Stato, i presidenti di sezione ed i consiglieri*”, art.del T.U.) ritenendo conformi alla Costituzione le modalità di nomina previste dal medesimo T.U. purché: 1) la scelta del Governo cadesse nei confronti di persone specificatamente idonee; 2) l’idoneità delle persone prescelte fosse concretamente accertata; 3) l’accertamento dell’idoneità fosse materialmente documentato¹⁶⁰.

Dal canto suo, il legislatore ordinario, accogliendo i rilievi della Corte costituzionale circa il concetto di “necessaria idoneità” allo svolgimento delle funzioni di Consigliere di Stato, è successivamente intervenuto con l’art. 19 della legge n. 186 del 23 aprile 1982 prevedendo che la scelta dell’esecutivo (limitata ad un

¹⁶⁰ In particolare secondo la Corte costituzionale, sentenza n. 177 del 19 dicembre 1973 (pubblicata in *Giur. cost.*, 1972, 2348 e ss.) le norme così interpretate escluderebbero qualsiasi sospetto di incostituzionalità perché danno “*vita ad una disciplina legislativa che pur conferendo al governo un ampio potere discrezionale, garantisce, in materia, il rispetto dell’esigenza dell’idoneità del giudice, nonché quella dell’indipendenza del Consiglio di Stato e dei suoi componenti di fronte al governo*”. Tali statuizioni appaiono tra l’altro ripetere le motivazioni della sentenza n. 1 del 21 gennaio 1967, in *Giur. cost.* 1967, 1 e ss., nella quale, in riferimento alle norme che disciplinano le nomine dei magistrati della Corte dei Conti, si osservava che l’indipendenza di un determinato organo giurisdizionale “*deve ricercarsi nei modi in cui esso svolge le sue funzioni, non già in quelli coi quali si provvede a regolare la nomina dei suoi membri. Basta richiamare in questa sede le norme che regolano lo svolgimento dell’attività di controllo e di quella giurisdizionale della Corte dei conti, perché risulti evidente come l’attività dell’Istituto si svolga libera da ogni intervento estraneo, in piena indipendenza, e senza possibilità di ingerenza da parte del Governo.....Una volta che la nomina sia avvenuta, cessa ogni vincolo che eventualmente sussista tra il Governo che nomina e la persona che viene nominata, a null’altro tenuta se non all’obbedienza alla legge*”.

Gli orientamenti emersi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale hanno suscitato reazioni contrastanti in dottrina. Cfr., ad esempio, le critiche di C. MORTATI, *La nomina dei Consiglieri di Stato secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1973, 2626, il quale parla di “*inaccettabilità del presupposto di fare valere l’immutabilità come sufficiente tutela dell’indipendenza*”. V. pure U. ALLEGRETTI, *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in *Le Regioni*, 1981, 1198, per il quale la norma costituzionale sull’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali “*tante volte ben adoperata dalla Corte per far cadere, anche in materia amministrativa, giurisdizioni speciali impropriamente costituite, è fallita dinanzi al compito, che le si richiedeva, di migliorare le garanzie di indipendenza verso il governo del più importante di questi giudici – il Consiglio di Stato – pur da molti (e dallo stesso Consiglio) considerate inadeguate*”. Diversamente per F. SORRENTINO, *op. cit.*, 71 e ss., secondo cui “*l’indipendenza del Consigliere di Stato non è comunque, secondo la sent. n. 177/1973, della Corte costituzionale, compromessa dal potere di nomina del Governo di una parte dei suoi componenti purché la nomina stessa sia corredata da certe garanzie e, naturalmente, dopo di essa, si recida il legame tra nominante e nominato*”. Anche per M.P. CHITI, *op. cit.*, 792, “*La Corte è risultata assai lineare nel depurare il sistema di giustizia amministrativa da tutte le istanze che non assicuravano i principi di indipendenza dell’organo*”.

quarto dei consiglieri e da effettuarsi con deliberazione del Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di presidenza) dovesse effettivamente cadere su persone aventi “*piena idoneità all’esercizio delle funzioni di Consigliere di Stato sulla base dell’attività e degli studi giuridico-amministrativi compiuti e delle doti attitudinali e di carattere*”, ovvero tra professori ordinari di materie giuridiche, avvocati con quindici anni di esercizio iscritti agli albi speciali per le giurisdizioni superiori, dirigenti generali, magistrati con qualifica non inferiore a quella di magistrato della Corte di Appello.

Tuttavia merita in proposito sottolineare che la *ratio* di tali interventi legislativi si scontra inevitabilmente con altre disposizioni che hanno affermato un legame tuttora esistente tra il Consiglio di Stato e l’Esecutivo: basti pensare all’art. 31 della legge 27 aprile 1982, n. 186 (recante “*Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali*”) il quale attribuisce espressamente al Presidente del Consiglio dei Ministri un potere di “*alta sorveglianza*” su tutti gli uffici e su tutti i magistrati; potere che, tra l’altro, viene esercitato anche mediante una relazione annuale al Parlamento sullo stato della giustizia amministrativa e sugli incarichi per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le amministrazioni dello Stato¹⁶¹.

L’esistenza di questi rapporti tra il Governo ed il massimo organo di giustizia amministrativa, quindi, dopo la riforma del 1999, potrebbe essere censurata sotto il profilo degli effetti che la nomina e il potere di alta sorveglianza esplicano.

¹⁶¹ G. MORBIDELLI, *Commentario, op. cit.*

3.1 (Segue) La composizione “mista” del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia.

Analoghi problemi si sono posti in una veste ancor più significativa con specifico riferimento alla composizione c.d. “mista” del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia¹⁶².

Come noto, l’organo di appello sulle sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia è stato istituito mediante decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654 (recante “Norme per l’esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato”), con una composizione mista che prevedeva (e prevede) la presidenza di un presidente di sezione del Consiglio di Stato e, in sede giurisdizionale, due magistrati del Consiglio di Stato (di cui uno almeno con il grado di consigliere) e due giuristi scelti tra professori universitari di diritto o avvocati abilitati al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, designati dalla giunta regionale¹⁶³.

¹⁶² Cfr. per una completa disamina delle problematiche in parola si veda: S. RAIMONDI, *L’Ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia*, Giuffrè, 2009; F.G. SCOCA, *Specialità e anomalie del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*; S. VENEZIANO, *Il ruolo del T.A.R. nel sistema di giustizia amministrativa della Regione siciliana*, in *Rass. amm. Sic.*, 2008, 2, 636; A. CORSARO, *Origini e prospettive dei dubbi di costituzionalità avanzati in Sicilia*, in *D&G*, 25 febbraio 2004; Id., *Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana: note al decreto n. 77 del 2004 che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del d. lg. N. 373 del 2003*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 497; A. CARRUBBA, *Estesi ai membri laici-professionisti del C.G.A. Lo status e le incompatibilità dei magistrati*, in *Guida al diritto*, 31 gennaio 2004, n. 4; V. BERLINGO’, *Sulle norme per l’esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al consiglio di Stato*, in *www.lexitalia.it*, 2004; D. CORLETTI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa e le singolarità della autonomia siciliana*, in *Le Regioni*, 2005, 395 ss; G. CORSO, *Sulla composizione del C.G.A.: una sentenza da condividere*, in *Nuove autonomie* 2004, 887; R. ROTIGLIANO, *Il C.G.A.: va bene lo stesso*, *ivi*, 891; S. RAIMONDI, *Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana: un collegio scelto per due quinti da una delle parti in giudizio*, intervento al Convegno annuale dell’A.I.P.D.A. – Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, su il Diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Bologna 27-28 settembre 2007, in *A.I.P.D.A., Annuario 2007*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 263;

¹⁶³ In sede consultiva sono stati chiamati a farne parte due magistrati del Consiglio di Stato, un prefetto nominato dal ministro dell’interno, e quattro “esperti dei problemi della Regione” designati dalla Giunta regionale. Per ciascuno dei membri veniva prevista la nomina di un

Ora questa composizione ha generato diverse problematiche sia per quanto riguarda l'adozione di pronunce del Consiglio emesse con la partecipazione di membri laici in regime di *prorogatio* sia per quanto riguarda la compatibilità di tale composizione con l'art. 111 Cost. e 6 CEDU. Sotto quest'ultimo profilo, sebbene le SS.UU della Cassazione, con la recente ordinanza n. 19810 del 18 luglio 2008, abbiano ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in ordine alla partecipazione dei membri laici del Consiglio¹⁶⁴, vale la pena ricordare che la Regione, il cui Presidente,

supplente. La durata in carica dei "giuristi" e degli "esperti" designati dalla Regione, era prevista in quattro anni, con possibilità di riconferma. Ai componenti "avvocati" del Consiglio in sede giurisdizionale veniva interdetto, durante la carica, l'esercizio della professione innanzi alle giurisdizioni amministrative.

¹⁶⁴ Per una visione critica di tale ordinanza, si veda S. RAIMONDI, op cit. Nella specie era stato proposto ricorso per difetto di giurisdizione avverso una decisione della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa. Con il ricorso, premesso che la causa, avente ad oggetto una richiesta di condanna al risarcimento dei danni era stata decisa da un collegio del quale facevano parte due componenti designati dalla parte resistente in giudizio, la Regione, veniva sollevata la questione di costituzionalità delle disposizioni contenute dapprima nel D.lgs. n. 654 del 1948 e poi nel D.lgs. n. 373 del 2003, secondo le quali della sezione giurisdizionale del Consiglio fanno parte quattro membri designati dal Presidente della Regione, due dei quali devono fare parte del collegio giudicante. Disposizioni ritenute dalla parte ricorrente in contrasto con i sopra ricordati principi di cui all'art. 111, commi 1 e 2, giusto processo davanti a giudice terzo ed imparziale, in correlazione con gli artt. 24, che garantisce l'azionabilità dei diritti e degli interessi legittimi in giudizio e sancisce l'inviolabilità del diritto di difesa, 108, comma 2, sull'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, e 113, che garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi. Disposizioni queste che, ad avviso della parte ricorrente, vanno soggette ad una rilettura alla luce dei principi di cui all'art. 111, commi 1 e 2. Ebbene la Corte, con la citata ordinanza, ha ritenuto la questione manifestamente infondata, assumendo innanzi tutto che sarebbe "*solo apparente la mancata valutazione... della illegittimità costituzionale, per il profilo del contrasto con l'art. 111 Cost., come novellato nel 1999, di entrambi i decreti legislativi sopra citati relativi alla nomina dei componenti non togati del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, perché il giudice delle leggi ha sempre valutato tutte le questioni relative a tali norme, anche in rapporto alla terzietà ed autonomia dei giudici non togati, garantita, sia prima che dopo la riforma del 2003, dalle sentenze della Corte costituzionale, che hanno negato il contrasto delle norme di cui agli indicati decreti legislativi, con gli artt. 24, 102, 108, 113, 117 e 120 Cost., con motivazioni che sempre hanno ritenuto rilevante la garanzia della indipendenza dei giudici non togati di cui sopra, come presupposto della conformità alle norme costituzionali sopra richiamate della disciplina della designazione e nomina dei giudici, della cui legittimità oggi si dubita (cfr. 9 febbraio 2005 n. 179 e 6 luglio 2004 n. 316, relativamente al D.Lgs. n. 373 del 2003)*". L'ordinanza precisa inoltre che la scelta dei componenti laici "comunque limitata ai soggetti con le caratteristiche di cui all'art. 106 Cost., comma 2, che li qualifica come tali idonei alla designazione", nonché il divieto di riconferma, "*garantiscono pienamente la assoluta imparzialità dei magistrati non togati, designati dalla Regione siciliana, in passato a mezzo della giunta regionale e attualmente a mezzo del suo presidente, mancando ogni potere di tali organi di incidere sull'autonomia nell'esercizio delle funzioni dei giudici da loro nominati. Infatti non permane alcun rapporto né di servizio né funzionale di tali giudici con la Regione siciliana e gli organi che li hanno designati, durante l'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, tale da potere determinare una*

come si è visto, sceglie i componenti laici, è parte – direttamente – in una grande quantità di giudizi che si celebrano davanti al Consiglio di giustizia amministrativa. E se si considera, come appare ragionevole, l'insieme dei poteri locali faenti capo alla Regione (Province, Comuni, Aziende sanitarie, ecc.), questa risulta interessata nella stragrande maggioranza dei giudizi. È quindi un fatto innegabile che, quanto meno nei giudizi nei quali è parte l'ente Regione, i componenti laici sono scelti da una parte del giudizio. Ciò appare ancor più grave se si considera che a seguito della l. Cost. 31 gennaio 2001, n. 2, è stato modificato lo Statuto della Regione Siciliana, nel senso che la forma di governo della Regione non è più quella parlamentare, ma è quella presidenziale. Il presidente della Regione è eletto a suffragio universale e diretto contestualmente all'elezione dell'assemblea regionale (art. 9 St. sic.), con la conseguenza che, mentre prima di tale riforma, la durata media dei governi regionali (la cui elezione era demandata all'Assemblea regionale), non diversamente dalla durata media dei governi centrali, era inferiore ad un anno, a seguito dell'elezione diretta, il Presidente della regione normalmente rimane in carica per tutta la durata della legislatura, cinque anni, e può essere rieletto. Ne deriva che, mentre in precedenza, soltanto per un primo periodo dalla nomina dei componenti laici rimanevano in carica lo stesso presidente e la stessa giunta che avevano deciso la loro scelta, a partire dalla riforma del 1999, accade il contrario. È normale che il presidente regionale che ha effettuato la scelta dei componenti laici rimanga in carica per l'intero sessennio del loro mandato¹⁶⁵.

influenza concreta di tali organi amministrativi sul giudizio del Consiglio, ledendo quindi il diritto di difesa delle controparti in lite con la Regione, in violazione del principio di terzietà, che si ha invece, allorché il giudice conservi un collegamento organico o di indipendenza con il soggetto che lo ha nominato e che è parte nel giudizio”.

¹⁶⁵ Si tratta quindi di una situazione ben diversa da quella considerata dalla Corte costituzionale a proposito delle nomine governative di consiglieri della Corte dei conti, di nomine “fatte da Governi diversi o addirittura di opposto orientamento” (cfr. Cort. cost., 21 gennaio 1967, n. 1, in Giur. cost., 1967, 1 ss. con nota di R. CHIEPPA, A proposito di indipendenza della Corte dei

Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere dell'Adunanza generale del 27 febbraio 2003, n. 1, ha riconosciuto che i componenti designati dal presidente della Regione hanno "un radicamento nel contesto territoriale" nel quale svolgono le loro funzioni tale "da comprometterne sia l'apparenza che la sostanza di indipendenza". Vero è che il concetto è riferito alla disciplina di cui al D.lgs. n. 654 del 1948 alla stregua della quale i componenti designati potevano continuare a svolgere l'attività professionale sia pure con esclusione della giurisdizione amministrativa. Ma la situazione non muta significativamente in relazione ai componenti laici i quali, secondo la disciplina del 2003, mentre sono in carica non possono esercitare attività professionale. Essi, trascorso il periodo di sei anni dalla nomina, se avvocati, ritornano ad esercitare la professione. È prevedibile, pertanto, che siano portati, durante il sessennio dell'incarico a precostituirsì il terreno per un proficuo ritorno alla (o per l'inizio della) professione forense nel campo del Diritto amministrativo.

È ovvio che la terzietà e l'imparzialità possono essere assicurate soltanto se – innanzi tutto – non sussiste alcun collegamento genetico tra il giudice e l'organo abilitato a sceglierlo. Per contro, se un tale collegamento sussiste, esso può indurre il primo, sia pure solo incoscientemente, ad apprezzare in modo particolare le ragioni del soggetto che lo ha generato come giudice.

conti e del consiglio di Stato, ed in *Foro amm.*, 1967, parte II, 3, con nota di P. BELLINI, Sulla garanzia costituzionale delle indipendenza della Corte dei conti e dei suoi componenti nei confronti del Governo), in quel caso il rapporto tra nominante (Governo) e nominato (consigliere che resta in carica sino al collocamento a riposo) è destinato a non durare nel tempo. Si esaurisce con la nomina (o ad essa sopravvive per poco tempo).

4. Gli incarichi extra-giudiziari.

Sotto altro profilo, un aspetto che potrebbe pregiudicare una effettiva realizzazione delle garanzie di imparzialità e terzietà contemplate dal nuovo testo dell'art. 111 Cost. è costituito dalle ampie possibilità riconosciute dalla legge in materia di conferimenti di incarichi *extragiudiziari* ai magistrati amministrativi¹⁶⁶.

In merito va comunque premesso che un'equilibrata disciplina legislativa, se per un verso deve evitare che il giudice ponga in essere condotte o comportamenti che possano mettere in dubbio la sua imparzialità, per altro verso non può precludere al medesimo giudice di ampliare il suo patrimonio di conoscenze attraverso lo svolgimento di attività che, sebbene estranee all'esercizio della funzione *strictu senso* giurisdizionale, gli permettano comunque di accrescere le proprie competenze e quindi di capire meglio le fattispecie giuridiche che verranno sottoposte al suo esame.

Detto questo, va evidenziato che, con specifico riguardo ai conferimenti di incarichi *extragiudiziari* ai magistrati amministrativi, il principale riferimento normativo è fornito dal D.P.R. 6 ottobre 1993 n. 418 (recante norme sugli incarichi dei magistrati amministrativi, ai sensi dell'art. 58, comma 3, del Dlgs. 3 febbraio 1993, n. 29) secondo cui è il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa che provvede all'attribuzione degli incarichi che, a loro volta, secondo la disciplina dello stesso D.P.R., non possono essere autorizzati quando l'espletamento degli stessi, tenuto conto delle circostanze ambientali, sia suscettibile di creare una situazione pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del giudice,

¹⁶⁶ Circa le vicende normative riguardanti il tema degli incarichi *extra-giudiziari* dei magistrati amministrativi, cfr. soprattutto G. ALBENZIO, *Gli incarichi extra istituzionali dei magistrati, un problema da risolvere*, in *Giur. it.*, 1991, III, 149, e ss., B. PONTI, *Dati sulla presenza dei magistrati negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 761 e ss.; F. NEGLIA, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 701 e ss.

nonché per il prestigio e l'immagine della magistratura amministrativa.

Invero, sulla base delle disposizioni del citato regolamento, il Consiglio di presidenza, ai fini del conferimento e in virtù di “criteri oggettivi” previamente adottati¹⁶⁷, deve valutare la natura ed il tipo dell'incarico, il numero complessivo dei magistrati amministrativi utilizzati dall'amministrazione richiedente, l'adeguatezza dell'incarico alla qualificazione ed al prestigio del magistrato, il numero degli incarichi già espletati dal magistrato nell'ultimo quinquennio.

Il regolamento, del resto, indica pure gli incarichi consentiti (ad esempio, incarichi di insegnamento universitario o postuniversitario, o svolti presso la Presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale, ecc.) e quelli viceversa vietati (incarichi di consulenza o di collaborazione svolti in favore di soggetti privati, incarichi di consulenza conferiti da amministrazioni o enti pubblici che comportino prestazioni riconducibili ad attività professionali, ecc.)¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Sulle modalità di determinazione dei “criteri oggettivi” che devono essere seguiti dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa nel conferimento di incarichi extragiudiziari cfr. Cons. St. , sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4229, in *Foro amm.*, CDS, 2005, 7/8 2198, con la quale è stato ritenuto illegittimo il provvedimento del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa che, nel determinare i “*i criteri di incompatibilità degli incarichi, ha previsto l'assoluto divieto di assumere incarichi arbitrari al magistrato che faccia parte di TAR o sezione staccata, quando l'amministrazione sia ente o organo regionale o infraregionale operante in tutto o in parte nella rispettiva circoscrizione di servizio*”. Secondo il Consiglio di Stato “*non può ritenersi legittima la determinazione aprioristica del divieto stabilito dalla delibera dell'organo di autogoverno. Si finisce infatti per stabilire una incompatibilità di principio una volta per tutte quando vi è una relazione logistica tra l'amministrazione per conto della quale viene espletato l'incarico e l'ambito territoriale di esercizio della funzione del magistrato. Le circostanze ambientali e le situazioni sociali, ovvero gli speciali problemi dei quali deve tener conto l'organo di autogoverno non il concedere o negare autorizzazioni o nei conferimenti, riguardano la situazione concreta essendo di converso inammissibile e illegittimo un aprioristico divieto, riservato dal sistema solo alle fonti primarie e secondarie*”.

¹⁶⁸ Secondo l'art. 3 del citato D.P.R. n. 418/93 sono consentiti: “*a) incarichi presso la Presidenza della Repubblica, il Parlamento, la Corte costituzionale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, i Ministeri, altri organi di rilevanza costituzionale; b) cariche e incarichi presso autorità amministrative indipendenti, ovvero presso soggetti, enti e istituzioni, che svolgono compiti di alta amministrazione e di garanzia;c) incarichi presso enti e organismi internazionali o*

Da ciò deriva che la garanzia dell'imparzialità non subisce sicuramente nessun nocumento dal possibile conferimento ad un magistrato di incarichi di natura scientifica, relativi ad attività didattiche o di ricerca; né alcun problema sembra derivare dalla nomina di un magistrato quale componente di una commissione di concorso o di altro genere¹⁶⁹.

sovranazionali; d) incarichi di insegnamento di livello universitario o post-universitario, ovvero incarichi di analoga rilevanza presso pubbliche amministrazioni; e) incarichi di studio, di ricerca, e di collaborazione scientifica o culturale; f) funzioni di giudice unico o di componente di collegi giudicanti nell'ambito della giustizia sportiva; g) funzioni di presidente di collegi arbitrali in controversie in cui almeno una delle parti sia un soggetto pubblico; h) incarichi previsti da leggi dello Stato o dal presente regolamento, con specifico riferimento a magistrati amministrativi in genere, salvo quanto previsto dall'art. 2; i) altri incarichi previsti da leggi dello Stato o dal presente regolamento, il cui conferimento a magistrati amministrativi sia giustificato da particolari e motivate esigenze di imparzialità o garanzia; l) incarichi di temporanea o straordinaria sostituzione di organi elettivi degli enti locali e degli organi ordinari di amministrazione di enti pubblici, con funzione di garanzia”.

Sono invece vietati, sempre secondo il richiamato art. 3: “a) incarichi di consulenza o collaborazione svolte in favore di soggetti privati; b) incarichi di consulenza, conferiti da amministrazioni od enti pubblici, che consistano in prestazioni riconducibili ad attività libero-professionali; c) partecipazione a commissioni di collaudo; d) partecipazione a commissioni di gara, di aggiudicazione o comunque attinenti a procedure finalizzate alla scelta del contraente o del concessionario; e) partecipazione a commissioni o comitati di vigilanza sull'esecuzione di piani, programmi, interventi, finanziamenti; f) partecipazione a consigli di amministrazione o ad organi con poteri di gestione, esclusi i casi di cui al comma 3, lettera b) , ed esclusa la partecipazione gratuita a organi di enti con finalità culturali, scientifiche, sportive, di beneficenza, di volontariato, o altri organismi con finalità non di lucro; g) partecipazione a collegi sindacali o di revisori dei conti, salvi i casi espressamente previsti da leggi dello Stato, quelli di cui al comma 3, lettera b) , ed esclusa la partecipazione gratuita ad organi di enti con finalità culturali, scientifiche, sportive, di beneficenza, di volontariato, o altri organismi con finalità non di lucro”.

¹⁶⁹ Cfr., ad esempio, Cort. cost., 9 luglio 1999, n. 285 in *Giur. it.*, 2000, 235 con la quale il giudice delle leggi ha escluso che sussistano profili di incostituzionalità nella nomina di un magistrato della sezione giurisdizionale della Corte dei Conti fra i componenti dell'ufficio regionale per il referendum, in considerazione del fatto che tale ufficio “previsto dalla legge regionale della Sardegna, ha dei compiti ben delimitati, destinati ad essere svolti non continuativamente, ma solo in occasione della presentazione di richieste di referendum regionali, e consistenti nella verifica della legittimità delle richieste stesse (artt. 5, terzo comma, 6, settimo e ottavo comma, e 7 della legge regionale n. 20 del 1957, come modificati dagli artt. 1, 2 e 3 della legge regionale n. 25 del 1984). La sua composizione è mista, e vede la presenza di magistrati delle diverse magistrature (tutti scelti fra coloro che prestano servizio nel territorio regionale) e di funzionari della Regione (art. 6, primo e secondo comma, della stessa legge). L'unico compenso previsto per i componenti è un gettone di presenza per le sedute (art. 6, quinto comma). Non è prospettabile dunque alcun pericolo per l'indipendenza e l'imparzialità dei magistrati chiamati a svolgere siffatto incarico: fermo restando, in via generale, il compito del Consiglio di presidenza della Corte dei conti, chiamato a conferire o ad autorizzare gli incarichi, di vegliare perché l'espletamento degli stessi, “tenuto anche conto delle circostanze ambientali”, non sia “suscettibile di determinare una situazione pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato”, o per il prestigio e l'immagine della magistratura contabile”.

Al contrario, appare davvero difficile comprendere come un giudice possa mantenere quella necessaria posizione di indifferenza ed equidistanza richiesta dall'esercizio della funzione giurisdizionale quando si è in presenza di incarichi che potrebbero determinare l'instaurazione, con altri poteri o soggetti pubblici, di rapporti o vincoli di soggezione.

E' evidente, infatti, che in tali ipotesi si verrebbero a creare delle *"inammissibili e pericolose contaminazioni"* tra il giudice amministrativo ed una delle Amministrazioni, tutto in palese violazione dei principi del giusto processo¹⁷⁰.

4.1 (Segue) La partecipazione dei magistrati amministrativi nei collegi arbitrali.

Analogamente, forti perplessità sul rispetto dei requisiti di terzietà ed imparzialità potrebbero sorgere in ordine ad un'altra tipologia di incarichi qual è quella riguardante la partecipazione dei magistrati amministrativi nei collegi arbitrali, anch'essa disciplinata dal regolamento del 1993.

In tale ipotesi, i dubbi circa una presunta carenza di imparzialità potrebbero invero derivare, non solo (e non tanto) dagli eventuali legami tra giudice e Amministrazione, ma anche (e soprattutto) dalle possibili relazioni (*rectius "contaminazioni"*) che potrebbero sorgere tra il magistrato e le parti private (ivi inclusi i loro legali): quest'ultime, nominando un giudice quale loro arbitro, potrebbero infatti intrattenere con lui un rapporto "privilegiato" del quale avvalersi in futuro, in un procedimento di ben altra natura.

¹⁷⁰ L'espressione *"inammissibili e pericolose contaminazioni"* è ripresa da A.M. SANDULLI, *Giudici amministrativi, concorsi, indipendenza*, in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 598.

Per evitare che ciò accada, il regolamento del 1993 ha vietato la scelta nominativa del magistrato da parte degli stessi soggetti che ne hanno richiesto l'intervento. Ed invero, l'art. 3 del predetto regolamento, al secondo comma, impone, a coloro i quali intendano conferire un incarico *extra* giudiziario ad un magistrato amministrativo, di formulare una *“richiesta non nominativa al Consiglio di Presidenza indicando il tipo d'incarico e la sua durata, la fonte normativa o le ragioni che inducono ad attribuire l'incarico, nonché il compenso, ove previsto”*.

La soluzione adottata dal regolamento del 1993 appare, però, contraddetta, dalle ampie deroghe del successivo quarto comma il quale consente il conferimento dell'incarico *extra* giudiziario *“anche su indicazione nominativa dell'amministrazione richiedente, in base a motivate ragioni, previo consenso del magistrato interessato”*.

A ciò si aggiunga, inoltre, che il quarto comma dell'art. 3, pur vietando la *“chiamata nominativa”* per gli incarichi di presidenza dei collegi arbitrali, consente di superare detto divieto qualora *“la designazione provenga dal presidente del tribunale civile ovvero da concorde indicazione delle parti”*. Inutile dire che si tratta di una deroga di amplissima estensione poiché la nomina di un arbitro mediante concorde designazione delle parti è ormai una prassi estremamente diffusa.

La questione circa la partecipazione dei giudici amministrativi nei collegi arbitrali assume una rilevanza ancora maggiore laddove si prenda in considerazione un settore estremamente delicato qual è quello della disciplina degli appalti pubblici che, in particolare, all'art. 241 del D.lgs. n. 163 del 2006 permette espressamente il deferimento ad arbitri di *“tutte le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee”*.

Inizialmente, con alcune disposizioni del regolamento contenuto nel D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (v. soprattutto l'art. 150), emanato in attuazione della legge n. 109 del 1994, si era tentato di riservare la scelta del presidente del collegio alla camera arbitrale per i lavori pubblici la quale avrebbe dovuto tener conto esclusivamente dei nominativi inseriti in un apposito albo, cui avrebbero potuto accedere anche i magistrati amministrativi.

Questa interessante soluzione, tuttavia, non ha avuto alcun seguito poiché l'art. 150 del regolamento n. 554/99 è stato dichiarato illegittimo dal Consiglio di Stato proprio nella parte in cui sottraeva alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola alla camera arbitrale¹⁷¹.

Ad ogni modo l'intera disciplina normativa ha subito un radicale mutamento in seguito all'approvazione della legge finanziaria del 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) contenente, tra l'altro, il divieto per tutte le pubbliche amministrazioni di ricorrere a procedure arbitrali.

¹⁷¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335, in *Giur. It.* 2004, 534 quale la quale si è statuito che non può considerarsi “*legittima una disposizione regolamentare - e quindi di livello secondario - che contrasti con quelle regole che, in relazione alla natura volontaria dell'arbitrato, assurgono al rango di veri e propri principi di carattere essenziale e strutturale*”. Secondo le argomentazioni del Consiglio di Stato “*la nomina degli arbitri, compreso - a fortiori - il presidente del collegio, non può che essere attribuita alle parti, alla stregua del principio fondante, contenuto nel codice di procedura civile (art. 810), secondo il quale la nomina è compiuta dal presidente del tribunale soltanto nei casi in cui una parte abbia omissis di nominare il proprio arbitro ovvero le parti non abbiano trovato l'accordo entro una dato termine ovvero abbiano demandato ad un terzo che non vi abbia provveduto o al presidente stesso la nomina di uno o più arbitri*”.

Questi principi sono indefettibili in quanto attengono alla natura stessa dell'istituto arbitrale, quale riconosciuta dalla Corte costituzionale. Ma quand'anche si potesse configurare una deroga allorchè la nomina sia attribuita ad un organo giurisdizionale (presidente di corte d'appello, presidente del Consiglio di Stato), come avveniva nel precedente capitolato generale, ciò non sarebbe sicuramente consentito allorchè l'organo che procede alla nomina - come nel caso della camera arbitrale - sia un organo che, pur operando in piena autonomia ed indipendenza, è pur sempre amministrativo, facente parte della pubblica amministrazione, che nella maggioranza dei casi è parte in causa nel giudizio arbitrale. Trattasi comunque di un organo che non risponde a quei requisiti di terzietà che il titolo IV della parte seconda della Costituzione richiede per tutti i giudici e per tutti i giudici. Un siffatto sistema potrebbe far sorgere problemi, anche sul piano comunitario, circa la effettiva terzietà degli arbitri così nominati e quindi sulla obiettività del giudizio che essi sono chiamati ad esprimere”.

La portata innovativa della recente disposizione legislativa è indiscutibile ma appare comunque “*controbilanciata*” dalla contestuale emanazione di norme che hanno sospeso l’applicazione di tale divieto, anche in vista della devoluzione delle controversie in materia di proprietà intellettuali ed industriali alle sezioni specializzate istituite ad opera del D.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, per le quali, però, si è ancora in attesa delle necessarie leggi di attuazione¹⁷²; con la conseguenza che, nell’attesa che entri finalmente in vigore una più compiuta regolamentazione legislativa in tema di incarichi extragiudiziaria, continuerà a trovare applicazione la precedente normativa sopra richiamata.

Probabilmente ad alcuni aspetti problematici di tale disciplina potrà ovviarsi configurando un dovere di astensione del giudice che debba esercitare le proprie funzioni nei confronti di una delle parti con la quale abbia già avuto dei rapporti in conseguenza dello svolgimento di incarichi extragiudiziari.

Ma, al di là delle singole vicende, è la disciplina nel suo complesso che non sembra fornire soluzioni efficaci affinché un giudice sia realmente “terzo” ed “imparziale” e, soprattutto, con le sue condotte non determini nelle parti un ragionevole sospetto circa la sua effettiva neutralità rispetto agli interessi di cui sono portatori i singoli soggetti (pubblici o privati) coinvolti nel processo¹⁷³.

¹⁷² Il rinvio, inizialmente disposto dall’art. 15 del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (conv. in legge 28 febbraio 2008, n. 31) fino al primo luglio 2008, è stato ulteriormente differito, prima “*fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni di legge di attuazione della devoluzione delle competenze ivi prevista e comunque non oltre il 31 dicembre 2008*” (art. 4 bis, comma 12, del d.l. 3 giugno 2008, n. 97 conv. In legge 2 agosto 2008, n. 129); poi fino al 30 marzo 2009 (art. 1-ter del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, introdotto con la legge di conversione 22 dicembre 2008, n. 201) e, recentemente, fino al 31 dicembre 2009 (con d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, come modificato in sede di conversione).

¹⁷³ Cfr. A.M. SANDULLI, *Problemi della giustizia amministrativa prima e dopo la riforma del 1971*, in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990, 611 e ss, il quale, pur riconoscendo che la probità dei magistrati poteva essere sufficiente per scongiurare il rischio di gravi deficit d’imparzialità, aggiungeva significativamente che “*la moglie di Cesare non deve neppure essere sospettata*”.

D'altra parte, le gravi insufficienze dell'attuale normativa si riverberano/riflettono anche sugli istituti individuati dal legislatore per eliminare quelle situazioni che, influenzando negativamente sulla necessaria equidistanza e neutralità del giudice, impediscono il corretto svolgimento dell'attività giurisdizionale (ovvero i rimedi dell'astensione e della ricusazione richiamati, in particolare, dagli artt. 47 e ss del regolamento di procedura del 1907).

5. La ricusazione.

A questo proposito vanno quanto meno menzionate le difficoltà sorte in relazione alla particolare lettura dell'art. 50 del regolamento di procedura effettuata dal Consiglio di Stato il quale ha interpretato codesta disposizione nel senso che consentirebbe anche al magistrato ricusato di poter far parte del collegio chiamato a decidere sulla propria ricusazione¹⁷⁴.

A fronte di questo orientamento giurisprudenziale deve registrarsi il recente intervento compiuto dalla Corte costituzionale che – esaminando la questione della legittimità costituzionale dell'art. 53 c.p.c. nella parte in cui prevede che sulla ricusazione decide lo stesso collegio del tribunale o della corte cui appartiene il giudice ricusato – ha escluso che la mera appartenenza al medesimo collegio del giudice ricusato e dei giudici chiamati a decidere sulla ricusazione, o a maggior ragione allo stesso ufficio giudiziario o

¹⁷⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2001, n. 709, in *Foro it.*, 2001, III,269, 554, in cui si legge che “la disciplina del procedimento conseguente alla presentazione di un'istanza di ricusazione, dettata dal regolamento di procedura approvato con il r.d. 17 agosto 1907 n. 642, costituisce un “corpus” speciale e non va quindi integrata con le corrispondenti norme processualcivilistiche”. Ne consegue, che “Il collegio giudicante, ancorché formato da magistrati ricusati, ha pieno titolo alla sommaria deliberazione dell'istanza di ricusazione relativamente alla sua ammissibilità, cioè all'esistenza di tutte le condizioni prescritte dalla legge per ritenere quantomeno correttamente proposta l'istanza di ricusazione, condizioni che riguardano non solo l'adempimento delle formalità di rito, ma anche la rappresentazione di una fattispecie legale idonea ad incardinare la disamina nel merito del prospettato incidente, nonché l'adempimento dell'onere della prova prescritto dall'art. 48 del regolamento di procedura approvato con il r.d. n. 642 del 1907”.

sezione del medesimo, possa costituire causa di compromissione dell'imparzialità dei decidenti.

Nondimeno, sempre secondo la Corte, dal diritto ad un giudizio equo ed imparziale espressamente sancito dal secondo comma dell'art. 111 Cost. discenderebbe l'inevitabile corollario che la decisione sull'istanza di ricusazione di un giudice debba essere assunta secondo una procedura che assicuri l'imparzialità del giudizio, con la conseguenza che non potrebbe ritenersi ammissibile una pronuncia proveniente dallo stesso magistrato ricusato o da un collegio di cui egli sia uno dei componenti.

Le statuizioni della Corte costituzionale sono all'evidenza estremamente chiare ed univoche e, certamente, impongono pure al giudice amministrativo di adottare, quanto prima, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 50 del regolamento di procedura che, anche nel processo amministrativo, valorizzi in maniera adeguata i requisiti di imparzialità e terzietà enunciati dal nuovo testo dell'art. 111 Cost.

Operazione ermeneutica che, d'altra parte, non sarà in alcun modo ostacolata dal tenore letterale del predetto art. 50, che, come noto, si limita a disporre solo che *“la sezione o l'adunanza plenaria, in Camera di consiglio, decide sulla domanda”*.

In proposito occorre comunque rammentare che, a seguito dell'entrata in vigore del Codice del Processo amministrativo, il problema prospettato potrà essere considerato definitivamente risolto poiché, sebbene il Codice nei suoi ben 155 articoli non contenga alcun riferimento espresso al principio di *“terzietà”* e/o *“imparzialità”* del giudice, in materia di ricusazione prevede testualmente però che la decisione definitiva sull'istanza di ricusazione *“è adottata ... dal collegio senza la partecipazione del*

magistrato ricusato, che deve essere sentito” (art. 24, comma quinto).

6. La c.d. “forza della prevenzione”.

Per completare l’esposizione sull’imparzialità del giudice amministrativo, devono infine essere assunti in trattazione anche i profili relativi alla c.d. “forza della prevenzione”: profili sui quali la Corte costituzionale – merita sin da ora precisare – è giunta a conclusioni nettamente diverse per il processo penale e per i giudizi civili ed amministrativi.

Preliminarmente deve ricordarsi che con il termine “prevenzione” si intende quella particolare tendenza a mantenere un giudizio già manifestato in altre fasi di uno stesso procedimento cosicché un giudice che si sia occupato di una controversia in una qualche circostanza non può occuparsene una seconda volta in un altro grado del medesimo processo, potendo essere influenzato dal suo precedente orientamento.

Applicando tale nozione di prevenzione, la Corte costituzionale, mutando un suo precedente indirizzo interpretativo, ha escluso, nell’ambito di un medesimo procedimento penale, che il giudice chiamato a pronunciarsi sull’emanazione di una determinata misura cautelare possa anche pronunciarsi sul merito.

Nei processi civili ed amministrativi, invece, la “forza della prevenzione”, sempre secondo le statuizioni del Giudice delle leggi, non pone alcun problema perché fase cautelare e fase di merito, nonostante si inseriscano all’interno dello stesso processo, si fondano su elementi nettamente diversi.

Deve escludersi, insomma, che tra le due distinte fasi vi sia identità della *res iudicanda*; non tanto perché nella fase cautelare concorre la

necessaria valutazione del *periculum in mora*, quanto piuttosto perché lo stesso giudizio sul *fumus* appare qualitativamente diverso da quello di merito, trattandosi di un giudizio di natura sommaria, rivolto piuttosto ad evitare il verificarsi di irreparabili pregiudizi delle posizioni giuridiche azionate che ad anticipare la decisione di merito.

Al contrario, per la Corte costituzionale, nell'ambito del diritto processuale penale, fase cautelare e giudizio di merito non presenterebbero sostanziali differenze dal momento che l'applicazione di misure cautelari presuppone non soltanto l'accertamento circa l'esistenza di "*gravi indizi di colpevolezza*", ma anche una complessiva verifica in ordine all'assenza di cause di giustificazione o di non punibilità o di estinzione del reato o della pena che si ritiene possa essere irrogata (primo e secondo comma dell'art. 273 c.p.p.).

In altre parole, deve escludersi che, in sede penale, l'adozione di una misura cautelare si risolva in un giudizio di natura sommaria poiché, dovendosi tener conto di tutti i possibili elementi della decisione finale, il provvedimento cautelare comporta un "*giudizio prognostico*" sulla responsabilità dell'individuo che si traduce in una vera e propria anticipazione della pronuncia di merito.

Nel giudizio amministrativo, un problema di prevenzione sussiste tra il primo ed il secondo grado di giudizio, nel caso del passaggio di un magistrato dal TAR al Consiglio di Stato; indubbiamente in questo caso vi sarebbe un obbligo di astenersi del giudice sulle cause che egli abbia già conosciuto in primo grado.

Obbligo di astensione che il Consiglio di Stato aveva invece costantemente escluso nell'ipotesi in cui in secondo grado venga disposto l'annullamento con rinvio della decisione di prime cure¹⁷⁵.

Ultimamente, però, la V Sezione del Consiglio di Stato, proprio in considerazione del nuovo testo dell'art. 111 Cost. e di alcune pronunce rese dalla Suprema Corte di Cassazione, ha ritenuto opportuno sottoporre all'esame dell'Adunanza plenaria la questione riguardante la validità del principio concernente la presunta inapplicabilità dell'art. 51, n. 4, c.p.c.¹⁷⁶.

L'Adunanza plenaria, con la decisione n. 2 del 25 marzo 2009, ha finalmente modificato la precedente posizione del giudice amministrativo richiamando le numerose sentenze della Suprema Corte di Cassazione e della Corte costituzionale in cui si è *“precisato come l'esigenza di proteggere l'imparzialità del giudice impedisca che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima res iudicanda”*.

Inoltre l'Adunanza Plenaria ha ritenuto applicabile l'art. 51, n. 4, c.p.c., non solo nell'eventualità di un giudizio di rinvio, ma anche nell'ipotesi di un procedimento per revocazione giacché pure in tale circostanza *“sussistono le ragioni che inducono ad escludere che di tale giudizio possa conoscerne la stessa persona fisica che ha*

¹⁷⁵ Cfr., tra le tante, Cons. St., sez. V, 30 luglio 1982, n. 622, in *Foro Amm.* 1982, I, 1489 (s.m.) secondo cui la *“disposizione di cui all'art. 51 n. 4 “che fa obbligo al giudice di astenersi quando abbia già conosciuto della causa in altro grado del processo) ha la sua ragione di essere nelle esigenze proprie della pluralità dei gradi di giurisdizione, ma non trova applicazione nel caso del giudizio di rinvio, che ha natura e caratteri diversi rispetto all'ordinario procedimento sull'impugnazione. In tale caso potrebbe essere configurabile l'ipotesi di astensione facoltativa prevista dal comma ultimo dell'art. 51 cit.; ma l'avvalersi o meno di tale facoltà è rimesso alla sensibilità dei singoli magistrati ed il suo mancato esercizio, mentre può essere produttivo di conseguenze sotto altri aspetti, non consente neanche la ricusazione (cfr. art. 52, comma 1, c.p.c.) e, quindi, a fortiori, non è idonea a produrre l'invalidità delle sentenze”*.

¹⁷⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 10 settembre 2008, n. 4340, ove, tra l'altro, si evidenzia come in dottrina sia *“avvertita l'esigenza di evitare la 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”*.

*pronunciato la sentenza impugnata, ben potendo la cd. forza della prevenzione svolgere un ruolo decisivo nella fase rescindente*¹⁷⁷.

Anche in riferimento a tale circostanza merita segnalare che l'opera interpretativa compiuta dal supremo consesso della giustizia amministrativa ha recentemente trovato piena conferma nel testo del nuovo codice del Processo amministrativo il quale – proprio per adempiere agli obblighi derivanti dall'art. 44 della legge delega con particolare riferimento all'obbligo di adeguare le norme alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori – ha stabilito, eliminando ogni dubbio sul punto, che *“Al giudice amministrativo si applicano le cause di astensione secondo il codice di procedura civile”* (art. 23).

Infine, appare doveroso segnalare che l'importanza del principio di imparzialità è altresì evidenziata da una giurisprudenza della Cassazione secondo cui l'inosservanza di tale principio integra la violazione di legge, rilevante ai fini della configurabilità del reato di abuso di ufficio (art. 323 c.p.): secondo detta giurisprudenza, infatti, *“non può non attribuirsi una valenza cogente al principio di imparzialità sancito, in relazione all'attività giudiziaria, dall'art. 111 Cost., in quanto tale principio, inteso come divieto di favoritismi o di trattamenti persecutori, impone al giudice una vera e propria regola di comportamento, di immediata applicazione, e possiede, quindi, i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p.”*¹⁷⁸.

Di conseguenza è stato configurato il reato di cui all'art. 323 c.p. in relazione alla condotta di un giudice di pace, che, all'esito di una

¹⁷⁷ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 marzo 2009, il quale giunge ad una diversa soluzione nel caso di opposizione di terzo *“posto che, in tale ipotesi, la possibilità per il giudice che ha pronunciato la sentenza poi impugnata con la opposizione di terzo di partecipare alla decisione sull'opposizione medesima non essendo configurabile la situazione di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c. è consentita dalla norma dell'art. 405 dello stesso codice, secondo cui competente a conoscere dell'opposizione, è lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza opposta (cfr. CdS, sez. IV, 9 novembre 2005, n. 6238; Cassazione civile, sez. III, 13 aprile 1999, n. 3608, secondo la quale si tratta, più in particolare, di competenza funzionale inderogabile, che non può subire eccezioni neppure per ragioni di connessione)”*.

¹⁷⁸ Cass., Sez. VI, 20 gennaio 4 marzo 2009, n. 9862.

causa civile, aveva comunicato alla parte vittoriosa il contenuto della sentenza non ancora depositata e pubblicata.

CAPITOLO III

La dimensione temporale del “giusto” processo amministrativo: la “ragionevole durata”, la “tutela del contraddittorio” e la “parità delle parti”.

SOMMARIO: 1. Premessa sulla “*ragionevole durata*” del processo amministrativo. – 2. La parità “temporale” delle parti. – 2.1 La sperequazione temporale nei confronti del ricorrente principale. – 2.2 La sperequazione temporale nei confronti del controinteressato. – 2.3 Le sperequazioni temporali derivanti dal rito “*superaccelerato*” ex art. 20, commi 8 e 8 *bis*, del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008. – 3. Sugli strumenti processuali volti a garantire una tempestiva definizione dei giudizi: problemi di ponderazione con gli altri principi del “*giusto processo*”. – 3.1 Le sentenze in forma semplificata e l’obbligo di motivazione dell’atto giudiziario. – 3.2 L’obbligo di motivazione e la c.d. tecnica dell’assorbimento dei motivi. – 3.3 Il rito accelerato ex art. 23 *bis* della legge n. 1034/71. – 3.4 I termini processuali nel recepimento della direttiva comunitaria 2007/66. – 3.4.1 (*Segue*) La problematica del c.d. “*stand still period*”. – 4. La perenzione. – 5. La domanda di equa riparazione. – 6. Il problema dell’arretrato e la soluzione delle sezioni stralcio. – 7. Il Processo amministrativo telematico. – 8. La concentrazione della tutela ai fini della ragionevole durata del processo: la giurisdizione sulla sorte del contratto, la pregiudiziale amministrativa e la *traslatio iudicii*.

1. Premessa sulla “ragionevole durata” del processo amministrativo.

Qualsiasi fenomeno giuridicamente rilevante è caratterizzato da una propria dimensione temporale¹⁷⁹ che può autonomamente¹⁸⁰

¹⁷⁹ Sul punto cfr. A DI MAJO, *Termine* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, 188, secondo il quale “Nessun fenomeno giuridicamente rilevante si sottrae ad una determinazione temporale, diretta o indiretta, e sia essa legale giudiziale o convenzionale”. M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 291.

¹⁸⁰ Cfr. l’impostazione classica che considera il tempo un vero e proprio fatto giuridico, sostenuta, tra gli altri, da S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 1961; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 212 ss., Al contrario Secondo F. SANTORO –

costituire, modificare ed estinguere determinate situazioni giuridiche soggettive senza che al riguardo rilevi il concreto atteggiamento psicologico assunto dai titolari delle situazioni stesse.

Anche in ambito processuale, il tempo riveste un ruolo fondamentale posto che il giudizio rappresenta (l'esito finale di) una sequenza tendenzialmente ordinata e razionale di atti la cui scansione cronologica/diacronica viene regolata dal legislatore mediante la previsione di termini che indicano il momento in cui deve essere compiuta una determinata attività¹⁸¹.

Nel processo amministrativo è frequente il ricorso a termini "acceleratori-perentori"¹⁸² che impongono alla parte, a pena di decadenza¹⁸³, di compiere un particolare atto all'interno di un preciso arco temporale, dovendosi soddisfare, anzitutto, le esigenze di certezza dell'azione amministrativa la quale non può essere ostacolata dalla pendenza di un giudizio il cui esito non è dato sapere quando giungerà¹⁸⁴.

PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 111, il tempo non è un fatto, ma, come il luogo, è una relazione, un modo d'essere del fatto.

¹⁸¹ Cfr., COSTA, *Termini* (Diritto processuale civile), in *Nss. D.I.*, XIX, 1973, 118.

¹⁸² In generale vengono definiti perentori i termini ai quali la legge connette la decadenza dal potere di compiere un atto. L'etimologia del termine non corrisponde al significato che oggi gli viene attribuito, concernente un atto ancora da compiere. L'aggettivo si riallaccia infatti alla perenzione, vale a dire alla eliminazione (il perimento) di qualcosa già posto in essere (un atto, un fatto). Attualmente (e per l'uso fattone dal legislatore), con riferimento ai termini, perentorio è divenuto attributo di decadenza, rappresentando un connotato strutturale di questa categoria temporale visto che tale fenomeno si verifica ipso iure, per effetto del semplice decorso del tempo.

¹⁸³ Sulla decadenza, v. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Decadenza, Milano, Giuffrè, 1947, 46 ss.; C. E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 1983, il quale definisce la decadenza come "la perdita del potere di compiere una certa attività per non averla compiuta nel tempo previsto".

¹⁸⁴ L'esigenza di certezza dell'azione amministrativa richiede che l'impugnazione degli atti avvenga entro predeterminati limiti temporali, onde evitare che la P.A. resti esposta a gravami proposti dopo molto tempo dall'emanazione degli stessi. Naturalmente la P.A., nell'esercizio dei propri poteri di autotutela (magari sollecitati da apposita istanza privata) può, motivatamente ed entro un congruo termine, intervenire per annullare l'atto divenuto inoppugnabile rispetto al ricorso giurisdizionale; mentre al soggetto interessato non rimarrà che tentare l'ultima strada del ricorso amministrativo straordinario al Presidente della Repubblica, entro il più lungo termine di centoventi giorni (art. 9, d.P.R. n. 1199 del 1971). Nel diritto amministrativo, la certezza dei rapporti giuridici si realizza quindi nel momento in cui, spirato un certo lasso di tempo, le

La necessità di garantire una rapida conclusione della controversia, ed eliminare così una situazione di incertezza che potrebbe impedire alla pubblica amministrazione di svolgere le sue funzioni, non deve, tuttavia, pregiudicare il diritto ad un effettiva tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24¹⁸⁵.

relazioni giuridiche derivanti dall'adozione di un provvedimento amministrativo possono essere ritenute definitivamente stabili e consolidate, salvo ovviamente l'esercizio del potere di autotutela di cui dispone la P.A. Tale regola trova la sua giustificazione ontologica nella necessità pratica che, *in primis*, la P.A. e, *in secundis*, gli stessi soggetti amministrati o utenti possono fare affidamento sulla certezza ed irremovibilità degli atti amministrativi emanati, onde poter contare su uno stabile assetto degli interessi. AA. VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa* (Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione. Varenna – Villa Monastero, 19-21 ottobre 2002), Milano, 2003. Inoltre, *amplius*, v. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, n. 4/2002; M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 291. Per un interessante prospettiva sociologica, cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto, tempo e legittimazione*, in *Soc. dir.*, n. 1, 1984, 187 ss.

¹⁸⁵ La previsione di termini perentori risponde perciò ad esigenze di certezza e di uniformità, la cui ragionevolezza non può essere contestata, e tende a garantire (come si vedrà nel prosieguo) anche l'effettiva parità delle parti in causa, temperando l'esercizio dei rispettivi diritti di difesa, a condizione che i termini stessi siano "congrui", cioè tali da non rendere eccessivamente difficile agli interessati la tutela delle proprie ragioni (Corte cost. 5 luglio 1973, n. 106, in *Giur. cost.* 1973, I, 1241). La Consulta ha altresì censurato di illegittimità alcune norme del codice di procedura civile, che escludevano (sia pure implicitamente) la rilevanza del caso fortuito o della forza maggiore, quale scriminante dall'applicazione della sanzione (processuale) di volta in volta prevista per il mancato rispetto del termine perentorio. Già nel corso degli anni settanta la Consulta ebbe modo di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 688, comma 1, c.p.c., limitatamente alla parte in cui non consentiva la tardiva opposizione dell'intimato, che pur avendo avuto conoscenza della citazione per convalida di sfratto, non aveva potuto comparire all'udienza per caso fortuito o forza maggiore (sentenza 18 maggio 1972, n. 90, in *Giur. cost.* 1972, 1133 ss); e dell'art. 650, comma 1°, c.p.c., nella parte in cui non consentiva l'opposizione tardiva dell'intimato che, pur avendo avuto conoscenza del decreto ingiuntivo, non aveva potuto, per caso fortuito o forza maggiore, fare opposizione entro il termine fissato (sentenza 20 maggio 1976, n. 120, *ivi*, 1976, 879 e ss). Pur non intaccando la legittimità delle norme che prevedono i termini perentori e la decadenza che consegue al mancato rispetto di essi, la Consulta ha perciò stigmatizzato l'assenza di una norma o di un principio che stabilisca la generale rilevanza del caso fortuito o della forza maggiore, intesi come cause impeditive della decadenza per mancato rispetto di un termine perentorio (Cfr., tra le altre, le sentenze 20 maggio 1976, n. 120; 18 maggio 1972, n. 90; 18 febbraio 1988, n. 185).

Altro è imporre termini perentori (con la conseguente decadenza per il mancato rispetto degli stessi), altro è sponsorizzare una concezione "monolitica" della perentorietà, legata alla circostanza del mero trascorrere del tempo, senza che possano avere rilievo, ai fini della scusabilità della parte, le situazioni che abbiano (di fatto) impedito all'onerato di esercitare il potere processuale entro il termine stabilito.

Per consolidata tradizione normativa e giurisprudenziale, nell'ambito del processo dinanzi al giudice amministrativo, l'"errore scusabile" costituisce un istituto di generale applicazione, che trova applicazione sia quando siano ravvisabili situazioni di obiettiva incertezza normativa, connesse a difficoltà interpretative o ad oscillazioni giurisprudenziali, sia quando ci si trova di fronte a comportamenti, indicazioni o avvertenze fuorvianti provenienti dalla stessa pubblica amministrazione, da cui possano conseguire obiettive difficoltà nella proposizione della domanda di giustizia ed una conseguente diminuzione dell'effettività della tutela giurisdizionale. Nel

In proposito, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che il favorire, sul piano normativo, la rapida definizione di un processo “non può comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di difesa, che l’art. 24, secondo comma, Cost. proclama inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”¹⁸⁶.

Ne deriva che, ai fini di un complessivo esame delle modalità di regolamentazione degli aspetti temporali del processo, l’art. 24 rappresenta il primo, fondamentale parametro per individuare quali sono le scelte operate dal legislatore che appaiono fornire una risposta temporale adeguata alla domanda di giustizia della collettività, tenendo presente che l’esiguità dei termini processuali non potrà tradursi in una maggiore difficoltà per la parte di acquisire quella completa conoscenza dei fatti che appare imprescindibile per predisporre adeguatamente i propri mezzi di difesa ¹⁸⁷.

processo amministrativo, il carattere perentorio dei termini di decadenza per la proposizione del ricorso è temperato dalla possibilità di ritenere l’errore scusabile, prevista dagli artt. 34 e 36 CONS. ST.. L’art. 34 accorda al giudice la facoltà di assegnare un breve termine per riprodurre all’autorità gerarchica competente il ricorso erroneamente proposto contro provvedimenti non definitivi; caduta la necessità di impugnare un provvedimento definitivo in seguito alle riforme introdotte nel 1971 dalla legge istitutiva dei TAR e dal decreto sui ricorsi amministrativi, questa ipotesi non è più attuale. L’art. 36 prevede invece la possibilità di rinnovare o integrare la notificazione nei casi di errore ritenuto scusabile dal giudice; il significato della disposizione è stato poi ampliato individuando peraltro i requisiti necessari per il riconoscimento della scusabilità: convincimento soggettivo, buona fede, novità della norma, difficoltà di interpretazione, mutamento della giurisprudenza, equivoca formulazione del provvedimento. E’ da tener presente anche l’art. 17, co. 2, reg. proc CONS. ST. secondo il quale il giudice, in caso di altre irregolarità (ossia al di fuori della mancanza di sottoscrizione e di inosservanza delle norme, tale da indurre incertezza assoluta sulle persone e sull’oggetto della domanda), può ordinare che sia rinnovato il ricorso entro un termine da stabilire con ordinanza.

¹⁸⁶ Cort. Cost., ord. 19 novembre 2002 n. 458; Id., 10 novembre 1999, n. 427. Anche nel processo penale, il diritto di difesa “deve essere temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo penale, la cui attuazione positiva, ove sia fruttuosa scelte assistite da valide giustificazioni, non è sindacabile sul terreno costituzionale” (così Corte cost., ord. 11 dicembre 2001 n. 399).

¹⁸⁷ F. DE SANTIS, La rimessione in termini nel processo civile, Torino, 1997, 156 e ss.; R. CONTE, Sui profili costituzionali della rimessione in termini nel processo civile, in Riv. dir. proc., 1990, 572; Id., Ad impossibilia nemo tenetur, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1995, 717.

Va comunque precisato che, nel processo amministrativo, i giudici costituzionali, nell’ambito della previsione di termini aventi correttamente natura decadenziale, non hanno mai reputato incongrua l’entità dei medesimi. In particolare, non è stato giudicato incongruo nemmeno il breve termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso, risultante dal dimezzamento dei termini

processuali che, prima della legge n. 205/2000, coinvolgeva appunto anche il termine per ricorrere, nei giudizi di impugnazione in materia di opere pubbliche o di pubblica utilità e di attività e procedure connesse; con la sentenza n. 427/1999, la Corte costituzionale ha ritenuto infatti che la previsione di questo termine dimezzato (e di altri termini ugualmente dimezzati, come per esempio il termine per il deposito del ricorso notificato, il termine per il deposito dei documenti, il termine per i motivi aggiunti o il termine per l'appello) non comprometteva l'effettività della tutela giurisdizionale, perché non implicava "modalità di esercizio dell'azione così gravose da rendere impossibile od estremamente difficile l'esercizio della difesa e lo svolgimento della connessa attività processuale", e che la stessa previsione inoltre realizzava una differenziazione ragionevole rispetto al regime ordinario, in quanto era giustificata dall'esigenza di accelerare la definizione delle controversie in un settore peculiare e delicato, per la rilevanza degli interessi coinvolti, come quello delle opere pubbliche (C. Cost., n. 427/1999, punto 5 del Considerato in diritto). Successivamente alla sentenza n. 427/1999, l'ordinanza di manifesta infondatezza n. 386/2000 ha affermato che la previsione del termine di trenta giorni dalla proclamazione degli eletti per il ricorso contro le operazioni elettorali è pienamente giustificata dall'interesse alla rapida composizione degli organi elettivi degli enti territoriali. Sul termine generale di sessanta giorni per l'impugnazione dei provvedimenti, invece, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi in relazione all'istituto del gratuito patrocinio, con la sentenza di rigetto n. 56/1979, nella quale ha affermato la congruità di tale termine anche nei confronti degli indigenti che abbiano fatto domanda, appunto, di ammissione al gratuito patrocinio; per l'ammissione al quale, del resto, è pure prevista nei casi di urgenza la convocazione straordinaria dell'apposita commissione istituita presso ogni tribunale amministrativo regionale o sezione distaccata se esso (come al solito non rilevando, ai fini del sindacato di legittimità costituzionale, se poi la violazione di norme o eventi eccezionali possano dare luogo a disparità di trattamento derivanti da circostanze di fatto).

In un caso, la Corte costituzionale ha avuto anche modo di occuparsi della decorrenza di un termine perentorio stabilito per un adempimento processuale di poco successivo a quello della presentazione del ricorso, ossia del brevissimo termine di dieci giorni previsto, nel rito speciale del contenzioso in materia di elezioni, per la notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza alle controparti ad opera del ricorrente; e con la sentenza di accoglimento parziale n. 144/1996 essa ha correttamente spostato la decorrenza di questo termine dalla data di emanazione di tale decreto alla data della necessaria comunicazione del medesimo provvedimento al ricorrente, uniformando così sul punto la disciplina del contenzioso elettorale davanti al giudice amministrativo a quella del contenzioso elettorale innanzi al giudice ordinario ed espungendo dall'Ordinamento "una tipica ipotesi di termine stabilito a prescindere dall'effettiva conoscibilità del dies a quo di decorrenza, che viceversa è elemento coessenziale" al diritto di azione e di difesa. La Corte ha precisato che in siffatte ipotesi, "l'interessato viene a trovarsi in condizione di non poter utilizzare nella sua interesse il tempo assegnatogli per esercitare un'azione, la quale potrebbe addirittura finire per essere inutiliter data, con conseguente reale rischio che la situazione giuridica protetta rimanga vanificata" (C. cost. n. 144/1996, punto 2.3 considerato in diritto).

La previsione di un termine decadenziale per la proposizione del ricorso è stata ritenuta anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee conforme ai principi comunitari e, precisamente, ai dettami delle direttive ricorsi 89/665/CEE (appalti di forniture e lavori), 92/50/CEE (appalti di servizi) e 92/12/CEE (appalti nei c.d. settori esclusi), purché sia sempre salvaguardato il canone della effettività della tutela e della ragionevolezza della perentorietà del termine. Secondo l'art. 1 della direttiva 89/665/CEE "gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che [...] le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile". Più specificamente, la Corte di Giustizia, sez. VI, ha ritenuto, nella sentenza 12 dicembre 2002 (caso Universale-Bau AG, C-470/99), che la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale

In merito soccorrono ancora una volta le chiare affermazioni della Corte costituzionale la quale da tempo ha statuito che per giungere ad una condizione di equilibrio tra interesse dell'Ordinamento alla speditezza dei processi e necessità di evitare situazioni di oggettiva impossibilità per la parte di compiere uno specifico atto indicato dalla legge, non può non tenersi conto del concetto di congruità del termine perentorio¹⁸⁸ dovendo quest'ultimo essere valutato, sia in rapporto all'interesse del soggetto sul quale grava l'onere di compiere un certo atto per tutelare i propri diritti, che in relazione

ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talchè, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole" (C. Giust., CE, sez. VI, 12 dicembre 2002, (causa C-470/99), in Foro it., M.6, 2004, IV, 337 ss.).

Con successiva pronuncia del 27 febbraio 2003 della sezione VI (caso Santex SPA, C-327/00) la stessa Corte di Giustizia ha osservato che "la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del principio della certezza del diritto"; per cui "un tale termine, che decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è conforme anche al principio di effettività, in quanto non è idoneo di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dal diritto comunitario". Ciò premesso, l'alta Corte ribadisce che "ai fini dell'applicazione del principio di effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo". Pertanto, non è possibile escludere, a priori, che, in casi particolari, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del principio di effettività, come nell'ipotesi in cui "sebbene la clausola controversa sia stata portata a conoscenza degli interessati all'atto della pubblicazione del bando di gara, l'autorità aggiudicatrice, con il suo comportamento, ha creato uno stato d'incertezza in ordine all'interpretazione da dare a tale clausola e che questa incertezza è stata dissipata solo con l'adozione della decisione di esclusione". In definitiva, afferma il Giudice comunitario che "la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa – una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità – impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionali di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità" (C. Giust., CE, sez. VI, 27 febbraio 2003 (C-327/00), in *Urb. e app.*, 6, 2003, 649 ss.).

¹⁸⁸ La Corte costituzionale ha ad esempio dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme che prevedevano termini (perentori) ritenuti non "congrui", in quanto confliggenti con l'art. 24 Cost., per lo più correlati all'impugnazione di atti giurisdizionali, tali da impedire al soggetto il libero esercizio del proprio diritto alla tutela giurisdizionale (v. sentenze 22 novembre 1962, n. 93, e 22 dicembre 1969, n. 159, in *Giur. cost.*, 1969, 2388).

alla funzione assegnata al termine nel sistema dell'intero Ordinamento giuridico¹⁸⁹.

D'altra parte, l'esigenza di creare una stabilità giuridica in tempi pressoché brevi e la speculare necessità di garantire l'effettivo esercizio del diritto all'azione, hanno finalmente trovato una sintesi e un esplicito riconoscimento nella nostra carta costituzionale attraverso il secondo comma dell'art. 111 Cost., come modificato dalla legge costituzionale n. 2/99, il quale - nel prevedere che la "*legge assicura la ragionevole durata del processo*"¹⁹⁰, ha

¹⁸⁹ Corte cost., 22 novembre 1962, n. 93, in giur. cost., 1962, 1371 e ss., con nota di S. SATTA, che ritenne congruo il termine di quindici giorni allora stabilito dalla legge fallimentare per l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.

¹⁹⁰ E' opportuno precisare che il riferimento alla "*ragionevole durata*" dei processi riecheggia la formula contenuta nel primo paragrafo dell'art. 6 della Convenzione europea del 1950 con la notevole differenza, però, che la disposizione convenzionale enuncia un vero e proprio diritto soggettivo azionabile dalla persona lesa dinanzi alla Corte di Strasburgo ("*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia trattata equamente, pubblicamente ed in un tempo ragionevole*"), mentre il terzo comma dell'art. 111 Cost., sembra rivolgersi soprattutto al legislatore ordinario imponendogli di apprestare tutti i mezzi necessari perché il processo consegua i suoi obiettivi entro tempi "*ragionevoli*".

In altri termini, il novellato art. 111 Cost., individuando nel legislatore l'immediato destinatario del dovere di assicurare la ragionevole durata del processo ha inteso prevedere, non tanto una garanzia soggettiva (dalla quale deriva il riconoscimento di un autonomo diritto dell'individuo), quanto una garanzia oggettiva destinata ad incidere sull'organizzazione tecnica del processo e sul funzionamento dell'amministrazione giudiziaria.

Per una disamina delle posizioni della dottrina in ordine alla natura della norma sulla "*ragionevole durata*" si veda F. DE SANTIS, *La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: "percorsi" per un processo d'inizio secolo*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2009, 875 e ss, il quale, in particolare, riporta la tesi (i) di F. TOMMASEO, *Revisione della seconda parte della Costituzione. Norme sulla giurisdizione*, in Aa. Vv., *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bicamerale*, Milano, 1999, che intende la "*ragionevole durata*" alla stregua di "*un'indicazione programmatica dal valore meramente esortativo*"; (ii) S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1032, che attribuisce al principio in parola "*una qualche piccola utilità*" nell'ambito del giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (e nello stesso senso v. pure G. OLIVIERI, *La ragionevole durata del processo di cognizione. Qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.*, in *Foro it.*, 2000, V, 251 e ss.); (iii) L.P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 609 e ss, che ancora riconduce la ragionevole durata nell'alveo del principio di economia dei processi e ravvisa nel 2° comma dell'art. 111 Cost. un imperativo (che è, ad un tempo, precettivo e programmatico) per il legislatore ordinario. Sul punto si veda anche G. VIGNERA, *op. cit.* 1195 e ss, il quale aggiunge che "*se il legislatore ordinario è il destinatario diretto della disposizione ex art. 111, comma 2°, ultima parte, cost., è innegabile che essa (disposizione) è indirizzata pure alla Corte costituzionale, la quale dovrà - anzitutto - applicarla e concretizzarla ogniqualvolta verrà invocata come norma-parametro in sede di sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi ex artt. 23 ss. l. 11 marzo 1953, n. 87*" e, nello stesso senso, M. CECCHETTI, *op. cit.*, 611, secondo cui il secondo comma dell'art. 111 Cost, limitandosi ad affidare al legislatore il compito di assicurare la durata ragionevole del processo, è destinato ad avere un' "*efficacia normativa*

introdotta, all'interno del nostro Ordinamento, un notevole elemento di novità, posto che il legislatore costituente non aveva previsto alcuna enunciazione espressa circa i tempi entro i quali l'Ordinamento avrebbe dovuto rispondere alla richiesta di giustizia proveniente dai membri della collettività¹⁹¹.

Con il principio della "ragionevole durata" viene insomma affidato al legislatore il compito di dare al processo un assetto strutturale idoneo ad assicurargli la maggiore "rapidità di movimento" possibile (nel rispetto, naturalmente, degli altri valori costituzionali inerenti alla giurisdizione), nonché di fornire alla giustizia le risorse ed i mezzi appropriati perché venga adeguatamente soddisfatto

estremamente ridotta" poiché potrà fungere solo da "parametro di costituzionalità di norme o disposizioni che prevedano tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo ad un altro, formalità superflue non giustificate né da esigenze repressive né da garanzie difensive". Parimenti, A. SACCUCCI, *Le due prospettive della durata ragionevole del processo tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Giur. cost.* 2002, 4, 3105, il quale, in relazione alle due diverse visioni del principio di ragionevole durata rileva la "disomogeneità degli interessi sottostanti all'esigenza di speditezza nel processo: se inteso nella sua portata oggettiva, il principio della durata ragionevole non sempre corrisponde ad un interesse individuale dei soggetti coinvolti nella vicenda processuale, che anzi potrebbero avere un interesse di segno opposto alla dilatazione dei tempi di esame della controversia e, viceversa, se inteso nella sua portata soggettiva, lo stesso principio non riflette sempre un interesse pubblico, allorché quest'ultimo possa ritenersi meglio realizzato attraverso un impiego più ampio del fattore tempo".

Una lettura parzialmente diversa della disposizione costituzionale contenuta nel secondo comma dell'art. 111 Cost. è effettuata da F. BILE, *La ragionevole durata del processo civile nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, relazione tenuta il 13 maggio 2009 in occasione dell'incontro studio promosso dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Ragionevole durata del processo: interpretazioni ed effetti" (reperibile sul sito internet.....) il quale, nel riconoscere che l'art. 6 della Convenzione considera la dimensione temporale del processo in una prospettiva soggettiva mentre la Costituzione italiana privilegia una prospettiva oggettiva, sostiene, tuttavia, che "nessuno dei due testi normativi, pur accogliendo ciascuno una delle tesi contrastanti prospettive appena illustrate, ignora del tutto l'altra. Sul versante costituzionale, benché la formulazione letterale dell'art. 111, comma 2, rimandi verosimilmente al profilo oggettivo, la dimensione soggettiva emerge dal coordinamento con l'art. 24 che garantisce a tutti il potere di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.....Correlativamente, sul versante della Convenzione, la Corte di Strasburgo ha ravvisato nell'art. 6 anche il principio oggettivo di buona amministrazione della giustizia (sentenza 27 giugno 1968, *Neumeister c/ Austria*".

¹⁹¹ L'esigenza di garantire la sollecita definizione del giudizio era stata avvertita, invece, sin dai primi del 900 dalla più autorevole dottrina processualcivile. Cfr., ad esempio, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960 (ristampa anastatica della seconda edizione del 1933), 87, che individuava tra i principi generali del processo "il principio dell'economia dei giudizi, che non è se non l'applicazione del principio del minimo mezzo alla attività giurisdizionale, e non nel singolo processo soltanto, ma anche riguardo a più processi nel rapporto fra loro: conviene ottenere il massimo risultato nella attuazione della legge col minimo possibile impiego di attività processuale".

l'interesse della collettività ad una rapida ed efficace definizione delle controversie¹⁹².

Pertanto, il primo quesito che l'interprete deve porsi, nell'ambito di un'indagine riguardante l'attuazione dei principi del giusto processo nel sistema di giustizia amministrativa italiano, concerne proprio le concrete modalità con le quali il Parlamento, tenendo conto delle funzioni e della natura del processo amministrativo, deve assolvere all'impegno discendente dalla disposizione sulla "*ragionevole durata*" dei processi contenuta nel predetto secondo comma dell'art. 111 Cost.

A tal fine occorre ricordare che, secondo l'orientamento prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza, il giudizio amministrativo non ha soltanto lo scopo, comune a quello di altri procedimenti giurisdizionali, di consentire ai privati di tutelare un interesse giuridicamente rilevante, ma ha anche la finalità, qualora tale interesse meriti protezione, sia di annullare il provvedimento amministrativo illegittimo, che di "*conformare*" l'azione amministrativa affinché si realizzi un equo contemperamento tra l'interesse del singolo e gli altri interessi collettivi che con esso si confrontano¹⁹³.

¹⁹² Secondo G. OLIVIERI, *La "ragionevole durata" del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, comma 2, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 254., il secondo comma dell'art. 111 Cost. avrebbe determinato il riconoscimento, a livello costituzionale, del principio di economia processuale elaborato da alcuni dei più autorevoli studiosi del processo civile (v., *retro*, nota 192), attribuendogli "*la funzione di stabilire se una norma possa dirsi conforme alla previsione che impone al legislatore di dettare una disciplina idonea a contenere la durata del processo in tempi ragionevoli. In altre parole, un processo per il quale la legge è tenuta ad assicurare la ragionevole durata deve essere un processo improntato all'inderogabile rispetto del principio di economia processuale. Ecco allora che le norme processuali devono preoccuparsi di garantire non solo l'economia interna (risparmio di attività, di tempo), ma anche quella esterna, prevenendo il sorgere di altri processi*".

¹⁹³ Cfr. Cons. St., ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 1352; Cons. St., V sez., 30 marzo 1993, 1435, in *Foro amm.* 1993, 461 nella quale si legge, tra l'altro, che dal giudicato amministrativo deriva l'obbligo per la pubblica amministrazione di adottare "*gli opportuni comportamenti e provvedimenti necessari a conformare, per il futuro, lo "status quo" alle prescrizioni del giudice. Nel far ciò l'amministrazione deve, inoltre, tener conto della realtà del momento e delle circostanze nuove nel frattempo intervenute, avendo sempre di mira, tra*

Tale duplice obiettivo, come già accennato, da un lato richiede una giustizia celere, capace di fornire elementi di certezza all'azione amministrativa¹⁹⁴, dall'altro presuppone che la "durata" di un processo, per poter essere "ragionevole", sia comunque proporzionata alle particolari caratteristiche della controversia su cui l'autorità giudiziaria è chiamata a pronunciarsi¹⁹⁵.

Non è, perciò, possibile fissare una durata prestabilita per ogni tipologia processuale mediante aprioristiche formule aritmetiche o dati ricavati da medie statistiche, dovendosi infatti evitare che il "valore della giustizia celere si trasformi nel disvalore della giustizia affrettata e sommaria"¹⁹⁶.

l'altro, anche la tutela dell'interesse pubblico alla salvaguardia di valori essenziali, come quello, per esempio, del regolare andamento dei servizi pubblici". In dottrina, cfr. M. A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, Relazione al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 20 maggio 2008, su "La codificazione del processo amministrativo del terzo millennio" (relazione pubblicata sul sito www.federalismi.it) secondo cui dal complessivo quadro costituzionale traspare "un favore verso un giudice amministrativo con compiti conformativi dell'azione amministrativa" poiché il processo amministrativo "deve essenzialmente mirare ad assicurare che, anche nella sua azione futura, l'Amministrazione conformi il proprio operato alle regole di diritto e di buona amministrazione enunciate dalla sentenza. Il ruolo del giudice amministrativo quale organo deputato a sindacare il corretto esercizio del potere amministrativo, va quindi oltre la mera definizione del rapporto controverso, ma, attraverso la tutela primariamente caducatoria e l'indicazione alla p.a. delle regole per il futuro *modus agendi* assicura la giustizia nell'amministrazione".

¹⁹⁴ Cons. St., 31 marzo 2009, n. 1917, in *Foro amm. CDS*, 2009, 3, 710 dove, in adesione al principio della sussistenza della c.d. pregiudiziale amministrativa, si statuisce che "Rispetto alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, cui il termine breve di impugnazione è funzionale, risulta di difficile compatibilità una fattispecie in cui il privato dopo essere rimasto silente (nel senso di non avere impugnato l'atto) dopo l'emanazione di un provvedimento amministrativo a lui sfavorevole agisca in via giurisdizionale nel più ampio termine prescrizione di cinque anni, chiedendo il risarcimento del danno". Nella medesima sentenza si evidenzia pure che "anche in relazione all'esercizio del potere nei rapporti di diritto privato e all'impugnazione davanti al G.O. di atti amministrativi, in molti casi viene privilegiata tale esigenza di certezza con la previsione di termini decadenziali entro cui contestare la conformità a diritto di determinate situazioni giuridiche, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria".

¹⁹⁵ Il profilo è messo ben in rilievo da G. MARI, *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudice di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile*, in *Foro amm. CDS*, 1, 35 e ss.

¹⁹⁶ Cfr. Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2006, n. 21020, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1884, la quale aggiunge che "la nozione di ragionevole durata del processonon ha carattere assoluto bensì relativo e non si presta a una predeterminazione certa, in quanto è condizionata da parametri fattuali, strettamente legati alla singola fattispecie, che non permettono di stabilirla facendo riferimento a cadenze temporali rigide ed a schemi valutativi predefiniti. Ogni processo, infatti,

Sicuramente alcuni recenti interventi normativi denotano una chiara consapevolezza del legislatore circa la necessità di evitare tutte quelle situazioni che impediscono ai giudici amministrativi di tutelare in maniera rapida ed adeguata i privati, nonché di fornire, in tempi brevi, un valido supporto giuridico all'azione della pubblica amministrazione.

In tale ottica, oltre alle rilevanti innovazioni contenute nella legge n. 205 del 2000 (delle quali si darà atto nei successivi paragrafi e che talvolta dimostrano una volontà legislativa più indirizzata ad una tempestiva definizione dei giudizi che ad una tutela piena del contraddittorio), non può non ricordarsi come, anche nel recentissimo progetto di Codice del processo amministrativo elaborato dal Consiglio di Stato, l'art. 3, inserito nella parte dedicata ai "principi generali" del processo, abbia espressamente affermato che *"le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo"*¹⁹⁷.

Detta enunciazione, oltre ad apparire per certi versi ambigua dal momento che sembra configurare più un onere delle parti che un vero e proprio loro diritto soggettivo, non può non ritenersi meramente pleonastica risolvendosi in una semplice e generica anticipazione degli adempimenti imposti a carico delle parti da altre disposizioni del codice tra cui l'art. 31 (dedicato ai "doveri di lealtà

anche il più celere, ha una sua durata fisiologica inevitabilmente collegata allo svolgimento delle varie fasi, delle attività che vi si compiono, degli eventuali diversi gradi di giudizio in cui è articolato".

¹⁹⁷ Nelle pagine iniziali della relazione introduttiva allo schema del codice del processo amministrativo elaborato dal Consiglio di Stato si legge che *"il processo può essere ingiusto per il solo fatto che dura, lo è certamente quando dura troppo, di sicuro è arbitrario quando consente alla pubblica amministrazione che gode del potere di autotutela esecutiva, di consolidare illegittimamente situazioni di vantaggio senza assicurare tutela al cittadino che abbia visto leso un suo interesse legittimo o diritto soggettivo. La legge processuale che mira all'economia dei mezzi, che sia semplice e chiara, pone le premesse per affrontare il problema della durata dei giudizi. Sotto questo profilo il fatto stesso della codificazione rappresenta un passo significativo verso la maggior chiarezza delle regole codicistiche"*.

e probità”) secondo il quale “*l’amministrazione deve produrre tutti gli atti del procedimento amministrativo ed esporre i fatti rilevanti a sua conoscenza*”¹⁹⁸.

2. La parità “temporale” delle parti.

Il problema dei termini processuali non si esaurisce nella valutazione della loro durata (per verificare se siano o meno ragionevoli al fine di garantire il diritto all’azione e la certezza dei rapporti giuridici), ma si estende anche all’accertamento del rispetto dei principi del giusto processo, con particolare riferimento all’assunto della parità delle parti nel processo.

A mente dell’art. 111, comma 2, Cost., “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità...”. Le parti, dunque, non soltanto devono poter “contraddire” tra di loro ma devono essere poste “in condizione di parità”, nel senso che – in ossequio al principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. – ad esse va assicurata anche una parità per così dire “temporale” che vieta di porre discriminazioni e sperequazioni temporali tra i diversi soggetti coinvolti nel processo amministrativo

L’esame dei termini deve essere quindi svolto, non solo alla luce dell’art. 24 Cost., ma anche sulla base dell’art. 3, 111 e 113 della Cost., occorrendo pertanto evitare che la durata di un termine, pur non influenzando formalmente sulla possibilità di agire in giudizio, e quindi sulla ragionevole possibilità di esercitare l’azione, ne

¹⁹⁸ Appare di oscuro significato anche la seconda parte dell’art. 3 laddove si legge che “*per una rapida definizione dei giudizi si tiene conto del rilievo anche costituzionale degli interessi azionati*”. La norma, infatti, solleva notevoli dubbi di costituzionalità, potendo indurre il giudice a privilegiare alcuni pretesi interessi pubblici, quando, al contrario ogni situazione giuridica, al pari delle altre, è meritevole di eguale tutela sul piano giurisdizionale.

comprometta comunque indirettamente l'effettività della tutela giurisdizionale attraverso asimmetrie e distorsioni temporali che violino il predetto principio della parità delle parti.

Ne consegue che un'adeguata attuazione delle richiamate norme costituzionali impone di considerare incostituzionale qualsiasi norma ordinaria, sostanziale o processuale, i cui effetti, pur non comportando impedimenti di carattere tecnico-processuale all'esercizio dell'azione, siano comunque tali da pregiudicare senza rimedio l'uguaglianza fra le parti e da preconstituire anche di fatto l'esito del processo, subordinandolo in concreto all'attività processuale di una sola parte. Si tratta quindi di un profilo ulteriore in base al quale il problema dei termini va ricostruito su rinnovate basi paritarie.

Non è però facile stabilire fino a quale punto sia operante la sola garanzia dell'art. 24, co. 1, Cost. o entri in gioco anche il diritto costituzionale della parità delle parti sotto il profilo meramente temporale.

Certo è che se "uguaglianza davanti alla legge" significa parità di diritti e di doveri dei cittadini, senza distinzione di condizioni personali o sociali, l'art. 24, co. 1, può essere ricollegato formalmente all'art. 3 (nella stessa misura in cui lo sono le altre garanzie individuali), posto che l'assenza di ogni discriminazione soggettiva o personale è il presupposto comune della titolarità di qualsiasi diritto o dovere "civico". A rigore, dunque, non è tanto l'eguaglianza davanti alla legge come principio enunciato in forma positiva, quanto la parte proibitiva e negativa dell'art. 3, co. 1, che si riflette direttamente (anche sotto il profilo temporale) sulla garanzia dell'azione, introducendo nella formulazione dell'art. 24, co. 1, gli stessi divieti colà delineati per il legislatore.

Da qui il corollario della democraticità delle strutture processuali che, in quanto tali, devono consentire di agire in giudizio senza che vi siano forme processualmente differenziate di tutela (ancorché meramente temporali), la cui attuazione sia connessa a privilegi di classe o a prerogative personali.

Il rinvio dell'art. 24, co. 3, ad istituti aventi lo scopo di eliminare od attenuare ogni diseguaglianza, giuridica e di fatto, fra i soggetti in giudizio, rivela dunque l'intendimento di evitare una distribuzione impari del tempo fra le parti che si traduca in una disparità sostanziale nelle modalità di esercizio dei poteri processuale tali da incidere sull'esito del processo.

In tale prospettiva, "azione" e "difesa", che da un punto di vista garantistico corrispondono a distinte statuizioni costituzionali, tendono di fatto a confondersi in una sola attività processuale costituzionalmente rilevante portatrice di un identico interesse giuridico, qual'è quello della tutela giurisdizionale (denominatore comune degli artt. 24 e 113 Cost).

Si introduce così il tema della sperequazione temporale nel processo amministrativo; problema che all'evidenza può interessare tanto la parte ricorrente quanto quella resistente e controinteressata.

2.1 La sperequazione temporale nei confronti del ricorrente principale.

La normativa del processo amministrativo sembra foriera di sperequazioni temporali anzitutto con riferimento al ricorrente principale¹⁹⁹.

¹⁹⁹ E. PICOZZA, *Il <<giusto>> processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 2000, II, 1074, il quale rileva che "anche sul versante dei termini il processo amministrativo appare tuttora sperequato a

Quest'ultimo, infatti, deve preparare il ricorso entro sessanta giorni dalla notifica, comunicazione o piena conoscenza dell'atto (o dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione nell'albo, quando non sia richiesta la notifica individuale), con la sola possibilità di proporre motivi aggiunti contro gli atti non conosciuti al momento della proposizione del ricorso o adottati successivamente. Il controinteressato e le altre parti interessate hanno invece la possibilità, nel giudizio di primo grado, di costituirsi ("presentare memorie, fare istanze e produrre documenti") entro cinquanta giorni dalla notificazione del ricorso principale (art. 22, l. 6 dicembre 1971, n. 1034) ed entro sessanta giorni nel giudizio di secondo grado (art. 37, t.u., 26 giugno 1924, n. 1054).

Tuttavia il termine per la costituzione è meramente ordinatorio e quindi è possibile che la parte resistente e controinteressata si costituiscono *in limine* all'udienza di discussione, senza che ciò comporti (ad eccezione della memoria scritta da depositarsi fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza) alcuna decadenza o limitazione in ordine alle eccezioni (anche non rilevabili d'ufficio) che essi possono sollevare.

In altri termini, ciò significa che il controinteressato e il resistente ben possono sollevare eccezioni di rito e di merito per la prima volta nella predetta memoria o addirittura direttamente nella discussione orale, con la conseguenza che per il ricorrente principale non vi sarà la possibilità (temporale) di depositare repliche ed esplicitare per iscritto le sue osservazioni e difese, potendo ribattere solo in sede di discussione orale²⁰⁰.

vantaggio dell'amministrazione resistente e dei soggetti contro interessati e a danno della parte ricorrente".

²⁰⁰ Il profilo viene messo ben in risalto da E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2, 499, il quale afferma che "Nella prassi, per "stanare" il resistente ed il contro interessato, il ricorrente è solito proporre domanda cautelare, anche quando è del tutto assente il pregiudizio grave ed irreparabile, allo scopo di

2.2 La sperequazione temporale nei confronti del controinteressato.

Sul versante della parte controinteressata, la sperequazione temporale del processo amministrativo è ancor più evidente e dannosa.

In proposito non può non soffermarsi l'attenzione sul problema dell'individuazione del *dies a quo* da cui far decorrere il termine per la notifica del ricorso incidentale nel caso di procedura accelerata *ex art. 23 bis*, comma 1, legge 6 dicembre 1971, n. 1034; in particolare ci si è chiesti se tale termine debba decorrere dalla scadenza dei trenta giorni previsti per il deposito del ricorso nel rito ordinario, oppure dallo spirare dei quindici giorni (dimezzati dai trenta) sanciti per il deposito dello stesso nel rito accelerato, con la conseguenza che per la notifica del ricorso incidentale il ricorrente non disporrebbe più del termine di sessanta giorni (trenta per il deposito del ricorso principale e trenta per la proposizione di quello incidentale) ma di quarantacinque giorni (quindici più trenta)²⁰¹.

indurre le altre parti ad esporre con completezza le loro tesi difensive e le eccezioni, salvo poi a rinunciare o a chiedere l'abbinamento al merito della misura cautelare. Le altre parti, anche quando appare evidente l'insussistenza del pregiudizio grave ed irreparabile, sono indotte ad operare una costituzione "piena" perché, in sede di decisione della domanda cautelare, il TAR potrebbe definire immediatamente il giudizio nel merito, rendendo, quindi, del tutto irrilevante il c.d. *periculum in mora*. Se si verifica quest'ultima ipotesi, però, emerge ancora un contraddittorio "zoppo" perché il ricorrente, nell'immediatezza delle avverse eccezioni (le altre parti possono costituirsi anche nella Camera di Consiglio), deve rispondere oralmente e senza la possibilità di controllare la documentazione con il confronto, a volte necessario, con la parte personalmente. Il rimedio della prassi – richiesta sistematica della misura cautelare – può, quindi, ritorcersi contro lo stesso ricorrente. Peraltro, la domanda generalizzata, richiesta per ogni ricorso, ingolfa le Camere di Consiglio e appesantisce il lavoro del giudice che è costretto a studiare atti e documenti sui quali pio non deve decidere, salvo i casi della definizione immediata del giudizio quando ricorrono i presupposti richiesti dalla norma. Insomma, da un lato, si snatura il giudizio cautelare e si sottrae al giudice del tempo senza che sia necessario, dall'altro lato, si rischia di accentuare la condizione di non parità del ricorrente nel contraddittorio. La questione può essere risolta se si stabiliscono delle preclusioni per eccezioni e questioni non rilevabili d'ufficio, qualora il resistente e il contro interessato non le sollevino nei termini stabiliti per la costituzione, come avviene, ormai, nel processo civile".

²⁰¹ Il termine per la notificazione del ricorso incidentale comincia a decorrere dal giorno successivo alla scadenza di quello per il deposito del ricorso principale ed è pari a trenta giorni, in virtù del rinvio operato dall'art. 22 l. TAR all'art. 37 t.u. Cons. St... Ciò dipende dal rapporto di stretta dipendenza con il ricorso principale, che fa sorgere l'interesse del ricorrente. Il termine di

Tale circostanza pone un problema di compatibilità costituzionale del combinato disposto degli artt. 37 t.u. CDS, 44 r.d. 642/1907 e 23 bis l. TAR per disparità di trattamento e lesione del diritto di difesa atteso che, a fronte del termine di sessanta giorni dalla piena conoscenza dell'atto per la proposizione del ricorso principale, il controinteressato ha a disposizione il diverso ed inferiore termine di quarantacinque giorni dalla conoscenza dell'impugnativa principale per proporre il gravame incidentale, laddove, nelle controversie inerenti le materie non disciplinate dall'art. 23 bis, il termine per l'impugnativa incidentale, come detto, coincide con il termine stabilito per l'impugnativa principale.

Secondo una parte della giurisprudenza – anche prescindendo dalla questione riguardante la particolare natura del ricorso incidentale, per un'autorevole linea interpretativa assimilabile ad una difesa o ad un'eccezione, piuttosto che a un'impugnazione – il termine complessivo di quarantacinque giorni assegnato per la notifica del

trenta giorni per l'impugnazione incidentale decorre dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso principale e non dalla data di effettivo deposito (Cons. St., IV, 24 febbraio 2000, n. 1004; Id, VI, 9 giugno 1993, n. 411; TAR Campania, Napoli, II, 1 dicembre 2006, n. 10353).

La decorrenza del termine per la proposizione del ricorso incidentale è strettamente correlata al momento in cui scade quello assegnato dalle legge al ricorrente principale per il deposito del ricorso, a nulla rilevando che parte contro interessata sia venuta a conoscenza solo nel caso del giudizio delle circostanze che l'hanno indotta a svolgere difese incidentali (TAR Lazio, I, 7 maggio 2004, n. 3925). La giurisprudenza concorda sulla non applicabilità della dimidiazione dei termini processuali di cui all'art. 23 bis alla notifica del ricorso incidentale: *ex multis*, Cons. St. VI, 2 ottobre 2007, n. 5082; CONS. ST., IV, 30 gennaio 2006, n. 293; Cons. St., V, 21 settembre 2005, n. 4940; TAR Lazio Roma, III, 19 marzo 2008, n. 2470; TAR Trentino Alto Adige, 21 gennaio 2008, n. 10; TAR Campania, Napoli, I, 18 aprile 2007, n. 4052). TAR Sicilia Catania sez. I, 3 marzo 2005, n. 379. Da ultimo v. Cons. St., sez. V, 11 maggio 2007 n. 2356. In questa sentenza si insiste sulla formula letterale utilizzata dalla norma e si aggiunge un richiamo all'assimilazione del ricorso incidentale all'eccezione. Su quest'ultimo profilo si è già abbondantemente detto. Qui si può solo rammentare come un coerente sviluppo di tale assunto dovrebbe piuttosto portare ad una generale non perentorietà dei termini di proposizione del rimedio, come peraltro è stato osservato. Quanto al primo argomento, si ribadisce la necessità di una lettura costituzionalmente orientata, volta a pacificare i termini di proposizione del ricorso principale con quelli richiesti per il ricorso incidentale, rimedio “analogo e contrario”. Appare infine significativo che i giudici di Palazzo Spada, pur ritenendo che “il termine complessivo di quarantacinque giorni non sembra incompatibile con la garanzia costituzionale del diritto di difesa e non sembra determinare una disparità così marcata rispetto alla posizione del ricorrente principale”, finiscono per riconoscere l'errore scusabile, di fatto attestando – oltre all'incertezza giurisprudenziale e alla scarsa chiarezza del dato normativo – la rilevanza della questione ai fini dell'esercizio di un effettivo e paritario diritto di difesa.

ricorso incidentale non sarebbe incompatibile con la garanzia costituzionale del diritto di difesa e, pertanto, non sembrerebbe determinare una disparità rispetto alla posizione del ricorrente principale (Cons. St., V, 11 maggio 2007, n. 2356).

Ciò tuttavia non risolve la questione afferente all'asimmetria temporale e all'obiettiva carenza di ragioni che, seppur valutate alla luce delle esigenze di speditezza che giustificano e connotano il rito speciale, siano in grado di giustificarla.

Si è pertanto affermato che la riduzione del termine per il deposito del ricorso principale non debba incidere su quello per la proposizione del ricorso incidentale sul rilievo che tale incidenza comporterebbe una palese e ingiustificata disparità di trattamento nelle controversie assoggettate al rito speciale²⁰².

Appare quindi del tutto condivisibile la sentenza del TAR Sardegna, sez. I, 13 marzo 2006, n. 289, che, pur non ignorando gli orientamenti contrari (TAR Lazio, Sez. III, n. 2435/2005), ha ritenuto che la necessità di salvaguardare in termini pieni ed esaustivi le esigenze difensive del soggetto al quale viene notificato un ricorso giurisdizionale impone di privilegiare un'interpretazione costituzionalmente orientata del quadro normativo richiamato secondo la quale se è vero che nelle materie speciali il ricorrente principale subisce per fini acceleratori la dimidiazione del termine per il deposito del ricorso, tale dimidiazione non può incidere, riducendolo, sul termine per la proposizione del ricorso incidentale che, invece, va salvaguardato nella sua integrità. Ne deriva che ai soli fini del computo del termine per la proposizione del ricorso incidentale non valgono gli effetti dimidiatori fermo restando –

²⁰² Su tale disparità, M.A. SANDULLI, *I termini del processo amministrativo*, cit. 304 che ritiene che la riduzione del termine per il deposito del ricorso principale non possa andare ad incidere anche su quello per ricorrere in via incidentale. Sul punto si veda anche Per tale impostazione M. LIPARI, *L'Adunanza Plenaria e il rito speciale*, cit. 913; N. PAOLANTONIO, *Tutela differenziata*, cit. 992.

dunque – il termine (trenta più trenta) assegnato dal testo originario della legge.

Analogamente, un altro sintomo della sperequazione temporale a danno del contro interessato può essere senz'altro ravvisato nell'ipotesi prevista dall'art. 21, comma 10, secondo il quale in sede di decisione della domanda cautelare, il giudice amministrativo può, seppur a determinate condizioni (*id est* “*accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite*”), definire nel merito il giudizio con sentenza succintamente motivata (*ex art. 26*)²⁰³.

Il meccanismo previsto dall'art. 21 della legge TAR, quindi, sul piano temporale viene operare un'incisiva deroga alla disciplina dei termini processuali contenuta nel successivo art. 22 il quale, com'è noto, prevede che il Presidente fissi con decreto, da notificarsi almeno quaranta giorni prima, l'udienza per la discussione del ricorso “sempre che sia decorso il termine di cui al comma 1 dell'art.

²⁰³ Circa questa tipologia di sentenze semplificate, cfr. L. PASANISI, *op. cit.*, 3515 e ss., il quale ricorda che anteriormente alla legge n. 205/000, il legislatore, con l'art. 19 del decreto legge 25 marzo 1997 (convertito in legge 23 maggio 1997 n. 135 e successivamente abrogato dall'art. 4 della legge n. 205/2000), aveva previsto che, nei giudizi aventi ad oggetto procedure di affidamento di incarichi di progettazione ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità (nonché delle procedure connesse), “*il Tribunale amministrativo regionale, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, può definire immediatamente il giudizio nel merito, con motivazione in forma abbreviata*”. La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del predetto art. 19 (cfr. Cort. cost. 10 novembre 1999, n. 427, in *Foro amm.*, 2000, 740) non aveva ravvisato alcun profilo di incostituzionalità, rilevando che “*La pronuncia nella fase interinale e cautelare della sospensiva (dell'atto impugnato o della sentenza appellata) viene resa superflua da una tutela ancora più piena ed immediata (senza ulteriore esigenza di ordinanza che valuti l'esistenza di periculum in mora). Tale alternatività, con assorbimento nella sollecita e tempestiva pubblicazione del dispositivo della sentenza nei sette giorni, si può verificare solo se, esistendo tutti gli altri presupposti (contraddittorio, sufficienza delle prove acquisite, ecc.), venga emessa sentenza che definisca il giudizio, essendo, in tutti gli altri casi, il giudice tenuto a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, in base agli ordinari poteri cautelari, ivi compreso l'esercizio di potere di sospensione a tempo, ovvero parziale o collegato a determinati adempimenti processuali. Di conseguenza non si può affatto configurare una limitazione o una soppressione del diritto delle parti di chiedere ed ottenere un provvedimento interinale e cautelare, ricevendo queste una immediata pronuncia che definisce la lite, rendendosi superflua ed irrilevante una specifica tutela cautelare. Né si può parlare di concentrazione del potere di impulso processuale nel giudice, sottratto alle parti, in quanto il ricorrente nel processo amministrativo non può avanzare una richiesta di sola decisione cautelare, dovendo la domanda di sospensione per il carattere incidentale, seguire o accompagnare un ricorso per una decisione definitiva della lite*”.

22” e cioè cinquanta giorni dalla notifica del ricorso che è il tempo assegnato all’amministrazione resistente ed al contro interessato per costituirsi e depositare memorie e documenti. La Camera di Consiglio per l’esame della misura cautelare è, invece, fissata nella prima udienza utile decorso il termine di dieci giorni dalla notifica del ricorso; il che significa normalmente prima che decorrano cinquanta giorni dalla notifica del ricorso e senza il decorso degli ulteriori quaranta giorni, per cui la decisione nel merito può intervenire senza attendere il termine che, in via ordinaria, la norma ritiene necessario per il rispetto del principio del contraddittorio.

Di tal ché, per affrontare le difese, la parte resistente ed il contro interessato hanno dei termini molto stretti che subiscono un’ulteriore riduzione nelle materie di cui all’art. 23-*bis* della legge TAR perché la Camera di Consiglio va fissata decorsi cinque giorni dalla notifica del ricorso, dal momento che i termini sono dimezzati.

Per evitare un contraddittorio imperfetto (che ben potrebbe derivare dall’esiguità dei predetti termini) sarà allora necessario che tutte le parti si siano costituite tempestivamente per la Camera di Consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare e, sentite sul punto, non esponano ragioni impeditive della conclusione nel merito della controversia. Laddove, invece, il resistente e il contro interessato non si siano costituiti, occorrerà attendere i tempi ordinari (innanzi al TAR cinquanta giorni dalla notifica del ricorso, dimezzati a venticinque nelle materie di cui all’art. 23-*bis* della legge TAR) per consentire la costituzione delle altre parti, fissando altra Camera di Consiglio in cui esaminare (o riesaminare) la domanda cautelare e, quindi, “sentite le parti”, decidere con sentenza in forma semplificata²⁰⁴.

²⁰⁴ E. FOLLIERI, op. cit.

L'esigenza di garantire la celerità del rito derivante dallo strumento della c.d. "sentenza in forma semplificata" deve essere quindi (come già in parte accennato) ben ponderata con la necessità di salvaguardare alcuni irrinunciabili principi costituzionali di estrema importanza per garantire un effettivo diritto di difesa, tra i quali, non può non includersi il rispetto del termine minimo stabilito dall'Ordinamento per la costituzione e la produzione di scritti e documenti.

Tuttavia tale bilanciamento non pare essere stato adeguatamente effettuato dai giudici amministrativi che in alcune pronunce hanno sostanzialmente ammesso la decisione immediata anche nei casi in cui tutte le parti non si fossero ancora costituite (e potendosi ritenere sufficiente il mero decorso dei termini per la trattazione dell'istanza cautelare)²⁰⁵.

Ebbene, una simile opzione ermeneutica risulta del tutto contraria ai principi del contraddittorio e della parità delle parti sanciti dall'art. 111 Cost. i quali, proprio nelle fattispecie processuali la cui disciplina è finalizzata ad una rapida definizione dei giudizi, impongono soluzioni che portino ad un rafforzamento del diritto della parte ad un'effettiva tutela giurisdizionale, anche attraverso il riconoscimento di termini adeguati per la predisposizione delle

²⁰⁵ Al riguardo, come esemplare espressione di detta impostazione ermeneutica, cfr. Tar Liguria, sez. I, 8 febbraio 2008, n. 162, in *Foro amm. TAR* 2008, 2, 413, (con nota di M. SINISI, *La disciplina della decisione in forma semplificata, la garanzia del contraddittorio ed il giusto processo. Profili di dubbia legittimità*), nella quale, in relazione ad un ricorso notificato il 19 gennaio 2008 e depositato il 31.1.2008, il giudice amministrativo ha ritenuto di poter applicare l'art. 21 della legge TAR decidendo in forma semplificata il merito della controversia durante la Camera di Consiglio del 7 febbraio 2008, nonostante non fosse decorso il termine previsto dall'art. 22 per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e addirittura una di esse non fosse ancora costituita. In dottrina, cfr. M. A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, cit., che rielabora gli interventi tenuti dall'Autore in occasione delle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate al tema "Interesse pubblico e giustizia amministrativa" svoltesi a Siena il 12 e 13 giugno 2009 e del Convegno sul Codice del processo amministrativo organizzato a Lecce il 12 e 13 giugno 2009; A. TRAVI, *Osservazione a Cons. stato n. 3852 del 2003*, in *Foro it.*, 2003, III, 683; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006;

proprie difese. Ciò peraltro vale sia per il ricorrente principale che per le altre parti del giudizio (ossia le parti resistenti e quelle controinteressate) che ovviamente non possono essere costrette ad organizzare la loro strategia difensiva entro termini talmente ridotti da apparire incongrui o vessatori²⁰⁶. Del resto, anche autorevole dottrina, mostrando una particolare sensibilità alle esigenze derivanti dal principio del “giusto processo”, ha costantemente affermato la primaria necessità che l’interpretazione delle norme processuali sia coerente e rispettosa del principio di difesa, rilevando come la completezza del contraddittorio debba essere intesa sia in senso oggettivo, come evocazione in giudizio di tutte le parti necessarie, che in senso oggettivo, come rispetto dei termini di difesa²⁰⁷.

²⁰⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 08 aprile 2002, n. 1907, in *Foro amm. CDS 2002, 964* secondo la quale nello “svolgimento dei processi amministrativi relativi a determinate materie, la compressione del diritto di difesa dei convenuti, operata attraverso la scelta di introitare immediatamente la causa nel merito, in assenza della costituzione di costoro e prima che sia decorso il termine loro assegnato per tale adempimento, appare ingiustificatamente irrispettosa del principio del contraddittorio, senza neppure trovare il suo contrappunto nelle esigenze di interesse pubblico connesse oggettivamente a determinate e circoscritte materie”.

²⁰⁷ Cfr. M.A. SANDULLI, *I termini del processo amministrativo nella legge 205 del 2000*, in *Foro amm. TAR 2002, 1, 302 ss.*; R. DE NICTOLIS, *La giustizia amministrativa. I giudizi innanzi al TAR e al Consiglio di Stato*, Roma 2006, 537; E. FOLLIERI, *op. cit.*, 499 e ss., per la quale al fine di “salvaguardare il principio del contraddittorio in condizioni di parità, la definizione in forma abbreviata può intervenire solo quando tutte le parti si siano costituite tempestivamente per la Camera di Consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare e, sentite sul punto, non esponano ragioni impeditive della conclusione nel merito della controversia (come la prospettazione di voler proporre un ricorso incidentale, di dover acquisire ulteriore documentazione da depositare in giudizio, di aver intenzione di produrre motivi aggiunti ecc.). Quando il resistente o il controinteressato non si siano costituiti, occorre attendere i tempi ordinari (innanzi al Tar cinquanta giorni dalla notifica del ricorso, dimezzati a venticinque nelle materie di cui all’art. 23-bis della l. n. 1034 del 1971) per consentire la costituzione delle altre parti, fissando altra Camera di Consiglio in cui esaminare (o riesaminare) la domanda cautelare e, quindi, «sentite le parti», decidere con sentenza in forma semplificata. L’utile meccanismo della definizione nel merito del ricorso quando viene portato all’esame del Tar nella Camera di Consiglio fissata per decidere sulla misura cautelare, non può divenire una ingiusta compressione del contraddittorio ed occorre che le esigenze di speditezza ed efficienza si coniughino con quelle di garanzia e, in primis, del contraddittorio in condizioni di parità”.

2.3 Le sperequazioni temporali derivanti dal rito “super accelerato” ex art. 20, commi 8 e 8 bis, del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008.

La preferenza per il legislatore verso soluzioni normative che contemplano una drastica riduzione dei termini processuali trascurando completamente quei principi e quelle garanzie volte a tutelare le posizioni soggettive dei privati lesi da un atto o comportamento ritenuto illegittimo traspare anche dalle recenti disposizioni sulla c.d. “superaccelerazione” del processo amministrativo contenute nei commi 8 e 8 bis dell’art. 20 del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008 (convertito, con modificazioni e integrazioni, nella legge n. 2 del 29 gennaio 2009) e relative ai ricorsi proposti avverso gli atti riguardanti gli investimenti pubblici e di pubblica utilità indicati nel medesimo art. 20²⁰⁸.

Infatti per tali ricorso sono previsti termini speciali, estremamente più brevi di quelli ordinari, che, in alcuni casi appaiono fin troppo ridotti: si potrebbe addirittura parlare di corsa ad ostacoli non solo per chi intenda impugnare il provvedimento (30 giorni a decorrere dalla comunicazione in qualsiasi modo essa sia avvenuta), ma anche per l’eventuale ricorrente incidentale il quale dispone di un termine di soli dieci giorni dal momento in cui ha ricevuto il ricorso introduttivo.

Oltre ad essere assai ridotti, i termini indicati nell’ottavo comma dell’art. 20 del d.l. n. 185/08, sono fonte di numerose incertezze che ne rendono particolarmente ardua l’applicazione. Ad esempio non può non sottolinearsi l’anomalia della previsione che fa decorrere il

²⁰⁸ Per un’analisi critica di tale recente intervento legislativo cfr. M. A. SANDULLI, *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, relazione tenuta al Convegno dell’IGI del 26 febbraio 2009, pubblicata, in versione modificata, sul sito [Internet www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). Cfr. pure i contributi dei partecipanti al forum sul d.l. n. 185/2008, pubblicati in *Giust. amm.*, 12, 2008 (v., in particolare, l’introduzione di M. A. SANDULLI e gli interventi N. PAOLANTONIO, G. TULUMELLO, F. VOLPE, C. CONTALDI LA GROTTERIA).

termine di cinque giorni per il deposito del ricorso non dalla data dell'ultima notificazione ma dalla data di scadenza del termine per la relativa notifica (quindi trentacinque giorni dalla comunicazione del provvedimento).

L'ottavo comma dell'art. 20, inoltre, stabilisce che l'udienza è fissata d'ufficio entro quindici giorni dal termine fissato per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e, quindi, 25 giorni dalla notifica del ricorso (un termine, pertanto, addirittura inferiore ai 35 giorni indicati per il deposito del ricorso). Poiché i termini previsti nei confronti dei giudici hanno natura meramente ordinatoria, non rimane che affidarsi al buon senso del magistrato per ovviare ai possibili inconvenienti conseguenti alle palesi incongruenze del testo legislativo. Si pensi, tra l'altro, all'ipotesi un giudice che, dinanzi ad un ricorso notificato in prossimità di un imminente periodo di festività, al fine di rientrare nel termine dei quindici giorni, decida di anticipare l'udienza riducendo ulteriormente il tempo concesso alle parti per esercitare le loro difese.

La norma, poi, tace completamente sui termini per il deposito di memorie e la produzione di documenti. Si tratta di una norma da interpretarsi in senso completamente negativo (non è assolutamente consentito il deposito di ulteriori memorie o documenti)? Oppure si è in presenza di una fattispecie che il legislatore ritiene disciplinata già dalla disposizione riguardante "L'accesso agli atti del procedimento" consentito "entro dieci giorni dall'invio della comunicazione del provvedimento"? Indipendentemente dalla risposta che si voglia dare a tali quesiti, è indubitabile il coinvolgimento di profili estremamente importanti del processo che non possono essere minimamente rimessi alla discrezionalità del giudice amministrativo.

Anche riguardo all'udienza fissata dal giudice per la discussione del ricorso, la norma non dice nulla sulle modalità di comunicazione della stessa alle parti (entro quale termine deve avvenire? Può essere effettuata anche tramite fax?). Le carenze del testo normativo, sul punto, appaiono di particolare gravità ove si consideri che la disciplina dettata dall'ottavo comma dell'art. 20 del d.l. n. 185/08 riguarda particolare categorie di investimenti ritenuti talmente importanti da giustificare una pesante contrazione dei più elementari diritti di difesa.

Non può certamente definirsi un modello di chiarezza neppure la disposizione in ordine ai presupposti per la decisione definitiva, esaurendosi quest'ultima in un generico rinvio ai "criteri di cui all'art. 26, quarto comma della l. 6 dicembre 1971 n. 1034" cosicché il collegio, dovendo procedere nelle forme del giudizio abbreviato indipendentemente da qualsiasi valutazione circa la manifesta inammissibilità, fondatezza o infondatezza del ricorso, potrebbe trovarsi nella condizione di dover assumere in tempi rapidissimi decisioni molto complesse con il rischio di incorrere in un vizio di omessa pronuncia. L'obbligo di decidere in tempi brevissimi potrebbe poi urtare contro la necessità di procedere ad accurati approfondimenti istruttori mediante, tra l'altro, l'espletamento di una consulenza tecnica.

Un ultimo particolare che dimostra il carattere disorganico del recente intervento legislativo è costituito dalla mancanza di qualsiasi regola in ordine al giudizio di appello che, pertanto, continuerà a svolgersi secondo i termini (notevolmente sproporzionati rispetto alla fase di primo grado) stabiliti dall'art. 23 bis della legge n. 1034/71. Non è improbabile, perciò, che l'obiettivo di "velocizzare" i tempi del giudizio venga frustrato dalla successiva impugnazione della sentenza dinanzi al Consiglio di Stato il quale, ove ne

sussistano le condizioni, potrebbe anche decidere di sospendere l'efficacia della pronuncia appellata.

Un'altra divergenza esistente tra le Direttive comunitarie e le disposizioni legislative interne riguarda la decorrenza del termine di trenta giorni per l'impugnazione dell'atto che si ritiene illegittimo. Si è già detto che, secondo la normativa comunitaria, la conoscenza di un atto è integrata dall'avvenuta comunicazione dei motivi posti a fondamento della decisione adottata dall'amministrazione.

L'ottavo comma dell'art. 20 del d.l. n. 185/08, al contrario, non è altrettanto preciso limitandosi a statuire che *“I provvedimenti adottati ai sensi del presente articolo sono comunicati agli interessati a mezzo fax o posta elettronica all'indirizzo da essi indicato”*.

Il legislatore, dunque, sembra considerare sufficiente ogni forma comunicazione, anche un semplice fax privo di qualsiasi motivazione, perché inizi a decorrere il termine per impugnare l'atto.

In merito, la mancata conoscenza dei motivi che hanno indotto l'amministrazione ad adottare un determinato provvedimento potrebbe essere superata ricorrendo alla disposizione dell'art. 20 che consente l'accesso agli atti del procedimento *“entro 10 giorni dall'invio della comunicazione del provvedimento”*. Anche questa disposizione, però, presenta notevoli elementi di ambiguità perché non si comprende se gli interessati, senza fare alcuna richiesta, possano recarsi direttamente presso l'amministrazione e se questa sia obbligata a fornire gli atti del procedimento²⁰⁹.

²⁰⁹ Cfr. N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, il quale esclude che vi sia *“necessità di ostensione dei documenti amministrativi la cui conoscenza è necessaria al fine di esercitare il diritto all'azione, né tanto meno vi sarà necessità di trenta giorni”* per il rilascio della documentazione. L'autore, perciò, ravvisa nella norma *“un obbligo assoluto e incondizionato delle amministrazioni - e dell'ufficio commissariale - di rilascio della documentazione a prima richiesta, anche mercè*

Un ulteriore aspetto della disciplina contenuta nel citato art. 20 concerne le notificazioni: la norma afferma che qualora il ricorrente non sia in grado di provare l'avvenuta notifica del ricorso (ad esempio perché l'originale del ricorso non è ancora stato restituito), egli possa depositare la copia contenente l'attestazione dell'ufficiale giudiziario che il ricorso è stato consegnato per la notifica²¹⁰, mentre *“la prova delle eseguite notifiche va depositata entro cinque giorni da quando e' disponibile”*. Tuttavia il legislatore non dice alcunché sulla possibilità di notificare il ricorso mediante messi comunali ovvero tramite lo stesso difensore della parte autorizzato a svolgere attività di notificazione²¹¹.

accesso informale; è coercibile quest'obbligo. Direi di sì anche se i tempi stabiliti dal comma 8 per la definizione del processo, almeno a prima vista, non paiono lasciare molto spazio all'actio exhibendum da proporsi necessariamente in via incidentale nel ricorso di merito. Ma a meglio leggere, il comma 8 si limita a stabilire che l'udienza deve essere fissata entro 15 giorni dalla scadenza del termine di costituzione il ché esclude che il processo debba concludersi entro questo termine. E la giurisprudenza ha sempre qualificato questi termini come sollecitatori”

²¹⁰ In tal senso si era già pronunciata la VI Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 13 maggio 2008, n. 2218, in *Foro amm. CDS*, 5 128, nella quale si è statuito che *“Con riguardo alla tempestività del deposito, si deve fare applicazione del principio affermato con riferimento a diversa materia dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 107 del 2004. Nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 647 c.p.c., nella parte in cui prevede che l'opposizione non possa essere proseguita, in caso di tardiva costituzione in giudizio dell'opponente, anche quando il mancato rispetto del termine per l'iscrizione a ruolo derivi da ritardo nella riconsegna dell'originale notificato dell'atto di opposizione da parte dell'ufficiale giudiziario, la Corte Costituzionale ha richiamato l'omessa considerazione da parte del rimettente della possibilità di iscrizione a ruolo della causa prima del perfezionamento della notificazione per il destinatario (con la c.d. velina). Tale possibilità è già esplicitamente prevista, nel caso di notificazione a mezzo posta, dall'art. 5, terzo comma, della legge 20 novembre 1982, n. 890 ed inoltre - sempre secondo la Corte - si deve tenere presente l'esistenza di una norma, quale quella prevista dall'art. 291 cod. proc. civ., che, in quanto consente all'attore di ottenere alla prima udienza un termine per rinnovare la notificazione della citazione viziata da nullità, senza incorrere in alcuna decadenza, di fatto limita il rischio economico di una inutile iscrizione a ruolo alla sola, marginale ipotesi di notificazione del tutto inesistente. Deve quindi ritenersi l'ammissibilità del deposito del ricorso anche prima della effettiva notificazione dello stesso, o del ricevimento della prova della notificazione; di conseguenza, è ricevibile il ricorso incidentale proposto dalla ditta G. in primo grado”*.

²¹¹ Cfr. C. CONTALDI LA GROTTIERIA, *op. cit.*, secondo il quale, ove si ritenga ammissibile la notifica a mezzo posta, si avrebbe comunque un *“quadro poco confortante: i ricorsi notificati per posta dal difensore ai sensi della l. n. 53/1994, possono essere iscritti a ruolo solo con la prova dell'avvenuta notifica (cosa non realistica tenuto conto dei tempi che impiegano gli avvisi di ricevimento a tornare dal mittente); chi invece opti per la notifica tradizionale potrà depositare la velina ma avrà l'obbligo di presidiare l'ufficio notifiche perché il termine per depositare l'atto notificato inizia a decorrere da quando lo stesso è disponibile per il ritiro (momento imprevedibile quando si consegna l'atto all'ufficiale giudiziario e che non viene comunicato al notificante) e non da quando il ritiro effettivamente avviene”*

Pone notevoli problemi interpretativi anche la scelta compiuta dal legislatore in ordine ai criteri di redazione della sentenza che deve essere predisposta “*in forma semplificata con i criteri di cui all’art. 26 bis, quarto comma della legge 6 settembre 1974, n. 1034*”. Il giudizio, quindi, prescinde da qualsiasi valutazione circa la manifesta inammissibilità, infondatezza o fondatezza del ricorso costringendo il collegio a decidere in tempi estremamente limitati, anche quando si tratti di questioni molto complesse.

Insomma, introducendo un siffatto rito “super accelerato” (peraltro applicabile solo al giudizio di primo grado), il legislatore non ha assolutamente considerato, con la dovuta attenzione, l’importanza che il problema della ragionevole durata riveste nel processo amministrativo. Anzi si può affermare che la c.d. “*superaccelerazione*” dei termini sembra rappresentare soltanto un mero espediente con il quale rendere vana (in relazione alle fattispecie contemplate nell’art. 20 del d.l. 185/08) qualsiasi iniziativa giudiziaria nei confronti della pubblica amministrazione²¹².

²¹² Cfr. M. A. SANDULLI, op. cit., 21, la quale sostiene che il legislatore “*introduce un nuovo rito super accelerato (di primo grado) per gli investimenti che vuole sostanzialmente consentire all’Amministrazione di sottrarre ad un pieno ed effettivo controllo giurisdizionale e detta norme dirette a scoraggiare ab origine qualsiasi azione caducatoria o risarcitoria, rendendo estremamente difficile l’esperimento di un valido giudizio di primo grado: ecco perché le nuove norme sembrano soprattutto contenere un monito: prova a ricorre se – in questo quadro – ne hai ancora la forza e il coraggio!!!*”. Peraltro disposizione che lascia completamente esterrefatti, è quella che limita il risarcimento (ammesso unicamente “*per equivalente*”) riconosciuto dal giudice in caso di annullamento dell’atto di aggiudicazione alla sola “*misura del decimo dell’importo delle opere che sarebbero state eseguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario, in base all’offerta economica presentata in gara*”. Il legislatore italiano, infatti, con tale statuizione sembra aver completamente disatteso la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui il risarcimento deve essere adeguato al danno subito in modo da garantire l’effettiva tutela dei soggetti lesi cosicché la determinazione del *quantum debeatur* deve comprendere anche il lucro cessante, in particolare le perdite subite in conseguenza delle mancate occasioni di profitto. D’altra parte non vanno trascurate le indiscutibili difficoltà che potrebbe incontrare il ricorrente nel provare il danno subito entro i termini eccessivamente ridotti indicati dalle nuove disposizioni e l’inconciliabilità di un’azione di risarcimento con una decisione adottata in forma semplificata.

3. Sugli strumenti processuali volti a garantire una tempestiva definizione dei giudizi: problemi di ponderazione con gli altri principi del “giusto processo”.

3.1 Le sentenze in forma semplificata e l’obbligo di motivazione dell’atto giudiziario.

La sentenza in forma semplificata rappresenta senz’altro uno dei principali strumenti di semplificazione ed accelerazione del processo amministrativo che, pur essendo stata realizzata per dare attuazione al principio della ragionevole durata dei processi, solleva non pochi dubbi in ordine alla sua conformità rispetto ad altri assunti desumibili dal principio del “giusto processo”²¹³.

²¹³ Cfr., sul tema, E. STICCHI DAMIANI, *La sentenza in forma semplificata*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 10, 2857; M. BRANCA, *Brevi note sulla « sentenza succintamente motivata »*, in *Tar*, II, 2002, pp. 681 e ss.; S. ANTONIAZZI, *La più recente giurisprudenza amministrativa in tema di decisione « in forma semplificata »*, e chiara conferma dell'inderogabilità delle distanze tra costruzioni secondo la disciplina ex d.m. 2 aprile 1968 n. 1444 (nota a Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2002 n. 3929), in *Riv. giur. urb.*, I, 2002, pp. 517 e ss.; G. TROTTA, *Processo cautelare: decisione in forma semplificata e sospensione dei termini processuali in periodo feriale* (nota a TAR Piemonte, sez. I, 9 settembre 2002 n. 2792), in *Foro. Amm. TAR*, 2002, pp. 3851 e ss.; F.F. TUCCARI., *Decisione in forma semplificata e ruolo delle parti* (nota a Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2002 n. 3929), in *Urb. e app.*, 2003, pp. 342 e ss.; ID., *Decisioni semplificate e ascolto delle parti* (nota a Cons. St., sez. V, 1 marzo 2003 n. 1131), in *Urb. e app.*, 2003, pp. 807 e ss.; ID., *La semplificazione delle decisioni contenziose: tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA – M. PROTTO, 2002, pp. 976 e ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *La decisione anticipata nel merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 127 e ss.; ID., *Rito immediato e avviso alle parti* (nota a Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2005 n. 2223), in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 186 e ss.; L. PASANISI, *La sentenza breve in sede cautelare come modo ordinario di definizione del giudizio amministrativo*, in *Foro. Amm.-TAR*, 2002, pp. 3515 e ss.; ID., *La realizzazione del risultato nel giudizio amministrativo: la sentenza breve in sede cautelare*, in *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, a cura di L. IANNOTTA, 2003, pp. 227 e ss.; A. BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000 n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 1288 e ss. e 1313 e ss.; R. MONTEFUSCO, *Le decisioni in forma semplificata*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205 del 2000*, a cura di B. SASSANI – R. VILLATA., 2004, pp. 345 e ss.; M. BASSANI, *Sentenze semplificate in materia di regolamenti* (nota a TAR Veneto, sez. II, 30 maggio 2005 n. 2334), in *Urb. e app.*, 2005, pp. 1090 e ss.; F. LUBRANO, *Cui prodest? (una singolare celerità del processo amministrativo) (nota ad avviso fissazione camera di consiglio per sentenza semplificata)*, in

Già il concetto di redazione in “forma semplificata”, che rinvia evidentemente all’art. 65, n. 3, del Regio Decreto n. 642 del 1907, secondo cui la pronuncia del giudice amministrativo deve, tra l’altro, contenere una “*succinta esposizione dei motivi di fatto e di diritto*”²¹⁴, richiede qualche chiarimento preliminare sulla necessità di trovare un punto di equilibrio tra l’esigenza di celerità e quella di effettività della tutela giurisdizionale: invero, se per un verso tale assunto esonera il giudice dal redigere “*sentenze intollerabilmente lunghe, infarcite di ripetizioni o di richiami di provvedimenti amministrativi riprodotti integralmente anziché riassunti nei punti essenziali, ovvero inutilmente erudite*”²¹⁵, per altro verso, proprio in considerazione dei principi del giusto processo, quali l’obbligatorietà della motivazione e l’effettività della tutela giurisdizionale, non lo può portare alla redazione di una sentenza che presenti una motivazione insufficiente o lacunosa o che comunque non sia chiara.

Ciò peraltro risulta del tutto in linea, non solo col in “nuovo” art. 6 dell’emanando codice del processo amministrativo (secondo cui “Ogni provvedimento decisorio del giudice è motivato”) ma anche con il successivo art. 7 dello stesso codice che, accanto al fondamentale requisito della “sinteticità”, al quale devono ispirarsi

www.giustamm.it; ID., *Cui prodest? (secondo atto: una sentenza semplificata inutile e dannosa) (nota a sentenza TAR Lazio Sezione Prima bis 19 ottobre 2006 n. 10604)*, in *www.giustamm.it*; S. TARULLO, *Giudizio abbreviato e giudizio immediato: intrecci di disciplina* (nota a Cons. St., sez. V, 14 giugno 2004 n. 5660) in *www.giustamm.it*; E. MAURO, *A proposito del rito immediato, della sentenza semplificata e dei loro rapporti*, in *Foro amm.TAR*, 2007, pp. 3642 e ss.; F. SATTA, *I riti abbreviati: tra giurisdizione e amministrazione*, in *Foro amm.TAR* (supplemento al n. 7/8), 2007, pp. 123 e ss.

²¹⁴ In senso analogo si veda l’art.132 comma 2, n. 4), c.p.c., il quale, nel disciplinare il contenuto della sentenza, prevede che essa deve contenere “*la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione*”.

²¹⁵ L’espressione è ripresa da S. BACCARINI, *Istruttoria e sentenze semplificate*, pubblicato il 22.4.2009, sul sito Internet *www.giustamm.it*, il quale acutamente osserva che “*il costume attuale è quello delle sentenze intollerabilmente lunghe, infarcite di ripetizioni o di richiami di provvedimenti amministrativi riprodotti integralmente anziché riassunti nei punti essenziali, ovvero inutilmente erudite*”.

gli atti redatti dal giudice (e dalle parti), colloca quello - altrettanto fondamentale - della “chiarezza”²¹⁶, che – come insegnava un noto scrittore del 900 (secondo il quale “*quando le cose non sono semplici, non sono chiare, pretendere la chiarezza, la semplificazione a tutti i costi, è faciloneria e proprio questa pretesa obbliga i discorsi a diventare generici cioè menzogneri. Invece lo sforzo di cercare di pensare e di esprimersi con la massima precisione possibile proprio di fronte alle cose più complesse è l’unico atteggiamento onesto ed utile*”²¹⁷) – obbliga (il medesimo giudice) a non operare un’eccessiva semplificazione dei fatti di causa tutte le volte in cui essi siano particolarmente complessi.

Ma, a prescindere dalla chiarezza espositiva dell’atto giudiziario (che rappresenta pur sempre un requisito fondamentale di un processo c.d. “giusto”), la sentenza in forma semplificata pone numerosi problemi, sia in ordine al rispetto del principio dell’obbligatorietà della motivazione (il quale a sua volta si riflette su quello dell’effettiva sindacabilità della correttezza della decisione), che alla mancata osservanza del principio del contraddittorio (sul quale si è già trattato nei precedenti paragrafi).

²¹⁶ Cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1976; Id., *La motivazione delle decisioni dei giudici*, in *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro* (a cura di T. TREU), Bologna, 2006; L. MONTESANO, *Controlli esterni sull’amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione*, in *La sentenza in Europa – metodo, tecnica e stile*, Padova, 1980, 435 e ss.

²¹⁷ Cfr. I. CALVINO, *Una pietra sopra, Discorsi di letteratura e società*, Torino, 1980. Si vedano anche gli acuti rilievi di P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1936), Milano, 2001, 174, secondo cui “*non sempre sentenza ben motivata vuol dire sentenza giusta ; né viceversa. Talvolta una motivazione sciatta e sommaria indica che il giudice nel decidere era talmente convinto della bontà della sua conclusione, da considerare tempo perduto il mettersi a dimostrarne l’evidenza: come altra volta una motivazione diffusa ed accurata può rivelare nel giudice il desiderio di dissimulare a se stesso e a agli altri, a forza di arabeschi logici, la propria perplessità*”; P. JARICCI, *La sentenza “succintamente motivata”*; quale futuro?, in *Trib. Amm. reg.* 2002, II, 371 e ss.; N. PAOLANTONIO, *I riti processuali*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F. G. SCOCA,), Torino, 2003, 231, il quale ricorda che, nel parere n. 16/90, l’Adunanza Generale del Consiglio di Stato aveva chiarito che la motivazione della sentenza non può in nessun caso essere apodittica o inadeguata, in quanto il contenuto precettivo della decisione deve essere sempre adeguatamente giustificato sulla base di un discorso esaustivo e comprensibile.

In particolare, il problema riguardante il rispetto dell'obbligo di motivazione concerne le sentenze che vengono emesse in forma semplificata nella fase di merito *ex art. 26* della legge TAR²¹⁸, mentre il dubbio sull'osservanza o meno del principio del contraddittorio e della parità delle parti (che si è già sviluppato) involge quelle sentenze adottate nella fase cautelare ai sensi dell'art. 21, comma 10, della stessa legge²¹⁹.

Come noto, con riferimento all'obbligo di motivazione, l'art. 111 Cost. impone il suo rispetto per tutti i provvedimenti giurisdizionali e "rende palese che motivazione e provvedimento giurisdizionale costituiscono un'endiadi perché è nell'essenza del secondo racchiudere la prima, la quale, a propria volta, è destinata a reggere l'atto del giudice ed a darvi il crisma di osservanza della norma fondamentale". La circostanza assume una portata ancor più rilevante nel processo amministrativo se si considera che la motivazione delle sentenze del giudice amministrativo, rappresentando una guida fondamentale per lo svolgimento dell'azione amministrativa, dovrebbe essere sempre elaborata in modo particolarmente adeguato al caso concretamente esaminato.

Peraltro, merita ricordare che l'obbligo di motivazione assume una particolare importanza anche sul versante della responsabilità disciplinare dei magistrati in quanto il d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, all'art. 2 (relativo agli "illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni" dei magistrati), dispone che costituisce illecito disciplinare sia (i) "l'emissione di provvedimenti privi di

²¹⁸ L'art. 26 della legge n. 1034/71 (come modificato dal primo comma dell'art. 9 della legge n. 205/2000) prevede che "*nel caso si ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il tribunale amministrativo regionale ed il Consiglio di Stato decidono con sentenza succintamente motivata*".

²¹⁹ L'art. 21, comma 10, della n. 1034/71 (come modificato dall'art. 3 della legge n. 205 del 2000) dispone che "*in sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire nel merito il giudizio a norma dell'art. 26*".

motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge” (lett. l); che (ii) “l’adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo” (lett. cc)²²⁰.

Orbene, il citato art. 26, andando ad incidere (soltanto) sui tempi di redazione della sentenza, può consentire di ridurre la motivazione di quest’ultima ad un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, oppure ad un richiamo ad un precedente conforme²²¹.

Tale possibilità - che era già riconosciuta dal Consiglio di Stato anteriormente alla legge n. 205 del 2000²²² - genera un evidente problema di compatibilità con il principio del “giusto processo” in quanto rischia di dar luogo a un arbitrario e disinvolto ricorso al precedente giudiziario che, a sua volta, finirebbe con il consentire la redazione di sentenze caratterizzate da una motivazione estremamente generica e astratta, nonché riguardanti (come sovente

²²⁰ Sul punto si veda M. SERIO, *Tecnica di motivazione e precedente giudiziario*, Palermo, 29 ottobre 2007.

²²¹ Cfr. C. SALTELLI, *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, 2009, per il “questo tipo di sentenza semplificata apre la strada all’effettivo ed espresso riconoscimento del precedente giurisprudenziale come strumento di risoluzione immediata della controversia; solo in tale ottica, infatti, possono essere letti e interpretati i concetti di manifesta infondatezza o manifesta infondatezza del ricorso, altrimenti di inestricabile comprensione, laddove invece la manifesta irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità costituiscono concetti che trovano adeguato riferimento nelle norme processuali”.

²²² Cfr. Cons. St., Sez. VI, 19 aprile 1995 n. 334, in *Foro amm.* 1995, 982, nella quale si era affermato che ove la sentenza riguardi una questione sulla quale sono già intervenute altre pronunce aventi il medesimo contenuto, il giudice “può, per ragioni di economia processuale, limitarsi a far riferimento, nella nuova decisione, alle considerazioni della precedente decisione purché, attraverso il richiamo operato, si pervenga ad una chiara e specifica motivazione della determinazione che con tale rinvio si è inteso adottare”.

accade) fattispecie diverse da quelle affrontate nel precedente stesso²²³.

Di fronte ad una simile problematica, autorevole dottrina ha quindi tempestivamente evidenziato la necessità che la sentenza, anche quando sia succintamente motivata mediante il riferimento ad un'analogia precedente decisione, indichi comunque in maniera esplicita i presupposti di fatto e di diritto che hanno indotto il giudicante a ritenere la concreta fattispecie oggetto di causa simile a quella indicata nel precedente richiamato nella sentenza²²⁴. Inoltre il ricorso ad una motivazione fondata principalmente (se non elusivamente) sul richiamo ad un precedente conforme dovrebbe evitarsi anche nell'ipotesi in cui detto precedente rappresenti un caso isolato meritevole di riesame o, comunque, non sia espressione di un orientamento pacifico: in questi casi, infatti, il giudice dovrebbe comunque enucleare le ragioni che lo hanno indotto a privilegiare una determinata soluzione interpretativa rispetto ad un'altra; circostanza – questa – che, tuttavia, accade assai di rado perché sovente ci si limita a dire che una particolare interpretazione

²²³ Cfr. F. G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amministrativi regionali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI e D. SORACE, Rimini, 1987, I, 239; M. COLACITO, *Massime, sentenze e sentenze-massime del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1977, 1771 ss., dove si osserva che quanto è maggiore l'indipendenza o indifferenza dei precedenti rispetto alle soluzioni adottate ed al caso deciso, tanto più manifesta è l'intima contraddittorietà del sistema, nel senso che al momento stesso in cui viene esaltato il precedente e la giurisprudenza per relationem, maggiore è il rischio che le pronunce perdano di credibilità.

²²⁴ Cfr., specifico riguardo all'importanza di vedere quale fosse la questione sottoposta al giudice che era stata decisa con il precedente che si intende richiamare G. GORLA, *Note sulla interpretazione integrativa (in fatto e in diritto) della ratio decidendi e sul precedente giudiziale implicito*, in *Giur. it.*, 1966, I, 2, 567 e ss. In Giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. Lavoro, 17 dicembre 2001, n. 15949, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 2172, nonché Cass. civ. 8 ottobre 1999, n. 11310, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2090, che ha ritenuto affetta da vizio di motivazione la sentenza di merito, che nell'interpretare una clausola di un contratto collettivo, si era basata esclusivamente su un precedente giurisprudenziale non in termini, peraltro recepito in maniera confusa, senza neppure tentare di effettuare l'interpretazione letterale e logica della clausola medesima.

è preferibile ad un'altra senza spiegare perché si è privilegiato una data opzione ermeneutica²²⁵.

3.2 L'obbligo di motivazione e la c.d. tecnica dell'assorbimento dei motivi.

La possibilità di emettere sentenze in “forma semplificate” rappresenta anche un utile strumento volto a con il quale i giudici possono “smaltire” gli arretrati, può sembrare anche una raccomandazione affinché i giudici non redigano sentenze inutilmente prolisse, fornendo così un utile contributo allo “smaltimento” dei procedimenti non ancora conclusi²²⁶.

Viene in questione, a tal proposito, la c.d. tecnica dell'assorbimento dei motivi alla quale la giurisprudenza amministrativa è solita ricorrere con eccessiva frequenza ove ritenga che l'accoglimento o il rigetto di una sola delle censure del ricorrente sia sufficiente per determinare l'annullamento o la conferma dell'atto impugnato²²⁷.

²²⁵ Secondo L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa*, Torino 1998, 90, tale modo di operare della giurisprudenza sarebbe dovuto, paradossalmente, proprio al carattere non vincolante del precedente per cui il giudice si ritiene esente dal compiere quegli accertamenti altrove ritenuti indispensabili, in ordine all'identità della fattispecie in esame rispetto quella oggetto del precedente invocato. Sull'argomento, v. pure Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1075 e ss.

²²⁶ Cfr. le considerazioni di M. V. LUMETTI, *Celerità del processo amministrativo e governo del territorio*, in *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, a cura di VERA PARISIO, Milano, 2009, la quale, tra l'altro, giudica le disposizioni introdotte nell'art. 21 della legge n. 1034/71, dalla legge n. 205/2000 “un importante mezzo di accelerazione del processo amministrativo” e le ritiene sintomatiche di un “disfavor legislativo nei confronti della tutela cautelare, in quanto la spinta innovativa è ormai tutta proiettata verso l'accelerazione del processo di merito e, in ogni caso, verso l'esecuzione coattiva della sentenza di primo grado, che è emanata sulla base di una cognizione piena. Tale norma si pone in linea con la nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione che afferma il principio del rispetto del giusto processo, nonché del c. 1 dell'art. 117 Cost., come novellato con la legge costituzionale 12 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al Titolo V, della parte seconda della Costituzione) che impone un'interpretazione conforme anche ai vincoli ed agli obblighi internazionali”

²²⁷ Generalmente si distingue tra assorbimento in senso stretto e assorbimento derivante da omissione. Il primo si verifica quando il giudice, accolto un capo di domanda, non procede all'esame dei restanti motivi in quanto ciò risulti precluso da nessi logici oppure superfluo giacché tali lamentate illegittimità certamente non si ripresenteranno nel provvedimento emanato dall'amministrazione dopo il giudizio. La seconda ipotesi di assorbimento ricorre qualora i vizi

La più autorevole dottrina ha da tempo fortemente stigmatizzato il frequente ricorso all'assorbimento dei motivi perché tale tecnica, oltre a determinare una palese violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato il quale trova applicazione anche nel giudizio amministrativo, darebbe luogo anche a gravi profili di incostituzionalità tutte le volte in cui il Consiglio di Stato, dovendo pronunciarsi sui motivi dichiarati assorbiti nella pronuncia impugnata e riproposti, decida direttamente la causa senza rinviarla al TAR, con conseguente possibile lesione del principio del doppio grado di giudizio sancito dal secondo comma dell'art. 125 Cost.²²⁸.

Solo ultimamente il Consiglio di Stato sembra aver recepito, seppur in parte, i rilievi critici espressi in dottrina, statuendo, in riferimento

siano stati dedotti cumulativamente nell'atto introduttivo del giudizio, sicché il ricorrente, in vista dell'effetto conformativo della sentenza e in forza della loro infungibilità, avrebbe interesse all'esame di ciascuno di essi, ma il giudice limita arbitrariamente il *thema decidendum* ritenendo soddisfatto tale interesse tramite l'annullamento dell'atto per accoglimento di uno dei capi di domanda. Per una definizione di assorbimento in ambito giurisprudenziale cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1998, n. 328, in *Foro amm.*, 1988, 1390 "l'assorbimento dei motivi altro non è se non espressione di un giudizio di sopravvenuto difetto di interesse delle parti ad ottenere un pronunciato divenuto superfluo perché la situazione dedotta in giudizio è già stata completamente definita attraverso l'esame e la decisione di altri profili della stessa controversia". In dottrina v. gli scritti di B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit.; T. KLITSCH DE LA GRANGE, *Cenni su assorbimento e struttura della decisione del giudice amministrativo*, in *Cons. St.*, 1979, II, 471 ss.; L. MIGLIORINI, *Appello incidentale e motivi assorbiti*, in questa *Rivista*, 1981, I, 1729 ss.; A. MERCURIO BAFFA, *I motivi assorbiti nel processo amministrativo*, in *Riv. Corte dei conti*, 1988, fasc. 4, 344 ss.; G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, cit., 586 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi* (nota a Cons. St., sez. IV, 12 marzo 1996 n. 310), in questa *Rivista*, 1996, 838 ss.; ID., *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. it.*, 1996, III, 161 ss.; ID., *Novità sull'assorbimento dei motivi*, *ivi*, 1996, III, 617 ss.; D. M. TRAINA, *Motivi assorbiti e appello incidentale semplificato* (nota a Cons. St., ad. plen., 19 gennaio 1999 n. 1), in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 962 ss.; G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti* (nota a Cons. St., ad. plen., 19 gennaio 1999 n. 1), in *Dir. proc. amm.*, 2000, 402 ss.; A. LAURA, *L'automatica riemersione in secondo grado dei capi di domanda dichiarati assorbiti in prime cure, nel caso di mancata costituzione in giudizio dell'appellato già ricorrente*, *ivi*, 2000, 432 ss.; R. CUONZO, *Il processo amministrativo: spunti di riflessione sui motivi assorbiti in primo grado e sulla loro riemersione in appello*, in *Riv. amm.*, 2003, 627 ss.; D. D'ORSOGNA, *La fase di decisione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2006, 343 ss.

²²⁸ Cfr., oltre agli scritti di E. CANNADA BARTOLI citati nella nota precedente, M. NIGRO, *„l'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, pp. 446 e ss.; ID., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, c. 17, MONTEFUSCO R., *Le decisioni in forma semplificata*, *op. cit.*, pp. 364 e ss.; TUCCARI F.F., *La semplificazione delle decisioni contenziose: tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, *op. cit.*, pp. 1014 e ss.

all'ordine di trattazione dei motivi di ricorso, che il giudice deve seguire, nella sua pronuncia, un ordine che prevede in via prioritaria l'esame delle censure dalle quali possa derivare un effetto pienamente soddisfattivo della pretesa del ricorrente, cosicché l'assorbimento di un motivo di ricorso sarebbe possibile soltanto quando sia evidente che l'eventuale accoglimento della censura assorbita non potrebbe arrecare alcun vantaggio alla parte che lo abbia proposto²²⁹.

3.3 Il rito accelerato ex art. 23 bis della legge n. 1034/71.

Sul piano normativo l'intento del legislatore di evitare, nell'ambito della giustizia amministrativa, l'irragionevole protrarsi nel tempo dei processi traspare pure dall'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge n. 205/2000) con cui sono state individuate alcune materie per le quali si è reputata opportuna una più spedita trattazione in sede giurisdizionale²³⁰.

²²⁹ cfr. Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213, in *Foro amm. CDS*, 2008, 147, dove si precisa che *“l'ordine del giudice di esaminare le censure non può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima quelle censure, da cui deriva un effetto pienamente soddisfattivo della pretesa del ricorrente ... Quale sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice è tenuto a proseguire tale esame finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente”*. Conforme Cons. St., sez. V, 1 aprile 2009 n. 2070, in *www.lexitalia.it*, 2009, 4, dove si legge che attiene *« al principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, corollario a sua volta del più generale principio della domanda, l'obbligo del giudice, anche amministrativo, di esaminare i motivi di ricorso secondo l'ordine stabilito dalla parte in relazione al grado decrescente di soddisfazione del proprio interesse al bene della vita perseguito nel caso concreto »*.

²³⁰ Si tratta, in particolare, di materie riguardanti: a) provvedimenti relativi a procedure di affidamenti di incarichi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse; b) provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti, nonché quelli relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alle predette opere; c) provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti; d) provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti; e) provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende

Ed invero, nei procedimenti inerenti a dette materie si è scelto di procedere con una generale riduzione alla metà dei termini processuali ad eccezione di quelli previsti per la proposizione del ricorso²³¹. Inoltre il termine per appellare le sentenze è di 30 giorni dalla notificazione della sentenza o di 120 giorni dal momento della pubblicazione²³².

e istituzioni ai sensi dell'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142; f) provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri, ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400; g) i provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi. Cfr., in dottrina, G. GIOVANNINI, *I procedimenti speciali*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2000, 309 e ss.; M. LIPARI, *Il processo speciale accelerato*, Milano, 2003; A. TRAVI, *L'art. 23 bis fra disciplina particolare e rito speciale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2003, 149 e ss.; M. LIPARI, *Commento all'art. 23 bis*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2005, 817 e ss.; M. CORRADINO, G. DATO, *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino, 2008.

²³¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1040, in *Foro amm. CDS* 2009, 2 518, in cui si legge che “*Alla controversia che ha ad oggetto un provvedimento relativo all'affidamento di una concessione di pubblico servizio si applica l'art. 23 bis comma 2, l. n. 1034 del 1971 (come inserito dall'art. 4, l. n. 205 del 2000), ai sensi del quale « I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso ». Tra questi termini va fatto sicuramente rientrare quello relativo al deposito del ricorso in appello al Consiglio di Stato*”; Cons. St., Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2828, in *Foro amm. CDS* 2007, 5 1532, secondo la quale “*La norma recata dall'art. 23 bis, l. 6 dicembre 1971 n. 1034 non ricomprende, nell'eccezione alla regola della riduzione dei termini per i giudizi indicati nel comma 1, anche il termine stabilito per il deposito del ricorso, e ciò in quanto l'espressione «proposizione» indica esclusivamente la prima attività di composizione dell'atto introduttivo del giudizio e della sua notificazione, con la conseguenza che il ricorso deve essere depositato entro 15 giorni decorrenti, in caso di pluralità di destinatari, dal giorno in cui si è perfezionata l'ultima notificazione*”; Cons. St., Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, in *Rass. dir. farmaceutico* 2005, 6 1223, dove si è statuito che la “*deroga al principio del dimezzamento dei termini processuali prevista ex art. 23 bis l. n. 1034 del 1971 trova applicazione non solo con riferimento alla proposizione del ricorso principale, del ricorso incidentale e del regolamento di competenza, ma anche con riferimento alla proposizione del ricorso per motivi aggiunti. Se è vero, infatti, che, a seguito della riforma operata dalla l. n. 205 del 2000, i motivi aggiunti rappresentano non solo lo strumento di proposizione di nuove ragioni di illegittimità di atti già impugnati, ma anche il mezzo di impugnazione di provvedimenti sopravvenuti connessi alla vicenda già pendente, l'applicazione ad essi del principio della dimezzazione indurrebbe, nel caso di decorso del termine di 30 gg., la proposizione di un autonomo ricorso, ledendo con ciò le esigenze di concentrazione perseguite proprio attraverso lo strumento dei motivi aggiunti previsti dalla l. n. 205 del 2000*”.

²³² Cfr. Cons. St., ad. plen., 31 maggio 2002, n. 5, *Rass. dir. farmaceutico* 2002, 347, con la quale i giudici di Palazzo Spada, dopo aver ricordato che l'art. 23 bis della legge n. 1034/71 “*ha introdotto una disciplina processuale speciale, volta a conseguire obiettivi di accelerazione della definizione delle controversie in determinate materie, per le quali, appunto, l'esigenza di una pronta ed immediata definizione è considerata di particolare interesse pubblico*”, ha altresì specificato che la riduzione dei termini processuali riguarda sia il primo che il secondo grado di giudizio “*sicché appare palese che, con la locuzione “termine per la proposizione dell'appello”, [l'art. 23 bis, comma 7](#), abbia inteso riferirsi esclusivamente al termine per la notificazione del gravame, e non invece, al diverso termine per il deposito dell'appello notificato (decorrente non dalla notificazione o pubblicazione della sentenza, ma dalla notificazione del gravame). [L'art. 23 bis, comma 7](#), utilizza, pertanto, il termine “proposizione” nel senso che esso è volto ad indicare*

Il tentativo di imprimere una decisa accelerazione ai procedimenti previsti dal citato art. 23 *bis* della legge n. 1034/71 caratterizza anche la disciplina della relativa fase cautelare che può svolgersi secondo due diverse modalità.

La prima consiste, qualora il giudice, previo accertamento della completezza del contraddittorio²³³ ed in presenza di motivi di ricorso che evidenzino “*l’illegittimità dell’atto impugnato*”²³⁴, ravvisi la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, nella fissazione, con ordinanza, della data di discussione nel merito rinviando le parti

la fase relativa alla manifestazione della volontà di impugnare la sentenza di primo grado, e cioè la notificazione dell’atto di appello, secondo un uso che è frequente da parte del legislatore (si veda, ad esempio, l’art. 28, secondo comma, della legge n. 1034 del 1971, secondo il quale contro le sentenze dei TAR è ammesso ricorso al Consiglio di Stato, “da proporre nel termine di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione”). L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha d’altra parte, da tempo precisato la differenza tra il momento della notificazione del ricorso giurisdizionale amministrativo e quello del deposito del medesimo, sottolineando come il primo manifesti esclusivamente la volontà di agire in giudizio, e come il secondo, invece, realizzi concretamente la presa di contatto tra il ricorrente e l’organo giurisdizionale e generi, così, la costituzione del rapporto processuale (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 1980 n. 35)”.

²³³ Cfr. Cons. St., Sez. V, 28 novembre 2008, n. 5913, in *Foro Amm. CDS*, 11, 3057, secondo cui “*Ai sensi degli art. 23 bis e 26, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, la possibilità di risolvere la controversia dedotta innanzi al giudice amministrativo con decisione in forma semplificata presuppone necessariamente la verifica, da parte del giudice stesso, della completezza del contraddittorio processuale, intesa sia in senso soggettivo (ossia come evocazione in giudizio di tutte le parti necessarie), sia in senso oggettivo (ossia come rispetto dei termini a difesa)*”.

²³⁴ Secondo M. LIPARI, op. cit. 171 e ss, la terminologia adoperata dal legislatore non consente di chiarire “*se il concetto di evidente illegittimità previsto dall’art. 23 bis coincida con la nozione di manifesta fondatezza del ricorso prevista dal nuovo art. 26, per definire i presupposti del giudizio immediato. Ragioni logiche e sistematiche dovrebbero condurre a ritenere che il giudizio immediato si debba svolgere solo nei casi in cui la sorte del ricorso risulti pressoché scontata, mentre il processo abbreviato dovrebbe riguardare le ipotesi in cui l’esito del giudizio sia solo probabile, ancorché in modo apprezzabile. Ma anche questa soluzione si espone a critiche e dubbi interpretativi. Le due espressioni scelte dal legislatore per definire i presupposti del giudizio immediato e di quello abbreviato sembrano avere un significato davvero molto simile, se non perfettamente sovrapponibile*”. Per evitare situazioni di possibile confusione nell’applicazione della disposizione legislativa l’autore propone “*di operare una correzione interpretativa della norma, affermando che il passaggio al rito abbreviato si verifica in tutti i casi in cui sussistono i presupposti per la pronuncia di accoglimento della domanda cautelare*”. Un altro orientamento (G. GIOVANNINI, op. cit., 313 e ss.) sostiene, però, che “*tale particolare accelerazione nella trattazione del merito è destinata a valere anche qualora il giudice amministrativo respinga la domanda cautelare, atteso che il suo presupposto, è costituito come si è detto, oltre che dall’evidenziarsi dell’illegittimità dell’atto impugnato, dalla sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, laddove per l’accoglimento della domanda è richiesto il ricordato più incisivo requisito della estrema gravità ed urgenza*”.

alla prima udienza successiva al termine di 30 giorni dal deposito dell'ordinanza stessa²³⁵.

La seconda ipotesi, invece, si verifica allorché, in una situazione di estrema gravità e urgenza, il giudice, oltre a fissare la data di discussione nel merito, individui anche le necessarie misure cautelari enunciando gli elementi dai quali, ad un sommario esame, è possibile desumere che il ricorso abbia buone probabilità di essere accolto.

L'art. 23 *bis* contempla pure l'obbligo di depositare il dispositivo della sentenza entro sette giorni dalla data dell'udienza e la possibilità, al fine di ottenere la sospensione della decisione, di proporre appello avverso il solo dispositivo con riserva dei motivi di impugnazione²³⁶. E' evidente che, con quest'ultima disposizione, il legislatore ha ritenuto imprescindibile l'immediata conoscenza della decisione al fine di soddisfare le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche e di continuità dell'azione amministrativa.

La normativa contenuta nel nuovo testo dell'art. 23 *bis* della legge n. 1034/71 costituisce certamente il frutto di un notevole sforzo compiuto dal legislatore per garantire, in alcune materie di rilevante interesse economico, una rapida definizione del giudizio

²³⁵ Sull'ordinanza di fissazione dell'udienza di merito cfr. M. LIPARI, op. cit., 175 e ss., che richiama "l'ordinanza del Consiglio di Stato, V. Sez. 29 ottobre 2002, n. 4782" secondo cui "l'ordinanza prevista dall'art. 23 bis di fissazione della data di udienza di discussione del merito non è suscettibile di appello, essendo esclusivamente finalizzata a tale scopo". Le statuizioni contenute in tale provvedimento non sembrano condivise dall'autore secondo il quale l'ordinanza di fissazione deve pur sempre esprimere "sia pure con la dovuta sintesi (ma non con formule stereotipate o di stile) gli argomenti a sostegno dell'accertata manifesta illegittimità dell'atto impugnato e del pregiudizio grave e irreparabile. E' evidente che in tal modo la pronuncia non assume più carattere meramente prodi mentale, presentando valenza propriamente decisoria, riferita alla valutazione della pretesa cautelare dell'interessato".

²³⁶ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3652, in *Foro amm. CDS*, 2008, 7-8 2129, ove si afferma che "A differenza del processo del lavoro, nel quale la lettura del dispositivo risponde ad esigenze di concentrazione del giudizio e di immutabilità della decisione collegiale, nel rito speciale del processo amministrativo previsto dall'art. 23 bis, l. Tar, l'omessa pubblicazione del dispositivo concretizza unicamente un comportamento omissivo, eventualmente rilevante sul piano disciplinare, avendo la relativa incombenza finalità meramente acceleratorie del giudizio, con la precisazione che tale omissione non configura l'assenza di un elemento strutturale essenziale della sentenza e non comporta di conseguenza l'inesistenza o la nullità di questa".

assicurando, nel contempo, un equo bilanciamento dei diversi interessi, pubblici e privati, coinvolti nella singola controversia.

Tuttavia, la disciplina introdotta mediante il primo comma dell'art. 4 della legge n. 205/2000 presenta alcuni aspetti che non possono non destare notevoli perplessità, non solo per quanto concerne l'individuazione delle materie "sensibili" (avendo il legislatore completamente ignorato fattispecie la cui importanza sul piano sociale meriterebbe ben altra attenzione²³⁷), ma anche – e soprattutto – perché non appare immune da censure la scelta di ridurre sino alla metà i termini processuali posto che tale scelta, oltre a risultare scarsamente utile ai fini acceleratori, rischia pure (come si è già accennato) di penalizzare il diritto alla difesa di quei soggetti che si sono rivolti al giudice proprio per veder tutelati i loro interessi nei confronti della pubblica amministrazione²³⁸.

Anche in questa sede si potrebbe quindi obiettare che la scelta operata dal legislatore nell'art. 23 *bis* implica il rischio di subire una

²³⁷ Cfr. D. VAIANO, *Il rito accelerato*, relazione svolta il 18 ottobre 2007 al Convegno Studi su la "differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela" tenutosi presso l'Università degli Studi "Magna Grecia" di Catanzaro (pubblicata sul sito [internet www.judicium.it](http://www.judicium.it)) dove si osserva che occorrerebbe approfondire "la riflessione in ordine alle materie che sono state scelte dal legislatore per essere assoggettate al rito accelerato, tenendo presente che, inevitabilmente, l'accelerazione della definizione di questi giudizi, in virtù dei suddetti eccessivi carichi di lavoro, si risolve inevitabilmente in un rallentamento degli altri, di quelli, cioè, che rimangono assoggettati al rito ordinario e si vedono sorpassati dai processi nelle materie di 23 bis. Ferme restando, in altri termini, le materie fin qui descritte, già assoggettate al rito speciale, non parrebbe inutile che la dottrina approfondisse il tema, stimolando il legislatore ad estendere il rito di cui all'art. 23 bis ad altri settori sensibili". Analoghe considerazioni sono svolte da C. SALTELLI, *op. cit.*, 979 e ss. secondo il quale la disciplina di cui all'art. 23 bis "crea un sistema di giustizia amministrativa a doppia velocità che, mentre cerca di dare una risposta adeguata alla richiesta di giustizia in relazione alle predette materie sensibili, finisce tuttavia per disattendere tendenzialmente il valore della rapidità del processo per le altre materie ordinarie che, al di là di ogni considerazione (che pure potrebbe farsi) con riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., possono presentare pur esse ricadute significative sull'assetto e sulle funzioni dell'amministrazione".

²³⁸ Cfr. TRAVI, *op. cit.*, 150 e ss., il quale ritiene che la "riduzione dei termini nel processo amministrativo, per i profili di politica legislativa, non sembra una scelta produttiva: i costi sopravanzano ampiamente i vantaggi" ed osserva altresì come l'unica accelerazione che ad essa si può ricollegare riguarda la fase introduttiva del giudizio di primo grado senonché pure in questo caso la riduzione dei termini "consente al massimo di risparmiare una ventina di giorni, che poi si riducono a molto meno, se si ipotizza una ragione sollecitudine del ricorrente. Non sono tempi di questo ordine che determinano la celerità o mena dei tempi del processo amministrativo".

forte riduzione delle garanzie processuali in nome di un'ingiusta presunzione di prevalenza dell'interesse pubblico che giustificerebbe il carattere eccezionale del procedimento cautelare.

Da qui la necessità, secondo una parte della dottrina, di procedere ad un'accurata revisione dell'intera normativa di cui all'art. 23 non potendosi ravvisare nel nostro Ordinamento un interesse di particolare importanza il quale possa giustificare la permanenza di un rito, che essendo fondato sulla drastica riduzione dei termini processuali, può essere fonte di inaccettabili sperequazioni sul piano temporale²³⁹.

Al riguardo, l'attuazione della delega contenuta nell'art. 44 della legge n. 69/09, avrebbe potuto rappresentare lo strumento per individuare soluzioni più adeguate ai fini di una rapida definizione giudizio all'interno del rito ordinario unitamente agli altri profili del giusto processo atteso che la realizzazione di un sistema di giustizia

²³⁹ Cfr, in tal senso C. CRISCENTI, *I riti speciali: oggetto, termini e procedure*, relazione letta al Convegno nazionale di studi "La codificazione del processo amministrativo, riflessioni e proposte", tenutosi a Siracusa nei giorni 30 e 31 ottobre 2009 (reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it), in cui si osserva che "se si pensasse dell'ambito di applicazione con una riduzione, anche drastica, delle materie, resterebbero sul tappeto altri due problemi di non poco conto: quello della razionalizzazione della disciplina e quello del rapporto con il processo in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Per quanto riguarda il primo punto, considerato il gran numero delle questioni, molte delle quali non ancora risolte, che la giurisprudenza ha incontrato nell'applicazione della norma, una effettiva e compiuta realizzazione della disciplina anche per adeguarla alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, richiederebbe così tante e tali di quelle distinzioni e puntualizzazioni che si finirebbe per dover redigere un codice nel codice. Ne verrebbe fuori un rito accelerato particolarmente complesso - ed ecco il secondo punto - non coordinato con quello che sarà in vigore per gli appalti, nonostante la delega comunitaria opportunamente prescriva un insieme coerente e coordinato dei nuovi istituti nel vigente sistema processuale (art. 44, co. 3, lett. a e c, l. n. 88/09). Penso sia, allora più sensato, da un lato coniare e mettere alla prova questi meccanismi imposti dall'Ordinamento comunitario per i procedimenti di aggiudicazione, dall'altro saggiare la capacità operativa concreta del codice e riconsiderare, se sarà il caso, la questione con più calma nei due anni previsti per eventuali interventi correttivi". Anche M. A. SANDULLI, *op. cit.*, dopo aver precisato che nelle materie indicate dall'art. 23 bis della legge n. 1034/71, "il legislatore esprime un chiaro favor per la P.A" attraverso un rito sommario dal quale può derivare "un evidente rischio di riduzione delle garanzie processuali, in nome di un'ingiusta presunzione di prevalenza dell'interesse pubblico", auspica, tra l'altro, che il nuovo codice ponga rimedio alle questioni poste dalla vigente disciplina del rito accelerato tra le quali vanno ricordate quelle afferenti i "termini per l'appello delle ordinanze, termini per il deposito di documenti e memorie dopo l'ordinanza che dispone la fissazione del merito, regime della sospensione della sentenza in caso di omesso appello sul dispositivo".

amministrativa basato sull'effettività della tutela giurisdizione è inconciliabile con il mantenimento, per alcune materie, di un ritmo reso molto più serrato il quale, attraverso la previsione di termini di difesa estremamente ridotti, finisce col privilegiare solo alcuni interessi.

Purtroppo tale occasione non sembra essere stata colta dalla Commissione speciale incaricata di elaborare lo schema di decreto legislativo che dovrebbe contenere il nuovo codice del processo amministrativo poiché da un lato è stata introdotta una disposizione di carattere generale secondo la quale "il tribunale amministrativo regionale, in sede cautelare, se ritiene che le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data di discussione del ricorso nel merito"; dall'altro, all'interno dell'art. 129 ha nuovamente previsto un particolare rito abbreviato applicabile soltanto ad alcune materie, che presenta notevoli analogie con il rito accelerato *ex art. 23 bis* con tutti i problemi e le ambiguità interpretative che ne sono derivate in sede di applicazione.

3.4 I termini processuali nel recepimento della Direttiva comunitaria 2007/66.

I giudizi estremamente negativi espressi dalla dottrina sulla disciplina dei termini processuali contenuta nell'art. 20 del d.l. n. 185/08 sembrano comunque aver sortito un qualche effetto sul legislatore alle luce dei criteri da quest'ultimo individuati nelle legge n. 88 del 7 luglio 2009 *"per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle*

procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”.

Infatti, al fine di garantire nel tempo “*la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori*”, la Direttiva n. 07/66 contempla la fissazione di termini “*ragionevoli*”, di prescrizione o decadenza dei ricorsi (v. il considerando n. 25) unitamente alla previsione di termini minimi per la presentazione del ricorso. Detti termini si diversificano a seconda che si tratti di ricorsi che non incidono direttamente sul contratto (dieci o quindici giorni dalla conoscenza del contenuto dell’atto che si intende impugnare²⁴⁰) o di ricorsi finalizzati a privare di qualsiasi efficacia il contratto stipulato in conseguenza dell’aggiudicazione (30 giorni dalla data di comunicazioni delle motivazioni dell’aggiudicazione o, in difetto, sei mesi dal momento della stipulazione dell’appalto)²⁴¹.

²⁴⁰ L’art. 2 *quater* della Direttiva n. 89/665, introdotto dalla Direttiva n. 07/66, prevede che “*Quando uno Stato membro stabilisce che qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un’amministrazione aggiudicatrice nel quadro di o in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE debba essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest’ultimo è di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all’offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all’offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice. La comunicazione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti*”.

²⁴¹ Secondo l’art. 2 *septies* “*Gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell’articolo 2 *quinquies*, paragrafo 1, debba avvenire: a) prima dello scadere di un termine di almeno trenta giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui: - l’amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato l’avviso di aggiudicazione a norma dell’articolo 35, paragrafo 4, e degli articoli 36 e 37 della direttiva 2004/18/CE, a condizione che tale avviso contenga la motivazione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice di affidare il contratto senza previa pubblicazione di un bando nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea, oppure — l’amministrazione aggiudicatrice ha informato gli offerenti e i candidati interessati della stipula del contratto, a condizione che tali informazioni contengano una relazione sintetica dei motivi pertinenti di cui all’articolo 41, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, fatte salve le disposizioni dell’articolo 41, paragrafo 3, di detta direttiva. Quest’ultima opzione si applica anche ai casi di cui all’articolo 2 *ter*, lettera c),*

Nel recepire le indicazioni della direttiva 2007/66, il legislatore nazionale, pur conservando la sua tendenziale preferenza per le tecniche di accelerazione dei giudizi laddove parla espressamente di “massima celerità” del rito, ha comunque evidenziato la necessità che esso si svolga *“nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali”*.

Sulla base di codesti criteri il Governo ha predisposto, sottoponendolo all’esame del Consiglio di Stato insieme ad una relazione datata 18.12.2009, uno schema di decreto legislativo che, al riguardo, all’art. 8, introduce un rito speciale caratterizzato dalla previsione di un termine di trenta giorni per proporre ricorso (sia principale che incidentale) e da una rapida scansione dei termini processuali (quindici giorni per la costituzione delle parti a partire dalla notificazione del ricorso principale; quindici giorni per la proposizione di motivi aggiunti a decorrere dalla conoscenza degli atti; fissazione dell’udienza entro trenta giorni dalla costituzione delle parti). Inoltre, qualora sia formulata un’istanza cautelare è previsto (art. 9) un termine perentorio di cinque giorni per la presentazione di memorie e l’istanza è sempre trattata durante la prima udienza utile dopo la scadenza del predetto termine di cinque giorni.

La disciplina processuale delineata dal legislatore delegato nello schema del decreto legislativo che dovrebbe recepire le disposizioni della direttiva n. 2007/66, ha recentemente ricevuto il sostanziale apprezzamento della Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato la quale, nel suo parere del 25 gennaio 2010 ha

della presente direttiva; b) e in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto”.

però affermato che le nuove regole processuali costruiscono “*un rito caratterizzato da alcune ulteriori e significative accelerazioni rispetto a quello disciplinato dall’art. 23 della L. TAR, senza però privilegiare il processo in materia di appalti, fino al punto di prevedere sempre un regime talmente celere, da mettere a rischio – proprio per tale generalizzazione idonea ad incidere sui tempi di altre istanze di giustizia – il principio della ragionevole durata del processo, da garantire per ogni tipologia di controversia, non solo di rilevanza economica equivalente al settore degli appalti, ma soprattutto, anche per quelli aventi ad oggetto diritti o interessi costituzionalmente protetti*”²⁴².

3.4.1 (Segue) La problematica del c.d. “stand still period”.

La dimensione temporale del processo può essere esaminata anche in relazione a quei comportamenti della Pubblica Amministrazione o di altri soggetti che possono incidere negativamente sul diritto dei singoli cittadini ad una piena ed effettiva tutela delle loro posizioni giuridiche soggettive.

A tal proposito, per meglio comprendere gli aspetti negativi della recente disciplina, deve preliminarmente evidenziarsi il ruolo di notevole rilievo svolto dalla normativa comunitaria ed in particolare dalla Direttiva 11 dicembre 2007 n. 66, la quale, nel modificare le precedenti Direttive n. 89/665 e 92/13, ha inteso garantire un miglior funzionamento delle Direttive in materia di appalti pubblici (2004/18 e 2004/17), ha fissato alcuni vincoli essenziali che ciascun

²⁴² Il Consiglio di Stato ha segnalato al legislatore delegato come “le esigenze di accelerazione del giudizio vadano condivise ma non fino al punto di prevedere per tutti i processi in materia di appalto un’udienza di merito in un termine molto breve anche perché non sempre tali esigenze sussistono in concreto e un’accelerazione generalizzata rischierebbe di compromettere il rispetto del principio del giusto processo in relazione ad altre tipologie di controversie altrettanto importanti sotto il profilo economico o più rilevanti con riguardo a interessi e diritti in gioco anche costituzionalmente garantiti”.

Stato membro deve rispettare al fine di evitare che un atto, emanato in violazione delle regole fondamentali in materia di aggiudicazione, consegua comunque i suoi effetti.

Per scongiurare il verificarsi di codesta ipotesi, la Direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 prevede, in primo luogo, che tra la conoscenza della decisione (nonché dei relativi motivi²⁴³) di aggiudicare un appalto e la conclusione del contratto²⁴⁴ intercorra un termine sospensivo (*standstill*) non inferiore a dieci giorni, in modo da offrire a chiunque ritenga di aver subito un pregiudizio di valutare l'opportunità di presentare ricorso. La deroga della sospensione è ammessa soltanto quando il termine sospensivo sia palesemente inutile (es. del concorrente unico), ovvero nei casi di urgenza estrema non imputabili alle stazioni appaltanti o infine nei casi di contratti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione²⁴⁵. In quest'ultimo caso, però, quando l'appalto è pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria²⁴⁶, gli Stati membri

²⁴³ Al fine di garantire un'adeguata conoscenza del contenuto della decisione di aggiudicare un appalto l'art. 1 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 07/66 ha introdotto, nel testo della direttiva comunitaria n. 89/665, l'art. 2 *bis* il quale, tra l'altro, prevede che *“La comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti di cui all'articolo 41, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, fatte salve le disposizioni dell'articolo 41, paragrafo 3, della medesima”* nonché da *“una precisa indicazione del termine sospensivo esatto applicabile conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale di trasposizione del presente paragrafo”*.

²⁴⁴ Cfr. il considerando n. 4 della Direttiva n. 66 del 2007 dove, nel motivare la previsione dello *standstill*, il legislatore comunitario afferma che fra le carenze della direttiva 89/665 *“figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto”*.

²⁴⁵ In dottrina si veda L.M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 493; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 02, 285.

²⁴⁶ Su tale questione si vedano: F. SCIAUDONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la “nuova” discrezionalità delle amministrazioni*

devono assicurare che il contratto resti privo di effetti quando siano state violate le disposizioni più specificatamente dirette a garantire un effettivo confronto concorrenziale (considerando 8 e 9 e art. 2 ter)²⁴⁷.

E' previsto, poi, un ulteriore termine sospensivo per la conclusione del contratto che decorre dalla proposizione di un ricorso contro il provvedimento di aggiudicazione sino alla relativa decisione (cautelare o di merito) da parte dell'organo indipendente dall'amministrazione chiamato a pronunciarsi sul ricorso medesimo²⁴⁸.

Qualora sia stato proposto un ricorso all'organo indipendente, il contratto stipulato prima della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione è considerato privo di effetti se l'appalto è stato aggiudicato in via diretta al di fuori delle ipotesi previste dalle

aggiudicatrici, in Foro amm. Tar, 2005, 1, 20; M. LONGO, Sindacato sulle valutazioni di anomalia delle offerte e conseguenze dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato, in Foro amm. CDS, 2005, 5, 1519; L. MASI, Ancora in tema di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici. Le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici (d.lg. 12 aprile 2006 n. 163) in materia di offerte anomale, in Foro amm. Tar, 2006, 7-8, 2414.

²⁴⁷ E' utile ricordare che un'analogia ipotesi di termine sospensivo è prevista nell'art. 11, comma 10, del Dlgs. n. 163 del 12 aprile 2006 in cui si statuisce che *"Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi"*.

²⁴⁸ In ordine all'organo indipendente chiamato a pronunciarsi sul ricorso, l'art. 2, paragrafo 9, della Direttiva n. 89/665, come modificata dalla successiva Direttiva n. 07/66 prevede, tra l'altro, che *"Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato e che sia indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso. La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni previa procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti"*.

Direttive 17 e 18 del 2004²⁴⁹ o il mancato rispetto del termine sospensivo ha impedito all'offerente di avvalersi di mezzi di ricorso efficaci prima della stipulazione, sempre che vi sia stata pure una violazione delle richiamate Direttive del 2004 la quale abbia influito sulle possibilità dell'offerente di ottenere l'appalto²⁵⁰.

Alla regola dell'inefficacia dei contratti può derogarsi, in via eccezionale, soltanto mediante un provvedimento dell'organo indipendente, chiamato a pronunciarsi sul ricorso, al quale lo Stato membro abbia consentito di non rimettere in discussione il contratto o di riconoscerne in tutto o in parte gli effetti al fine di rispettare alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale²⁵¹.

²⁴⁹ Recanti, rispettivamente, in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e per le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

²⁵⁰ Nel preambolo della Direttiva n. 66 del 2007 si statuisce, in particolare, che: (considerando n. 13) *“per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive”*; (considerando n. 14) *“la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi ai sensi della presente direttiva dovrebbero includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ai sensi della direttiva 2004/18/CE; (considerando n. 18) “Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica, che sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, si dovrebbero applicare sanzioni effettive. Gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero pertanto essere considerati in linea di principio privi di effetti se in presenza di violazioni della direttiva 2004/18/CE o della direttiva 2004/17/CE nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto”*.

²⁵¹ In tal caso, comunque, secondo il considerando n. 21 della direttiva n. 07/66, *“gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale. Il diritto nazionale dovrà determinare inoltre le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione compresa la restituzione in valore qualora la restituzione in natura non sia possibile”*, Inoltre il successivo considerando n. 24, ai fini della valutazione delle esigenze imperative legate ad un interesse generale, precisa che *“per quanto concerne l'efficacia di un contratto, gli interessi economici possono essere presi in considerazione quali esigenze imperative soltanto se in circostanze eccezionali la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate. Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente all'appalto in questione non dovrebbero costituire un'esigenza imperativa”*.

Inoltre, per garantire nel tempo “*la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori*”, la Direttiva n. 07/66 contempla la fissazione di termini “*ragionevoli*”, di prescrizione o decadenza dei ricorsi (v. il considerando n. 25) unitamente alla previsione di termini minimi per la presentazione del ricorso. Detti termini si diversificano a seconda che si tratti di ricorsi che non incidono direttamente sul contratto (dieci o quindici giorni dalla conoscenza del contenuto dell’atto che si intende impugnare²⁵²) o di ricorsi finalizzati a privare di qualsiasi efficacia il contratto stipulato in conseguenza dell’aggiudicazione (30 giorni dalla data di comunicazioni delle motivazioni dell’aggiudicazione o, in difetto, sei mesi dal momento della stipulazione dell’appalto)²⁵³.

Questa sommaria esposizione delle disposizioni della Direttiva comunitaria n. 07/66 permette di ribadire come le norme di cui

²⁵² L’art. 2 *quater* della Direttiva n. 89/665, introdotto dalla Direttiva n. 07/66, prevede che “*Quando uno Stato membro stabilisce che qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un’amministrazione aggiudicatrice nel quadro di o in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE debba essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest’ultimo è di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all’offerente o al candidato, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell’amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all’offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice. La comunicazione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti*”.

²⁵³ Secondo l’art. 2 *septies* “*Gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell’articolo 2 *quinquies*, paragrafo 1, debba avvenire: a) prima dello scadere di un termine di almeno trenta giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui: - l’amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato l’avviso di aggiudicazione a norma dell’articolo 35, paragrafo 4, e degli articoli 36 e 37 della direttiva 2004/18/CE, a condizione che tale avviso contenga la motivazione della decisione dell’amministrazione aggiudicatrice di affidare il contratto senza previa pubblicazione di un bando nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea, oppure — l’amministrazione aggiudicatrice ha informato gli offerenti e i candidati interessati della stipula del contratto, a condizione che tali informazioni contengano una relazione sintetica dei motivi pertinenti di cui all’articolo 41, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, fatte salve le disposizioni dell’articolo 41, paragrafo 3, di detta direttiva. Quest’ultima opzione si applica anche ai casi di cui all’articolo 2 *ter*, lettera c), della presente direttiva; b) e in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto*”.

all'art. 20, commi 8 e 8 bis, del d.l. n. 185 del 2008 e le modificazioni operate con la legge di conversione n. 2 del 29 gennaio 2009, prescindendo dalle numerose ambiguità e contraddizioni²⁵⁴, si pongano in palese contrasto con i principi costituzionali e comunitari in materia di tutela giurisdizionale delineando, con estrema genericità, un insieme di atti riguardanti *“investimenti pubblici di competenza statale, ivi inclusi quelli di pubblica utilità”* (primo comma dell'art. 20) i cui effetti, indipendentemente dai profili di illegittimità che in essi è possibile riscontrare, sono sottratti a qualsivoglia sindacato del giudice amministrativo.

Ad esempio, in ambito comunitario, mediante specifiche e ed analitiche regole, contro le possibili violazioni delle Direttive n. 17 e 18 del 2004 è stata predisposta una tutela reale ed efficace alla quale è possibile ricorrere persino in una fase anteriore alla stipulazione del contratto. Nel nostro Paese, invece, il legislatore si è mosso in una direzione del tutto opposta giacché, non solo ha previsto che i contratti indicati nella citata normativa del 2008 conservano i loro effetti anche in presenza di un'eventuale provvedimento di sospensione o annullamento dell'atto amministrativo presupposto, ma ha addirittura sottratto detti contratti all'osservanza del termine di 30 giorni indicato nell'art. 11, comma 10, del codice dei contratti pubblici (D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

I giudizi estremamente negativi espressi dalla dottrina sulla disciplina contenuta nell'art. 20 del d.l. n. 185/08 sembrano

²⁵⁴ Cfr. M. A. SANDULLI, *op. cit.*, 6 e ss, secondo la quale *“il quadro che si presenta all'operatore è senza enfasi inaccettabile: l'incertezza investe infatti ogni singolo passaggio del testo normativo, toccando lo stesso esatto significato delle sue disposizioni, i rapporti con il rito speciale disegnato dagli artt. 23 bis l. n. 1034 del 1971 e 245 d.lgs. n. 163 del 2006 e con l'azione risarcitoria autonoma prospettata dalla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, le concrete modalità di svolgimento del processo, nonché, ma in realtà in primis, lo stesso ambito di applicazione del nuovo rito”*

comunque aver sortito qualche effetto sul legislatore alle luce dei criteri da quest'ultimo individuati nelle legge n. 88 del 7 luglio 2009 *“per l’attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”*.

Ed invero la lettera *e*) del terzo comma dell’art. 44, pare davvero eliminare uno degli aspetti maggiormente censurabili del d.l. 185/08 (ossia la mancata previsione dello *standstill*) avendo stabilito che, ai fini del recepimento nell’Ordinamento italiano *“degli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 89/665/CEE e degli gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE”* il legislatore delegato deve fissare *“un termine dilatorio per la stipula del contratto e prevedendo termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura”*.

Inoltre, è stato persino previsto il recepimento delle disposizioni comunitarie riguardanti i casi in cui deve escludersi l’operatività dello *standstill* ad eccezione delle ipotesi di mancata pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta ufficiale della Comunità europea, degli accordi quadro e dei sistemi dinamici di acquisizione.

L’opera di recepimento che il legislatore delegato è tenuto a compiere in sede di attuazione delle direttive comunitarie comprende anche la previsione di un di un termine di sospensione della stipulazione del contratto ove venga impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva e tale richiesta sia accompagnata da una contestuale domanda cautelare.

Nella legge delega si specifica altresì che in tale ipotesi la preclusione alla stipulazione del contratto “opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare”.

Sulla base dei criteri indicati nella legge delega n. 88/09 il Governo ha predisposto, sottoponendolo all’esame del Consiglio di Stato insieme ad una relazione datata 18.12.2009, il citato schema di decreto legislativo che in ordine al termine di standstill prevede che esso è quantificato (art. 2) in un intervallo di 35 giorni decorrenti dall’ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione. Il contratto, in presenza di un ricorso con contestuale domanda cautelare, non può inoltre essere concluso dal momento della ricezione della notificazione del ricorso da parte della stazione appaltante e per almeno venti giorni, a condizione che, entro tale termine, intervenga almeno il provvedimento cautelare collegiale di primo grado, ovvero fino alla pronuncia di detto provvedimento se successiva, ovvero fino alla pubblicazione della sentenza di primo grado²⁵⁵.

Peraltro un diverso regime dei termini è previsto dall’art. 11 mediante l’inserimento di un art. 245 quater nel codice dei contratti pubblici. In sintesi, se l’aggiudicazione dell’appalto è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, il ricorso non può essere proposto prima che sia trascorso un periodo di trenta giorni

²⁵⁵ Cfr. sul punto i rilievi del Consiglio di Stato il quale, nel concordare con la scelta di “prevedere che il termine preclusivo operi solo per venti giorni e sempre che entro tale termine intervenga un provvedimento cautelare collegiale” ha sottolineato il “rischio che una protrazione dell’effetto sospensivo operante sino al giudicato cautelare possa essere fonte di notevoli inconvenienti pratici , primo fra tutti la possibilità che si faccia un uso distorto del ricorso giurisdizionale (e della tutela cautelare) solo al fine di bloccare la stipula del contratto per qualche mese. Il ricorso potrebbe allora essere proposto anche pretestuosamente per ottenere la sospensione *ex lege* alla stipula, magari da parte dell’

decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva che deve, comunque, esplicitare le ragioni che hanno indotto l'amministrazione ad affidare l'appalto senza procedere alla pubblicazione del bando. Qualora vi sia stata una violazione del termine di standstill che abbia impedito all'interessato di impugnare l'aggiudicazione prima della stipulazione, il termine di trenta giorni per impugnare decorre dal momento in cui la stazione appaltante ha comunicato all'interessato l'avvenuta conclusione del contratto. Ove l'interessato non abbia ricevuto nessuna delle due comunicazioni sopra descritte il termine per impugnare è di sei mesi decorrenti dalla conclusione del contratto.

4. La perenzione.

Peraltro, a conferma dell'operato incoerente e confuso del legislatore, deve rilevarsi come quest'ultimo, in altre occasioni, abbia utilizzato il termine "*accelerazione*" per indicare disposizioni che, in realtà, non sembrano avere nulla a che fare con le esigenze di rapida (ragionevole!!) definizione del processo.

Un significativo esempio, tra i tanti, è costituito dall'art. 54 del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008 (convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133), intitolato "*accelerazione del processo amministrativo*", che, al nono comma, prevede la riduzione a cinque anni del termine decennale originariamente previsto dall'art. 9, comma 2, della legge n. 205 del 2000 (articolo che ha sostituito l'ultimo comma dell'art. 26 della legge n. 1034/71)..

Una persona ignara di diritto amministrativo forse proverebbe un senso di soddisfazione di fronte ad un così radicale dimezzamento dei termini, ma, probabilmente, cambierebbe subito idea leggendo il testo integrale dell'art. 9 della legge n. 205 del 2000 che, nel disciplinare una particolare ipotesi di perenzione del processo

amministrativo, impone alle segreterie dei giudici amministrativi, dopo il “*decorso di cinque anni dalla data di deposito dei ricorsi*”, di notificare un avviso con il quale “*è fatto onere alle parti ricorrenti di presentare nuova istanza di fissazione di udienza con la firma della parte entro sei mesi dalla data di notifica dell’avviso medesimo*”. Trascorso inutilmente il periodo di sei mesi indicato dalla legge per il deposito dell’istanza di fissazione, il ricorso è dichiarato perento.

Basta la semplice lettura della norma per convincersi che essa non svolge alcuna funzione acceleratoria ma si limita a solo a prevedere degli strumenti di radicale sfoltoimento dei ruoli²⁵⁶. Si ha l’impressione, insomma, che il legislatore abbia voluto inasprire la disciplina della perenzione *ex art. 9* della legge n. 205/2000 esclusivamente per rafforzarne il ruolo di meccanismo teso a dichiarare l’estinzione dei ricorsi per i quali si possa presumere venuto meno l’interesse a proseguire il giudizio²⁵⁷.

²⁵⁶ Per quanto concerne le finalità dell’istituto previsto dall’art. 9 della legge n. 205/2000, cfr. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 2003, 793, che parla di “*norma provvidenziale che consente “a chi resta” di poter andare avanti con quella sollecitudine che è oggi richiesta dall’art. 111, Cost*”; SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano 2005, 264, secondo cui si è in presenza di un utile “*escamotage processuale*”; M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di « snellimento » del processo amministrativo nella l. n. 205 del 2000*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 441 ss.; LAMBERTI, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di CERULLI IRELLI, Torino 2000, 345. D’ALESSANDRO, *Una norma barbara*, in *Giust. amm.*, n. 5, 2000; cfr. anche MONTEFUSCO, *Le decisioni in forma semplificata*, in SASSANI-VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. n. 205 del 2000*, Torino 2001, 290).

²⁵⁷ In tal senso, sebbene parli impropriamente di “*definizione delle controversie*”, sembra orientato [Cons. St., sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5822](#) *Foro amm.* CDS 2008, 11, 3121, dove si legge che “*l’art. 9, comma 2, della legge n. 205/2000 prevede che dopo il decorso di dieci anni (ora cinque dopo la modifica ex art. 54 del d.l. n. 112/2008) dalla data di deposito dei ricorsi, è notificato alle parti costituite apposito avviso in virtù del quale è fatto onere alle parti ricorrenti di presentare nuova istanza di fissazione dell’udienza con la firma delle parti entro sei mesi dalla data di notifica dell’avviso medesimo, in assenza del quale i ricorsi vengono dichiarati perenti. Tale disposizione è diretta a semplificare la definizione di quelle controversie, per le quali il decorso del tempo può costituire indice di una sopravvenuta carenza di interesse, che viene poi desunta dall’assenza della presentazione di una nuova istanza di fissazione entro il termine di sei mesi dalla specifica comunicazione inviata dalla segreteria. Tuttavia, in caso di ricorsi ultradecennali (oggi ultraquinquennali), anche in assenza dell’avviso da parte della segreteria ai sensi dell’art. 9, comma 2, della legge n. 205/2000, può essere fissata l’udienza di discussione e, in questo caso, il giudice può trarre direttamente dalla condotta delle parti elementi per ritenere*

A ciò si aggiunga che il deposito dell'istanza (firmata personalmente dalla parte) con cui si conferma l'interesse alla prosecuzione del giudizio non comporta alcuna priorità nella fissazione dell'udienza di merito cosicché potrebbe trascorrere un ulteriore notevole intervallo di tempo prima che si giunga, finalmente, alla discussione del ricorso.

Peraltro la perenzione ultraquinquennale, operando in modo automatico in conseguenza del mancato deposito dell'istanza di fissazione nel termine di sei mesi dalla notificazione dell'avviso²⁵⁸, non è minimamente riconducibile alla c.d. perenzione ordinaria prevista dall'art. 25 della legge n. 1034/71 e dall'art. 40 del Regio

la permanenza dell'interesse alla decisione, che, nel caso di specie, non è in discussione, come dimostra sia la proposizione del presente ricorso in appello, sia la conferma in primo grado delle richieste delle parti".

²⁵⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 28 luglio 2005, n. 4046, *Foro amm. CDS*, 2005, 7/8 2259 in cui si evidenzia che "[L'articolo 9, comma 2, della legge 21 luglio 2000, n. 205](#), introduce una forma di perenzione del ricorso giurisdizionale amministrativo autonoma ed indipendente rispetto alla perenzione ordinaria di cui [all'articolo 25 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034](#). I due istituti, pur pervenendo al medesimo effetto della estinzione del giudizio, si basano su presupposti diversi. La perenzione di cui [all'articolo 25 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034](#), si fonda sulla inerzia delle parti e considera abbandonati i ricorsi "se nel corso di due anni non sia compiuto alcun atto di procedura". La perenzione di cui [all'articolo 9, comma 2, della legge 21 luglio 2000, n. 205](#), invece, indipendentemente dall'inerzia delle parti, parte dal dato obiettivo del "decorso di dieci anni dalla data di deposito dei ricorsi". Conforme Cons. St., sez. IV, 21 gennaio, 2003, n. 213, in *Foro amm. CDS*, 2003, 88, la quale osserva che "Il termine di sei mesi entro cui presentare la nuova istanza di fissazione d'udienza, stabilito dalla legge n. 205 del 2000, è chiaramente un termine avente natura decadenziale e opera indipendentemente dal comportamento del soggetto titolare della facoltà processuale, e tanto meno dei motivi soggettivi che ne sono alla base. Il suo inutile decorso, quindi, determinato dall'inerzia protratta per l'intera durata, non poteva che condurre all'estinzione del rapporto processuale, a prescindere dalla circostanza che non molto tempo prima (comunque antecedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione) il comune aveva manifestato il permanere dell'interesse alla decisione del ricorso". Con la medesima sentenza il Consiglio di Stato ha pure respinto i rilievi del ricorrente circa una possibile violazione dell'articolo 24 Cost. e dell'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ritenendo "non irragionevole che il legislatore possa chiedere alle parti in giudizio - allorché sia trascorso un notevole tempo dall'inizio del processo - la rinnovazione di un atto attraverso cui significare l'attuale permanenza dell'interesse alla decisione, pur in presenza di una valida instaurazione del rapporto processuale. Peraltro, il rinnovo della istanza di fissazione d'udienza da effettuare entro il congruo termine di sei mesi, con decorrenza subordinata a un'esplicita richiesta dell'ufficio, costituisce un onere che richiede solo impegno di minima diligenza, certamente non tale da dar luogo a violazione della ricordata norma di livello costituzionale, ovvero dei principi sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

Decreto 26 giugno 1924 n. 1054²⁵⁹. La fattispecie prevista da queste due norme, infatti, presuppone pur sempre che nel corso di due anni non si sia compiuto alcun atto di procedura²⁶⁰ senza considerare, poi, che il *dies a quo* del periodo biennale varia in funzione della diversa fase processuale in cui si trova il giudizio²⁶¹.

Non può tacersi, poi, che il legislatore, continuando a pretendere - anche dopo le modifiche apportate con l'art. 54 del d.l. n. 112/08 - un'istanza di fissazione dell'udienza sottoscritta personalmente dalla

²⁵⁹ E' opportuno segnalare che, oltre all'art. 25, secondo cui "i ricorsi si considerano abbandonati se nel corso di due anni non si sia compiuto alcun atto di procedura", la legge n. 1034/71 prevede un'ulteriore ipotesi di perenzione all'art. 23, primo comma, in base al quale "La discussione del ricorso deve essere richiesta dal ricorrente ovvero dall'amministrazione o da altra parte costituita con apposita istanza da presentarsi entro il termine massimo di due anni dal deposito del ricorso". Tale istanza, inoltre, deve essere rinnovata "dalle parti o dall'amministrazione dopo l'esecuzione dell'istruttoria". L'art. 40 del T.U. sul Consiglio di Stato, invece, stabilisce che "Le parti in causa o la pubblica amministrazione dovranno domandare, con separate istanze, ai presidenti delle sezioni contenziose, la fissazione dell'udienza per la discussione dei ricorsi. I ricorsi si avranno per abbandonati, se per il corso di due anni non sia fatto alcun atto di procedura".

²⁶⁰ Circa l'individuazione degli atti idonei ad interrompere il termine di perenzione cfr., fra le tante, Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2006, n. 1211, in Foro amm. CONS. ST., 2006, 3, 853 (con nota di commento di S. MONZIANI, *L'istituto della perenzione ritrova la propria ragion d'essere*), per la quale "il corso della prescrizione non può essere interrotto da un atto che si limiti a manifestare la volontà della parte di mantenere in vita il processo, ma occorre che l'atto di procedura, indipendentemente dalla fondatezza e rilevanza delle tesi e dei documenti depositati dalle parti, contribuisca a dare una effettiva sostanza al rapporto processuale. Così non è nel caso di specie perché, come d'altronde riconosciuto dalla parte appellante, le memorie prodotte immediatamente prima della scadenza del termine biennale venivano presentate allo scopo specifico di evitare la perenzione". S. MONZIANI, nella sua nota di commento valuta positivamente detta pronuncia perché subordinando l'interruzione del termine di perenzione al compimento di un atto inteso "con riguardo anche al profilo contenutistico in relazione all'effettiva capacità di contribuire alla definizione del giudizio" contribuisce ad evitare quelle distorsioni che hanno impedito all'istituto della perenzione "di svolgere la funzione ad esso assegnata dal legislatore, ossia quella di evitare che i processi rimangano troppo a lungo pendenti per inattività delle parti" sino a trasformarlo nel "miglior espediente per rendere il processo « immortale », specialmente avanti il Consiglio di Stato ove, come illustrato in precedenza, al giudice è preclusa la possibilità di fissare l'udienza di discussione in difetto di un'istanza in tal senso della parte, la quale è posta nelle condizioni di mantenere in vita il giudizio a tempo indeterminato semplicemente attraverso il compimento di generici ed indefiniti « atti di procedura »".

²⁶¹ La correlazione esistente tra perenzione ordinaria e le diverse fasi in cui si articola il giudizio amministrativo emerge anche dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 5 agosto 2005 n. 4172, in Foro amm. CONS. ST., 2005, 2180, dove si ricorda il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui "ai fini della perenzione del ricorso l'inerzia delle parti assume rilevanza soltanto nei casi in cui l'iniziativa processuale compete alle parti stesse, e non anche quando il processo si trovi in una fase governata esclusivamente dall'impulso d'ufficio". Conformi Cons. St., Ad. Plen., 22 aprile 1983, n. 6, in *Giust. civ.* 1983, I, 3132; Cons. St., sez. IV, 2 dicembre 2003 n. 7864, in *Foro. Amm.* CDS *ivi*, 2003, 3613.

parte ricorrente, viene ad incidere in maniera rilevante sul contenuto e l'efficacia della procura alle liti.

Ed invero, sulla base di tale disciplina, il mandato conferito dal ricorrente al proprio difensore dovrà ritenersi estinto limitatamente al potere di presentare la istanza di fissazione di udienza conservando comunque la propria efficacia per quanto riguarda le altre parti del suo contenuto (ad esempio l'avviso della segreteria è notificato nel domicilio in essa indicato). Così pure tale potere si estingue in capo alle altre parti costituite del processo le quali, non potendo autonomamente rinnovare l'istanza di fissazione, si trovano nell'impossibilità di compiere qualsiasi atto processuale sino a quando il ricorrente non avrà deciso di proseguire nella causa²⁶².

²⁶² In conseguenza della sua particolare disciplina, la giurisprudenza ha recentemente escluso che l'istanza di cui all'art. 9 della legge n. 205/2000 possa risolversi in una mera domanda di fissazione di udienza la quale, per definizione, è un atto processuale del difensore finalizzato a dare impulso al processo pendente, evitando così il verificarsi della perenzione. Cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 133, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 220 nella quale si statuisce che la prescrizione dell'art. 9 della legge n. 205/2000 secondo cui la domanda di fissazione dell'udienza deve essere sottoscritta anche dalla parte *“deve, evidentemente, avere un senso; non può quindi essere affermato che il suo significato consista nel ribadire l'obbligo di sottoscrivere anche l'atto del processo in questione, come qualunque altro. Di conseguenza, l'espressione “nuova istanza di fissazione dell'udienza con la firma delle parti” rafforza il regime ordinariamente applicabile, imponendo che l'istanza sia sottoscritta dal soggetto che pur essendo la parte sostanziale del processo solitamente non firma i relativi atti. Il legislatore, in altri termini, per evidenti motivi di economia dei mezzi processuali ha voluto assicurare che gli strumenti di tutela non siano inutilmente forniti per la trattazione di cause per le quali non residua ulteriore interesse. Rilevato come sia forte la possibilità che cause pendenti da lungo tempo abbiano perso incidenza sugli interessi delle parti, ed individuato in dieci anni (ora cinque) il termine oltre il quale tale possibilità appare più concreta, ha imposto di assicurare al giudice l'attuale utilità del suo intervento. Atteso peraltro che tale valutazione spetta in primo luogo alla parte sostanziale, che dispone dell'interesse dedotto in giudizio, ha imposto a quest'ultima di dichiarare personalmente la permanenza dell'interesse alla decisione, confermando la richiesta di fissazione dell'udienza di trattazione. In sostanza, nello specifico caso di cui ora si tratta il legislatore ha escluso la possibilità di conferire al difensore la procura sulla base del quale egli agisce ordinariamente imponendo invece, con norma eccezionale, l'intervento personale della parte sostanziale”*. La pronuncia del Consiglio di Stato è fortemente criticata da X. SANTIAPICHI, *Perenzione: l'escamotage dell'iniziativa processuale per snellire i ruoli e denegare giustizia*, relazione letta al Convegno Nazionale di Studi *“La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte”*, (pubblicata sul sito Internet www.lexitalia.it) in cui si argomenta che *“se l'istanza di fissazione è davvero un atto dispositivo, la firma della parte andrebbe richiesta per tutte le istanze di fissazione: sia quella da presentare entro i due anni dal ricorso (pena presunzione di abbandono e dichiarazione di perenzione), sia quella da presentare dopo l'esecuzione dell'istruttoria. L'unitarietà della tipologia dell'atto non tollera trattamenti diversi. A meno di ritenere, con argomentazioni scarsamente sostenibili, che la procura alle liti in qualche modo degradi nel corso del tempo”*

Sotto questo profilo, quindi, la normativa risultante dall'art. 9 della legge n. 205/2000 e dall'art. 54 del d.l. n. 112/08 appare gravemente vessatoria nei confronti di alcune delle parti del processo le quali, senza poter far nulla, si vedono costrette a subire la possibile estinzione del processo dovuta ad una condotta omissiva del ricorrente²⁶³.

5. La domanda di equa riparazione.

L'art. 54 del d.l. n. 112/08 (nel testo modificato dalla legge di conversione n. 133 del 6 agosto 2008) enuncia pure alcune importanti novità in ordine alla domanda di equa riparazione per irragionevole durata del processo introdotta con la legge n. 89 del 24 marzo 2001 (la c.d. legge Pinto).

Com'è noto, attraverso questa legge, ha finalmente trovato concreta attuazione, nel nostro Ordinamento, il principio sancito dall'art. 13 della Convenzione europea del 1950 secondo il quale le persone, i cui diritti e le libertà fondamentali, riconosciute dalla medesima Convenzione (compreso il diritto, previsto dall'art.6, ad un giudizio che si concluda entro un termine ragionevole), siano stati violati, hanno diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza nazionale,

²⁶³ Cfr. le considerazioni svolte da B. GRAZIOSI, *La cosiddetta perenzione ultradecennale e il potere presidenziale di formazione del ruolo (Smaltimento dell'arretrato e accesso alla giustizia)*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2264, secondo il quale "è, degno di nota che l'avviso è sì da « notificare » (comunicare) alle parti costituite, ma la facoltà di rinnovare quella che viene (formalmente) definita istanza di fissazione di udienza è espressamente riservata alle parti ricorrenti" *La disposizione lascia oltremodo perplessi perché il riservare ad una sola parte del processo il potere di impulso è già di dubbia legittimità nell'ordinaria giurisdizione di annullamento perché pare costituire una violazione del paradigma costituzionale del giusto processo « tra parti » - alle quali pertanto esso non può non essere comune - una delle quali verrebbe irragionevolmente menomata. La perplessità è ancora maggiore se si considera la applicazione di questa regola alla giurisdizione esclusiva in genere, e cioè alle controversie su diritti, in cui vi sono anche domande di accertamento e di condanna che si incrociano hic/inde. Insomma è difficile negare che questa disposizione si pone in contrasto con l'art. 23, l. n. 1034 del 1971 (e con il principio da sempre esistente nell'Ordinamento processuale amministrativo) che riconosce la facoltà di evitare la perenzione biennale presentando la domanda di fissazione di udienza quale diritto, comune a tutte le parti".*

anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio di funzioni ufficiali²⁶⁴.

A tal fine la c.d. legge Pinto attribuisce il diritto ad “*un’equa riparazione*” a coloro che hanno subito un danno (patrimoniale o non patrimoniale) per effetto di una violazione della Convenzione europea del 1950 conseguente al “*mancato rispetto del termine ragionevole di cui all’art. 6, paragrafo 1, della Convenzione*”²⁶⁵.

La relativa domanda, ai sensi dell’art. 4 di detta legge, può essere proposta davanti alla Corte di Appello del distretto dove pende il procedimento in cui si sarebbe verificata la violazione durante la pendenza del procedimento medesimo “*ovvero, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il medesimo procedimento, è divenuta definitiva*”.

Occorre rammentare che, inizialmente, la tutela riconosciuta dalla legge n. 89/01 si era tradotta in indennizzi meramente simbolici dal momento che i giudici italiani insistevano nel richiedere la prova

²⁶⁴ Per un’analisi delle principali disposizioni della legge Pinto cfr. CONSOLO, *Disciplina municipale della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. giur.*, 2001, 569; CORONGIU, *L’equa riparazione dei danni derivanti dalla durata irragionevole del processo nella legge Pinto: prime riflessioni*, in *Studium iuris*, 2001, 1003; SORRENTINO, *Alcune riflessioni sul diritto all’equa riparazione per il mancato rispetto del termine ragionevole del processo*, in *Fisco*, 2001, 1322; C. DE ROSE, *Equa riparazione per i processi troppo lunghi: la l. 24 marzo 2001, n. 89 e la sua derivazione europea*, in *Cons. stato*, 2001, II, 453; I. PEILA, *Brevi note in merito alla l. 24 marzo 2001, n. 89 in tema di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in questa *Rivista*, 2001, 1066; G. TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001, 2430; R. MARTINO, *Sul diritto all’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (l. 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1068; F. MACCHIAROLI, *Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e la legge Pinto*, in *Giur. it.*, 2001, 2007; A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002; A. CITTARELLO, *La durata ragionevole del processo: criteri di valutazione della “ragionevolezza” elaborati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo ed Ordinaro italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 145; M. LANA, *I tempi del processo e l’equa riparazione a tre anni dall’entrata in vigore della cd. Legge Pinto*, in *I diritti dell’uomo - cronache e battaglie*, 2004, 1, 9; F. PETROLATI, *I tempi del processo e l’equa riparazione per la durata non ragionevole (la cd. Legge Pinto)*, Milano, 2005; P. STRATOTI, in *Legge Pinto e ragionevole durata del processo*, in *Giust. civ.*, 2007, 235.

dell'esistenza e dell'entità del danno e non si ritenevano vincolati ai criteri interpretativi individuati dalla Corte di Strasburgo.

Quest'ultima, dopo aver riconosciuto che il sistema delineato dalla legge n. 89/01 permetteva alle Corti di Appello italiane di verificare le violazioni della Convenzione in base ai parametri elaborati dagli organi giurisdizionali della stessa Convenzione, con la sentenza *Scordino c/ Italie* del 27 marzo del 2003 aveva sottolineato la mancata adesione dei giudici italiani alle indicazioni della giurisprudenza europea circa il livello di protezione ritenuto più adeguato per il diritto convenzionale ad un termine ragionevole.

Più precisamente, la vicenda esaminata nella predetta sentenza del 2003 trae origine da un ricorso con cui alcuni cittadini italiani, nel dolersi della modesta entità delle somme liquidate a titolo di equa riparazione per l'eccessiva durata di un procedimento di opposizione ad un'indennità di esproprio, avevano dichiarato di non voler ricorrere dinanzi alla Corte di Cassazione stante l'inutilità del ricorso alla luce del consolidato orientamento dei giudici italiani sopra richiamato.

La Corte riteneva meritevole di accoglimento il ricorso sostenendo la possibilità di agire *per saltum* davanti agli organi giurisdizionali europei ove i rimedi previsti dall'Ordinamento interno non fossero in grado di offrire una tutela effettiva contro le violazioni dei diritti sanciti dalla Convenzione europea.

Le critiche dei giudici di Strasburgo sono state raccolte dalla Suprema Corte di Cassazione con alcune sentenze del 2004 dove si è riconosciuto che spetta alla Corte Europea individuare tutti gli elementi di fatto da cui sono desumibili quelle violazioni dell'art. 6 della Convenzione che fanno sorgere il diritto all'equa riparazione

La Suprema Corte di Cassazione ha pure recepito l'insegnamento della Corte europea secondo il quale il danno non patrimoniale

derivante dalla lesione del diritto ad un termine ragionevole può essere liquidato senza necessità di una specifica prova.

Inoltre, i giudici di Piazza Cavour hanno affermato la possibilità di sindacare, in sede di legittimità, i criteri utilizzati dalla Corte di appello per la quantificazione dell'indennizzo atteso il carattere vincolante delle decisioni della Corte di Strasburgo in materia di determinazione dell'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della Convenzione (*“Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi controlli e se il diritto interno dell'alta parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa”*).

Una volta precisato il reale grado di tutela offerto, a livello giurisdizionale, al diritto convenzionale ad un processo che si concluda in un *“termine ragionevole”*, occorre individuare le ipotesi in cui si verifichi la violazione di tale diritto.

Al riguardo, soccorre il secondo comma dell'art. 2 della legge n. 89/01 il quale, nel fissare i parametri che devono essere utilizzati per stabilire quando un processo è irragionevolmente lungo, impone al giudice di tenere conto della *“complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti, del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione”*.

Molto opportunamente, quindi, il legislatore, aderendo al costante orientamento della Corte europea, si è astenuto dall'indicare, quale sia l'intervallo di tempo ragionevole per ogni tipologia di procedimento giurisdizionale ed ha considerato più utile fornire al giudice dei criteri di valutazione particolarmente flessibili ed adattabili alle circostanze del singolo caso concreto.

Per poter determinare quanto debba ragionevolmente durare un processo si deve comunque individuare il *dies a quo* del “*termine ragionevole*” di cui all’art. 6 della Convenzione europea.

Sul punto, in relazione al giudizio amministrativo, era più volte intervenuta la Suprema Corte di Cassazione statuendo che il momento dal quale decorre la durata di un giudizio amministrativo doveva identificarsi con il deposito della c.d. istanza di prelievo, ossia di quella particolare istanza attraverso la quale il difensore del ricorrente segnala al presidente del TAR o di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato un fatto o un evento sopravvenuto che rende particolarmente urgente la decisione del ricorso con conseguente deroga al criterio cronologico di trattazione delle cause fondato sulla data della domanda di fissazione dell’udienza.

Secondo questo orientamento il richiamo operato dall’art. 2 della legge n. 89/01 era tale da escludere qualsiasi responsabilità dell’amministrazione qualora l’eccessiva lunghezza dei tempi fosse addebitabile alla negligente condotta delle parti che non si erano avvalse di un apposito strumento acceleratorio predisposto in loro favore dall’Ordinamento.

In altre pronunce, invece, i giudici di legittimità erano giunti a conclusioni di segno nettamente opposto che ponevano l’accento sulle inadempienze dell’amministrazione derivanti dalla mancata organizzazione di un sistema di tutela giurisdizionale idoneo ad assicurare la celerità del giudizio anche a favore degli utenti non particolarmente diligenti nella cura dei loro interessi potendosi, semmai, valutare la negligenza delle parti private solo in sede di liquidazione della c.d. equa riparazione.

Contro codesta soluzione ermeneutica si era obiettato che soltanto dalla data di deposito dell’istanza di prelievo il decorrere del tempo

diventava l'unico *“parametro di valutazione del comportamento dell'organo di giustizia ai fini dello scrutinio della ragionevolezza della durata”* per cui la mancata o tardiva presentazione della predetta istanza non poteva essere considerata solo ai fini della liquidazione del danno, ma andava valutata principalmente nell'ambito dello scrutinio di adeguatezza del comportamento della parte.

Il contrasto giurisprudenziale veniva superato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con una recente sentenza del 2005 dove si è privilegiato l'orientamento più favorevole per il ricorrente sulla base del rilievo che la presenza di strumenti acceleratori non esonera lo Stato dal fornire una risposta efficace alla domanda di giustizia proveniente dalla collettività, né implica *“il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole per la definizione del giudizio”*.

Il legislatore, però, proprio con il secondo comma del citato art. 54 del citato d.l. n. 112/08, ha mostrato di non condividere l'orientamento emerso nelle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione prevedendo che *“La domanda di equa riparazione non e' 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 e' stata presentata un'istanza ai sensi del secondo comma dell'[articolo 51 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642](#)”*.

Anche in questo caso si è in presenza di una disposizione legislativa che solo indirettamente può influire sulla celerità del processo amministrativo giacché il suo obiettivo principale sembra essere quello di diminuire il contenzioso originato dalla legge Pinto e, quindi, di abbattere l'elevato numero di vertenze risarcitorie che si registrano a carico dello Stato ed costi per la collettività sono stati

giudicati “*gravissimi e assurdi*” persino dal Presidente della Corte di Cassazione²⁶⁶.

La soluzione adottata dal legislatore, ad ogni modo, non appare soddisfacente perché impone alle parti un incombente (ossia l’istanza di prelievo) che, originariamente, aveva carattere facoltativo e presupponeva (in linea di principio), l’enunciazione di specifiche ragioni di urgenza.

Si potrebbe addirittura affermare che la recente previsione normativa abbia profondamente modificato la natura e le finalità dell’istanza di prelievo affidando ad essa una duplice funzione poiché, oltre a fungere da *conditio sine qua non* dell’azione di equa riparazione, nell’ambito del giudizio amministrativo, serve anche ad evidenziare i procedimenti più anziani per i quali si rende necessario giungere ad una loro rapida conclusione.

In conclusione non può non sottolinearsi la notevole compressione del diritto all’equa riparazione riconosciuto in ambito europeo nonché, alla luce di quanto esposto nelle pagine del presente studio dedicate alla Convenzione europea, i possibili dubbi di compatibilità della norma di cui al secondo comma dell’art. 54 del d.l. 112/08 con l’art. 117, comma 1, Cost. il quale, secondo l’interpretazione ultimamente compiuta dalla Corte costituzionale, obbliga il legislatore ordinario a rispettare le norme contenute negli accordi

²⁶⁶ Cfr. i rilievi compiuti dal Primo Presidente della Corte di Cassazione nella sua *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2009*, 161 e ss., dove viene menzionato l’intervento di riforma presentato al Parlamento in data 10 marzo 2009 nell’ambito del disegno di legge A.S. n. 1440 con il quale il Governo si propone di varare una nuova disciplina volta ad accelerare sia il processo principale che l’intero procedimento Pinto. Quest’ultimo verrebbe suddiviso in una prima fase necessaria di tipo monitorio e paragiurisdizionale, (gestito direttamente dal Presidente della Corte di Appello con l’ausilio, ove occorra, degli uffici di cancelleria e di magistrati delegati appartenenti a qualsiasi ufficio giudiziario del distretto) e una seconda ed eventuale fase propriamente giurisdizionale che dovrebbe continuare a svolgersi dinanzi alle Corti di Appello. Secondo quanto si legge nella relazione “*l’approvazione della riforma porterebbe ad una significativa riduzione delle domande di equa riparazione, nonché del quadro oggi gravante. Inoltre si azzerebbero quegli incresciosi fenomeni della c.d. Pinto bis, ossia la richiesta del danno anche per il ritardo nella conclusione del procedimento Pinto. E ci sono ormai casi anche di Pinto ter e Pinto quater.*”.

internazionali con la conseguenza che la norma nazionale in contrasto con la Convenzione europea, viola anche lo stesso art. 117 Cost.

Detta compressione appare ancor più grave ove si consideri che il principio della durata ragionevole del processo, come ha ultimamente ribadito il presidente della Suprema Corte di cassazione, è ormai diventato uno dei cardini fondamentali del sistema giuridico europeo mediante l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed il conseguente recepimento nell'Ordinamento comunitario della Carta dei diritti di Nizza la quale, all'art. 47, ribadisce, attraverso una disposizione analoga a quella contenuta nella Convenzione del 1950, il diritto di ogni persona ad un ricorso effettivo *“esaminato equanimente, pubblicamente entro un termine ragionevole”* da un giudice imparziale²⁶⁷.

L'art. 4 della legge, come si è già accennato, prevede che la domanda di riparazione, qualora non venga proposta durante la pendenza del procedimento, deve essere formulata *“entro sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il medesimo procedimento, è divenuta definitiva”*. A questo punto, quindi, non ci si può non porre il quesito circa il momento in cui, nella giustizia amministrativa, un processo può dirsi realmente *“concluso”*. La risposta a tale interrogativo richiede, peraltro, una breve considerazione circa la possibile configurazione unitaria del processo amministrativo, senza soluzione di continuità tra i due segmenti di cognizione e di ottemperanza.

²⁶⁷ Cfr. la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, 27 e ss., svolta dal Presidente della Corte di Cassazione dove si aggiunge che *“La Carta dei diritti fondamentali, uscendo dalla nebulosa della soft law per entrare a pieno titolo fra gli atti giuridicamente vincolanti nell'Unione, sposta di nuovo l'asse dal piano dell'interpretazione a quello delle fonti, dopo che per diversi anni la giurisprudenza, nazionale, comunitaria e persino della Corte per la salvaguardia dei diritti dell'uomo si era adoperata per anticiparne in qualche modo l'effettività. In un sistema giuridico a più livelli, il Giudice comune è chiamato a confrontarsi con una legislazione comunitaria, sovraordinata, che è tenuto a conoscere e ad applicare in continuo, indispensabile, dialogo, non più soltanto con il giudice costituzionale, bensì, anche con la Corte di Giustizia”*.

Nell'ambito del processo civile, è pacifico in giurisprudenza che anche il processo di esecuzione rileva ai fini della legge n. 89/01 in quanto lo scopo fondamentale della tutela giurisdizionale è quello di concretizzare il comando astratto della legge attribuendo al titolare del diritto il bene della vita che, in forza di esso, è possibile conseguire. Per realizzare tale finalità "il solo processo di cognizione in difetto della successiva spontanea cooperazione dell'obbligato sarebbe insufficiente a garantire al titolare del diritto il godimento del bene o dell'utilità prevista dalla legge sostanziale".

Ne deriva, per il giudice di legittimità, che la decisione "divenuta definitiva" di cui all'art. 4 della legge n. 89/01 non deve identificarsi con la sentenza passata in giudicato ma con il "momento il diritto azionato ha trovato effettiva realizzazione".

La medesima impostazione sembra potersi desumere dalle pronunce della Corte europea di Strasburgo nelle quali si è statuito che "il diritto di accesso ad un tribunale garantito dall'art. 6, par. 1, della Convenzione sarebbe illusorio se l'Ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente consentisse che una decisione giudiziale definitiva e obbligatoria resti inefficace in danno di una parte" per cui "l'esecuzione della sentenza da qualsivoglia giurisdizione promani deve essere considerata parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6".

Anche per quanto concerne il processo amministrativo, la Suprema Corte di Cassazione aveva rilevato che la finalità del giudizio di ottemperanza è quello di soddisfare pienamente l'interesse sostanziale rimasto insoddisfatto in seguito dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato.

Il giudizio di ottemperanza, dunque, non può in alcun modo configurarsi come un autonomo giudizio rispetto al precedente procedimento di cognizione, essendo finalizzato all'individuazione

del contenuto precettivo della sentenza emessa nella fase di cognizione e all'adozione di tutti i provvedimenti che avrebbe dovuto adottare l'amministrazione inottemperante per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto risultante dalla decisione,

Con la sentenza n. 1732 del 2009 il giudice di legittimità ha decisamente mutato opinione sostenendo che le conclusioni alle quale si è pervenuti nel processo civile in materia di rapporti tra giudizio di cognizione e procedimento di esecuzione non possono essere "meccanicamente trasposte" nel processo amministrativo attese le particolarità che connotano il giudizio di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile quali, per ricordare le più rilevanti, "la competenza estesa al merito" (e la conseguente natura mista, cognitoria ed esecutiva, del giudizio), il rispetto del principio del contraddittorio che non trova rispondenza nel processo esecutivo ordinario "informato al più blando principio dell'audizione", l'ammissibilità di misure cautelari all'interno del giudizio di ottemperanza.

Nel motivare il proprio parere negativo circa la possibilità di raffigurare nel giudizio di ottemperanza "la fase postuma del medesimo processo amministrativo di cognizione", su altri elementi strutturali dell'ottemperanza che, a suo avviso", precludono alla radice la possibilità di poterla unire, senza soluzione di continuità, al giudizio di cognizione ai fini dell'individuazione del dies a quo del termine semestrale di decadenza previsto dall'art. 4 della legge n. 89/01.

Soprattutto, vengono posti in particolare evidenza la proponibilità del ricorso da chiunque abbia interesse ove si tratti di giudicato con efficacia ultra partes, la possibilità di richiedere l'esecuzione della sentenza nei confronti di un soggetto pubblico diverso dalla parte resistente nel giudizio di cognizione e le modalità di impugnazione della sentenza di ottemperanza che integrano "un iter processuale

duplicato rispetto a quello di cognizione, incompatibile con una valutazione unitaria della durata ragionevole”.

Inoltre, si aggiunge che l’attribuzione al giudice amministrativo “dei poteri del giudice di ottemperanza” anche per le misure cautelari e le sentenze emesse in primo grado non sospese dal Consiglio di Stato (artt. 21 e 33 della legge n. 1034 del 1971), porterebbe ad escludere che il giudizio di ottemperanza di una sentenza provvisoriamente esecutiva o di un provvedimento cautelare “sia una fase, in senso tecnico, del medesimo giudizio di cognizione che, nelle more, proseguirebbe, parallelamente, il suo iter ordinario nel giudizio di cognizione”.

Gli argomenti utilizzati dalla Corte di Cassazione per motivare il suo recente *revirement*, tuttavia, non appaiono idonei a giustificare l’asserita autonomia della fase di ottemperanza rispetto al giudizio di cognizione.

Ad esempio, per quanto riguarda l’ipotesi che il ricorso per l’ottemperanza sia proposto da un soggetto diverso dal ricorrente iniziale o abbia come destinatario un soggetto non coincidente con la parte resistente nel giudizio di cognizione, non può non precisarsi che l’art. della legge n. 89/01 prescrive al giudice, ai fini dell’accertamento della violazione della ragionevole durata del processo, di considerare “la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti, del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione” Ciò sembrerebbe voler significare che alla Corte d’appello è assegnato il compito di valutare se la parte che agisce per ottenere l’indennizzo sia la stessa che ha instaurato il giudizio di cognizione, e se l’eventuale coinvolgimento, nel giudizio di ottemperanza di soggetti pubblici diversi da quelli contro i quali si è formato il giudicato possa avere determinato un rallentamento dei tempi della giustizia.

Peraltro, relativamente all'eventualità di ricorso per ottemperanza introdotto da un terzo estraneo al giudizio di cognizione, la giurisprudenza amministrativa, ferma restando la deroga all'art. 2909 c.c in presenza di atti di natura normativa o aventi una pluralità di destinatari ed un contenuto inscindibile, la giurisprudenza amministrativa è solita distinguere la sfera di efficacia delle sue pronunce a seconda che si abbia riguardo alla parte dispositivo-cassatoria delle stesse o a quella ordinatorio-prescrittiva (contenente vincoli e limiti per il successivo svolgersi dell'azione amministrativa) limitando solamente alla prima l'estensione *erga omnes* (in caso di atti normativi) o *ultra partes* (nell'ipotesi di atti ad effetti inscindibili). Il soggetto non ricorrente ma titolare, comunque, di una situazione soggettiva ugualmente incisa dall'atto, può dunque avvalersi della sentenza nelle opportune sedi. Tuttavia, permangono sostanziali differenze tra la posizione del ricorrente vittorioso e quella dell'estraneo al giudizio poiché solo il primo può agire in ottemperanza.

Anche l'argomento inerente al regime delle impugnazioni non appare convincente dal momento che la giurisprudenza amministrativa è costante nell'ammettere l'appello contro le decisioni emesse in sede di ottemperanza solo quando quest'ultime, non si limitano a disporre gli adempimenti necessari per l'esecuzione del giudicato, ma risolvono anche "questioni di natura cognitoria concernenti l'esatta individuazione del senso e della portata della decisione da eseguire". Ciò significa che il ruolo del giudice, in sede di ottemperanza, è proprio quello dare un'adeguata risposta alla domanda di tutela avanzata nella fase di cognizione con la conseguente possibilità di valutare, in maniera unitaria, il processo complessivamente inteso rimanendo irrilevante come lo stesso sia articolato al suo interno.

Appare superabile pure il richiamo alle disposizioni concernenti l'estensione dei poteri del giudice di ottemperanza anche alle

sentenze di primo grado provvisoriamente esecutive ed ai provvedimenti cautelari.

Anzitutto la provvisoria esecutività non influisce sul diritto della parte ad ottenere una definizione del processo entro un termine ragionevole in quanto, come hanno più volte ribadito i giudici amministrativi, non solo “la fase dell’esecuzione non si identifica – né lo potrebbe in alcun modo – con quella dell’ottemperanza” ma la sentenza emessa in primo grado, in caso di appello, “è suscettibile di essere riformata” per cui il giudice adito “deve procedere con prudente ed equilibrato apprezzamento nell’adozione dei provvedimenti esecutivi implicanti effetti necessariamente interinali del decisum in previsione della sopravvenienza del definitivo assetto degli interessi comportato dal giudicato.”

In altre parole il giudice, di fronte ad una sentenza provvisoriamente esecutiva per la quale è stato proposto appello, non può delineare un assetto definitivo ed immutabile degli interessi in gioco, tale da rendere inutile la sentenza emessa nel giudizio di impugnazione.

Le medesime considerazioni devono essere compiute riguardo ai provvedimenti di natura cautelare avendo anch’essi carattere interinale e provvisorio rispetto alla decisione finale come hanno potuto verificare gli stessi giudici di legittimità allorché hanno specificato “il provvedimento cautelare ancorché anticipi tutti gli effetti della sentenza richiesta al giudice, è atto precario e rivedibile, di modo che non tocca il diritto della parte attrice di ottenere la definizione entro un termine ragionevole della controversia, né correlativamente esclude il dovere dello Stato, in linea con gli impegni assunti in sede internazionale e recepiti nell’Ordinamento interno, di assicurare la conclusione della causa nel rispetto di quel termine”.

La Suprema Corte di Cassazione, in definitiva, nel propendere per l'impostazione che ravvisa una netta cesura tra cognizione e ottemperanza sembra dimenticare la particolare finalità del giudizio amministrativo che, come si è detto sopra, non si esaurisce nel fornire un'adeguata tutela giurisdizionale all'interesse privato del singolo ricorrente, ma è volto soprattutto all'individuazione di regole di diritto di buona amministrazione che rappresentino una guida sicura ed efficace per la futura azione amministrativa; regole che potranno trovare una loro definitiva e certa enunciazione solo al termine del complesso iter giurisdizionale che va dalla proposizione del ricorrente sino alla decisione con si conclude la fase dell'ottemperanza.

6. Il problema dell'arretrato: la soluzione delle sezioni stralcio.

Gli interventi normativi sin qui esaminati (ad eccezione della perenzione ultraquinquennale la quale, come si visto, contrariamente alla terminologia utilizzata dal legislatore, non assolve ad alcuna funzione acceleratoria dei giudizi), sono finalizzati, soprattutto, a disciplinare lo svolgimento del giudizio amministrativo affinché esso sia in grado di soddisfare la domanda di giustizia proveniente dalla collettività oppure offrono gli strumenti con i quali porre rimedio alle lesioni subite dai singoli privati a causa delle disfunzioni di un apparato giudiziario che, sovente, appare inadeguato di fronte alle mutevoli e complesse esigenze dei cittadini.

Tuttavia, rappresenta un'osservazione comune fra gli studiosi del processo (non solo amministrativo) che la "*ragionevole durata*" di un procedimento giurisdizionale dipende, non tanto da una più o meno coerente disciplina, quanto dall'esistenza di una valida struttura organizzativa e dalla presenza di risorse adeguate che

consentano ai giudici di svolgere, al meglio delle loro possibilità, la funzione di *ius dicere*.

Al riguardo nelle più recenti relazioni inaugurali svolte dal Presidente del massimo organo di giustizia amministrativa si legge che i giudici amministrativi da tempo riescono a definire un numero di cause superiore a quello dei ricorsi introdotti nel medesimo arco temporale²⁶⁸.

Il problema principale della giustizia amministrativa italiana, infatti, non sembra essere costituito da una scarsa intensità lavorativa dei magistrati ma dalla presenza di un arretrato di notevole entità che, nell'ambito del giudizio di primo grado, pare addirittura riguardare la pendenza di oltre 600.000 ricorsi²⁶⁹.

A tale problema il legislatore ha recentemente deciso di porre rimedio inserendo, nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69 (*“Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo”*), tra i criteri direttivi che il Governo dovrà rispettare nel predisporre *“uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato”*, anche quello di *“assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo”* mediante, tra l'altro, *“il ricorso*

²⁶⁸ Secondo la *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa* letta in data 11 febbraio 2010, a Palazzo Spada, dal Presidente del Consiglio di Stato Paolo Salvatore (reperibile sul sito Internet www.federalismi.it), le sezioni giurisdizionali, a fronte di 10.618 nuovi affari pervenuti (7.438 di merito e 3.178 cautelari) hanno emesso complessivamente 16.628 provvedimenti. Il saldo attivo appare ancora più vistoso per i Tribunali amministrativi regionali i quali, nell'anno 2009, a fronte di 55.019 ricorsi pervenuti hanno emesso ben 87.080 provvedimenti idonei a definire il relativo procedimento.

²⁶⁹ Cfr. ancora la recente relazione del Presidente del Consiglio di Stato dove si legge che *“I dati sull'attività svolta introducono anche la riflessione sull'arretrato: è stato negli ultimi anni sempre sottolineato come i lusinghieri dati sulla complessiva attività svolta dal plesso della Giustizia amministrativa fossero offuscati da quelli sull'arretrato. Esso, complessivamente ed oggettivamente, costituisce ancora un pesante macigno per il sistema della Giustizia amministrativa. Presso le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato al 31 dicembre 2009 pendono all'incirca meno di 28.000 affari, in significativa diminuzione rispetto ai 30.000 circa dell'anno precedente; presso i Tribunali amministrativi regionali i ricorsi pendenti sono circa 630.000”*.

a procedure informatiche e telematiche” e “l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato”.

Relativamente al profilo concernente *“l'individuazione di misure.....di eliminazione dell'arretrato”*, tra le diverse soluzioni proposte per abbattere in maniera consistente l'elevato numero di cause ancora pendenti presso i Tribunali amministrativi ed il Consiglio di Stato va ricordato, principalmente, quello consistente nell'istituzione di apposite sezioni stralcio già prospettato dal Governo in un disegno di legge presentato al Senato nel 1999²⁷⁰.

Tale disegno di legge, composto di quattro articoli, prevedeva la presenza, nei Tribunali amministrativi e nel Consiglio di Stato, di sezioni stralcio *« per la durata di cinque anni»* alle quali attribuire l'esame e la decisione dei ricorsi depositati fino al 31 dicembre 1995 e delle controversie di cui al secondo periodo del comma 17 dell'art. 45 del d.l. 31 marzo 1998, n. 80 (concernenti i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici anteriori al 30 giugno 1998). Ogni sezione stralcio avrebbe dovuto essere presieduta da un magistrato amministrativo in servizio affiancato da giudici onorari (tre in primo grado e cinque in appello), di età non superiore ai settantacinque anni, reclutati tra i magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, avvocati dello Stato e degli enti pubblici a riposo, professori universitari a tempo pieno o a riposo, funzionari della carriera direttiva degli organi costituzionali in servizio o a riposo, purché muniti di laurea in giurisprudenza²⁷¹.

²⁷⁰ Si tratta del disegno di legge governativo n. 4961/S comunicato alla Presidenza del Senato il 25 gennaio 2001 ed assegnato alla Commissione affari costituzionali il successivo 31 gennaio recante *“Disposizioni per accelerare la definizione delle controversie pendenti davanti agli organi della giustizia amministrativa”*.

²⁷¹ Per un esame complessivo del disegno di legge n. 4961/S cfr. G. LEONE, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il giusto processo amministrativo ?*, in *Dir. Proc. amm.* 2001, 3, 645, in cui si legge che *“il Governo ha preso coscienza - sia pure con grave ritardo, alla fine della legislatura, e quindi senza alcuna possibilità di vedere tramutata in norma operativa il predetto disegno di legge - del gravissimo problema dell'arretrato; tuttavia il rimedio, ovvero lo strumento individuato non sembra dei più appropriati. Infatti, oltre agli ex*

Il citato disegno di legge n. 4961/S, presentato quando ormai era prossima la fine della legislatura, non si è tradotto in un vero e proprio atto legislativo stante il successivo mutamento delle maggioranze politiche.

Attualmente, in dottrina, non si registra un orientamento unanime circa l'eventuale formazione di sezioni stralcio alle quali demandare il compito di procedere ad una graduale riduzione dell'arretrato avendo diversi autori sollevato numerose perplessità, soprattutto per quanto riguarda i componenti di tali sezioni e le loro modalità di reclutamento²⁷².

magistrati amministrativi, che vanno in pensione a 72 anni (e potrebbero prestare la loro attività per soli tre anni) ed a quei pochi ex avvocati dello Stato che hanno calcato le aule della giustizia amministrativa (e che quindi si troverebbero a loro agio, mentre, se diversamente impiegati durante la loro attività preesistente, incorrerebbero in non poche difficoltà), v'è il rischio che circa seicentomila ricorsi saranno istruiti e decisi (sia pure da un collegio presieduto da un giudice amministrativo togato) da rispettabilissimi ex magistrati ordinari o militari, da professori universitari e da ex funzionari che non hanno mai visto in vita loro come sia scritto un ricorso giurisdizionale amministrativo”.

²⁷² Cfr., tra i più recenti interventi, M. BALLORIANI, *Legge Pinto, arretrati e problemi organizzativi*, relazione tenuta al Convegno Nazionale di Studi “La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte”, svoltosi a Siracusa il 30 e 31 ottobre 2009, (pubblicata sul sito Internet www.giustizia-amministrativa.it), il quale rileva che “i magistrati amministrativi (e l'Anma che è la loro principale associazione) vorrebbero sezioni stralcio formate solo da magistrati togati; il potere politico, ovviamente, le concepisce come organi straordinari, con i quali si chiede la partecipazione alla funzione giudiziaria di giudici onorari. Questo era, ad esempio, il contenuto del d.l. del 2001 mai convertito in legge. Il problema è che sta da ambedue le parti: non ha senso prevedere delle sezioni stralcio composte solo da magistrati togati ordinariamente già chiamati a pronunciarsi su quelle cause. Nel quale caso non servirebbe una legge per prevedere sezioni stralcio, ma si dovrebbe discutere solo dell'indennità da dare a chi s'impegna a lavorare il doppio di quanto finora richiesto”. Un giudizio estremamente negativo sulle sezioni stralcio si rinviene in F. GAI, *Personale di segreteria e gestione dell'arretrato*, in *Giust. amm.*, 4, 2009, che parla di “vagoni agganciabili a motrici ormai a corto di carburante, un fardello che aggraverebbe la situazione già sconvolta, per quanto attiene le segreterie, dalla proliferazione delle sezioni interne, imposta sempre a costo zero relativamente al personale amministrativo (“le sezioni interne, che maturano ogni qualvolta i magistrati raggiungono il multiplo di 5, sono dotate di presidente, magistrati, materie distribuite in modo qualitativamente e quantitativamente omogeneo e “ove possibile” anche di personale). Il tutto in un contesto in cui di fatto opera il blocco del turn over, dove la mobilità serve solo per far fuggire gente dal fronte, dove gli impiegati sono sempre più distratti verso obbligatorie attività di mera autoalimentazione (relazioni, statistiche, ispezioni, controlli, legge Pinto e mille altre cose che non concorrono al prodotto vero finale, le sentenze; che non aiutano il giudice nel prioritario intento di rispondere alle richieste di giustizia)”. Sembra valutare positivamente la formazione di sezioni stralcio formate da soli avvocati amministrativisti in attività M. BRANCA, *Arretrato, sezioni stralcio, giudice monocratico*, in *Giust. amm.*, 4, 2009, il quale ritiene che, in tal caso, eventuali incompatibilità potrebbero essere superate “assegnando il giudice onorario avvocato esercente la libera professione, presso Tribunali regionali diversi da quelli aventi sede nella regione di

Nondimeno sembra essere proprio questa la strada maestra scelta per porre fine al grave problema dell'arretrato come ha recentemente sottolineato lo stesso presidente del Consiglio di Stato nel corso della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 2010 affermando che *“Il nuovo codice del processo amministrativo ha poi previsto l’istituzione delle Sezioni stralcio per i tribunali amministrativi regionali e collegi straordinari per la definizione dell’arretrato per il Consiglio di Stato. Si tratta di strumenti eccezionali, il cui funzionamento non comporterà costi aggiuntivi per lo Stato, che, insieme a quelle misure organizzative cui si è già fatto cenno, si auspica possano realizzare una significativa diminuzione dell’arretrato e consentire di perseguire in modo adeguato il principio di ragionevole durata del processo”*.

Ed infatti lo schema del decreto legislativo che, in attuazione della delega contenuta nell'art. 44 della legge n. 69/09²⁷³, dovrebbe contenere anche le norme del c.d. *“Codice del processo amministrativo”*, nella parte relativa alle norme transitorie prevede, all'art. 1, per i ricorsi con pendenza ultraquinquennale, l'invio dell'avviso relativo al rinnovo dell'istanza di fissazione dell'udienza al fine di conoscere, stando a quanto si legge nella relazione della commissione che ha elaborato detto schema, *“la reale entità del contenzioso di più lunga pendenza per un’adeguata programmazione, sul piano degli assetti organizzativi e dell’impiego delle risorse, delle misure di smaltimento dell’arretrato”*.

Sulla base dei dati così acquisiti, il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa (art. 2) dovrebbe individuare le sedi ove istituire *“una o più sezioni preposte in via esclusiva alla*

appartenenza, e, ancora, dove comunque sono pendenti giudizi patrocinati dallo stesso legale. Tra l'altro, sia per il fatto che anche le sezioni stralcio hanno composizione collegiale, sia per la concorrente valutazione che la giurisprudenza delle sezioni stralcio difficilmente produrrà rivoluzioni nei filoni giurisprudenziali (trattandosi di questioni – anche giuridiche – risalenti nel tempo) il rischio di dare spazio a scelte dettate da interessi personali è pressoché inesistente”

²⁷³ Indicare la fonte in cui è possibile reperirlo

definizione” dei ricorsi ultraquinquennali per i quali è stata dichiarata la permanenza dell’interesse” mentre presso il Consiglio di Stato ed il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione siciliana si dovrebbe procedere con la formazione di “collegi straordinari per la definizione dei ricorsi pendenti da più di cinque anni presso i rispettivi organi”.

Alle sezioni stralcio dei Tribunali amministrativi regionali e ai Collegi del Consiglio di Stato dovrebbero essere assegnati principalmente, su domanda e secondo criteri di rotazione annuale, i componenti del medesimo organo di giustizia amministrativa “*in regola con il deposito delle sentenze*” i quali provvederanno alla definizione dei ricorsi mediante “*sentenza succintamente motivata*”.

In favore di costoro, trattandosi di un impegno aggiuntivo rispetto alle normali funzioni giurisdizionali, è anche riconosciuta la corresponsione di un compenso colcolato tenendo conto dei “*criteri stabiliti dal Consiglio di Presidenza*”.

7. Il processo amministrativo telematico

Nella sua relazione il Presidente del Consiglio di Stato ha anche posto l’accento sull’altro criterio direttivo enunciato dall’art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ossia “*il ricorso a procedure informatiche e telematiche*”, menzionando il “*nuovo sistema informativo della giustizia amministrativa*” il quale, una volta raggiunto un livello di piena funzionalità, dovrebbe portare all’eliminazione di tutto “*l’attuale incontrollabile flusso di documenti cartacei, sparirà l’inaffidabile e costosissimo sistema attuale delle notifiche e delle comunicazioni a mezzo posta o tramite ufficiale giudiziario e sarà sostituito da scambi degli atti digitali con posta elettronica certificata*”.

Il quadro estremamente positivo descritto dal Presidente del Consiglio di Stato non sembra però trovare completo riscontro nella realtà poiché, il c.d. N.S.I.G.A. (Nuovo Sistema di Informatizzazione della Giustizia Amministrativa) pur andando nella direzione di una totale informatizzazione del processo amministrativo presenta ancora notevoli elementi di rigidità nella procedura ed un eccessivo accentramento nella gestione del sistema, ulteriormente aggravati dall'estrema lentezza che caratterizza le fasi di aggiornamento del *software*²⁷⁴.

8. La concentrazione della tutela ai fini della ragionevole durata del processo: la giurisdizione sulla sorte del contratto, la pregiudiziale amministrativa e la *traslatio iudicii*.

Un “giusto” processo che presenti anche una “ragionevole durata” non può prescindere dal rispetto del principio della c.d. concentrazione (temporale e spaziale) delle tutele giurisdizionali²⁷⁵.

Da qui la necessità di richiamare alcuni istituti che nel processo amministrativo hanno sollevato qualche dubbio in ordine alla

²⁷⁴ Cfr. F. BRUGALETTA, *P.A.T.: il Processo Amministrativo Telematico nel nuovo mondo della Pubblica Amministrazione senza carta*, relazione al relazione tenuta al Convegno Nazionale di Studi “*La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte*”, svoltosi a Siracusa il 30 e 31 ottobre 2009, (pubblicata sul sito Internet www.giustizia-amministrativa.it) in cui si precisa che i ritardi nell'informatizzazione del processo informativo sono dovuti alla mancata informatizzazione del processo civile “*per questo motivo, non essendo stata la firma digitale ancora applicata ai processi, sono venuti a mancare, da una parte, a monte, tutti gli atti digitalizzati nella fase di introduzione del processo e dall'altra parte, a valle, la emanazione della sentenza esclusivamente in formato elettronico. In pratica si è creato un sistema monco che non ha eliminato la carta e che non ha raggiunto gli obiettivi fondamentali che doveva raggiungere*”.

²⁷⁵ Cfr. in tal senso, F. DE SANTIS, *La ragionevole durata, l'applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: <<percorsi>> per un processo d'inizio secolo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 4; A. PAJNO, *Per una lettura “unificante” delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *ASTRID – Rassegna*, 2006, 26; in giurisprudenza, si veda Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332, cit.; Cons. St., sez. IV, ord. 21 maggio 2004 n. 3355, cit.; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004 n. 3465, cit. Sul rapporto tra concentrazione delle tutele e artt. 111 e 24 della Costituzione si veda anche Cass., Sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4636; Id., 27 maggio 2009, n. 1252.

mancata osservanza di tale principio, e che pertanto potrebbero pregiudicarne un corretto svolgimento in considerazione dei canoni derivanti dall'effettività della tutela giurisdizionale.

Un primo problema relativo alla concentrazione delle tutele giurisdizionali (e che dunque si riflette anche sulla ragionevole durata del processo, oltre che ovviamente sulla sua effettività) è quello riguardante la giurisdizione sul contratto stipulato successivamente ad un provvedimento di aggiudicazione annullato²⁷⁶.

²⁷⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, fasc. 11, 1195 ss. (nota a TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002 n. 3177); L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, I, 189 ss.; F. GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 202 (nota a Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666); G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 413 ss.; ID., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato (I contratti ad evidenza pubblica)*, cit.; L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 597 ss.; F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 645 ss.; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in questa *Rivista-TAR*, 2007, 795 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, cit. 633 ss.; ID., *La 'caducazione' del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in questa *Rivista-TAR*, 2006, 3719 ss.; P. CARPENTIERI, *Aggiudicazione e contratto*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 17 ss. (nota a Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666); F. CINTIOLI, *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in www.giustizia-amministrativa.it, ottobre 2003; G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 776 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Diritto e Formazione*, 2003, 245; G. MONTEDORO, *I rapporti fra evidenza pubblica e contratto di appalto*, in *Urb e app.*, 2003, 918 ss. (nota a Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332); M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 2003; S. VARONE, *L'invalidità contrattuale nella dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, in questa *Rivista*, 2003, 1648 (nota a Cons. St., sez. VI, 5 maggio 2003 n. 2332); C. VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla p.a. con l'aggiudicatario*, in *Dir. amm.*, 2006, 342; S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo, Contributo allo studio della funzione complessa*, Napoli, 2006, 145 ss.; S.S. SCOCA, *Soccombenza e appello; aggiudicazione e contratto: profili di interesse della sentenza annotata*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 2, 579; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2009, 2, 285; M. RAMAJOLI, *L'adunanza Plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 1165; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori*

La giurisprudenza, che (sulla scorta di quanto si andrà a dire) può dirsi oggi avere esaurito il dibattito, è più volte intervenuta sul problema assumendo posizioni diametralmente opposte.

Secondo un primo indirizzo sostenuto dalla Cassazione, la giurisdizione sul contratto stipulato a seguito di un provvedimento di aggiudicazione annullato dal giudice amministrativo spettava soltanto al giudice ordinario, con la conseguenza che chi avesse vittoriosamente impugnato l'aggiudicazione dinanzi al giudice competente (*id est* quello amministrativo) non aveva alcuna possibilità di subentrare nel contratto né, anteriormente alla legge n. 205/2000, poteva chiedere il risarcimento del danno²⁷⁷.

A suffragio di tale deduzione si richiamava anche l'art. 244 del Dlgs. n. 163 del 2006, il quale – nell'affermare che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le “controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa statale o regionale” – veniva interpretato come limite alla giurisdizione dello

(comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 789.

²⁷⁷ In giurisprudenza v. Cassazione, sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27169, reperibile sul sito www.giustamm.it n. 1-2008 con commenti di F. Cintioli, *Le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*; C. Varrone, *L'eterno tormentone della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*; S. Tarullo, *La Giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni unite non persuade*; S. Rostagno, *La Corte di cassazione interviene rispetto alla tesi del contratto quale atto della serie procedimentale viziata*; S.S. Scoca, *La Cassazione « mette » le mani sugli appalti pubblici*. Peraltro in epoca più recente, nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, si era cercato di descrivere la condizione giuridica in cui si trova un contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione mediante categorie concettuali che permettessero di abbandonare la tradizionale nozione civilistica di annullabilità. Si è parlato, tra l'altro, di nullità per contrasto con norme imperative, di caducazione automatica del contratto, di inefficacia relativa del contratto che può essere contestata solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione.

stesso giudice amministrativo sulle vicende inerenti alla validità, efficacia o esecuzione del contratto²⁷⁸.

In tal senso si era espresso anche il Consiglio di Stato²⁷⁹ sebbene non fossero mancati i tentativi di pronunciarsi, seppur incidentalmente, sulle conseguenze che, in ordine agli effetti del contratto, potevano discendere dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione²⁸⁰.

Solo in questi ultimi tempi le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con ordinanza 10 febbraio 2010, n. 2906²⁸¹, hanno radicalmente mutato il loro precedente indirizzo (con buona pace del principio della "certezza del diritto" a cui la Cassazione in primis dovrebbe tendere in quanto organo garante della funzione nomofilattica) riconducendo nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le questioni circa la validità ed efficacia del contratto in questione.

Il *revirement* del Giudice di legittimità si fonda sulla constatazione che la direttiva comunitaria n. 2007/66, pur non essendo ancora formalmente recepita nel nostro Ordinamento, impone comunque "di concentrare in un solo giudice la tutela dei diritti e degli interessi quando sia domandata la caducazione degli effetti del contratto di appalto come reintegratoria del diritto sorto dall'annullamento della gara chiesto con il medesimo ricorso".

²⁷⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. S.U., 23 aprile 2008, n. 10443.

²⁷⁹ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, del 25 settembre 2007, n. 4956, secondo cui "le questioni privatistiche relative alla validità e all'efficacia del contratto stipulato a seguito di una procedura comparativa pubblicistica toccano rapporti paritetici e coinvolgono questioni di diritto soggettivo che sfuggono, in sede di cognizione, alla giurisdizione amministrativa al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva".

²⁸⁰ Ad esempio, in sede di ottemperanza il giudice amministrativo aveva affermato il proprio potere di rimuovere il contratto quando ciò costituisca l'unica soluzione idonea per eseguire la sentenza che ha annullato l'aggiudicazione (Cons. St. Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9). In altri casi, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 1034/71, era stata dichiarata l'inefficacia del contratto mediante una decisione incidentale ritenuta funzionale all'accoglimento di una richiesta di reintegrazione in forma specifica (Cons. St., 17 dicembre 2008, n. 6292).

²⁸¹ Con commento di F. CARDARELLI, in www.giustamm.it, 2, 2010.

In particolare, secondo le Sezioni Unite una simile deduzione risulta perfettamente coerente con le norme costituzionali che impongono la effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 e 111 Cost.) poiché la trattazione disgiunta delle due domande (annullamento degli atti della gara e privazione degli effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante) ritarda “con l'esigenza di adire un altro giudice con le stesse finalità, la soddisfazione delle posizioni soggettive a tutela delle quali si è agito in giudizio in contrasto, come si è già detto, con i principi del giusto processo e della ragionevole durata di esso e con quello di effettività delle azioni esercitate”.

In ogni caso va ricordato che nello schema di decreto legislativo predisposto dal Governo per il recepimento della direttiva n. 66 del 2007, il primo comma dell'art. 10 prevede ormai espressamente che la giurisdizione del giudice amministrativo si estende anche “in ordine agli effetti del contratto”. L'assunto, tra l'altro, appare del tutto conforme all'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 80 (che ha delegato il Governo a recepire la predetta direttiva) il quale al punto 1), della lett. h), prevede che la “privazione di effetti” del contratto sia lasciata “al giudice che annulla l'aggiudicazione” (*id est* al giudice amministrativo)²⁸².

²⁸² Lo stesso articolo 44 al punto 2) stabilisce poi che sia lasciata al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta tra privazione di effetti e sanzioni alternative; ancora al punto 3) dispone che sia lasciata sempre al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta tra privazione di effetti e risarcimento del danno per equivalente. In merito si veda pure V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 88/09 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'11.2.2010)*, in www.giustamm.it, 2010, 2, secondo il quale, posto che incidere sugli effetti del contratto stipulato vuol dire incidere su delicati interessi in gioco sia di carattere privato che pubblico, “*la legge delega, sulla scorta della Direttiva comunitaria, ha attribuito al giudice amministrativo una competenza del tutto particolare, che viene espressamente definita come “esclusiva e di merito”, nell'ambito della quale il giudice amministrativo al fine di stabilire i termini e i limiti della privazione degli effetti del contratto deve valutare, nella loro contrapposizione e nella loro dialettica, tutti gli interessi in gioco: valutazione che può condurre, nei casi consentiti dalla Direttiva, a determinare la privazione degli effetti a partire dal momento stesso della decisione ovvero dal momento successivo, ovvero ancora dal momento retroattivo, ed inoltre, a valutare se si tratta di privazione totale o parziale, e così via. Insomma il giudice amministrativo è chiamato,*

D'altronde sul predetto art. 10, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, attraverso il parere del 25 gennaio 2010, ha osservato che l'attribuzione ad un unico giudice delle controversie aventi ad oggetto l'aggiudicazione e la sorte del contratto discende dal criterio di riparto della giurisdizione enucleato nell'art. 103 della Costituzione trattandosi di procedimenti "di natura amministrativa rispetto ai quali le posizioni dei privati assumono consistenza di interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura"²⁸³.

Ne consegue che, al di là delle pronunce giurisprudenziali esaminate, il recepimento della direttiva n. 2007/66 rappresenterà l'occasione per affidare al giudice amministrativo il destino di un contratto stipulato in seguito ad un'aggiudicazione dichiarata illegittima, realizzando così, anche sotto questo profilo, la concentrazione della tutela giurisdizionale posta a garanzia della ragionevole durata del "giusto" processo amministrativo.

Anche in relazione ad un altro tema, ben noto, come quello della "pregiudiziale amministrativa", il principio della concentrazione

una volta determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, ad entrare nel merito dell'assetto degli interessi quale contrattualmente stabilito dalle parti, determinandone uno nuovo, sovrapponendo perciò la sua valutazione a quella delle parti in ragione degli interessi in gioco, come da esso stesso valutati".

²⁸³ Nel paragrafo del parere del Consiglio di Stato dedicato all'art. 10 si legge testualmente che "la previsione della giurisdizione del giudice amministrativo sulla c.d. privazione di effetti del contratto è corretta, in quanto, l'intera impostazione della direttiva è nel senso di attribuire ad un unico "organo di ricorso indipendente" il compito di conoscere delle illegittimità delle procedure di gare e di accertare la carenza di effetti del contratto. In coerenza con la direttiva la legge delega ha previsto la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione, qualificando tale giurisdizione come esclusiva. Del resto la necessità di concentrare davanti ad un unico giudice le controversie aventi ad oggetto l'aggiudicazione e la sorte del contratto ha reso obbligata la scelta del legislatore delegante, derivando la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti delle procedure di evidenza pubblica dal criterio di riparto di giurisdizione di cui all'art. 103 della Costituzione, prima ancora che dalle norme primarie che attribuiscono al giudice amministrativo tale tipologia di controversie (art. 244 del Codice dei contratti). Si tratta, infatti, di procedimenti di natura amministrativa rispetto ai quali le posizioni dei privati assumono consistenza di interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura. La necessaria estensione di tale giurisdizione alla cognizione circa la sorte del contratto costituisce una tipica ipotesi di presenza di posizioni giuridiche differenziate di interesse legittimo e di diritto soggettivo, che rende necessario qualificare tale giurisdizione come esclusiva, come in effetti fa la stessa legge delega".

delle giurisdizioni è servito a realizzare la ragionevole durata del processo in attuazione degli artt. 111 e 103 della Costituzione²⁸⁴.

Sul punto, particolarmente significative sono da ritenersi le pronunce della Corte di Cassazione con cui si è ritenuto che la tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione vada chiesta al giudice amministrativo a completamento della tutela demolitoria, sia contestualmente, che dopo l'annullamento dell'atto amministrativo, ovvero anche in via esclusiva, prescindendo dall'annullamento dell'atto, ove la lesione derivi dall'esercizio illegittimo del potere amministrativo²⁸⁵.

In quest'ottica, secondo la medesima autorità giudiziaria, è necessario "accedere ad una soluzione che, mentre tiene conto dei principi costituzionali che legano la tutela giurisdizionale offerta dai due ordini di giudici alle situazioni soggettive, alla luce del criterio enunciato dall'art. 103 Cost., fa propri i valori di effettività e concentrazione delle tutele sottesi all'art. 111 Cost. – e in particolare al principio della ragionevole durata dei processi – che la Corte costituzionale ha assunto come criterio-guida di interpretazione delle altre norme in materia di giustizia"²⁸⁶.

Parimenti è stato altresì affermato che la giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno devono essere attribuite al giudice amministrativo allorché vi sia stato

²⁸⁴ Sul tema della della pregiudiziale amministrativa si veda R. GAROFOLI, *La pregiudizialità per un superamento "regolato"*, in www.giustamm.it, 2009, 11; L. BARRA CARACCILO, *L'azione risarcitoria autonoma: una costruzione senza riscontro positivo ed il wishful thinking delle Sezioni Unite*, in www.giustamm.it, 2009, 5; L. M. CARUSO – F. TALLARO, *La pregiudiziale amministrativa. Genesi, ragioni e prospettive <<europee>> di un contrasto apparentemente insanabile*, in *Giur. merito*, 2009, 4, 1109; F. D'ORO, *La pregiudiziale amministrativa, ovvero l'irrisolvibilità teorica di un problema irreali*, in www.lexitalia.it, 2009, 5; P. PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, 1320; G. PELLEGRINO, *Pregiudiziale: e se fosse un falso problema?*, intervento pubblicato su *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo*, Giuffrè, 2008; G. NAIMO, *La pregiudiziale ed il risarcimento del danno (aspetti sostanziali e procedurali)*, in www.lexitalia.it, 2008, 3.

²⁸⁵ Cass. sez. un., ord. 28 giugno 2006, n. 14842.

²⁸⁶ Cass. sez. un., ord. 15 giugno 2006, n. 13911.

l'annullamento di atti amministrativi, posto che, pur essendo venuto meno con essi il fondamento all'esercizio del potere, ragioni di economia processuale, non disgiunte dalle esigenze di ragionevole durata del processo, portano alla concentrazione, davanti ad un unico giudice, delle pronunce sui diritti consequenziali all'annullamento, anche se la vicenda giurisdizionale amministrativa si sia già conclusa²⁸⁷.

Ancor più emblematica ai fini della "concentrazione" delle giurisdizioni è poi la sentenza con la quale le Sezioni unite della Corte di Cassazione – dopo aver ritenuto che il principio costituzionale della precostituzione del giudice (art. 25 Cost.) non esclude che il giudice amministrativo, avente giurisdizione esclusiva sulla pretesa derivante dal rapporto di lavoro con un ente pubblico, possa conoscere delle domande comunque originate dalla situazione lavorativa sulla quale ha giurisdizione – ha dedotto che ove il lavoratore proponga due domande in via alternativa, la cui decisione dipenda dalla qualificazione giuridica dei fatti emersi in causa, una principale (appartenente alla giurisdizione amministrativa), ed una subordinata (in cui l'ente pubblico viene evocato non come datore di lavoro, ma come coobbligato al rispetto dei minimi retributivi), il principio di concentrazione delle tutele impone di ritenere che il giudice amministrativo, avente giurisdizione sulla domanda principale, possa e debba conoscere di tutte le pretese originate dalla situazione lavorativa dedotta²⁸⁸.

Ora, è evidente che sul tema della pregiudiziale amministrativa, a fronte di un costante e fortissimo contrasto interpretativo sviluppatosi tra i maggiori organi giudiziari – da un lato il Consiglio di Stato, che in diverse occasioni ha difeso la tesi dell'esistenza della pregiudiziale definendo la tutela risarcitoria "un rimedio

²⁸⁷ Cass. sez. un., 19 febbraio 2007, n. 3724.

²⁸⁸ Cass. sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4636.

ulteriore per chi abbia tempestivamente e fondatamente impugnato l'atto lesivo"²⁸⁹ e, dall'altro, la Corte di Cassazione che ha più volte ribadito come, in presenza di atti amministrativi, la tutela risarcitoria può essere chiesta al giudice amministrativo anche senza osservare il termine decadenziale relativo all'azione di annullamento²⁹⁰ - solo attraverso l'intervento del legislatore poteva giungersi ad una definitiva soluzione del problema: sicché mediante l'introduzione dell'art. 39 del nuovo Codice del Processo amministrativo si è espressamente stabilito che l'azione risarcitoria può essere esercitata "in via autonoma" purché venga rispettato il termine di "centottanta giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato, ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il fatto deriva direttamente da questo".

Che tale ipotesi normativa sia in grado di portare all'eliminazione dei forti contrasti esistenti in materia tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato sembra confermato dalle concilianti parole espresse ultimamente dal Presidente della Suprema Corte di Cassazione il quale ha evidenziato, tra l'altro, come si venga gradualmente delineando nel nostro Ordinamento un sistema che "garantisce la tutela di diritti e interessi grazie a due giurisdizioni sostanzialmente ordinarie; l'una perché apprestata e organizzata per erogare ogni forma di tutela e diritti; l'altra apprestata, organizzata e attrezzata per incalzare in ogni forma l'esercizio della funzione al

²⁸⁹ Consiglio di Stato, 8 maggio 2008, n. 2136. Anche recentemente, il Consiglio di Stato, richiamando alcuni importanti elementi di novità contenuti nella Direttiva n. 2007/66 ha manifestando il proprio dissenso nei confronti delle pronunce della Suprema Corte di Cassazione denunciando, tra l'altro, il perentorio aut-aut con la quale quest'ultima ha imposto al giudice amministrativo di scegliere tra la passiva accettazione di una soluzione normativa "che non condivide (e che ritiene sospetta di incostituzionalità" e la pronuncia di una sentenza che molto probabilmente sarà cassata dalla Corte regolatrice.

²⁹⁰ Secondo la Cassazione, diversamente opinando, la pregiudiziale amministrativa si tradurrebbe in un'inaccettabile restrizione della "tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione" e l'eventuale rifiuto del giudice amministrativo di esaminare la domanda di risarcimento sul presupposto del mancato rispetto del termine entro il quale richiedere l'annullamento dell'atto potrebbe essere censurato dinanzi alle "Sezioni unite quale giudice del riparto della giurisdizione".

fine di garantire tutela altrettanto piena e completa alle posizioni di interesse, e solo in particolari materie anche ai diritti”.

Di pari tenore le ultime considerazioni del Presidente del Consiglio di Stato che ha individuato nelle norme del nuovo codice una “linea di equilibrato temperamento tra due opposte visioni: si ammette l’azione risarcitoria pura, cioè sganciata dall’impugnazione del provvedimento lesivo, ma la si assoggetta ad un breve termine di decadenza, per non lasciare troppo a lungo l’amministrazione in uno stato di incertezza”.

Le connessioni esistenti tra ragionevole durata del processo e concentrazione delle tutele giurisdizionali risaltano, con particolare evidenza, anche in relazione alla c.d. *translatio iudicii* ovvero a quel particolare istituto che permette al processo, erroneamente instaurato davanti ad un giudice privo della necessaria giurisdizione, di poter continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione affinché possa concludersi con una pronuncia che, definendo la controversia, risponda in maniera sollecita ed efficiente alla richiesta di tutela giurisdizionale proveniente dai singoli cittadini²⁹¹.

Tale istituto è stato introdotto nel processo amministrativo attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata delle norme processuali: in particolare la Corte costituzionale, in una sua recente sentenza, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 30 della legge n. 1034/71 laddove non prevedeva che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione, a seguito di declinatoria di giurisdizione, si potessero conservare nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, affermando significativamente che “il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi, se

²⁹¹ Cass. sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota R. ORIANI, *E’ possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale.*

comprensibile in altri momenti storici, è certamente incompatibile, oggi, con fondamentali valori costituzionali: infatti la pluralità di giudici ha la funzione di assicurare sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione, della tutela giurisdizionale. Ciò indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti, per di più innervantesi su un riparto di competenze complesso ed articolato, è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione, o l'errore in tema di giurisdizione, può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda, con conseguente pregiudizio per il diritto alla tutela giurisdizionale e ad una ragionevole durata del processo”²⁹².

²⁹² Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77. Precedentemente a detta sentenza, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si erano pronunciate sul punto attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme processuali che aveva statuito l'esistenza delle condizioni per affermare l'ingresso nel nostro Ordinamento processuale del principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale. In particolare, le Sezioni Unite, utilizzando i parametri contenuti negli artt. 24 e 111 Cost., avevano escluso che l'art. 50 c.p.c., che regola la riassunzione del processo con riferimento alla sola ipotesi del difetto di competenza del giudice originariamente adito, dovesse leggersi come un divieto per il caso, non espressamente previsto, del difetto di giurisdizione. Sempre ricorrendo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del nostro Ordinamento processuale, la Corte di Cassazione aveva pure escluso che un divieto in materia di *translatio iudicii* potesse trarsi dal secondo comma dell'art. 367 c.p.c. (“Se la Corte di Cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti devono riassumere il processo entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza”) dal momento che di tale norma, in seguito all'introduzione nella disciplina del processo amministrativo dell'istituto del regolamento di giurisdizione (art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034), doveva ormai ritenersi preclusa una visione restrittiva che ne limiti l'applicabilità al solo giudizio davanti al giudice ordinario. Così pure alcun divieto (secondo la stessa Autorità giudiziaria) sarebbe desumibile dal testo dell'art. 382, terzo comma, c.p.c., atteso che tale norma, disponendo la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata solo quando “il giudice del quale si impugna il provvedimento ed ogni altro giudice difettano di giurisdizione”, implicitamente prevede che, nelle ipotesi diverse dal difetto assoluto di giurisdizione, la Corte deve cassare con rinvio al giudice fornito di giurisdizione, sia esso ordinario o speciale.

Alle medesime conclusioni si perveniva in merito all'art. 386 c.p.c. (“la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda”) limitandosi detta norma a specificare la valenza della pronuncia sulla giurisdizione in caso di prosecuzione del giudizio cosicché anch'essa non impediva la *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale. In sintesi, dalle disposizioni del codice di procedura civile poteva trarsi la regola che il giudizio si estingue solo quando il giudice adito ed ogni altro giudice non sono nelle condizioni di poter emettere alcuna statuizione perché la domanda in concreto non è proponibile o non vi è alcuna situazione giuridica da tutelare. Se tali situazioni non si verificano,

Ovviamente la dichiarazione di illegittimità operata dalla Corte costituzionale ha creato una lacuna nell'Ordinamento alla quale soltanto un intervento del legislatore (rispettoso, ad ogni modo, del predetto principio di conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice che ne era realmente munito) avrebbe potuto porre rimedio.

Ebbene, con l'art. 59 della legge n. 18 giugno 2009 n. 69, (rubricato "decisioni delle questioni di giurisdizione"), si è optato per una norma generale (e a se stante rispetto al codice di rito civile ed alle altre leggi processuali) la quale prevede che se entro tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia con cui il giudice ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione "la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato fin dall'inizio dell'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute".

Le importanti innovazioni normative circa le conseguenze derivanti dalla pronuncia di un giudice che declini la propria giurisdizione non potranno non incidere pure sulla disciplina contenuta nell'art. 37 c.p.c. (riguardante la possibilità di rilevare il difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del processo) anche alla luce della posizione recentemente assunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione le quali, applicando espressamente il principio della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 111 Cost., hanno modificato la propria posizione in materia di giudicato implicito sulla giurisdizione.

il giudizio continua davanti al giudice munito di giurisdizione e può essere riassunto secondo la norma dell'art. 50 c.p.c la quale, pertanto, assume una portata di carattere generale.

Secondo la risalente giurisprudenza di legittimità, infatti, “l'esame, in sede d'impugnazione, di questioni pregiudiziali o preliminari, rilevabili d'ufficio, resta precluso per effetto del giudicato interno formatosi sulla pronuncia che abbia esplicitamente risolto tali questioni, ovvero sulla pronuncia che, nel provvedere su alcuni capi della domanda, abbia necessariamente statuito per implicito sulle medesime. Detta preclusione, pertanto, non si verifica quando il capo della sentenza che comporta, con una decisione di merito, la definizione implicita di questioni pregiudiziali o preliminari sia investito dalla impugnazione, ancorché limitatamente alla detta pronuncia di merito”.

Sicché “per aversi giudicato implicito su una questione preliminare o pregiudiziale, come logica implicazione della decisione sul merito, è indispensabile che almeno un punto di merito sia coperto dal giudicato esplicito; quando, invece, l'impugnazione abbia investito la decisione in modo tale da impedire la formazione di ogni giudicato esplicito sul merito, viene meno il presupposto perché possa dirsi formato un giudicato implicito”.

Nel ritenere codesto orientamento non più rispondente al mutato quadro costituzionale, le Sezioni Unite hanno richiamato una precedente pronuncia del 2007 in cui venivano ricordati i doveri di lealtà e probità previsti dall'art. 88 c.p.c. “il quale impone alle parti di collaborare fin dall'inizio a circoscrivere la materia effettivamente controversa”, nonché, come si è detto sopra “il generale principio di economia che deve sempre informare il processo, soprattutto alla luce del novellato art. 111 Cost.”.

Proprio tale ultimo principio è stato utilizzato dalla Suprema Corte per procedere ad una lettura “in senso restrittivo e residuale” dell'art. 37 c.p.c. che escluda la proposizione davanti alla Corte medesima di una questione di giurisdizione che le parti avevano deciso di non sollevare per ben due gradi di giudizio giacché “non

può considerarsi ragionevole il tempo perduto perché un'eccezione non venga tempestivamente sollevata; né la parte può ritenersi penalizzata per le conseguenze che ne derivano, posto che avrebbe potuto porvi rimedio tempestivamente”.

La Corte aggiunge, poi, che l'avvento del principio della ragionevole durata del processo comporta l'obbligo di verificare la razionalità delle norme che non prevedono termini per la formulazione di eccezioni processuali, per vizi che non si risolvono in una totale carenza di tutela giurisdizionale, come ad esempio i vizi attinenti al contraddittorio”. I principi del giusto processo sanciti nel nuovo testo dell'art. 111 Cost., in altre parole, richiedono un approccio interpretativo completamente diverso dal passato poiché ogni soluzione proposta per affrontare le questioni attinenti allo svolgimento del giudizio “deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto per il suo impatto operativo sulla realizzazione del detto obiettivo costituzionale”.

Da qui l'affermazione di maggior rilievo della Corte secondo la quale il necessario bilanciamento dei valori costituzionali del giudice naturale e della ragionevole durata non può non portare all'esclusione di tutte quelle situazioni il cui il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio.

Nelle più recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione, perciò, il principio della ragionevole durata del processo diventa l'asse portante dell'interpretazione di alcune delle fondamentali norme del diritto processuale fungendo da imprescindibile parametro di costituzionalità in ordine alla possibile illegittimità di qualsivoglia disposizione che preveda “rallentamenti o tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue non

giustificate da garanzie difensive né da esigenze repressive o di altro genere”.

BIBLIOGRAFIA:

- AA. VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa* (Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione. Varenna – Villa Monastero, 19-21 ottobre 2002), Milano, 2003;
- AA.VV. *Corte costituzionale e principio di ragionevolezza*, Padova, 2002;
- ADAM R., *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2000, 4;
- AGRÒ A. S., *La Costituzione Italiana annotata con la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, Utet, 1979;
- ALBENZIO G., *Gli incarichi extra istituzionali dei magistrati, un problema da risolvere*, in *Giur. it.*, 1991, III;
- ALLEGRETTI U., *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in *Le Regioni*, Bologna, Il Mulino, 1981;
- ALLEGRETTI U., *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, Il Mulino, 1989;
- ANTONIAZZI S., *La più recente giurisprudenza amministrativa in tema di decisione « in forma semplificata », e chiara conferma dell'inderogabilità delle distanze tra costruzioni secondo la disciplina ex d.m. 2 aprile 1968 n. 1444 (nota a Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2002 n. 3929)*, in *Riv. giur. urb.*, I, 2002;
- ASTUTI G., *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia* (1963), ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984;
- ATRIPALDI V., *Indipendenza della magistratura alla luce della Carta costituzionale*, in *I diritti dell'uomo*, 1992;

- AMICI F. – PAPA V.– SACCA E., *L'uso giurisprudenziale della Carta di Nizza tra il 2000 e il 2008*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm;
- AMMANNATI L., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: limiti e potenzialità*, in *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, a cura di Y. Meny, Bologna, Il Mulino, 1994;
- AULETTA A., *La consulenza tecnica nel processo amministrativo e l'art. 1 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2002;
- AZZARITI G., *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa*, Torino, 1994;
- BACHELET V., *Le garanzie dell'Ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 1981;
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966;
- BALBI C. E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 1983;
- BALDASSARRE A., *I diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989;
- BALDUZZI R. e SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989;
- BALLORIANI M., *Legge Pinto, arretrati e problemi organizzativi*, relazione tenuta al Convegno Nazionale di Sudi “*La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte*”, Siracusa 30-31 ottobre 2009, www.giustizia-amministrativa.it;
- BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA;
- BARBIERI L.M., *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, n. 3-4;
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;
- BARTOLE S., *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2001;

- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. AMATO e A. BARBERA, Bologna, Il Mulino, 1991;
- BARTOLE S., *Giudice: I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XV, 1989;
- BARTOLE S., *Autonomia ed indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964;
- BASSANI M., *Sentenze semplificate in materia di regolamenti* (nota a TAR Veneto, sez. II, 30 maggio 2005 n. 2334), in *Urb. e app.*, 2005;
- BELFIORE, *Procedimenti camerale e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002;
- BELLINI P., *Sulla guarentigia costituzionale delle indipendenza della Corte dei conti e dei suoi componenti nei confronti del Governo*, in *Foro amm.*, 1967, parte II, 3;
- BENVENUTI F., voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano 1970;
- BERLINGO' V., *Sulle norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al consiglio di Stato*, in www.lexitalia.it, 2004;
- BERTOLDINI A., *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000 n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in *Dir. proc. amm.*;
- BESSONE M. e CARBONE V., *Consiglio Superiore della magistratura*, in *D. disc. pubbl.*, III, 1991;
- BILE F., *La ragionevole durata del processo civile nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, relazione tenuta il 13 maggio 2009 in occasione dell'incontro studio promosso dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Ragionevole durata del processo: interpretazioni ed effetti";
- BOBBIO N., *Quale giustizia, quale giudice*, in *Questione giustizia*, 2004;

- BONIFACIO F. e GIACOBBE G., *art. 104-107. La magistratura*, Tomo II, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, *La magistratura*, t. 3. (Art. 104-107), Bologna-Roma, 1986;
- BOZZI C., *La giustizia nell'Amministrazione nella sua evoluzione storica*, in *Centro studi amministrativisti della Provincia di Como. La giustizia nella Amministrazione. Atti del terzo convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1959;
- BRANCA M., *Arretrato, sezioni stralcio, giudice monocratico*, in *Giust. amm.*, 4, 2009;
- BRANCA M., *Brevi note sulla « sentenza succintamente motivata »*, in *Cons. St.*, II, 2002;
- BRUGALETTA F., *P.A.T.: il Processo Amministrativo Telematico nel nuovo mondo della Pubblica Amministrazione senza carta*, relazione al relazione tenuta al Convegno Nazionale di Studi “*La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte*”, Siracusa 30-31 ottobre 2009, www.giustizia-amministrativa.it;
- CAIANELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, Utet, 2003;
- CALABRO' C., *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, relazione tenuta al Convegno *Art. 111 Costituzione: rivoluzione dell'Ordinamento*, pubblicata su www.giustiziainministrativa.it;
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1936), Milano, 2001;
- CALAMANDREI P., *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950;
- CALVANO R., *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti UE. Diritto pretorio o Ius comune europeo?*, in *Giur. it.*, 2002;
- CALVINO I., *Una pietra sopra, Discorsi di letteratura e società*, Torino, 1980;

- CANNADA BARTOLI E., *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi* (nota a Cons. St., sez. IV, 12 marzo 1996 n. 310, in *Foro Amm.*, 1996, 4;
- CANNADA BARTOLI E., *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. it.*, 1996, III;
- CANNADA BARTOLO E., *Novità sull'assorbimento dei motivi*, *ivi*, 1996, III;
- CAPOGRASSI G., *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959;
- G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (Ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, IV, Milano, 1959;
- CAPPELLETTI M., *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, in *Giur. cost.*, 1961;
- CARANTA R., *Tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI E R. GRECO, Milano, 2007;
- CARETTI P., *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, a cura di P. CARETTI, Padova, 1998;
- CARIOLA A., *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991;
- CARRUBBA A., *Estesi ai membri laici-professionisti del C.G.A. Lo status e le incompatibilità dei magistrati*, in *Guida al diritto*, 31 gennaio 2004, n. 4;
- CARUSO B. – MILITELLO M., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2009;
- CASSESE S., *Basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2003;
- CASSESE S., *L'attività consultiva del Consiglio di Stato in materia di norme*, in *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, a cura di G. PALEOLOGO, Milano, Giuffrè, 1998;

- CASSESE S. – ARABIA A.G. (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione*, Bologna, 1983;
- CATALDI G., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998;
- CATALDI G., "Rapporti tra norme internazionali e norme interne" in *Digesto pubbl*, XII, Torino, 1997;
- CAVALLO PERIN R., *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm*, 1988;
- CECCHETTI M., *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V agg., 2001;
- CELOTTO A., *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Quest. giust.*, 2006, 3;
- CELOTTO A. - PISTORIO G., *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 2005;
- CERRINA FERONI G., *La giustizia amministrativa di primo grado*, in *Codice della giustizia amministrativa*, (a cura di G. Morbidelli), Milano, 2008;
- CERULLI IRELLI V., *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, ASTRID, 2009;
- CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000;
- CHIAVARIO M., *Giudicato e processo <<iniquo>>: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *Giur. cost.*, 2008;
- CHIEPPA R., *A proposito di indipendenza della Corte dei conti e del consiglio di Stato*, in *Giur. Cost.*, 1967;
- CHIEPPA R. (voce) *Consiglio di Stato*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988;
- CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile* (ristampa) Napoli, 1982;

- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960;
- CHITI M.P., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984;
- CICALA M., *Rassegna dell'illecito disciplinare dei magistrati*, in *Riv. dir. priv.*, 1998;
- CITTARELLO A., *La durata ragionevole del processo: criteri di valutazione della "ragionevolezza" elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ed Ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003;
- COCOZZA F., *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino, 1994;
- COLELLA A., *Verso un diritto comune delle libertà in Europa. Riflessioni sul tema dell'integrazione della CEDU nell'Ordinamento italiano*, in www.forumcostituzionale.it, 2007;
- COMOGLIO L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008;
- COMOGLIO L.P., *Il giusto processo nella dimensione comparatistica*, in *Scritti in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004;
- COMOGLIO L.P. , *Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)*, in *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004;
- COMOGLIO L.P., *Modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991;
- COMOGLIO L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970;
- CONSOLO C., *Disciplina municipale della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. giur.*, 2001;
- CONTE R., *Ad impossibilia nemo tenetur*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995;
- CONTE R., *Sui profili costituzionali della rimessione in termini nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990;

- CONTI R., *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, *ivi*, 2008, 2;
- CONTI R., *La Corte costituzionale sui rapporti fra Ordinamento interno e CEDU ed il ruolo del giudice attraverso l'occupazione acquisitiva (saggio licenziato il 6 gennaio 2008)*, in www.europeanrights.eu;
- CORLETTI D., *Il Consiglio di giustizia amministrativa e le singolarità della autonomia siciliana*, in *Le Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2005;
- CORONGIUS S., *L'equa riparazione dei danni derivanti dalla durata irragionevole del processo nella legge Pinto: prime riflessioni*, in *Studium iuris*, 2001;
- CORRADINO M., DATO G., *I riti speciali nel giudizio amministrativo*, Torino, 2008;
- CORSARO A., *Origini e prospettive dei dubbi di costituzionalità avanzati in Sicilia*, in *D&G*, 25 febbraio 2004;
- CORSARO A., *Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana: note al decreto n. 77 del 2004 che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del d. lg. N. 373 del 2003*, in *Foro amm. CdS*, 2004;
- CORSO G., *Sulla composizione del C.G.A.: una sentenza da condividere*, in *Nuove autonomie 2004*;
- CORSO G., *Il Consiglio di Stato nell'Ordinamento costituzionale ed amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 1997;
- COSTA, *Termini (diritto processuale civile)*, in *Nss. D.I.*, XIX, 1973;
- COUTURE E., *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, in *Riv. dir. proc.*, 1954 ;
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. Int. di Fil. Dir.*, 1942;
- CRISCENTI C., *I riti speciali: oggetto, termini e procedure*, relazione letta al Convegno nazionale di studi "La codificazione del processo amministrativo, riflessioni e

proposte”, tenutosi a Siracusa nei giorni 30 e 31 ottobre 2009, www.giustizia-amministrativa.it;

- CUONZO R., *Il processo amministrativo: spunti di riflessione sui motivi assorbiti in primo grado e sulla loro riemersione in appello*, in *Riv. amm.*, 2003;
- D’ADDIO M., *Politica e magistratura: 1848-1876*, Milano, Giuffrè, 1966;
- D’ALESSIO F., *Dalla dichiarazione dei diritti dell’uomo al moderno Stato di diritto*, Roma, 1915;
- D’ALESSANDRO F., *Una norma barbara*, in *Giust. amm.*, n. 5, 2000;
- D’ORSOGNA D., *La fase di decisione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2006;
- DANIELE N., *Il Consiglio di Stato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, IX;
- DE LISE P., *Corte europea dei diritti dell’uomo e giudice amministrativo*, Relazione al Convegno sul tema *I diritti umani nella prospettiva transnazionale*, organizzato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 20 aprile 2009, in *Foro Amm. –TAR*, 2009, 2, XLVII, *Osservatorio di giustizia amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI e M. LIPARI);
- DE LISE P., *Funzione consultiva e giudici laici per il T.A.R. della Valle d’Aosta: un rilancio della specialità regionale*, Relazione introduttiva, Saint-Vincent, 15-16 gennaio 2010, in www.giustamm.it;
- DE NICTOLIS R., *La giustizia amministrativa. I giudizi innanzi al TAR e al Consiglio di Stato*, Roma 2006;
- DE ROSE C. , *Equa riparazione per i processi troppo lunghi: la l. 24 marzo 2001, n. 89 e la sua derivazione europea*, in *Cons. stato*, 2001, II;
- DE SANTIS F., *La ragionevole durata, l’applicazione della norma processuale e la rimessione in termini: “percorsi” per un processo d’inizio secolo*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2009;
- DE SANTIS F., *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997;

- DENTI V., *Il potere giudiziario*, in AA. VV., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari, 1979;
- DEVOTO G., *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977;
- DEVOTO G.- OLI G.C., *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, Le Monnier, 1990;
- DI MAJO A., voce *Termine* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992;
- DICKMANN R., *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in www.federalismi.it;
- DIDONE A., *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002;
- DRAETTA U. - FUMAGALLI MERAVIGLIA M., *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 2005;
- FABBRINI G., *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985;
- FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano 1986;
- FERRARA G., *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, in *Rass. Parl.*, 1999;
- FERRARESE M.R., *Diritto, tempo e legittimazione*, in *Soc. dir.*, n. 1, 1984;
- FERRARI G., *La giustizia è il giudice*, Padova, Cedam, 1989;
- FERRARI C. – BREEUR, *La giurisdizione amministrativa in Francia. Evoluzioni e tendenze attuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009;
- FERRUA P., *Il “giusto processo”*, Bologna, Zanichelli, 2007;

- FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003;
- FOIS S., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963;
- FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006;
- FUSARO C., *Indipendenza della magistratura, composizione e sistema elettorale del CSM*, in *Nomos*, n.2/1990;
- GAI F., *Personale di segreteria e gestione dell'arretrato*, in *Giust. amm.*, 4, 2009;
- GALLO C. E., *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.* 2006;
- GALLO C.E., *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. amm.*, 1996;
- GAROFOLI R., *Unicità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.* 1998;
- GIACCA, *Il patrocinio per i non abbienti nella disciplina italiana e statunitense: due sistemi a confronto*, in *Riv. it. Dir. e proc. pen.* 2000;
- GIACCHETTI S., *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1997;
- GIACOBBE G., *Ordine giudiziario e comunità democratica*, Milano, Giuffrè, 1973;
- GIANNINI M.S. - PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970;
- GIGLIONI F. e LARICCIA S., *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milano, 2000;
- GIOVANNINI G., *I procedimenti speciali*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2000;

- GIUPPONI T., *Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it;
- GRAZIOSI B., *La cosiddetta perenzione ultradecennale e il potere presidenziale di formazione del ruolo (Smaltimento dell’arretrato e accesso alla giustizia)*, in *Foro amm. TAR*, 2006;
- GRECO G., *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006;
- GREVI V., *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998;
- GROPPI T., in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, Il Mulino, 2001;
- GUARNIERI C., *L'indipendenza della magistratura*, Padova, Cedam, 1981;
- GUARNIERI C., *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, Il Mulino, 1992;
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954;
- IANNOTTA R., *Le condizioni politiche e sociali coeve alla istituzione della Sez. IV del Consiglio di Stato e le prospettive attuali*, in *Studi per il centenario della quarta sezione*, Roma, 1989, I;
- IARICCI P., *La sentenza “succintamente motivata”; quale futuro?*, in *Trib. Amm. reg.* 2002;
- JACOBS F.G.– WHITE R.C.A., *The European convention of human rights*, III ed., Oxford, 2002;
- JEMOLO A.C., GIANNINI M.S., *Lo Statuto Albertino*, Firenze, Sansoni, 1946;
- JEMOLO A.C., *Il Consiglio di Stato tra il 1848 ed il 1865*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931;

- KLITSCHKE DE LA GRANGE T., *Cenni su assorbimento e struttura della decisione del giudice amministrativo*, in *Cons. St.*, 1979;
- E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1896
- LAMBERTI A., in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di CERULLI IRELLI, Torino, Giappichelli, 2000;
- LANA M., *I tempi del processo e l'equa riparazione a tre anni dall'entrata in vigore della cd. Legge Pinto*, in *I diritti dell'uomo - cronache e battaglie*, 2004;
- LANDI G., *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981;
- LANDI G., *Il Consiglio di Stato*, Milano, 1954;
- LASCHENA R., *Riflessioni sulle funzioni giurisdizionali consultive del Consiglio di Stato*, in *Rass. parl.*, 1997;
- LAURA A., *L'automatica riemersione in secondo grado dei capi di domanda dichiarati assorbiti in prime cure, nel caso di mancata costituzione in giudizio dell'appellato già ricorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2000;
- LEONE G., *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il giusto processo amministrativo ?*, in *Dir. Proc. amm.*, 2001;
- LIPARI M., *Commento all'art. 23 bis*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2005;
- LIPARI M., *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2, 2003;
- LIPARI M., *Il processo speciale accelerato*, Milano, 2003;
- LONGO M., *Sindacato sulle valutazioni di anomalia delle offerte e conseguenze dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato*, in *Foro amm. CDS*, 2005;

- LUBRANO F., *Cui prodest? (una singolare celerità del processo amministrativo) (nota ad avviso fissazione camera di consiglio per sentenza semplificata)*, in www.giustamm.it; ID., *Cui prodest? (secondo atto: una sentenza semplificata inutile e dannosa) (nota a sentenza TAR Lazio Sezione Prima bis 19 ottobre 2006 n. 10604)*, in www.giustamm.it;
- LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, 2;
- LUMETTI M.V., *Celerità del processo amministrativo e governo del territorio*, in *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia*, a cura di VERA PARISIO, Milano, 2009;
- MACCHIA A., *Cenni sullo svolgimento storico del Consiglio di Stato*, in *Il Corriere amministrativo*, 1963;
- MACCHIAROLI F., *Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e la legge Pinto*, in *Giur. it.*, 2001;
- MAGRI M., *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*, in *Quaderni cost.*, 2001;
- MANDRIOLI C., *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1993;
- MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità di fatti criminosi*, in *Arch. Giur.*, 1968, vol. CLXXIV;
- MARANINI G., *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Firenze, Vallecchi Editore, 1968;
- MARI G., *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudice di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1;

- MAROVELLI P., *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967;
- MARTINI F., *Potere e diritti fondamentali nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2009;
- MARTINO R., *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (l. 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001;
- MASI L., *Ancora in tema di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici. Le novità introdotte dal Codice dei contratti pubblici (d.lg. 12 aprile 2006 n. 163) in materia di offerte anomale*, in *Foro amm. Tar*, 2006;
- MASSERA A., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009;
- MAURO E., *A proposito del rito immediato, della sentenza semplificata e dei loro rapporti*, in *Foro amm. TAR*, 2007;
- MAZZARELLI V., *Corte costituzionale e indennità di esproprio: "serio ristoro" e proporzionalità dell'attività amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008;
- MAZZIOTTI G., *Conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, I, Milano 1985;
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, n. 4/2002;
- MEZZANOTTE C., *Sulla nozione di Indipendenza del giudice*, in *Magistratura, CSM e principi costituzionali a cura di B. CARAVITA di TORITTO*, Bari, 1994;
- MIRATE S., *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007;
- MODUGNO F., *Principi generali dell'Ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991;

- MODUGNO F., *Considerazioni preliminari sulle intese fra Stato e Chiesa nel c.d. sistema delle fonti*, in *Studi in onore di L. Spinelli*, III, Modena, 1989;
- MONTEFUSCO R., *Le decisioni in forma semplificata*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205 del 2000*, a cura di B. SASSANI – R.VILLATA, 2004;
- MONTESANO L., *Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione*, in *La sentenza in Europa – metodo, tecnica e stile*, Padova, 1980;
- MONZIANI S., *L'istituto della perenzione ritrova la propria ragion d'essere*, in *Foro amm. CDS*, 2006;
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1969;
- MORTATI C., *La nomina dei Consiglieri di Stato secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1973;
- MOSCARINI A., *Indennità di esproprio e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in www.federalismi.it;
- NAPPI A., *Codice di procedura penale*, in *Enc. dir.*, I agg., Milano, 1997;
- NEGLIA F., *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2001;
- NIGRO M., *Silvio Spaventa e lo Stato di diritto*, in *Foro it.*, 1989;
- NIGRO M., *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1988;
- NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, c. 17;

- NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970;
- NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960;
- OLIVIERI G., *La ragionevole durata del processo di cognizione. Qualche considerazione sull'art. 111, 2° comma, Cost.*, in *Foro it.*, 2000, V;
- ONIDA V., *Profili costituzionali della giustizia amministrativa e della sua riforma*, in *Amm.re*, 1986;
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005;
- PACINI M., *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza CEDU*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008;
- PACIOTTI E., *Tre interventi per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura*, in *Foro it.*, V, 1997;
- PALADINI A., *L'ingiustizia in aula – indagine sullo stato dei rapporti tra cittadini ed il terzo potere*, Milano, Mursia, 1971;
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. del dir.*, I agg., Milano, 1997;
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1991;
- PALADIN L., CRISAFULLI V., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990;
- PALEOLOGO G., *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989;
- PANUNZIO S.P., *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico*, Milano 1999;
- PAOLANTONIO N., *I riti processuali*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F. G. SCOCA.), Torino, 2003;
- PAOLANTONIO N., *Tutela differenziata e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001;

- PAOLANTONIO N., *L'istituzione della IV Sezione del Consiglio di stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, in *Quaderni di dir. proc. amm.*, Milano 1991;
- PASANISI L., *La realizzazione del risultato nel giudizio amministrativo: la sentenza breve in sede cautelare*, in *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, a cura di L. IANNOTTA, 2003;
- PASANISI L., *La sentenza breve in sede cautelare come modo ordinario di definizione del giudizio amministrativo*, in *Foro. Amm.-TAR*, 2002;
- PATRONI GRIFFI F., *Funzione consultiva e funzione giurisdizionale nell'esperienza comparata*, in, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 1997;
- PEILA I., *Brevi note in merito alla l. 24 marzo 2001, n. 89 in tema di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 4-5/2001;
- PENE VIDARI G.S., *Il Consiglio di stato albertino: istituzione e realizzazione*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, 1984;
- PERCHINUNNO F., *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, Cacucci, 2005;
- PERTICI A., *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Convegno annuale dell'Associazione gruppo di Pisa, Copanello Lido, 31 maggio – 1 giugno 2002, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;
- PETRI V., *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'Ordinamento interno*, in *Cass. pen.* 2008;
- PETROLATI F., *I tempi del processo e l'equa riparazione per la durata non ragionevole (la cd. Legge Pinto)*, Milano, 2005;
- PIASENZA P., *L'irresponsabilità politica della magistratura nello stato liberale. Il Piemonte e lo statuto (1848-1851)*, in *Materiali per una storia della cultura*

- giuridica*, a cura di G. TARELLO, Bologna, Il Mulino, 1975;
- PICCIONE D., *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, Napoli, 2008;
 - PINARDI R., *Autogoverno ed indipendenza dei giudici speciali: riflessioni sulla composizione prevista per il consiglio di presidenza della giustizia amministrativa*, in *Giur. cost.*, 1996;
 - PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in www.forumcostituzionale.it;
 - PIOLA CASELLI E., *Magistratura*, in *Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1903-1907;
 - PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990;
 - PIZZORUSSO A., *art. 134*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1981;
 - POLICE A., *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale* a cura di G. DELLA CANANEA e M. DUGATO, Esi, Napoli, 2006;
 - PONTI B., *Dati sulla presenza dei magistrati negli uffici ministeriali di collaborazione diretta (1948-2001)*, in *Dir. pubbl.*, 2001;
 - PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 e il giusto processo civile*, in *Il Foro it.*, 2000;
 - PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, V, 2000;
 - QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968;
 - RAIMONDI S., *L'Ordinamento della giustizia amministrativa in Sicilia*, Milano, Giuffrè, 2009;
 - RAIMONDI S., *Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana: un collegio scelto per due quinti da una delle parti in giudizio*, intervento al Convegno annuale dell'A.I.P.D.A. – Associazione Italiana dei Professori di

Diritto Amministrativo, su *il Diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Bologna 27-28 settembre 2007, in *A.I.P.D.A., Annuario 2007*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008;

- RANDAZZO B., *La CEDU e l'art. 117 della Costituzione. L'indennità di esproprio per le aree edificabili e il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008;
- RAVA L., *Il Consiglio di Stato nel Regno italico e l'opera di Napoleone I*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in onore del centenario*, Roma, 1932, Vol. I;
- RESCIGNO G.U., *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pubbl.* 2006;
- RE E.D., *Due process of law*, in *Enc. Giur. Treccani*
- RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri, Le riforme costituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, a cura di S. PANUNZIO - E. SCISO, Milano, 2002;
- RINALDI E., *Tutela dei diritti fondamentali e immunità parlamentari: dialogo problematico a quattro tra parlamento italiano, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e società*, 2003;
- ROEHRSSSEN G., *I 150 anni del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1981;
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico. Decadenza*, Milano, Giuffrè, 1947;
- ROMANO S., *Le funzioni e il carattere del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in onore del centenario*, Roma, 1932, Vol. I;
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930;
- ROMBOLI R., *L'indipendenza della magistratura, in L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali* a cura di LUATTI, Torino, 1994;

- ROTIGLIANO R., *Il C.G.A.: va bene lo stesso*, in *Nuove autonomie*, 2004;
- RUGGERI, A. *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it;
- RUGGERI A. - SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001;
- RUSSO C. – QUAINI P.M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2000;
- SACCUCCI A., *Le due prospettive della durata ragionevole del processo tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Giur. cost.* 2002;
- SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005;
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei Governi liberi con speciale riguardo al diritto italiano*, Torino, 1904;
- SALTELLI C., *La ragionevole durata del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4;
- SAMBATARO S., *Il rifiuto del contenzioso amministrativo e la legge del 65*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, 1989;
- SANDRO P., *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 5.
- SANDULLI M.A., *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, 26 Ottobre 2009, www.federalismi.it;
- SANDULLI M.A., *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, Relazione al Convegno di diritto amministrativo su “Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo”- Gaeta 22 maggio 2009, in www.giustamm.it;

- SANDULLI M.A., *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, relazione tenuta al Convegno dell'IGI del 26 febbraio 2009, www.federalismi.it;
- SANDULLI M.A., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, Relazione al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 20 maggio 2008, su “*La codificazione del processo amministrativo del terzo millennio*” , www.federalismi.it;
- SANDULLI M.A., *I termini del processo amministrativo nella legge 205 del 2000*, in *Foro amm. TAR* 2002;
- SANDULLI M.A., *Le nuove misure di « snellimento » del processo amministrativo nella l. n. 205 del 2000*, in *Giust. civ.*, 2000;
- SANDULLI A.M., *Giudici amministrativi , concorsi, indipendenza*, in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990;
- SANDULLI A.M., *Problemi della giustizia amministrativa prima e dopo la riforma del 1971*, in *Scritti giuridici*, V, Napoli, 1990;
- SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963;
- SANTIAPICHI X, *Perenzione: l'escamotage dell'iniziativa processuale per snellire i ruoli e denegare giustizia*, relazione al Convegno Nazionale di Studi “*La codificazione del processo amministrativo: riflessioni e proposte*”, www.lexitalia.it;
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962;
- SATTA F., *I riti abbreviati: tra giurisdizione e amministrazione*, in *Foro amm. TAR* (supplemento al n. 7/8), 2007;
- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 2002;
- SATTA F., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano 1970;
- SCACCIA, G. *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000;

- SCIALOJA V., *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1931;
- SCIARABBA V., *Il problema del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e ... legislatore?*, in www.quadernicostituzionali.it (10 maggio 2008);
- SCIAUDONE F., *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la "nuova" discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Foro amm. Tar*, 2005;
- COCA F.G., *Specialità e anomalie del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Dir. proc. amm.*, 2007;
- COCA F.G., *Modello tradizionale e trasformazione del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei Tribunali Amministrativi Regionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1985;
- COGNAMIGLIO A., *La decisione anticipata nel merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti*, in *Dir. proc. amm.*, 2007;
- COGNAMIGLIO A., *Rito immediato e avviso alle parti* (nota a Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2005 n. 2223), in *Dir. proc. amm.*, 2006;
- SIGISMONDI G., *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti* (nota a Cons. St., ad. plen., 19 gennaio 1999 n. 1), in *Dir. proc. amm.*, 2000;
- SILVESTRI G., *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988;
- SILVESTRI G., *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;
- SOYER J.C. – DE SALVIA M., *Article 6*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire*, a cura di L.E. PETTITI – E. DECAUX – P.H. IMBERT, Paris, 1999;
- SOMMOVIGO F., *Parzialità del giudice, imparzialità del pubblico ministero*, in *Indice penale*, 2004;

- SORRENTI G., *Le carte costituzionali sui diritti umani; un ipotesi di "copertura" costituzionale a più facce*, in *Politica del diritto*, 1997;
- SORRENTINO F., *Alcune riflessioni sul diritto all'equa riparazione per il mancato rispetto del termine ragionevole del processo*, in *Fisco*, n. 34/2001;
- SORRENTINO, F. *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1990;
- SPADEA G., *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000;
- STRATOTI P., in *Legge Pinto e ragionevole durata del processo*, in *Giust. civ.*, 2007;
- STROZZI G., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Ordinamento degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995;
- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, VII ed., Paris, 2005;
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976;
- TARULLO S., *Giudizio abbreviato e giudizio immediato: intrecci di disciplina* (nota a Cons. St., sez. V, 14 giugno 2004 n. 5660) in www.giustamm.it;
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1976; Id., *La motivazione delle decisioni dei giudici*, in *Sindacato e magistratura nei conflitti di lavoro* (a cura di T. TREU), Bologna, 2006;
- TARZIA G., *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001;
- TEGA D., *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: la Corte europea dei diritti si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. it.*, 2001;
- TOMMASEO F., *Revisione della seconda parte della Costituzione. Norme sulla giurisdizione*, in AA. VV., *Le*

garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bicamerale, Milano, 1999;

- TONOLLI, *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*, in nota a *Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, 27 ottobre 1993, in *Giurisprudenza It.*, I, 1996;
- TORRENTE A., *Il Consiglio superiore della magistratura*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I;
- TRAINA D. M., *Motivi assorbiti e appello incidentale semplificato* (nota a Cons. St., ad. plen., 19 gennaio 1999 n. 1), in *Giorn. dir. amm.*, 1999;
- TRAVI A., *Osservazione a Cons. stato n. 3852 del 2003*, in *Foro it.*, 2003;
- TRAVI A., *L'art. 23 bis fra disciplina particolare e rito speciale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2003;
- TROCKER N., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*;
- TROTTA G., *Processo cautelare: decisione in forma semplificata e sospensione dei termini processuali in periodo feriale* (nota a TAR Piemonte, sez. I, 9 settembre 2002 n. 2792), in *Foro. Amm. TAR*, 2002;
- TUCCARI F.F., *Decisione in forma semplificata e ruolo delle parti* (nota a Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2002 n. 3929), in *Urb. e app.*, 2003,
- TUCCARI F.F., *Decisioni semplificate e ascolto delle parti* (nota a Cons. St., sez. V, 1 marzo 2003 n. 1131), in *Urb. e app.*, 2003;
- TUCCARI F.F., *La semplificazione delle decisioni contenziose: tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA - PROTTO, 2002;
- UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007;

- UBERTIS G., *La previsione del giusto processo*, in *Dir. pen. Proc.*, 1998;
- VAIANO D., *Il rito accelerato*, relazione svolta il 18 ottobre 2007 al Convegno Studi su la “*differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*” tenutosi presso l’Università degli Studi “*Magna Grecia*” di Catanzaro (pubblicata sul sito internet www.judicium.it);
- VENEZIANO S., *Il ruolo del T.A.R. nel sistema di giustizia amministrativa della Regione siciliana*, in *Rass. amm. Sic.*, 2008, 2;
- VERDE G., *L’unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003;
- VERDE G., *Ma che cosa è questa giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1993;
- VIGNERA G., *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del nuovo art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2003;
- VIRGA G., *Le “termiti” comunitarie ed i “tarli” dei trattati internazionali*, in www.lexitalia.it, n. 10/2007;
- VIRGA P., *Il falso problema della commistione*, in *Foro amm.*, 10, 1997;
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;
- ZANGHI C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell’uomo ed interpreta l’art. 117 della costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org;
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958.

