

I DIRITTI UMANI NELLA PROSPETTIVA TRANSNAZIONALE

*Le giurisdizioni a contatto con la giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo*

Pasquale de Lise

Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo

Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri
20 aprile 2009

Pasquale de Lise

*Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo**

1. In questa relazione, dopo alcuni cenni ai rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto interno e tra la giurisprudenza della Corte europea e quella delle Corti nazionali, che sono necessari per impostare il discorso successivo, mi soffermerò sulla giurisprudenza dei giudici amministrativi (e in particolare del Consiglio di Stato) in materia, sotto l'aspetto del diritto processuale (ossia l'influenza delle norme della Convenzione e della giurisprudenza della Corte sul processo amministrativo: l'art.6 della Convenzione è sicuramente il parametro più citato nella giurisprudenza amministrativa) e sotto quello del diritto sostanziale (ossia gli interventi del Consiglio di Stato, nell'ambito sia della sua giurisdizione generale di legittimità che della giurisdizione esclusiva, con riguardo a controversie che, pur attenendo a "diritti fondamentali", sono comprese nella giurisdizione amministrativa).

2. Il punto di partenza è costituito dalla definizione dei rapporti tra la Convenzione (diritto internazionale pattizio) e il diritto nazionale

* Relazione al Convegno, promosso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento affari giuridici e legislativi, tenutosi a Roma il 20 aprile 2009, su "I diritti umani nella prospettiva transnazionale – Le giurisdizioni a contatto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo".

(costituzionale e ordinario) e della rilevanza nel sistema nazionale delle decisioni della Corte europea.

Anche se è contestato da una parte della dottrina che, nel richiamo alla Convenzione contenuto nel trattato di Lisbona, vede una sorta di comunitarizzazione della Convenzione stessa, con la conseguente equiparazione – o, addirittura, sovraordinazione al diritto comunitario ai fini in questione, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, ed anche in quella del Consiglio di Stato, l'orientamento prevalente è nel senso della esclusione sia dell'efficacia diretta delle norme della Convenzione europea che dell'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento interno.

Tuttavia, l'esigenza di prestare osservanza alla Convenzione ed alla sua interpretazione fornita dalla Corte europea ha indotto la Cassazione a sottoporre la questione alla Corte costituzionale, la quale, con le notissime sentenze n. 348 e 349 del 2007 e con la successiva n. 129 del 2008, ha affermato i seguenti principi:

- impossibilità di configurare una copertura costituzionale delle norme della Convenzione attraverso gli artt. 10 e 11 Cost.: per il primo, perché esso va riferito solo alle norme consuetudinarie e non anche a quelle pattizie; per l'altro, perché non vi è stata alcuna

- limitazione di sovranità dello Stato per effetto dell'adesione alla Convenzione;
- possibilità di considerare le norme della Convenzione come norme interposte nei giudizi di costituzionalità, sulla base del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., e quindi prevalenti sulle norme nazionali ordinarie ma non anche su quelle costituzionali, con le quali le norme convenzionali debbono risultare compatibili (nel rapporto di gerarchia delle fonti, le norme della Convenzione sono ascrivibili ad un rango intermedio tra le norme costituzionali e quelle ordinarie);
 - in conseguenza, a differenza dal diritto comunitario, con riguardo al diritto convenzionale non può parlarsi di disapplicazione del diritto interno nel caso di contrasto, sia per la già rilevata impossibilità di configurare una limitazione di sovranità che per la mancanza del meccanismo del rinvio pregiudiziale, elementi entrambi riscontrabili per il diritto comunitario ma non per quello convenzionale;
 - sussiste peraltro l'obbligo del giudice di procedere ad una interpretazione "convenzionalmente" orientata o, comunque, ad una interpretazione "bilanciata" tra conformità a Costituzione e conformità a Convenzione, tentando di armonizzare le rispettive

normative. E' vero che, *ex art. 101 Cost.*, i giudici sono soggetti soltanto alla legge; tuttavia è consentita un'interpretazione estensiva di tale norma in virtù del richiamo contenuto nell'art. 117 ai vincoli derivanti (dall'ordinamento comunitario e) dal diritto internazionale. Qualora questa operazione non dia esito positivo, ossia nel caso di riscontrata inconciliabilità del diritto interno con il diritto convenzionale come applicato dalla giurisprudenza della Corte, al giudice non resta che sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme interne, e la parola spetta quindi alla Corte costituzionale e poi, eventualmente, al legislatore.

3. Ciò detto in via generale, passo a trattare dell'incidenza delle disposizioni della Convenzione e delle pronunce della Corte europea sul processo amministrativo.

Vorrei fare una premessa: fino alla L. cost. n. 2 del 1999, che ha novellato l'art. 111 Cost., il "giusto processo" nel nostro ordinamento trovava il suo parametro di riferimento nell'art. 6, par. 1, della Convenzione. Con qualche problema, almeno iniziale, di applicabilità di tale disposizione, dettata espressamente per i diritti e le obbligazioni di carattere civile (*civil rights and obligations*), al processo amministrativo,

dove si tratta prevalentemente di controversie concernenti interessi legittimi i quali – per loro natura – si confrontano con il potere pubblico (la *puissance publique*) e quindi con l'attività autoritativa dell'Amministrazione.

Tuttavia, i dubbi, che pur erano stati prospettati, furono abbastanza agevolmente superati, ritenendosi accomunate, nell'anzidetta espressione, tutte le situazioni giuridiche soggettive – indipendentemente dalla loro qualificazione negli ordinamenti interni – cui è sotteso l'interesse del titolare ad un bene della vita, ad un'utilità in senso economico considerata dall'ordinamento meritevole di tutela (e quindi anche l'interesse legittimo, del quale non può negarsi una valenza anche economica, tanto che la sua lesione è ormai pacificamente risarcibile).

La costituzionalizzazione delle regole del giusto processo, contenute nel novellato art. 111, ha risolto ogni problema. Con due corollari: innanzitutto, il nuovo testo costituisce espressione della complementarietà tra norme della Costituzione e norme della Convenzione; inoltre, in molti casi appare non necessario il richiamo alla disposizione della Convenzione in quanto il nuovo art. 111, nei primi due commi, da un lato sancisce princìpi generali circa l'equo svolgimento di qualsiasi processo, i quali sono conformi all'art. 6 e, dall'altro, ha un contenuto forse più preciso dell'art. 6, laddove dispone

che “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” (primo comma) e che “ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata” (secondo comma). In queste norme c’è tutto sul giusto processo; anzi direi che, proprio per la sua portata generale, c’è di più rispetto all’art. 6, dal cui ambito di applicabilità si ritenevano escluse, dalla giurisprudenza della Corte, le controversie in materia fiscale, quelle elettorali, nonché quelle concernenti l’espulsione di stranieri o la concessione di asilo politico, in quanto riconducibili al nocciolo duro delle prerogative di *puissance publique*.

Tuttavia, l’importanza dell’art. 6 in relazione ai nostri processi sta, più che nel suo contenuto, nella specificazione dei principi da esso dettati e nella loro interpretazione ad opera della giurisprudenza della Corte europea, cui i giudici nazionali sono tenuti a prestare osservanza nei limiti di cui si è detto.

3.1. Passo ora ad esaminare alcuni aspetti del giusto processo amministrativo.

Il primo, di carattere generale, attiene alla garanzia di imparzialità e di indipendenza del giudice.

Con riguardo agli ordinamenti – come quello francese, italiano e di altri Paesi dell’Europa occidentale - si è posto il problema della coesistenza, nel Consiglio di Stato, della funzione consultiva accanto a quella giurisdizionale.

La Corte europea si è occupata in più occasioni di tale questione: con la decisione sul caso *Procola* del 1995, relativamente al Consiglio di Stato del Lussemburgo, ha affermato il difetto di imparzialità in quanto quattro membri su cinque del collegio giudicante avevano partecipato all’attività consultiva in ordine al provvedimento oggetto della controversia; con la decisione *Kleyn* del 2003, concernente il Consiglio di Stato olandese, si è limitata a rilevare la non coincidenza delle questioni sottoposte al Consiglio rispettivamente in sede consultiva e giurisdizionale; infine, con la decisione *Sacilor Lormines*, del 2006, 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.

Tenuto conto della motivazione delle decisioni, deve escludersi che la Corte ritenga illegittimo, in via generale, il cumulo di funzioni, consultive e giurisdizionali, in capo al medesimo organo e deve ritenersi che essa consideri, piuttosto, configurabile un vizio di carattere

strutturale, in relazione alla composizione del collegio giudicante in particolari fattispecie.

Tale conclusione è coerente con la consolidata tradizione del nostro Paese – come di altri Paesi europei - che 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 lussemburghese e olandese, la prassi sempre seguita nella composizione dei collegi giudicanti, nonché i rimedi – di chiusura – dell'astensione e della ricusazione, sono tali da evitare qualsiasi commistione di funzioni e di garantire la piena imparzialità del giudice.

3.2. In materia di imparzialità del giudice va richiamata una recente decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (25 marzo 2009,

n. 2) la quale, rifacendosi agli orientamenti espressi in casi analoghi dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione, ha affermato che il principio di imparzialità-terzietà impone che il giudice (persona fisica) del giudizio di rinvio debba essere diverso da quello che ha emanato la precedente sentenza annullata con rinvio (con l'occasione, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che il medesimo principio sia applicabile alla revocazione, ma ha escluso che lo sia all'opposizione di terzo).

3.3. Quanto alla previsione di termini di decadenza per l'impugnazione di provvedimenti amministrativi, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha precisato come sia diritto degli Stati aderenti prevedere norme di procedura la cui inosservanza possa comportare una mancata pronuncia sul merito della pretesa, purchè tali norme siano dirette a soddisfare esigenze di corretta organizzazione processuale (e quindi uno scopo legittimo) e non svuotino il diritto di accesso al giudice previsto dalla Convenzione (accertato secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità). Che è quanto accade nell'ordinamento italiano, dove l'obbligo di notificare il ricorso che introduce il giudizio amministrativo entro termini perentori, sia alla p.a. che ai soggetti controinteressati, risponde tanto ad esigenze di certezza dei rapporti giuridici (aventi ad oggetto l'esercizio della funzione pubblica) quanto alla effettività

dell'esercizio del diritto di difesa di questi ultimi (*cf.* Cons. St., Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3948).

Proprio in applicazione di tali principi non sembrano conformi all'art. 6 della Convenzione (ma neanche all'art.111 Cost. e alla normativa comunitaria) le disposizioni contenute nell'art.20, comma 8, del recente D.L. n. 185 del 2008, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. n. 2 del 2009 (il c.d. decreto anticrisi), con le quali sono stati previsti termini estremamente ristretti sia per la proposizione del ricorso che per la difesa delle parti resistenti.

Inoltre, si può porre il dubbio di compatibilità con l'art. 6 della Convenzione dell'orientamento giurisprudenziale che impone i c.d. *ricorsi al buio* laddove fa decorrere il termine di 60 giorni dalla conoscenza dell'esito lesivo piuttosto che dalla cognizione della motivazione del provvedimento. Solo la conoscenza della motivazione consente, infatti, la percezione compiuta dei vizi dell'atto e l'articolazione consapevole dei motivi di gravame, evitando l'irragionevole onere di proporre iniziative giudiziarie involontariamente temerarie.

Qualche dubbio va poi espresso con riferimento alla compatibilità con la Convenzione della c.d. pregiudizialità amministrativa.

La tesi che impone la previa impugnazione del provvedimento, a pena di inammissibilità della domanda risarcitoria autonoma, costringe al rispetto del termine di decadenza anche nel caso in cui l'impugnazione e l'annullamento del provvedimento non siano idonei ad evitare o limitare il danno ex art. 1227, secondo comma, cod. civ. (si pensi al caso in cui il provvedimento impugnato abbia già avuto completa esecuzione al momento del ricorso o a quelli in cui la legge esclude una tutela specifica ed ammette solo il risarcimento per equivalente).

In tali evenienze la previsione di una, peraltro non contemplata, forca caudina processuale aggrava irragionevolmente la posizione del ricorrente senza che venga in rilievo l'esigenza di conservazione di un provvedimento, ormai intangibile.

Ci si deve, infine, chiedere se sia compatibile con i principi della Convenzione, oltre che con quelli comunitari e costituzionali, l'impostazione tradizionale che non ammette nel processo amministrativo la tutela di accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale.

I principi della Convenzione, segnatamente in tema di pienezza ed immediatezza della tutela giurisdizionale, impongono di allargare l'orizzonte evitando defatiganti pronunce di mero annullamento e consentendo un giudizio di accertamento della piena fondatezza della

pretesa sostanziale, quante volte non vi osti la riserva del potere discrezionale dell'Amministrazione. Si tratta, in sostanza, di abbracciare un modello processuale che consenta al giudice amministrativo di emanare pronunce che, invece di dare torto all'amministrazione, diano ragione al privato definendo *au fond* la *res controversa* (un importante passo in questa direzione è stato compiuto dal Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, che, in tema di DIA, ha ritenuto che il giudice amministrativo possa emanare una sentenza di accertamento che ordini all'Amministrazione di rimuovere gli effetti dell'attività illegittimamente compiuta, in tal modo ammettendo l'esperibilità, anche nel processo amministrativo, di un'azione di accertamento atipica).

3.4. Un aspetto del processo amministrativo che assume particolare rilevanza ai fini in esame è quello dell'istruzione, perché con riguardo ad essa si è manifestata, in passato, una notevole disparità tra le parti e quindi la pretermissione del principio della "parità delle armi".

A differenza dal "processo da citazione", quale è il processo civile, in cui si ha una sostanziale parità tra le parti, per cui ciascuna di esse è in grado di apportare a dimostrazione delle proprie affermazioni di fatto gli elementi della realtà extraprocessuale ritenuti necessari, nel "processo da ricorso", quale è il processo amministrativo, le parti versano in una

posizione di non equivalenza, per cui, fatte salve alcune limitate ipotesi, la possibilità per il ricorrente di dare la dimostrazione della sua pretesa risulta fortemente ostacolata poiché essa si fonda spesso su fatti o atti interni all'amministrazione. Il che deriva dalla posizione di materiale, anzi di istituzionale, inferiorità del privato nei confronti dell'amministrazione (BENVENUTI).

A questo inconveniente si è tentato di rimediare nel senso che, ferma l'applicabilità al processo amministrativo del principio dispositivo (espressione della sua natura di processo di parti e non di diritto oggettivo), in esso il ricorrente è tenuto ad introdurre i fatti, ma non è anche tenuto rigorosamente a fornirne la prova o a indicare il relativo mezzo probatorio.

Il principio dell'onere della prova si configura come onere di introduzione (ossia di indicazione) dei fatti nel processo; esso si attenua e diviene onere del principio di prova, per cui il carattere dispositivo è temperato dal metodo acquisitivo, in virtù del quale il giudice ha il potere di addossare l'incombente istruttorio alla parte che egli ritiene avere la possibilità di darvi corso. Ciò al fine di realizzare tra le parti la situazione di parità *ab origine* mancante, attribuendo ad esse una uguale possibilità di contribuire alla decisione, così sopperendo alle possibili deficienze di quello che è il nucleo centrale del processo, il contraddittorio, che

potrebbe essere pregiudicato proprio dalla posizione di disparità delle parti stesse.

Nel processo amministrativo, proprio per lo stato di disuguaglianza delle parti al di fuori di esso, è il giudice che, per eliminare la condizione di svantaggio del ricorrente, ha il potere di invertire o modificare l'onere della prova al fine di consentirne ad entrambe le parti l'adempimento.

Deve peraltro rilevarsi come la situazione di inferiorità del privato nei confronti della p.a. al di fuori del processo, che ripercuoteva i suoi effetti all'interno dello stesso nei sensi anzidetti, si vada attenuando, nella prospettiva del diritto amministrativo paritario o del diritto misto, che si è andata poi realizzando attraverso il sincronico operare di una serie di strumenti giuridici, tanto in seno al procedimento amministrativo, quali l'obbligo di adozione del provvedimento espresso in un termine prestabilito, quello di comunicazione dell'avvio del procedimento, quello di valutare le memorie e i documenti presentati dall'interessato, quanto al di fuori di esso, con l'estensione dei moduli convenzionali nell'esercizio dell'attività amministrativa.

A questo riguardo va posto in luce come anche la consacrazione di alcuni principi come quello della trasparenza attraverso l'accesso ai documenti amministrativi, determinando l'inversione della regola della segretezza in favore della pubblicità degli atti della p.a., abbia contribuito

all'opera di bilanciamento della condizione dei privati nei confronti dei soggetti pubblici, con ovvi riflessi all'interno del processo dinanzi al giudice amministrativo anche per quanto attiene al profilo probatorio.

Quasi vent'anni di applicazione delle norme che hanno generalizzato la facoltà del privato di ottenere l'ostensione degli atti amministrativi che lo riguardano ed una giurisprudenza tendenzialmente favorevole ad una interpretazione estensiva delle stesse hanno apprestato dei rimedi abbastanza efficaci per consentire al privato di conoscere e di acquisire gli atti e i documenti necessari per la ricostruzione delle scelte della p.a. (e per la relativa prova).

Da quanto detto può inferirsi che il progressivo abbandono del modello di diritto amministrativo autoritario e la tendenza verso un modello paritario, con la valorizzazione di tutti gli aspetti convenzionali e partecipativi, che vedono l'amministrazione "incontrarsi" con i privati, comportando l'attenuazione (o addirittura il venir meno) della situazione di disuguaglianza delle parti sul piano sostanziale, influiscono sul processo e conducono, per quanto concerne l'istruzione, alla progressiva riespansione del principio dispositivo puro, con la conseguente incidenza sull'area di operatività del metodo acquisitivo, che vede ridotta la sua ragione d'essere in presenza di una posizione delle parti che si avvia a divenire paritaria.

Era tuttavia innegabile la scarsità dei mezzi di prova previsti nel processo amministrativo. La limitazione dell'accesso autonomo al fatto da parte del giudice amministrativo discendeva essenzialmente dalla tradizionale configurazione del processo amministrativo quale giudizio sull'atto e non sul rapporto sostanziale sottostante, oltre che dalla ritenuta insindacabilità della discrezionalità tecnica.

Tale impianto normativo era rimasto sostanzialmente immutato, nonostante le riserve della dottrina più avvertita, l'interpretazione estensiva da parte della giurisprudenza amministrativa più sensibile ai valori della effettività della tutela giurisdizionale e qualche intervento correttivo peraltro, alquanto timido, della Corte costituzionale (la sentenza 23 aprile 1987, n.146 parificò, quanto ai mezzi istruttori ammissibili nelle controversie in materia di lavoro, il processo amministrativo a quello civile; la sentenza 18 maggio 1989, n. 251 ritenne, peraltro, che il metodo acquisitivo valesse ad assicurare la parità processuale fra le parti, sicché la mancata estensione dei mezzi probatori previsti dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti soggettivi al processo amministrativo non assurgeva a vizio di legittimità costituzionale, rientrando nella discrezionalità del legislatore provvedere o meno a tale estensione; la sentenza 19 marzo 1996, n. 82 ha escluso l'esistenza di un principio costituzionalmente rilevante di necessaria

uniformità di regime processuale tra i diversi tipi di processo, in particolare tra quello civile e quello amministrativo, finendo in tal modo per avallare la limitazione dei mezzi di prova in quest'ultimo).

La L. n. 205 del 2000 ha innovato la materia per quanto attiene sia alla previsione di nuovi mezzi istruttori che alle modalità della loro ammissione.

Il nuovo art. 44 del T.U. n. 1054 del 1924, come sostituito dall'art. 16 della L. n. 205, ammette la consulenza tecnica d'ufficio anche in sede di giurisdizione di legittimità, mentre l'art. 35, comma 3, del D. lgs. 80 del 1998, sostituito dall'art. 7 della L. n. 205, stabilisce che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi soltanto l'interrogatorio formale ed il giuramento.

Non può quindi negarsi che notevoli progressi sono stati compiuti. Al riguardo merita un cenno il problema della sindacabilità della discrezionalità tecnica, che si intreccia con la possibilità per il giudice di avvalersi della consulenza tecnica.

Sul punto, è da ritenere sussistente il potere del giudice amministrativo di conoscere i fatti in modo pieno (c.d. accesso diretto al fatto), potendo egli verificare, eventualmente col conforto della

consulenza tecnica, la logicità, la congruità, la ragionevolezza e l'adeguatezza del provvedimento e della sua motivazione, ma senza spingersi oltre, fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché in tal caso invaderebbe la sfera di potere propria della p.a. (questi principi sono stati più volte affermati dalla giurisprudenza, particolarmente con riguardo al sindacato sui provvedimenti delle Autorità indipendenti: *cfr.* Cons. St., Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201; Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926; Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; C. G.A. 21 novembre 2006, n. 731).

L'orientamento giurisprudenziale indicato mira a garantire, con l'effettività della tutela giurisdizionale, l'esclusione di ambiti franchi da tale tutela, al fine di assicurare un giudizio coerente con i principi di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost. nonché all'art. 6 della Convenzione. A tal fine è infatti necessario che la pretesa fatta valere in giudizio trovi, se fondata, la sua concreta soddisfazione, che il giudice abbia una giurisdizione piena (abbia, cioè, il potere di valutare sia le questioni di fatto che di diritto), che il controllo giurisdizionale su un atto amministrativo non sia limitato ad aspetti formali ma si estenda alla compatibilità di esso con l'oggetto e lo scopo della norma attributiva del potere.

3.5. La Corte europea, ha, in più occasioni, ritenuto che la nozione di giusto processo si oppone, salvo “imperiosi motivi di interesse generale”, all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia.

Vorrei prendere spunto da questa affermazione per fare un accenno alle leggi-provvedimento, le quali trovano, nella giurisprudenza costituzionale e in quella amministrativa, un avallo, a mio avviso ingiustificato. Condivido infatti l’opinione di un autorevole Autore, secondo cui gli interventi in via legislativa su singoli rapporti giuridici (ad esempio, come è avvenuto di recente, revocando bandi di gara o risolvendo contratti in corso) comportano “l’usurpazione della legalità da parte del legislatore” (MERUSI).

La Corte costituzionale esclude la sussistenza di una riserva di amministrazione quale limite all’attività legislativa, per cui il diritto di difesa del cittadino viene a connotarsi secondo il regime tipico dell’atto legislativo adottato, mentre il Consiglio di Stato ha ritenuto che, nel caso di leggi-provvedimento, non sia configurabile la violazione dell’art.6 della Convenzione (Sez. IV, 24 marzo 2004, n. 1559; 10 agosto 2004, n. 5499).

A mio avviso, il trasferimento dalla sede giurisdizionale amministrativa a quella costituzionale non costituisce un rimedio adeguato a soddisfare le esigenze di tutela giurisdizionale imposte dalla

Convenzione, tenuto anche conto dello scrutinio “stretto”, meramente esterno, sulla manifesta illogicità dell’intervento legislativo, compiuto dalla Corte costituzionale per le leggi-provvedimento, che conduce la Corte stessa, nella quasi totalità dei casi, a ritenere ammissibile la sostituzione della legge al provvedimento amministrativo (in un caso a me accaduto quando presiedevo il TAR del Lazio, concernente la revoca per legge delle concessioni per l’alta velocità ferroviaria e la rilevante riduzione della misura del previsto indennizzo, fu deciso di proporre la pregiudiziale comunitaria anziché sollevare la questione di legittimità costituzionale).

3.6. Altre pronunce del Consiglio di Stato, che qui possono essere solo menzionate, concernono:

- il rispetto del contraddittorio, in ordine al quale Sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699 ha affermato che, in materia di deposito delle memorie nel giudizio d’appello, l’orientamento consolidato - secondo cui non si può tener conto delle memorie o della documentazione depositate dalla parte dopo la scadenza del termine di dieci giorni, previsto per tali adempimenti dall’art. 23 L. n. 1034 del 1971, applicabile anche al giudizio d’appello - costituisce espressione del generale principio di rispetto del

contraddittorio, a sua volta riconducibile al principio dell'equo processo di cui all'art.6 della Convenzione (v. anche Sez. V, 14 aprile 1997, n. 357).

- L'irretrattabilità del giudicato, principio cardine del nostro ordinamento, che discende dal principio generalissimo della certezza dei rapporti giuridici, per cui una norma di legge successiva non può influire sul giudicato anche quando abbia natura interpretativa (Sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 303, che peraltro afferma che il principio trova copertura costituzionale nell'art.111, ma, esclusa la diretta operatività della Convenzione nell'ordinamento interno, non si pronuncia in ordine ai rapporti tra il principio stesso e la Convenzione, in mancanza di un intervento della Corte europea).
- In materia di esecuzione del giudicato, l'ordinanza della Sez. V, 4 maggio 2006, n. 2474 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della disposizione che preclude l'esecuzione in sede giurisdizionale di decreti ingiuntivi divenuti esecutivi, con riferimento, fra l'altro, all'art. 6, par. 1 e 13, e all'art.1 del prot. n. 1 della Convenzione. La Corte costituzionale, con sentenza 7 novembre 2007, n. 364, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 *quater* del D.L.

31 gennaio 2005, n. 7, inserito dalla legge di conversione 31 marzo 2005, n. 43, in quanto viola le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria cui spetta la tutela dei diritti (artt. 102 e 113 Cost.), nonché il ragionevole - e quindi legittimo - affidamento delle parti (artt. 3 e 24 Cost.)

- Con riguardo al contenzioso elettorale, l'ordinanza del C.G.A. 29 maggio 2008, n. 489 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, anche in riferimento all'art. 6 della Convenzione, delle disposizioni che non prevedono l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo delle decisioni dell'Ufficio elettorale centrale in materia di esclusione di candidati o di liste dal procedimento elettorale (la Corte costituzionale, con ordinanza 27 marzo 2009, n.90, ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione in materia analoga, sollevata dal TAR Sicilia – Sez. Catania, in quanto formulata in modo perplesso e contraddittorio, senza alcuna dimostrazione della rilevanza).

Possono poi menzionarsi alcune decisioni del Consiglio di Stato le quali, al contrario, hanno escluso il contrasto tra disposizioni interne e l'art. 6 della Convenzione.

- In materia di difesa tecnica, è stato affermato che neppure in forza dell'art. 6 della Convenzione può ritenersi ammissibile un ricorso al Consiglio di Stato che non sia stato sottoscritto da un avvocato ammesso al patrocinio davanti alla Corte di Cassazione (Sez. IV, ord., 30 agosto 1994, n. 1009).
- In tema di istanza di fissazione di udienza e di dichiarazione di perenzione del giudizio, è stata considerata conforme alla Convenzione la prescrizione di rinnovo dell'istanza di fissazione di udienza per i ricorsi ultradecennali, *ex art.* 9, comma 2, della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 213).
- Con riguardo alle sentenze in forma semplificata previste dall'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n.205, *cfr.* Sez. IV, 12 giugno 2003, n. 3312.

3.7. Non può mancare, in questa esposizione, un cenno alla ragionevole durata del processo prevista sia dalla Convenzione che dall'art. 111 Cost.

E' innegabile che la nostra situazione giudiziaria (di tutte le giurisdizioni, forse di quella amministrativa un po' meno) sia, sotto questo aspetto, a dir poco drammatica.

Tuttavia, il giudice amministrativo (Consiglio di Stato e TAR) non è direttamente coinvolto nel controllo sull'applicazione del principio

della ragionevole durata, anche alla stregua dei criteri stabiliti dalla Corte Europea, ma è, piuttosto, un soggetto passivo rispetto alle Corti d'appello e alla Corte di Cassazione, alle quali compete la definizione dell'equa riparazione (v., da ultimo, Cass. 3 gennaio 2008, n. 14; 9 marzo 2009, n. 5665).

Vorrei soltanto ricordare le modifiche che stanno per essere apportate alla L. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), contenute nell'art. 23 dell'A.S. n.1440, recante numerose norme in materia giudiziaria, attualmente all'esame della Commissione Giustizia. Mi sembra degno di nota il richiamo, contenuto nella disposizione, alla diligenza della parte, alla quale è richiesta, per ottenere il riconoscimento dell'indennizzo, "una espressa richiesta al giudice procedente di sollecita definizione del processo", che per il processo amministrativo consiste nel deposito di nuova istanza di fissazione dell'udienza, con espressa dichiarazione che essa è formulata ai sensi e per gli effetti della legge in questione.

In conclusione, pur escludendo – come si è rilevato - la diretta applicabilità delle norme della Convenzione e la disapplicazione delle norme interne in contrasto con esse, è sicuramente riscontrabile, nella giurisprudenza amministrativa, la tendenza a cercare, sul piano

interpretativo, una convergenza tra diritto interno e disposizioni della Convenzione, per il perseguimento degli obiettivi di immediatezza, pienezza e satisfattività della tutela giurisdizionale ai quali – come si è in precedenza osservato – mirano entrambi gli ordinamenti.

4. Dopo aver trattato del processo amministrativo e prima di passare agli aspetti sostanziali, vorrei accennare ad una questione che mi è venuta in mente quando, giorni fa, a Palazzo Spada, abbiamo presentato un volume del prof. MARENGHI, intitolato *Procedimenti e processualprocedimento*.

La questione è questa: è possibile riferire l'art. 6 della Convenzione, dettato per il processo civile e penale, ma applicabile – come si è detto – al processo amministrativo, anche al procedimento amministrativo?

Io propenderei, con la dovuta cautela, per la soluzione positiva, tenuto conto che tra procedimento e processo esistono strette interrelazioni, reciproche influenze, una osmosi continua che ha origini risalenti nel tempo.

E' proprio l'analisi in chiave ricostruttiva a testimoniare che il passaggio dall'uno all'altro non è stato unidirezionale e che esso ha visto artefice talvolta la giurisprudenza talaltra il legislatore.

A titolo esemplificativo si può far riferimento all'obbligo di motivazione che riguarda tanto l'atto amministrativo quanto le pronunce del giudice; all'aspetto temporale con il dovere della p.a. di concludere i procedimenti amministrativi entro termini prestabiliti (art. 2, comma 2, L. n. 241 del 1990) e il dovere del giudice imposto dalla ragionevole durata del processo o da singole disposizioni di legge come l'art. 23 *bis*, comma 6, L. n. 1034 del 1971 per il termine di pubblicazione del dispositivo della sentenza; al rispetto del principio del contraddittorio che si concreta in numerosi adempimenti nel processo non diversamente da quel che avviene nel procedimento, con l'obbligo di comunicare l'avvio di esso (art. 7 della L. n. 241) e con quello di valutare le memorie scritte presentate dai privati (art. 10, comma 1, lett. b), della L. n. 241), per non parlare delle varie forme di intervento previste in singoli procedimenti soprattutto in materia urbanistica o ambientale; alla estensione della legittimazione sia processuale, ad opera soprattutto della giurisprudenza, che procedimentale, come attestato, in via generale, dall'art. 9 della L. n. 241 e, in particolare ambiti, da molte norme speciali.

In una prospettiva più ampia, mi sembra significativo rimarcare che, a fronte del rafforzamento del valore dell'individuo in seno alla società grazie ad un insieme di ragioni storiche e di norme di cui proprio

la Convenzione rappresenta uno degli elementi più importanti, si constata l'eclissi dell'autoritarità sostituita dalla cultura del servizio a vantaggio dei cittadini e delle imprese, sia nel procedimento che nel processo pur con ovvie differenze.

Manifestazione tra le più salienti dell'osmosi tra procedimento e processo va certamente individuata nell'art. 21 *octies* della L. n. 241 del 1990, introdotto dalla L. n. 15 del 2005, in virtù del quale il giudice amministrativo non è più tenuto ad arrestarsi alla valutazione della illegittimità formale o procedimentale dell'atto impugnato, su cui non può quindi abbattersi la scure dell'annullamento allorché egli si avveda della sua legittimità sostanziale all'esito del doveroso esame prognostico circa l'esito che il procedimento avrebbe avuto qualora l'errore formale o procedimentale, pure acclarato, non fosse stato commesso. Si è avuto quindi il passaggio dal giudizio su un provvedimento reale alla prognosi su un procedimento virtuale, con un clamoroso cambio di prospettiva: l'atto amministrativo non è più l'oggetto esclusivo del giudizio amministrativo, che deve invece estendersi, rispettando sempre lo spazio riservato alla discrezionalità amministrativa, al rapporto, con la verifica di ciò che nella vicenda amministrativa sarebbe comunque successo se le dedotte illegittimità non vi fossero state.

Ho rilevato in precedenza, con riguardo all'istruzione, che la posizione di parità che il privato è andato via via acquisendo nei confronti dell'Amministrazione, sul piano sostanziale, ha prodotto effetti su quello processuale, determinando la parità delle parti nel processo; per converso, questa parità processuale si riflette sul piano sostanziale, in tal modo consentendo l'applicazione dei principi dettati dall'art. 6 della Convenzione, alla stregua dell'interpretazione della Corte europea, anche al procedimento amministrativo.

In tal modo si ha la trasposizione di principi dettati per il processo al procedimento amministrativo, facendosi derivare da una norma di diritto processuale una norma di diritto amministrativo sostanziale applicabile ai rapporti tra cittadino e amministrazione (CASSESE).

A tale riguardo può essere interessante ricordare che – come è emerso in un Convegno tenutosi tempo fa presso l'Università di Milano a seguito di una ricerca comparata sul procedimento amministrativo nei Paesi dell'Europa occidentale – la L. n. 241 del 1990 è risultata la più garantista per il privato, proprio in virtù dei principi e degli istituti (particolarmente quello della partecipazione) che ho in precedenza menzionato.

4.1. Le garanzie del giusto processo sancite dall'art. 6 della Convenzione e, in particolare, i principi di imparzialità e di indipendenza del giudice e di garanzia del contraddittorio, sono applicabili ai procedimenti contenziosi o semi-contenziosi dinanzi alle Autorità amministrative indipendenti, come è stato affermato dalla Corte europea (27 agosto 2002, *Didier*) e come si riscontra anche nella giurisprudenza del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato (Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199) ha ritenuto che la partecipazione di funzionari istruttori all'adunanza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato non ne vizia la deliberazione sempre che essa si sia risolta nella mera sottoposizione degli elementi istruttori ai componenti dell'organo deliberante.

Il TAR del Lazio, con riferimento alla CONSOB, ha affermato che la partecipazione alla discussione di funzionari, che esprimono delle valutazioni e non si limitano al ruolo di meri referenti istruttori, è idonea a determinare la illegittimità della deliberazione della Commissione (Sez. I, 10 aprile 2002, n.3070).

4.2. La garanzia di un giusto procedimento amministrativo può ritenersi affermata dalla recente sentenza della Corte costituzionale (27 marzo 2009, n. 87), che – anche se con riferimento all'art. 108 Cost. e

ritenendo assorbite le censure mosse in relazione all'art. 24 – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che escludono che il magistrato amministrativo o contabile, sottoposto a procedimento disciplinare, possa farsi assistere da un avvocato (un analogo principio era stato affermato per i magistrati ordinari – per i quali, peraltro, il procedimento disciplinare ha carattere giurisdizionale – da Corte cost. n. 497 del 2000).

5. Passando a trattare, da ultimo, degli aspetti di diritto amministrativo sostanziale, va ricordato che in una realtà caratterizzata da una sempre maggiore molteplicità di fonti normative, le disposizioni della Convenzione e l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo rivestono un ruolo decisivo per il rafforzamento dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'incidenza delle norme della Convenzione nel nostro ordinamento aumenta anche grazie al crescente richiamo dei loro contenuti da parte della giurisprudenza che, insieme all'interpretazione evolutiva della Carta costituzionale e del Trattato della Comunità, vivifica l'essenza di tali diritti.

5.1. Quanto alla proprietà privata, da considerare come uno dei principali diritti fondamentali, vorrei accennare a due aspetti che sono particolarmente rilevanti: l'occupazione acquisitiva e l'indennità di espropriazione.

Sono ben noti i concetti di occupazione appropriativa o accessione invertita e di occupazione usurpativa.

Un fenomeno di “inciviltà tipicamente italiana”, avrebbe detto M.S. GIANNINI, fortemente stigmatizzato dalla Corte europea, la quale ha ritenuto il quadro normativo italiano non aderente alla Convenzione europea in quanto un comportamento illegittimo o illecito non può fondare l'acquisto di un diritto, per cui l'accessione invertita contrasta con il principio di legalità, inteso come preminenza del diritto; fermo restando che spetta all'ordinamento interno l'individuazione dei mezzi di tutela in relazione a fattispecie nelle quali l'acquisizione del bene sia divenuta *sine titulo*.

Tali argomentazioni hanno trovato attuazione all'interno del nostro ordinamento con la regolamentazione introdotta dal testo unico delle disposizioni in materia di espropriazione per pubblica utilità (D.P.R. 327/2001, redatto – mi piace ricordare – da una Commissione speciale del Consiglio di Stato), il cui art. 43 disciplina in modo innovativo la fattispecie dell'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse

pubblico, consentendo il passaggio dall'accessione invertita all'acquisizione sanante. Illuminante al riguardo è il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (29 marzo 2001, n. 4) sullo schema di testo unico, che pose in luce la essenzialità della riforma, perché l'ordinamento doveva adeguarsi ai principi costituzionali ed a quelli generali del diritto internazionale sulla tutela della proprietà (mentre prima non lo era, perché in contrasto con l'art. 1 del prot. 1 della Convenzione, come più volte affermato dalla Corte europea).

Il primo comma dell'art. 43 prevede che, valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni (c.d. acquisizione sanante). Il provvedimento di acquisizione può essere adottato anche quando l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, il decreto di esproprio o l'atto dichiarativo della pubblica utilità dell'opera sia stato annullato in sede giurisdizionale.

Tale norma, pertanto, ha introdotto il principio secondo cui l'autorità amministrativa può acquisire al patrimonio pubblico anche un bene occupato senza titolo idoneo, purché ciò avvenga sulla base di un formale

provvedimento amministrativo fondato sulla “valutazione degli interessi in conflitto” e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno.

Il provvedimento di acquisizione, che assorbe la dichiarazione di pubblica utilità ed il decreto di esproprio, costituisce espressione di potere discrezionale e deve indicare in che modo sono stati acquisiti, ponderati e valutati gli interessi in conflitto, nel senso che l'amministrazione procedente non deve considerare soltanto la astratta idoneità dell'opera a soddisfare esigenze di carattere generale ma, in ragione della natura eccezionale della procedura, deve compiere una esaustiva ponderazione degli interessi in conflitto dando conto con una congrua motivazione della sussistenza attuale di un interesse pubblico specifico e concreto.

Pertanto, in caso di illegittimità o di assenza della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un provvedimento *ex art. 43*, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva che impedisce la restituzione dell'area, sicché solo il detto atto di acquisizione può produrre l'ablazione del diritto di proprietà.

Come ha affermato l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (29 aprile 2005, n.2), l'orientamento sostenuto dalla Corte dei diritti dell'uomo ha trovato attuazione nella disciplina contenuta nel D.P.R. n. 327 del 2001, dovendo convenirsi che l'istituto dell'acquisizione sanante rispetta i parametri imposti dalla Corte europea e dai principi costituzionali perché l'acquisto del bene avviene in virtù di un provvedimento previsto dalla legge con efficacia *ex nunc*; il provvedimento è sindacabile e l'esercizio della discrezionalità è circondato da particolari cautele di cui va verificato il rispetto in sede giurisdizionale; il risarcimento del danno è in ogni caso assicurato; e la restituzione dell'area, in assenza di provvedimento, non può essere impedita, se non per scelta autonoma del privato che rinunci alla stessa.

Scompaiono così dal nostro ordinamento l'occupazione usurpativa e quella appropriativa, ponendo fine anche ad una più che ventennale storia di contrasti giurisprudenziali sulla loro applicazione (*cf.* al riguardo, con espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte europea, Cons. St., Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290; 21 maggio 2007, n. 2582).

La soluzione del problema adottata con l'art. 43, soprattutto a seguito delle precisazioni poste dalla decisione dell'Adunanza Plenaria, ha trovato condivisione da parte del Consiglio d'Europa (riunione del Comitato dei Ministri del 14 febbraio 2007), che si è "rallegrato" per la

giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha sopperito ad alcune incertezze dell'art. 43, ha auspicato che tale giurisprudenza sia seguita dalle altre giurisdizioni italiane ed ha incoraggiato le autorità italiane ad adottare le altre misure necessarie per eliminare la prassi dell'espropriazione indiretta e per garantire la conformità al principio di legalità di tutte le occupazioni di aree da parte dell'amministrazione.

Un problema lasciato aperto dall'art. 43 era quello dell'entità del risarcimento dovuto per effetto del provvedimento di acquisizione.

Correttamente l'art. 43 parla di risarcimento, indicando – al comma 6 – i criteri per la sua determinazione, che consistono nell'indennità di espropriazione, maggiorata degli interessi moratori dal giorno dell'occupazione senza titolo.

Ora, mentre il criterio generale per la determinazione dell'indennità di esproprio consiste nel valore del bene (art. 32), per le aree edificabili l'art. 37 (cui l'art. 43, comma 6, fa rinvio) indicava i criteri restrittivi introdotti dal D.L. n. 333 del 1992.

Ciò era stato stigmatizzato dalla Corte europea in numerose occasioni, per cui la Corte costituzionale (che pure, in precedenza, aveva ritenuto costituzionalmente legittimi i criteri di cui al D.L. n. 333 del 1992), stavolta, facendo leva sul nuovo art. 117, primo comma, Cost. e

utilizzando gli obblighi internazionali come norme interposte nel giudizio di costituzionalità delle leggi così integrando il parametro costituzionale, ha dichiarato la illegittimità costituzionale delle disposizioni del 1992 (con le già richiamate sentenze n. 348 e 349 del 2007).

Ciò ha indotto il legislatore ad intervenire immediatamente, con l'art. 2, commi 89 e 90, della legge finanziaria per il 2008 (n. 244 del 2007), introducendo nuove norme per la determinazione dell'indennità di esproprio per i beni in questione, da commisurare al loro valore venale, ridotto del 25% allorché l'espropriazione è diretta ad attuare interventi di riforma economico-sociale (e non mere espropriazioni "isolate").

In tal modo il sistema è stato riportato a razionalità, equità, diritto.

5.2. Nelle materie devolute alla cognizione del giudice amministrativo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa alla tutela del diritto di proprietà ha avuto ulteriori ripercussioni di grande rilievo.

E' il caso dell'indennizzabilità dei vincoli preordinati alla espropriazione, tema riguardo al quale - com'è noto- sono intervenuti prima la Corte costituzionale con la fondamentale pronuncia n.179 del 1999 e poi il legislatore con l'art.39 del testo unico sulle espropriazioni, a conferma della confluenza di "formanti" di diversa natura a vantaggio di

una tutela sempre più ampia ed effettiva delle posizioni soggettive dei cittadini.

Il tema concerne l'esercizio dei poteri pubblici in materia di governo del territorio, rispetto al quale si riconosce all'Amministrazione un ampio margine di discrezionalità in quanto l'ingerenza nel diritto di proprietà dei privati risponde alle esigenze di interesse generale, ma questo diritto non può subire un eccessivo sacrificio.

Nell'arresto *Scordino contro il Governo Italiano* del 15 luglio 2004, l'assoggettamento alle previsioni vincolistiche, più volte decadute e reiterate, e l'assenza di qualsiasi indennizzo, creando nei proprietari una situazione di incertezza totale in ordine alla sorte dei loro beni, hanno indotto la Corte di Strasburgo a dichiarare che essi hanno sopportato un onere speciale ed esorbitante che ha rotto il giusto equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse generale, da un lato, e la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni, dall'altro.

Sulla scia anche dell'orientamento di cui questa pronuncia costituisce espressione, la nostra giurisprudenza ha precisato che l'apposizione di un vincolo di inedificabilità per un lasso di tempo irragionevolmente lungo viola il diritto fondamentale alla proprietà, sempreché non sussista un rilevante motivo di interesse pubblico che lo giustifichi (C.G.A. 19 dicembre 2008, n.1113, est. ZUCHELLI).

Il richiamo alle decisioni del giudice sovranazionale consente di porre l'attenzione su dinamiche giuridiche - quali il contemperamento tra l'interesse pubblico e le posizioni soggettive dei singoli, nonché la discrezionalità dell'autorità amministrativa in materia di governo del territorio - che appartengono al patrimonio di cognizione del giudice amministrativo per inveterata tradizione e cultura.

5.3. Sarebbe tuttavia un errore limitare l'interesse del giudice amministrativo verso la Convenzione al solo diritto di proprietà, perché anche altre posizioni giuridiche soggettive che rientrano nel suo ambito di cognizione possono essere correlate a diritti fondamentali consacrati nella Convenzione stessa.

Ciò avviene, ad esempio, quando l'atto amministrativo sia considerato nel giudizio come attuazione illegittima di un potere amministrativo.

A tale riguardo va rimarcato che la Corte costituzionale si è pronunciata a favore della legittimità costituzionale di una norma che, istituendo nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine a controversie concernenti la violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della p.a., in quanto

non osta alla legittimità costituzionale del sistema di riparto giurisdizionale la natura «fondamentale» dei diritti soggettivi coinvolti nelle relative controversie, non essendovi alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte cost. 27 aprile 2007, n.140).

In dottrina (VARRONE) si è sostenuto, con riferimento al diritto di proprietà e alla libertà di iniziativa privata, che l'ampliamento o la compressione di facoltà che interferiscono con l'interesse generale, richiedendo l'adozione di atti autoritativi da parte della p.a., implicano in capo al privato posizioni di interesse legittimo e comportano conseguentemente la cognizione delle relative controversie da parte del giudice amministrativo.

In effetti, i diritti e le libertà previsti dalla Convenzione spesso si intersecano con l'esercizio dei pubblici poteri: ciò è inizialmente valso in rapporto a diritti fondamentali che hanno una forte componente economica (proprietà, iniziativa economica), ma l'esperienza ha dimostrato che il potere di conformare le situazioni giuridiche ricollegabili ad essi può riguardare, entro certi limiti, anche altri diritti fondamentali, nel campo delle libertà di riunione, di associazione, di pensiero e di espressione, e finanche il diritto alla salute – l'unico definito espressamente fondamentale dalla nostra Costituzione (art. 32) -

rispetto a vertenze che attengono, ad esempio, al rimborso di medicinali (Cons. Stato, Sez. IV, 15 giugno 2004, n.4004) oppure alla autorizzazione ad effettuare cure mediche all'estero (Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2004, n. 5132).

[Va, peraltro rilevato che, in materia di rimborso delle spese sanitarie sostenute da cittadini residenti in Italia presso centri di altissima specializzazione all'estero, la Cassazione (Sez. Un. 6 febbraio 2009, n. 2867) ha affermato che, non potendo il diritto fondamentale alla salute essere affievolito dalla discrezionalità meramente tecnica dell'amministrazione in ordine ai presupposti per l'erogazione della prestazione, le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario.]

In altra materia, pur sempre attinente a diritti fondamentali, la Corte costituzionale, con la sentenza 27 febbraio 2008, n. 39 - su rimessione del TAR dell'Emilia-Romagna, Sezione di Parma (ord. 20 febbraio 2007), dinanzi al quale aveva proposto ricorso un soggetto, fallito da molti anni e ancora iscritto, nonostante la chiusura del fallimento, nell'albo dei falliti, e perciò escluso dalla graduatoria di un concorso per sedi farmaceutiche - richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di incapacità personali connesse allo stato di fallito, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni

della legge fallimentare all'epoca vigenti (artt. 50 e 142 R.D. n. 267 del 1942), perché lesive dei diritti della persona in quanto incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza non necessaria in una società democratica.

Così avviene anche per il diritto all'istruzione che, oltre ad avere rango costituzionale in virtù dell'art.34 Cost., è sancito nella Convenzione all'art.2 del prot. n.1, in cui è stabilito che esso non può essere rifiutato a nessuno.

E' infatti alla conformità di tali parametri che va rapportata la legittimità di atti amministrativi come i provvedimenti che fissano il c.d. numero programmato per l'accesso a talune facoltà universitarie.

Altrettanto importante è il momento della fruizione di questo diritto che comporta il riconoscimento della legittimazione degli alunni, quali utenti del servizio scolastico, ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo gli atti di fusione, scissione o soppressione di istituti scolastici, adottati nell'esercizio della potestà di autorganizzazione della p.a. (Cons. St., Sez. VI, 16 febbraio 2007, n.661).

Ben più complesse sono le situazioni in cui la tutela di un diritto fondamentale si interseca con quella di un altro.

In una società che assume sempre più rapidamente connotati multietnici, con la necessità di contemperare le esigenze della collettività

con il rispetto delle convinzioni individuali, riveste un ruolo particolarmente delicato, al fine di disinnescare possibili occasioni di conflitto, l'obiettivo di tutelare il diritto all'istruzione senza ledere la libertà di religione parimenti riconosciuta dalla Convenzione.

Nel caso *Sahin contro il Governo Turco* (29 giugno 2004), la Corte di Strasburgo ha escluso, in linea con alcuni suoi precedenti arresti, la violazione della libertà religiosa nei termini sanciti dall'art.9 della Convenzione in riferimento alla regolamentazione dell'Università di Istanbul che sottopone a restrizioni la pratica di portare il *foulard* islamico.

Pur riconoscendo alla libertà religiosa la valenza di uno dei fondamenti di una «società democratica», nonché di elemento essenziale della identità dei credenti e nel contempo di bene prezioso per gli atei, la Corte ha affermato che l'art. 9 della Convenzione non protegge qualunque atto motivato o ispirato da una religione o da una convinzione e non garantisce sempre il diritto di comportarsi in ambito pubblico nel modo dettato da una convinzione, ritenendo conforme allo stesso la predetta regolamentazione in considerazione del rispetto del principio di laicità dello Stato e della protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Di un tale tipo di controversie si è occupato il Consiglio di Stato in rapporto alla legittimità degli atti della p.a. di esporre, in esecuzione di

norme regolamentari, il crocifisso nelle aule scolastiche (Sez. VI, 13 febbraio 2006, n.556).

Al riguardo, in sintonia con il consolidato orientamento della Corte costituzionale, è stato riconosciuto che la laicità è un principio supremo del nostro ordinamento costituzionale, sebbene non proclamato espressamente nella Carta.

La questione di verificare la compatibilità della decisione di esporre il crocifisso nelle aule scolastiche con il principio di laicità non può prescindere dalla preliminare considerazione che il crocifisso è simbolo che assume diversi significati anche a seconda del luogo ove è esposto.

In ambito scolastico l'esposizione del crocifisso non riveste un ruolo eminentemente religioso, ma costituisce espressione dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana, ovvero sia di quei valori che sono scolpiti tra i "principi fondamentali" della prima parte della Costituzione.

Da ciò la conclusione che la decisione di esporre il crocifisso nelle aule scolastiche non è censurabile con riferimento al principio di laicità dello Stato italiano.

In effetti questo ragionamento induce a compiere una riflessione più ampia.

In una società complessa come quella attuale, la tutela dei diritti fondamentali non rappresenta solo un problema giuridico, ma ha implicazioni che coinvolgono la bioetica, la religione, la medicina, la filosofia, le scienze, in una mescolanza di apporti e di suggestioni che non può lasciare insensibile il giudice, costituzionale, ordinario o amministrativo che sia.

Ciò è particolarmente evidente riguardo al diritto alla vita come l'esperienza di questi mesi dimostra riguardo al testamento biologico, alla interruzione delle cure nei malati in stato vegetativo permanente, all'uso degli embrioni per curare malattie letali o gravemente invalidanti, ma non è meno vero per molti altri diritti fondamentali consacrati nella Costituzione e nella Convenzione.

A questo riguardo mi piace ricordare che, con riferimento alla libertà religiosa, il Pontefice, nel suo discorso all'ONU del 18 aprile 2008, ha sostenuto che la piena garanzia di essa non può essere limitata al libero esercizio del culto, ma deve avere una dimensione pubblica che si

concreta nella possibilità dei credenti di fare la loro parte nella costruzione dell'ordine sociale e nella ricerca del dialogo tra le religioni quale strumento per favorire la pace tra i popoli e la pacifica convivenza all'interno degli Stati. Questo richiamo si colloca fra i fattori più rimarchevoli che modellano l'attuale società, nella quale si verificano quelle controversie che i giudici, nell'ambito dei rispettivi ambiti di cognizione, sono chiamati a risolvere, con un approccio culturale al passo con i tempi, cercando di dare piena tutela ai diritti fondamentali.

6. Non ritengo di andare oltre nella ricognizione delle pronunce nelle quali il giudice amministrativo ha deciso rifacendosi in modo diretto o mediato alla Convenzione e alla interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

Confido che questa esposizione sia valsa a dimostrare quanto sia ingeneroso – e anche inesatto – il rilievo, talvolta presente in dottrina, circa la scarsa attenzione del giudice amministrativo per la Convenzione e per le decisioni della Corte europea.

Con il riferimento alle sentenze in precedenza richiamate, ho inteso porre in luce la condivisione degli stessi valori da parte del giudice europeo e del giudice amministrativo, nonché la consonanza dei loro metodi di giudizio nella ricerca del giusto equilibrio tra le esigenze

dell'interesse generale e la necessità di proteggere i diritti fondamentali individuali, nel ragionevole bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della comunità.

Occorre, comunque, acquisire la consapevolezza della complementarietà dei ruoli tra la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali e quindi dell'esigenza del sempre maggiore coinvolgimento di questi ultimi nell'azione tendente al miglioramento dell'applicazione della Convenzione in sede nazionale, anche attraverso la più approfondita conoscenza, da parte dei giudici nazionali, del diritto convenzionale (BARBAGALLO), come costantemente elaborato, in chiave evolutiva, dalla Corte europea, con un'opera di cooperazione tra questi e quelli europei per la realizzazione di un vero e proprio sistema integrato composto dall'ordinamento nazionale e da quello internazionale in tema di diritti umani.