



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

Sezione: **Giusto processo amministrativo** – Imparzialità del giudice e funzioni consultive

Titolo: *Imparzialità del giudice e funzioni consultive attribuite ad organi di giustizia amministrativa*

Autore: MARTA MENGOZZI

Sentenza di Riferimento: Corte eur. dir. uomo, decisione del 6.5.2003, *Kleyn and others v. the Netherlands*, ricc. nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98 e 46664/99

Parametro convenzionale: art. 6 CEDU

Parole chiave: Giusto processo; processo amministrativo; imparzialità del giudice; funzioni consultive; Consiglio di Stato

1. Il problema della compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo al medesimo organo.

L'attribuzione agli organi di giustizia amministrativa di funzioni consultive ed ausiliarie dell'esecutivo, accanto a quelle giurisdizionali, è un modello tradizionalmente utilizzato in diversi Paesi europei aderenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre all'Italia, si possono citare, tra gli altri, la Francia, il Lussemburgo e l'Olanda). Si è, tuttavia, manifestato qualche dubbio sulla compatibilità di tale assetto con il diritto riconosciuto all'art. 6 ad un giudice "indipendente ed imparziale", poiché i singoli giudici e/o l'organo nel suo complesso potrebbero apparire privi del necessario distacco qualora si trovino a decidere in sede giurisdizionale sulla legittimità di un atto sul quale lo stesso organismo abbia in precedenza reso un parere in veste di consulente del Governo. Così, la Corte di Strasburgo è stata chiamata, in diverse occasioni, a pronunciarsi sulla questione e la sentenza del 6 maggio 2003 nel caso *Kleyn and others v. the Netherlands*, risulta essere, ad oggi, l'ultima delle decisioni in materia.

Nel caso di specie, la pronuncia riguarda il Consiglio di Stato olandese, ma il tema – obiettivamente assai delicato – coinvolge, com'è si è già accennato, una pluralità di Paesi aderenti alla Convenzione, dotati di organismi strutturati in modo analogo (l'Italia e la Francia, infatti, sono



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo"

intervenute nel giudizio in questione, sostenendo le posizioni del governo olandese).

Con la decisione in parola, la Corte di Strasburgo, non si pone in una posizione di rottura rispetto alle precedenti decisioni sul medesimo tema (già affrontato nelle pronunce *Procola v. Luxembuorg* del 28.9.1995 e *McGonnell v. United Kingdom* del 8.2.2000) ma, anzi, in asserita linea di continuità con esse: tuttavia, rispetto agli sviluppi che le precedenti sentenze, e soprattutto la prima, lasciavano intravedere come possibili (se non addirittura probabili), quella in parola sembra segnare se non addirittura un passo indietro, almeno, certamente, una battuta di arresto.

2. Il caso oggetto del ricorso.

Questa la fattispecie dalla quale ha origine il giudizio deciso con la pronuncia in esame. Alcuni cittadini olandesi avevano presentato ricorso avverso l'atto con il quale era stato fissato il percorso della costruenda "*Betuweroute*", linea ferroviaria destinata ad attraversare la regione olandese della Betuwe.

Tale decisione trovava il proprio fondamento giuridico, non soltanto per il suo contenuto, ma anche per gli aspetti procedurali, in un atto normativo sulla pianificazione delle infrastrutture e dei trasporti sul quale il medesimo Consiglio di Stato aveva espresso il proprio parere in sede consultiva. In quell'occasione, il Collegio che si era pronunciato aveva mostrato di condividere le esigenze di celerità nella realizzazione dei progetti che stavano alla base della disciplina con esso dettata. Di qui i dubbi prospettati dai ricorrenti circa l'imparzialità del giudice del ricorso giurisdizionale, tanto più gravi in quanto ricorreva la circostanza che uno dei membri del Collegio giudicante in questa sede aveva preso personalmente parte al Plenum che aveva a suo tempo reso il parere.

3. I precedenti giurisprudenziali

I precedenti della Corte di Strasburgo sul tema erano tali, invero, da far ipotizzare un accoglimento del ricorso, con condanna dello Stato olandese.

Vengono, in particolare, in rilievo due precedenti. Il primo è costituito dalla sentenza *Procola* del 1995.

In tale decisione, la Corte aveva censurato la circostanza che quattro su cinque membri del Collegio del Consiglio di Stato del Lussemburgo, chiamato a decidere in sede giurisdizionale, si fossero già occupati della medesima questione in sede consultiva. L'accento era stato posto sulla concreta



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

coincidenza delle persone fisiche dei magistrati che si erano occupati della medesima questione nelle due vesti: tale elemento, secondo la Corte, consente di ritenere che il relativo collegio giurisdizionale non possa essere considerato quale giudice "imparziale".

La decisione si fonda su tale punto. Tuttavia, in essa, la Corte si spinge anche ad aggiungere, sia pure solo incidentalmente, che il fatto che i membri del Consiglio di Stato lussemburghese potessero esercitare entrambe le funzioni con riguardo allo stesso atto era tale da ingenerare dubbi circa l'"imparzialità strutturale" dell'istituzione.

Nella successiva decisione *McGonnell*, del 2000, invece, la Corte lascia cadere ogni valutazione su tale profilo più generale, accentuando la necessità di considerare le concrete circostanze del caso ed affermando di non poter valutare in astratto la compatibilità di un determinato modello organizzatorio con la Convenzione.

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

4. La decisione *Kleyn*

In occasione della sentenza *Kleyn*, invece, la Corte, come si è già anticipato, sembra fare un passo indietro o, comunque, dare un brusca frenata, pur senza rinnegare alcuno dei principi già espressi nelle precedenti decisioni.

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

Ma, soprattutto, in questa occasione, la Corte accompagna tale espressione di principio con una lettura del caso concreto assai più "benevola" nei riguardi dell'organismo giudicante di quanto non avesse fatto nei precedenti citati, negando che si fosse verificata una violazione dell'art. 6.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

La situazione al suo esame (per la cui descrizione si fa rinvio a quanto illustrato sopra) viene, infatti, giudicata tale da non destare dubbi obiettivamente fondati sull'imparzialità del giudice, nonostante la coincidenza fisica di un giudice nei due collegi che hanno operato nelle diverse sedi (consultiva e giurisdizionale) sulla base della considerazione che la questione giudicata nelle due diverse vesti non fosse la "medesima": mentre il ricorso in sede giurisdizionale investiva la scelta del percorso della linea ferroviaria, nei suoi aspetti più puntuali, il parere dato in sede consultiva sulla normativa destinata a disciplinare le decisioni sui progetti per tali infrastrutture non aveva affrontato tali questioni di dettaglio.

La Corte, dunque, esclude ogni violazione dell'art. 6, attraverso una lettura molto rigida del concetto di "medesima questione" che essa stessa aveva elaborato nella precedente giurisprudenza.

5. Le opinioni dissenzienti

L'adozione di una tale interpretazione restrittiva ha, tuttavia, creato qualche contrasto all'interno della stessa Corte: mentre entrambe le precedenti sentenze *Procola* e *McGonnell* erano state adottate all'unanimità, nel caso *Kleyn* la decisione è stata assunta con 12 voti favorevoli e 5 contrari.

Nelle opinioni dei giudici dissenzienti si sottolinea, in particolare (v. soprattutto l'opinione dei giudici Thomassen e Zagrebelsky), che laddove non esista una chiara separazione di funzioni all'interno dello stesso organismo, occorre effettuare uno scrutinio particolarmente rigoroso, diversamente da quanto deciso dalla maggioranza, circa l'imparzialità obiettiva del Collegio decidente (anche con riguardo alla circostanza che, come è noto, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è particolarmente importante che il giudice appaia imparziale ed ispiri fiducia in chi è sottoposto al suo giudizio).

In una delle due opinioni dissenzienti (quella dei giudici Tsatsa-Nikolovska, Straznickà e Ugrekhelidze), si va anche oltre, stigmatizzando in termini più generali la commistione tra funzioni giurisdizionali e quelle di governo in capo ai medesimi organi ed auspicando, come la soluzione in assoluto più efficace per rimuovere qualsiasi dubbio sull'imparzialità di questi, la separazione netta tra le due funzioni.

6. La situazione italiana

In Italia, com'è noto, la compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali riguarda sia il



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

Consiglio di Stato che la Corte dei Conti. Per entrambi gli organi, peraltro, tale assetto è fissato direttamente dalla Carta costituzionale.

Nonostante la spaccatura che è emersa in seno alla Corte sul tema, deve oggi ritenersi che la scelta di siffatto modello non sia in grado di determinare, di per sé, una condanna in sede europea per violazione dell'art. 6 Cedu, non essendovi, secondo le ultime pronunce della Corte di Strasburgo, alcuna incompatibilità con l'art. 6 della Cedu rispetto a tale scelta, considerata in astratto (e, del resto, l'opposta conclusione avrebbe riflessi di non poco conto sull'organizzazione di diversi Stati aderenti).

Resta, però, l'esigenza di garantire che non vi sia coincidenza tra i giudici-persone fisiche chiamati a rendere i pareri e quelli facenti parte dei collegi incaricati di definire i contenzioni in sede giurisdizionale sulle medesime questioni.

Il rispetto di tale garanzia "minima" potrebbe, in effetti, in alcuni casi non essere sempre assicurato, benché non risulti che, concretamente, il problema si sia mai posto.

Per quanto riguarda il Consiglio di Stato, ad esempio, qualche difficoltà potrebbe nascere dalla circostanza che il nuovo codice del processo amministrativo (emanato con d.lgs. 2.7.2010, n. 104) ha abrogato il caso speciale di astensione un tempo previsto dall'art. 43, comma 2, del t.u. delle leggi sul Cons. St., il quale espressamente stabiliva il divieto di prendere parte alle decisioni in sede giurisdizionale per i magistrati che avessero concorso a dare parere, nella sezione consultiva del Consiglio di Stato, sulla questione oggetto del ricorso. La fattispecie, invero, potrebbe dirsi oggi confluita nella fattispecie di astensione obbligatoria di cui all'art. 51, n. 4 c.p.c. (alle norme processual-civilistiche fa, infatti, rinvio l'art. 17 del codice del processo amministrativo per la determinazione delle cause di astensione e ricusazione), nella parte in cui prevede che debba astenersi il giudice che abbia "dato consiglio" nella causa.

Resta il problema di stabilire, in concreto, quando si tratti della stessa causa. Ma si tratta del medesimo nodo interpretativo cui si è trovata a far fronte la Corte Europea dei diritti dell'uomo (adottando, peraltro, orientamenti assai diversi nella decisione *Kleyn* rispetto a quanto accaduto nella precedente causa *McGonnell*). Ma forse, considerata la delicatezza del tema, sarebbe stato più opportuno lasciare in vigore lo specifico caso di astensione già esistente.

Inoltre, la non coincidenza delle persone fisiche chiamate a decidere nelle due sedi non sembra poter essere in nessun caso garantita laddove a rendere il parere sia l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, composta dalla totalità dei magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato (come potrebbe accadere su richiesta della sezione consultiva per gli atti normativi o del Presidente, in base alla disciplina prevista dall'art. 17, comma 28, della legge n. 127 del 1997). Qualora, ad



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

esempio, venisse impugnato un atto regolamentare sul quale abbia espresso il proprio parere tale consenso si troverebbero necessariamente a giudicare della sua legittimità magistrati che hanno già conosciuto del medesimo atto e che su di esso si sono già pronunciati in sede consultiva.

Le possibilità che si verifichino occasioni di possibile "prevenzione" da parte dei giudici sembrano, poi, oggi aumentate, con la scelta, introdotta dall'art. 54 del d.l. n. 25.6.2008, n. 112 (convertito in legge 6.8.2008, n. 133), di eliminare la ripartizione rigida delle funzioni consultive e giurisdizionali tra le varie sezioni del Consiglio di Stato (le prime tre con funzioni consultive, le altre con funzioni giurisdizionali) a favore di una ripartizione "flessibile", destinata a mutare ogni anno su determinazione del Presidente del Consiglio di Stato, il quale, sentito il Consiglio di Presidenza, con proprio provvedimento, individua quali sezioni svolgono un tipo di funzioni e quali l'altro.

Precedenti giurisprudenziali

Corte eur. dir. uomo, sentenza *Procola v. Luxembuorg*, del 28 settembre 1995

Corte eur. dir. uomo, sentenza *McGonnell v. United Kingdom*, del 8 febbraio 2000

Riferimenti bibliografici

A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro It.*, 2001, V, 26 ss.

S. Giacchetti, *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1997, II, 1011

S.P. Panunzio, *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, in V. Parisio (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico*, Milano 1999, 71 ss.

U. Allegretti, *Giustizia amministrativa e principi costituzionali*, in *Amministrare*, 2001, 200 ss.

C. Calabrò, *Il giusto processo e la scommessa del nuovo diritto amministrativo*, Relazione al Convegno *Art. 111 Costituzione: rivoluzione dell'ordinamento?*, pubblicata sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it

R. Romboli, nota alla sentenza *Kleyn*, in *Foro It.*, 2004, IV, 565 ss.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

C. Calvieri, *Giustizia amministrativa e Stato democratico: il conflitto endemico. Appunti e riflessioni su di uno scritto di Sergio Panunzio*, in F. Cerrone- M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli 2007, 335 ss.

S. Lariccia, *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in F. Cerrone- M. Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale*, cit., 159 ss.

(1.2.2011)