

COLLANA DELLE PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

Comitato scientifico:

Prof.ssa Agata Cecilia Amato Mangiameli, Prof. Andrea Buratti, Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Francesco D'Agostino, Prof. Antonio D'Atena, Prof. Alessandro Dani, Prof. Luigi Daniele, Prof.ssa Maria Rosa Di Simone, Prof.ssa Alessandra Gianelli, Prof. Pierfrancesco Grossi, Prof. Giovanni Guzzetta, Prof. Raffaello Lupi, Prof.ssa Stefania Mabellini, Prof. Venerando Marano, Prof. Francesco Saverio Marini, Prof. Gian Piero Giuseppe Milano, Prof.ssa Donatella Morana, Prof.ssa Federica Mucci, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Eugenio Picozza, Prof. Aristide Police, Prof. Roberto Rampioni, Prof. Adolfo Scalfati, Prof.ssa Elda Turco Bulgherini.

Direzione:

Prof. Luigi Daniele

Comitato di redazione:

Marco Maria Cellini (*Coordinatore*), Marta Bernardini, Simona Claudiani, Serena Marini, Giorgia Padua, Giovanni Pennetta, Simona Terracciano, Chiara Venturini.

La corrispondenza, inviata alla direzione o alla redazione della Collana, va indirizzata a quaderni.pubblico@gmail.com.

I contributi sono sottoposti alla procedura di referaggio anonimo, conformemente al Regolamento della Collana dei Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, pubblicato sul sito www.dot.dirittopubblico.uniroma2.it.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “TOR VERGATA”
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

-1-

Principi generali del diritto, diritti fondamentali e
tutela giurisdizionale: nuove questioni

a cura di Luigi Daniele e Andrea Buratti

WOLTERS KLUWER
Milano

Il presente volume è stato pubblicato con i fondi del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

INDICE

Notizie sugli autori	7
LUIGI DANIELE, Introduzione.....	9

SEZIONE PRIMA LEZIONI

FILIPPO PATRONI GRIFFI, Il giudice amministrativo e l'Europa	23
MASSIMO MASSELLA DUCCI TERI, La difesa dello Stato in giudizio: il ruolo dell'Avvocatura dello Stato oggi	51
ANDREA BURATTI, The proportionality principle and global constitutionalism: reading Hiroshi Nishihara's works	71

SEZIONE SECONDA PRINCIPI GENERALI, DIRITTI INDIVIDUALI E INTERESSI PUBBLICI DI FRONTE ALLE GIURISDIZIONI NAZIONALI E SOVRANAZIONALI

SIMONA TERRACCIANO, Principio di precauzione: grado di rischio e discrezionalità amministrativa	87
LORENZO MARIA CIOCCOLINI, La conoscenza e la conoscibilità del provvedimento amministrativo e della sua invalidità, ai fini della decorrenza del termine decadenziale nel processo amministrativo: evoluzione giurisprudenziale.....	107
FRANCESCO PAOLO CHIRICO, Il sindacato della Corte di cassazione per motivi di giurisdizione tra interpretazione del giudice di legittimità e del giudice costituzionale	131
GIOVANNI PENNETTA, L'annullamento d'ufficio tra profilo temporale e legittimo affidamento: la decorrenza del termine dei diciotto mesi nel comma 2-bis dell'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990	149
SILVANA GALDIERI, Tagli ai vitalizi dei parlamentari: alcune considerazioni sulle nuove norme regolamentari	167

SEZIONE TERZA
I DIRITTI DELLA PERSONA TRA LEGISLAZIONE E
GIURISDIZIONE NAZIONALE

CARLO DE GASPERIS, Il diritto penale della contiguità mafiosa	187
MARTA BERNARDINI, Autodeterminazione terapeutica del paziente e responsabilità penale del medico	201
ALESSIA MANICCIA, Considerazioni sul ricorso alle operazioni sotto copertura ed alla controversa figura dell'agente provocatore nella lotta al fenomeno corruttivo.....	219
MICHELA TRESCA, Stampa e nuovi media: il regime giuridico dei giornali online tra incertezze legislative e sviluppi giurisprudenziali	235

SEZIONE QUARTA
I DIRITTI FONDAMENTALI NELL'INTEGRAZIONE
SOVRANAZIONALE

LAURA SANSONE, I rapporti tra ordinamenti: dal dialogo tra corti al "monologo" della Corte costituzionale italiana.....	257
SERENA MARINI, Poland's rule of law crisis and the Court of Justice of the European Union: towards an increasing involvement of the court in regard with the member state's compliance with art. 2 TEU.....	275
PAOLO FERNANDES, Austerità e diritti fondamentali: osservazioni a margine della recente giurisprudenza UE.....	295
JACOPO ARRIGONI, The second preliminary reference of the German Constitutional Court over the ESCB activity: a comparison between Gauweiler and Wiess cases.....	317
SARAH LATTANZI, Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro di studio tra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	337

CHIARA VENTURINI, La controversia Germania-Italia a cinque
anni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014
.....353

Notizie sugli autori

ARRIGONI JACOPO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXII, Indirizzo: Diritto internazionale e dell'Unione europea.

BERNARDINI MARTA, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Indirizzo: Diritto penale.

BURATTI ANDREA, Professore Associato in Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

CHIRICO FRANCESCO PAOLO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Curriculum: Diritto costituzionale e amministrativo.

CIOCCOLINI LORENZO MARIA, Avvocato e Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Curriculum: Diritto costituzionale e amministrativo.

DANIELE LUIGI, Professore Ordinario in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Coordinatore del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

DE GASPERIS CARLO, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXX, Curriculum: Diritto penale.

FERNANDES PAOLO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Curriculum: Diritto internazionale e dell'Unione europea.

GALDIERI SILVANA, Dottoranda del Corso in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Curriculum: Diritto costituzionale e amministrativo.

LATTANZI SARAH, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXX, Curriculum: Diritto internazionale e dell'Unione europea.

MANICCIA ALESSIA, Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXX, Curriculum: Diritto penale.

MARINI SERENA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXII, Curriculum: Diritto internazionale e dell'Unione europea.

MASSELLA DUCCI TERI MASSIMO, Avvocato Generale dello Stato.

PATRONI GRIFFI FILIPPO, Presidente del Consiglio di Stato.

PENNETTA GIOVANNI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Curriculum: Diritto costituzionale e amministrativo.

SANSONE LAURA, Dottore di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXX, Curriculum: Diritto costituzionale e amministrativo.

TERRACCIANO SIMONA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Curriculum: Diritto costituzionale e amministrativo.

TRESCA MICHELA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXII, Curriculum: Diritto costituzionale e amministrativo.

VENTURINI CHIARA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Ciclo XXXIII, Curriculum: Diritto internazionale e dell'Unione europea.

INTRODUZIONE

LUIGI DANIELE

1. La presente raccolta di studi costituisce il numero 1 della nuova Serie della Collana di pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata", serie che è dedicata ai "*Quaderni del dottorato di ricerca di diritto pubblico*".

Nella prima sezione sono presentati i testi rielaborati delle lezioni magistrali, tenute, rispettivamente il 9 novembre e il 7 dicembre 2018, da due prestigiose personalità: il Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, e l'Avvocato generale dello Stato, Massimo Massella Ducci Teri. La sezione è completata da uno studio del Prof. Andrea Buratti, curatore, insieme al sottoscritto, del presente "Quaderno".

Nelle altre tre sezioni appaiono invece 14 brevi scritti redatti da altrettanti dottori o dottorandi di ricerca di diritto pubblico. In linea di principio, i contributi sono stati raggruppati nelle varie sezioni in base all'indirizzo di dottorato seguito da ciascun autore: costituzionalistico/amministrativistico, penalistico e internazionalistico, europeistico e della navigazione. Non mancano però casi per i quali questo criterio non è stato rispettato. Ciò è avvenuto quando il contributo affronta questioni che si pongono a cavallo tra due indirizzi. In casi del genere, la scelta è caduta sulla sezione che è sembrata maggiormente pertinente.

2. Per il primo Quaderno è stato scelto il seguente titolo: *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni.*

È sembrato infatti di poter dire che il binomio tra principi generali e diritti fondamentali, da un lato, e tutela giurisdizionale, dall'altro, pur nella grande varietà dei temi liberamente scelti da ciascun autore, sia presente in tutti i contributi, a partire dalle due lezioni magistrali.

Nel suo testo, infatti, il Presidente FILIPPO PATRONI GRIFFI, riferendosi al nuovo ruolo e alla nuova funzione assunti nel tempo dalla giustizia amministrativa, che si è trasformata da

mero “*presidio di legalità dell’azione amministrativa a strumento di tutela effettiva delle pretese dei cittadini*”, ha evidenziato come questo fenomeno sia largamente debitore della condivisione di alcuni principi generali (principio dell’effettività, della certezza del diritto, della tutela dell’affidamento, della proporzionalità), che sono venuti affermandosi nel diritto dell’Unione europea e sono stati successivamente recepiti a livello interno. Sul piano sostanziale, i citati principi hanno portato all’affermazione del “*diritto alla buona amministrazione*”, come ora garantito dall’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione. Sul piano più strettamente processuale, è stato soprattutto il principio generale dell’effettività ad avere avuto un benefico influsso sulla giustizia amministrativa, portando in particolare all’ampliamento dei rimedi giurisdizionali cui il giudice amministrativo può ora ricorrere. Il risultato è stato il rafforzamento di un altro diritto fondamentale: il “*diritto a un ricorso effettivo*”, anch’esso garantito dall’art. 47 della citata Carta, oltre che dall’art. 13 della CEDU.

Anche nel testo della sua lezione magistrale, l’Avvocato Generale MASSIMO MASSELLA DUCCI TERI, nel ripercorrere ammirevolmente la complessa storia e la grande evoluzione dell’Avvocatura dello Stato, non ha mancato di riferirsi anch’egli, con notevole dettaglio, alla “*profonda evoluzione del diritto amministrativo, sia sostanziale che processuale, che ha avuto il suo epilogo con l’adozione del Codice del processo amministrativo, volto a concretizzare in questo ambito, i principi del giusto processo, garantiti anche a livello europeo*”. Nuovamente si trova in queste parole l’eco dell’art. 47, che, come è noto, assicura, accanto al diritto a un ricorso effettivo, anche quello a un equo processo, così come l’art. 6 della CEDU e l’art. 111, comma 1, Cost.

3. Il richiamo ai principi generali del diritto come fonti di diritti fondamentali ma anche come norme regolatrici dei rapporti tra poteri, è centrale in molti altri contributi e ne costituisce un significativo motivo conduttore.

In particolare, lo studio di ANDREA BURATTI su *Proportionality Principle and Global Constitutionalism*, esplora, in chiave comparatistica, la funzione del principio di

proporzionalità come strumento di grande importanza per la tutela dei diritti individuali nei confronti del potere legislativo e pertanto nel contesto del sindacato di costituzionalità delle leggi. Il principio infatti richiede che il giudice effettui un “bilanciamento” tra interesse pubblico e diritti fondamentali o tra diversi diritti fondamentali confliggenti. È necessario pertanto che siano disponibili le motivazioni che hanno condotto il legislatore ad una determinata scelta, compreso il se sia stato valutato l’impatto sui diritti individuali pregiudicati e se siano state prese in considerazione soluzioni alternative meno penalizzanti. Ciò comporta un sensibile miglioramento della protezione dei diritti individuali a fronte di una limitazione dei poteri discrezionali del legislatore e di una sorta di “*judicial supremacy*”, il che solleva, in alcuni ambienti, non pochi dubbi circa il rispetto del principio democratico e quello della separazione dei poteri.

Il principio di proporzionalità, insieme a quello di ragionevolezza, viene evocato anche nel contributo di SILVANA GALDIERI, sulla legittimità della riduzione decisa dal Parlamento dei vitalizi degli ex-parlamentari e loro familiari. Nel caso esaminato, l’autrice auspica che la proporzionalità delle misure contestate possa essere verificata sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale in casi simili ma si domanda se una siffatta verifica non venga ostacolata dalla autodichia del Parlamento in questa materia, con conseguente lesione del diritto ad un giudice terzo e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

Lo stesso principio di proporzionalità è oggetto di approfondimento infine nello scritto di JACOPO ARRIGONI, sulla sentenza della Corte di giustizia sul caso *Weiss*¹, in cui si discuteva della legittimità del programma noto come Quantitative Easing deciso della Banca centrale europea. La legittimità del programma era messo in dubbio dal Tribunale costituzionale federale tedesco ai sensi dell’art. 267 TFUE, invocando, tra l’altro, il suo carattere non-proporzionato, così come lo stesso Tribunale aveva fatto nel suo rinvio pregiudiziale precedente, in relazione al programma c.d. OMT e deciso nella

¹ Corte giust. UE, 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*, EU:C:2018:1000.

sentenza sul caso *Gauweiler*². In entrambi i casi la Corte di giustizia, ha escluso che il principio di proporzionalità fosse violato. Tuttavia l'autore segnala come nella sentenza *Weiss*, l'esame condotto dalla Corte di giustizia in punto di proporzionalità sia stato molto più articolato rispetto al precedente della sentenza *Gauweiler*, dove la Corte si era limitata ad un semplice controllo "esterno", basato sulla sufficienza della motivazione.

4. Aspetti di proporzionalità emergono anche nello studio di SIMONA TERRACCIANO, dedicato ad un principio di più recente emersione: quello di precauzione. Come evidenzia l'autrice, il principio di precauzione, nel prescrivere al legislatore ma soprattutto all'autorità amministrativa di considerare nelle loro scelte i rischi possibili anche se non certi o scientificamente dimostrati di danni ai diritti costituzionalmente protetti, richiede l'individuazione di una "*soglia di rischio accettabile*" ed esige che la scelta sia effettuata "*sulla base di un'accurata analisi dei dati scientifici*" ed "*adeguatamente proporzionata all'obiettivo pubblico primario da raggiungere*".

Nella stessa ottica si pone il contributo di GIOVANNI PENNETTA che affronta il problema di definire i limiti del potere della p.a. di annullare un provvedimento in autotutela. L'autore invoca in proposito il principio della tutela dell'affidamento e quella della buona fede, ma anche quello del già richiamato principio, di proporzionalità, il cui rispetto dovrebbe guidare la p.a. nell'esercitare tale potere. In questa ottica, l'autore legge il termine di 18 mesi introdotto dall'art. 6 della legge n. 124 del 2015 (c.d. riforma Madia), come diretto allo scopo di salvaguardare le posizioni del soggetto che sarebbe danneggiato dall'annullamento *ex officio* di un provvedimento a lui favorevole.

5. Numerosi altri principi generali sono toccati nei contributi presenti nel volume. Alcuni ruotano, a diverso titolo e con angolazioni variabili, intorno al principio di legalità in materia penale.

² Corte giust. UE, 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, EU:C:2015:400.

Nel suo contributo avente ad oggetto il regime applicabile alla stampa on-line, MICHELA TRESCA spiega come la estensione ai periodici on-line della tutela prevista dall'art. 21, comma 3. Cost. contro il sequestro³, abbia portato con sé, come contrappeso, anche l'applicabilità al direttore di un periodico di questo tipo dell'art. 57 c.p. e quindi la punibilità dell'omesso controllo sui contenuti del periodico⁴. In passato un risultato del genere era stato invece escluso, perché considerato un caso di applicazione analogica *in malam partem*.

CARLO DE GASPERIS, che scrive sul fenomeno della “contiguità” mafiosa in chiave penalistica, parte dalla considerazione che la necessità di reprimere, in un contesto emergenziale, le attività di fiancheggiamento alla mafia ha imposto di abbandonare l'esclusiva di una rigida legalità di matrice illuministica e di affiancare ad essa un diritto “fluidò”, più vicino ai sistemi di *common law*, in cui la giurisprudenza rappresenta lo strumento più adatto a regolare e recidere i legami tra mafia e società civile. Si è dato così origine, con gli artt. artt. 110 e 416 *bis* c.p., ad una nuova norma affetta da un'insanabile genericità e vaghezza, i cui elementi descrittivi hanno natura meramente giurisprudenziale.

Infine, nell'affrontare il noto conflitto scatenato dalla sentenza caso *Taricco*⁵ tra Corte di giustizia UE e Corte costituzionale, circa la possibilità di disapplicare *in malam partem* gli artt. 160 e 161 c.p., in materia di interruzione della prescrizione dei reati, LAURA SANSONE ricorda che al centro del conflitto si trova la portata del principio di legalità in materia penale, che è un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale nazionale. Si spiega perciò l'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale, la quale, dopo aver avuto “soddisfazione” da parte della Corte di giustizia con la sentenza c.d. *Taricco II*⁶, ha insistito, nella sentenza n. 115/18, nel rivendicare il proprio ruolo come unico garante dei principi fondamentali e quindi anche delle tradizioni comuni.

³ Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022.

⁴ Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398.

⁵ Corte giust. UE, 8 settembre 2015, causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.

⁶ C. giust. UE, 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S., ECLI:EU:C:2017:936.

6. Molto numerosi sono i contributi che trattano di principi generali che attengono al processo.

Il rispetto del principio dell'equo processo e dei diritti di difesa è invocato da LORENZO MARIA CIOCCOLINI, nel contributo sulla decorrenza dei termini di ricorso nel processo amministrativo. In particolare l'autore prende in esame l'art. 30, comma 3, c.p.a., che assoggetta ad un termine decadenziale di 120 giorni l'azione per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, nonché l'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., il quale ha previsto la regola peculiare per la quale il termine di impugnazione decorre dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente della stazione appaltante. Entrambe le norme vengono analizzate per comprendere se saranno sufficienti per evitare la deprecabile ma finora necessaria prassi di ricorsi al buio, cioè proposti prima che il ricorrente abbia tutti gli elementi necessari per valutare se presentare o meno il ricorso.

La centralità del diritto ad un giudice indipendente emerge con forza nello studio di SERENA MARINI. L'autrice descrive le varie iniziative assunte all'interno dell'Unione europea, con crescente coinvolgimento della stessa Corte di giustizia UE, relativamente alle riforme adottate in Polonia in materia di ordinamento giudiziario. In particolare hanno suscitato la reazione delle istituzioni europee le norme che hanno abbassato retroattivamente l'età del pensionamento obbligatorio dei giudici ma hanno lasciato al Governo o, secondo i casi, al Presidente della Repubblica il potere di concedere, in maniera discrezionale, a chi ne faccia richiesta di restare in servizio. Secondo la Commissione europea, normative del genere minano l'indipendenza dei tribunali e mettono in discussione il principio dello Stato di diritto, che figura tra i valori dell'Unione ai sensi dell'art. 2 TUE. Ciò potrebbe dar vita ad un vero e proprio procedimento sanzionatorio ai sensi dell'art. 7, comma 2 dello stesso trattato.

Il tema dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice è affrontato anche nel contributo di SARAH LATTANZI, che riferisce della giurisprudenza della Corte EDU sul tema e della visione "soggettivistica" che tale diritto sta assumendo, in ragione degli attentati e minacce subiti personalmente dai giudici

o dai propri familiari. Deprecabili fenomeni del genere rischiano di minare l'indipendenza del giudice. L'autrice accenna anche al legame tra indipendenza del giudice e equa remunerazione dello stesso, tema che è stato evocato dalla Corte di giustizia UE nella sentenza sul caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁷.

In una prospettiva simile si pone il già citato contributo di SILVANA GALDIERI, sull'autodichia del Parlamento relativamente alla riduzione dei vitalizi parlamentari. L'autrice mette giustamente in rilievo come destinatari della riduzione non siamo membri del Parlamento ma soggetti terzi, che sono stati in passato parlamentari o sono parenti di ex-parlamentari. In queste circostanze la compressione del diritto dei soggetti coinvolti ad un ricorso effettivo e a un giudice terzo apparire ingiustificata e sproporzionata rispetto all'interesse generale di salvaguardare l'indipendenza del Parlamento.

Il diritto a un ricorso effettivo è al centro delle riflessioni di FRANCESCO PAOLO CHIRICO, sul recente orientamento della Corte costituzionale sui ricorsi di giurisdizione *ex art. 111*, comma 7, Cost., L'interpretazione più rigorosa accolta dalla Consulta sulla portata del ricorso e sulla nozione di "*motivi inerenti alla giurisdizione*"⁸ risolve in senso sfavorevole alla Corte di cassazione un annoso conflitto con il Consiglio di Stato ma si traduce nella impossibilità di accedere ad un "estremo" rimedio giurisdizionale in caso di errori *in iudicando* o *in procedendo* da parte delle giurisdizioni "speciali" che risultino particolarmente gravi e frutto di uno "*stravolgimento*" così "*radicale*" del quadro normativo di riferimento da comportare un sostanziale "*diniego di giustizia*"⁹. Ciò è tanto più grave se si pensa che il giudizio *a quo* che ha dato alla Corte costituzionale l'occasione di pronunciarsi riguardava un contrasto tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato in merito alla ottemperanza ad una sentenza "di condanna" della Corte EDU¹⁰.

⁷ C. giust. UE, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117. La sentenza è esaminata anche nei contributi di SERENA MARINI e di PAOLO FERNANDES.

⁸ C. cost., 18 gennaio 2018 n. 6.

⁹ V. in particolare Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

¹⁰ C. eur. dir. uomo, 4 febbraio 2014, *Mottola v. Italia*, ric. n. 29932/07 e C. eur. dir. uomo, 4 febbraio 2014, *Staibano ed altri v. Italia*, ric. n. 29907/07.

Anche lo scritto di CHIARA VENTURINI può essere letto in questa prospettiva. L'autrice esamina le conseguenze in termini di illecito internazionale della sentenza della Corte costituzionale n. 238/14 e di alcune sentenze successive dei giudici di merito, che hanno deciso, in sostanza, di non applicare la norma consuetudinaria sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri nel caso di azioni di risarcimento intentate contro la Germania per crimini di guerra commessi dalle truppe naziste durante la Seconda guerra mondiale. L'autrice mette in risalto che la Consulta e i giudici di merito sono stati guidati dalla necessità di garantire alle vittime o loro aventi causa il diritto alla tutela giurisdizionale.

La dimensione europea della tutela giurisdizionale effettiva è presente ma vista da una prospettiva invertita e paradossale, nello scritto di PAOLO FERNANDES, dove viene esplorata la possibilità per i soggetti danneggiati da misure di *austerità* adottate nell'ambito di un programma di assistenza finanziaria, di rivolgersi ad una giudice per contestarne la legittimità. Nell'esaminare la frastagliata e ondivaga giurisprudenza dei giudici UE (Corte di giustizia in senso stretto e Tribunale), l'autore fa emergere come, nonostante le aperture contenute in un'importante sentenza della Corte di giustizia¹¹, nemmeno la strada di un ricorso per risarcimenti dei danni da esperire contro le istituzioni dell'Unione, cui la Corte aveva alluso, ha vere *chances* di successo da un punto di vista concreto. Egli conclude nel senso che migliori possibilità di ottenere tutela sono offerte dal ricorso ai giudici interni, come è accaduto in Portogallo.

7. Nel volume sono presenti infine alcuni contributi che parlano di principi cui corrispondono diritti che attengono alla sfera più intima delle persone.

Ad esempio, MARTA BERNARDINI si sofferma, nel suo scritto, sull'autodeterminazione terapeutica del paziente, tra diritto alla salute e alla vita, responsabilità del medico nello scegliere la terapia e la libertà della Ricerca. Si tratta di diritti e valori costituzionalmente protetti, tra i quali va trovato un punto di equilibrio. L'autrice esamina i numerosi, recenti interventi

¹¹ C. giust. UE, 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra e a.*, ECLI:EU:C:2016:701.

legislativi sulla materia¹². In particolare affronta il problema della responsabilità penale dell'esercente professione sanitaria. Il nuovo art. 590-*sexies* c.p., che esclude la responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario quando ci si è attenuti al rispetto delle linee guida ovvero delle buone pratiche clinico-assistenziali qualora siano adeguate alle specificità del caso concreto, potrebbe portare ad una limitazione dell'autonomia di scelta del medico, che potrebbe tradursi in un danno potenziale per il paziente.

Anche il contributo di ALESSIA MANICCIA, sulle operazioni sotto copertura, tocca temi che mettono in discussione la sfera personale. Attualmente tali operazioni sono disciplinate dall'art. 9, l. n. 146 del 2006, ma sono allo studio proposte tendenti ad estenderne il campo d'applicazione al settore della lotta ai reati contro la p.a. L'autrice si occupa in particolare della figura dell'agente provocatore, partendo dall'analisi di esperienze che sono state fatte in altri Stati. Secondo l'autrice, nel nostro ordinamento una figura del genere si metterebbe in contrapposizione con il diritto fondamentale di ogni individuo alla propria libera autodeterminazione e con lo stesso principio di colpevolezza, garantito costituzionalmente, che vieterebbe di irrogare una sanzione penale per un fatto commesso dal soggetto agente non nel pieno della sua autonomia.

Possono essere menzionati in un contesto analogo anche i già citati contributi di MICHELA TRESCA, che solleva il problema della libertà di opinione e di stampa nel contesto delle pubblicazioni in rete, e quello di PAOLO FERNANDES, che accenna al problema della tutela del diritto di proprietà individuale a fronte di misure di austerità che conducano ad un depauperamento patrimoniale.

8. Il ruolo che i principi generali del diritto quali fonti dei diritti fondamentali assumono in tutti i contributi presentati nel volume, pur nella diversità dei temi trattati e nella peculiarità dell'approccio che deriva dalla specializzazione di ciascun autore, è prova dell'importanza di tali principi. Essi, come bene

¹² L. n. 24 del 2017 c.d. Gelli-Bianco (in riforma della legge Balduzzi) e l. n. 219/2017 in tema di consenso informato e autodeterminazione terapeutica.

ha scritto il Presidente Patroni Griffi, costituiscono il “*tessuto connettivo*” su cui tutte le Corti ormai si trovano a lavorare.

D'altronde, sono sempre le parole del Presidente Patroni Griffi, “*i medesimi principi generali, una volta immessi negli altri ordinamenti nazionali si impongono al loro interno ben al di là del vincolo di rispetto imposto dall'appartenenza all'Unione europea*”. Non meraviglia perciò che in quasi tutti i contributi del volume si ritrovano riferimenti alla giurisprudenza delle Corti europee (quella di Strasburgo – Corte EDU e quella di Lussemburgo – Corte di giustizia UE) che trattano dei principi generali o dei diritti fondamentali rilevanti per ciascun contributo.

Numerosi sono quelli che contengono citazioni di sentenze di entrambe le Corti, a partire dallo stesso testo del Presidente Patroni Griffi, a quelli di Andrea Buratti, di Francesco Paolo Chirico, di Silvana Galdieri e di Sarah Lattanzi,

Riferimenti molto estesi alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE figurano, come è logico, visto l'argomento affrontato, negli scritti di Paolo Fernandes, di Serena Marini e di Laura Sansone, ma anche quelli di Maria Lorenzo Cioccolini, di Giovanni Pennetta e di Simona Terracciano riportano abbondantemente le sentenze di quella Corte.

A proposito della Corte EDU, la giurisprudenza di Strasburgo costituisce oggetto specifico del contributo di Sarah Lattanzi, che si occupa proprio del dialogo di quella Corte con i giudici italiani, ma è anche ampiamente utilizzata da Alessia Maniccia nel suo scritto, che contiene ampie parti in cui viene descritta la pertinente giurisprudenza della Corte EDU.

L'ampia utilizzazione della giurisprudenza delle due Corti europee rappresenta pertanto una costante degli scritti presenti nel volume e ne costituisce un ulteriore filo conduttore comune.

9. Le considerazioni introduttive fin qui svolte per presentare gli studi che compongono questo primo “Quaderno”, provano la bontà del progetto su cui il dottorato di diritto pubblico è nato e continua anno per anno: la multidisciplinarietà degli studi giuridici che si svolgono nel dottorato, lo scambio di esperienze, la varietà dei temi di ricerca e la loro complementarietà, l'apertura verso una dimensione quanto più possibile ampia. L'individuazione di più fili conduttori degli studi (il tema dei

principi generali, la dimensione europea) dimostrano che tutti, docenti e dottorandi, stiamo lavorando in piena armonia e condivisione.

Mi corre a questo punto l'obbligo ma anche il piacere di ringraziare sentitamente il Prof. Andrea Buratti, curatore con me del primo "Quaderno", i *referees* nonché i membri del Comitato di redazione, i dott. Pennetta, Padua, Venturini, Terracciano, Bernardini, Marini, Claudiani e Cellini (coordinatore), che hanno svolto un compito molto impegnativo, sacrificando tempo prezioso nell'interesse dell'intero Dottorato.

Sono anche grato al dott. Ludovici Pietropaoli, segretario del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, e alle sig.re Dionisi e Ciociarini del *Team corsi post lauream* del Dipartimento di Giurisprudenza, per il loro apporto nella preparazione del volume.

Ringrazio infine il Prof. Roberto Fiori, direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, che ha acconsentito di accogliere i "Quaderni" nella Collana delle pubblicazioni del Dipartimento.

Con l'augurio che la Serie dei Quaderni possa continuare nel tempo e acquisire la posizione di prestigio che merita.

Roma, 4 maggio 2019

SEZIONE PRIMA

LEZIONI

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO E L'EUROPA *

FILIPPO PATRONI GRIFFI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il tessuto connettivo dei principi generali. – 3. L'autonomia procedurale "attenuata". – 4. Giusto procedimento e giurisdizione piena. – 5. Giudicato amministrativo ed obbligo convenzionale di conformarsi a una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 6. I diritti fondamentali. – 7. La funzione nomofilattica. – 8. Conclusioni.

Abstract: The paper examines how the European Union integration process influences the national judicial systems. The analysis of the integration process is carried out along three dimensions: (i) the role of the general principles – which promote the dialogue between national and supranational Courts and contribute to the creation of a European common judicial culture –; (ii) the comparative dimension of hybridization and transplant of the legal systems; and (iii) the harmonizing influence of the European Convention of Human Rights and of the Court of Strasbourg. The European framework is the field for the convergence of the national systems, which aim at engaging in a direct dialogue, often through the supranational Courts. The latter do not only have a role of intermediation, but also of (re)development of principles and instruments of national systems, contributing to their transformation. The phenomenon of the transformation of national legal instruments takes place mainly through the Courts and, therefore, through specific cases

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi in Roma il 7 dicembre 2018. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

arising from the concrete demands of the citizens and the exercise of the public powers.

1. Introduzione

Il processo di integrazione europea – in una delle sue possibili chiavi di lettura – reca sullo sfondo una progressiva convergenza tra le forme costituzionali degli Stati membri (mi riferisco al parlamentarismo del Regno Unito e dello Stato amministrativo di diritto nell’Europa continentale) e tra le due famiglie giuridiche tradizionalmente contrapposte. Ciò è dovuto al formarsi di uno spazio europeo che si trasforma progressivamente in spazio giuridico che richiede un diritto tendenzialmente comune ai suoi abitanti.

Il processo di integrazione europeo – oltre a realizzare un progressivo ravvicinamento dei sistemi di giustizia amministrativa – ha stimolato e supportato, nel caso italiano, una imponente opera di “decostruzione”¹ delle principali qualificazioni del diritto amministrativo e di rimozione della sua “incrostazione autoritaria originaria”². Tale fenomeno ha finito per ridisegnare anche ruolo e funzioni della giustizia amministrativa, da presidio di legalità dell’azione amministrativa a strumento di tutela effettiva delle pretese dei cittadini.

L’influenza del diritto europeo sul sistema giurisdizionale italiano riguarda due aspetti: quello di singoli istituti giuridici a rilevanza processuale e quello della valenza dei principi europei nel sindacato giurisdizionale.

Essi saranno trattati partitamente.

1) A tal fine, la visuale offerta dalla giustizia amministrativa risulta particolarmente appropriata: come è stato da tempo rilevato, è in atto il paradosso per cui il diritto europeo esercita una influenza sempre maggiore sui diritti amministrativi nazionali – o nei settori al primo in qualche modo collegati, quali il diritto della concorrenza – in cui assume maggiore rilevanza

¹ A. PAJNO, *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, p. 136.

² B. SORDI, *Decostruzioni e ricostruzioni: le ultime fatiche della scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2017, pp. 310 ss.

l'esercizio della sovranità nazionale; paradosso peraltro solo apparente ove si consideri che lo spazio europeo è organizzato in una comunità di Stati e tende a una forma, confederata o federale, di Stato che non può dismettere a sua volta il requisito della sovranità; in più, i rapporti regolati dalle istituzioni europee attengono alle relazioni tra autorità e cittadini, generalmente regolamentati a livello nazionale dal diritto amministrativo o comunque da regimi differenziati rispetto al diritto comune, oramai anche negli ordinamenti di marca anglosassone.

2) Ma c'è un'altra ragione, su cui si tornerà, per cui la formazione di un diritto processuale europeo, inteso come sistema delle tutele, può essere riguardato dalla visuale privilegiata del giudizio amministrativo: i giudici amministrativi, appartenenti che siano alle famiglie di *common law* o *civil law*, adoperano tecniche di sindacato sulla correttezza dell'esercizio del potere pubblico sostanzialmente affini, fondati su clausole generali e principi, analogamente a quel che prevalentemente fanno i giudici europei, privi di un quadro normativo predefinito di riferimento, o per meglio dire, di un quadro di riferimento capace di avere un valore "ordinante" delle numerose regole presenti nel diritto europeo; e in cui, per di più, le Corti hanno assunto quel ruolo di individuazione di situazioni giuridicamente rilevanti storicamente svolto nei sistemi nazionali dai giudici amministrativi (oltre che, in dati settori, e in particolare in quello dei nuovi diritti e delle situazioni risarcibili, dai giudici civili).

Prima di esaminare sino a che punto e con quale intensità il diritto europeo è stato in grado di conformare il sistema italiano di giustizia amministrativa, è opportuno ricordare che le dimensioni dell'influenza armonizzatrice europea sono tre e quella derivante dai trattati europei, nonostante sia la più diffusa, è la più recente³. Accanto ad essa devono essere ricordate quella comparata del trapianto e dell'ibridazione dei sistemi giuridici e, soprattutto, quella discendente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴.

³ A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 859.

⁴ Sia consentito rinviare a A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2018, p. 585.

2. Il tessuto connettivo dei principi generali

Il dato di fondo è costituito dal tessuto connettivo offerto dai principi generali, i quali, intuitivamente, favoriscono un dialogo tra Corti e quindi tra sistemi giuridici più agevole di quanto non consenta il raffronto tra discipline positive nazionali.

Invero, al carattere composito del diritto europeo – risultante dalla combinazione di più componenti nazionali e di una sovranazionale, e di più componenti sovranazionali⁵ – corrisponde un assetto “transnazionale” degli organi posti a garanzia della sua applicazione e del suo primato. Gli ordini giudiziari, pur dotati di un elevato grado di autonomia (in quanto non soggetti a forme di controllo accentrato), sono tra loro “interconnessi” – attraverso il tessuto connettivo dei valori giuridici, attorno ai quali va edificandosi in modo incrementale una comune cultura giuridica europea – e “coordinati”, mercé il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Pur in presenza di corpi regolativi estremamente dettagliati – si pensi, per limitarsi a quelli maggiormente consolidati, alla tutela della concorrenza, ai servizi di interesse economico generale, agli appalti pubblici, all’ambiente, all’agricoltura, alla tutela del credito, alla protezione dei consumatori – l’opera di tessitura dello *ius commune* è affidata principalmente a un fitto reticolo di principi generali, rispetto ai quali la dottrina ha già da tempo messo in luce il fondamento, le ragioni dell’eccezionale espansione, le tecniche di elaborazione, i percorsi di circolazione, la collocazione nel sistema delle fonti, nonché il loro utilizzo come meccanismo di incorporazione nel diritto comunitario della protezione dei diritti fondamentali, ora consacrata nell’art. 6, n. 3, TUE⁶.

Il successo dei principi generali – al di là della loro consueta funzione di colmare le lacune e di sciogliere antinomie in sede di applicazione delle regole – è strettamente collegato all’esigenza di elasticità del diritto europeo che, in armonia con il criterio

⁵ Cfr. S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2017, pp. 1 ss.

⁶ D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 41 ss.

guida della “comunanza nella diversità”, non si sovrappone bensì si affianca ai diritti nazionali.

È stata ovviamente la giurisprudenza della Corte europea a costituire il “luogo” istituzionale di elaborazione dei principi generali: sia di quelli strutturali – relativi ai rapporti tra l’Unione e gli ordinamenti degli Stati membri: leale collaborazione, competenza di attribuzione, supremazia del diritto UE, effetto diretto, effetto utile, autonomia organizzativa e procedurale degli Stati membri – sia di quelli caratterizzanti l’azione delle istituzioni europee – *rule of law*, tutela dei diritti fondamentali, uguaglianza e non discriminazione, buona amministrazione, proporzionalità, tutela affidamento e certezza del diritto, protezione giurisdizionale effettiva – per riprendere in questa sede una delle classificazioni più accreditate dei principi generali⁷. I giudici nazionali sono poi chiamati a consolidarne l’applicazione nel caso concreto, nel contempo moltiplicandone le varianti.

I medesimi principi generali, una volta immessi negli altri ordinamenti nazionali si impongono al loro interno ben al di là del vincolo di rispetto imposto dall’appartenenza all’Unione Europea. In Italia, ciò si è verificato, prima sul piano della disciplina sostanziale, quando è stato stabilito che l’attività amministrativa è “retta” anche “dai principi dell’ordinamento comunitario”⁸. Successivamente, nel nuovo codice del processo amministrativo, è stato inserito, nel libro I, un intero capo – il Capo I – dedicato ai principi generali: la disposizione dell’art. 1, in particolare, statuisce che “[l]a giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”, così proiettando la disciplina del codice in un sistema composto da organi nazionali e sovranazionali, che viene avvertito come comune perché comuni sono i principi che tali organi sono chiamati ad applicare.

I. Il principio di effettività, schematicamente, implica due corollari: il primo è il diritto di accedere ai tribunali, che, nell’ottica della CEDU, si declina in termini di “diritto al giudizio”; il secondo corollario è il diritto a che le pronunce

⁷ Cfr. G. FALCON, *Qualche sottolineatura in tema di principi generali del diritto dell’unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2017, pp. 1 ss.

⁸ Cfr. art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241.

giudiziali siano portate ad esecuzione e siano comunque in grado di assicurare al ricorrente il “bene della vita” cui aspirano⁹. Oggi, entrambi i corollari del principio di effettività si trovano riassunti nell’articolo 47 della Carta dei diritti sotto la formula del diritto a un “rimedio effettivo”¹⁰.

Il principio del rimedio effettivo si è imposto rapidamente nella nostra esperienza giuridica con il rendere recessiva l’idea che la garanzia delle posizioni sostanziali potesse restringersi al mero accesso a un giudice e a una procedura regolata dalla legge, implicando invece anche la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela adeguato e omogeneo al bisogno di tutela di chi agisce. Il che si esplica in una duplice direzione: da un lato, accompagnando la ricerca di tecniche di tutela atipiche, forgiate ad hoc con riferimento al caso concreto sottoposto all’esame del giudice; dall’altro, promuovendo una visione del giudizio, come luogo in cui allocare correttamente i beni della vita, a fronte di uno scorretto uso del potere amministrativo; di modo che sia il processo stesso, e non il rinnovato esercizio di azione amministrativa a definire compiutamente i termini del “rapporto” tra amministrazione e ricorrente¹¹. Tale approccio è stato, da ultimo, consacrato dall’art. 1 c.p.a., il quale statuisce che “*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*”. L’enfasi sulla strumentalità delle regole del processo rispetto alle ragioni della giustizia sostanziale ed il necessario riscontro di adeguatezza tra il mezzo di tutela e la posizione giuridica sostanziale, quale parametro per la verifica

⁹ Ma è stato merito soprattutto della Corte di Strasburgo (con la pronuncia *Golder* del 1975) l’aver riportato il diritto di accesso ai tribunali a un principio comune alle tradizioni giuridiche sub specie di *rule of law* o principio di legalità.

¹⁰ Cfr. N. TROCKER, “*Civil Law*” e “*Common Law*” nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2007, pp. 421 ss. Tenendo conto di questo importante contributo che la anche Corte del Lussemburgo passerà all’affermazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, espressione di un principio generale che assume rilievo nell’ordinamento comunitario in quanto fondato sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ed in quanto diritto sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea (C. giust. UE, 15 maggio 1986, *Johnston*, C-222/84).

¹¹ I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016, p. 401.

dell'effettività del rimedio, costituisce il principale fattore evolutivo del processo amministrativo italiano: “il principio di atipicità delle forme di tutela viene ad affiancarsi a quello dell'atipicità dell'azione ricavato dall'art. 24 Cost.”¹². In ciò deve ravvisarsi il ruolo sinergico tra la convenzione europea dei diritti dell'uomo sulle garanzie minime della tutela giudiziari rispetto alle previsioni costituzionali sul giusto processo¹³.

II. Merita poi di essere richiamato il principio di certezza del diritto e i suoi corollari.

La Corte di giustizia – attingendo alle tradizioni giuridiche degli Stati membri – ne ha più volte ribadito la natura di principio generale dell'Unione Europea, come tale facente parte del diritto primario¹⁴. La certezza del diritto impone innanzitutto che le norme di legge siano chiare e precise, in modo che i cittadini che ne sono destinatari siano in grado di accertare inequivocabilmente quali siano i diritti e gli obblighi loro attribuiti ed agiscano di conseguenza¹⁵. Tale esigenza si rende ancor più pressante quando le disposizioni normative “*poss(o)no avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese*”¹⁶.

Il principio di certezza del diritto, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, risulta connesso, in chiave rafforzativa e integrativa: – al principio di legalità, secondo cui atti normativi che spiegano i propri effetti all'interno dell'Unione Europea

¹² *Idem*, p. 404.

¹³ M. CHIAVARIO, *Procedimenti penali: aspetti comparatistici*, in *Il giusto processo*, Roma, 2003, p. 330, ha evidenziato che le Corti europee sono giurisdizioni di “libertà” perché accertano violazioni dei parametri del giusto processo lamentate da uno specifico soggetto in relazione ad una concreta controversia, a differenza della Corte costituzionale che è giudice delle leggi in astratto svolgendo una giurisdizione di tipo oggettivo, per cui innanzi alle Corti Europee vi è una maggiore sensibilità e visibilità del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale.

¹⁴ Cfr., *ex plurimis*, C. giust. UE, 11 luglio 1990, *SA Sermes v. Directeur de services des douanes de Strasbourg*, C-323/88.

¹⁵ Cfr. C. giust. UE, 3 giugno 2008, *Intertanko*, C-308/06; 9 luglio 1981, *Gondrand Frères et Garancini*, causa 169/80; 13 febbraio 1996, *Gebroeders Van es Douane Agenten v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, C-143/93; 21 giugno 2007, *Stichting ROM-projecten v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, C-158/06; 10 settembre 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Darmstadt*, C-201/08.

¹⁶ Cfr. C. giust. UE, 5 luglio 2012, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA v. État belge*, C-318/10.

devono essere assunti sulla base di precise previsioni normative¹⁷; – al divieto di retroattività delle norme, diretto a garantire che individui e imprese possano prevedere in anticipo le conseguenze legali delle proprie azioni, salvo qualora, in via eccezionale, lo esiga lo scopo da raggiungere e sia debitamente rispettato il legittimo affidamento degli interessati¹⁸; – al principio di legittimo affidamento, secondo cui coloro i quali agiscono in buona fede, nel rispetto della legge vigente, non dovrebbero rimanere disattesi nelle loro aspettative¹⁹.

Il principio di certezza del diritto, nella giurisprudenza europea, ha dunque una latitudine molto estesa, concernendo sia gli atti amministrativi sia gli atti legislativi, e venendo in rilievo, sia come strumento interpretativo, sia come parametro di legittimità degli atti normativi e amministrativi dell'Unione. In ambito europeo, è significativo lo spostamento d'accento subito dalla legalità che da principio di regolazione delle fonti è divenuto piuttosto principio di certezza oggettiva del diritto e addirittura principio di prevedibilità soggettiva delle conseguenze, per permettere all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici (una recente applicazione del principio è stata fatta dal Consiglio di Stato²⁰, secondo cui: *“il principio di certezza del diritto, operando come una bussola ermeneutica orientata al soddisfacimento di esigenze di chiarezza e stabilità dei rapporti giuridici, impone che i contenuti della funzione amministrativa assegnata alla Consob – per quanto non particolareggiati dalla fonte primaria – siano ricavabili attraverso l'ausilio di «indici normativi di sistema» idonei a riempire di contenuto le*

¹⁷ Cfr. C. giust. UE, 22 marzo 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.)*, cause riunite 42 e 49/59.

¹⁸ Cfr. C. giust. UE, 24 settembre 2002, *Falck e Acciaierie di Bolzano v. Commissione*, cause riunite C-74/00 P e C-75/00; 22 dicembre 2010, *Bavaria NV v. Bayerischer Brauerbund e V*, C-120/08; 15 luglio 1993, *GruSa Fleisch/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-34/92; 26 aprile 2005, *Stichting “Goed Wonen” v. Staatssecretaris van Financiën*, C-376/02.

¹⁹ Cfr. C. giust. UE, 8 aprile 1988, *J. Mulder v. Ministro dell'Agricoltura e della pesca*, causa 120/86.

²⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330.

manifestazioni di indirizzo legislativo non circostanziate: nella specie, occorre richiamare gli indici normativi che consentano di conoscere ex ante la sfera e l'ambito oggettivo di applicazione del concetto giuridico indeterminato di «collusione»”).

III. L'affermazione e il radicamento del principio di tutela dell'affidamento può contare su di una consolidata elaborazione giurisprudenziale, amministrativa e costituzionale, che ne attesta – sia pure sulla scorta di percorsi ermeneutici differenti – la sua compatibilità con i caratteri propri del diritto pubblico: le aspettative di chi, sulla base di precedenti scelte o comportamenti dei pubblici poteri, poteva ragionevolmente confidare nella prosecuzione della situazione per lui favorevole, devono trovare specifiche forme di tutela, sul presupposto che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce “*elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*”²¹). La teorizzazione dei limiti del potere amministrativo in funzione protettiva dell'affidamento del cittadino ha trovato inizialmente fondamento nel principio di buona fede oggettiva, quale regola di condotta che, seppure riconosciuta espressamente nelle sole disposizioni del codice civile, è stata ritenuta idonea a conformare anche l'assiologia dell'ordinamento pubblico. In questa fase, il richiamo alle ragioni dell'affidamento veniva valorizzato soprattutto quale fattore di bilanciamento tra l'intensità dell'interesse pubblico e quella dell'interesse privato meritevole di considerazione per il fatto di trarre scaturigine da un precedente atto dell'amministrazione. La rilevanza attribuita all'affidamento discendeva, dunque, dalla configurazione del potere di autotutela come potere di amministrazione attiva in cui l'interesse del cittadino configurava un limite interno al corretto uso del potere discrezionale. L'influsso dell'ordinamento sovranazionale in cui risulta costituzionalizzato il “diritto alla buona amministrazione” tra i diritti connessi alla posizione fondamentale di cittadinanza (art. 41 della Carta europea dei diritti), impone una rinnovata considerazione delle regole che presidono all'esercizio del potere. Nel nuovo quadro di riferimento normativo, l'aspettativa di coerenza dell'amministrazione con il proprio precedente comportamento

²¹ Cfr. *ex plurimis* C. cost., 17 dicembre 1985, n. 349; C. cost., 14 luglio 1988, n. 822; C. cost., 4 aprile 1990, n. 155; C. cost., 10 febbraio 1993, n. 39.

non si presenta come il prodotto, accessorio, della cura dell'interesse pubblico, ma come l'oggetto di un'autonoma pretesa che si contrappone all'interesse soggettivo dell'amministrazione. Ne consegue: una generalizzazione della tutela pubblicistica dell'affidamento, che può essere invocata, a che al di là delle fattispecie ritiro *ex tunc* di amministrativi illegittimi, in presenza di qualunque modifica improvvisa del quadro regolatorio di riferimento; una modificazione della tecnica di verifica giurisdizionale dell'osservanza del principio, da limite interno del potere, apprezzabile in termini di eccesso di potere, a verifica oggettiva della consistenza della pretesa dell'interessato alla "stabilità" (su queste basi, il Consiglio di Stato²², in materia di regolazione energetica, ha affermato che lo scrutinio dei limiti oltre il quale la pubblica amministrazione non può incidere sull'affidamento ingenerato può essere ricercato attraverso la verifica congiunta: – della sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale; – del grado di consolidamento dell'affidamento dei privati, avuto riguardo alla prevedibilità del mutamento, alla buona fede, al decorso del tempo; – del *quomodo* dell'immutazione giuridica, in quanto il peso imposto ai destinatari della disposizione retroattiva, oltre che diretto a perseguire un interesse pubblico, deve essere anche ragionevolmente proporzionato al fine che si intende realizzare).

IV. La proporzionalità è un altro principio assunto a principio generale del diritto europeo; e concerne sia il profilo delle regole dell'azione amministrativa, sia il sindacato del giudice sull'azione amministrativa. È noto che il principio è di derivazione tedesca e, in quell'ordinamento, è concepito con una strutturazione trifasica progressiva nella quale si articolano altrettanti test: idoneità, rispetto al fine pubblico perseguito; necessità, nella duplice accezione di non superamento del limite strettamente necessario e della mancanza di un'alternativa meno incisiva sul privato; proporzionalità in senso stretto, in cui si verifica la proporzione o ponderazione tra mezzo e fine e si effettua quindi un bilanciamento tra la rilevanza dell'interesse pubblico da perseguire e il sacrificio imposto al privato.

È stato altresì rilevato in dottrina (F. TRIMARCHI BANFI, G. LIGUGNANA) che la verifica trifasica del test di proporzionalità è

²² Cfr. Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 6143.

raramente condotta fino all'ultima fase sia nella giurisprudenza europea, sia negli ordinamenti nazionali e segnatamente in quello italiano. E la ragione è agevole da individuare: il test di proporzionalità in senso stretto conduce l'analisi del giudice al confine con il "merito" amministrativo; il che, riportato a livello europeo, significa altresì ingerenza nell'autonomia procedurale (ma anche sostanziale) dei sistemi nazionali. Questo spiega sia l'atteggiamento prudente della Corte di giustizia – rilevato anche dalla dottrina straniera (CRAIG) – sia la diversa accezione della proporzionalità presente sia negli ordinamenti nazionali sia nella giurisprudenza CEDU.

Questo principio, trasfuso in una tecnica di sindacato, conforma situazioni soggettive sostanziali (esercizio del potere e posizione degli individui) e caratterizza in maniera marcata e significativa l'azione dei giudici. Questo è dovuto al fatto che la tecnica, forse con molte approssimazioni e anche qualche confusione tra istituti, sembra essere comune a giudici europei e a giudici nazionali sia di *common law* sia di *civil law*.

Qualche confusione, si diceva: il *due process of law*, il sindacato dei giudici tedeschi sulla discrezionalità in un sistema fondato sul diritto soggettivo pubblico, l'eccesso di potere dei giudici francesi e italiani non sono tutti la stessa cosa. È infatti, per lo più, esatto (F. TRIMARCHI BANFI) che il test di proporzionalità verifica direttamente e dall'interno l'esercizio di discrezionalità amministrativa, mentre con l'eccesso di potere si ha un'indagine indiretta sull'uso della discrezionalità, anche se sviluppi giurisprudenziali recenti sul contenuto dell'obbligo di motivazione portano a un sindacato più penetrante quando si richiede di motivare non solo la scelta fatta ma anche quella che si sarebbe potuta fare e non si è fatta. È vero anche che ragionevolezza e proporzionalità sono spesso utilizzate insieme, quasi come un'endiadi, mentre sono concetti in buona parte ben distinti: il test di proporzionalità, ove correttamente applicato, consente un sindacato assai più incisivo di quello sulla ragionevolezza, rimediando alla "*diffusa insoddisfazione, anche da parte degli stessi giudici amministrativi, rispetto agli esiti cui*

conduceva l'utilizzo del tradizionale sindacato di ragionevolezza"²³.

Ma quel che preme qui rilevare è che quello della proporzionalità, pur con gli elementi di confusione e di impurità rilevati, si attegga a principio comune del sindacato giurisdizionale, che ha determinato e determina una marcata convergenza delle giurisprudenze nazionali, tra loro e con quella europea, perché qualifica e caratterizza il sindacato sui poteri pubblici come sindacato condotto per clausole generali. E il principio ha potuto affermarsi perché questa caratteristica era già presente, sia pure sotto diverse e mentite spoglie, nella genesi storica e nella realtà attuale dei sistemi di giustizia amministrativa dei Paesi di *common law* e nella *case-law* degli ordinamenti anglosassoni.

Qui la c.d. triangolazione dei principi tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo ha funzionato molto bene, l'effetto *spill over* sulle situazioni soggettive di diritto interno si è realizzato appieno anche per evidenti esigenze di uguaglianza nel trattamento delle situazioni soggettive, e si realizza in definitiva un dialogo concreto, perché originato da casi, tra giudici, i quali danno vita, proprio sul terreno apparentemente tecnico delle tecniche di sindacato, ma in realtà su quello assai meno tecnico delle forme di tutela, a un circuito virtuoso di valori comuni: e in questo circuito il principio di proporzionalità, sul terreno della tecnica di sindacato, si salda, sul piano sostanziale nel senso dianzi precisato, col principio di effettività, inteso come diritto a un rimedio appropriato²⁴.

3. L'autonomia procedurale "attenuata"

La tutela giurisdizionale non rappresenta solo un settore di convergenza, ma anche di maggiore tensione tra diritto "comune" e diritti "particolari". Per dimostrarlo è sufficiente meditare sul criterio di "autonomia procedurale" degli Stati membri, con l'avvertenza che tale espressione assume, nel

²³ D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Op. cit.*, pp. 389-412.

²⁴ Diverso tema è quello della c.d. efficacia diretta dei principi, se cioè una norma interna possa essere disapplicata perché in contrasto con un principio di diritto (G. IADICICCO).

contesto europeo, una portata non limitata alle norme processuali – comprendendo, ad esempio, tematiche quali l’annullamento d’ufficio, il giudicato, la responsabilità –, bensì in definitiva riferibile a tutti i dispositivi tecnici di reazione ad un ordine giuridico violato od inattuato.

Come è noto, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario. Le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)²⁵.

Operando in modo alquanto episodico e casistico, la Corte di Giustizia ha messo in discussione norme procedurali nazionali che, in teoria, sarebbero state riservate allo spazio di competenza degli Stati membri, la cui autonomia procedurale appare per questo motivi sempre più “ristretta” e “sorvegliata”. È possibile limitarsi esemplificativamente solo ai casi più significativi.

L’opera di conformazione delle tutele rimediali interne ha interessato, ad esempio, il risarcimento del danno in materia di illegittime procedure di gara d’appalto, a proposito del quale la Corte di Giustizia, pur in presenza di una normativa di armonizzazione sui c.d. mezzi di ricorso (Direttiva 89/665/CEE) che non prescriveva alcuna forma di illecito oggettivo, ha statuito che la responsabilità per danni conseguenti all’illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell’elemento psicologico della colpa²⁶, sposando quindi un’accezione della colpa in senso oggettivo, desunta da elementi estrinseci.

²⁵ C. giust. UE, 14 dicembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, par. 12; 21 gennaio 1999, *Upjohn*, C-120/97; 16 dicembre 1976, *Rewe*, C-33/76, par. 5; *Comet*, parr. 13 e 16; 20 settembre 2001, *Courage e Crehan*, C-453/99, par. 29; 11 settembre 2003, *Safalero*, C-13/01, par. 49.

²⁶ C. giust. UE, 30 settembre 2010, *Stadt-Graz*, C-314/09, par. 39.

Quanto alle pronunce relative alle regole prettamente processuali, la Corte di Giustizia UE è intervenuta per censurare: – le norme interne che prevedevano termini decadenziali che rendevano eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitari²⁷; – le modalità di scrutinio del ricorso incidentale escludente²⁸; – la normativa interna che non consentiva al giudice nazionale di concedere provvedimenti provvisori (*ante causam*) allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario²⁹; – le disposizioni in materia di contributo unificato, in cui la Corte di Giustizia, pur pronunciandosi nel senso della compatibilità comunitaria anche in relazione a contributi aggiuntivi scaturenti dalla proposizione di motivi aggiunti, ha fatto salva l'ipotesi in cui il giudice nazionale accerti che tali motivi non si risolvono in un ampliamento considerevole dell'oggetto del giudizio.

Con riguardo ai rapporti tra il rinvio pregiudiziale e il principio dispositivo del processo amministrativo (con i suoi corollari costituiti dai principi della domanda, dell'onere di allegazione e prova), la Corte europea, sollecitata dall'ordinanza del Consiglio di Stato³⁰, ha ribadito che il rinvio pregiudiziale costituisce un meccanismo finalizzato ad assicurare la massima esplicazione del diritto europeo negli Stati nazionali, e non uno strumento direttamente preordinato alla tutela dei diritti degli amministrati. Da ciò consegue che l'art. 267, comma 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni

²⁷ C. giust. UE, 24 settembre 2002, *Grundig Italiana v. Ministero delle Finanze*, C-255/00, par. 34; 26 novembre 2015, *MedEval-Qualitäts-Leistungs und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*, C-166/14; 25 luglio 1991, *Emott*, C-208/90; 21 dicembre 2016, *GesmbH*, C-355/15; 14 dicembre 1995, *van Schijndel*, C-430/93 e C-431/93; 14 dicembre 1995, *Peterbroek*, C-312/93; 5 novembre 2008, *Heemskerk BV*, C-455/06.

²⁸ C. giust. UE, 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12; 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13.

²⁹ C. giust. UE, 19 giugno 1990, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, C-213/89, par. 21; 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik*, C-143/88 e C-92/89; 9 novembre 1995, *Atlanta*, C-465/93; 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05; 18 settembre 1996, *Commissione v. Grecia*, C-236/95; 29 aprile 2004, *DAC SpA*, C-202/03.

³⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244.

pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale, concludendo nel senso che non devono essere applicate le norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza³¹.

Estremamente articolate sono le questioni attinenti alla intangibilità del giudicato nazionale.

La giurisprudenza europea – pur avendo reiteratamente affermato che, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri³² – ha occasionalmente introdotto significative deroghe a tale principio generale³³, sia pure in situazioni del tutto particolari, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato.

La recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 10 luglio 2014, C-213/13, ha precisato che, se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte. L'adunanza

³¹ C. giust. UE, 18 luglio 2013, *Consiglio nazionale dei geologi*, C-136/12. Si osservi che anche la Corte di Cassazione ritiene di poter sollevare la questione di compatibilità comunitaria indipendentemente dai motivi di ricorso (Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 2006, n. 27619).

³² Nel senso che il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto: C. giust. UE, 16 maggio 2006, *Kapferer*, C-234/04, par. 20; 29 giugno 2010, *Commissione v. Lussemburgo*, C-526/08, par. 26; 29 marzo 2011, *ThyssenKrupp Nirosta v. Commissione*, C-352/09, par. 123.

³³ Cfr. C. giust. UE, 3 settembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, par. 24, e giurisprudenza ivi citata; 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05.

plenaria del Consiglio di Stato³⁴, facendone applicazione, ha affermato che, in base ai principi che regolano secondo il diritto nazionale il rapporto tra giudicato amministrativo e sopravvenienze, la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è “*equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato ha determinato non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica*”.

4. Giusto procedimento e giurisdizione piena

Per quanto la Convenzione europea dei diritti dell’uomo non prenda in espressa considerazione il diritto amministrativo – risultando per lo più associato ad autonomi diritti oggetto di copertura convenzionale – la Corte di Strasburgo ha ricavato³⁵ dalla garanzia generale procedurale di cui all’art. 6 principi di immediata rilevanza in ordine al concreto dispiegarsi dell’azione amministrativa, superandosi l’iniziale convinzione secondo cui la norma appena considerata, in quanto riferita a *criminal charge* e *civil rights and obligations*, non trovasse applicazione in riferimento alle pretese di diritto amministrativo³⁶.

Secondo la giurisprudenza della Corte Europea il *fair trial* non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento, amministrativo, e segnatamente: per “tribunale” deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato processo nell’ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di

³⁴ Cfr. Cons. St., ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11.

³⁵ Quantomeno a partire da C. eur. dir. uomo, 31 maggio 1978, *König v. Repubblica Federale Tedesca*.

³⁶ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU, nel diritto amministrativo (a margine del problema dell’intangibilità del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016, p. 456. In generale sul tema, cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014.

un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale³⁷.

Senonché, proprio a partire da questa concezione del tutto originale di “giusto procedimento”, è emersa la rilevanza centrale, nelle controversie sull’esercizio del potere amministrativo, del concetto di *full jurisdiction*. Secondo i giudici di Strasburgo la decisione amministrativa incidente su *civil rights and obligations*, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del *fair trial*, può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa³⁸.

Perché ciò avvenga è necessario, tuttavia, che l’organo che procede al sindacato sulla decisione pubblica possa effettivamente ed efficacemente influire su di essa “*both on the facts and the law*”³⁹. La giurisdizione piena è dunque il potere del giudice di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall’autorità amministrativa. La Corte europea ha pure precisato che, in particolari casi concernenti scelte amministrative caratterizzate da *wide policy aims* o che necessitino di specifiche competenze tecniche, il sindacato giurisdizionale può considerarsi sufficiente senza che sia richiesta una valutazione sostitutiva sui fatti e sul merito della decisione, sempreché la decisione stessa sia stata adottata dall’organo amministrativo attraverso una quasi *judicial procedure* “*that sufficiently complies with Article 6*” o in ogni caso nel rispetto di specifiche garanzie procedurali, in particolare per quanto concerne il contraddittorio tra le parti⁴⁰.

³⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 685 ss., il quale richiama le sentenze: *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, par. 57 e ss.; *Piersack v. Belgium*, par. 27 e ss.; *Campbell and Fell v. UK*, par. 78.

³⁸ F. CINTIOLI, *Giusto procedimento, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 507 ss.

³⁹ C. eur. dir. uomo, 10 febbraio 1983, *Albert and Le Compte v. Belgium*, par. 29; 8 luglio 1987, *W v. UK*, par. 82; 28 giugno 1990, *Obermeier v. Austria*, par. 70; 21 settembre 1993, *Zumtobel v. Austria*, par. 32.

⁴⁰ C. eur. dir. uomo, 22 novembre 1995, *Bryan v. UK*, par. 47.

Ebbene, l'esigenza di assicurare un controllo di *full jurisdiction* sulle sanzioni penali irrogate da autorità amministrative è servita a modificare profondamente la struttura del processo amministrativo, connotandolo definitivamente in termini di sindacato appellatorio e non meramente cassatorio di legittimità. Secondo l'approdo finale del Consiglio di Stato l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità del merito amministrativo è ora quello per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, bensì deve verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto⁴¹. La visione della giurisdizione amministrativa si allontana quindi dal paradigma del contenzioso amministrativo improntato, per definizione, sulla riserva di potere amministrativo nell'esercizio dell'attività di spettanza dell'amministrazione e non del giudice. La stessa distinzione tra le varie forme di giurisdizione amministrativa risulti ormai depotenziata: ora che il giudizio di legittimità si è venuto a declinare come giudizio di piena giurisdizione, in quanto tale caratterizzato da un sindacato particolarmente incisivo sulla sostanza della scelta compiuta dall'autorità amministrativa, attraverso l'analisi intrinseca di tutti gli elementi di fatto rilevanti, lo stesso non sembra contrassegnare più un modello giurisdizionale contrapposto a quello di merito⁴²; così come va sfumandosi, ai sensi dell'art. 34 c.p.a., la rigida distinzione tra cognizione e ottemperanza.

Vale poi la pena ricordare come la Corte di Strasburgo abbia avuto modo di pronunciarsi anche sulla stessa conformazione dei sistemi di giustizia amministrativa, ed in particolare di quelli che vedono il contemporaneo esercizio da parte di essi di funzioni consultive e giurisdizionali: con la sentenza *Klein e altri c. Paesi*

⁴¹ F. CINTIOLI, *Op. cit.*; in questo senso Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

⁴² F.G. SCOCA, *Osservazione eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2015, pp. 860 ss.

*Bassi*⁴³, la Corte, superando il precedente indirizzo⁴⁴ esclude che la compresenza e l'esercizio di funzioni consultive e giurisdizionali violi l'art. 6 della Convenzione, e cioè il diritto ad un giudice indipendente e imparziale. La Corte chiarisce, infatti, che – a condizione che sia assicurata nei singoli casi la diversa composizione soggettiva dei collegi decidenti – l'esercizio della funzione consultiva su di un atto normativo, poi sottoposto nei suoi risvolti applicativi al sindacato giurisdizionale, configuri una situazione che non solleva dubbi sull'imparzialità del giudice, considerata la diversità delle questioni esaminate nelle due sedi.

5. Giudicato amministrativo ed obbligo convenzionale di conformarsi a una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte costituzionale⁴⁵ ha respinto la questione di legittimità costituzionale, sollevata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dell'art. 106 c.p.a. e degli artt. 395 e 396 c.p.c., in relazione alla mancata previsione di un caso di revocazione straordinaria nell'ipotesi di giudicato confliggente con una successiva pronuncia della Corte di Strasburgo. L'ordinanza di rimessione del giudice amministrativo sollecitava un intervento additivo analogo a quello operato nel processo penale dalla precedente sentenza⁴⁶, con la quale la Corte costituzionale aveva ritenuto costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 46, par. 1, della CEDU, l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con la sentenza n. 123 del 2017, la Consulta ha invece escluso la necessità, alla stregua dell'ordinamento

⁴³ C. eur. dir. uomo, 6 maggio 2003, ricorsi nn. 3934/98, 3965/98, 43147/98 e 4664/99.

⁴⁴ C. eur. dir. uomo, 28 settembre 1995, *Procola v. Lussemburgo*; 8 febbraio 2000, *Mc Gonnell v. Regno Unito*.

⁴⁵ Cfr. C. cost., 26 maggio 2017, n. 123.

⁴⁶ Cfr. C. cost., 7 aprile 2011, n. 113.

costituzionale, dell'ampliamento dei casi di revocazione, evidenziando come la giurisprudenza della Corte europea, relativa ai processi civili e amministrativi, non sia giunta mai a prevedere la obbligatorietà del rimedio della revocazione o del riesame. Infatti, l'indicazione della obbligatorietà della riapertura del processo, quale misura atta a garantire la *restitutio in integrum*, è presente esclusivamente in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato⁴⁷. Viene richiamata, in particolare, la sentenza *Bochan* contro Ucraina⁴⁸, la quale, pur incoraggiando gli Stati contraenti all'adozione delle misure necessarie per garantire la riapertura del processo, afferma che è rimesso agli Stati medesimi la scelta di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte, “*senza indebitamente stravolgere i principi della res iudicata o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare quando tale contenzioso riguarda terzi con i propri legittimi interessi da tutelare*” (paragrafo 57).

A differenza dei processi penali, quelli civili e amministrativi sono caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un *munus* pubblico e di controinteressati. È la tutela di costoro, unita al rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata* (oltre al fatto che nei processi civili e amministrativi non è in gioco la libertà personale), a spiegare – secondo la Consulta – l'atteggiamento più cauto della Corte EDU al di fuori della materia penale.

Si tratta di un approdo sicuramente condivisibile.

La decisione di riapertura del processo amministrativo non può che essere frutto di una ponderazione attenta e proporzionata da parte del legislatore nazionale dei vari e confliggenti interessi in gioco: da un lato, il diritto ad una tutela effettiva degli

⁴⁷ Si citano le altre, le sentenze 22 novembre 2016, *Artemenko v. Russia*, par. 34; 26 aprile 2016, *Kardoš v. Croazia*, par. 67; 26 luglio 2011, *T.Ç. e H.Ç v. Turchia*, par. 94 e 95; 20 dicembre 2007, *Iosif e a. v. Romania*, par. 99; 20 dicembre 2007, *Paykar Yev Haghtanak LTD v. Armenia*, par. 58; 10 agosto 2006, *Yanakiev v. Bulgaria*, par. 90; 11 luglio 2006, *Gurov v. Moldavia*, par. 43.

⁴⁸ C. eur. dir. uomo, 5 febbraio 2015, *Bochan v. Austria*.

interessati; dall'altro il diritto di difesa dei terzi, non coinvolti nel processo davanti alla Corte sovranazionale (a cui ricorso non deve essere notificato⁴⁹); nonché, e l'esigenza che le sentenze dei giudici amministrativi sull'esercizio del pubblico potere possano costituire dare duratura fondamento all'affidamento del cittadino e delle imprese⁵⁰. In questa prospettiva – conclude la Corte costituzionale – *“se è vero che non è irrilevante l'interesse statale ad una disciplina che eviti indennizzi a volte onerosi, per lesioni anche altrimenti riparabili, non si può sottacere che l'invito della Corte EDU potrebbe essere più facilmente recepito in presenza di un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale”*.

6. I diritti fondamentali

Alcune considerazioni devono poi essere dedicate al rilievo centrale che deve riconoscersi ai diritti fondamentali ai fini del consolidamento del processo d'integrazione dell'Unione europea, connotandola come Comunità di diritto.

Il settore dei diritti fondamentali è per elezione, anche forzosa, un terreno di incontro. Non perché non esistano divergenze, anche significative, tra ordinamenti sulla individuazione e sulla portata di quelli che sono definiti, con una certa ma inevitabile approssimazione dogmatica, diritti fondamentali; ma perché il carattere intrinsecamente *universale* dei diritti impone convergenze tra ordinamenti che proclamano di condividere, anche storicamente, i valori della società e della persona.

La convergenza, sul piano positivo, è favorita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in ambito comunitario, dalla Carta europea dei diritti dell'uomo, che dopo il Trattato di Lisbona ha assunto “valore giuridico vincolante” e

⁴⁹ È rimesso, ai sensi dell'art. 36, paragrafo 2, della CEDU, alla valutazione discrezionale del Presidente della Corte, il quale *“può invitare (...) ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze”*.

⁵⁰ A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2018, p. 646.

che ha consentito, ad opera delle stesse Corti, una *ri-lettura*, aggiornata ai nostri tempi, dei diritti della Convenzione.

Sono noti i passaggi che hanno condotto alla codificazione della qualificazione dei diritti garantiti dalla CEDU alla stregua di principi generali: la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970; la Dichiarazione di Parlamento, Commissione e Consiglio con il richiamo alla CEDU e alle tradizioni costituzionali degli Stati membri del 1977; il preambolo dell'Atto Unico del 1986; infine il Trattato di Maastricht nel 1992, che riprende la nota formula giurisprudenziale secondo cui: "*la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza*". I diritti convenzionali sono stati "comunitarizzati" attraverso le pronunce della Corte di giustizia, la quale li veicola nell'ordinamento dell'Unione con un rango intermedio (quello dei principi generali) tra trattati istitutivi e diritto derivato.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si pose la questione se le violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo continuassero a rilevare come vizi di costituzionalità per violazione di un parametro interposto in relazione all'art. 117, comma 1, Cost.⁵¹, ovvero se dovessero far luogo al meccanismo della disapplicazione.

Il Consiglio di Stato, dopo qualche oscillazione iniziale, consolidò la propria opinione nel senso che la proposizione "*l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*" non poteva, evidentemente, aver comportato di per sé l'effetto costitutivo della inserzione dell'Unione europea nel quadro istituzionale della CEDU, per il quale sarebbe stato necessario percorrere (cfr. art. 218 TFUE; protocollo n. 8 annesso al Trattato⁵²) una procedura *internazionalistica* di negoziazione

⁵¹ Secondo il modello prefigurato dalla C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349.

⁵² Le principali condizioni poste all'adesione dagli Stati membri dell'Unione, indicate nell'art. 6 del TUE e nel Protocollo n. 8 sono le seguenti: non devono essere alterate le competenze dell'Unione previste dai Trattati; devono essere "preservate" le specificità dell'Unione e del suo diritto (Protocollo n. 8, art. 1); non deve esserci impatto sulle competenze dell'Unione e sulle attribuzioni delle sue istituzioni (Protocollo n. 8, art. 2); nessun effetto

articolata; con la conseguenza che la norma interna non poteva essere disapplicata, ma portata all'attenzione della Corte costituzionale per violazione del richiamato articolo 117.

7. La funzione nomofilattica

Accanto agli elementi positivi, un nodo critico riguarda il profilo organizzatorio concernente l'esercizio e la distribuzione della funzione nomofilattica fra organismi diversi⁵³. La frammentazione della "governance giudiziaria" pone su nuove basi il problema del controllo di validità e correttezza delle norme giurisprudenziali prodotte dai supremi consessi. L'esistenza di spazi di frizione tra Corti europee e Corti interne, e tra le stesse Corti interne, non deve stupire, in quanto, nell'ottica di un ordinamento integrato, e quindi soprattutto di quello dell'Unione, è inevitabile che le Corti a presidio di quell'ordinamento tendano ad assumere su di sé una funzione nomofilattica che è difficile raccordare con le attribuzioni svolte in funzione nomofilattica dalle Corti superiori nazionali.

Qui si vuole mettere in rilievo uno specifico profilo problematico.

Il compito assegnato alla Corte di Giustizia di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo si atteggia "*sia come strumento di ricomposizione dei diversi ordinamenti nazionali, sia come commodus discessus per il giudice nazionale che voglia rimettere in discussione il principio di diritto enunciato dal giudice superiore*"⁵⁴.

Sotto questo profilo, si può osservare infatti una connotazione peculiare del rinvio pregiudiziale da parte del giudice amministrativo alla CGUE. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo sempre più spesso sono caratterizzate dal fatto di sostanzarsi nella richiesta alla CGUE

deve investire l'art. 344, del TFUE (Protocollo n. 8, art. 3), in forza del quale le controversie sull'interpretazione e l'applicazione dei Trattati vanno sottoposte esclusivamente ai procedimenti di composizione previsti dai Trattati stessi (competenza esclusiva della Corte di giustizia).

⁵³ A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/2015, p. 345.

⁵⁴ D. SIMEOLI, "*Vincolo*" del precedente e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE: brevi note, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, luglio 2016.

di interpretare la conformità alla normativa europea di una interpretazione giurisprudenziale nazionale resa dal giudice nazionale con funzione di nomofilachia.

Il rinvio pregiudiziale si presta ad essere utilizzato da parte delle sezioni semplici per sottrarsi al doveroso, *ex art. 99*, comma 3, c.p.a., assoggettamento al principio di diritto affermato dalla Plenaria.

A tale riguardo, di estremo interesse sono le recenti questioni relative ai rapporti tra i meccanismi processuali volti a garantire l'autorità delle giurisdizioni superiori nazionali di stabilire precedenti vincolanti, e l'istituto del rinvio pregiudiziale. La Corte di Giustizia ha infatti sensibilmente ridimensionato l'effetto di vincolo della pronuncia della corte suprema nazionale allorché si prospetti una violazione del diritto europeo⁵⁵, posto che la sezione semplice è stata assolta dall'obbligo di adeguarvisi, potendo investire della relativa questione direttamente la Corte di Giustizia. È stato affermato che negare alla sezione di un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso di diritto interno la possibilità di interpellare la Corte per la sola ragione che soltanto l'adunanza plenaria di tale giurisdizione sarebbe tenuta a farlo, sarebbe contrario alla giurisprudenza costante della Corte, che ha sempre riconosciuto ai giudici nazionali la facoltà di avvalersi ovvero (se di ultima istanza) la necessità di conformarsi all'obbligo di adire la Corte, qualora essi ritengano che una causa dinanzi ad essi pendente faccia sorgere questioni che richiedono un'interpretazione o un esame della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione essenziali ai fini della soluzione della lite di cui sono investiti, senza che alcuna norma di diritto nazionale possa porre alcun impedimento⁵⁶.

Nel medesimo contesto problematico si collocano anche le seguenti vicende:

⁵⁵ Cfr. C. giust. UE, 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13.

⁵⁶ Cfr. anche C. giust. UE, 20 ottobre 2011, *Interedil*, C-396/09; 5 ottobre 2010, *Elchinov*, C-173/09; in cui pure si è affermato il principio per cui il giudice investito della controversia deve essere sempre in grado, in un determinato momento, di interpellare direttamente la Corte in via pregiudiziale.

– la VI sezione del Consiglio di Stato⁵⁷ rinvia alla CGUE la questione di compatibilità con l'ordinamento eurounitario della interpretazione e qualificazione, data dall'Adunanza plenaria, della condotta di un operatore come pratica commerciale aggressiva, che ha per conseguenza l'esclusiva competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ad intervenire anche a fronte di condotte disciplinate da specifiche norme settoriali di derivazione europea;

– la IV sezione del Consiglio di Stato⁵⁸, ha rinviato alla Corte di giustizia la questione se sia conforme al diritto dell'Unione europea l'interpretazione del diritto interno che escluda la revisione dei prezzi nei contratti, nella specie appalti di servizi di pulizia, legati da un nesso di strumentalità rispetto a un'attività rientrante nei settori speciali; tale esclusione, prevista per gli appalti dei settori speciali dalla normativa nazionale al tempo in vigore, era desunta in via interpretativa dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria anche per gli appalti di servizi che, pur non rientrando nei settori speciali, sono a questi legati da un nesso di strumentalità.

In altri casi l'uso del rinvio pregiudiziale da parte del giudice amministrativo viene utilizzato addirittura come strumento per invocare un sindacato sulla compatibilità con la normativa europea della interpretazione della normativa nazionale data dalla giurisprudenza costituzionale: il Tar Liguria⁵⁹ ha chiesto alla CGUE se la normativa europea, relativa all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, osti all'interpretazione data dalla giurisprudenza costituzionale, seguita da giurisprudenza amministrativa successiva, della normativa nazionale nel senso di riconoscere la legittimazione ad impugnare gli atti di una procedura di gara ai soli operatori economici che abbiano presentato domanda di partecipazione, anche qualora la domanda giudiziale sia volta a sindacare in radice la procedura, in quanto dalla disciplina della gara derivi un'altissima probabilità di non conseguire l'aggiudicazione).

⁵⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 167; Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2017, n. 168.

⁵⁸ Cfr. Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2017, n. 1297.

⁵⁹ TAR Liguria, Genova, sez. II, 29 marzo 2017, n. 263.

8. Conclusioni

Il discorso sin qui svolto – inevitabilmente schematico e lacunoso – induce a ritenere che la tutela giurisdizionale costituisca, a dispetto delle affermazioni di principio, uno dei settori di maggiore tensione, ma, al tempo stesso, di maggiori e significative convergenze, tra diritto europeo e diritti nazionali.

Si vive più facilmente separati che insieme. Ma si può vivere meglio insieme.

Il processo di integrazione europea è in crisi su più fronti: immigrazione, circolazione, moneta. Più in generale è in crisi il modello politico di integrazione, che, all'interno, sconta un deficit strutturale di legittimazione democratica, mentre, all'esterno, risente di politiche sostanzialmente nazionalistiche per lo più indotte da spinte antieuropee cui talvolta sono offerti alibi giustificativi dalle stesse politiche delle istituzioni europee o di singoli Stati.

In questo scenario di un'Europa che sembra smarrire quella “*combinazione di ideali e concretezza*” (A. QUADRIO CURZIO), un terreno proficuo di confronto, che sembra incurante di quello scenario, va avanti, sicuramente con qualche difficoltà, ma avendo ottenuto sin qui risultati che confermano quel circuito virtuoso di valori comuni propri di una comunità di diritto (D. DE PRETIS) che in altri settori stentano ad affermarsi. Un meccanismo di “*diversità nella comunanza*” che mette a fattor comune strumenti e paradigmi di tutela, i quali assumono connotazioni più o meno diverse a seconda del meccanismo giuridico in cui sono chiamati a operare (A. SANDULLI).

Tutto ciò è frutto di un dialogo tra giudici, tra giuristi che, nel parlarsi, consentono agli ordinamenti di confrontarsi. L'attenzione riservata dalle grandi Corti europee al profilo dei *remedies* (N. TROCKER) favorisce il dialogo nella fase di applicazione del diritto e sul piano concreto dei bisogni di tutela; il che costringe lo studioso e il giudice *continentale* a comprendere che, per quanto il “*processo debba modellarsi sulla situazione sostanziale (...) le situazioni di appartenenza [rectius direi: di titolarità dei diritti] vengono a propria volta incise [rectius: definite] dalle tecniche di attuazione dei diritti*

concretamente messe a disposizione del legislatore processuale” (I. PAGNI).

Il già richiamato metodo della triangolazione, che conduce alla individuazione della *better law*, è un mix di rispetto per le tradizioni giuridiche nazionali e di *centralismo europeo*. Può funzionare se i giudici nazionali sono aperti a recepire e il giudice europeo è restio a imporre. Così funziona il dialogo, perché altrimenti gli ordinamenti tendono a irrigidirsi e a chiudersi. Oggi i giudici dei vari Paesi spesso non condividono soluzioni e strumenti, ma capiscono sempre ciò di cui parla l'altro.

Per l'ordinamento EDU l'incidenza è meno diretta. Ma lo sforzo in termini (se corretti) di interpretazione conforme da parte di giudici nazionali comuni non deve essere frustrato da un'applicazione *difensiva* dei controlimiti, volto a prendere le distanze quando non a sconfessare apertamente in una logica nazionalista e di chiusura, l'intrinseco connotato universale dei diritti umani. I controlimiti ben possono invece essere utilizzati in chiave cooperativa con la Corte EDU (A. RUGGERI, A. CELOTTO); mentre la Corte EDU è chiamata a uno sforzo supplementare di comprensione di taluni aspetti dei sistemi nazionali, che può fare con il ricorso al margine di apprezzamento e alla sussidiarietà.

Il *campo* europeo è sede di una convergenza di sistemi, che tendono a dialogare tra loro direttamente, e, ancor più spesso, per il tramite delle due Corti europee; tramite non di mera intermediazione, bensì, come si è visto, di (ri)elaborazione di principi e istituti che discendono negli ordinamenti nazionali concorrendo alla loro trasformazione. È un fenomeno di trasformazione degli istituti giuridici e della loro applicazione che avviene in rilevante, se non prevalente, misura ad opera delle Corti, e quindi sulla scorta di casi concreti, mossi, come sempre, dalle esigenze concrete dei cittadini e dall'esercizio in concreto dei poteri pubblici. Un diritto originato dal fatto che si impone e regola i fatti successivi, si tratti di comportamenti di individui o di manifestazioni di autorità. Ma un diritto mobile che, nell'aspirazione alla certezza, non può contare, se non in minima parte, sul tranquillizzante ricorso alla fattispecie e al metodo ermeneutico sillogistico (P. GROSSI).

La “*crisi della fattispecie*” (N. IRTI) e la necessità di porgere un argine alla prorompente *fattualità* del diritto costituiscono un

problema non limitato a un singolo ordinamento nazionale. Mi sembra, infatti, evidente la rilevanza del fenomeno nella prospettiva del processo di integrazione europea: un noto storico belga del diritto, R. VAN CAENEGEM, afferma che “*la formazione di un diritto europeo (...) dipenderà da quali saranno i creatori del diritto nell’Europa del XXI secolo – i tribunali, le facoltà di giurisprudenza o le assemblee elette*”. E “poiché nessuna di queste è la strada verso la salvezza” – come ci ammonisce ancora lo storico – credo sia ineludibile che giudici, giuristi e legislatori sappiano concorrere alla creazione di un diritto europeo *omogeneo* (non amo il diritto *uniforme*) che sappia risolvere nella prevedibilità il dilemma tra certezza e fattualità e che dia nuovo, e più concreto, impulso al processo di integrazione europea.

LA DIFESA DELLO STATO IN GIUDIZIO: IL RUOLO DELL'AVVOCATURA DELLO STATO OGGI*

MASSIMO MASSELLA DUCCI TERI

SOMMARIO: 1. I modelli di tutela legale dello Stato. – 2. Il sistema di tutela legale dello Stato italiano. – 3. L'organizzazione dell'Avvocatura dello Stato. – 4. Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato. – 5. L'evoluzione del sistema. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract: The paper provides a picture of the historical evolution of the “Avvocatura Generale dello Stato”, which finds its origin in the Tuscan model of the XVIIth century and, nowadays, it is a specific public organism, which is dependent on the Cabinet although maintaining an independence, whose task consists in the legal assistance to the State. Furthermore, the paper describes the internal organization of the institution, focusing on the Attorney General's role, and the main technical activities, related to the legal representation and the advisory role. The importance of the “Avvocatura dello Stato” has grown since post WW II due to the increase of the institutions and public organisms requiring legal assistance, also in judicial proceedings before international and European courts. Finally, the analysis shows that the Institution can't be considered just as an auxiliary organism for the public central administration, but instead it plays a fundamental role in the protection of the unity and integrity of the constitutional order.

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi in Roma il 13 novembre 2018. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

1. I modelli di tutela legale dello Stato

Una disamina delle funzioni e del ruolo svolti dall'Avvocatura dello Stato nel vigente ordinamento giuridico-costituzionale richiede alcune brevi premesse sull'origine e sull'evoluzione storica dell'Istituto, al fine di poter meglio cogliere il loro divenire.

Come è noto, l'esigenza di una consulenza giuridica e di una difesa processuale degli Stati nasce nel mondo moderno con l'affermazione del principio della separazione dei poteri: una volta affermato l'assoggettamento del potere esecutivo all'osservanza delle leggi ed al sindacato dei giudici, è emersa l'esigenza degli Stati di munirsi, alla stregua di ogni altro soggetto dell'ordinamento, di un difensore.

In astratto, la necessità di una consulenza e di un patrocinio legale degli Stati può essere variamente soddisfatta nei diversi ordinamenti.

In concreto, le soluzioni adottate dai singoli Stati appaiono riconducibili ai seguenti modelli generali:

– l'affidamento misto degli affari dello Stato a funzionari amministrativi e ad avvocati liberi professionisti (impiegabile, in particolare, in ordinamenti in cui neppure la parte privata è sempre assistita da un avvocato in giudizio e l'Amministrazione può far valere le sue ragioni tramite i suoi funzionari, ovvero indirettamente con l'intervento di un pubblico ministero agente per la retta applicazione della legge); tale sistema risulta essere stato, ad esempio, praticato in Olanda;

– l'affidamento promiscuo dei ruoli sia nel penale che nel civile ad un *Attorney General*, assistito da un *Solicitor General*, alla stregua del modello impiegato nell'ordinamento britannico o statunitense;

– l'affidamento della difesa dello Stato ai magistrati del pubblico ministero, alla stregua di quanto avvenuto per alcuni Paesi dell'America Latina (ad es. Colombia, Guatemala, Messico, Venezuela);

– l'affidamento delle funzioni di difesa a singoli uffici legali in ogni struttura pubblica piuttosto che ad organi centralizzati, alla stregua di quanto avvenuto per alcuni Stati socialisti;

– l’affidamento delle funzioni di consulenza e di difesa ad uno specifico organo pubblico, dipendente organizzativamente dall’Esecutivo, ma caratterizzato dall’autonomia di giudizio, a tutela della legalità dell’azione amministrativa e dell’unicità dell’ordinamento.

2. Il sistema di tutela legale dello Stato italiano

2.1. Il sistema italiano di consulenza e difesa dello Stato in giudizio rinviene la sua radice più profonda nel modello toscano del tardo '700.

Tra le molte riforme introdotte da Pietro Leopoldo nel suo Granducato, vi fu, infatti, l’istituzione dell’Avvocato Regio, che aveva il compito di difendere lo Stato in giudizio in posizione sostanzialmente equiordinata a quella degli avvocati privati contraddittori. L’innovazione, rivoluzionaria per i tempi, si informava ad una “costituzione materiale” che prevedeva, tra l’altro, la separazione dei poteri e l’assoggettamento dell’esecutivo al giudiziario. La relativa civiltà esprimeva una concezione illuministica dell’amministrazione dello Stato e privilegiava una attenta ed ordinata gestione del settore finanziario. In questo quadro, la gestione del contenzioso tributario fu, coerentemente, affidata ad un organo composto da avvocati-funzionari, idoneo a garantire unitarietà di politica difensiva, alta specializzazione professionale ed economicità di gestione.

Subito dopo l’unificazione italiana nel nostro ordinamento venne utilizzato il sistema delle “agenzie del contenzioso”, consistente nell’affidamento delle cause dello Stato a liberi professionisti ad opera di uffici incardinati nell’amministrazione. Il sistema generò molteplici criticità (*in primis*, il difetto di unitarietà di difesa dello Stato e conseguente disparità di trattamento dei cittadini) e nel 1876 venne istituita l’Avvocatura erariale, modellata sulla falsariga dell’esempio toscano, in occasione della riforma negli uffici del pubblico ministero, realizzata col distacco da detti uffici di competenze e magistrati che furono trasferiti all’organo legale dello Stato (l. 28 novembre 1875, n. 2781 e reg. 16 gennaio 1876, n. 2914).

Da qui nasce una componente di quella vocazione e connotazione giustiziale che è stata riconosciuta all’Istituto da

alcuni Autori e che avrebbe caratterizzato l'evoluzione della struttura e delle funzioni dello stesso.

Essa può riconoscersi anche come remota ispirazione di quella proposta di riforma della magistratura ordinaria degli anni 1980-1990 che prevedeva la separazione tra gli organi giudicanti e gli uffici del pubblico ministero e la riconduzione di questi ultimi nell'ambito della Avvocatura dello Stato.

La denominazione di "erariale" era, comunque, sintomatica delle dimensioni meramente patrimonialistiche dell'Avvocatura del tempo, considerata come patrocinatrice dello Stato nella sua attività *iure gestionis*.

2.2. Una serie di riforme, negli anni tra le due guerre mondiali, hanno mutato in misura significativa natura e funzioni dell'Istituto.

In particolare, possiamo ricordare che, venne previsto:

a) l'istituzione della regola del foro dello Stato e della notifica degli atti giudiziari presso l'Avvocatura (r.d. 30 dicembre 1923, n. 2828);

b) il mutamento della sua denominazione da Avvocatura erariale ad Avvocatura dello Stato (r.d. 20 novembre 1930, n. 1483);

c) l'incardinamento dell'Avvocatura – fino allora dipendente dal Ministero delle finanze – nel plesso della Presidenza del Consiglio dei ministri (r.d. 3 gennaio 1931, n. 2);

d) l'estensione del patrocinio dell'Avvocatura a tutte le amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo e, previa autorizzazione, a quelle pubbliche non statali ed enti sovvenzionati sottoposti a tutela o vigilanza dello Stato, nonché agli agenti e impiegati pubblici chiamati in giudizio per causa di servizio (r.d. 30 novembre 1933, n. 1611).

3. L'organizzazione dell'Avvocatura dello Stato

Una volta individuato il modello di tutela legale dello Stato accolto nell'ordinamento italiano, è opportuno rivolgere un breve sguardo all'organizzazione dell'Avvocatura dello Stato, nonché alla sua posizione nell'ordinamento, caratterizzata dal riconoscimento della sua autonomia rispetto agli organi

dell'amministrazione pubblica nei cui confronti esercita la funzione istituzionale.

3.1. Sotto il profilo organizzativo, le leggi del 1875 e del 1876 avevano individuato otto sedi dell'Avvocatura dello Stato (Roma, Milano, Torino, Venezia, Genova, Firenze, Napoli e Palermo). Le sedi di Cagliari, Catanzaro e Catania furono istituite tra il 1880 ed il 1884 e, dopo la Prima guerra mondiale, a seguito del Trattato di Rapallo del 12 novembre 1920 e dell'annessione formale della Venezia Giulia e della città di Trieste, le Procure di Finanza di Trento e di Trieste furono trasformate in Avvocature Distrettuali.

Attualmente gli uffici dell'Avvocatura sono costituiti dalla Avvocatura Generale e dalle venticinque Avvocature Distrettuali.

Il criterio di riparto delle competenze è quello territoriale della localizzazione del giudice competente o dell'ufficio richiedente il parere.

L'Avvocatura generale è competente funzionalmente dinanzi a tutte le Supreme giurisdizioni, dinanzi ai collegi internazionali o europei e, in materia consultiva, per i pareri che involgano questioni di massima.

3.2. Ai sensi dell'art. 17 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 *“gli uffici dell'Avvocatura dello Stato dipendono dal Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato, e sono posti sotto la immediata direzione dell'Avvocato generale”*.

La dipendenza dal vertice del governo richiamata dal dato positivo è espressamente riferita agli “Uffici”, riguardando pertanto il sistema organizzatorio di questi e così la provvista del personale e dei mezzi finanziari e strumentali, la costituzione dei rapporti di servizio e gli eventuali altri provvedimenti di stato giuridico nonché ogni altra iniziativa inerente all'organizzazione e alla rispondenza dell'attività dell'Istituto ai compiti della legge o sulla base di essa affidatigli.

La formula organizzativa evocata dalla norma esprime essenzialmente, come assunto dalla dottrina e riaffermato nella

recentissima sentenza del Consiglio di Stato¹, una dipendenza organica.

Questa dipendenza, come si legge nella richiamata sentenza *“non esprime una gerarchia in senso proprio, in ragione della particolare connotazione dell’istituto e, coerentemente, della natura delle speciali funzioni dell’Avvocatura dello Stato, che sono di consulenza legale e di difesa in giudizio delle Amministrazioni, con caratterizzazione tecnico-professionale”*.

3.3. Al vertice dell’Istituto è posto l’Avvocato generale, chiamato dal Governo a garantire la rispondenza dell’attività tecnico-legale dell’Istituto agli interessi generali dello Stato e degli altri soggetti patrocinati ed assistiti.

Tra gli altri poteri attribuiti all’organo di vertice, meritano di essere segnalati il potere di:

- determinare le direttive inerenti alla trattazione degli affari contenziosi e consultivi;

- presiedere e convocare il Consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato ed il Comitato consultivo;

- vigilare su tutti gli uffici, i servizi e il personale dell’Avvocatura dello Stato e sovrintendere alla loro organizzazione, dando le opportune disposizioni ed istruzioni generali;

- risolvere, sentito il Comitato consultivo, le divergenze di parere sia tra gli uffici distrettuali dell’Avvocatura dello Stato, sia tra questi e le singole amministrazioni;

- assegnare agli avvocati e procuratori in servizio presso l’Avvocatura generale dello Stato gli affari contenziosi e consultivi, in base a criteri stabiliti dal Comitato consultivo.

L’Avvocato generale dello Stato è coadiuvato, nei suoi compiti, dall’Avvocato generale aggiunto e da otto avvocati dello Stato, cui viene conferito l’incarico di Vice Avvocato generale.

L’Avvocato generale è, inoltre, assistito da un avvocato dello Stato con l’incarico di Segretario generale, incaricato della cura del funzionamento degli uffici e dei servizi, sovrintendendo agli affari amministrativi e riservati ed esercitando le funzioni di capo del personale amministrativo.

¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 6148.

Gli Avvocati distrettuali sono incaricati della direzione degli uffici periferici ed esercitano, in sede locale le stesse funzioni assolte dall'Avvocato generale in sede centrale.

Come precisato dalla legge n. 124, del 2015, l'Avvocato generale aggiunto, i Vice Avvocati generali e gli Avvocati distrettuali collaborano direttamente con l'Avvocato generale dello Stato, lo coadiuvano nell'esercizio delle sue funzioni e assicurano l'omogeneità delle difese e delle consultazioni.

Tra gli organi collegiali, propri dell'Istituto, meritano di essere richiamati:

– il Consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato; organo, come si legge nella richiamata sentenza del Consiglio di Stato², del corrente anno: *“con finalità di coordinamento organizzativo, dalle funzioni eminentemente consultive, per quanto importanti e corrispondenti alla qualità professionale dei rappresentati, in vista e in orientamento del governo dell'Avvocatura medesima”*.

Il Consiglio è competente (tra l'altro) ad esprimere pareri sulla distribuzione dei legali dell'Avvocatura tra l'Avvocatura generale e le Avvocature distrettuali nonché sull'assegnazione degli avvocati e procuratori di prima nomina ai vari uffici e sui trasferimenti; esprime altresì giudizi in merito alla progressione in carriera; formula parere sul conferimento degli incarichi e sui collocamenti fuori ruolo; nonché esercita nei confronti degli avvocati e dei procuratori dello Stato funzioni di Commissione di disciplina;

– il Comitato consultivo – espressione del principio di collegialità sul piano tecnico-istituzionale – organo, di volta in volta integrato con due avvocati designati per ogni singolo affare, avente il potere di dirimere le divergenze di opinione che insorgono nella trattazione degli affari contenziosi e consultivi fra avvocati che esercitano funzioni direttive e avvocati cui sono assegnati gli affari stessi; di determinare i criteri per l'assegnazione degli affari; di formulare pareri su questioni di massima o particolarmente rilevanti e, quando lo disponga l'Avvocato generale, di esprimere i pareri richiesti all'Istituto.

Alla carriera si accede esclusivamente per pubblico concorso, di primo grado per i procuratori e di secondo grado per

² *Ibidem.*

gli avvocati. I procuratori dello Stato possono, peraltro, diventare avvocati per promozione invece che per concorso (art. 5, l. n. 103 del 1979) per anzianità (almeno otto anni) congiunta a merito.

Esiste infine un ruolo del personale amministrativo dell'Avvocatura, soggetto, salvo specifiche deroghe, all'ordinamento generale del pubblico impiego statale. Detto personale è addetto ai servizi relativi: a) agli affari generali e amministrativo-contabili, b) all'attività professionale (a supporto degli avvocati e procuratori dello Stato), c) all'informazione e alla documentazione (art. 1, l. 15 ottobre 1986, n. 664).

4. Le funzioni dell'Avvocatura dello Stato

In tale sistema organizzativo si inquadra l'attività tecnica di Istituto – consistente nella “*trattazione di affari consultivi e contenziosi*” – affidati, mediante atti di assegnazione, a singoli avvocati e procuratori dello Stato che provvedono alla relativa trattazione nella pienezza, all'esterno, della loro autonomia tecnico-professionale, ed osservate nell'ambito dell'organizzazione istituzionale, le direttive di massima e quelle specifiche relative ai singoli affari impartite dagli avvocati che esercitano nell'Istituto le funzioni direttive.

4.1 La funzione di rappresentanza e difesa giudiziaria. La funzione di rappresentanza e difesa giudiziaria è ispirata ad una tendenziale universalità di patrocinio, di fronte “a tutte le giurisdizioni”, tra cui vengono compresi i tradizionali giudizi civili, penali, amministrativi e arbitrali, oltre che i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale ed i Collegi europei ed internazionali.

Strettamente connesse con la difesa in giudizio sono le deroghe al comune diritto processuale in tema di rappresentanza, di foro speciale (foro dello Stato) e di notifica.

Con riferimento alla competenza territoriale nei giudizi in cui sia parte lo Stato, giusta la previsione dell'art. 25 c.p.c. “*per le cause nelle quali è parte un'amministrazione dello Stato è competente, a norma delle leggi speciali sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio e nei casi ivi previsti, il giudice del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Quando l'amministrazione è convenuta, tale*

distretto si determina con riguardo al giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione o in cui si trova la cosa mobile o immobile oggetto della domanda".

In applicazione di tali coordinate normative, salvo talune eccezioni (si pensi alle controversie previdenziali e di lavoro, ai giudizi fallimentari, esecutivi o dinanzi al giudice di pace), si assicura la concentrazione dei giudizi in cui è parte un'Amministrazione statale presso il giudice del luogo in cui ha sede l'Ufficio dell'Avvocatura dello Stato competente ad esercitare le funzioni di difesa.

Con riferimento alla notifica degli atti giudiziari, trova parimenti applicazione la regola speciale della notifica presso l'Avvocatura dello Stato competente di tutti gli atti processuali diretti a soggetti da essa patrocinati, a pena di nullità.

La rappresentanza è conferita, infine, *ex lege* con la conseguente esenzione della necessità del mandato *ad litem*.

L'Avvocatura dello Stato costituisce, dunque, un organismo del tutto peculiare nel nostro ordinamento, in quanto pubblica istituzione dotata come tale, *ex lege*, del mandato necessario e irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle amministrazioni statali (e di quelle assimilate).

Gli avvocati e procuratori dello Stato esercitano la loro attività, in adempimento ad una funzione istituzionale dell'organo tecnico professionale di appartenenza, innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato neppure nei casi in cui le norme processuali comuni richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità.

Mentre, dunque, l'incarico professionale forense trova il suo presupposto in un rapporto di autonomia privata, l'Avvocatura dello Stato (ed il singolo avvocato dello Stato assegnatario dell'affare contenzioso), sostengono la difesa legale in sede giudiziaria in adempimento di un obbligo istituzionale, il cui contenuto è comunque professionale e non dissimile da quello di ogni altro avvocato.

La rappresentanza processuale dell'Avvocatura – che non si estende, comunque, alla rappresentanza “sostanziale” della Pubblica Amministrazione, riservata alla competenza dirigenziale – non è neanche subordinata ad una particolare

deliberazione per il conferimento all'Avvocatura dell'incarico, essendo questo atto interno che non riguarda i terzi

4.2. *La funzione consultiva.* Passando all'esame della funzione consultiva, ai sensi dell'art. 13 del t.u. del 1933 “*l'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle amministrazioni ed inoltre a consigliarle e derigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi; esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni, d'accordo con le amministrazioni interessate; esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle amministrazioni; prepara contratti e suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio*”.

La normativa in materia sembra, quindi, attribuire all'Istituto due tipi di consulenza: una legale di tipo “giudiziario” funzionalmente collegata ad una lite in potenza o in atto ed una consulenza giuridica “generale”, anche su atti di normazione di vario rango, con particolare riferimento ai loro profili attuativi.

L'amministrazione è libera (assumendone la responsabilità) di discostarsi dal parere – salvi i rari casi in cui questo sia vincolante – senza poter influire sull'esercizio della funzione consultiva dell'Avvocatura, caratterizzata da autonomia e indipendenza del giudizio, che può così assumere il connotato garantistico di una pronuncia *pro veritate*.

In caso di divergenza di opinioni all'interno di un ufficio dell'Avvocatura tra il singolo avvocato assegnatario dell'affare e l'avvocato preposto alla direzione dell'Ufficio, la questione è rimessa alla risoluzione del Comitato consultivo, al quale è riservata la definizione dell'atteggiamento dell'Istituto al riguardo.

La consulenza dell'Avvocatura presenta peculiari caratteristiche spesso non riducibili alle tradizionali classificazioni. Si pensi alla caratteristica della spontaneità, nel senso che – a differenza di quanto tipicamente accade per la funzione di consulenza – l'Avvocatura rende i propri avvisi specie quando può insorgere lite a prescindere dalla richiesta del soggetto ausiliato; in rare ipotesi la legge configura il parere

dell'Avvocatura come obbligatorio (cfr. 208 d. lgs. n. 50/16 sulle bozze di transazione in materia di contratti pubblici, quando il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero 200.000 euro in caso di lavori pubblici) o addirittura come vincolante (cfr. pareri in tema di libertà e proprietà di immobili oggetto di cauzione per obbligazioni contrattuali verso lo Stato – art. 54 r.d. 18 aprile 1924, n. 827).

Peculiare caratteristica della funzione consultiva dell'Avvocatura è poi la sua correlazione con quella di rappresentanza e difesa in giudizio, che tipizza il parere dell'Avvocatura con una immanente caratteristica di necessità istituzionale.

L'attribuzione della funzione consultiva ad un organo tecnico, connotato dall'autonomia di giudizio, risponde all'esigenza di piena attuazione dei principi dello "stato di diritto", occorrendo a tale fine non solo garantire la presenza di giudici indipendenti dal potere esecutivo, ma anche di una adeguata e autonoma organizzazione istituzionale, capace di assicurare – con autorevolezza, professionalità e obiettività – la legalità dell'azione amministrativa, in prevenzione della lite e in attuazione del principio di legalità cui tale azione deve ispirarsi.

In tal senso la consulenza istituzionale si distingue da quella di uffici e di persone che, in posizione di dipendenza, operano all'interno dell'amministrazione pubblica come organi di supporto tecnico-legale della stessa.

Dal carattere istituzionale dell'attività di consulenza discende la sua natura formale, nel senso che il parere deve concretarsi in un documento sottoscritto dall'organo che ha la rappresentanza esterna dell'istituzione nei rapporti con la pubblica amministrazione. La funzione di consulenza dell'Avvocatura dello Stato afferisce in ogni caso alla funzione propria dell'avvocato, che non è solo quella di assistenza legale per le controversie in atto, ma anche di prevenzione di quelle meramente potenziali. In questo senso la consulenza dell'Avvocatura è funzione immanente e necessaria allo svolgimento dell'azione amministrativa, dovendo essa per legge assicurare la difesa giudiziaria non a favore dell'interesse contingente e parziale della singola amministrazione, ma a tutela degli interessi pubblici generali nel rispetto del principio di

legalità. Ciò non significa che tale consulenza debba avere dimensioni riduttivamente “giudiziarie” nel senso di rigorosa correlazione con liti in atto o in potenza, poiché il “caso” o la “questione” che il parere dell’Avvocatura considera vanno intesi non nella accezione processuale tradizionale ma in quella ben più vasta (e ricca di interni collegamenti) derivante dalla intera gamma di “giudizi” cui istituzionalmente partecipa.

5. L’evoluzione del sistema

Il sistema “storico” che ho delineato ha subito una profonda evoluzione, a partire dal secondo dopoguerra. Alcuni dei passaggi maggiormente significativi sono stati l’entrata in vigore della Costituzione della Repubblica, il processo di integrazione Europea, il nuovo ordinamento regionale e la modifica del Titolo V, della parte II della Costituzione.

In tutte queste circostanze, e nelle altre che richiamerò, l’Istituto è stato chiamato ad adeguarsi ai significativi mutamenti che hanno interessato il nostro ordinamento, che hanno consegnato all’Avvocatura dello Stato un ruolo sempre più complesso e composito.

Innanzitutto, e non solo per seguire un ordine cronologico, è opportuno ricordare la legge 11 marzo 1953, n. 87, contenente le “*norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*”, che, all’art. 20, terzo comma, ha conferito all’Avvocato Generale dello Stato o ad un suo sostituto il potere di rappresentanza del Governo, nella persona del Presidente del Consiglio dei ministri, in tutti i giudizi che si svolgono avanti ad essa.

Patrocinio che è, quindi, chiamato a svolgersi sia nei giudizi di legittimità delle leggi, in cui il Presidente del Consiglio assume la veste, non di vertice del potere esecutivo, ma di portatore di un interesse generale immediatamente riferibile all’unitarietà dell’ordinamento statale, che nei giudizi aventi ad oggetto il conflitto tra poteri dello Stato o il conflitto tra Stato e Regioni.

Giudizi, questi ultimi, che hanno avuto particolare rilievo a seguito della riforma costituzionale del 2001 che ha portato alla modifica del titolo V, della parte II della Costituzione, definendo un nuovo riparto di poteri tra Stato e Regioni, e che,

capovolgendo il precedente sistema, lascia allo Stato i poteri per esso specificamente previsti e devolve alle Regioni ogni competenza nelle materie non espressamente considerate, con l'inevitabile incremento del contenzioso dinanzi alla Corte Costituzionale chiamata a regolare il riparto tra tali competenze e nei quali assume primario rilievo la tutela di interessi che travalicano quelli in senso proprio di parte, e afferiscono all'interesse generale alla riduzione ad unità di sistema, secondo Costituzione, di articolate competenze pluriistituzionali.

Questa previsione, come vedremo anche in seguito, ha attribuito all'Istituto un ruolo di sicuro rilievo.

A ciò si è aggiunto, nel corso degli anni, un notevole ampliamento degli Enti e delle Istituzioni cui è stata riconosciuta la possibilità di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura.

Con riferimento all'ordinamento interno, è stato affermato che tutti gli Organi Costituzionali possono avvalersi del patrocinio della Avvocatura dello Stato, consentendo così all'Istituto di rappresentare e difendere, ove richiesto, la Presidenza della Repubblica, i due rami del Parlamento, la Corte costituzionale, il Consiglio Superiore della Magistratura, le Magistrature e il CNEL.

Tra le Regioni a statuto speciale, la Sicilia si avvale del patrocinio della Avvocatura dello Stato. Le altre Regioni a statuto speciale, così come quelle a statuto ordinario, possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura, ed esso può atteggiarsi o come facoltativo (nel senso proprio dell'espressione, cioè di mandato conferito all'Avvocatura dello Stato senza l'assunzione di vincolo organico o generale ma limitatamente a singoli affari), ovvero come eventuale, che diviene però organico e vincolante quando sia stata adottata la delibera regionale di cui all'art. 10, l. n. 103 del 1979.

L'evoluzione delle forme di perseguimento dell'interesse pubblico, mediante la privatizzazione di enti pubblici, la costituzione di nuovi soggetti privati aventi natura pubblicistica o la istituzione di nuove tipologie di enti, connotate dal tecnicismo delle funzioni affidate o dalla neutralità ed indipendenza di giudizio, ha comportato un ulteriore ampliamento dei soggetti ammessi al patrocinio dell'Avvocatura.

Oggi, l'Avvocatura dello Stato ha la difesa, a volte anche in via pressoché esclusiva, delle autorità indipendenti quali l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità per i servizi di pubblica utilità per l'energia elettrica ed il gas, per le telecomunicazioni e l'ambiente, la Commissione nazionale per società e la borsa, il Garante per la radiodiffusione e per l'editoria, il Garante per la protezione dei dati personali, la Commissione di garanzia per l'attuazione della Legge del 12 giugno 1990, n. 146 sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, l'Autorità dei Trasporti ed altre.

Ad esse si aggiungono le agenzie fiscali e le strutture commissariali nonché alcune società per azioni e diversi altri soggetti privati (ad esempio le fondazioni liricosinfoniche), conferma di come la missione istituzionale dell'istituto si rivolga all'attività di tutela dell'interesse pubblico, sia ove perseguito con le tipiche forme autoritative da enti pubblicistici, sia ove perseguito con le forme negoziali e da soggetti privati.

Di rilievo particolarmente significativo è stato lo sviluppo delle funzioni dell'Istituto a livello sovranazionale. Ed infatti, con la legge n. 103, del 1979, è stato attribuito all'Avvocatura dello Stato il patrocinio dello Stato italiano come soggetto – unitario e indivisibile – dell'ordinamento internazionale e comunitario dinanzi alle Corti europee (quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea), internazionali e sovranazionali (quale la Corte di Giustizia dell'Aja e la Corte Europea dei diritti dell'uomo e le Corti arbitrali internazionali).

Tale disegno è stato arricchito dalla legge n. 243, del 2012, che ha previsto che le funzioni di agente del Governo italiano avanti la Corte di Giustizia dell'Unione Europea siano svolte da un avvocato dello Stato³.

A ciò deve aggiungersi che l'Istituto ha la rappresentanza in Italia di tutti gli Organi comunitari (Parlamento, Commissione, Consiglio) nonché della BEI. Mi risulta che, di recente, anche la

³ Tale disegno è stato ulteriormente completato dall'art. 15, del d.l. n. 113/2018, convertito con la legge n. 132/2018, il quale ha previsto che: *“Le funzioni di Agente del Governo a difesa dello Stato italiano dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono svolte dall'Avvocato generale dello Stato, che può delegare un avvocato dello Stato”*.

BCE abbia formulato la richiesta di avvalersi del patrocinio dell'Istituto⁴.

Per completare il quadro posso, poi, ricordare la facoltà di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato da parte di amministrazioni estere, come le rappresentanze diplomatiche, nonché di organizzazioni internazionali, quali ad esempio la FAO e la NATO.

Tali innovazioni, ampliando la sfera dei soggetti patrocinati, legando profondamente l'Avvocatura al vertice dell'apparato pubblico e consentendo una politica difensiva unitaria, hanno valorizzato il ruolo dell'Avvocatura non più come difensore in giudizio dell'interesse particolare di una singola amministrazione, ma tendenzialmente, in numerosi giudizi, come difensore dell'interesse generale dello Stato.

Sicuramente, quello che è richiesto all'Istituto è di garantire l'unitarietà ed omogeneità delle difese su tutto il territorio nazionale e avanti le Corti sovranazionali, così da assicurare la parità di trattamento dei cittadini e di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento nelle controversie che li vedono contrapposti ai pubblici poteri.

Le funzioni dell'Istituto sono state profondamente incise anche dall'evoluzione dell'ordinamento sia sotto il profilo sostanziale che processuale.

Una compiuta disamina di tale aspetto corre il rischio di essere sia eccessivamente lunga che, sicuramente, incompleta.

Vorrei soltanto richiamare, a titolo esemplificativo, la profonda evoluzione del diritto amministrativo, sia sostanziale che processuale, che ha avuto il suo epilogo con l'adozione del Codice del processo amministrativo, volto a concretizzare in questo ambito, i principi del giusto processo, garantiti anche a livello europeo.

Il riferimento obbligato è, inoltre, alle riforme, che hanno modificato e stanno modificando il volto della Pubblica Amministrazione per renderla più efficiente e più vicina ai bisogni dei cittadini, con l'introduzione di forme più celeri,

⁴ Con d.P.C.M. in data 7 dicembre 2018, l'Avvocatura dello Stato è stata autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa della Banca Centrale Europea, nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali.

aperte e partecipate di esercizio dell'azione amministrativa e una più estesa tutela giustiziale, precipitato logico di un controllo sempre più stringente sui pubblici poteri.

Senza alcuna pretesa di esaustività, basti pensare sul fronte del processo amministrativo:

a) al notevole ampliamento della sfera di giurisdizione esclusiva che ha trasformato il giudice amministrativo in giudice dell'amministrazione in materia economica;

b) all'estensione e, potremmo dire, il vero e proprio mutamento dei poteri del giudice amministrativo, con l'introduzione di una vasta gamma di azioni esperibili nei confronti della Pubblica Amministrazione (da quella di accertamento fino a quella di adempimento); l'introduzione del procedimento cautelare atipico; l'attribuzione di più ampi poteri istruttori, oltre che dello strumento della tutela risarcitoria, nonché – in definitiva – la tendenziale evoluzione del processo amministrativo verso un giudizio sempre più penetrante sul rapporto e non più solo sull'atto amministrativo.

In quest'ottica è del tutto evidente che l'Avvocatura dello Stato è chiamata a svolgere un ruolo di sempre maggiore "presenza", nella tutela dell'interesse pubblico e del corretto esercizio dell'azione amministrativa. Ciò, sia nella fase precontenziosa, dove assiste l'Amministrazione nella ricerca della migliore soluzione di contemperamento e soddisfazione degli interessi; sia nella fase contenziosa, ove è chiamata a rappresentare e difendere a tutto campo la posizione dell'Amministrazione, anche con poteri "integrativi" della motivazione del provvedimento.

Uguualmente hanno inciso sull'attività dell'Avvocatura le profonde revisioni della giustizia civile.

In particolare, la radicale modifica del sistema processuale civile con:

a) la riforma del giudizio per Cassazione (che ne costituisce il culmine), con la riduzione delle udienze pubbliche ma con la corrispondente esigenza di non trascurare i numerosissimi giudizi decisi in camera di consiglio);

b) il rigoroso regime generalizzato delle decadenze nel giudizio di merito e l'esecutività delle sentenze di primo grado, che aumentano le difficoltà e la complessità della difesa delle

Amministrazioni in relazione ai tempi tecnici delle relazioni tra Avvocatura ed Amministrazioni assistite;

c) l'accresciuta stabilità dei provvedimenti cautelari e d'urgenza che impone assoluta tempestività e snellezza operativa nella trattazione dei rispettivi procedimenti;

d) l'estensione delle posizioni giuridiche sostanziali tutelabili della quale è espressione la previsione delle garanzie riparatorie correlate al novellato art. 111, della Costituzione;

e) l'introduzione di riti speciali a definizione immediata, che impone – a pena di preclusione – l'elaborazione, in tempi rapidi, di una difesa completa anche dal punto di vista della produzione documentale.

La delineata evoluzione dell'ordinamento – in sintonia con la sempre maggiore complessità dei problemi e delle soluzioni che coinvolgono lo Stato nell'ambito delle sue competenze – comporta, di riflesso, che all'Avvocatura dello Stato vengano attribuite funzioni sempre più composite e numerose.

6. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, appare ormai inadeguata la tratteggiata definizione dell'Avvocatura come organo ausiliario dell'Amministrazione centrale dello Stato, gerarchicamente subordinato alla Presidenza del Consiglio dei ministri alle cui dipendenze è posto per legge.

L'evoluzione del sistema giuridico costituzionale ha portato l'Istituto da un'elementare funzione mediatrice tra Amministrazione e giurisdizione, nell'ambito di un esecutivo di concezione ottocentesca, ad un compito di attiva presenza su tutti i terreni in cui si verifica il confronto di entità attributarie di pubbliche potestà o in cui si presenti comunque una necessità di tutela legale del pubblico interesse.

L'Avvocatura dello Stato, per le sue attuali peculiari caratteristiche, è parte attiva nel percorso riformatore in corso nel nostro Paese che punta ad una radicale trasformazione della Pubblica Amministrazione attraverso il suo ammodernamento in modo da renderla sempre più in grado di soddisfare efficacemente e rapidamente le esigenze della comunità.

All'Istituto spetta il compito di favorire, nell'ambito delle proprie competenze, l'azione del Governo nella direzione

riformatrice che mira alla semplificazione dei procedimenti e all'accelerazione dei processi decisionali.

In tale contesto, l'Istituto può ricoprire un ruolo strategico per sostenere l'azione governativa in particolare con la propria funzione consultiva a sostegno delle nuove entità operative dell'Amministrazione.

Funzione consultiva valorizzata in esperienze quali quelle legate all'EXPO di Milano, in materia di definizione transattiva delle controversie in atto, e sempre più svolta anche "*extra moenia*", in compiti tecnico-giuridici comunque ausiliari delle Amministrazioni che, come ha riconosciuto la richiamata sentenza del Consiglio di Stato, è del tutto coerente con i compiti propri di un avvocato dello Stato.

L'ambito soggettivo delle istituzioni assistite si è esteso, come ho cercato di porre in evidenza, ben oltre il quadro originario, e l'ambito oggettivo della funzione si è contestualmente spostato dalla tutela legale di interessi prevalentemente patrimoniali a quella di tutti i primari valori giuridici dell'ordinamento dello Stato e del suo assetto costituzionale, insieme pluralistico ed unitario.

Ritengo, quindi, che si possa riconoscere, come già affermato da un mio autorevole predecessore, l'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza, che, da tempo, si sia verificata l'attrazione dell'Istituto nella costituzione materiale che si è andata via via realizzando dall'entrata in vigore della Carta costituzionale repubblicana.

L'Avvocatura dello Stato è infatti, oggi sempre di più, chiamata a collaborare alla costante verifica della compatibilità tra normativa ordinaria e normativa costituzionale, tra normativa interna e normativa sovranazionale, tra normativa nazionale, normativa regionale e normativa di rango inferiore nella gerarchia delle fonti, con il compito istituzionale di assicurare la tutela della legalità in sede giudiziaria e consultiva, per concorrere alla salvaguardia dell'unitarietà e integrità dello Stato-ordinamento e del suo assetto costituzionale.

Del resto, come ho cercato di evidenziare, in non pochi casi l'Avvocatura opera formalmente non a tutela dello Stato-Amministrazione ma dello Stato-ordinamento. Quanto ai giudizi costituzionali, la notazione appare del tutto intuitiva sia per quelli

sulla legittimità costituzionale delle leggi che per quelli aventi ad oggetto un conflitto tra poteri dello Stato o tra Stato e Regioni.

Ma tale notazione mi appare ancora più evidente nei giudizi dinanzi ai giudici sovranazionali. In tale ambito, l'Avvocatura interviene a difesa degli interessi della comunità nazionale (e non solo dello Stato apparato), da intendere in senso unitario, come sintesi (e non mera sommatoria) degli interessi facenti capo alle Amministrazioni competenti nella materia oggetto della causa europea o sovranazionale.

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AND
GLOBAL CONSTITUTIONALISM:
READING HIROSHI NISHIHARA'S WORKS*

ANDREA BURATTI

SUMMARY: 1. Hiroshi Nishihara's Approach to Global Constitutionalism. – 2. The Proportionality Principle from the Review of Administrative Law to the Review of the Legislation: Theoretical Problems. – 3. The Circulation of the Proportionality Principle: A Comparative Overview. – 4. American Exceptionalism. – 5. Proportionality in the European Courts' Case Law. – 6. Global Constitutional Concepts, Judicial Dialogue, Judicial Activism, Counter Democratic Difficulty.

Abstract: The article discusses the uses of the proportionality principle by Supreme, Constitutional and International Courts engaged in constitutional adjudication. Focusing on Hiroshi Nishihara's contributions, the author explores the circulation of this method of constitutional adjudication and highlights its function as a driver of the development of global constitutionalism. It also discusses the implications of proportionality-based case law in enhancing judicial activism, and the impact of this trend on the fine balance between constitutionalism and democracy, typical of our contemporary liberal societies.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Hiroshi Nishihara's Approach to Global Constitutionalism

In this article, I discuss the uses of the proportionality principle by Supreme, Constitutional and International Courts engaged in constitutional adjudication. According to Aharon Barak's seminal works: "*Proportionality can be defined as the set of rules determining the necessary and sufficient conditions for a limitation of constitutionally protected rights by law to be constitutionally permissible*"¹. My aim is to explore the circulation of this method of constitutional adjudication and highlight its function as a driver of the development of global constitutionalism. I will also discuss the implications of proportionality-based case law in enhancing judicial activism, and the impact of this trend on the fine balance between constitutionalism and democracy, typical of our contemporary liberal societies.

The subject will be examined with reference to two essays by the outstanding Japanese scholar of constitutional law, Hiroshi Nishihara, who recently passed away in a tragic car accident in Tokyo. The essays in question are "*Constitutional Meaning of the Proportionality Principle in the face of the «Surveillance State»*" (2008), and "*Challenges to the Proportionality Principle in the face of the «Precaution State» and the Future of Judicial Review*" (2010), both published in the "Waseda Bulletin of Comparative Law". I had the opportunity to discuss these works with prof. Nishihara on several occasions during a semester spent together as visiting professors at Venice International University.

In these papers we can find many features typical of Hiroshi Nishihara's personality, as a scholar and as an intellectual: (i) his cultural roots, which go back to the German legal culture; (ii) his vision of legal issues as global issues – Nishihara's work has always centered around the seeking of horizontal and globally widespread answers and solutions to legal issues; (iii) his interest in the relationship between technicality of law and social values; (iv) his engagement in defending open society, pluralism, and tolerance, against societies based on fear, resentment and anger;

¹ A. BARAK, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge Univ. Press, 2012.

(v) his criticism toward recent trends in Japanese politics, focusing here on the increase of preventive measures – justified as reaction to terrorism, but actually rooted in emotional bias, conflicting with the protection of constitutional rights and liberties, and more generally, with a rational society. Hiroshi Nishihara is, therefore, the symbol of a generation of Japanese scholars, deeply engaged in bridging the gap between Eastern and Western cultures and traditions and fostering dialogue and mutual understanding among the two.

2. The Proportionality Principle from the Review of Administrative Law to the Review of the Legislation: Theoretical Problems

In his works, Nishihara retraces the development of the proportionality principle, starting with its origins in German administrative case law during the second half of the 19th century. Here, proportionality was constructed as a method of review of the acts of public administration. In the context of the German *Rechtsstaat*, the formal affirmation of the rule of law did not imply a consistent transformation of the ancient structures of administration and administrative review. Nishihara emphasizes the relevance of the Proportionality Principle by enhancing the rule of law and allowing the review of administration. The Japanese scholar stresses the coherence of proportional scrutiny within the rule of law, due to its effect of enlarging the judicial review of administration, thereby limiting discretionary powers of the state, and thus raising the protection of individual rights.

Further, Nishihara reconstructs the transposition of the proportionality test from the review of administration to the review of legislation, a step that happened in the framework of the new German Basic Law of 1949. Nishihara is aware of the ambivalences related to this fundamental step. On one side of the argument, the settlement of the proportionality principle within the tools of constitutional review entailed a major improvement in the protection of fundamental rights, thus intensifying the tools of review and reducing legislative discretionary powers. On the other hand, however, this passage boosted judicial supremacy, thus emphasizing criticism based on counter-majoritarian difficulty, present since the beginning of the constitutional

review of the legislation², and recently proposed again by authors such as Jeremy Waldron³, Ran Hirshl⁴, and Richard Bellamy⁵.

The scrutiny of proportionality, indeed, puts aside the traditional scheme of constitutional review, depending on the assessment of the validity of a statutory provision through the comparison with a paramount, constitutional, norm. It also overlooks the typical scheme of equality scrutiny, more complex but also based on a comparative analysis of relevant norms. Scrutiny of proportionality, on the contrary, relies on the assessment of the merit of a legislative provision, retracing the same logical path passed procedurally by law-makers. The review of proportionality, therefore, entails a scrutiny of the ends of the statute, assessing: (i) their admissibility in the framework of the constitution; (ii) the proportion between ends and means of the norms and the possibility to use alternative, less intrusive, means; and (iii) the comparison between costs and benefits of the measure, also allowing a balance test between the conflicting interests at stake⁶.

Review of proportionality is, therefore, a legitimate methodology with regards to administrative activity due to the inherent limitation of administration in the framework of the rule of law; though it still raises serious concerns when applied in the review of the legislation, questioning the same idea of constitutional democracy.

² A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (1962), Yale Univ. Press, 2nd ed., 1986.

³ J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge Univ. Press, 2009.

⁴ R. HIRSHL, *Toward Juristocracy*, Harvard Univ. Press, 2007.

⁵ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge Univ. Press, 2007.

⁶ B. SCHLINK, *Proportionality*, in ROSENFELD M., SAJÒ A. (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford Univ. Press, 2012.

3. The Circulation of the Proportionality Principle: A Comparative Overview

Despite these difficulties, in the last 20 years, the use of the Proportionality Principle in judicial review of the legislation, and more generally in constitutional adjudication, has spread exponentially in comparative law, becoming one of the most widespread methods in the activity of constitutional and supreme courts of the Western world. To once again quote Barak, “we now live in the age of proportionality”⁷.

The growth of the proportionality principle has occurred for a number of reasons, beginning with the shared awareness that the proportionality principle is the answer to a universal problem⁸.

In comparative law, the list of constitutional and supreme courts whose case law refer to and rely on the proportionality principle is extensive. For example, we can mention Canadian and Israeli Supreme Courts, as well as Italian and South African Constitutional Courts, just to name a few.

It is also worth mentioning that the widespread use of the proportionality principle is seen largely in cases without any textual constitutional basis, and often through the mention of the case-law of foreign and international Courts⁹. We can find codified references to the principle of proportionality as a method of interpretation of constitutional rights only in the Constitutions of Greece, Poland, Portugal, Russia, Romania, Turkey, Switzerland, and in Israeli Basic Law on the Protection of Fundamental Rights. This does not only occur in Common Law countries, however, but also in those where Civil Law is present. The dissemination of proportionality is, therefore, emblematic of the ways in which global constitutionalism

⁷ A. BARAK, *cit.*

⁸ B. SCHLINK, *cit.*

⁹ V. FERRERES COMELLA, *Beyond the Principle of Proportionality*, in G. JACOBSON - M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Elgar, 2018, p. 229; N. PETERSEN, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge Univ. Press, 2017.

grows¹⁰: common concepts, legal tools and techniques spread around the world through judicial dialogue and mutual learning among the courts, and emphasizing the virtues of judicial constitutionalism, which operates above and independent from the state, enacted, law¹¹. As Stone Sweet and Mathews point out, “*proportionality-based rights adjudication now constitutes one of the defining features of global constitutionalism*”¹².

4. American Exceptionalism

In this framework of convergence, the United States’ Supreme Court’s case law occupies a peculiar position. Proportionality in the United States plays a minor role in the set of judicial techniques for the protection of fundamental rights. This fact, therefore, exhibits proof of American exceptionalism where the proportionality principle is concerned.

In the Supreme Court’s case law, the instances in which a clash of values, interests or rights is involved are examined through a different methodology known as “balancing”¹³. American balancing differs from German proportionality, because of a less rigid and organized scrutiny and a sharper

¹⁰ To a first approximation, the development of global constitutionalism depends on a threefold process: (i) the expansion of common standards and patterns of constitutional structures and institutions (mainly based on the western constitutional traditions) in many countries of other areas of the world; (ii) the increasing relevance of global players, different from state authorities, that act in typically constitutional/political areas; (iii) the development of a judicial dialogue, which determines mutual learning and the spread of common techniques, principles and fundamental rights among the Courts.

¹¹ The use of comparative reasoning by the Courts, as well as the circulation and the dialogical learning of new concepts and argumentative techniques, is becoming more and more widespread. See B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law*, Routledge, 2012. The same judicial training is based on an increasing comparative approach, while national constitutional courts organize regular conferences with a view to sharing experience, as regards legal problems and professional experiences. This promotes the actual circulation of jurisprudence and the diffusion of legal interpretative tools and legal concepts from one state to another.

¹² A. STONE SWEET - J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 2008.

¹³ T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale Law Journal*, 96 (5), 1987, pp. 943 ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2012.

value-based judgment¹⁴. In general, American constitutional law avoids a rigid and systematic organization of rights and liberties that, in contrast, is possible in Germany due to the hierarchical organization of rights and liberties in the Constitution. Furthermore, the American Supreme Court refuses a methodology in which the evolution of constitutional interpretation could be limited.

In my opinion, we have to analyze American exceptionalism in a more general way, linking it to the tenets of American legal culture. In general, rights and liberties have, in the American perspective, a precise scope that does not allow intrusion of any kind. This is the mentality in which rights and liberties have been forged in American history. This approach puts proportionality and balancing tests aside. Only on few occasions can balancing test play a role: for instance, when it is evident that two fundamental rights are mutually conflicting. Two examples of this are, firstly, the regulation of abortion rights for women¹⁵, and the freedom of speech versus the transparency of political campaigns¹⁶. Even in these cases, however, American balancing is free, meaning that it does not follow a rigid order, as in the German way. Furthermore, when the balancing analysis involves a public interest as a counterweight to a fundamental right (as in the case of hate speech, where freedom of speech conflicts with the maintenance of public order), the Court does not open an assessment of the ends pursued by the administration or the legislation. The judiciary power is generally indifferent to the interest of the public administration and distrustful of the aims of the Government. On the contrary, the German approach – which, as I have stated, was created within the system of administrative law as a way to limit the discretionary power of the administration – starts from the idea that the jurisdiction must put itself in the same intellectual trajectory as a public authority. In the reasoning underlying the scrutiny of proportionality, at least in its origins, the Court asks the Government to declare and share what is its purpose and the interest to pursue, and to share the

¹⁴ M. TUSHNET, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Elgar, 2014, pp. 71-73.

¹⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁶ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). See also the partial overruling in *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

alternative means the Government could use in order to reach that goal.

All of this is to say that we should not forget that the separation between the German and the American approaches depend on two different, opposite, ways to consider the relationship between state and society, and the role of the judiciary branch within this balance.

5. Proportionality in the European Courts' Case Law

Following the migration of the proportionality principle from the German legal landscape to other European Courts, Nishihara analyzes its use by the European Court of Justice and the consequences that European case law has had on German jurisprudence, further expanding its application.

In EU Treaties and in the European Convention on Human Rights, proportionality is an explicit provision. The European Courts, therefore, developed their techniques based on written clauses. This is an important element because the written form makes clear the legitimate ends that allow the limitation of rights, thus reducing the discretionary power of the Courts¹⁷. However, the Court of Luxembourg and the Court of Strasbourg are supranational jurisdictions, belonging to legal orders that are distant from and indifferent to states' powers. This makes them more independent from political pressure, but at the same time less responsive to public opinion¹⁸. The use of proportionality by the European Courts, therefore, raises the same difficulties that we can observe in the national arenas.

In EU law, proportionality is a crucial principle because of its inclusion in two distinct areas of the Treaties. On one hand, it is a principle and a criterion for the regulation of the legislative competences of the Union. In this regard, proportionality limits the expansion of the competences of the Union and imposes the respect of member states' competences in any case in which the EU intervention is not necessary. On the other hand,

¹⁷ V. FERRERES COMELLA, *Beyond the Principle of Proportionality*, cit., pp. 238-241.

¹⁸ G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 28.

proportionality is a general point of reference for the judicial review of the acts that affect and limit fundamental rights. Art. 52.1 of the Charter of Nice expressly mentions proportionality as the general benchmark for the limitation of the fundamental rights protected by the Charter.

Even in this regard, however, the Charter of Nice only codifies a principle that had been developed throughout the European integration process, and especially in the ECJ case law. In *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)¹⁹, the ECJ included the principle of proportionality in the set of constitutional traditions common to the member states, suitable to act upon as a principle of EU law²⁰. As a common constitutional tradition, proportionality binds not only EU law, but it can also be applied by the ECJ in the review of the acts of the member states that can limit and affect liberties and rights protected by the Treaties. This is an effect that the provisions of the Charter of Nice do not own according to ECJ case law.

In the European Convention on Human Rights, proportionality is not acknowledged as a general principle, rather it is codified in specific provisions, as a method of limitation of states' measures affecting specific rights and liberties. We can see this exemplified in articles 8, 9, 10, 11 and 1 of Protocol 1. Here, the Convention allows states actions aimed at limiting the liberty only whether "*necessary in a democratic society*". Once again, we face a general clause, which has been subjected throughout the years to intense judicial interpretation, with the effect of creating more precise case law, able to lead the jurisprudence of the Court. It is in this context, when applying the principle of proportionality, that the ECtHR developed the idea of the Margin of Appreciation as a way to leave room for states' discretionary powers. This is dependent on two main factors: (a) on the substantive issue at stake, and (b) on the existence of a consensus standard among member states' legislation, in which the Court acknowledges a larger or a smaller margin of appreciation to the states²¹. This allows the Court to

¹⁹ Court of Justice, judgment of 17 december 1970, case C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

²⁰ G. SCACCIA, cit., p. 8.

²¹ G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford Univ. Press, 2007.

balance the push toward unification of standards of protection on one side, and national identities and peculiarities, on the other²².

6. Global Constitutional Concepts, Judicial Dialogue, Judicial Activism, Counter Democratic Difficulty

As a basic tenet of global constitutionalism, the proportionality principle exhibits the same characteristics of other general concepts and legal techniques of global law, above all being the concept of human dignity²³. It raises, therefore, the same criticism, that I already mentioned: its tangled relationship with global aristocratic “juristocracy” moves constitutional adjudication away from popular sovereignty and democratic process. Proportionality principle fosters judicial activism and raises a counter-democratic difficulty.

Despite the refined theories that have been elaborated, and that explain the application of the proportionality test as machinery²⁴, we must accept that this legal methodology actually involves value-based adjudication, the assessment of contexts, and the balancing between conflicting values. There is no way to exclude the personality of justices and their values, biases and prejudices in proportionality-based constitutional adjudication. As Bernhard Schlink points out: “*Tolerating judicial balancing means modifying the democratic standards*”²⁵.

Constitutional law scholars ask themselves whether constitutional adjudication needs to rely on methods of neutralization of political conflict through case-by-case approaches, activist interpretations of the Constitution, judicial supremacy, and references to value-based balancing; or whether

²² A. BURATTI, *Histories, Traditions and Contexts in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, 2013, pp. 173 ss.

²³ P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018; C. MCCRUDDEN, *Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Human Rights*, in *Oxford Journ. of Leg. St.*, 2000.

²⁴ R. ALEXY, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3 (4), 2005, pp. 572 ss.; A. BARAK, cit.

²⁵ B. SCHLINK, cit., p. 735.

the courts must follow a different path, based on deference to parliamentary legislation, limiting their role to cleaning up and reactivating the channels of the democratic process. Jeremy Waldron and Richard Bellamy, the authors who more than any others have defended the dignity of the legislation and the traditional English model of parliamentary sovereignty, expressly support this last solution.

The tension between the goal of protecting fundamental rights on one side of the argument, and parliamentary sovereignty, on the other, is a typical and perhaps unavoidable condition of constitutional democracy. However, the possibility of a more cooperative pattern of the relationship between the legislation and constitutional review exists. Moving from Mark Tushnet's "third model" of constitutional review, it is possible to imagine a pattern of constitutional review in which the judiciary branch holds the power to advise and guide the Parliament toward the repeal of unconstitutional provisions.

This methodology is applied under the Human Rights Act for violations of the European Convention in the United Kingdom, as well as under the Bill of Rights in New Zealand. In these countries, the judicial review does not imply a power of annulment or disapplication, but rather the power to issue a declaration of incompatibility, by advising the Parliament and reactivating parliamentary deliberation²⁶. In Canada, the "notwithstanding clause", which allows federal and provincial Parliaments to provisionally overrule a judgment of the Supreme Court, plays a similar role. It is a sort of parliamentary "last resort" power. Furthermore, in Canada, the opportunity of dialogue between Parliament and the Supreme Court on constitutional interpretation is also allowed by the advisory role of the Court on matters of constitutionality, a resource that Parliament has used on significant occasions, such as for tackling

²⁶ M. TUSHNET, *Alternative forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 101, 2003, pp. 2781-2802; *Id.*, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton Univ. Press, 1999; M. SCHOR, *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy*, in G. JACOBSON - M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Elgar, 2018; F. DURANTI, *Corti e Parlamenti. Dialoghi, confronti, comparazioni*, in A. D'ALESSANDRO - C. MARCHESE (eds.), *Ius Dicere in a Globalized World. A comparative overview*, Roma TrE-Press, 2018.

claims of independence in the separatist-centric province of Quebec²⁷.

Scholars typically characterize this form of judicial review as a “weak” model. However, this model is not weak at all. Instead, these methods provide a sort of “judicial penultimacy”²⁸ in the review of the legislation that has, up until now, determined general deference by the Parliament to the declarations of incompatibility issued by the courts. In the United Kingdom, there are only two cases in which the Parliament decided to maintain its position despite the declaration of incompatibility. Even in Canada, the application of the notwithstanding clause is limited.²⁹ More generally, it is important to keep in mind that in common law countries with judicial review systems, the problems related to the enforcement of decisions on unconstitutionality are extensive. Cooperation with the Government, and in cases of federal states, alongside their Governments, is often necessary for enforcing judgments of unconstitutionality throughout the nation. As Bruce Ackerman explained, in American history, the Civil Rights Revolution is the result of the combined action of the Warren Court’s case law and of the Civil Rights Act³⁰.

There is a further element that must be taken into account when assessing the potentiality of a cooperative method of constitutional review, which is usually underestimated by American scholars and is conversely fundamental in Europe and Canada. Constitutions committed to substantive equality, rich in programmatic norms and social rights, have to be implemented not only by negative declarations of avoidance of the legislation

²⁷ A. BURATTI, *Between Judicial Activism and Political Cooperation: the Case of the Canadian Supreme Court*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2/2018, pp. 318 ss.; G. MARTINICO - G. DELLEDONNE - L. PIERDOMINICI, *Il costituzionalismo canadese a 150 dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa University Press, 2017; *The Constitution of Canada: History, Evolution, Influence, and Reform* (Special issue of “Perspective on federalism”), 9 (3), 2017.

²⁸ S. GARDBAUM, *What is Judicial Supremacy?*, in G. JACOBSON - M. SCHOR (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Elgar, 2018.

²⁹ J. WALDRON, *Judicial review and judicial supremacy*, in *NYU School of Law, Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, 57/2014, p. 10.

³⁰ B. ACKERMAN, *We The People*, 3, *The Civil Rights Revolution*, Harvard Univ. Press, 2014.

but also with incentives to fulfill these goals³¹. Such a cooperative approach would determine a positive role of the jurisdiction, including a power to guide the Parliament to comply with constitutional objectives and goals and not limited to the resolution of disputes on the compatibility of the legislation with Constitution.

Hiroshi Nishihara was perfectly aware of the difficulties related to judicial activism in constitutional adjudication, crucial for the future of constitutional democracy in the global landscape. He had, however, a clear answer to these complications. In his vision, the law is a means of neutralization of conflict, and proportionality is the typical methodology to achieve this goal. In Nishihara's perspective, the proportionality principle in constitutional adjudication could operate as a bulwark against the emergence of a surveillance state, i.e., the increase at the state level of new preventive measures affecting individual liberties, as a reaction to the terrorist threats. The surveillance state, as an emotive reaction to fear, is, in Nishihara's vision, an attack to the rule of law.

Nishihara ended his papers with a strong defense of the proportionality principle. Before the growth of the surveillance state, "*only the proportionality principle can help us. ... It will not be easy to persuade every legal expert, but I think this is the only way for the freedom to survive*"³². In his second article on the topic, Nishihara confirmed this conclusion, wishing for the development of a proper method of proportionality by the Japanese Supreme Court³³.

Nishihara's conclusions are not surprising, as they confirm his intellectual trajectory. In his vision, when relying on the proportionality principle, constitutional adjudication entails a rational methodology of interpretation and implementation of the

³¹ M. TUSHNET, *Week Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton Univ. Press, 2008.

³² H. NISHIHARA, *Constitutional meaning of the proportionality principle in the face of the "surveillance state"*, in *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 2008.

³³ H. NISHIHARA, *Challenges to the Proportionality Principle in the face of the "Precaution State" and the Future of Judicial Review*, in *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 2010.

law, the refusal of emotional and irrational biases as a valid basis for politics, and the awareness that in pluralistic societies, constitutions mirror polytheism of social values and the necessity of coexistence among themselves. The confidence in the human societies and the engagement in the defense of an open society is the legacy Hiroshi Nishihara leaves to his students and colleagues.

SEZIONE SECONDA

PRINCIPI GENERALI, DIRITTI INDIVIDUALI
E INTERESSI PUBBLICI DI FRONTE ALLE
GIURISDIZIONI NAZIONALI E SOVRANAZIONALI

PRINCIPIO DI PRECAUZIONE: GRADO DI RISCHIO E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA*

SIMONA TERRACCIANO

SOMMARIO: 1. Il principio di precauzione. – 2. Legalità e discrezionalità nell'esercizio concreto del potere amministrativo a tutela di interessi pubblici primari. – 3. Pericolo e rischio nel principio di precauzione. – 4. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract: Given a brief introduction on the evolution of the precautionary principle and on the notion of risk, the paper seeks to analyze how the discretionary activity of the public administration affects the rule of law whenever the legislator does not sufficiently specify the scope of the administrative power. The precautionary principle appears in fields characterized by technological development and scientific uncertainty in which, however, it seems necessary to afford protection even in mere probable cases of harmful events to the human health and to the environment. For this purpose, the legislator identifies, or should identify, a balance, unavoidably dynamic, between conflicting interests, based on the balancing of relevant constitutional interests and of existing scientific evidences. The balance should be considered as a limit to the administrative discretion, in order to avoid that the precautionary principle was used as a tool to affect the substantial protection of the legal interests to the detriment of the legal certainty.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Il principio di precauzione

L'incessante progresso tecnologico, scientifico ed economico delle società moderne impone al decisore pubblico di operare delle scelte di bilanciamento di una pluralità di interessi di rilievo costituzionale, quali l'ambiente, la salute umana e la libertà di iniziativa economica privata. Talvolta è necessario che il bilanciamento operi in via preventiva al fine di garantire la tutela degli interessi fondamentali anche a fronte di eventi dannosi solo meramente probabili.

È proprio questo il contesto di naturale emersione del principio di precauzione.

La precauzione – intesa, nel significato comune, quale circospezione nell'agire per evitare danni, pericoli o rischi imminenti e possibili – ha un fondamento sociale ed etico¹, prima ancora che giuridico, basato sulla consapevolezza che le azioni umane sono astrattamente idonee a provocare effetti dannosi non sempre configurabili e regolabili a priori, anche in virtù del fatto che la scienza non è certa ma è mutevole e suscettibile di essere contraddetta dall'esperienza empirica². L'incertezza sui dati

¹ K.K. JENSEN, *The moral foundation of the precautionary principle*, in *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 15/2002, p. 43: “The «Liberal Principle» is a criterion for decision makers, which is justifiable by several strains of liberalism. The reason «to prevent unacceptable harm to entities worthy of protection» is normally understood as presupposing (risk of) harm, of which sufficient scientific evidence has been produced. The Precautionary Principle corrects this understanding by allowing for cases where sufficiently certain evidence of the risk has not (yet) been produced. The Precautionary Principle [...] has the ethical status of a clarifying amendment to a «Liberal Principle»”; R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in V. FERRARA - C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano, 2014, p. 31: “E, infatti, la liquidità (e dunque la friabilità e la consustanziale «leggerezza») del mondo contemporaneo intercetta ancor meglio la crisi identitaria – e di legittimazione – della scienza. I concetti e i principi solidi erano forieri di verità e di certezze, ovviamente non assolute, ma comunque sufficientemente stabili ed affidabili nel tempo e nello spazio. Impercettibilmente quanto inesorabilmente tale certezza, pur non assoluta, evapora, diviene vieppiù recessiva, assumendo la sostanza di un pensiero debole. Importanti esempi, a tutti gli effetti paradigmatici, della liquidità (anche) dei sistemi giuridici sono proprio la soft law e il principio di precauzione”.

² K.R. POPPER, *La logica della scoperta scientifica*, Einaudi, 1970, p. XIV,

scientifici e sulle probabilità di verifica di conseguenze dannose sollecita l'adozione di misure preventive e – quando il danno potenziale è in astratto in grado di ledere interessi fondamentali – ne impone l'adozione³.

Il principio di precauzione⁴ è apparso nella legislazione

in cui l'Autore – nell'espone il metodo critico quale nuova teoria del metodo della scienza – afferma che *“Non c'è induzione, perché le teorie universali non sono mai deducibili da asserzioni singolari. Ma le teorie possono essere confutate da asserzioni singolari, da descrizioni di fatti osservabili”*.

³ Sulle precondizioni del principio di precauzione, D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, in *Quaderni della Rivista “Diritto e Gestione dell'Ambiente” della Seconda Università degli Studi di Napoli*, Napoli, 2003, p. 46, in cui l'A. nel descrivere la c.d. “epoca del rischio” afferma che *“Il paradosso maggiore sta nel fatto che questi grossi rischi si presentano in un periodo nel quale [...] la società esprime un bisogno sempre più forte di sicurezza, legato alla impostazione culturale e metodologica delle scienze esatte come soluzione a tutti i problemi dell'umanità. Il neopositivismo imperante fino a pochi anni fa è fondato infatti su una idea di controllo totale da parte della scienza sulla vita dell'uomo e sull'organizzazione sociale [...] Ora gli attuali rischi, planetari o diffusi, hanno causato un vero e proprio cortocircuito del sistema e ci troviamo nel paradosso di vivere in una società basata sull'idea del controllo totale, ma che non riesce assolutamente a garantirne sicurezza. E proprio da questo contrasto che nasce il principio di precauzione. Un principio, quindi, di carattere sociale volto non tanto a rallentare il progresso e la tecnologia, ma a individuare strumenti di azione e di gestione nei confronti dei rischi prodotti da una tecnologia che non riesce più a controllare se stessa”*.

⁴ La letteratura giuridica in tema di principio di precauzione è vastissima; pertanto, senza pretesa di esaustività, si richiamano: P. DELL'ANNO, *Il ruolo dei principi nel diritto ambientale europeo: norme d'azione o di relazione?*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006, pp. 143 ss.; D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato*, Napoli, 2003, pp. 38 ss.; O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione Europea in materia ambientale*, in V. FERRARA - C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, Milano, 2014, p. 166 ss.; F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006, pp. 556 ss.; COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, in www.governo.it, 2004, *passim*; C.M. DONÀ DALLE ROSE, *Riflessioni intorno all'evoluzione del concetto di principio di precauzione*, in G. ALPA - G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, pp. 217 ss.; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, pp. 9 ss.; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, pp. 28 ss.; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del*

comunitaria e internazionale a partire dagli anni Settanta⁵. Trova la sua origine nella dottrina tedesca che, attraverso l'espressione *Vorsorgeprinzip*⁶ – letteralmente “preoccuparsi prima” – individua la necessità di implementare misure idonee a prevenire rischi per la sicurezza, l'ambiente e la salute, anche in assenza di una prova scientifica certa circa l'esistenza dei rischi stessi. Successivamente, il principio è stato enunciato nelle fonti internazionali⁷ ed europee con l'obiettivo principale di garantire

rischio e azioni amministrativa, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1/2007, pp. 51-67; S. LANDINI, *Principio di precauzione, responsabilità civile e danni da eventi catastrofali*, in *Contr. impr. Eur.*, 1/2014, pp. 14 ss.; M. MARCHESE, *Il principio di precauzione tra luci ed ombre*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it, 2010; L. MORMILE, *Il principio di precauzione fra gestione del rischio e tutela degli interessi privati*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 10/2012, pp. 247 ss.; M. ALLENA, *La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa*, in B. MARCHETTI - M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, III, Firenze, 2016, pp. 35-71; T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2003, pp. 1234-1245; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e “qualità” dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2005, pp. 1674-1707.

⁵ Tra la pluralità di contributi nella letteratura giuridica internazionale sul principio di precauzione, si segnalano: J. CAMERON - J. ABOUCHAR, *The precautionary principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 1994, pp. 6 ss.; O. MCLNTYRE - T. MOSEDALE, *The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law*, in *Journal of Environmental Law*, 1997, pp. 221 ss.; A. TROUWOBORST, *Evolution and Status of Precautionary Principle*, in *Am. Journ. int. Law*, 2002, pp. 1016 ss.; F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Roma, 2004; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; P. GARGIULO, *Brevi riflessioni sulla natura giuridica e sul contenuto dei principi di precauzione e di prevenzione nel diritto internazionale*, in L. GIANI - M. D'ORSOGNA - A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018, pp. 31-47.

⁶ C. SCHRÖDER, *Vorsorge als Prinzip des Immissionschutzrechts*, Peter Lang, 1986, p. 82; S. MARR - A. SCHWEMER, *The Precautionary Principle in German Environmental Law*, in H. SOMSEN - H. SEVENSTER - J. SCOTT - L. KRÄMER (a cura di), *Yearbook of European Environmental Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 125-148.

⁷ Cfr. La Carta Mondiale della Natura del 1982 in seno all'ONU, che al par. 11 stabilisce: “Le attività che possono avere un'incidenza sulla natura saranno controllate e saranno impiegate le migliori tecniche disponibili, suscettibili di diminuire l'entità dei rischi o di altri effetti nocivi sulla natura”;

elevati livelli di tutela nel settore ambientale⁸. L'ordinamento italiano ha recepito la precauzione quale principio informativo dell'azione ambientale – e, più in generale, dell'azione amministrativa, in virtù del richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario contenuto nell'art. 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241 – assieme ai principi di prevenzione⁹, di

Dichiarazione di Brema del 1984 in cui è affermato: “*Gli Stati non devono attendere la prova certa di eventi dannosi prima di intervenire.*”; Principio n. 7 della Dichiarazione ministeriale di Bergen sullo sviluppo sostenibile del 16 maggio 1990; Principio n. 15 della Dichiarazione sull'Ambiente e lo Sviluppo di Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992 che afferma: “*Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il Principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale.*”. Per un approfondimento in tema di responsabilità civile nel diritto internazionale ambientale, si legga: A. CASSESE, *International law*, II ed., Oxford, 2005, pp. 499 ss.; S. BOUTILLON, *The precautionary principle: development of an international standard*, in *Michigan Journal of International Law*, 23/2002, p. 429; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale*, in L. MARINI - L. PALAZZANI (a cura di), *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto e biopolitica*, in *Quaderni della Libera Università Maria SS. Assunta LUMSA*, 3/2008, pp. 85-97, in cui l'A. definisce il principio di precauzione come un principio “metagiuridico” in quanto in grado di conciliare etica e diritto e, nell'auspicare un maggior senso etico nelle scelte individuali e collettive almeno in materia ambientale, afferma che “*sembra giunto il momento di rendersi conto che la precauzione costituisce non un atteggiamento ideologico, ma la manifestazione di un generale istinto di conservazione.*”.

⁸ Cfr. Art. 191 T.F.U.E, par. 2, (ex art. 174 Trattato CE) stabilisce che: “*La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga».*” Si veda anche la Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000 [COM (2000)] sul principio di precauzione con lo scopo di stabilire orientamenti comuni relativi all'applicazione del principio, all'analisi e alla gestione del rischio.

⁹ Occorre tener distinti i due principi nonostante entrambi agiscano in via anticipata rispetto al verificarsi di un danno. Tuttavia, mentre la prevenzione si attua in settori in cui i rischi sono noti e possono essere gestiti tramite le migliori tecniche elaborate a livello scientifico, la precauzione, al contrario, evita il verificarsi di un accadimento potenzialmente pericoloso senza, però, avere la certezza, o anche la sola probabilità, che l'evento si verifichi. Sul punto, O. PORCHIA, *Op. cit.*, p. 169, secondo la quale: “*La prevenzione differisce quindi dalla precauzione, rappresentando il fine al quale è volta la seconda che può*

correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga", i quali regolano la politica comunitaria in materia ambientale¹⁰.

Alla luce del principio di precauzione, occorre garantire e incentivare il progresso tecnologico, la scoperta scientifica e la libertà di iniziativa economica privata in un perimetro il cui limite è tracciato dalla soglia di rischio accettabile per gli eventuali danni all'ambiente o alla salute, quando la scienza non sia in grado di affermare con certezza l'inesistenza di un rischio. In concreto, l'attività di bilanciamento si traduce in una pluralità di scelte con riflessi assai rilevanti nell'ordinamento giuridico.

Invero, l'adozione di misure cautelative e precauzionali dota lo Stato di un ruolo maggiormente interventistico, in contrasto con i meccanismi di autoregolazione del mercato¹¹. Lo Stato diventa, in tal modo, il garante dell'integrità dell'ambiente e della salute umana con la conseguenza che le politiche pubbliche sono orientate concretamente a dare attuazione a tali obiettivi. Accanto, dunque, alle tradizionali funzioni di protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza, lo Stato tutela la collettività dai rischi tecnologici tramite delle scelte orientate dal principio di precauzione. Si pensi, esemplificativamente, alle

essere intesa come un mezzo". Si veda anche: F. DE LEONARDIS, *Tra prevenzione, precauzione e programmazione*, in L. GIANI - M. D'ORSOGNA - A. POLICE (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., p. 53, secondo il quale "Sebbene, quindi, non si possa negare che vi sia un pratico collegamento tra i due principi l'auspicabile differenziazione concettuale discende dal fatto che il principio di prevenzione agisce nell'ipotesi in cui i danni temuti sono certi, mentre quello di precauzione è chiamato ad operare in presenza di danni temuti, sostanzialmente potenziali. Ne deriva che il principio di precauzione, per cui la soglia di intervento dell'azione preventiva viene ulteriormente anticipata, e in misura tendenzialmente illimitata, s'iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione: la logica della precauzione è quella dell'amministrazione di rischio".

¹⁰ Art. 3-ter del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; nonché gli artt. 178-179, in tema di gestione dei rifiuti; art. 301 sulla attuazione del principio di precauzione; art. 307 sulla notificazione delle misure preventive e di ripristino; art. 308 sui costi dell'attività di prevenzione e di ripristino; art. 309 sulla richiesta di intervento statale.

¹¹ Si legga A. GRAGNANI, *Op. cit.*, pp. 12-14, in cui l'A. tratta dello "Stato costituzionale ecologico", espressione utilizzata dalla dottrina tedesca per descrivere uno Stato che ponga il principio di precauzione come un principio guida nelle scelte politiche e come un parametro delle decisioni pubbliche.

disposizioni comunitarie sulla tracciabilità e sulla etichettatura degli organismi geneticamente modificati (OGM), le quali facilitano il ritiro dal mercato dei prodotti aventi “*imprevisti effetti nocivi per la salute umana o degli animali oppure per l’ambiente*” e agevolano l’attuazione delle misure di gestione del rischio “*conformemente al principio di precauzione*”¹².

Di recente, la Corte di Giustizia – chiamata a pronunciarsi, in sede di rinvio pregiudiziale, sulla inclusione degli organismi ottenuti per mutagenesi tra quelli assoggettati alle misure precauzionali, alla valutazione del rischio e alla tracciabilità in base alla Dir. 2001/18/CE¹³ – ha qualificato come OGM gli organismi ottenuti mediante tecniche o metodi di mutagenesi anche sulla base della circostanza che “*i rischi legati all’impiego di tali nuove tecniche o nuovi metodi di mutagenesi potrebbero essere simili a quelli risultanti dalla produzione e dalla diffusione di OGM tramite transgenesi*”¹⁴ e, pertanto “*un’interpretazione...che escludesse dall’ambito di applicazione di tale direttiva [n.d.r. della Dir. 2001/18]...gli organismi ottenuti mediante tecniche o metodi di mutagenesi, senza alcuna distinzione, pregiudicherebbe l’obiettivo di tutela perseguito dalla direttiva in parola e violerebbe il principio di precauzione che essa mira ad attuare*”.

In altri termini, il legislatore comunitario, in sede di armonizzazione della materia, indica il principio di precauzione sia quale fondamento per l’elaborazione della disciplina sia quale canone interpretativo nell’attuazione della stessa.

¹² Considerando n. 3 del Regolamento (CE) n. 1830/2003 del 22 settembre 2003 concernente “*la tracciabilità e l’etichettatura di organismi geneticamente modificati e la tracciabilità di alimenti e mangimi ottenuti da organismi geneticamente modificati, nonché recante modifica della direttiva 2001/18/CE*”. Si legga F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2016, p. 1495, in cui l’A., analizzando la problematica degli OGM, afferma che: “*La protezione dell’incertezza è la «frontiera» che gli ordinamenti contemporanei si trovano a presidiare: benché (o forse proprio perché) viviamo nella società più sicura della storia dell’umanità, la soglia del livello di protezione che il diritto deve garantire si è spostata sempre più in avanti, fino a coincidere con la protezione dell’evento dannoso incerto*”.

¹³ Direttiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001 sull’emissione deliberata nell’ambiente di organismi geneticamente modificati e che abroga la direttiva 90/220/CEE del Consiglio.

¹⁴ C. giust. UE, 25 luglio 2018, *Confédération paysanne e a.*, C-528/16.

L'acquisita sensibilità alla tutela dell'ambiente e della salute umana – oltre ad ampliare le funzioni statali – ha effetti anche nei rapporti interstatuali. In effetti, la fissazione di soglie di rischio nei vari settori è una prerogativa del legislatore; tuttavia, facendo ricorso, spesso, a concetti giuridici indeterminati e alle fonti regolamentari – per garantire una disciplina mutevole e continuamente adeguata al progresso tecnologico – le sfere di competenza del legislatore e dell'amministrazione si sovrappongono.

Talvolta, infatti, è l'amministrazione che, in applicazione delle formule legislative o in assenza delle stesse, è tenuta a effettuare in concreto la valutazione del rischio che giustifica l'adozione di misure precauzionali limitative delle attività commerciali ovvero l'attribuzione di provvedimenti favorevoli in capo ai privati. La giurisprudenza comunitaria, a partire dal caso *National Farmers Union* sulla questione della mucca pazza¹⁵, ha valorizzato la fondamentale importanza della fase di valutazione del rischio e della necessità di una adeguata istruttoria per la adozione della misura precauzionale. La necessità di svolgere una approfondita istruttoria, tramite il supporto di esperti tecnici, certamente legittima le scelte della amministrazione nei singoli casi, ma, al contempo, dota la amministrazione di un potere di programmazione e pianificazione in grado di limitare le attività dei privati che, dunque, deve essere attentamente utilizzato per evitare di sconfinare in una violazione ingiustificata del principio di proporzionalità e di libertà dell'iniziativa economica privata.

Oltre a ciò, la redazione di atti normativi che includano dei concetti connotati da incertezza scientifica, pone problemi di difficile risoluzione sul piano giurisdizionale; i giudici, infatti, sono chiamati a bilanciare interessi costituzionalmente tutelati valutando, caso per caso, quali debbano prevalere e, quindi, eventualmente, cosa si debba intendere per “soglia di rischio

¹⁵ C. giust. UE, 5 maggio 1998, *National Farmers Union*, C-157/1996, nella quale la Corte ha ritenuto conforme e adeguata al principio di precauzione la misura, adottata dalla Commissione, del divieto di esportazione dal Regno Unito della carne bovina contaminata da encefalopatia spongiforme bovina, in assenza di un rischio certo sul collegamento con la malattia di *Creutzfeldt-Jakob*, proprio in virtù della preventiva e seria istruttoria svolta dal comitato scientifico veterinario e del comitato veterinario permanente.

accettabile” che, qualora superata, può, tra l’altro, consentire l’imputazione o meno della responsabilità in capo ad un soggetto¹⁶.

¹⁶ Sul bilanciamento dei diversi principi costituzionali, C. cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *giurcost.org*, sul “caso Ilva”, ove la Corte afferma che: “*La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*”. Si veda anche C. cost., 16 marzo 1990, n. 127 in tema di tutela preventiva contro l’emissione di sostanze pericolose e inquinanti e al concetto di “soglia di tollerabilità” delle emissioni, in cui la Corte ha affermato che “*il condizionamento al costo non eccessivo dell’uso della migliore tecnologia disponibile va riferito al raggiungimento di livelli inferiori a quelli compatibili con la tutela della salute umana [...]*” e che “*i limiti massimi di emissione fissati dall’autorità [debbono essere] rispettosi della tollerabilità per la salute dell’uomo e per l’ambiente. In ipotesi, però, che seri dubbi sorgano, particolarmente in relazione al verificarsi nella zona di manifestazioni morbose attribuibili all’inquinamento atmosferico, egli ben può disporre indagini scientifiche atte a stabilire la compatibilità del limite massimo delle emissioni con la loro tollerabilità, traendone le conseguenze giuridiche del caso*”. Si leggano, altresì, C. cost., 19 giugno 2002, n. 282 in tema di pratiche terapeutiche e stato delle conoscenze scientifiche; C. cost., 24 ottobre 2005, n. 406 in tema di sospensione della campagna di profilassi contro la febbre catarrale degli ovini (la c.d. *blue tongue*) in cui la Corte sottolinea che il principio di precauzione è “*un criterio direttivo che deve ispirare l’elaborazione, la definizione e l’attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base di dati scientifici sufficienti e attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività, ma non può certo essere addotto dai destinatari di una normativa comunitaria ad esso ispirata per negarne attuazione*”; C. cost. 7 ottobre 2003, n. 307, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1365 e C. cost. 7 novembre 2003, n. 331, *ibidem*, p. 1364, in tema di inquinamento elettromagnetico; C. cost. 4 aprile 2005, n. 150 in *Foro it.*, 2005, I, c. 1645, in tema di OGM. Per un approfondimento della giurisprudenza costituzionale in materia di precauzione si rinvia a: M.G. STANZIONE, *Principio di precauzione, tutela della salute e responsabilità della P.A. Profili di diritto comparato*, in www.comparazionedirittocivile.it, settembre 2016.

2. Legalità e discrezionalità nell'esercizio concreto del potere amministrativo a tutela di interessi pubblici primari

La sovrapposizione delle sfere di competenza tra legislatore e amministrazione – fisiologicamente determinata dall'incertezza nella quale si inserisce il principio di precauzione – rischia di confliggere con il principio di legalità posto a fondamento dell'azione amministrativa, in virtù del quale i connotati e i contenuti del potere sono stabiliti dalla norma attributiva dello stesso. Sarebbe, tuttavia, utopico e inopportuno auspicare una disciplina normativa omnicomprensiva e puntuale in ambiti connotati da una costante variabilità delle situazioni di fatto e dalla conseguente imprevedibilità degli effetti. Residua, pertanto, un margine di discrezionalità in capo alla Pubblica Amministrazione. La discrezionalità amministrativa, intesa, in senso tradizionale, quale ambito di scelta che la norma rimette all'amministrazione per l'individuazione della soluzione migliore, tra quelle consentite, per curare nel caso concreto l'interesse pubblico, non può non considerare il principio di precauzione, come riferimento per il perseguimento dell'interesse pubblico primario¹⁷.

Oltre a ciò, il principio di precauzione rileva sotto altro profilo: nei settori caratterizzati da incertezza scientifica, la norma attributiva del potere ricorre all'utilizzo di concetti giuridici indeterminati – in particolare ai c.d. concetti empirici o descrittivi (*empirische Begriffe*) – che involgono giudizi di

¹⁷ Sulla discrezionalità amministrativa, *ex multis*: M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 480, ove l'A. afferma che “*La scelta dell'autorità amministrativa spazia in un ambito circoscritto da norme: quando l'amministrazione agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata: dev'essere la più opportuna in ordine ad un pubblico interesse nel caso concreto*”; *Id.*, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, pp. 81 ss.; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 65 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 4/1983, pp. 371-445; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 4/1984, pp. 463-530; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2000, pp. 1045 ss.; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. Dir.*, Ann. II, 2, Milano, 2008, pp. 471-491.

carattere tecnico e scientifico sindacabili dal giudice amministrativo, non solo tramite il c.d. sindacato estrinseco o debole, ma anche sotto il profilo della attendibilità e della correttezza del criterio tecnico utilizzato¹⁸. Il parametro dell'attendibilità – distinto rispetto alla condivisibilità – potrebbe costituire proprio il nucleo del principio di precauzione. In altri termini, il giudice, in sede di verifica dell'operato della pubblica amministrazione, nell'applicazione del concetto giuridico indeterminato potrebbe valutare se quest'ultima abbia qualificato il concetto indeterminato alla luce delle indicazioni precauzionali di valutazione del rischio¹⁹.

Appare utile, allora, individuare i canoni di tale valutazione. La Comunicazione della Commissione Europea del 2001 sul principio di precauzione precisa che l'intervento è giustificato solo quando sia prospettabile un rischio potenziale, escludendo qualsiasi tipo di decisione arbitraria. Al fine di evitare l'arbitrarietà, sono poste alcune condizioni che devono sussistere cumulativamente, ossia l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi, la valutazione dei dati disponibili e l'ampiezza dell'incertezza scientifica. Il rischio è potenziale anche quando non può essere interamente dimostrato, o la sua portata quantificata o i suoi effetti determinati per l'insufficienza

¹⁸ Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, coll. 9 e segg., con nota di A. TRAVI; D. DE PRETIS, *Discrezionalità e ambiente*, in D. DE CAROLIS - E. FERRARI - A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Milano, 2006, p. 456, nella quale l'A. ritiene che “la definizione del fatto (verificandosi il quale va assunto un determinato comportamento) non si presenta affatto semplice. Anche in quell'operazione di determinazione della fattispecie concreta prevista in via astratta dalla norma, gli apprezzamenti che l'Amministrazione è chiamata a compiere possono essere e assai spesso sono, a loro volta, alquanto opinabili. Ed anche quando importa l'applicazione di regole proprie di scienze e di tecniche, per le ragioni di incertezza [...] (complessità del quadro normativo di riferimento, ampio utilizzo di principi e nozioni fortemente imprecisi, il carattere opinabile delle stesse risultanze scientifiche), l'operazione di applicazione della norma presenta elementi di forte soggettività”.

¹⁹ M. ANTONIOLI, *Op. cit.*, p. 75, in relazione al controllo debole o estrinseco del giudice amministrativo in sede di controllo sull'apprezzamento e sulla ricostruzione dei fatti storici, nonché sull'atteggiamento di *self-restraint* della Corte di Giustizia nella valutazione dell'esercizio della discrezionalità nell'ambito del principio di precauzione.

o il carattere non concludente dei dati scientifici²⁰. Se portato alle estreme conseguenze, il principio di precauzione imporrebbe a monte al legislatore di vietare lo svolgimento di attività caratterizzate da rischi probabili ma non scientificamente provati. Una lettura estrema del principio, tuttavia, sarebbe errata e, probabilmente, la legislazione su di essa ispirata sarebbe tacciata da un profilo di illegittimità costituzionale, in quanto in contrasto con il principio costituzionale di promozione della ricerca scientifica e tecnica.

3. Pericolo e rischio nel principio di precauzione

Occorre, pertanto, tentare di precisare i concetti considerati e tenere distinti il concetto di pericolo e quello del rischio di verifica dell'evento²¹: il *pericolo* è una condizione valutabile in base a delle regole tecniche e scientifiche e attiene alla possibilità di avveramento di un evento e al grado di probabilità del suo verificarsi; il *rischio* è una condizione che, indipendentemente dalla sua connotazione, attiene al potenziale danno e, quanto al principio di precauzione, riguarda la possibile compromissione di beni primari, ancorché in modo, tempo e dimensioni non prevedibili.

Possono, tuttavia, individuarsi differenti categorie di rischio giuridicamente rilevanti.

²⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2001, COM/2000/0001, par. 5.1.

²¹ Per una ricostruzione della dottrina tedesca sul punto, A. GRAGNANI, *Op. cit.*, pp. 17-18, tratta del principio di difesa dai pericoli (c.d. *Gefahrenabwehrprinzip*) in base a cui “*Lo Stato ha il potere di intervenire, eventualmente con la limitazione di altre situazioni giuridiche soggettive, per la prevenzione di eventi dannosi in presenza di una situazione di pericolo (c.d. Gefahr). [...] Il principio di precauzione dal rischio, Risikovorsorge, può allora legittimare l'intervento dello Stato quando la situazione di pericolo non si è ancora realizzata, ma esiste il rischio della sua insorgenza, situazione descritta come «non-ancora-pericolo», (Noch-nicht-Gefahr)*”. Molteplici sono le definizioni e gli ambiti dai quali queste sorgono; in tema di sicurezza sul lavoro, ad esempio, si definisce pericolo (art. 2, n.1, lett. r) del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) la “*proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni*” e rischio (art. 2, n.1, lett. s) del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) la “*probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alle loro combinazioni*”.

I rischi *certi* hanno un fondamento scientifico, che accerta inequivocabilmente la connessione degli stessi con un eventuale evento. Tale certezza impone al legislatore di individuare delle misure di prevenzione che qualsiasi operatore o altro soggetto è tenuto a rispettare per svolgere un certo tipo di attività.

Esistono, inoltre, i rischi *residuali*, che sono considerati di lieve entità per la collettività e, dunque, devono essere sopportati, qualora le attività idonee a causarli siano svolte nel rispetto di *standard* fissati legislativamente.

Infine, vi sono i rischi *incerti*, la cui esistenza non è scientificamente provata, ma, allo stesso tempo, non è ragionevolmente escludibile.

Di recente, il Tribunale dell'Unione Europea – nell'ambito di un ricorso per annullamento – si è pronunciato sul divieto di uso e di vendita di sementi trattate con prodotti fitosanitari contenenti la sostanza attiva fipronil e sulle condizioni di approvazione della sostanza stessa²². Il Tribunale ha individuato la caratterizzazione del rischio nella “*stima qualitativa e/o quantitativa, tenendo conto delle inerenti incertezze, delle probabilità, della frequenza e della gravità degli effetti negativi sull'ambiente o sulla salute, conosciuti o potenziali, che possono verificarsi*” e ha ribadito che “*la valutazione scientifica dei rischi non deve obbligatoriamente fornire alle istituzioni prove scientifiche decisive sull'effettività del rischio e sulla gravità dei potenziali effetti nocivi in caso di avveramento di tale rischio*”. Il principio di precauzione si inserisce in ambiti di incertezza scientifica e “*l'adozione di una misura preventiva o, al contrario, la sua revoca o riduzione non può essere subordinata alla prova dell'assenza di qualsiasi rischio in quanto una siffatta prova è di regola impossibile da fornire dal punto di vista scientifico, giacché un livello di rischio zero in pratica non esiste*”²³.

Dopo aver stabilito il livello di rischio giudicato inaccettabile per la società, la pubblica autorità competente è tenuta a gestire

²² Trib. UE, sez. I, 17 maggio 2018, *BASF Agro BV e a. v. Commissione europea*.

²³ *Id.*, par. 65; Trib. UE, sez. II, 21 ottobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals v. Consiglio*, T-392/02, par. 130; Trib. UE, sez. III, 11 settembre 2002, *Pfizer Animal Health SA v. Consiglio*, T-13/99, par. 145; Trib. UE, sez. III, 11 settembre 2002, *Alpharma Inc. v. Consiglio*, T-70/99, par. 158.

il rischio stesso in base al mutamento delle circostanze fattuali nel corso del tempo e all'evoluzione scientifica, effettuando un confronto tra le conseguenze positive o negative più probabili dell'azione prevista, sia in base ad un'analisi economica costi/benefici, sia in base ad altri metodi, quali, a titolo esemplificativo, l'efficacia delle opzioni possibili alla loro accettabilità da parte della popolazione. Nel caso citato, il Tribunale dell'Unione Europea ha ritenuto violato il principio di precauzione sul presupposto che la Commissione Europea non avesse effettuato un'analisi di impatto delle misure restrittive di uso e di vendita dei prodotti fitosanitari contenenti la sostanza attiva fipronil, sulla base della motivazione che il "livello politico", ossia il collegio dei commissari, fosse già consapevole dell'analisi effettuata sui neonicotidoini ai fini di una precedente decisione. Secondo il Tribunale, invero, la mancata valutazione di impatto ha violato anche il principio di proporzionalità in quanto il potere ampiamente discrezionale della Commissione riconosciuto in tale ambito ha come necessario corollario l'analisi di tutte le informazioni pertinenti, a maggior ragione nel caso in cui l'amministrazione adotti, sulla base del principio di precauzione, provvedimenti restrittivi dei diritti degli interessati, non sulla base di una certezza, ma sulla base dell'incertezza. Dunque, *"se l'amministrato deve sopportare il fatto che una attività economica possa essergli vietata, quando non è nemmeno certo che essa comporti un rischio inaccettabile, deve almeno essere imposto all'amministrazione di calcolare pienamente, per quanto possibile, le conseguenze della sua azione rispetto alle possibili conseguenze della sua inazione, per i diversi interessi in gioco"*²⁴.

In altra sede, invece, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha confermato la validità della disposizione recante il divieto della vendita del tabacco per uso orale²⁵, ritenendo tale misura conforme al principio di proporzionalità sulla base del

²⁴ Trib. UE, sez. I, 17 maggio 2018, *BASF Agro BV e a. v. Commissione europea*, par. 170.

²⁵ Art. 1, lett. c) e art. 17 della Direttiva 2014/40/UE del 3 aprile 2014 *"sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE"*.

principio di precauzione²⁶. Secondo la Corte, gli effetti positivi per la salute dei consumatori – nell'utilizzo del tabacco per uso orale come aiuto nella disassuefazione – derivanti dalla revoca del divieto di immissione sarebbero incerti e vi sarebbero, comunque, ulteriori rischi per la salute dei consumatori più giovani. Pertanto, in virtù della valutazione della Commissione sulla base degli studi scientifici²⁷, la misura estrema del divieto di vendita non può essere considerata manifestamente inadeguata a garantire un elevato livello di salute pubblica e non è sproporzionata rispetto all'obiettivo di garantire il buon funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e l'elevato livello di protezione della salute umana.

Le incertezze che giustificano l'applicazione del principio di precauzione non sembrano riguardare esclusivamente gli effetti nocivi in sé di un prodotto, bensì anche gli effetti nocivi derivanti dalla sua immissione in commercio.

La discrezionalità del legislatore nell'utilizzo del principio di precauzione consente allo stesso, dunque, di adottare misure restrittive in caso di incertezza sulla portata o sulla esistenza di un rischio, nonché di adottare o di revocare le misure restrittive in relazione all'impatto che le stesse potrebbero avere sul mercato nei termini di potenziale lesione di interessi primari.

La discrezionalità della Amministrazione pubblica deve essere esercitata attraverso un'analisi – il più completa possibile – dei dati scientifici disponibili al fine di adottare le misure

²⁶ C. giust. UE, 22 novembre 2018, *Swedish Match AB v. Secretary of State for Health*, C-151/17.

²⁷ *Id.*, par. 41-42: “*In particolare essa ha esaminato la possibilità di revocare il divieto d'immissione sul mercato di prodotti del tabacco per uso orale alla luce dei nuovi studi scientifici riguardanti la dannosità per la salute di tali prodotti e dei dati relativi alle abitudini di consumo dei prodotti del tabacco nei paesi che consentono la commercializzazione dei prodotti del tabacco per uso orale. [...] A tale riguardo, la Commissione ha rilevato anzitutto che, anche se, in base a studi scientifici, i prodotti del tabacco non da fumo risultano meno pericolosi per la salute rispetto a quelli da fumo, resta il fatto che tutti i prodotti del tabacco non da fumo contengono sostanze cancerogene, che non è scientificamente dimostrato che la dose di tali agenti cancerogeni nei prodotti del tabacco per uso orale sia tale da diminuire il rischio di cancro, che gli stessi aumentano il rischio di infarto del miocardio fatale e che, secondo talune indicazioni, il loro utilizzo sarebbe associato a complicazioni durante la gravidanza*”.

maggiormente affidabili e strettamente necessarie nel rispetto del principio di proporzionalità.

L'ampiezza della discrezionalità dell'Amministrazione è stata, di recente, affermata in materia di VIA da parte del giudice amministrativo, secondo il quale il giudizio di valutazione di impatto ambientale *“non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica tout court sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta, al contempo, profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti [...] con la conseguenza che le scelte effettuate dall'Amministrazione si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo ogniqualvolta le medesime non si appalesino come manifestamente illogiche o incongrue”*²⁸. Il giudice fornisce una lettura del principio di precauzione quale canone esegetico flessibile che *“non può, però, mai legittimare un'interpretazione delle disposizioni normative, tecniche ed amministrative vigenti in un dato settore tale da dilatarne il senso fino a ricomprendervi vicende non significativamente pregiudizievoli, né condurre automaticamente a vietare ogni attività che, in via di mera ipotesi, si assuma foriera di eventuali rischi per la salute delle persone e per l'ambiente, privi di ogni riscontro oggettivo e verificabile, richiedendo esso stesso una seria e prudentiale valutazione, alla stregua dell'attività che potrebbe ipoteticamente presentare dei rischi, valutazione consistente nella formulazione di un giudizio scientificamente attendibile”*.

²⁸ TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 26 novembre 2018, n. 11460; sul giudizio di compatibilità ambientale di progetti per la costruzione di nuovi impianti per la produzione di energia, TAR Lazio, Roma, sez. I, 03 giugno 2015, n. 7782, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2015, 4, I, p. 793; sul parametro della distanza dai luoghi sensibili nell'ambito della valutazione dell'esposizione ai campi elettromagnetici, TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 novembre 2017, n. 11342, in *Foro Amministrativo (II)*, 2017, 11, p. 2316.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 01 giugno 2018, n. 6136; in materia di discrezionalità tecnica dell'AIFA sulla inclusione di un farmaco nella c.d. lista 648, TAR Lazio, Roma, sez. III, 14 ottobre 2015, n. 11655, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2016, 1, p. 93.

4. Brevi considerazioni conclusive

In conclusione, la breve disamina del tema consente di rilevare che le origini storiche e teoriche del principio di precauzione possono farsi risalire alla acquisita sensibilità nazionale e sovranazionale in relazione a tematiche di interesse generale quali, ad esempio, l'ambiente e il suo rapporto con la salute umana, analizzate di pari passo con lo sviluppo e la continua evoluzione delle moderne società industrializzate.

L'evoluzione della società, della scienza e della tecnologia ha mutato il ruolo del diritto nel bilanciamento tra interessi confliggenti tra i quali, da un lato il progresso e la ricerca scientifica, dall'altro la salute umana e l'ambiente. Inoltre, l'enucleazione di nuovi diritti della personalità tramite una lettura costituzionalmente orientata di norme costituzionali e principi generali, ha consentito di ampliare la tutela a posizioni giuridiche soggettive prima sconosciute, come la tutela della salubrità dell'ambiente.

Tra le ragioni della maggiore attenzione alle problematiche ambientali, nonché a quelle inerenti alla tutela della salute nel settore farmaceutico ed alimentare, si può annoverare la crescente consapevolezza che le conseguenze delle attività economiche di singoli operatori del mercato, saltuariamente ovvero regolarmente praticate, potrebbero potenzialmente causare gravi danni assai estesi in senso spaziale e temporale e, peraltro, riconoscibili solo dopo un lungo lasso di tempo grazie al progresso scientifico.

Dunque, la necessità di evitare la verifica di eventi con conseguenze talvolta irreversibili per l'ambiente e la salute umana, ha ingenerato nelle autorità pubbliche un atteggiamento estremamente garantistico. Così, i principi che ispirano le disposizioni ambientali, farmaceutiche ed alimentari sono improntati a un'anticipazione della soglia di tutela del rischio.

Il diritto, quale strumento volto a regolare fenomeni che nel corso del tempo si manifestano nella realtà sociale, si trova ad affrontare situazioni nelle quali il rischio è, in base alle conoscenze scientifiche, incerto nel suo verificarsi e nelle sue conseguenze.

Se il rischio, tuttavia, è potenzialmente suscettibile di ledere diritti fondamentali della persona e della collettività, il legislatore

è tenuto, in quanto soggetto politicamente responsabile, a scegliere l'atteggiamento da assumere nel bilanciamento di interessi contrapposti. È evidente che la necessità di non limitare eccessivamente le attività economiche e quelle socialmente utili, non possa pregiudicare i diritti fondamentali dell'uomo e, pertanto, una regolazione dello svolgimento delle attività pericolose/rischiose e delle soglie di rischio sopportabili dalla collettività è fondamentale.

Una volta acquisita la consapevolezza della doverosità dell'intervento politico per la protezione di interessi irrinunciabili, si è rilevato che, concretamente, le sfere legislative e amministrative, sia a livello nazionale, sia a livello comunitario, spesso si sovrappongono e, di conseguenza, occorre individuare se e in che termini possa essere esercitata l'attività amministrativa conformemente al principio di legalità.

Quanto esposto nell'ambito dell'elaborato pare condurre ad una possibile conclusione circa il dubbio sulla compatibilità tra principio di precauzione e principio di legalità nel concreto esercizio dell'attività amministrativa: esso può essere positivamente risolto solo a condizione che la pubblica amministrazione fondi effettivamente le proprie scelte precauzionali su una accurata analisi dei dati scientifici, i più completi e aggiornati possibile, affinché la scelta finale – indipendentemente dal grado di condivisione nel merito – sia adeguatamente proporzionata all'obiettivo pubblico primario da raggiungere. In tale contesto, appare evidente l'opportunità di una disciplina legislativa che risulti sul tema del rischio (e non del pericolo) più precisa e che individui gli spazi di azione della pubblica amministrazione e degli operatori del mercato in maniera dettagliata, sia pure adeguatamente flessibile in ragione delle evoluzioni scientifiche. A tal fine, il legislatore dovrebbe individuare un punto di equilibrio, inevitabilmente dinamico, tra interessi contrastanti, in base alla ponderazione degli interessi costituzionalmente rilevanti e alla luce dei dati scientifici esistenti. Il punto di equilibrio dovrebbe, pertanto, essere inteso come un limite della discrezionalità amministrativa, al fine di evitare che il principio di precauzione sia utilizzato come grimaldello per incidere sulla tutela sostanziale dei beni giuridici, a scapito delle esigenze di certezza del diritto.

Posto, inoltre, che la discrezionalità amministrativa si manifesta nella possibilità di scegliere se e come adottare una misura precauzionale, eventualmente limitativa dei diritti individuali per la tutela preminente degli interessi pubblici, al fine di rispettare il principio di legalità dell'azione amministrativa sarà fondamentale una approfondita attività istruttoria preventiva tramite una valutazione del rischio operata da esperti tecnici indipendenti e fondata su dati scientifici che, seppur non in maniera univoca, consentano ragionevolmente di individuare dei rischi potenzialmente idonei a ledere interessi primari, anche attraverso la prefigurazione dei possibili scenari dovuti alla adozione o alla mancata adozione di una misura precauzionale. Il preminente rilievo riconosciuto al fondamento scientifico del rischio, che legittima le decisioni precauzionali delle amministrazioni nei casi concreti, consente di escludere la possibilità di adozione di misure fondate sul principio di precauzione in tutti quei casi nei quali il rischio sia solamente percepito, ma non trovi effettivo riscontro negli studi della comunità scientifica. L'esito delle valutazioni effettuate dalla amministrazione trova la sua collocazione nella motivazione, contenente anche la descrizione dell'iter logico condotto per giungere alla scelta finale tra le varie (se presenti) alternative²⁹. Attraverso, dunque, la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, soprattutto a mezzo di una fase istruttoria molto dettagliata, si tenta di colmare il *deficit* di legalità sostanziale e, nella eventuale fase giurisdizionale, la carenza di adeguata

²⁹ F. DE LEONARDIS, *Op. cit.*, p. 67 secondo il quale l'art. 301 del d.lgs. 152/2006, nel prevedere espressamente che il rischio probabile è quello accertato come tale a seguito di una valutazione scientifica obiettiva, ha codificato gli esiti della giurisprudenza comunitaria, individuando un "decalogo" della precauzione: "1) si deve sempre partire dai dati tecnico-scientifici disponibili; 2) i risultati da cui si parte devono essere recenti e devono essere rivisti assai spesso; 3) gli organi che si pronunciano sul rischio devono essere tecnicamente competenti (eccellenza dell'organo tecnico); 4) gli organi tecnici devono essere indipendenti (indipendenza dell'organo tecnico); 5) vi deve essere un numero ragionevole di pareri tecnico-scientifici; 6) per la decisione dell'organo tecnico collegiale non vale il principio della maggioranza; 7) l'onere della prova in ordine al rischio spetta alla p.a.; 8) bisogna svolgere un'analisi costi benefici; 9) la misura deve essere proporzionata; 10) la motivazione deve dare ampio conto di quanto innanzi espresso. Tale decalogo costituisce una sorta di test a cui devono essere sottoposti tutti gli atti di valutazione del rischio".

istruttoria potrebbe configurare un vizio di eccesso di potere sotto il profilo del mancato approfondimento istruttorio, sintomatico di una disfunzione amministrativa³⁰.

Il rapporto tra scienza e diritto necessita, dunque, di essere improntato al costante dialogo con particolare attenzione al campo dell'ignoto scientifico e tecnologico al fine di garantire che le tecniche di valutazione dei rischi ad opera della amministrazione, oltre ad essere rispettose della legalità sostanziale, siano anche efficaci nella tutela di interessi primari.

³⁰ Da ultimo, Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 2019, n. 983, in tema di rilascio della autorizzazione integrata ambientale per la realizzazione di un impianto di smaltimento e di recupero di rifiuti pericolosi e non pericolosi, nella quale il Consiglio di Stato ha affermato che: *“Il principio di precauzione è stato correttamente applicato e bilanciato con quello di proporzionalità: la necessità dell'approfondimento istruttorio non è una misura né eccessiva né sproporzionata rispetto all'effetto utile che si intende perseguire (l'esercizio dell'attività economica in condizioni di sicurezza per l'ambiente e per la salute delle persone), ma è anzi la soluzione più appropriata e commisurata al grado di pericolo per i rischi per la salute delle persone che abitano o lavorano nelle immediate vicinanze. [...] Pertanto, malgrado vada confermato che – in linea di principio – nell'ambito del procedimento per il rilascio dell'AlA (o di VIA) non è obbligatorio procedere alla valutazione di incidenza sanitaria, va tuttavia ribadito che è necessario procedervi quando le concrete evidenze istruttorie dimostrino la sussistenza di un serio pericolo per la salute pubblica. L'Amministrazione che in tali casi non la effettui incorre, pertanto, nel tipico vizio dell'eccesso di potere sotto il profilo del mancato approfondimento istruttorio, sintomatico della disfunzione amministrativa”*.

LA CONOSCENZA E LA CONOSCIBILITÀ DEL
PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO E
DELLA SUA INVALIDITÀ, AI FINI DELLA
DECORRENZA DEL TERMINE DECADENZIALE
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO:
EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE*

LORENZO MARIA CIOCCOLINI

SOMMARIO: 1. Premessa: le ragioni dell'attualità di una nuova riflessione sulla decorrenza del termine decadenziale nel processo amministrativo. – 1.1. La legittimità costituzionale del termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria per lesione di interesse legittimo. – 1.2. La decorrenza del termine di impugnazione nel caso eccezionale del controverso art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. – 1.3. Individuazione delle tematiche oggetto di trattazione. – 2. Brevi cenni sull'istituto della decadenza nella tradizione civilistica: elementi distintivi. – 2.1. (segue) La determinazione del *dies a quo* della decadenza processuale civile. – 3. L'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine decadenziale dell'azione di annullamento; le criticità dettate dall'equivalenza tra conoscenza del provvedimento e della sua invalidità e dalla nozione di c.d. piena conoscenza. – 4. La c.d. "piena conoscenza" del provvedimento amministrativo, ovvero la conoscenza dei suoi elementi essenziali (cenni storici). – 5. I contributi della giurisprudenza europea sul concetto di piena conoscenza del provvedimento amministrativo: l'elemento motivazionale quale elemento "essenziale" (necessario), ma anche sufficiente. – 6. L'accoglimento del Giudice interno dei principi europei: il superamento (o la rottura) dell'equivalenza tra conoscenza del provvedimento e conoscenza (o conoscibilità) della sua illegittimità.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

Abstract: The article deals with the recent judgment of the Constitutional Court (ruling No. 94/2017) – concerning the period of limitation for damages of legitimate interest, as well as the problem of the expiration of the term of appeal from the actual knowledge of the tender documentation according to the art. 120, paragraph 2 *bis*, c.p.a., as interpreted by the Administrative Judge. The author analyzes a problem still existing, i.e. the notion of knowledge and knowability of the administrative provision and its invalidity, for the purposes of the start of the term of appeal of administrative measures, as well as, for the admissibility of the (alternative) action for damages.

1. Premessa: le ragioni dell’attualità di una nuova riflessione sulla decorrenza del termine decadenziale nel processo amministrativo

Alcune novità intervenute sul tema del termine di decadenza nel processo amministrativo offrono lo spunto per tornare, seppure brevemente, ad effettuare una indagine più ampia sull’istituto decadenziale applicato al processo amministrativo.

1.1. La legittimità costituzionale del termine di centoventi giorni per la proposizione dell’azione risarcitoria per lesione di interesse legittimo

La prima di queste novità, è la, ormai ampiamente nota, sentenza della Corte Costituzionale, 10 maggio 2017, n. 94, con la quale è stata decisa la questione di legittimità costituzionale dell’art. 30, comma 3, del Codice del Processo Amministrativo, che assoggetta ad un termine decadenziale di 120 giorni l’azione per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo. La Corte Costituzionale, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, ha osservato che *“il termine di centoventi giorni ... di per sé ed in assenza di problemi legati alla conoscibilità dell’evento dannoso, non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti”*.

L’asserzione della Corte costituzionale, nella sua assolutezza, sembra non avere tenuto nella giusta considerazione

una tematica tipica e centrale nella dinamica del processo amministrativo: la conoscibilità dell'evento dannoso (cioè, la conoscibilità del provvedimento amministrativo illegittimo produttivo del danno ingiusto), secondo le regole pretorie che governano il processo amministrativo, non equivale ad effettiva conoscenza o conoscibilità del provvedimento amministrativo integralmente inteso, né, tantomeno, ad effettiva conoscenza o conoscibilità della sua invalidità. Ciò può determinare l'impossibilità (o l'eccessiva difficoltà) per l'interessato di tutelare un proprio diritto, posto che egli potrebbe non essere consapevole di avere subito un danno ingiusto (cioè, di essere stato destinatario di un provvedimento amministrativo illegittimo causativo del danno-evento) e, quindi, lo stesso, oltre a non avere avuto la possibilità di attivare una tutela di tipo costitutivo (azione di annullamento), si troverà nella situazione di perdere anche la possibilità di attivare tempestivamente un rimedio di tipo alternativo, quale è l'azione risarcitoria.

1.2. La decorrenza del termine di impugnazione nel caso eccezionale del controverso art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.

Altro tema di recente dibattito è il disposto dell'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a.¹, il quale ha previsto la regola peculiare per la quale il termine di impugnazione decorre dalla pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente della stazione appaltante. La norma infatti ha determinato l'insorgenza di un contrasto giurisprudenziale che si fonda essenzialmente sulla portata derogatoria o meno di tale regola rispetto a quella generale, secondo la quale il termine di impugnazione decorre dalla conoscenza effettiva dell'esistenza del provvedimento amministrativo e del suo carattere lesivo: in qualunque modo questa conoscenza sia stata acquisita (la c.d. equipollenza) e a

¹ Ai fini della trattazione non è di interesse il tema della nota avvenuta introduzione di una presunzione assoluta di interesse ad agire sulla quale pendono ben tre rimessioni a Corti superiori, ovvero due rimessioni per questioni di legittimità in Corte costituzionale (ordinanza del TAR Puglia, sez. III, 20 giugno 2018, n. 903; *id.*, 20 luglio 2018, n. 1097) e un rinvio pregiudiziale in Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza del TAR Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88).

prescindere dall'effettiva conoscenza o conoscibilità delle motivazioni sottese al provvedimento.

1.3. Individuazione delle tematiche oggetto di trattazione

Sulla base di queste premesse di individuazione dell'attualità del tema in questione, il presente scritto si articolerà in una breve ricostruzione dell'istituto decadenziale secondo la tradizione civilistica, con un approfondimento della giurisprudenza della Corte di Cassazione circa l'individuazione del termine di decorrenza della decadenza processuale, per poi passare alla individuazione dei temi principali (ovvero, la nozione di c.d. piena conoscenza del provvedimento amministrativo e l'equiparazione tra conoscenza e conoscibilità dei vizi dello stesso) e ad una loro indagine storica, concludendosi con l'illustrazione delle novità interpretative portate dalla giurisprudenza europea e del tipo di accoglimento offerto dal Giudice Amministrativo interno.

2. Brevi cenni sull'istituto della decadenza nella tradizione civilistica: elementi distintivi

La decadenza² trova il suo fondamento nel concetto di c.d. auto-responsabilità: il mancato adempimento di un onere (nella

² I. MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano: studio critico-ricostruttivo-esegetivo della decadenza nel suo parallelismo con la prescrizione*, Torino, I e III, 1906; A. TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1955, pp. 112-116; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale: codici e legislazione complementare*, Milano; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983; A. MAGAZZÙ - G. SABATINI, voce *Decadenza*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, V, 1960; A. LION, voce *Decadenza*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1911, pp. 426-427; F. SANTORO PASSARELLI, *Prescrizione e decadenza*, *Riv. dir. civ.*, 1926, pp. 556 ss.; V. TEDESCHI, *Ancora sulla distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, *Foro civ.*, 1950, pp. 242 ss.; G. AZZARITI - G. SCARPELLO, *Decadenza*, in *Commentario del Codice Civile*, A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, VI, 1953, pp. 670 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali*, in *Istituzione di diritto civile*, Napoli, pp. 104 ss.; C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, Torino, seconda ed., 1985; G. MOLFESE, *Prescrizione e decadenza in materia civile*, Milano, 2005; A. BATÀ, *La*

specie, il compimento di un'azione entro un termine certo) determina la perdita di una situazione giuridica soggettiva, essendo irrilevante l'eventuale ricorrere di elementi soggettivi del titolare del diritto (c.d. auto-responsabilità obiettiva) come possibili cause ostative od impeditive al verificarsi della decadenza (differenza non di funzione, ma di fondamento rispetto all'analogo istituto della prescrizione). La decadenza può essere impedita esclusivamente mediante l'esercizio dell'azione prevista dalla legge (o dal contratto) entro il termine predeterminato, azione che è connotata dai requisiti dalla specificità e della infungibilità. Il mancato, inesatto o tardivo (rispetto ad un termine predeterminato) compimento di quella precisa azione comporta la perdita del diritto (salvo il riconoscimento del diritto disponibile).

2.1. (segue) La determinazione del *dies a quo* della decadenza processuale civile

Il termine decadenziale per l'esercizio di una azione giurisdizionale, può prestarsi come particolarmente problematico laddove la sua decorrenza non sia immediatamente ricollegabile ad un fatto oggettivo e certo (cioè, facilmente riconoscibile dall'esterno, sia in ordine al suo accadimento, che in ordine alla sua sicura cognizione da parte del potenziale attore). La giurisprudenza civile ha avuto modo di occuparsi di tale specifica problematica e di seguito si concentrerà l'attenzione sul Diritto Vivente formatosi relativamente ai casi più frequenti e rilevanti, al fine di ottenere un termine di paragone e raffronto con gli analoghi problemi che si pongono ordinariamente in sede processual-amministrativa.

Il primo caso interessante che merita di essere analizzato è senz'altro quello relativo all'azione di responsabilità nei confronti dell'appaltatore per la rovina e i difetti di cose immobili, ai sensi dell'art. 1669 c.c. La norma citata, come noto, prescrive che l'appaltatore risponde della rovina (o pericolo di rovina o dei gravi difetti) della costruzione per i vizi della stessa o del suolo nei confronti del committente e dei suoi aventi causa,

prescrizione e la decadenza: struttura e funzioni, rassegna completa di giurisprudenza, 2001.

purché venga fatta una denuncia entro un anno dalla scoperta dei vizi. Il relativo diritto di risarcimento del danno si prescrive, poi, in un anno dalla denuncia. Pertanto, determinante al fine dell'esercizio dell'azione di responsabilità (vera e propria condizione di ammissibilità della stessa in sede processuale), è il compimento della denuncia entro il termine prescritto dalla norma, il quale decorre dalla scoperta del vizio. Al riguardo, già la giurisprudenza più risalente affermava che per l'esatta individuazione del momento della scoperta dei vizi “*non è sufficiente che siano emersi elementi idonei a indurre a sospettare la sussistenza della delineata situazione; al contrario, il termine ... decorre dal momento in cui il danneggiato abbia acquisito un apprezzabile grado di conoscenza, seria ed obiettiva, non soltanto della gravità dei difetti dell'edificio, ma anche dell'incidenza di essi sulla statica e sulla possibilità di godimento dell'immobile secondo la sua destinazione, nonché del collegamento causale dei difetti stessi con l'attività di esecuzione delle opere espletate dall'appaltatore*”³. In sostanza venivano delineati tre fattori essenziali poiché potesse ritenersi effettivamente avvenuta la scoperta dei vizi e, quindi, poiché potesse considerarsi che il termine di decadenza avesse iniziato a decorrere. In particolare, vi deve essere l'apprezzabile grado di conoscenza (serie ed obiettiva): a) della gravità dei difetti; b) dell'incidenza di questi difetti sulla possibilità di godere dell'edificio; c) del nesso causale che vi deve essere tra l'attività dell'appaltatore ed i difetti stessi. In altri termini, ciò che l'interprete richiedeva è che dovesse esservi la consapevolezza (non piena, ma apprezzabile) del fatto che l'edificio fosse interessato da dei difetti gravi, che questi compromettessero l'utilizzazione del bene e che questo fosse dovuto all'attività compiuta dall'appaltatore.

Da questo primo orientamento, il quale si inseriva in un nutrito filone giurisprudenziale⁴, l'interpretazione si è evoluta

³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 6 dicembre 1988, n. 6619.

⁴ In proposito, si vedano ulteriori pronunce giurisprudenziali che, muovendo dalle medesime premesse della sentenza citata nel testo hanno precisato che per aversi una conoscenza dei vizi idonea a fare decorrere il termine di decadenza non è “*sufficiente far riferimento a manifestazioni di scarsa rilevanza ed a semplici sospetti*” (Cass. civ., sez. II, 8 agosto 1990, n. 8053) e che, allo stesso modo, non è nemmeno sufficiente “*la constatazione di*

senza discostarsi troppo dai concetti già espressi, ma dalla nozione di apprezzabile grado di conoscenza si è iniziato a parlare di sicura conoscenza dei vizi, esplicandosi anche la *ratio* sottesa all'interpretazione fornita, consistente nella necessità di non “*onerare il danneggiato della proposizione di azioni generiche a carattere esplorativo*”⁵. D'altra parte, è stato anche precisato che la postergazione della decorrenza del termine incontra dei precisi limiti, al fine di non prestarsi a facili abusi dello stesso, ovvero a delle strumentalizzazioni da parte dell'attore-committente.

Quanto appena descritto in ordine all'interpretazione giurisprudenziale della decorrenza del termine decadenziale con riferimento alla fattispecie della responsabilità dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1669 c.c., è pienamente coincidente nella diversa, ma analoga, fattispecie relativa alla responsabilità del venditore per i vizi della cosa venduta, ai sensi degli artt. 1490 e ss. c.c., per la quale l'art. 1495 c.c. pone un preciso termine di decadenza (estremamente breve, di otto giorni) in capo al compratore per denunciare la scoperta dei vizi al venditore (anche in questo caso, ci si trova di fronte ad una condizione di ammissibilità dell'azione). Infatti, anche in questa ipotesi, la Corte di Cassazione è consolidata nel ritenere necessaria una piena conoscenza dei vizi, che possa essere raggiunta anche attraverso degli accertamenti tecnici che siano idonei a posticipare il decorrere dei termini in questione, purché gli stessi non siano meramente a ciò strumentali. Questo, sempre allo scopo di evitare che la parte (compratore) sia gravata dall'onere “*di proporre senza la dovuta prudenza azioni generiche a carattere esplorativo o comunque suscettibili di rivelarsi infondate*”, prima che si abbia una conoscenza completa della questione⁶.

segni esteriori di danno o di pericolo, salvo che si tratti di manifestazioni indubbie come cadute o rovine estese” (Cass. civ., sez. I, 26 maggio 1993, n. 5920). Orientamento senz'altro confermato da successive pronunce, in particolare, si vedano Cass. civ., sez. II, 29 marzo 2002, n. 4622; *id.*, 10 aprile 2001, n. 5319; *id.*, 12 aprile 2000, n. 6092; *id.*, 10 maggio 2000, n. 6000; *id.*, 17 luglio 1999, n. 7612; *id.*, 15 aprile 1997, n. 3756; *id.*, 29 maggio 1998, n. 5311).

⁵ Cfr. Cass. civ., sez. II, 23 gennaio 2008, n. 1463; Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2014, n. 9966.

⁶ Cfr. Cass. civ., sez. II, 14 novembre 2012, n. 19922.

Analoghe conclusioni sono state raggiunte dalla giurisprudenza relativamente all'azione di disconoscimento della paternità, ai sensi dell'art. 244, comma 2, c.c., laddove il termine decadenziale inizierà a decorrere dalla “*conoscenza della relazione o dell'incontro di carattere sessuale della donna con altro uomo, idonei a determinare il concepimento del figlio che s'intende disconoscere*”⁷.

In conclusione, ciò che emerge da questa sintetica analisi di alcuni casi di decadenze civilistiche è che l'istituto della decadenza – sebbene sia unanimemente ricostruito in termini generali come operante all'esclusivo verificarsi di eventi oggettivi, dai quali il semplice decorrere del tempo dovrebbe portare alla perdita della situazione giuridica soggettiva, in caso di mancato compimento del c.d. atto impeditivo, senza rilevanza alcuna dei fattori soggettivi dell'interessato – è senz'altro temperato dall'interpretazione giurisprudenziale. Infatti, è stato appena illustrato come la Corte di Cassazione, nei vari casi esaminati, abbia ritenuto prevalente la necessità di un riallineamento tra accadimento fattuale e la sua esatta cognizione soggettiva da parte dell'interessato, allo scopo di non rendere troppo difficile od impossibile l'esercizio dell'azione che dovrebbe portare all'impedimento della decadenza. Con ciò diminuendo di molto l'importanza dell'oggettivo verificarsi dell'evento che porterebbe al decorso del termine di decadenza. D'altra parte, *arbitrium pari momento temperans*, è il giudizio temperato ad equilibrare la decisione che ne deriva.

3. L'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine decadenziale dell'azione di annullamento; le criticità dettate dall'equivalenza tra conoscenza del provvedimento e della sua invalidità e dalla nozione di c.d. piena conoscenza

La *ratio* sottesa all'istituto decadenziale (cioè, l'interesse pubblico primario alla certezza dei traffici giuridici) è ovviamente posta anche a fondamento del breve termine di esercizio delle azioni a tutela dell'interesse legittimo di fronte al Giudice Amministrativo, alla quale si aggiunge, in particolare, la necessità della stabilizzazione degli effetti dell'azione

⁷ Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2013, n. 7581.

amministrativa⁸. Sotto tale profilo, la più problematica modalità di individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine per la proposizione delle azioni di fronte al Giudice Amministrativo è legata al concetto di c.d. piena conoscenza del provvedimento amministrativo, così come prevista, ad oggi, dall'art. 41 c.p.a. Peraltro, tale conoscenza si pone come condizione necessaria, ma non sufficiente al fine di dare avvio alla decorrenza del termine di impugnazione, poiché deve ricorrere l'ulteriore elemento della consapevolezza del c.d. carattere lesivo del provvedimento, la quale comporta l'attualizzazione dell'interesse legittimo, con la conseguente eliminazione di ogni ostacolo per la proposizione del ricorso giurisdizionale⁹.

Proprio tale aspetto denota la problematica della fattispecie: mentre la conoscenza della lesività del provvedimento è necessaria ed indispensabile al fine della decorrenza del termine di impugnazione, al contrario, la conoscenza piena del provvedimento (cioè, in ogni sua parte) e del relativo procedimento costituisce una mera integrazione della c.d. *causa petendi*, con la conseguenza che questa influisce solo sul contenuto del ricorso, cioè sulla configurazione delle doglianze ivi contenute. Infatti, a prescindere da come si è avuta la conoscenza del provvedimento, la legge, come interpretata dalla giurisprudenza, dispone che da tale momento l'interessato è messo in mora per la proposizione del ricorso di fronte all'autorità giurisdizionale, poiché egli dalla conoscenza del provvedimento (e della sua lesività) dovrebbe essere pienamente in grado di conoscere anche gli eventuali profili di invalidità dello stesso (illegittimità o nullità). L'effettiva conoscenza dell'invalidità è allora irrilevante: il meccanismo sembra coincidere con la disciplina del Diritto Comune, nell'ambito del quale, almeno in astratto, si ritiene irrilevante lo stato psicologico dell'interessato, cioè la conoscenza o meno di determinati

⁸ Il principio è pacifico, si vedano *ex plurimis* Cons. St., sez. V, 28 settembre 2012, n. 5134; Cons. St., ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6; Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; TAR Campania, sez. I, 20 dicembre 2005, n. 20492.

⁹ In analogia con la giurisprudenza civile, sempre in tema decadenziale, Cass. civ., sez. un., 16 giugno 2014, n. 13676.

elementi¹⁰. Tale conclusione è basata sull'equiparazione, ai fini dell'azionabilità della tutela giurisdizionale, tra conoscenza del provvedimento lesivo e conoscibilità dei suoi vizi, a prescindere dal fatto che questi possano essere ignoti all'interessato al momento dell'acquisizione della conoscenza del provvedimento, poiché, ad esempio, inseriti all'interno di atti endoprocedimentali, conoscibili solo mediante diligente presentazione di apposita istanza di accesso agli atti¹¹. L'acquisizione della conoscenza nel dettaglio dello svolgimento del procedimento integrerebbe un mero onere dell'interessato¹², nell'ottica di una propria garanzia per una più efficace tutela giurisdizionale, al fine di potere poi completare la propria domanda giudiziale attraverso lo strumento dei motivi aggiunti¹³. Seguendo questa impostazione, si arriva alla conclusione per cui l'interessato deve procedere all'impugnazione di un provvedimento amministrativo anche in assenza della consapevolezza della possibile illegittimità del provvedimento (c.d. ricorso al buio), al solo scopo di impedire la decadenza e (eventualmente) procedere, successivamente, all'adeguato approfondimento della questione (soprattutto, mediante l'esperimento di un accesso), secondo l'interpretazione tradizionale in materia di decorrenza del termine di impugnazione di fronte al Giudice Amministrativo¹⁴, pienamente

¹⁰ In proposito è stato però già sottolineato al precedente paragrafo come tale impostazione astratta sia temperata dai correttivi introdotti dall'interpretazione giurisprudenziale.

¹¹ Così, Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 170; Cons. St., sez. III, 24 aprile 2012, n. 2407; Cons. St., sez. V, 5 novembre 2012, n. 5588; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2012, n. 2960.

¹² Al riguardo, si osservi che la giurisprudenza della Cassazione, in particolare nella sentenza citata nella nota 14, ha già avuto modo di rilevare che ad assumere rilevanza non sarebbe il decorso del tempo in sé, quanto la mancata attivazione dell'interessato, il quale sarebbe colpevolmente inerte.

¹³ Sul punto si vedano, Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 170.

¹⁴ Per un quadro complessivo di quanto appena descritto che si svilupperà ai successivi paragrafi, si rimanda alle seguenti opere F. FIGORILLI, *L'instaurazione del giudizio*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, pp. 12-13; F. CEGLIO, *La piena conoscenza e la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso*, *Giorn. dir. amm.*, 5/2003, pp. 495 ss.; F. SATTA, *Giustizia Amministrativa*, Padova, Seconda Edizione, 1993, p. 299; V. CAIANIELLO, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Torino, Seconda Edizione, 1994, pp. 584-591; M.

condivisa dalla giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato¹⁵. Corrisponde senz'altro a verità che la dettagliata conoscenza del procedimento può avvenire mediante apposita formulazione di istanza d'accesso, ai sensi degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990, ma tale soluzione non è scevra di problematiche o complicazioni nella prassi amministrativa quotidiana, le quali vanno ad incidere in modo sostanziale sulle modalità di tutela giurisdizionale dei privati¹⁶, poiché l'Amministrazione resistente potrebbe (e non è insolito) non rispondere (in assoluto od in modo esaustivo) all'istanza di accesso.

Di conseguenza, la sostanziale non correttezza del dogma interpretativo (conoscenza provvedimento = conoscenza/conoscibilità invalidità) sembra essere rivelata dalla prassi dei procedimenti giurisdizionali di fronte al Giudice Amministrativo, dove molto spesso accade che l'interessato, a conoscenza del provvedimento amministrativo (attraverso

CORRADINO, *Termini, efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della l. n. 241/1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 3; G. PIFFERI, *Decorrenza del termine di impugnativa dell'atto amministrativo*, Nota a Cons. St., sez. V, 28 luglio 1987, n. 480, in *Rivista Amministrativa*, 1988, p. 71; A. TRAVI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, Torino, 2010, p. 244; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, Milano, II, 1984, p. 932-996; S. CASSARINO, *Manuale di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, 1990, p. 241; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002, p. 125-126; A. POLICE, *Il ricorso di primo grado e la costituzione delle altre parti*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, G.P. CIRILLO (a cura di), fa parte di *Trattato di Diritto Amministrativo*, G. SANTANIELLO (a cura di), Padova - Assago, XLII, 2014; G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia Amministrativa*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, G. SANTANIELLO (a cura di), Padova, 1997, pp. 292 ss.; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012.

¹⁵ Si vedano sul punto Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2467; Cons. St., sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1174; TAR Basilicata, sez. I, 17 luglio 2014, n. 468 e TAR Marche, sez. I, 20 giugno 2014, n. 634. Meno di recente, in piena continuità, con i precedenti anche Cons. St., ad. plen., 5 luglio 1999, n. 17.

¹⁶ Proprio per queste ragioni, già nei primi anni di applicazione della l. n. 241/1990 si è dimostrato essere scettico S. BACCARINI, *La comunicazione del provvedimento amministrativo fra prassi e garanzie*, *Dir. proc. amm.*, 1994, il quale ha teorizzato che la comunicazione del provvedimento amministrativo dovesse essere non solo onere per l'Amministrazione, ma anche una vera e propria condizione di efficacia del medesimo.

notificazione/comunicazione/pubblicazione o equipollenti), non sia affatto in grado a quel momento (cioè, dalla decorrenza del termine di impugnazione) di comprendere, in tutto od in parte, i profili di invalidità dello stesso provvedimento; di tale differenza tra ricostruzione teorica e accadimenti pratici la giurisprudenza è pienamente consapevole, ma ritiene, secondo l'orientamento prevalente già anticipato, che la lacuna di tutela sarebbe colmata dalla possibilità di proporre successivamente i motivi aggiunti, cioè una volta avvenuta la scoperta di vizi ulteriori del provvedimento¹⁷.

4. La c.d. “piena conoscenza” del provvedimento amministrativo, ovvero la conoscenza dei suoi elementi essenziali (cenni storici)

La nozione di c.d. piena conoscenza acquisita attraverso equipollenti affonda le proprie radici nella prima metà del secolo appena trascorso e, al fine di comprendere se tale nozione possa ritenersi ancora attuale, di seguito si procede ad effettuare una breve ricostruzione della genesi storica del concetto di piena conoscenza nella Giustizia Amministrativa.

In origine, le norme disciplinanti la procedura di fronte al Consiglio di Stato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 3 del R.D. 17 ottobre 1889, n. 6516, avevano previsto che il termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso avrebbe dovuto decorrere esclusivamente dal giorno di notifica del provvedimento, anche solo nel suo dispositivo. Seppure l'unica modalità di cognizione del provvedimento codificata fosse individuata nella notifica, già in tale momento storico si erano affermate correnti dottrinarie e giurisprudenziali che ritenevano ammissibili, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, degli equipollenti alla formale notifica del provvedimento da parte dell'Amministrazione (anche solo nella sua parte dispositiva)¹⁸. Con il nuovo regolamento di procedura

¹⁷ Dell'origine della prassi giurisprudenziale in questione ci si occuperà nei successivi paragrafi.

¹⁸ Si fa riferimento a F. CAMMEO, *La notifica*, nota a sentenza Cons. St., sez. V, 30 maggio 1924, *Giust. amm.*, 1924, p. 230, nella quale l'Autore afferma che la comunicazione dei provvedimenti da parte dell'Amministrazione a mezzo lettera costitutiva, ormai, una prassi che, accompagnata dagli elementi

– ai sensi dell’art. 1 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642 e, poi, dell’art. 36 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 – venne stabilito che il termine di impugnazione dovesse essere legato alla notifica di una copia del provvedimento, eliminandosi ogni riferimento agli estratti dello stesso. Questo cambiamento della formulazione normativa fu considerato significativo dalla giurisprudenza del tempo, la quale iniziò a considerare la decorrenza esclusivamente dal momento della ricezione, a mezzo notifica, di una copia integrale del provvedimento e non più della sola parte dispositiva¹⁹. Tale modalità (notifica) era considerata strumento necessario e sufficiente per mettere nelle condizioni di agire il cittadino destinatario, poiché, questo sarebbe stato messo a conoscenza del provvedimento in forma integrale, rendendolo edotto della decisione amministrativa e dei possibili vizi, sia formali che sostanziali, di cui la stessa avrebbe potuto essere affetta²⁰.

Tale soluzione fortemente garantista dovette essere abbandonata pochi anni dopo, con la legge 8 febbraio 1925, n. 88 (in accoglimento dell’esigenza sentita all’epoca sia da parte della stessa burocrazia, che da parte degli operatori del settore e, in particolare, dottrina e giurisprudenza²¹) che ha introdotto

della *diuturnitas* e del convincimento della conformità alla legge, era stata elevata a vera e propria consuetudine. In relazione agli esempi giurisprudenziali si riportano Cons. St., IV, 26 aprile 1907, n. 160; 13 novembre 1908, n. 440; 11 giugno 1909, n. 189; 14 febbraio 1913, n. 50; 18 febbraio 1921.

Sul punto, in precedenza, V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1907, aveva già escluso, che potesse validamente instaurarsi una consuetudine nel senso appena descritto, poiché la stessa si sarebbe posta inevitabilmente in senso contrario alla norma di legge espressa che imponeva alle Amministrazioni formale notifica e non ammetteva alcuna forma di equipollenti.

¹⁹ Così Cons. St., sez. V, 12 maggio 1926, in *Giur. it.*, 3/1916, p. 299; sez. IV, 25 febbraio 1917, in *Giur. it.*, 3/1917, p. 115; sez. V, 15 giugno 1917, n. 157, in *Giur. it.*, 1/1917, p. 279; sez. V, 12 luglio 1918, n. 170, in *Giur. it.*, 1/1918, p. 391.

²⁰ Ciò almeno secondo le tesi dell’epoca, laddove il provvedimento amministrativo aveva ancora una centralità assoluta nell’esercizio del potere autoritativo. L’attualità della tesi è discutibile, poiché, ad oggi, si può ritenere che solo una conoscenza degli atti endoprocedimentali adeguata possa comportare la definitiva conoscenza della legittimità o meno dell’esercizio dell’azione amministrativa in questione.

²¹ Si vedano T. ZAGO, *Piena conoscenza, comunicazione e termini di impugnativa degli atti amministrativi*, Brescia, 1956, pp. 67-68, A. LENTINI,

l'equipollenza (alla formale notifica) della piena cognizione del provvedimento amministrativo da parte dell'interessato, formula evidentemente omnicomprendente e sostanzialista. La novella si prestò immediatamente a dei forti dubbi interpretativi, che, inevitabilmente, iniziarono a riflettersi in modo incisivo sull'accesso alla Giustizia da parte dei cittadini amministrati. Infatti, a seconda del modo di intendere il concetto di c.d. piena cognizione un ricorso giurisdizionale sarebbe stato suscettibile o meno di essere dichiarato irricevibile. Ci si sforzò di elaborare una tesi interpretativa idonea a darne un significato pratico, vista l'esigenza strettamente burocratica per cui questa fu introdotta. In questi termini, quindi, si cercò di definire il tipo di cognizione che potesse considerarsi sufficiente per poterla giudicare analoga a quella che si avrebbe avuto in caso di ricezione del provvedimento notificato. A questo spirito interpretativo si opponeva, però, una lettura necessariamente sistematica secondo la quale l'equivalenza prevista dalla legge ai fini della decorrenza del termine di impugnativa avrebbe dovuto riguardare esclusivamente la modalità dell'apprensione della cognizione (attraverso la notifica rituale o equipollente), ma non il contenuto della cognizione che doveva rimanere piena, così come accadeva a seguito della notifica integrale dell'atto amministrativo²².

Le posizioni della giurisprudenza nel ventennio 1935-1955 sulla questione non furono affatto unitarie, ma possono essere raggruppate in diversi filoni, laddove uno di questi è stato senz'altro prevalente finendo per consolidarsi nella posizione che si è imposta sino al giorno d'oggi, come richiamata al

Termine di prescrizione e di decadenza nei ricorsi amministrativi, 1941. Per la giurisprudenza si vedano anche Cons. St., 30 dicembre 1921, in *Repertorio Foro Italiano*, 508/1922, p. 72; Cons. St., 2 giugno 1922, in *Foro Italiano*, III, 1923, p. 8; Cons. St., 11 marzo 1922, in *Repertorio Foro Italiano*, 541/1923, 1923, p. 96; Cons. St., 11 marzo 1922, in *Foro Italiano*; Cons. St., 15 gennaio 1913, in *Repertorio Foro Italiano*, 540/1923, p. 84.

²² Così anche C. MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, cit., p. 46, il quale riteneva che ormai la decorrenza del termine dalla conoscenza (a mezzo notifica od altro) non integrale del provvedimento dovesse ritenersi "*un evento storico concluso*". Lo stesso Autore definisce, poi, l'interpretazione giurisprudenziale che si sta per descrivere come uno degli interventi "*più significativi di manipolazione giurisprudenziale della legge scritta*", poiché ha finito per ignorare il chiaro significato dell'intervento legislativo del 1907.

paragrafo precedente²³. In particolare, emersero diverse posizioni giurisprudenziali che ritenevano sufficiente la conoscenza anche parziale dello stesso, cioè limitato ai suoi c.d. elementi essenziali, ovvero, il suo dispositivo accompagnato anche solo da una parte della motivazione oppure, addirittura, senza alcuna motivazione²⁴. Secondo tali tesi interpretative, ai fini della decorrenza del termine in questione, il destinatario avrebbe dovuto venire a conoscenza del provvedimento di quel tanto che sarebbe bastato ai fini di assumere la consapevolezza della sua incidenza negativa nella propria sfera giuridica (c.d. lesività). Qualora da tale conoscenza non fosse derivata anche la conoscenza dell'invalidità del provvedimento, cioè dei suoi vizi, allora l'interessato, dopo avere proposto ricorso nei termini di legge, avrebbe potuto ottenere in ogni caso una piena tutela giurisdizionale attraverso l'istituto dei motivi aggiunti, integrativi del ricorso, che sarebbero stati proponibili nei sessanta giorni successivi dalla scoperta dei (nuovi) vizi del provvedimento. Tale impostazione, che fu definita della conoscenza in evoluzione e che fu fortemente criticata almeno da una parte della dottrina²⁵, conobbe un riconoscimento ufficiale nella Relazione del Consiglio di Stato per il sessennio 1941-

²³ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali degli anni indicati, T. ZAGO, *Op. cit.*, alla cui Appendice si rimanda per l'individuazione delle singole pronunce mediante le quali sono stati ricostruiti tali orientamenti.

²⁴ L'impostazione fu accolta pacificamente dalla migliore Dottrina dell'epoca tra i quali possiamo ritrovare senz'altro E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, pp. 221 ss., del quale si segnala anche la nota 3 per i contenuti di dottrina e le citazioni giurisprudenziali sulle tesi sul campo già citate; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1948; U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938. E. MORONE, *Osservazioni in tema di equipollenti della notificazione dell'atto amministrativo: nota alla sentenza del consiglio di stato, 4. sez., 7.12.1945*, *Giur. it.*, Torino, III, 1946, p. 145, sul concetto di pienezza, accetta l'interpretazione giurisprudenziale relativa agli estremi essenziali, la cui conoscenza è senz'altro un equipollente valido della notificazione; ciò però solo con riferimento agli interessi legittimi, in quanto in caso di giurisdizione esclusiva, in materia di diritti soggettivi, si doveva ritenere qualsiasi forma di equipollente rispetto alla formale notifica pienamente esclusa.

²⁵ La definizione è da ricondurre a A. GLEIJESES, *Questioni procedurali in tema di ricorsi di dipendenti pubblici*, in *N. rass. ldg.*, n. 14, Firenze, 1951, p. 1043.

1946²⁶. L'impostazione così descritta però, non poteva essere applicata nei confronti dei diritti soggettivi nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo²⁷. Tra i commentatori critici dell'epoca, che ritenevano necessaria una conoscenza del provvedimento molto più consistente poiché l'interessato potesse essere considerato messo in mora per la proposizione del ricorso giurisdizionale, vi fu chi, già nel momento immediatamente successivo all'introduzione della norma, affermò che per piena conoscenza potesse intendersi solamente l'acquisizione di una copia materiale del provvedimento da parte dell'interessato *aliunde* rispetto alla formale notifica, poiché solo attraverso tale acquisizione sarebbe stato possibile da parte di questo potere rilevare tutti i possibili vizi del provvedimento, sia di sostanza che di forma²⁸.

Le critiche all'orientamento giurisprudenziale prevalente non sono mancate. Si è affermato che la lesione del diritto di difesa del cittadino non potesse essere bilanciata dalla possibilità di proporre motivi aggiunti, poiché questo sarebbe stato ormai irrimediabilmente leso nella possibilità di decidere con piena cognizione se proporre o meno l'azione giurisdizionale²⁹. Si è evidenziato l'interesse pubblico ad evitare la proposizione di ricorsi meramente esplorativi, che sarebbero stati abbandonati una volta scoperto, nel corso del giudizio, che oltre alla presenza

²⁶ Cfr. *Il Consiglio di Stato nel sessennio 1941-46: relazione al Presidente del Consiglio dei ministri*, Roma, II, 1949 pp. 521 ss.

²⁷ E. MORONE, *Osservazioni in tema di equipollenti della notificazione dell'atto amministrativo: nota alla sentenza del consiglio di stato, 4. sez., 7.12.1945*, cit. Anche U. FORTI, *Nota a sentenza del Consiglio di Stato 27 gennaio 1939, Foro Italiano*, III, 1939, pp. 58 ss.

²⁸ Secondo L. TUMIATI, *Osservazioni sulla conoscenza del provvedimento amministrativo*, in *Sin. giur.*, 439/1925, in sostanza l'intervento legislativo aveva introdotto una espressa sanatoria della notifica irregolare che raggiungeva il suo scopo.

Sulla medesima linea V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, pp. 235 ss.

²⁹ G. LOCATI, *Cognizione dell'atto amministrativo e decorrenza del termine per la impugnativa*, in *N. rass. ldg.*, Firenze, 1950, p. 416, a commento della quale formula i pensieri riportati nel testo. Nello stesso senso, può ritrovarsi anche A. ZULIANI, *La decorrenza per l'impugnazione dell'atto amministrativo*, in *Amm. loc.*, 1949, p. 60.

di meri vizi formali, non vi fossero stati altri vizi di natura più pregnante³⁰.

D'altra parte, la tesi della equivalenza tra piena conoscenza e conoscenza degli elementi essenziali del provvedimento – intesi come dispositivo del provvedimento amministrativo accompagnato dalla motivazione (anche solo parziale o addirittura del tutto inesistente) – era già al tempo un compromesso instabile, poiché era il risultato del bilanciamento tra l'interesse pubblico alla certezza dei traffici giuridici e quello privato ad una efficace tutela della propria posizione giuridica soggettiva, che, nella prassi, determinava la conseguenza per la quale lo stesso Giudice finiva per spostare la regola *iuris* a seconda della peculiarità della fattispecie³¹, creando non pochi problemi agli operatori del settore³².

Successivamente, negli anni '60 del secolo scorso, Sandulli³³, in senso fortemente critico rispetto al meccanismo delineato dalla giurisprudenza citata, aveva espressamente ritenuto incompatibile con la normativa che impone la proposizione di ricorsi, a pena di nullità, completi dei motivi sui quali si fonda l'impugnazione, con la tesi della piena conoscenza del provvedimento, al momento stesso della conoscenza della

³⁰ U. FORTI, *Nota a sentenza Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 1942*, in *Foro it.*, III, 1942, p. 82, lo considerava un approdo giurisprudenziale definitivo, seppure sperava che la prassi dell'Amministrazione potesse garantire all'interessato una conoscenza adeguata del provvedimento da impugnare.

³¹ In maniera ironica C. MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, cit., p. 58, ha affermato che la formulazione legislativa, come interpretata dai molteplici orientamenti giurisprudenziali, tutti devianti dalla fattispecie concreta, finiva per avere il seguente contenuto: “*il termine di decadenza decorre dal giorno in cui l'interessato ha conosciuto del provvedimento impugnabile quel tanto che il giudice riterrà sufficiente caso per caso*”.

³² T. ZAGO, *Op. cit.*, pp. 107-109, il quale critica aspramente lungo tutta la sua opera il compromesso in questione, valutando che la dialettica tra i due interessi (pubblico e privato) possono costituire, in finale, una rappresentazione in scala del rapporto tra autorità e libertà.

³³ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, in *Trattato del processo civile*, F. CARNELUTTI (a cura di), Napoli, 1963, pp. 242 ss.

semplice esistenza dello stesso e della sua lesività per l'interessato³⁴.

La discussione sull'argomento, per il vero, non si è mai sopita e, così, anche altri Autori³⁵ hanno ripreso nel tempo la *quaestio iuris* in esame, magari occasionata anche dalla pubblicazione di pronunce del Consiglio di Stato di apertura per una interpretazione contraria alla tradizione consolidata³⁶, senza che si arrivasse mai veramente ad un punto di svolta significativo.

5. I contributi della giurisprudenza europea sul concetto di piena conoscenza del provvedimento amministrativo: l'elemento motivazionale quale elemento "essenziale" (necessario), ma anche sufficiente

Rispetto all'impostazione interpretativa tradizionalmente adottata dal Giudice interno, l'unico elemento di novità che si è

³⁴ In questo senso, l'Autore citava Cons. St., sez. V, 15 aprile 1955, n. 626, che riteneva anche la motivazione come elemento superfluo ai fini della messa in mora per l'impugnazione, cioè era stata considerata quale elemento non essenziale per la c.d. piena conoscenza. In senso contrario, era stata citata Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 1056, n. 196, la quale riteneva che se solo dalla motivazione poteva percepirsi la sussistenza di vizi, allora la decorrenza del termine doveva partire dalla conoscenza della stessa motivazione.

³⁵ F. SICILIANO, *Note sull'aggiunzione di motivi dopo l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo*, *Foro Amm.*, 1/2011, p. 1455-1465, par. 5; R. POLITI, *Decorrenza del termine per l'impugnazione del provvedimento in sede giurisdizionale e conoscenza della motivazione dell'atto: spunti di riflessione*, *TAR*, II, 1999, pp. 133 ss.; R. DAMONTE, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al Giudice Amministrativo*, *Riv. giur. ed.*, 2000, pp. 1136 ss.; S. BACCARINI, *La comunicazione del provvedimento amministrativo fra prassi e nuove garanzie*, *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 8 ss.

³⁶ L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, *TAR*, II, pp. 1193 ss., il quale commenta la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 522, che aveva "aperto" alla possibilità da parte dell'interessato di attendere a proporre il ricorso giurisdizionale fino al momento in cui non fosse venuto a conoscenza della motivazione del provvedimento. D'altra parte, viene sottolineato come, sebbene vi fossero altri Autori concordi con il suo punto di vista (si veda M.A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, www.federalismi.it), altri hanno trovato modo di criticare l'orientamento giurisprudenziale, poiché in pregiudizio all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici (si veda B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, *Giorn. dir. amm.*, 6/2007, pp. 618 ss.).

avuto negli anni è stato dovuto, come per altri temi e per altre materie, all'intervento del Giudice europeo con riferimento alle controversie assoggettate al c.d. rito-appalti.

Le pronunce della Corte hanno interessato sostanzialmente due argomenti: la rilevanza della motivazione ai fini della c.d. piena conoscenza del provvedimento amministrativo e la sussistenza (o meno) di un onere dell'interessato all'attivazione per conoscere gli atti endoprocedimentali all'interno dei termini di impugnazione.

In primo luogo, la nota sentenza *Uniplex* (C. giust. UE, 28 gennaio 2010, C-406/08) ha preso in considerazione la necessità (o meno) dell'elemento motivazionale per la decorrenza del termine di impugnazione. Tale sentenza ha affermato, diversamente dagli approdi (più che consolidati) del Giudice interno, che la semplice conoscenza dell'esistenza del provvedimento e della sua portata lesiva nei confronti dell'interessato, non sono elementi sufficienti a mettere in mora il medesimo per la proposizione del ricorso giurisdizionale nei termini individuati dalla legislazione interna (*“il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace. Informazioni del genere sono insufficienti per permettere al candidato o all'offerente di scoprire l'eventuale esistenza di un'illegittimità impugnabile con ricorso”*). Il motivo individuato dalla Corte risiede nel fatto che in tale modo l'efficacia della proposizione del ricorso sarebbe inevitabilmente compromessa³⁷. Pertanto, è stato reputato necessario un ulteriore elemento per integrare la fattispecie, cioè la conoscenza da parte dell'interessato della motivazione sottesa al provvedimento lesivo, la quale sarebbe elemento necessario per la proposizione di un ricorso efficace, che può così essere incentrato sulla censura delle pretese violazioni emerse dalla conoscenza dell'elemento motivazionale.

³⁷ Effettività che, in questa materia, anche secondo la giurisprudenza interna (in recepimento degli indirizzi europei) non può essere subordinata al principio di celerità dell'azione amministrativa. Così, Cons. St., sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573.

Pertanto, il Giudice Europeo ha opposto un netto rifiuto ad un sistema che giunge all'equivalenza automatica ed a priori tra la conoscenza della lesività del provvedimento e la sua effettiva conoscenza integrale da parte dell'interessato, conoscenza che non può dirsi integrata, quantomeno, laddove non sia conosciuta la motivazione del provvedimento lesivo, dalla quale dovrebbe trasparire la presenza di eventuali profili di illegittimità dello stesso provvedimento.

In secondo luogo, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 maggio 2014, C-161/13 c.d. Idrodinamica ha preso in considerazione la sufficienza (o meno) dell'elemento motivazionale per la decorrenza del termine di impugnazione, proprio partendo dal risultato tracciato dalla sentenza Uniplex. In sostanza, ci si è anche chiesti se, sempre al fine di dare applicazione al principio di effettività della tutela giurisdizionale, si potesse ritenere effettivamente elemento (necessario sì, ma anche) sufficiente il semplice dato motivazionale – di cui ai contenuti delle comunicazioni obbligatorie sopra ricordate (di cui, in Italia, all'art. 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, all'epoca vigente) – per ritenersi configurata anche l'equivalenza (secondo problema in esame) tra conoscenza del provvedimento (seppure completo di motivazione) e conoscenza (in quanto conoscibile) della illegittimità dello stesso. Infatti, tali contenuti motivazionali potrebbero non rivelare i vizi da cui è affetta la decisione amministrativa (i quali potrebbero emergere solamente dalla conoscenza dei documenti e delle circostanze di fatto sottese), con effetti, quindi, incerti sulla decorrenza effettiva del termine di impugnazione.

Su tale ulteriore profilo la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha risposto, questa volta, dando una lettura restrittiva del principio di efficacia. Infatti, secondo la Corte del Lussemburgo, l'effettività della tutela giurisdizionale deve incontrare il limite del temperamento con il principio di certezza del diritto, che impone all'interessato di proporre ricorso sulla base delle informazioni assunte dalla comunicazione obbligatoria ai sensi della normativa comunitaria (anche qualora da queste non siano evincibili determinati vizi) e di attivarsi prontamente al fine di

acquisire la documentazione utile, a seguito della ricezione della stessa comunicazione³⁸.

6. L'accoglimento del Giudice interno dei principi europei: il superamento (o la rottura) dell'equivalenza tra conoscenza del provvedimento e conoscenza (o conoscibilità) della sua illegittimità

Questa “scossa” interpretativa del Giudice Europeo, solamente in parte migliorativa rispetto all'orientamento tradizionale interno, ha spinto la giurisprudenza amministrativa ad individuare e (soprattutto) a dare applicazione ad un collegamento di carattere sostanziale e processuale tra l'istituto dell'accesso e l'individuazione del *dies a quo* per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi di fronte al Giudice Amministrativo, ritenendosi che potesse costituire un corretto bilanciamento degli interessi contrapposti (celerità azione amministrativa ed effettività della tutela) accordare la proroga del termine di impugnazione per un periodo pari a dieci giorni a partire dalla comunicazione del provvedimento, in modo tale da permettere all'interessato di esperire l'accesso c.d. semplificato ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006³⁹; in questi termini, aveva formulato una ipotesi l'ordinanza n. 790/2013 di rimessione all'Adunanza Plenaria⁴⁰ del Consiglio di Stato. Infatti, sebbene, a questo quesito la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (Idrodinamica) avesse dato risposta negativa, richiamando il c.d. principio di auto-responsabilità sopra illustrato, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha continuato a dare applicazione al principio di proroga del termine di impugnazione, secondo la regola del dieci più

³⁸ C. giust. UE, 8 maggio 2014, C-161/13: “*Il principio della certezza del diritto impone che le informazioni così ottenute e quelle che si sarebbero potute ottenere non possano più servire come fondamento per la proposizione di un ricorso da parte dell'offerente dopo la scadenza del termine previsto dal diritto nazionale*”.

³⁹ In questi termini si veda TAR Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1823.

⁴⁰ In realtà, poi non decisa dalla stessa Adunanza Plenaria con sentenza n. 14/2013 poiché risultava ancora pendente il medesimo quesito di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, poi sciolto con la sopra richiamata sentenza Idrodinamica.

trenta, cioè, il riconoscimento della proroga del termine di impugnazione di trenta giorni, per un periodo pari a dieci giorni, che equivale al tempo necessario all'esperienza del c.d. accesso semplificato in materia di appalti pubblici: l'azione impeditiva della decorrenza non sarebbe più solo il compimento dell'atto processuale (proposizione del ricorso), ma anche il compimento di un atto sostanziale (istanza di accesso).

Le ragioni di tale interpretazione sono centrali per il problema in oggetto⁴¹, poiché per la prima volta la giurisprudenza interna ha rivisitato il bilanciamento degli interessi sotteso al computo del *dies a quo*, riconoscendo, quindi, una rilevanza di carattere sostanziale e processuale all'istituto dell'accesso, idoneo (ovviamente se esercitato con diligenza, nei termini di legge ed esclusivamente laddove questo sia effettivamente indispensabile e non meramente strumentale o dilatorio) a spostare il decorso del termine di impugnazione rigorosamente individuato dalla legge⁴².

In continuità rispetto a tali argomentazioni, è la giurisprudenza che si è registrata sull'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., la quale – per sostenere la tesi a favore della inoperatività della regola generale dell'equipollenza laddove la norma prevede l'obbligo di pubblicazione degli atti di gara sul sito istituzionale della Stazione Appaltante – ha affermato che una soluzione di carattere diverso avrebbe portato ad imporre al ricorrente la necessità di proporre un c.d. ricorso al buio: infatti, l'eventuale acquisizione della notizia dell'avvenuta ammissione della propria concorrente attraverso la mera presenza del rappresentante legale alla seduta pubblica (ovvero l'ipotesi in cui nella prassi ciò avviene più frequentemente) non può permettere di *“rilevare, neanche in via astratta o approssimativa, la possibile illegittimità [dell'ammissione], la cui verifica, dipendendo dalla mancanza di un requisito di capacità tecnica ... non [può] prescindere da una approfondita disamina della documentazione amministrativa proveniente dalla*

⁴¹ I principi citati nel testo sono riportati in Cons. St., sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432.

⁴² Concetti di analogia portata sono stati ribaditi anche dalle successive sentenze Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5380, TAR Palermo, sez. I, 16 febbraio 2015, n. 473, nonché da ultimo Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2015, n. 684.

controinteressata, adempimento impossibile in sede di seduta pubblica e che, viceversa, postula l'esauriente e completo esercizio del diritto di accesso agli atti di gara, il quale, nella specie, è stato espressamente negato"⁴³, richiamandosi a sostegno quanto espresso dalla sentenza Uniplex. In sostanza, posto che generalmente dalla seduta di gara "*non è possibile trarre alcun elemento da cui desumere eventuali motivi di esclusione di taluna delle imprese partecipanti*"⁴⁴, la partecipazione alla stessa da parte dei legali rappresentanti è stata considerata irrilevante al fine di determinare la decorrenza del termine di impugnazione.

In conclusione, si deve evidenziare, con estremo interesse, come, seppure sulla spinta della giurisprudenza europea e seppure lentamente e limitatamente al rito appalti, il Giudice interno stia ponendo le basi per scalfire la regola ferrea dell'individuazione *del dies a quo* per la decorrenza del termine decadenziale nel processo amministrativo, ricollegando lo stesso alla effettiva conoscibilità da parte dell'interessato del vizio del provvedimento amministrativo, dando ampia rilevanza all'avvenuto positivo esperimento dell'accesso.

Se tale linea interpretativa dovesse consolidarsi e, comunque, diffondersi nelle altre materie, si potrà definitivamente abbandonare il deprecabile strumento del c.d. ricorso al buio, contribuendo così ad allineare effettivamente l'efficacia e l'effettività degli strumenti di tutela previsti a favore degli interessi illegittimi, rispetto a quelli dei diritti soggettivi, laddove il Giudice Ordinario ha sempre ritenuto superflua la proposizione di azioni meramente esplorative.

⁴³ Cfr. TAR Lazio, sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545; *id.*, 27 luglio 2018, n. 8511; di particolare interesse Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565, circa la necessità di scongiurare l'ipotesi del c.d. ricorso al buio.

⁴⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018, n. 1843.

IL SINDACATO DELLA CORTE DI CASSAZIONE
PER MOTIVI DI GIURISDIZIONE TRA
INTERPRETAZIONE DEL GIUDICE DI
LEGITTIMITÀ E DEL GIUDICE
COSTITUZIONALE*

FRANCESCO PAOLO CHIRICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tradizionale assetto del sindacato di giurisdizione. – 3. La nozione evolutiva di “giurisdizione”. – 4. (*segue*) Il giudizio a quo. – 5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 6/2018 e la capitolazione del sindacato dinamico. – 6. Conclusioni.

Abstract: A deep evolution has interested the Court of Cassation’s case-law related to judicial conflicts of jurisdiction, redrawing their scope and limits. While the common traditional interpretation did not allow any contestation of the special judge’s mistakes relating to the proceeding or the judgement, most recently the Court of Cassation’s jurisprudence has adopted a broader interpretation concerning the limits of jurisdiction. In particular, the Court questioned also the judgements affected by a radical distortion of the applicable legal framework, qualifying the same as a denial of justice. The essay analyzes the main steps of this evolution, taking into consideration the recent Constitutional Court’s ruling n. 6/2018, which has stated the existence of a contrast between this evolutive interpretation and the pluralistic Italian judicial system.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Premessa.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 18 gennaio 2018 ha suscitato un rinnovato interesse del mondo scientifico¹ sul dibattito concernente i limiti del sindacato per motivi di giurisdizione esercitato dalla Corte di Cassazione nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.

La Consulta ha affrontato il tema in sede di esame della questione di costituzionalità dell'art. 69, comma 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sollevata dalla Corte di Cassazione², nella parte in cui la norma, secondo l'interpretazione costante della giurisprudenza amministrativa e di legittimità, stabilisce il termine di decadenza del 15 settembre 2000 per l'introduzione di controversie in materia di rapporto di pubblico impiego concernenti fatti anteriori al 30 giugno 1998³.

Il giudice *a quo* è stato investito della decisione di un ricorso proposto ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. nei confronti di una sentenza del Consiglio di Stato che, in applicazione dell'art.

¹ Tra i primi commentatori della sentenza si segnalano P. TOMAIUOLI, *L'altolà della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta Online*, 1/2018; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione – Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 3/2018, pp. 704 ss.; F. DEODATO, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n. 6 e Corte di Cassazione – S.U. sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226*, in www.ildirittoamministrativo.it; A. TRAVI, *Un intervento della Corte Costituzionale sulla concezione “funzionale” delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, pp. 1111 ss.

² La questione di costituzionalità è stata sollevata dalla Corte di Cassazione con ordinanza n. 6891 del 8 aprile 2016; nello stesso giudizio sono state decise anche le analoghe questioni di costituzionalità sollevate dal TAR Lazio con ordinanza n. 4776 del 26 aprile 2016 e dal TAR Campania con ordinanza n. 2655 del 24 maggio 2016.

³ Nel quadro della riforma del pubblico impiego, l'art. 69 del d.lgs. n. 165/2001 ha attribuito la cognizione delle controversie concernenti fatti successivi al 30 giugno 1998 al giudice ordinario, riservando al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie relative a fatti antecedenti, purché introdotte entro il 15 settembre 2000. Dopo aver in un primo momento qualificato il termine del 15 settembre 2000 come mero spartiacque tra la giurisdizione del G.A. e del G.O., la giurisprudenza ha successivamente fatto proprio l'orientamento secondo cui il termine sarebbe previsto a pena di decadenza (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2001, n. 139).

69 cit., aveva ritenuto inammissibili le domande proposte dai ricorrenti dopo la scadenza del termine decadenziale.

L'ordinanza di rimessione fondava la questione di costituzionalità sulle pronunce della Corte EDU Mottola e Staibano⁴ che, in relazione all'applicazione del richiamato termine decadenziale, avevano condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU, sotto il profilo del diritto di accesso a un tribunale, e dell'art. 1 del Protocollo I, per violazione del diritto alla proprietà privata. Di qui la denunciata incostituzionalità dell'art. 69 del d.lgs. n. 165/2001, per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione al parametro interposto rappresentato dalle indicate norme della Convenzione.

Il merito della questione di costituzionalità, che pure offre importanti spunti di riflessione, esula dal campo di indagine di questo contributo⁵. Interessa piuttosto soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto la Consulta, *in limine*, a dichiarare l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Cassazione, affermandone l'irrelevanza ai fini della risoluzione del giudizio. Ciò sulla scorta del rilievo che il ricorso proposto innanzi al giudice *a quo* esulerebbe in realtà dal perimetro del sindacato di giurisdizione, con conseguente difetto di legittimazione di quest'ultimo a dolersi dell'incostituzionalità della norma oggetto dell'ordinanza di rimessione.

2. Il tradizionale assetto del sindacato di giurisdizione.

Il tema del sindacato *ex art.* 111, comma 8, Cost. riveste grande interesse, in quanto intimamente connesso all'assetto

⁴C. eur. dir. uomo, 4 febbraio 2014, *Mottola v. Italia*, ric. n. 29932/07 e C. eur. dir. uomo, 4 febbraio 2014, *Staibano e altri v. Italia*, ric. n. 29907/07.

⁵ In sintesi, la Corte Costituzionale, dichiarata l'inammissibilità delle questioni sollevate dalla Corte di Cassazione e dal TAR Campania, ha ritenuto infondata la questione sollevata dal TAR Lazio sul rilievo che la Corte EDU avrebbe in realtà ritenuto in contrasto con la CEDU non il termine di decadenza in sé, bensì il mutamento "imprevisto" della giurisprudenza dalla tesi del termine di proponibilità della domanda al giudice amministrativo a quella del termine di decadenza, con l'effetto di tradire la buona fede dei ricorrenti. Secondo la Corte, tale circostanza potrebbe condurre semmai, sussistendone i presupposti, all'applicazione dell'istituto della rimessione in termini per errore scusabile (art. 37 c.p.a.) e non alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma oggetto di rimessione.

plurale delle giurisdizioni nel nostro ordinamento e ai delicati rapporti di equilibrio nel tempo instaurati tra i diversi plessi giurisdizionali⁶.

La funzione che, per tale via, la Corte di Cassazione è chiamata a svolgere riveste caratteri di estrema delicatezza: il ricorso ex art. 111, comma 8 Cost. costituisce infatti una valvola di chiusura essenziale del sistema, senza la quale non sarebbe sanzionabile la violazione delle regole di riparto della giurisdizione da parte dei giudici speciali. Allo stesso tempo, tuttavia, è indispensabile che il sindacato del giudice della giurisdizione resti rigorosamente circoscritto entro i suoi stessi limiti, superati i quali si finirebbe per violare quelle stesse regole di riparto che ne giustificano la previsione.

Di qui l'accento della Carta costituzionale sull'esclusività dell'oggetto del sindacato, che concerne appunto i "soli" motivi inerenti alla giurisdizione⁷. Tuttavia, nessuna norma di diritto positivo, né di rango costituzionale né di rango ordinario, definisce in concreto in cosa tali motivi consistano.

In mancanza di norme definitorie, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha individuato l'oggetto del proprio sindacato ricorrendo alla dicotomia tra le nozioni di limiti esterni e limiti interni della giurisdizione, i primi censurabili in sede di

⁶ Per un inquadramento storico del sindacato di giurisdizione si vedano M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, pp. 159 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pp. 326 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, pp. 16 ss.

⁷ Cfr. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, p. 1705.

ricorso *ex art.* 111, comma 8 Cost., i secondi estranei all'oggetto di tale sindacato⁸.

Muovendo dalla considerazione che la giurisdizione, come potere dello Stato distinto dal potere legislativo e da quello esecutivo, è ripartita nel nostro ordinamento tra diversi ordini giudiziari, ordinari e speciali, limite esterno della giurisdizione speciale è sia quello della giurisdizione generale in relazione agli altri poteri dello Stato, sia il confine che separa gli ambiti di rispettiva competenza dei vari ordini giudiziari, ciascuno dei quali è titolare di una "quota" di potere giurisdizionale.

In questo senso, si è in presenza di una questione di giurisdizione del giudice speciale quando sia in discussione, in relazione alla singola controversia, o l'esistenza stessa del potere giurisdizionale in rapporto agli altri poteri dello Stato (difetto assoluto di giurisdizione), o la titolarità in capo al giudice speciale adito del potere di deciderla in relazione alla sfera di attribuzioni degli altri ordini giudiziari (difetto relativo di giurisdizione).

Restano invece attratti nell'orbita dei limiti interni, come tali non censurabili in sede di ricorso *ex art.* 111, comma 8 Cost., gli errori *in iudicando* o *in procedendo*, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali diverse da quelle concernenti la giurisdizione⁹, e ciò indipendentemente dalla "gravità" della violazione denunciata. L'assunto si riconnette alla logica stessa del controllo *ex art.* 111, comma 8 Cost., la cui finalità non è quella di dare luogo ad un nuovo grado di giudizio innanzi alla

⁸ Si vedano M. NIGRO, *Op. cit.*, p. 167, nonché A. TRAVI, *Op. cit.*, p. 344 e C. CACCIAVILLANI, *Op. cit.*, p. 476. Così anche A. PAJNO, *La Giurisdizione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, p. 59. Altra parte della dottrina utilizza le aggettivazioni "esterno" ed "interno" guardando alla giurisdizione nel suo insieme, cosicché secondo questa prospettiva, il controllo della Corte di Cassazione avrebbe ad oggetto il "*limite esterno della giurisdizione*" – inteso come limite della giurisdizione generale rispetto alla giurisdizione straniera e agli altri poteri dello Stato – nonché "*il limite interno della giurisdizione amministrativa*", ossia il "*riparto tra le giurisdizioni ... attraverso l'identificazione della situazione soggettiva dedotta come interesse legittimo*" (così, V. CAIANIELLO, *Problemi dell'amministrazione e della giurisdizione*, Padova, 1986, p. 679; si veda anche V. CAIANIELLO, *Manuale*, cit., pp. 109-110, nonché E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 779).

⁹ Si vedano, *ex multis*, M. NIGRO, *Op. cit.*, p. 168, nonché A. PAJNO, *Op. cit.*, pp. 59-60.

Corte di Cassazione, bensì quella di permettere, a garanzia dell'assetto plurale delle giurisdizioni, l'esame di quel particolare vizio di legittimità rappresentato dalla violazione delle norme definenti la giurisdizione del giudice adito.

3. La nozione evolutiva di giurisdizione.

Nel quadro di una sostanziale condivisione sul piano teorico dei limiti e delle finalità del sindacato *ex art. 111, comma 8, Cost.*, in numerose occasioni le pronunce del giudice della giurisdizione hanno suscitato aspre critiche in dottrina. Soprattutto nell'ultimo decennio, all'opinabilità sul piano tecnico-interpretativo delle delicate decisioni assunte dal giudice della giurisdizione – principalmente legata all'incertezza del quadro normativo di riferimento – si è aggiunto un clima di persistente diffidenza – o, se si preferisce, di sottile “sospetto” – che ha condotto alcuni commentatori ad addebitare al giudice della giurisdizione il recepimento di una lettura consapevolmente estensiva del proprio sindacato, soprattutto ai danni della giurisdizione amministrativa¹⁰. In questo senso, da tempo parte della dottrina denuncia un rinvigorimento del mito della giurisdizione unica¹¹ e, più in generale, la pretesa volontà del giudice ordinario di riappropriarsi di spazi di sindacato erosi dall'ampliamento delle materie di giurisdizione esclusiva¹². In ultima analisi, tuttavia, gli arresti della giurisprudenza, seppur determinanti un significativo allargamento degli spazi del sindacato *ex art. 111, comma 8, Cost.*, si sono posti comunque nel solco della nozione tradizionale di “motivi di giurisdizione”,

¹⁰ Significativa in tal senso l'opinione di M. MAZZAMUTO, *Op. cit.*, p. 1698, secondo cui alcune pronunce della Corte di Cassazione, nel realizzare una “*interferenza strutturale*” tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, celerebbero un “*mandato ben preciso*”: il recupero, attraverso il viatico del sindacato di giurisdizione, del monopolio giurisdizionale su materie di stretta pertinenza civilistica (quale ad es. la responsabilità civile della p.a.).

¹¹ *Ibidem*.

¹² In questo senso si è osservato che al diminuire delle opportunità di conflitto sulla spettanza della giurisdizione è corrisposto un aumento dei casi in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto di intervenire per verificare se la tutela accordata dal giudice amministrativo risponda ai dovuti standard di effettività, cfr. G. VERDE, *La corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2013, p. 381.

di cui hanno sì proposto una interpretazione estensiva, ma senza sconfessare – almeno apertamente – l'impostazione teorica fondata sulla distinzione tra limiti esterni ed interni¹³.

In tutt'altra direzione si è sviluppato l'orientamento della Corte di Cassazione inaugurato dalla sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008, in materia di pregiudiziale amministrativa¹⁴. La pronuncia è nota per aver affermato definitivamente il principio di autonomia della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, riconoscendo viziata per motivi di giurisdizione la sentenza che rigetti la domanda sul presupposto che sia necessario il previo annullamento del provvedimento amministrativo. La Corte perviene a tale conclusione valorizzando l'evoluzione nel tempo conosciuta dall'ordinamento giuridico nel suo complesso – con particolare riguardo ai principi di effettività della tutela e di unità funzionale della giurisdizione – che consentirebbe di qualificare in termini di norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i confini della giurisdizione generale e del potere di ciascun plesso, ma anche quella “*che dà contenuto al potere*”, stabilendo attraverso “*quali forme di tutela esso si estrinseca*”. Sicché la violazione dei canoni fondamentali di quelle tutele darebbe luogo ad una questione di giurisdizione censurabile in sede di sindacato ex art. 111, comma 8, Cost.

¹³ Significative in tal senso, tra le altre, Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, con nota di B. SASSANI, *Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2012, pp. 1583 ss.; Cass. civ., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302, con nota di G. MARI, *Osservazioni alla sentenza della Cassazione, Sezioni unite, 9 novembre 2011, n. 23302: sindacato della Suprema Corte sulle sentenze del giudice amministrativo rese in sede di ottemperanza e rilevanza di sopravvenienze fattuali successive al giudicato a giustificare un sostanziale vuoto di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2012, pp. 127 ss.; nonché, più di recente, Cass. civ., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260, con nota di A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro it.*, 3/2017, pp. 983 ss. e M.M. CELLINI, *Ancora sulla rilevanza in appello del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2018, pp. 1357 ss.

¹⁴ Sulla pronuncia è vastissima la letteratura; si segnalano, tra gli altri, i contributi di F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza pregiudizialità. Ovverossia “della specialità perduta”?*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2009, pp. 933 ss. e di R. VILLATA, *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2009, pp. 897 ss.

I principi alla base della pronuncia del 2008 sono stati riconfermati anche dalla giurisprudenza successiva, nel cui ambito è andato affermandosi l'orientamento secondo cui, ferma restando l'astratta insindacabilità degli *errores in iudicando* o *in procedendo*, è riservato alla Corte il potere di ritenere viziate per motivi di giurisdizione le decisioni "anomale" o "abnormi", frutto di uno "stravolgimento" così "radicale" del quadro normativo di riferimento da comportare un sostanziale "diniego di giustizia". Si è per tale via forgiata una nuova figura di vizio di giurisdizione, di cui la dottrina non ha mancato di evidenziare l'eccentricità rispetto ai confini tradizionali del sindacato della Corte di Cassazione¹⁵.

Il diniego di giustizia ha rappresentato per lungo tempo un'enunciazione teorica, la cui configurabilità, riconosciuta in astratto, è stata nei fatti quasi sempre esclusa¹⁶ anche con riferimento alle violazioni del diritto sovranazionale¹⁷. L'opportunità di farne concreto esercizio si è presentata per la

¹⁵ Si vedano R. VILLATA, *Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2015, pp. 632 ss.; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2015, pp. 224 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle Sezioni Unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2015, pp. 28 ss. In senso contrario si vedano A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 1/2013, pp. 341 ss., nonché A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e Pubblica amministrazione*, Torino, 2014, pp. 80 ss.

¹⁶ Si veda sul punto l'accurata analisi di G. CAIA, *Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo (configurabilità e confini in base all'art. 111 Cost.)*, in www.spisa.unibo.it.

¹⁷ In ripetute occasioni la Corte di Cassazione ha affermato che la violazione del diritto dell'Unione Europea in sé considerata non configura un diniego di giustizia, nemmeno in caso di violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Si vedano, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 1° marzo 2012, n. 9145; Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2013, n. 16886; Cass. civ., sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403; Cass. civ., sez. un., 17 novembre 2015, n. 23460.

prima volta, nel 2015, in relazione al controverso tema dei rapporti tra ricorso incidentale e ricorso principale¹⁸.

In seguito alla sentenza della Corte di Giustizia *Fastweb*¹⁹, che come noto ha imposto il mutamento della posizione assunta dalla giurisprudenza nazionale in tema di priorità dell'esame ricorso incidentale escludente, la Corte di Cassazione ha ritenuto viziata da “*radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento*” una sentenza del Consiglio di Stato emessa prima dell'arresto del giudice eurounitario e conforme all'orientamento in precedenza recepito dalla giurisprudenza nazionale²⁰. Richiamando i principi affermati in tema di pregiudizialità nel 2008, la Corte di Cassazione assegna al sindacato di giurisdizione – non più riconducibile al modello del giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere la controversia in capo al giudice adito – una ulteriore finalità: garantire l'effettività del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale anche nella sua dimensione sovranazionale, allo specifico scopo di impedire la formazione di un giudicato anticomunitario e, nell'interesse pubblico, sottrarre lo Stato alla relativa responsabilità.

Su questa lettura del sindacato di giurisdizione la Corte di Cassazione è in seguito ritornata nel 2017²¹, ricostruendo in chiave retrospettiva gli approdi della giurisprudenza sul punto.

¹⁸ L'argomento è complesso e la bibliografia sul tema è molto vasta; si vedano, in particolare, F.G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, in *Giur. it.*, 10/2012, p. 2162; G. FERRARI - L. TARANTINO, *Sulle cause di esclusione e sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Urbanistica e appalti*, 4/2014, pp. 468 ss.; S. FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale*, in *Urbanistica e appalti*, 10/2014, pp. 1075 ss. Con specifico riferimento al sindacato di giurisdizione, si veda F. DINELLI - G. PALAZZESI, *La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una “innovativa conferma”*, in *Giur. it.*, 4/2015, pp. 939 ss.

¹⁹ C. giust. UE, 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12.

²⁰ Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242. La sentenza del Consiglio di Stato cassata per motivi di giurisdizione era conforme all'orientamento fatto proprio dall'Adunanza Plenaria nel 2011 (Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4), successivamente superato dalla stessa Adunanza Plenaria a seguito dell'intervento della Corte di giustizia (Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

²¹ Cass. civ., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

Alla tradizionale interpretazione “statica” del sindacato di giurisdizione, fondata sul dualismo tra limiti interni ed esterni, si sarebbe nel tempo affiancata – attraverso la valorizzazione dei principi di effettività della tutela e di unità della giurisdizione – un’ulteriore interpretazione, definita “dinamica o funzionale”, alla cui stregua sarebbe consentito al giudice della giurisdizione indagare sul contenuto del potere esercitato, sia pure limitatamente ai casi “eccezionali o estremi” di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, ridondanti in “denegata giustizia”.

Con apprezzabile sforzo ricostruttivo, la sentenza conferma ripetutamente l’estraneità ai motivi di giurisdizione, in via di principio, delle violazioni del diritto dell’Unione, rifuggendo così alla tentazione di configurare il ricorso *ex art. 111*, comma 8, Cost. come rimedio generico di garanzia ultima della conformità dell’ordinamento interno al diritto sovranazionale. Tuttavia – osserva la Corte – nell’insieme indifferenziato delle possibili violazioni non rilevanti in sede di sindacato *ex art. 111*, comma 8, Cost., assurgerebbero al rango di rifiuto di giurisdizione “*le ipotesi di scostamento dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di accesso alla tutela giurisdizionale*”, negli ambiti di diretta operatività del diritto dell’Unione europea. Dunque, la riserva al giudice della giurisdizione del potere di sanzionare il “diniego di giustizia” andrebbe intesa in via strumentale non alla garanzia del diritto dell’Unione *tout court*, bensì alla tutela di quel particolare diritto, l’accesso alla tutela giurisdizionale, alla cui definizione concorre anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle materie di pertinenza del diritto dell’Unione e che, costituendo il contenuto sostanziale del potere di *ius dicere*, rappresenterebbe oggetto, quasi necessario, del sindacato di giurisdizione, inteso in senso dinamico o evolutivo.

4. (segue) Il giudizio a quo.

La stessa idea di strumentalità del giudizio *ex art. 111*, comma 8, Cost. alla garanzia dell’accesso alla giurisdizione connota anche l’ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione n. 6891/2016 cit., con la peculiarità che a venire in contestazione è la compatibilità dell’ordinamento giuridico

nazionale – in particolare dell’art. 69 del d.lgs. n. 165/2001 – non con il diritto dell’Unione, bensì con l’art. 6 CEDU, nell’interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo²².

Secondo la Corte, l’avvenuta affermazione della nozione “dinamica” del sindacato di giurisdizione – di cui è ribadita la non riconducibilità al modello mero di *actio finium regundorum* tra i diversi ordini di giudici – ne estenderebbe il perimetro alla verifica del rispetto dei canoni sovranazionali di effettività e accesso alla tutela giurisdizionale; in questo senso, poiché i principi affermati dalla Corte di Strasburgo²³ denuncierebbero una netta incompatibilità del sistema con l’art. 6 CEDU e, per tale via, un radicale stravolgimento del quadro normativo di riferimento, la conseguente omissione del potere giurisdizionale da parte del giudice adito travalica i confini dell’errore *in iudicando* o *in procedendo* insindacabile dalla Cassazione e configura un motivo di giurisdizione censurabile *ex art.* 111, comma 8, Cost.

5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 6/2018 e la capitolazione del sindacato dinamico.

Pur potendo in astratto percorrere altre strade che avrebbero condotto al medesimo risultato di inammissibilità della questione

²² Ciò spiega anche perché, a differenza dei casi sin qui analizzati, l’asserita violazione del diritto sovranazionale abbia condotto la Corte di Cassazione alla pronuncia di un’ordinanza di rimessione alla Consulta e non all’accoglimento del ricorso *tout court*. Rammentando infatti gli approdi di cui alle sentenze “gemelle” del 2007 (C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349), il contrasto tra il diritto interno e la CEDU non può tradursi nella disapplicazione della norma interna ritenuta incompatibile, bensì nella rimessione della relativa questione alla Corte Costituzionale, che ne valuta la legittimità alla luce dei parametri interposti rappresentati dalle pertinenti norme della Convenzione. Si veda C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3520.

²³ Cfr. *supra*, in nota 4.

sollevata²⁴, la Corte Costituzionale ha scelto di affrontare, in maniera netta e incisiva, il tema della compatibilità costituzionale della nozione di giurisdizione dinamica, pervenendo infine ad un giudizio duro, finanche sprezzante, di inammissibilità della questione sollevata²⁵.

Il contrasto con il paradigma costituzionale, secondo la Corte, sussiste sotto un duplice profilo: la lettura evolutiva del sindacato sulla giurisdizione non è compatibile né con la lettera né con lo spirito dell'art. 111, comma 8, della Costituzione.

Dal punto di vista letterale²⁶, il significato della norma definente i limiti di ammissibilità del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione va determinato in funzione della contrapposizione con il precedente comma 7, che prevede, come noto, il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze per

²⁴ Secondo alcuni commentatori, nel ritenere il ricorso tempestivo, le Sezioni Unite avrebbero erroneamente fatto applicazione del termine annuale di impugnazione (trattandosi di giudizio instaurato prima dell'entrata in vigore del termine semestrale, ai sensi degli artt. 46 e 58 della l. 18 giugno 2009, n. 69), omettendo di prendere in considerazione le specifiche norme regolanti le impugnazioni nel processo amministrativo, nella specie l'art. 92, c. 3, c.p.a. (secondo cui il termine per la proposizione del ricorso in Cassazione è pari a sei mesi) e l'art. 2 dell'allegato 3 al c.p.a., recante "*Norme transitorie*" (alla cui stregua solo per i termini già in corso alla data di entrata in vigore del Codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti). Così, P. TOMAIUOLI, *Op. cit.*, p. 7, nonché R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale tra ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione e ricorso per violazione di legge*, in *www.sipotra.it*, pp. 76 ss.

²⁵ La pronuncia della Corte Costituzionale risponde alle istanze di quella parte della dottrina che da tempo ne aveva sollecitato l'intervento, prospettando nei casi più estremi la proposizione del conflitto di attribuzioni ai sensi dell'art. 134 Cost. da parte del Consiglio di Stato nei confronti della Corte di Cassazione. Cfr. M. MAZZAMUTO, *Op. cit.*, pp. 1703-1704.

²⁶ Sotto il profilo letterale, la limitazione del sindacato della Corte di Cassazione sulle pronunzie del giudice amministrativo e contabile ai soli motivi di giurisdizione ha rappresentato una costante nelle disposizioni che, nel tempo, hanno disciplinato la materia. Risultano allo stato vigenti, oltre all'art. 111, comma 8, Cost.: 1) l'art. 362, comma 1, c.p.c.; 2) l'art. 91 e l'art. 110 c.p.a.; 3) l'art. 10, comma 2, del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 ("*Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*"); 4) l'art. 177, comma 1 del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 ("*Codice di giustizia contabile*"). In ciascuna di queste disposizioni l'oggetto del sindacato della Corte è determinato mediante il riferimento ai "motivi di giurisdizione". Per una accurata analisi, si veda R. DE NICTOLIS, *Op. cit.*, pp. 5 ss.

“violazione di legge”, per tale intendendosi la legge sia sostanziale che processuale²⁷.

Considerato che le questioni di giurisdizione cui fa riferimento il comma 8 dell’art. 111 costituiscono anch’esse, a ben vedere, una violazione di legge astrattamente rientrante in quelle denunciabili ai sensi del comma 7, deve ritenersi che la finalità della norma sia quella di circoscrivere il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze dei giudici speciali alle sole violazioni di legge che siano qualificabili come questioni di giurisdizione in senso stretto.

Su queste premesse, va considerata inammissibile ogni interpretazione della locuzione “*motivi inerenti alla giurisdizione*” che determini “*una più o meno completa assimilazione tra i due tipi di rimedi*”, comportando di fatto un sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze dei giudici speciali esteso a violazioni non riconducibili alla nozione di giurisdizione.

La lettura contraria, del resto, metterebbe in discussione in radice la scelta di fondo operata dai Costituenti in merito all’assetto pluralistico delle giurisdizioni²⁸, scelta che presuppone appunto che sia riservata all’ordine giudiziario speciale una sfera di potere impenetrabile da parte della Corte di Cassazione, se non nei limiti di quanto strettamente necessario a verificare il rispetto del criterio di riparto della giurisdizione.

Secondo la Corte Costituzionale, le argomentazioni su cui si fonda l’ampliamento dell’oggetto del sindacato *ex art. 111, comma 8, Cost.* sono “*o prive di fondamento o estranee ad una questione qualificabile come propriamente di giurisdizione*”.

In particolare, l’unità funzionale della giurisdizione non implica anche unità organica: al contrario la scelta dei Costituenti

²⁷ Sul ricorso in Cassazione per violazione di legge si vedano A. CARATTA - C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2018, pp. 541 ss.; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2015, pp. 430 ss.; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano: tutela giurisdizionale, procedimenti di cognizione, cautelare, esecuzione*, Milano, 2017, pp. 603 ss.

²⁸ Sul percorso che ha condotto i Costituenti all’adozione del modello della pluralità organica delle giurisdizioni, si veda R. ROLLI, *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948 e le determinazioni finali*, in *Nomos, Le attualità del diritto*, 1/2017, pp. 4 ss. V. anche, più di recente, G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, pp. 889 ss.

è stata quella di prevedere distinti ordini giudiziari, ciascuno dei quali concorre in ottica funzionale all'attuazione dell'ordinamento giuridico²⁹.

Né è pertinente il richiamo ai principi fondamentali dell'effettività della tutela e del giusto processo, principi questi che vanno senz'altro garantiti, *“ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione”*. Lo stesso principio vale anche per le norme del diritto dell'Unione e della CEDU, la cui inosservanza si traduce pur sempre in una violazione di legge, *“sia pure particolarmente qualificata”*, incensurabile in sede di sindacato di giurisdizione.

Il perimetro del giudizio nemmeno può estendersi alle sentenze ritenute *“anomale”*, *“abnormi”*, o *“frutto di un radicale stravolgimento del quadro normativo di riferimento”*, secondo le qualificazioni invalse nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. E ciò in quanto non è il dato qualitativo della gravità del vizio – inevitabilmente *“affidato a valutazioni contingenti e soggettive”* e quindi *“foriero di incertezze”* – a poter comportare uno spostamento dei confini del controllo per motivi di giurisdizione, che in tal senso resta affidato alla tradizionale dialettica tra limiti interni ed esterni.

Il sistema così delineato conduce ad una conclusione chiara: il cattivo esercizio della giurisdizione da parte del giudice speciale che, dopo aver ritenuto sussistente il proprio potere di decidere la controversia, applichi tuttavia regole di giudizio che lo portino a rigettare in rito l'azione, si risolve nella commissione di un *errore interno alla giurisdizione*, a nulla rilevando il carattere sovranazionale della norma asseritamente violata. Non è consentito perciò alla Corte di Cassazione censurare sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una

²⁹ La Corte costituzionale richiama in proposito le note pronunce n. 204 del 2004 e n. 77 del 2007, dalle quali già si desume l'estraneità al sistema duale della giurisdizione di forme di controllo di legittimità da parte della Corte di Cassazione che travalichino il limite dello “eccesso di potere giudiziario”. Si vedano in proposito A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta» dalla corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2014, pp. 969 ss., nonché A. PAJNO, *Costruzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: translatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2007, pp. 956 ss.

interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità della domanda.

6. Conclusioni.

Di tale chiusura non ha potuto che prendere atto la Cassazione rimettente³⁰. Nel ripercorrere i principali passaggi della sentenza – al quale va assegnata “*efficacia vincolante*” ai fini del rigetto in rito del ricorso, siccome fondata “*sulla mancanza di legittimazione del giudice a quo*” – la Corte di Cassazione afferma che va disconosciuta “*ogni ipotetica polisemia o interpretazione dinamica del lemma «giurisdizione» di cui all’art. 111 Cost., comma 8*” e conseguentemente, l’ammissibilità di soluzioni interpretative che riconducano all’ambito delle questioni inerenti alla giurisdizione vizi qualificabili come errori in *procedendo* o in *iudicando*, anche se derivanti dalla violazione del diritto sovranazionale.

I principi affermati dalla Corte Costituzionale, recepiti di recente dalla Cassazione anche in altro giudizio³¹, restituiscono al sindacato di giurisdizione la sua dimensione propria di sede ultima di verifica del potere di cognizione del giudice speciale, depurandolo da finalità ulteriori che, guardando alle modalità del potere esercitato, estenderebbero l’oggetto del giudizio in termini devianti dall’assetto plurale delle giurisdizioni nel nostro ordinamento.

³⁰ Cass. civ., sez. un., 19 luglio 2018, n. 19283.

³¹ Cass. civ., sez. un., 27 novembre 2018, n. 30650. La pronuncia respinge un ricorso avverso una sentenza del Consiglio di Stato che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno da ritardo proposta dal ricorrente a motivo dell’accertata legittimità del provvedimento di diniego. Osserva la Corte che, anche alla luce di quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 6/2018, la censura si risolve nella denuncia di una semplice violazione di legge non sindacabile ai sensi dell’art. 111, comma 8, Cost.

Si tratta dell'unica soluzione che, a Costituzione invariata, appare allo stato percorribile, ponendosi ogni altra impostazione in contrasto con le scelte di fondo alla base del sistema³².

La conclusione non è superabile nemmeno prospettando l'urgenza di individuare rimedi che assicurino la conformazione del giudicato al *dictum* delle Corti sovranazionali, esigenza questa a cui nei fatti pretenderebbero di fornire risposta, come visto, molte delle pronunce della Cassazione che hanno fatto applicazione della figura del "diniego di giustizia". La questione così genericamente prospettata assume contorni troppo indefiniti, perché dimentica della necessità di distinguere: le decisioni che riguardino la medesima parte in causa da quelle rese in giudizi analoghi; la sopravvenienza di una pronuncia del giudice sovranazionale dalla colpevole pretermissione di una sentenza preesistente; le peculiarità dell'ordinamento dell'Unione dagli obblighi discendenti dalla CEDU. Le numerose combinazioni possibili di queste circostanze restituiscono un quadro frastagliato e complesso, la cui *reductio ad unum* sotto l'ombrello del sindacato di giurisdizione, previsto per ben altre finalità, non appare né opportuna né possibile a Costituzione invariata.

Né è superfluo evidenziare che la questione può porsi negli stessi identici termini anche per le pronunce del giudice ordinario. Che fare se alle sentenze della Corte di Cassazione, come a quelle del giudice amministrativo, sopravvenga a favore della parte il *decisum* incompatibile della Corte sovranazionale? È questo un quesito al quale, come osserva la Corte

³² Fermo restando l'oggetto del sindacato di giurisdizione, non modificabile dalla legge ordinaria, non si può escludere invece la compatibilità costituzionale di interventi normativi che guardino alla composizione del collegio giudicante. In questo senso, è risalente in dottrina la tesi che propugna l'istituzione di una sezione della Corte di Cassazione integrata da magistrati amministrativi e contabili, che sia competente a giudicare dei conflitti di giurisdizione sulla falsariga del *Tribunal des conflits* dell'esperienza francese (G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 4/2014, pp. 827 ss.). In questa direzione si muove una recente proposta di legge di iniziativa parlamentare presentata alla Camera (Proposta di legge c. 649/Bertolazzi e altri - 22 maggio 2018, recante "Delega al Governo per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di Cassazione").

Costituzionale, spetta al legislatore fornire una risposta³³. Ciò di cui l'interprete non può più dubitare, dopo la sentenza n. 6/2018, è che il problema esula dal campo di indagine del giudice della giurisdizione.

³³ Il monito riprende quello di C. cost., 26 maggio 2017, n. 123, con nota di A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1246. Premesso che l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU ha un contenuto variabile e che dalla giurisprudenza convenzionale non emerge allo stato l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo civile o amministrativo, la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 c.p.a. e degli artt. 395 e 396 c.p.c. nella parte in cui non prevedono una ipotesi di rievocazione della sentenza quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU.

L'ANNULLAMENTO D'UFFICIO TRA PROFILO
TEMPORALE E LEGITTIMO AFFIDAMENTO: LA
DECORRENZA DEL TERMINE DEI DICHIOTTO
MESI NEL COMMA 2-BIS DELL'ART. 21-NONIES
DELLA L. N. 241 DEL 1990*

GIOVANNI PENNETTA

SOMMARIO: 1. Il fattore tempo nella ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale precedente all'entrata in vigore della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia). – 2. La legge 7 agosto 2015, n. 124, il termine ragionevole e i diciotto mesi. – 3. Il ridimensionamento dell'autoritatività dell'azione amministrativa attraverso la valorizzazione del legittimo affidamento a seguito della legge n. 124 del 2015. – 4. Il comma 2-bis dell'art. 21-nonies l, 7 agosto 1990, n. 241 e l'affidamento del privato mendace; effetti sul nuovo termine di esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Abstract: The article examines the recent innovations in the regulation of administrative self-protection, and its deadline. Furthermore, the article discusses how the citizens' legitimate expectations increased after the overrun of the punitive feature typical of administrative decisions adopted by way of self-protection. Finally, the essay focuses on new case-law about acts of annulment made by PAs in case of misrepresented facts and substitutive declarations.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Il fattore tempo nella ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale precedente all'entrata in vigore della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia)

Le modifiche apportate dall'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124 all'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 rendono opportuna un'analisi sul rapporto tra il tempo e il legittimo affidamento del privato sotteso all'istituto dell'annullamento d'ufficio.

Ebbene, l'intervento normativo incidente sul decorso del tempo nell'annullamento d'ufficio è avvenuto nella scia di accurate elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. In particolare, il dibattito dottrinale sulla centralità del decorso del tempo nell'istituto dell'annullamento d'ufficio ha interessato larga parte della dottrina che, seppur non tutta concorde sul tema¹, ha prevalentemente evidenziato l'effetto dirompente di un annullamento d'ufficio poco tempestivo sul principio di certezza delle situazioni giuridiche soggettive².

E proprio sulla base di tali considerazioni, la dottrina più sensibile riteneva che il potere di annullamento in sede di autotutela, allora non soggetto a termini di esercizio, non potesse essere legittimamente esercitato allorchè il decorso di un congruo periodo di tempo avesse generato la convalescenza dell'atto

¹ Contrario alla figura della convalescenza è stato G. FALCON che ha ritenuto fuorviante parlare di convalescenza dell'atto a seguito del decorso del tempo in quanto il tempo, di per sé, non può esplicitare un effetto sanante, in *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2005, p. 179.

² E infatti si è evidenziato che “*il decorso del tempo nell'annullamento d'ufficio è legata alla maggiore turbativa che, decorso un lungo periodo di tempo, potrebbe discendere dall'annullamento d'ufficio rispetto a quella derivante dalla sopravvivenza dell'atto illegittimo*” così R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., in F.G. COCCA - F.A. ROVERSI MONACO - G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del Diritto Amministrativo Italiano*, Torino, 2017, p. 645.

sottostante³. Alle medesime conclusioni giungeva, seppur a distanza di qualche anno, la giurisprudenza più attenta⁴.

Questa impostazione, pur meritoria per l'insostituibile spazio di tutela accordato al singolo, era però basata non sull'affidamento del privato, ma sull'interesse del singolo alla conservazione dello stato di cose esistente a tutela dell'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche soggettive. È solo a partire dagli anni ottanta che, dapprima la dottrina, poi anche la giurisprudenza hanno delineato con maggiore consapevolezza il principio di tutela dell'affidamento del privato⁵, costruito come controlimite al potere di riesame della pubblica amministrazione.

Proprio la completa maturazione di tale svolta ermeneutica ha ispirato l'intervento legislativo che ha introdotto nella l. 7 agosto 1990, n. 241 l'art. 21-*nonies* dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15 il quale, al fine di fissare un limite certo entro il quale il potere di annullamento d'ufficio potesse essere esercitato, ha stabilito che l'emanazione del provvedimento dovesse avvenire entro un "*termine ragionevole*".

³ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Napoli, 1969, p. 437. Nel medesimo senso può leggersi E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1983, p. 418 il quale nutre considerevoli dubbi circa l'utilità pubblica dell'annullamento d'ufficio di un atto ove la situazione conseguente all'atto stesso si sia consolidata a seguito del decorso del tempo. Nel medesimo senso F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987, p. 151.

⁴ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 21 maggio 1990, n. 424, come già affermato da Cons. St., sez. V, 16 ottobre 1989, n. 641 "*non esistono termini perentori che circoscrivano nel tempo il potere della p.a., essendo solo sufficiente che quest'ultimo sia esercitato in ragionevole collegamento logico e causale con la situazione illegittima da rimuovere*" in V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2016, p. 500.

⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni '30 all'alternanza*, Milano, 2001, pp. 92 ss. il quale ritiene che il fattore tempo sia un elemento determinante per l'individuazione di una situazione di vantaggio e suggerisce che in caso di prolungata inerzia nell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio il fattore tempo non può costituire una limitazione al suddetto potere ma determina una decadenza dal possibile esercizio dello stesso, in linea con quanto previsto dall'ordinamento tedesco nell'istituto del *Verwirkung*.

Il comma 1 dell'art. 21-*nonies*, così formulato, ha avuto anche il merito di risolvere il conflitto fra la giurisprudenza minoritaria⁶, che sosteneva l'imprescrittibilità del potere di autotutela, e quella prevalente, che promuoveva la necessaria limitazione di tale potere attraverso i ragionevoli termini di esercizio. La soluzione di compromesso accolta dal legislatore, però, ha ben presto mostrato tutti i suoi limiti, soprattutto in ordine alla quantificazione della ragionevolezza salvifica per l'esercizio del potere demolitorio, variamente definita, ricorrendo financo a locuzioni per lo più indefinite⁷, dalla giurisprudenza subito successiva alla riforma.

Va però evidenziato che i primi formanti giurisprudenziali avevano optato per la verifica del criterio della ragionevolezza in ordine al tempo entro il quale il provvedimento di secondo grado doveva essere adottato eminentemente su termini qualitativi e non quantitativi. Infatti, ben poteva accadere che, a parità di tempo trascorso, l'annullamento d'ufficio di un permesso di costruire poteva essere adottato entro un ragionevole termine, se l'opera non era ancora iniziata, e oltre il ragionevole termine se, al contrario, l'atto di secondo grado fosse intervenuto ad opera già ultimata⁸.

2. La legge 7 agosto 2015, n. 124, il termine ragionevole e i diciotto mesi

Dalla concisa ricostruzione fornita – e soprattutto alla luce della riforma del 2005 – pare evidente la tendenza dell'ordinamento ad armonizzare il principio del rispetto delle regole con quello della certezza del diritto. E invero, se da un lato

⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 30 ottobre 1981, n. 547, in *Foro amm.*, 1981, 1/2003.

⁷ Si rinvencono difatti nella giurisprudenza espressioni quali: “*a distanza di tempo*” (Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2011, n. 1543); “*decorso di un notevole lasso di tempo*” (TAR Bologna, sez. II, 21 dicembre 2016, n. 1052; Cons. St., sez. IV, 21 luglio 2002, n. 4077); “*a breve distanza di tempo*” (Cons. St., sez. V, 29 maggio 200, n. 3096); “*effetti destinati a protrarsi nel tempo*” (TAR Abruzzo, 15 gennaio 1999, n. 23); “*considerevole lasso di tempo*” (TAR Napoli, sez. VIII, 7 marzo 2012, n. 1130).

⁸ R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit. In particolare, si fa riferimento alle sentenze del Cons. St., sez. V, 7 settembre 2001, n. 4669 e sez. IV del 2 dicembre 1999, n. 1769.

l'esercizio del potere di autotutela soggiace al principio di legalità, dall'altro, lo stesso non può non tener conto dei vincoli dell'affidamento e della buona fede. In altri termini, tale tendenza, rafforzata nella c.d. riforma Madia, ha permesso di conciliare le esigenze di osservanza delle regole con quelle di stabilità del rapporto, finalizzata al mantenimento e alla conservazione degli effetti giuridici favorevoli al destinatario⁹. Dunque, se, fino alla riforma del 2015, il potere della p.a. di intervenire in autotutela su atti divenuti inoppugnabili era rimesso alla sua piena discrezionalità a causa dell'indefinitezza quantitativa delle espressioni normative, con la riforma Madia questo potere di ripensamento è stato sottoposto ad un limite decadenziale, al fine di rendere più agevole il consolidamento delle situazioni giuridiche dei privati¹⁰, proseguire il percorso avviato con la legge n. 15 del 2005 e superare le incertezze applicative sopra evidenziate.

Ebbene, si tratta di una forma di decadenza automatica dal potere amministrativo di annullamento, onde evitare illegittime compressioni del principio di buona fede e di tutela del legittimo affidamento del cittadino, generato da un comportamento della pubblica amministrazione e imposto dalle esigenze di certezza nei rapporti giuridici proprie del moderno stato di diritto¹¹.

E invero, l'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1, l. 7 agosto 2015, n. 124 aggiunge un'essenziale novità con riferimento al termine ragionevole, prevedendo che *“il termine ragionevole non possa comunque essere superiore a diciotto mesi”*. Contestualmente, per evidenti fini di bilanciamento, il legislatore ha provveduto ad abrogare l'art. 1, comma 136 della legge finanziaria per l'anno 2015 laddove prevedeva un limite temporale di tre anni per l'annullamento d'ufficio nei casi in cui lo stesso avesse portato

⁹ E. GIARDINO, *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2018, p. 439.

¹⁰ R. CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Le nuove leggi del diritto*, Roma, 2016, p. 15.

¹¹ M. MACCHIA, *La riforma della Pubblica Amministrazione, sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2015, p. 621.

risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche¹².

Ulteriore bilanciamento previsto dall'art. 6 è quello che prevede, al comma 2-*bis*, l'inapplicabilità, in funzione di clausola di salvaguardia, del termine dei diciotto mesi nei casi di "*provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. n. 445/2000*". Questa previsione è evidentemente ispirata alla clausola del § 48 della legge tedesca che impedisce al beneficiario di appellarsi all'affidamento qualora egli abbia ottenuto il provvedimento amministrativo con dolo, minaccia o corruzione o mediante dichiarazioni sostanzialmente erranee o incomplete¹³.

All'esito della ricostruzione statica della normativa, pare evidente che l'opera di specificazione temporale entro cui esercitare il suddetto potere di annullamento ha avuto l'obiettivo di tutelare il legittimo affidamento del cittadino e salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici.

Prima di passare all'analisi approfondita degli effetti temporali della disposizione in esame occorre fare una precisazione iniziale; il limite temporale di diciotto mesi, che riguarda tutti i "*provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici*", sembra riferibile a tutte le tipologie di atti adottati in soddisfacimento di interessi legittimi pretensivi, qualunque sia il *nomen iuris* utilizzato. Occorre infatti precisare che il limite temporale previsto dall'art. 21-*nonies* opera nei soli confronti dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari, ovvero quelli che hanno direttamente attribuito il "*bene della vita*" al richiedente, mentre è stato ritenuto esulante dalla perimetrazione normativa avente ad oggetto il limite temporale il potere di autotutela su provvedimenti negativi non

¹² S. D'ANCONA, *L'autotutela dopo la riforma Madia: l'annullamento d'ufficio dopo la riforma Madia*, in *Riv. giur. it.*, 12/2015, p. 2748.

¹³ G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Riv. urb. e app.*, 1/2016, p. 5.

satisfattivi dell'interesse legittimo pretensivo del richiedente, in quanto essi lascerebbero sostanzialmente inalterato il quadro giuridico preesistente¹⁴.

Con riferimento alle considerazioni di ordine temporale, invece, giova sottolineare che il termine dei diciotto mesi deve essere interpretato come un termine massimo in quanto resterebbe pur sempre in vigore la previsione per cui l'esercizio del potere di riesame deve avvenire entro un termine ragionevole: la nuova formulazione non lascerebbe spazio a letture restrittive dell'articolo. Pertanto, è più corretto ritenere che, ove l'atto sia adottato oltre il diciottesimo mese, questo risulti illegittimo per violazione di legge; ove, invece, venga adottato entro il termine potrà ritenersi viziato da eccesso di potere solo nei casi in cui lo spazio temporale impiegato per l'azione amministrativa si riveli comunque irragionevole¹⁵.

Permane, dunque, alla base della valutazione di ragionevolezza¹⁶ del termine la regola per cui l'amministrazione è tenuta a considerare "gli elementi di cui quel tempo si è riempito" ai fini di un corretto esercizio dello stesso entro un termine ragionevole¹⁷. In sostanza, il potere di annullare deve essere esercitato nell'arco temporale indicato, pur nel rispetto del vincolo di ragionevolezza, sempre al fine di tutelare il principio

¹⁴ R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in www.federalismi.it, 2017.

¹⁵ Cfr. M. LIPARI, *La Scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in www.federalismi.it, 2015. L'Autore ritiene, inoltre, che sebbene il termine dei diciotto mesi sia da ritenersi quale termine insuperabile, sarà ben possibile che nel caso concreto il termine ragionevole possa essere inferiore; in altri termini, anche un termine inferiore ai diciotto mesi potrebbe determinare l'illegittimità del provvedimento di secondo grado in quanto nessuna presunzione di legittimità potrà operare nel caso in cui l'amministrazione si attivi entro il termine massimo previsto, dovendo comunque essere accertato se l'esercizio del potere nel caso concreto è avvenuto entro un termine ragionevole.

¹⁶ Si ricorda nuovamente che, in relazione al giudizio di ragionevolezza, la valutazione in concreto dipenderà dalle circostanze concrete e da una valutazione di prudente bilanciamento tra la protezione degli interessi del privato e la cura dell'interesse pubblico, così M. CLARICH - G. FONDERICO, *Procedimento amministrativo*, Milano, 2015, p. 638.

¹⁷ G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 4/2002, pp. 689 ss.

dell'affidamento del destinatario¹⁸, come noto, riconosciuto anche a livello euro unitario, quale limite fondamentale avverso l'esorbitanza dei poteri pubblicistici, in tutti i campi in cui opera l'amministrazione, assieme alla proporzionalità¹⁹.

Dalla ricostruzione così fornita, il potere amministrativo di riesame, in considerazione del termine perentorio di scadenza, sembrerebbe da considerarsi non più immanente ed inesauribile, ma espressione di una potestà amministrativa differente, legata agli stretti limiti normativi imposti al suo esercizio²⁰. In questa veste il termine ragionevole costituisce un limite all'esercizio dell'annullamento, in quanto il consolidamento degli effetti dell'atto (c.d. convalida dell'atto) ha il fondamentale ruolo di tutelare l'affidamento del privato²¹.

Sotto altro profilo, invece, la stretta interpretazione letterale del primo comma dell'art. 21-*nonies* aveva sin da subito posto l'interrogativo circa il momento di operatività del termine dei diciotto mesi. In particolare, rilevanti dubbi sorgevano con riguardo al possibile annullamento d'ufficio dei provvedimenti adottati 18 mesi prima dell'entrata in vigore della l. 7 agosto 2015, n. 124. In particolare, secondo una prima impostazione, il termine dei diciotto mesi avrebbe avuto efficacia retroattiva, nel senso di computare anche il tempo trascorso anteriormente alla legge suddetta. Di contro, la tesi preferibile, largamente sostenuta in giurisprudenza, sosteneva l'applicazione del termine di diciotto mesi solo per l'avvenire per un doppio ordine di ragioni, rintracciate prevalentemente nel necessario rispetto del generale principio di irretroattività della legge (art. 11 delle preleggi) e nella ragionevolezza, così da non limitare in maniera eccessiva e irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. Si arriverebbe, infatti, all'irragionevole e

¹⁸ Cfr. C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1177.

¹⁹ Cfr. C. giust. UE, 2005, C-148/04; C. giust. UE, 2014, C-440/13.

²⁰ F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, 2015, la ricostruzione fornita dall'Autore in ordine al nuovo limite dei diciotto mesi mette in dubbio gli elementi fondativi della teorica dell'autotutela decisoria, quali l'immanenza e l'inesauribilità di un potere, oggi, stretto entro limiti temporali ben definiti.

²¹ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVIII ed., Milano, 2016, p. 576.

distorta conseguenza per cui, con riguardo ai provvedimenti adottati diciotto mesi prima dell'entrata in vigore della nuova norma, l'annullamento d'ufficio sarebbe, per ciò solo, precluso. È stato quindi correttamente ritenuto che, rispetto ai provvedimenti illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, il termine dei diciotto mesi decorre dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione. Come detto, è fatta salva, comunque, l'operatività del “*termine ragionevole*” già previsto dall'originaria versione dell'art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241²².

In sostanza, con riferimento all'inapplicabilità retroattiva del termine di diciotto mesi previsto dal nuovo art. 21-*nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, la giurisprudenza, evidenziando la sussistenza di un contrasto sull'applicabilità *ratione temporis* del nuovo termine di diciotto mesi ha ritenuto, da un lato, che tale termine non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione²³ e, dall'altro, la valenza — ancorché solo interpretativa — della nuova previsione, anche laddove inapplicabile *ratione temporis*²⁴.

3. Il ridimensionamento dell'autoritatività dell'azione amministrativa attraverso la valorizzazione del legittimo affidamento a seguito della legge n. 124 del 2015

Come già accennato, il mutamento di prospettiva inaugurato con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, e consolidato dalla c.d. riforma Madia, esprime un nuovo paradigma normativo “*ormai*

²² Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 02 maggio 2018, n. 2936, in *Foro amm.* 2/2018; in senso conforme Cons. St., sez. VI, 13 luglio 2017 n. 3462.

²³ Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2017 n. 250, in *www.iusexplorer.it*; *contra*, tra le altre, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 4 gennaio 2017 n. 65; TAR Puglia, Bari, sez. III, 14 gennaio 2016 n. 47.

²⁴ Cons. St., sez. VI, 31 agosto 2016 n. 3762. Per un approfondimento, si rinvia alla rassegna giurisprudenziale di L. DROGHINI - G. STRAZZA, *Il potere di autotutela caducatoria* (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990 s.m.i.), in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

*incompatibile con l'immanenza e l'inesauribilità del potere*²⁵. Il percorso che si è andato delineando nelle evoluzioni normative traccia un fondamentale passo in avanti verso la fissazione di stringenti limiti (interni ed esterni) al discrezionale esercizio del potere di riesame, che lasciano ora maggiore spazio all'interesse delle posizioni soggettive spettanti ai destinatari del provvedimento²⁶. Ebbene, nell'attuale scenario valorizzante il primato dei diritti individuali sul "*dirigismo burocratico*"²⁷, il ripensamento delle azioni da parte della p.a. genera già di per sé l'obbligo non più e non solo di verifica dei presupposti e delle condizioni per l'emanazione del provvedimento di secondo grado, ma ancor più e prima ancora, di operare un'attenta valutazione del se e come intervenire, al fine della conservazione/regolarizzazione o eliminazione dell'atto viziato. Mentre la prima fase presenta i caratteri tipici della doverosità amministrativa, volta al ripristino della legalità violata, nella seconda fase ritorna il classico e comune *spatium deliberandi* tipico dell'agire amministrativo, teso alla verifica ponderata dei fatti-affidamenti in concreto maturati dai soggetti e al bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

Così facendo, la responsabilità pubblica nell'esercizio dei poteri di secondo grado finalmente emenda l'azione amministrativa dai caratteri di afflittività tipici delle azioni di autotutela espresse in chiave sanzionatoria²⁸ e si sposta verso una nuova concezione del potere, più incline al bilanciamento di interessi e maggiormente attento alla valutazione dell'affidamento maturato dal privato.

²⁵ Cfr. Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2016, n. 839, in materia di Scia e inoltre dallo stesso Cons. St., comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640, nel rispondere ad alcuni quesiti sui problemi applicativi dell'art. 17-bis, l. n. 241/1990.

²⁶ TAR Lazio, Roma, sez. I-ter, 06 settembre 2016, n. 9563, con nota di G.D. COMPORTI, *Autotutela della pubblica amministrazione – prove di resistenza in tema di autotutela della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. it.*, 1/2017, p. 180.

²⁷ Sempre il Cons. St. nel citato parere n. 1640/2016.

²⁸ Cfr. M.M. FRACANZANI, *Prospettive fra procedimento e processo: dalla pretesa di provvedimento alla nebulosità della sanzione, dall'annullamento del provvedimento all'ottemperanza*, in *Aipda*, Annuario 2014, *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, p. 343.

Sullo sfondo della maggiore inclusività procedimentale, dell'affermarsi di ordinamenti sovrastatali e dei loro conseguenti condizionamenti, si è arrivati ad una graduale evoluzione dell'azione amministrativa che, di pari passo ad una sua rimeditazione sotto il profilo dell'esercizio del potere, ha condotto verso la valorizzazione della certezza giuridica e della stabilità dei rapporti attraverso il tendenziale ridimensionamento dell'attività autoritativa²⁹.

E così, la limitazione temporale inizialmente prevista dal legislatore per il riesercizio del potere da parte dell'amministrazione (“*entro un termine ragionevole*”), altro non è che un primo passo per raggiungere l'obiettivo suddetto, quello, cioè, della certezza giuridica, seppur ancora legato alla discrezionalità amministrativa e alla valutazione del caso specifico³⁰. Invero, nei procedimenti di secondo grado la valutazione di opportunità circa la permanenza degli effetti giuridici del provvedimento interessato non veniva ancorata a rigorose regole giuridiche ma, al contrario, era rimessa ad una valutazione ponderativa dell'amministrazione. Già prima della riforma del 2015 si riteneva, infatti, che quanto maggiore fosse stato l'affidamento ingenerato nel privato titolare di una situazione di vantaggio, specie quando sia decorso un rilevante lasso di tempo tale da cristallizzare lo *statu quo*³¹, tanto più accurata avrebbe dovuto essere la valutazione comparativa degli interessi in gioco. In altri termini, l'amministrazione era tenuta

²⁹ A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

³⁰ Cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F. G. SOCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, pp. 314 ss.

³¹ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Riv. trim. di dir. amm.*, Milano, 1/2005, p. 852 nel senso che il tempo intercorso tra l'emanazione dell'atto e l'annullamento determina un dovere di correttezza per l'amministrazione (dovere di ponderazione degli interessi) e un interesse del privato a non vedere delusa la fiducia suscitata dall'inerzia dell'amministrazione.

ad effettuare una valutazione discrezionale³² dell'interesse pubblico, che si esprime, anche in questa sede, in termini di ponderazione comparativa degli interessi dei destinatari dei precedenti provvedimenti ampliativi, i quali ripongono un fondato affidamento sulla protrazione delle situazioni consolidate.

Successivamente, con le modifiche apportate dall'art. 6, comma 1, della l. 7 agosto 2015, n. 124, il percorso legislativo tende a distanziarsi in maniera sempre più netta dal garantismo dell'azione autoritativa spostandosi verso la tutela della certezza giuridica, della stabilità dei rapporti e dell'affidamento legittimo del privato laddove, al dettato per il quale l'esercizio del potere debba avvenire entro un termine ragionevole, aggiunge "*comunque non superiore a diciotto mesi*". Questo percorso suggella un nuovo paradigma³³ dei rapporti tra cittadino e autorità all'interno del quale l'inoppugnabilità dei provvedimenti non è più disciplinata in solo ed unico favore dell'amministrazione, ma riporta la tutela all'interesse pubblico, di cui l'interesse privato alla stabilità delle situazioni giuridiche è naturale componente. Tuttavia, anche a seguito dell'introduzione del limite temporale dei diciotto mesi, non può ritenersi esclusa la necessaria attività di bilanciamento degli interessi che l'amministrazione sarà comunque tenuta ad effettuare.

Ebbene, in ragione del prolungato decorso del termine temporale, l'attività di bilanciamento degli interessi, ai fini della caducazione del provvedimento di primo grado, potrebbe risultare sempre più difficoltosa. Il decorso del tempo, infatti, incidendo sull'attualità dell'interesse pubblico, se, da un lato,

³² Sulla discrezionalità del potere di autotutela cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento*, cit., che considera l'annullamento d'ufficio necessariamente discrezionale in considerazione della possibile difformità della situazione al momento dell'adozione dell'atto di secondo grado rispetto a quella originaria. Diversamente E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 488 secondo il quale l'annullamento non può che essere facoltativo, in quanto espressione di un interesse proprio dell'amministrazione, non bisogno di giustificazione rispetto ad altri interessi.

³³ Cons. St., comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839 sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

rende sempre più difficile dimostrare l'interesse pubblico sotteso alla caducazione di un determinato provvedimento, dall'altro, tende a cristallizzare lo *status quo*³⁴. In altre parole, l'affidamento del privato acquisisce sempre maggiore consistenza a mano a mano che trascorre il tempo dal momento del provvedimento di primo grado³⁵ e, oggi, la p.a. è tenuta a prendere in considerazione quest'ultimo in una prospettiva differente rispetto al passato, sicuramente più attenta alla salvaguardia delle posizioni giuridiche individuali.

4. Il comma 2-bis dell'art. 21-nonies l. 7 agosto 1990, n. 241 e l'affidamento del privato mendace; effetti sul nuovo termine di esercizio del potere di annullamento d'ufficio

La c.d. riforma Madia ha quindi individuato un limite temporale ben preciso entro il quale definire la ragionevolezza del termine spettante all'amministrazione per invocare il difetto originario dei presupposti di legittimità, al fine di rimuovere *ex tunc* i propri provvedimenti. Come anticipato, la riforma del 2015 ha previsto, al comma 2-bis, che *“i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”*.

Come abbiamo avuto modo di osservare, il limite temporale massimo dei diciotto mesi previsto per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio trova espressa deroga nel citato comma 2-bis dello stesso art. 21-nonies, seguendo l'intento legislativo di coniugare la certezza del diritto e la stabilità del

³⁴ F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, V ed., Torino, 2017, p. 348.

³⁵ Così, cfr. M. CLARICH - G. FONDERICO, *Procedimento*, cit. che distingue inoltre l'affidamento, quale fattore di potenziamento dell'*expectation* del privato, dal principio di certezza del diritto, che si realizza nel momento in cui il trascorrere del tempo ha raggiunto il massimo fattore di potenziamento dell'affidamento (Cfr. Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440).

rapporto giuridico con l'eventuale intervento di una sentenza penale di condanna riguardante il compimento dell'illecito penale che ha generato esiti favorevoli per il re³⁶.

La *ratio* sottesa a questo comma altro non è che una diversa declinazione della tutela dell'affidamento del privato fondato sulla buona fede³⁷. Ed invero, nei casi in cui non sussiste la buona fede del privato, come nell'ipotesi prevista dal comma 2-*bis*, viene a mancare la componente soggettiva dell'affidamento e il potere amministrativo si riespande sotto il profilo temporale³⁸.

Pertanto, anche dopo il decorso del termine dei diciotto mesi l'annullamento d'ufficio può essere disposto, ferma la presenza degli altri presupposti previsti dal comma 1 (dovrà quindi essere presente un interesse pubblico diverso dall'interesse al ripristino della legalità violata e la ponderazione tra questo e gli interessi dei destinatari e dei controinteressati³⁹). In questa prospettiva,

³⁶ E. GIARDINO, *L'autotutela*, cit.

³⁷ Vedi storicamente per tutti: F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1981; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1977; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede, e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.*, SCIALOJA - BRANCA, Bologna-Roma, 1980; R. SACCO, *L'integrazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974; tutto in M. BESSONE - A. D'ANGELO, *Buona fede, dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, Milano, 2017.

³⁸ M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. di urb.*, 1/2016, pp. 99 ss., rielaborazione della relazione dal titolo "*Autotutela amministrativa e certezza delle situazioni giuridiche soggettive*" presentata al convegno "*Le nuove semplificazioni dell'attività amministrativa*", Università degli studi di Padova, 20 maggio 2016.

³⁹ Per una più esauriente lettura dei presupposti dell'annullamento d'ufficio v. F.G. COCA, *Diritto Amministrativo*, V ed., Torino, 2017, pp. 336 ss. In questi casi non sarebbe configurabile un "*annullamento doveroso*" (tesi superata in dottrina sin dalla metà del secolo scorso), ipotesi in cui l'Amministrazione è tenuta obbligatoriamente a rimuovere l'atto per assicurare la legalità dell'azione dei pubblici poteri. La tesi era stata sostenuta da V. ROMANELLI, in *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, e di recente sistematizzata nella dottrina da B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2007, pp. 1223 ss.

infatti, il legislatore ha voluto sottolineare la discrezionalità dell'amministrazione laddove ha previsto che i provvedimenti di primo grado *“possono essere annullati”*, affidando l'esercizio di tale potere alla valutazione contemporanea delle altre condizioni previste dall'art. 21-*nonies*.

Eppure, non poche perplessità applicative sono sorte con riferimento alla disposizione in esame. Il dubbio più risalente in giurisprudenza riguardava l'applicabilità della deroga ai diciotto mesi, prevista dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, anche ai casi in cui le *“false rappresentazioni dei fatti”* o le *“dichiarazioni sostitutive false o mendaci”* non avessero riguardato dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto di notorietà non ancora accertate con sentenza passata in giudicato. Ebbene, la giurisprudenza ha ritenuto che, in stretta aderenza ai canoni di ragionevolezza, lo stato di affidamento meritevole di tutela non possa prescindere da una correttezza formale del comportamento del privato, di talché *“le condizioni imposte ai fini dell'operatività dell'eccezione di cui al comma 2 bis debbano essere intese nei termini più restrittivi possibile, anche per la salvaguardia del principio di imparzialità e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.”*⁴⁰.

In altri termini, il diritto vivente ha reputato l'espressione *“accertate con sentenza passata in giudicato”* riferibile unicamente alle dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto di notorietà, non riferendosi, più in generale, a qualsivoglia altra falsa rappresentazione dei fatti resa dal privato. La falsa rappresentazione dei fatti compiuta dal privato, invero, integra una condotta non sovrapponibile alle false dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Ciò nondimeno, prevedere il necessario passaggio in giudicato di tutte le false rappresentazioni dei fatti sarebbe foriero di rilevanti dubbi di legittimità costituzionale, non solo per l'incerta attesa dei tempi del processo penale, ma anche per tutti i margini di incertezza giuridica legati alle eventualità in cui una sentenza di

⁴⁰ V. TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 7 marzo 2017, n. 3215.

assoluzione risulti essere stata emessa non per l'irrelevanza della condotta ma per altri marginali condizionamenti giuridici⁴¹.

Nel mentre, e con specifico riferimento al *dies a quo* a partire dal quale è possibile individuare il termine ragionevole per l'esercizio del poter di annullamento d'ufficio, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁴² la quale ha ritenuto che il termine in questione decorra “*dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto*”.

Più di recente la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di confrontarsi con la singolare fattispecie in cui – con riferimento alle false rappresentazioni dei fatti non accertate con sentenza passata in giudicato – l'amministrazione ha la possibilità di superare il termine dei diciotto mesi e rimettersi alla sola valutazione del termine ragionevole per esercitare l'annullamento d'ufficio. Ebbene, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, al fine di rispettare la *ratio* e il fondamento delle *legitimate expectations* del privato, i presupposti per l'adozione del provvedimento ampliativo della sfera privata non possano discendere da un errore imputabile alla parte (e non all'amministrazione). In tali casi, invero, è giusto ritenere che la parte privata non possa beneficiare, *contra factum proprium*, della rigidità del termine imposto all'amministrazione per il riesercizio del potere, con conseguente impossibile annullamento d'ufficio del provvedimento ampliativo. In tali casi, infatti, l'affidamento vantato dal privato non presenterebbe i presupposti minimi di tutela, né potrebbero plausibilmente comprimersi i tempi per l'accertamento della verità⁴³.

In aggiunta, il giudice d'appello ha ritenuto di condividere l'interpretazione del giudice di prime cure laddove ha considerato il predicato del comma 2-bis riferibile

⁴¹ C. SANTARELLI, *La falsa rappresentazione dei fatti alla p.a. rende possibile l'annullamento in autotutela anche oltre il termine di diciotto mesi*, in *Riv. trim. I contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2/2017, pp. 129-134.

⁴² V. Cons. St., ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8.

⁴³ M. A. SANDULLI, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato formale*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *www.lamministrativista.it*, Torino, 2018.

esclusivamente alle “*dichiarazioni sostitutive*”⁴⁴ e non alle “*rappresentazioni*” per le ragioni su esposte. In definitiva, il superamento del termine di diciotto mesi è consentito: a) nel caso in cui il rilascio del provvedimento ampliativo sia stato frutto di una condotta di falsificazione (indipendentemente dal fatto che siano state rese dichiarazioni sostitutive) penalmente rilevante, accertata con sentenza passata in giudicato; b) nel caso in cui l'erroneità dei presupposti alla base del rilascio del provvedimento ampliativo non risulti imputabile, neanche a titolo di colpa concorrente, all'Amministrazione, ma unicamente al dolo della parte.

In questi casi dovrà quindi farsi riferimento esclusivamente al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco⁴⁵.

⁴⁴ Ulteriore dubbio sollevato in dottrina ha riguardato l'accertamento della non veridicità delle dichiarazioni sostitutive in M. NUNZIATA - M. DEL GIUDICE, *il nuovo procedimento amministrativo dopo la riforma della p.a.*, in, M.A. SANDULLI (a cura di), *www.lamministrativista.it*, Torino, 2015. In particolare, fra le sanzioni penali cui al capo VI del d.P.R. 445/200, l'art. 75 prevede che “*qualora dal controllo di cui all'art. 71 emerga la non veridicità del contenuto delle dichiarazioni, il dichiarante decade dai benefici*”. Questo dimostrerebbe che l'accertamento della veridicità delle dichiarazioni ben potrebbe avvenire in sede amministrativa e non penale.

⁴⁵ V. Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940.

TAGLI AI VITALIZI DEI PARLAMENTARI: ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLE NUOVE NORME REGOLAMENTARI*

SILVANA GALDIERI

SOMMARIO: 1. Indennità e vitalizio dei parlamentari: le origini e la ragion d'essere. – 2. Il problema delle fonti: legge o regolamento parlamentare? – 3. Profili di incostituzionalità delle ultime norme regolamentari in materia di vitalizi. – 4. Sindacato di legittimità costituzionale e tutela giurisdizionale.

Abstract: To begin with, reference is made to the free nature of the parliamentary mandate, which has been called into question by the democratic evolution of the parliamentary institutions and which has been overcome at the end of the liberal State. The reform of the discipline of lifetime income of deputies and senators, carried out in 2018 by the offices of Presidency of the Chambers, is then addressed, with attention to the different profiles in the light of which it is necessary to assess the suitability of the legal source adopted. In order to investigate the content of possible complaints of unconstitutionality, the article retraces the jurisprudence of the Constitutional Court relating to regulatory interventions *in peius*, retroactively affecting legal relations of duration. Then, the article highlights the constitutional principle of legal certainty, that the Legislator must take into account in the due balancing of the interests at stake. A brief reference is made to the jurisprudence of the ECHR, the ECJ and the principles of the Charter of Fundamental Rights of the EU. Finally, the attention is turned to the self-

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

declaration of Parliament as regards its competence to judge the appeals on the matter, with the consequent prohibition of the question of constitutional legitimacy, the emergence of a conflict of attribution between the powers of the State and the possible paths for its introduction.

1. Indennità e vitalizio dei parlamentari: le origini e la ragion d'essere

Le norme regolanti la materia dei vitalizi dei parlamentari sono state riformulate lo scorso anno, trovando nuovamente spazio, dopo la mancata approvazione in Senato del d.d.l. Ricchetti¹, l'autonomia regolamentare degli Uffici di Presidenza delle Camere². Il criterio di calcolo adottato, di tipo contributivo, si pone nel solco dell'evoluzione del sistema in senso previdenziale, con assimilazione all'ordinario trattamento pensionistico, tanto da apparire ormai improprio l'uso del termine "vitalizio"³. La nuova disciplina pone questioni non secondarie attinenti alla scelta della fonte normativa, anche per quanto ne deriva in ordine alla competenza a giudicare dell'eventuale contenzioso, nonché agli aspetti di incostituzionalità che emergono soprattutto per l'efficacia retroattiva dei provvedimenti.

Prima di affrontare il merito di tali temi sarà intanto opportuno rintracciare la *ratio* del trattamento economico di fine mandato dei parlamentari, privo di un'espressa previsione di rango costituzionale. Al di là del collegamento che, in via ermeneutica, si potrebbe porre tra vitalizio e indennità, di cui tratta l'articolo 69 cost.⁴, certamente accomuna i due istituti la

¹ Senato della Repubblica, Disegno di legge (Disposizioni in materia di abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali), n. 2888, XVII Legislatura, 27 luglio 2017, in *Atti parl. Sen.*

² Ufficio di Presidenza della Camera, Delib. del 12 luglio 2018, n. 14; Consiglio di Presidenza del Senato, Delib. del 16 ottobre 2018, n. 6.

³ Sull'argomento si veda G. VASINO, *Alcune riflessioni sulla "riforma" dei vitalizi parlamentari tra vecchie questioni e nuove criticità*, in *Forum di Quad. Cost.*, *Novità dal Forum, Rass.*, 9/2018, p. 3.

⁴ L'art. 69 dispone: "I membri del Parlamento ricevono una indennità stabilita dalla legge".

finalità che intendono conseguire. Il Consiglio di Stato, nel parere reso dalla Commissione speciale del 26 luglio 2018, ha evidenziato che essa consiste nel “*garantire [...] il più ampio accesso alle cariche rappresentative*”, ma anche, può aggiungersi, il libero espletamento del mandato parlamentare.

Non è certo lo scarno enunciato dell’art. 69 che ne fa intuire i principi ispiratori, soccorrendo piuttosto la prima formulazione licenziata dalla Costituente ove si precisa che “*i Deputati ricevono un’indennità nella misura fissata dalla legge per garantire loro in ogni caso l’indipendenza economica e il doveroso adempimento del mandato*”⁵.

In quella sede il consenso sulla necessità di prevedere un’indennità per i parlamentari fu unanime, al di là di diversificate posizioni quanto ad una più puntuale definizione del suo profilo. Il principio di gratuità del mandato, sancito dallo Statuto albertino, era stato infatti già del tutto rimosso al tramontare dello Stato liberale⁶, al termine di un lungo percorso costellato da un rilevante numero di disegni di legge e segnato da un dibattito parlamentare divenuto di particolare intensità negli ultimi due decenni dell’Ottocento⁷.

La questione si correlava strettamente all’avvertita esigenza di far evolvere il sistema istituzionale verso forme di maggiore democrazia, ampliando le possibilità di partecipazione attiva⁸.

⁵ Assemblea Costituente, Comm. per la Cost., Seconda sottocomm., *Resoconto sommario della seduta di giovedì 26 settembre 1946*.

⁶ Art. 11 della l. 30 giugno 1912, n. 665. Per ciascun deputato era prevista la corresponsione di £ 2.000 annue a titolo di rimborso spese di corrispondenza. “*A compenso per altri titoli*” era prevista la corresponsione di ulteriori £ 4.000 ai Deputati “*che non godono stipendio, retribuzione, assegno fisso o pensione sul bilancio dello Stato o su bilanci ad esso allegati*”.

⁷ Sull’argomento si veda, *ex plurimis*, L. BORSI - M. BRACCO (a cura di), *Note sull’A.S. n. 2888 “Disposizioni in materia di abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali”*, Roma, Senato della Repubblica, Servizio studi, Dossier n. 528, 09/2017; F. MUSSO, *Il dibattito parlamentare sull’indennità di carica ai deputati (1848-1912)*, in *Il politico*, 65, 2/2000, pp. 285-310.

⁸ “*Io credo che dovremmo ricordarci come è sorta l’indennità parlamentare, che non è uno stipendio. [...] Quando il suffragio universale allargò ancora le porte del Parlamento in Italia diventarono più frequenti [...] quei deputati che si cucevano due uova sul davanzale delle finestre della Camera [...]*” (Assemblea Costituente, *Verbale della seduta pomeridiana di venerdì 10 ottobre 1947*, intervento dell’on. Lucifero).

Però, benché già le norme statutarie avessero conferito in astratto carattere di universalità alla platea dell'elettorato passivo, questa, nella realtà, continuava ad essere ristretta nei limiti della logica censitaria. Di conseguenza, anche al progressivo affermarsi del suffragio universale, l'evoluzione del sistema dei pochi che eleggevano tra pochi non era andata oltre quello dei molti che, come prima, potevano scegliere sempre tra pochi. Era dunque centrale *“la questione del ceto politico, della sua individuazione e formazione”*, con l'avvio di *“processi di professionalizzazione dell'attività parlamentare”* e il superamento delle *“dinamiche di rappresentanza notabilare”*⁹.

È questo il contesto nel quale matura la necessità di riconoscere un'indennità di carica ma nel quale nasce anche il timore della trasformazione del politico in *“politicante”*¹⁰, più attento al proprio interesse che alla cura della cosa pubblica.

2. Il problema delle fonti: legge o regolamento parlamentare?

L'indennità di mandato venne istituita, secondo la riserva posta dall'articolo 69 cost., con apposita legge¹¹, mentre il diritto dei parlamentari a percepire un vitalizio al termine del mandato è stato riconosciuto con l'adozione di regolamenti minori¹², restando tuttora questione aperta l'essere questi atto fonte idoneo a disciplinare la materia¹³.

⁹ *Id.*, pp. 285 ss.

¹⁰ Sull'argomento si sofferma F. MUSSO, *Op. cit.*, pp. 305 ss.

¹¹ L. 31 ottobre 1965, n. 1261.

¹² I primi regolamenti delle Camere in materia di vitalizi, risalenti al 1968, erano stati preceduti, nel 1956, dall'istituzione delle Casse di previdenza per i deputati e i senatori. La *“forma di mutualità”* si era poi *“gradualmente trasformata in una forma di previdenza obbligatoria di carattere pubblicistico”* (C. cost., sentenza n. 289 del 1994, p.to 3 del *Cons. in dir.*).

¹³ Potrebbe richiamarsi che l'analogo trattamento riservato ai giudici della Corte costituzionale è stato disposto sin dall'origine con legge (l. 15 ottobre 1958, n. 265). Il confronto, però, non è ben posto poiché l'autonomia regolamentare dell'organo costituzionale è limitata a *“disciplinare l'esercizio delle sue funzioni”* (art. 14 della l. cost. 11 marzo 1953, n. 87 e s.m.i.). Un'autonomia dagli esatti confini, tanto che per la stessa autodichia, contemplata nel medesimo articolo, è posto il limite della sua applicabilità ai soli dipendenti.

Il Consiglio di Stato¹⁴ ha tratteggiato, secondo dottrina e giurisprudenza costituzionale¹⁵, il sistema delle fonti, al cui interno le norme regolamentari, gerarchicamente distinte in “maggiori” e “minori” – queste ultime con indiretto radicamento nell’art. 64 Cost. – sono da ritenersi equiordinate alla legge con efficacia di norme primarie. Ad avviso del Consiglio di Stato, dunque, “i regolamenti minori” sono “strumento astrattamente idoneo per la definizione e la disciplina del trattamento economico di quiescenza dei parlamentari”.

È da osservare, però, che la loro competenza riservata si esplica in limiti “di operatività «geograficamente» circoscritti a ciascuna Camera, non potendo logicamente prima che giuridicamente concorrere nell’ordinamento generale con le fonti in senso proprio per disciplinare medesime fattispecie in termini contraddittori”¹⁶. Aspetto, questo, rilevante, considerando che per prassi si è continuato a normare la materia dei vitalizi con ricorso ai regolamenti minori anche quando è scemato il carattere assicurativo e mutualistico, quindi in qualche modo “corporativo” e interno, di tale provvidenza¹⁷.

Come constatato anche dalla Consulta, l’evoluzione dell’istituto, con il passaggio significativo della riforma del 2012¹⁸, è andata nella direzione di un assetto più propriamente previdenziale e pensionistico. Pur riducendosi “la diversità di natura e” soprattutto “di regime che distingue gli assegni vitalizi dalle pensioni ordinarie”¹⁹, per alcuni profili la disciplina rimane

¹⁴ Cons. St., comm. spec., 26 luglio 2018.

¹⁵ Resta fondamentale la sentenza della C. cost. n. 120 del 2014 nella quale si riconoscono i regolamenti parlamentari come parte dell’ordinamento generale dello Stato e, quindi, come fonti del diritto.

¹⁶ R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti delle Camere come fonti del diritto. Questioni controverse e profili problematici*, in *www.federalismi.it*, 18/2018, p. 11.

¹⁷ Sull’argomento si veda C. MIRABELLI, *Parere pro veritate*, *www.ilparlamento.eu*, 16 novembre 2018, p. 2; G. VASINO, *Op. cit.*, pp. 2 ss.

¹⁸ “A partire dal 2012 i regolamenti parlamentari hanno impresso – a cominciare dal nomen iuris (il regolamento è emblematicamente titolato «Regolamento delle pensioni dei senatori»), e comunque attraverso l’equiparazione alle regole pensionistiche dettate a quelle vigenti per la generalità dei pubblici dipendenti – una più marcata caratterizzazione in senso propriamente previdenziale dell’emolumento” (Cons. St., parere cit.).

¹⁹ Si veda C. cost., 13 luglio 1994, n. 289.

comunque dissonante rispetto a quella delineata dal legislatore per i trattamenti ordinari di quiescenza.

Se la prestazione del parlamentare resta pur sempre di tipo onorario, non assimilabile ad una prestazione di lavoro, l'emolumento connesso al mandato non manca, però, anche di una connotazione di tipo retributivo, legata alla finalità di un suo libero esercizio. Può allora ritenersi sussistente, tra vitalizio nella sua nuova veste e indennità, una correlazione del tutto analoga a quella che lega retribuzione lavorativa e trattamento pensionistico ordinario²⁰. D'altro canto, l'aver definito "indennità" tale genere di erogazione, implica l'ammissione – come evidenzia il dato lessicale – della sua natura compensativa, di ristoro della perdita o riduzione della capacità di produrre reddito, nella quale è insita anche la capacità di accantonamento di una parte di esso per assicurare una provvidenza futura. Il comune denominatore della concorrente finalità porta a ritenere che comune debba essere anche la fonte normativa e che dunque, anche per il vitalizio, la preferenza sia da accordare allo strumento legislativo, venendo così ricondotto "il sistema a linearità nell'assetto delle fonti"²¹.

Vale anche considerare che la *ratio* della riserva posta dall'articolo 69, esplicita limitazione dell'autonomia regolamentare di cui all'articolo 64, non può essere altra che quella di far salvo il principio di uguaglianza, garantendo parità di trattamento tra membri delle due Camere. È facile concludere che, se ciò vale per l'indennità, altrettanto deve valere per il trattamento di quiescenza.

Né può richiamarsi che la fonte regolamentare sia stata oggetto di una qualche considerazione in seno alla Costituente; al contrario, l'accettazione da parte della Seconda sottocommissione della riserva contenuta nella proposta Mortati appare tacitamente scontata, tanto che in nessun intervento se ne fa cenno²². Eppure il dibattito affrontò un'articolata pluralità di profili, politici, giuridici e perfino lessicali, concernenti, però, i

²⁰ C. MIRABELLI, *Op. cit.*, pp. 4 ss.

²¹ C. MIRABELLI, *Ibidem*, pp. 5 ss.

²² Lo stesso avverrà in seno all'Assemblea che discuterà dell'indennità nella seduta pomeridiana del 10 ottobre 1947.

soli due punti in votazione, ovvero introdurre in Costituzione il principio dell'indennità e indicarne la motivazione.

Nemmeno è ipotizzabile che il ricorso alla fonte regolamentare celasse il proposito di non far discendere la norma da un atto per la cui assunzione è sufficiente la sola volontà di una maggioranza politica, come avviene per le leggi ordinarie. In tal caso, infatti, si sarebbe dovuto prendere in considerazione non la regolamentazione minore ma lo strumento del regolamento maggiore, il solo per il quale può invocarsi la natura pattizia, sottratta, per il *quorum* necessario alla sua approvazione in Aula, a logiche di governo e di maggioranza²³.

Inoltre, benché il riconoscimento dei sub regolamenti quali “fonti dell'ordinamento giuridico generale di rango sostanzialmente primario”²⁴, nonché l'assenza di un'esplicita riserva di legge costituzionalmente posta, diano astratta giustificazione alla consolidata prassi parlamentare, appare dirimente, a volerla ritenere plausibile, l'esondazione che essa comporta dall'argine delle competenze proprie della regolamentazione secondaria. Va infatti ricordato che quest'ultima dovrebbe essere deputata a fissare i criteri organizzativi e di funzionamento dell'apparato burocratico interno.

²³ “Anche qui può rientrare il concetto della tutela delle minoranze. Per esempio, si potrebbe stabilire che il regolamento della Camera debba essere approvato con una maggioranza qualificata, in modo da rendere meno facile che sia fatto a vantaggio di certe maggioranze o per imporre certi metodi” (Assemblea Costituente, Comm. per la Cost., Seconda sottocomm., *Verbale della seduta di martedì 3 settembre 1946*, intervento dell'on. Mortati).

²⁴ È questo, in dottrina, l'orientamento che appare più coerente con la “giurisprudenza sia costituzionale sia ordinaria” che ha collocato “il regolamento parlamentare generale e i regolamenti parlamentari «altri» (...) sotto l'ombrello della riserva di cui all'art. 64 cost.” (N. LUPO, *Regolamenti parlamentari* in S. MANGIAMELI (a cura di), *Dizionario sistematico di Diritto Costituzionale*, Milano, 2008, p. 342). “Tutti i regolamenti parlamentari, sia quelli c.d. maggiori che quelli c.d. minori, traggono” dunque “comune fondamento (immediato o mediato) dall'autonomia normativa attribuita a ciascuna Camera dall'art. 64 cost.” (Cons. St., par. cit.). Cfr. anche A. MANZELLA, *Il parlamento*, Bologna, 1991, pp. 27 ss.; G. GUZZETTA - F.S. MARINI, *Lineamenti di Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2014, p. 84.

È altresì da considerare che, facendo uso in questo caso della propria autonomia, il Parlamento regola anche diritti di terzi²⁵, quali certamente sono i titolari del diritto di reversibilità ma, a ben vedere, tali potrebbero considerarsi gli stessi ex parlamentari, non permanendo per essi un legame funzionale con le Camere.

In ogni caso, però, assente un'esplicita riserva sia di legge che di regolamento, la legittimazione ad individuare la fonte idonea non ha altro radicamento che nell'autonomia del Parlamento, anche se può discutersi del suo appropriato esercizio. È in quest'ottica che il Consiglio di Stato ha rimesso *“la scelta della fonte normativa (...) all'apprezzamento della Camera richiedente”*²⁶.

Tra i diversi orientamenti della dottrina, tutti richiamati dal Consiglio di Stato – riserva di legge, ove il vitalizio s'intenda come componente dell'indennità; riserva di regolamento, se si ritengono preminenti le prerogative di autonomia di ciascuna Camera; preferenza di legge o preferenza di regolamento; concorrenza di entrambe le fonti – non appare errato ritenere che quest'ultimo indirizzo sia quello da preferire. Al pari di quanto avviene per l'indennità, spetterebbe alla legge definire le norme quadro della materia, demandando i provvedimenti di dettaglio allo strumento regolamentare. Si otterrebbe così, da un lato, la garanzia di un trattamento economico dei parlamentari sostanzialmente uniforme e, dall'altro, il rispetto dell'autonomia di ciascuna Camera.

3. Profili di incostituzionalità delle ultime norme regolamentari in materia di vitalizi

Le pressoché omologhe deliberazioni degli organi di Presidenza delle Camere sono fonte delle stesse perplessità già sorte, come ricordato anche dal Consiglio di Stato, per gli analoghi profili di incostituzionalità del d.d.l. Richetti. Le norme

²⁵ La Corte cost. ha chiaramente asserito che *“è consentito agli organi costituzionali disciplinare il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, non spetta invece loro, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa (...) per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi (...)”* (C. cost., 13 dicembre 2017, n. 262, p.to 7.2 del *Cons. in dir.*).

²⁶ Cons. St., par. cit.

di revisione, infatti, intervengono sui trattamenti in essere con efficacia retroattiva, ridefinendo radicalmente i criteri di liquidazione, fissati dall'atto costitutivo del diritto.

In proposito, poiché la Costituzione, come noto, contiene un'espressa disposizione soltanto per la retroattività della legge penale, si deve assumere a riferimento la giurisprudenza costituzionale. Per la connessione che lega vitalizio e indennità e per la natura anche retributiva di quest'ultima, delle quali si è già detto, soccorrono, in particolare, quelle pronunce che hanno ad oggetto interventi peggiorativi di trattamenti economici già in godimento e connessi a rapporti di lavoro dipendente.

La Corte costituzionale, con un articolato percorso, cui fa riferimento il Consiglio di Stato, ha posto le condizioni ritenute necessarie per l'ammissibilità di modifiche retroattive *in peius* dei rapporti di durata. Quello che innanzitutto si riafferma come principio essenziale del diritto è "*l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*", collegato a quella certezza del diritto che è "*possibilità di stabilire (in maniera ragionevolmente attendibile) le conseguenze giuridiche, o la qualificazione giuridica, di determinati atti o fatti*" e che presuppone la sussistenza di "*criteri intersoggettivamente condivisi*"²⁷.

La Consulta, già in una sua più risalente giurisprudenza – richiamato come "*nel nostro sistema costituzionale non sia interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti*" – aveva intanto chiarito che "*dette disposizioni [...] non possono arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica*"²⁸.

²⁷ G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, pp. 519 ss.

²⁸ C. cost., 17 dicembre 1985, n. 349, p.to 5 del *Cons. in dir.* Seguiranno, *ex plurimis*, riaffermando lo stesso principio, le sentenze 4 novembre 1999, n. 416, 28 luglio 2000, n. 393; 12 novembre 2002, n. 446; 7 luglio 2005, n. 264; 27 luglio 2001, n. 327.

Più di recente²⁹ la Corte ha riaffermato la “*discrezionalità del legislatore di collocare nel tempo gli effetti delle disposizioni legislative*”³⁰, anche quando intervengano con effetti peggiorativi su rapporti di durata, tornando a precisare che la norma, nella ribadita necessità di tutelare il principio di affidamento, deve però rispondere a criteri di ragionevolezza e di eguaglianza³¹.

Criterio di ragionevolezza che, nella citata sentenza del 1985, già si ravvisa richiamato ove si afferma che “*non potrebbe dirsi consentita una modificazione legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante*”, ledendo le “*aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività*”³².

Rileva l'esplicito richiamo della Corte all'articolo 3 cost. i cui principi, quando il legislatore, per situazioni contingenti, impone “*a tutti sacrifici anche onerosi*”, non debbono intendersi lesi – “*sotto il duplice aspetto della non contrarietà sia al principio di uguaglianza sostanziale, sia a quello della non irragionevolezza*” – soltanto quando “*i suddetti sacrifici siano eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso*”³³.

²⁹ C. cost., 9 luglio 2009, n. 206 e 24 luglio 2009, n. 236. Di queste sentenze la Consulta ha fatto richiamo nella successiva pronuncia 22 ottobre 2010, n. 302. Anche la CGUE ha ribadito che, per sua costante giurisprudenza, “*benché, in linea di massima, il principio della certezza del diritto osti a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia rispettato*” (C. giust. UE, 29 aprile 2004, *Gemeente Leusden e Holin Groep BV*, C-487/01 e C-7/02).

³⁰ C. cost., 9 luglio 2009, n. 206, p.to 2.1 del *Cons. in dir.*

³¹ La C. cost., 12 dicembre 2013, n. 304, secondo sua consolidata giurisprudenza, ribadisce “*l'esigenza del rispetto del principio generale di ragionevolezza comprensivo della tutela dell'affidamento*” (p.to 4 del *Cons. in dir.*).

³² C. cost., 17 dicembre 1985, n. 349, p.to 5 del *Cons. in dir.*

³³ C. cost., 20 novembre 2009, n. 299, in *Cons. in dir.*

Il fine di misure “di temporanea «cristallizzazione» del trattamento economico dei dipendenti pubblici”³⁴ non rimane genericamente posto, ma è correlata dalla Consulta a elementi di sistema, quali il “contenimento della spesa pubblica (...), nel rispetto degli obiettivi fondamentali di politica economica”, in particolare quando questo contenimento si ponga nell’ottica di “esigenze di riequilibrio del bilancio, riconosciute” dalla Corte “meritevoli di tutela”³⁵. Ancora, si rinviene l’ammissibilità di una modifica *in peius* “in vista del raggiungimento di finalità perequative” quali “la disciplina di determinati trattamenti economici con esiti privilegiati”³⁶.

Non è poi secondario che si sia da tempo asserito che “spetta al legislatore, nell’equilibrato esercizio della sua discrezionalità e tenendo conto anche delle esigenze fondamentali di politica economica (...), bilanciare tutti i fattori costituzionalmente rilevanti”³⁷ o, come definiti in altre pronunce, “protetti”. Non ultimi tra questi sono i principi di adeguatezza e proporzionalità che, relativamente al trattamento economico dei pubblici dipendenti, discendono dagli articoli 36 e 38 della Costituzione. Adeguatezza e proporzionalità che “non devono sussistere soltanto al momento del collocamento a riposo, ma vanno costantemente assicurate anche nel prosieguo, in relazione ai mutamenti del potere d’acquisto della moneta”³⁸.

Vale allora richiamare un’altra sentenza della Consulta per la parte in cui afferma che “l’applicazione al trattamento pensionistico dell’art. 36 della Costituzione, che si connette al

³⁴ C. cost., 4 dicembre 2013, n. 304, p.to 4 del *Cons. in dir.*

³⁵ C. cost., 18 luglio 1997, n. 245, p.to 3 del *Cons. in dir.* Tale assunto, già presente in sentenze precedenti (basti citare le sentenze 1° luglio 1993, n. 296 e 31 dicembre 1993, n. 496) sarà riaffermato con le più recenti sent. 12 dicembre 2013, n. 304 e 17 dicembre 2013, n. 310; 21 maggio 2014, n. 154 e 18 luglio 2014, n. 219.

³⁶ C. cost., 24 giugno 2010, n. 228, p.to 4 del *Cons. in dir.* In essa si richiama la sentenza 28 marzo 2008, n. 74.

³⁷ C. cost., 31 marzo 1995, n. 99, p.to 2 del *Cons. in dir.* È questo un indirizzo che, *ex plurimis*, si rinviene già nelle precedenti sentenze 7 maggio 1993, n. 226 e 30 dicembre 1993, n. 477. Verrà ripreso nelle sentenze 25 luglio 1995, n. 376, 4 agosto 2003, n. 291, 23 gennaio 2004, n. 30, 24 luglio 2009, n. 236, 12 dicembre 2013, n. 304, 24 gennaio 2017, n. 16.

³⁸ C. cost., 30 luglio 1980, n. 26, p.to 4 del *Cons. in dir.* Dello stesso tenore le sentenze 7 luglio 1986, n. 173 e 28 giugno 1995, n. 99.

*carattere retributivo della pensione, richiede che sia assicurata al pensionato e alla sua famiglia come all'impiegato in servizio attivo, «un'esistenza libera e dignitosa» e quindi il trattamento di quiescenza deve rispettare “il criterio della proporzionalità rispetto alla qualità e alla durata del lavoro prestato”*³⁹. Proporzionalità che, inoltre, deve essere garantita anche dalla “*commisurazione del trattamento di quiescenza al reddito percepito in costanza di rapporto di lavoro*”⁴⁰.

Proprio alla luce di tali canoni la Corte costituzionale – chiamata una seconda volta a pronunciarsi in merito ad alcune disposizioni della cosiddetta legge Fornero – ha riaffermato la legittimità di norme incidenti negativamente sui trattamenti pensionistici, individuandovi “*un equilibrio fra i valori coinvolti*”⁴¹. Ne deriva, per la Consulta, “*la non irragionevolezza delle disposizioni censurate*”, introduttive di misure di contenimento della spesa poste nei limiti della “*costante interazione fra i principi costituzionali racchiusi negli articoli 3, 36, primo comma, e 38, secondo comma, cost.*”⁴².

Un accettabile contemperamento dei valori costituzionalmente garantiti che si relativizza, anche in questa pronuncia, in funzione del periodo storico nel quale le norme vengono assunte, dovendosi correlare ad esso la lettura degli elementi di sistema, già richiamati, e della sua sostenibilità. Criterio, questo, per il quale non erano risultate censurabili una serie di misure perequative in materia di trattamenti pensionistici già a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso.

E, come si è osservato in dottrina, proprio da quest'ultima sentenza emerge come la Consulta non pretenda un difficile percorso verso la perfezione “*con l'ottima proporzione tra principi costituzionali confliggenti*” da ravvisarsi in un criterio astratto di ragionevolezza, ma quantomeno il raggiungimento di

³⁹ C. cost., 5 maggio 1988, n. 501, p.to 4 del *Cons. in dir.* In essa veniva fatto richiamo alla sentenza 9 dicembre 1968, n. 124.

⁴⁰ C. cost., 15 marzo 1991, n. 119, p.to 3 del *Cons. in dir.*

⁴¹ Anche la CEDU ritiene suo compito stabilire che non vi sia pregiudizio per il “*giusto equilibrio che deve sussistere tra le esigenze dell'interesse generale della collettività, da una parte, e quelle della protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, dall'altra*” (C. eur. dir. uomo, 5 settembre 2017, ric. n. 78117/13, *Fábián v. Hungary*, p.to 69).

⁴² C. cost., 1° dicembre 2017, n. 250, p.to 6.5.4 del *Cons. in dir.*

un traguardo di non irragionevolezza e di non sproporzione, dovendosi ragionare in termini di «tutela del contenuto essenziale»⁴³.

In altri termini, non è detto che la norma che incida in negativo su diritti quesiti sia necessariamente da valutarsi di per sé lesiva, ma per tale giudizio deve considerarsi quanto essa incida sul complessivo trattamento economico dei soggetti cui è diretta. La Consulta fa proprio il giudizio della Corte EDU⁴⁴, secondo la quale, chiosa il Giudice delle leggi, assume rilievo, nel sopravvenire di un “*onere esorbitante*”, “*la valutazione se vi sia o non vi sia il sacrificio del diritto fondamentale alla pensione*”⁴⁵.

Un diritto alla pensione che, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, è “*diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente*” (art. 25), è diritto alla non discriminazione, compresa quella fondata sul patrimonio (art. 21).

Le delibere degli Uffici di Presidenza sembrano mirate alla sottaciuta finalità di assicurare la sostenibilità finanziaria del sistema, per un riequilibrio al quale, però, restano estranei intenti mutualistici posti “*in una prospettiva [...] intergenerazionale, destinando ad esempio una parte delle risorse ottenute dal ricalcolo dei vitalizi più alti all’integrazione di quelli più bassi, o comunque vincolando i risparmi di spesa ad altri scopi solidaristici*”⁴⁶.

⁴³ C. cost., 1° dicembre 2017, n. 250, con nota di I. MASSA PINTO, *Il giudicato costituzionale non comporta un “esproprio” della potestà legislativa: il principio di (non ir)ragionevolezza come tutela del contenuto essenziale dei diritti (e non come ricerca dell’ottima proporzione) nel bilanciamento tra diritti ed esigenze finanziarie*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, pp. 51 ss.

⁴⁴ C. eur. dir. uomo, 13 dicembre 2016, ric. n. 53080/13, *Bélané Nagy v. Hungary*, p.to 126 (“*La Corte ritiene pertanto che non vi sia un rapporto ragionevole di proporzionalità tra l’obiettivo perseguito e i mezzi utilizzati*”) e che “*nonostante l’ampio margine di discrezionalità di cui dispone lo Stato in materia, il richiedente ha dovuto sostenere un onere individuale esorbitante il che costituisce una violazione dei suoi diritti tutelati dall’articolo 1 del Protocollo n. 1*”).

⁴⁵ C. cost., 1° dicembre 2017, n. 250, p.to 6.3 del *Cons. in dir.*

⁴⁶ L. CASTELLI, *Il ricalcolo dei vitalizi degli ex Deputati*, in *Rass. parl.*, Anno LX, maggio-agosto 2018, p. 342.

Per le differenziate posizioni individuali dei parlamentari appare inoltre difficile che le contemplate misure di salvaguardia, quali la garanzia di un trattamento minimo o il doversi tener conto di situazioni di bisogno, peraltro in parte rimesse alla discrezionalità degli organi di Presidenza, possano da sole assicurare *in toto* un effettivo rispetto del principio di proporzionalità.

Infine, si pone in contrasto con la giurisprudenza costituzionale il carattere non temporaneo dei provvedimenti, senza alcuna previsione di un regime transitorio che salvaguardi il legittimo affidamento dei soggetti i cui diritti sono posti in discussione.

Il radicale rifacimento dell'atto fonte, operato in questi termini, difficilmente può far ritenere la nuova disciplina non irragionevole e non sproporzionata. Per i beneficiari del trattamento ne deriva un onere “*esorbitante*” – come lo definisce la sentenza della Corte EDU da ultimo citata – in misura tale da minare quel “*contenuto essenziale*” in cui entrano in gioco diritti e principi, garantiti dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti dell’Uomo, perno della richiamata giurisprudenza della Consulta e delle Corti europee.

Al “*complessivo «spessore politico» della decisione*”, di certo inteso dal Consiglio di Stato⁴⁷ nella sua valenza positiva, può forse aggiungersi il meno elevato profilo della volontà di assecondare un’opinione pubblica orientata a rivestire di negatività, secondo il diffuso stereotipo dei “privilegi di casta”, lo *status* del parlamentare, che pure può giustificare un differente trattamento di quiescenza rispetto a quello ordinario⁴⁸. Nel quadro di una ricercata equiparazione dei criteri di calcolo dei due regimi, ha preso forma una disuguaglianza a parti invertite che non trova, invece, giustificazione. Riemerge in sostanza l’orientamento del d.d.l. Richetti nel quale la “*differmità tra la natura e il regime giuridico dei vitalizi e dei trattamenti*

⁴⁷ Cons. St., parere cit.

⁴⁸ Appaiono attuali le parole pronunciate dall’on. Lucifero in seno alla Costituente: “*noi siamo di fronte al giudizio del pubblico e non a disposizione delle calunnie del pubblico. E noi non facciamo altro che asservirci a qualunque calunniatore [...]. Questo è il complesso di inferiorità contro il quale mi ribello*” (Assemblea Costituente, *Verbale della seduta pomeridiana di venerdì 10 ottobre 1947*).

pensionistici” era riaffermata nell’opposta direzione del disfavore in danno dei primi, venendo sancita, in modo singolare, la non applicabilità di norme così penalizzanti anche ai trattamenti ordinari⁴⁹.

4. Sindacato di legittimità costituzionale e tutela giurisdizionale

Per quanto si è fin qui detto, non mancano i presupposti per il determinarsi di un corposo contenzioso, il che ripropone il tema dell’atto fonte usato sotto il profilo della competenza a giudicare dei ricorsi, sottratta alla comune giurisdizione dall’autodichia delle Camere.

Autodichia in ordine alla quale permangono perplessità circa l’effettiva terzietà e il grado di tutela offerto, nonostante il contrario avviso della Consulta che non vi ravvisa carenza di garanzie, segnatamente di quelle che attengono “*al diritto al giudice*” – nonostante la preclusione del ricorso straordinario per Cassazione previsto dall’articolo 111, settimo comma, cost. – “*e alla tutela giurisdizionale effettiva dei propri diritti*”⁵⁰.

È nota la tendenza manifestata nel tempo dal Parlamento ad espandere le proprie prerogative esercitando quell’autonomia che deriva dall’art. 64 Cost., al quale si riconduce la potestà stessa di decidere delle proprie competenze. Tra queste è stato così incluso anche l’esercizio dell’autodichia nei confronti di soggetti estranei al Parlamento, disciplinato da appositi sub regolamenti o dall’integrazione – è il caso del Senato – di quelli vigenti per i dipendenti.

Norme il cui criterio di inclusione nella propria sfera d’azione è fondato unicamente sullo *status* di non dipendente, venendovi a ricadere tutto l’universo di coloro per i quali intercorre un rapporto di diritto comune con il Parlamento. Sarebbero così attratte alla competenza dell’autodichia le possibili impugnative degli ex parlamentari anche se di questi si riconoscesse la natura di soggetti terzi.

Si innesta, a questo punto, la questione della consolidata giurisprudenza della Consulta che interdice il ricorso incidentale

⁴⁹ Art. 12, co. 5, del d.d.l. Richetti.

⁵⁰ C. cost., 13 dicembre 2017, n. 262, p.to 7.4 del *Cons. in dir.*

di legittimità costituzionale per la più volte ribadita insindacabilità dei regolamenti parlamentari⁵¹, il che vale anche per la giustizia domestica nella quale, solo a tal fine, si è riconosciuto l'elemento soggettivo di giudice *a quo*⁵².

In sede di ricorso al giudice ordinario, secondo un percorso indicato dalla stessa Corte costituzionale⁵³, potrebbe invece essere sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato per veder riconosciuta la competenza a decidere degli organi giurisdizionali.

Rileva, in proposito, l'assunto della Corte costituzionale⁵⁴, già parzialmente richiamato in nota, secondo il quale *“se è consentito agli organi costituzionali disciplinare il rapporto di lavoro con i propri dipendenti, non spetta invece loro, in via di principio, ricorrere alla propria potestà normativa, né per disciplinare rapporti giuridici con soggetti terzi, né per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano le situazioni soggettive”*.

Altra strada percorribile è quella di una proposizione diretta del conflitto di attribuzione, risultando chiaro il pregiudizio arrecato all'autonomia di ciascun parlamentare del quale è lesa la prerogativa *“a concorrere al processo decisionale nelle forme proprie del procedimento legislativo se si ritiene la materia riservata alla legge, o del regolamento maggiore se la si ritiene riservata all'autonomia [...] dell'intera Camera”*⁵⁵.

In questo caso la Consulta dovrà innanzitutto pronunciarsi in merito al profilo soggettivo, ossia sulla legittimazione dei singoli deputati e senatori a sollevare conflitto di attribuzione, non essendo inoltre escluso che gli stessi ex parlamentari possano essere destinatari del medesimo riconoscimento.

In proposito, non è errato supporre che la Corte costituzionale, per la quale resta *“impregiudicata (...) la configurabilità di attribuzioni individuali di potere costituzionale per la cui tutela il singolo parlamentare sia*

⁵¹ C. cost., 23 maggio 1985, n. 154 e 9 maggio 2014, n. 120. Parimenti orientata in tal senso la recente ordinanza 8 febbraio 2019, n. 17.

⁵² C. cost., 12 ottobre 2017, n. 213.

⁵³ C. cost., 9 maggio 2014, n. 120.

⁵⁴ C. cost., 13 dicembre 2017, n. 262, p.to 7.2 del *Cons. in dir.*

⁵⁵ G. GUZZETTA, *Quattro grimaldelli per contestare il taglio dei vitalizi*, in *Il dubbio* (<http://ildubbio.news/ildubbio/>), 5 dicembre 2018, p. 5.

*legittimato a promuovere un conflitto fra poteri*⁵⁶, non dovrebbe avere difficoltà a riconoscere in questo caso – contrariamente a quanto altre volte avvenuto – il ricorrere di effettive competenze e prerogative di rango costituzionale⁵⁷.

E da ultimo, con l'ordinanza n. 17 del 2019, la Corte, assumendo una posizione ancor più netta rispetto alla sua precedente giurisprudenza, precisa che ai parlamentari, *uti singuli*, è da riconoscersi la qualifica di “*organi-potere titolari di distinte quote o frazioni di attribuzioni costituzionalmente garantite*”⁵⁸, risultando così abilitati ad adire il giudice costituzionale a fronte di una lesione delle loro attribuzioni da parte di altri organi parlamentari.

Per la legittimazione degli ex parlamentari, infine, potrebbe farsi richiamo alla sentenza n. 154/2004 della Corte costituzionale che “*ha riconosciuto le prerogative di Cossiga a tutelarsi anche dopo aver cessato il proprio mandato*”⁵⁹. In tal caso, al di là delle più specifiche questioni di merito in ordine alla legittimazione a sollevare la questione, si potrebbe, preliminarmente e in via del tutto generale, valutare il richiamo dell'ex Presidente alla “*prevalenza dell'aspetto oggettivo del conflitto su quello soggettivo, che sempre più spesso caratterizza la giurisprudenza costituzionale in materia di conflitti*”.

⁵⁶ C. cost., 25 ottobre 2017, n. 277, in *Cons. in dir.* Sul punto la Corte, nell'ordinanza 8 febbraio 2019, n. 17, fa riferimento anche ad altra precedente giurisprudenza di pari tenore (ordinanza 20 maggio 1998, n. 177; sentenza 30 maggio 2018, n. 181; ordinanza 19 luglio 2018, n. 163; sentenza 6 luglio 2001, n. 225).

⁵⁷ Cfr. L. GRIMALDI - C.P. GUARINI, *Su alcuni conflitti di attribuzione tra poteri dello stato sollevati a seguito della «situazione venutasi a creare» con le ultime leggi elettorali (a margine delle ordinanze nn. 277 e 280 del 2017)*, in *Consulta online*, 1/2018, p. 37.

⁵⁸ Nella stessa ordinanza (p.to 3.2 del *Cons. in dir.*) la Consulta richiama che “[n]ella giurisprudenza costituzionale la nozione di «potere dello Stato» ai fini della legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione (ex art. 37 della legge n. 87 del 1953) abbraccia tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una quota di attribuzioni costituzionali (ex plurimis, sentenze n. 87 e n. 88 del 2012) o sia affidata una pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita (ordinanza n. 17 del 1978)”.

⁵⁹ G. GUZZETTA, *Op. cit.*

SEZIONE TERZA

I DIRITTI DELLA PERSONA TRA LEGISLAZIONE E
GIURISDIZIONE NAZIONALE

IL DIRITTO PENALE DELLA CONTIGUITÀ MAFIOSA *

CARLO DE GASPERIS

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il campo semantico del concetto di contiguità. – 3. I casi tipologici di contiguità. – 4. Il politico. – 5. L'imprenditore. – 6. L'avvocato.

Abstract: Through the analysis of the Cassation Court's jurisprudence about the external participation in Mafia associations, this paper examines the professional figures who support and participate in the criminal association, although not joining the associative organisation.

1. Premessa.

Il fuoco di indagine, nel ristretto orizzonte del presente contributo, consiste nel tracciare le linee essenziali di un nuovo settore di ricerca: il diritto penale della contiguità mafiosa. Questa categoria scientifica presenta, infatti, alcune peculiarità rispetto al diritto penale *tout court*, sia dal punto di vista dell'ispirazione culturale che da quello strutturale.

Si assiste, in questo caso, ad un'originale prospettiva di trasformazione del modello illuministico-liberale del diritto

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

penale¹. Il cromosoma emergenziale che caratterizza il fenomeno del fiancheggiamento alla mafia impone, quindi, di abbandonare l'esclusiva di una rigida legalità di matrice illuministica, per affiancarle un diritto "fluidò", più vicino ai sistemi di *common law*, in cui la giurisprudenza rappresenta lo strumento più adatto a regolare e recidere i legami tra mafia e società civile.

Dal punto di vista strutturale, infatti, il microcosmo della contiguità mafiosa opera attraverso due modalità.

Da una parte, le figure di contiguità tipizzate dal Legislatore, costruite in modo tale da ampliare e specializzare l'area di rilevanza penale del fatto, aggravare la risposta punitiva di condotte già previste e prevenire la futura realizzazione di reati *latu senso* mafiosi.

Nel dettaglio, è possibile distinguere tre modelli normativi².

Il primo, si fonda sul circostanziale aggravamento sanzionatorio (II comma degli artt. 378 e 379 c.p. e art. 7, d.l. 152/1991).

Il secondo, invece, consente un'anticipazione ed una specializzazione della tutela penale attraverso l'introduzione di una nuova disposizione di parte speciale (artt. 416-*ter* e 418 c.p.) o mediante l'inclusione dei delitti di criminalità organizzata nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche *ex d.lgs.* 231/2001 (art. 24-*ter*).

Il terzo, infine, riguarda l'impiego di misure generali di prevenzione (la confisca antimafia, l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e l'informativa antimafia).

D'altro canto, si configurano i c.d. casi tipologici – oggetto specifico di analisi nel presente contributo – ossia quei modelli generalizzanti di origine giurisprudenziale che si innestano su determinate figure professionali. All'interno, quindi, del solco tracciato dalla figura del concorso esterno, la cristallizzazione di

¹ In questo senso cfr. V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, pp. 44 ss. Per una lettura critica di questo fenomeno politico, culturale e giurisprudenziale cfr. *ex multis* R. RAMPIONI, *Del c.d. concorso esterno. Storia esemplare di un 'tradimento' della legalità*, Torino, 2018, pp. 1 ss.

² Cfr. sul punto C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, pp. 247 ss.

casi giurisprudenziali paradigmatici funge da criterio di selezione della rilevanza penale di specifiche condotte aventi tratti essenziali comuni. In altri termini, questi strumenti di creazione giurisprudenziale sono *“ipotesi paradigmatiche ricostruite sulla base di elementi specifici comuni ma suscettibili di generalizzazione, in quanto idonei ad abbracciare tutti i casi singoli che posseggono le medesime proprietà”*³. In questo modo, si acconsente alla creazione di una sorta di filtro tra il concorso esterno ed il fatto concreto. Assume così rilievo, oltre al dato scritto costituito dagli artt. 110 e 416-bis c.p., il formante giurisprudenziale, da cui si estrapolano gli elementi rilevanti capaci di orientare sia il giudice nella soluzione di casi simili, che il cittadino di fronte all'imprevedibilità dell'esito giudiziario.

2. Il campo semantico del concetto di contiguità.

Con la locuzione contiguità mafiosa si allude ad un'ampia ed astratta molteplicità di “contatti”, di “fasci di relazioni” tra ambienti perlopiù riconducibili al mondo della politica, dell'economia o di altri ambiti professionali e la criminalità organizzata.

*“La contiguità è, all'evidenza, un paradigma di genere, evanescente nei suoi contorni e dal contenuto ricco di sfumature; appartiene infatti a quella classe vuota di concetti che si rivelano – e non solo all'atto pratico – dei “vuoti contenitori” buoni per tutte le esigenze”*⁴.

Tale nozione, dunque, risulta affetta da un'insanabile genericità e vaghezza. Entrambe le patologie condividono l'incertezza e l'imprecisione quale requisito fondamentale, ma producono una sintomatologia diversa⁵.

³ G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 256.

⁴ A. MANGIONE, *La “contiguità” alla mafia fra ‘prevenzione’ e ‘repressione’: tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 716.

⁵ Sul tema cfr. C. LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *D&Q*, 12/2012, pp. 345 ss.

Per genericità, infatti, si intende un'affermazione sicuramente vera, ma scarsamente specifica, carente di qualsiasi contenuto informativo.

La vaghezza, invece, è l'incertezza riguardo ai confini di un concetto. Presuppone, oltre ad un nucleo centrale certo, l'esistenza dei c.d. *borderline cases*, una zona d'ombra di asserzioni indecidibili.

Di conseguenza, mentre nel primo caso l'incertezza dipende da una carenza informativa, nel secondo deriva da un'eccessiva porosità del linguaggio o da un'errata precomprensione di un dato fenomeno.

Per tali ragioni, è lecito affermare che il concetto di contiguità si presenta sia generico che vago, poiché non consente né l'individuazione del contenuto essenziale della condotta di fiancheggiamento alla mafia, né la delimitazione dell'area di ciò che è penalmente rilevante e di ciò che è penalmente indifferente. Questa formula linguistica è, pertanto, ontologicamente irriducibile in una definizione tecnico-giuridica. Da qui, in mancanza di un'esplicita positivizzazione, il suo valore semantico può essere ricavato solo dallo schema del concorso esterno in associazione mafiosa.

Dalla combinazione tra il formante normativo e quello giurisprudenziale prende le mosse, quindi, la creazione di una vera e propria area di rischio giuridicamente rilevante per tutti quei soggetti che operano in determinati contesti sociali⁶. Ai fini dell'imputazione, infatti, sembra assumere rilievo non solo la responsabilità penale, ma anche la pericolosità sociale derivante dalla qualifica rivestita dal soggetto colluso. In altre parole, di fronte all'impossibilità di tradurre in norma le diverse condotte di contiguità, si è preferito circoscrivere una "zona di rischio" entro la quale ogni condotta pericolosa viene incriminata⁷.

⁶ Più in generale, sul concetto di rischio cfr. *ex multis* V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

⁷ In questo senso, v. A. MANGIONE, *Op. cit.*, pp. 717 ss.

3. I casi tipologici di contiguità.

Il microcosmo della contiguità mafiosa, come già detto, presenta delle peculiarità eccezionali rispetto al diritto penale *tout court*.

Dal punto di vista strutturale, infatti, oltre alle ordinarie disposizioni di legge si configurano i casi tipologici che, vista l'indeterminatezza del concorso eventuale nell'associazione di stampo mafioso, fungono da criterio di selezione della rilevanza penale di specifiche condotte aventi tratti essenziali comuni. In particolare, attraverso la cristallizzazione di casi giurisprudenziali paradigmatici si trasforma la singola e concreta motivazione in un modello giuridico generalizzante.

Se, quindi, il concorso esterno ed il singolo caso concreto rappresentano rispettivamente il punto di partenza e l'arrivo, il percorso viene tracciato dalla sedimentazione interpretativa che la Corte di Cassazione opera rispetto ad una specifica qualifica soggettiva/professionale.

In conclusione, il caso tipologico è un vero e proprio surrogato della fattispecie incriminatrice tipica in cui il dato scritto viene integrato dall'opera dell'interprete, dando così origine ad una nuova norma i cui elementi descrittivi hanno natura meramente giurisprudenziale.

4. Il politico.

La prima situazione-tipo su cui occorre soffermarsi riguarda la c.d. contiguità politica. In particolare, questo caso tipologico investe il politico che non fa parte dell'associazione, il quale, consapevole della qualifica rivestita dai soggetti con cui sta trattando, rende alla mafia i favori che essa richiede e, di conseguenza, contribuisce al mantenimento in vita o al rafforzamento del sodalizio.

Più nel dettaglio, ci si chiede se possa essere ricondotta nell'area del concorso esterno quella particolare ipotesi di collusione politico-mafiosa consistente nell'accordo stipulato da un candidato alle elezioni ed una cosca mafiosa, in virtù del quale il primo si impegna – in caso di esito positivo della competizione – a rendere alla seconda una serie di vantaggi, come corrispettivo dell'attività di procacciamento di voti.

Per valutare compiutamente le principali criticità di questo modello soggettivo occorre scomporre la trattazione in due momenti: il contesto antecedente e quello susseguente alla riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso⁸.

In un primo momento, l'inadeguatezza della descrizione normativa dell'art. 416-ter c.p. ha condotto parte della giurisprudenza ad una interpretazione additiva *in malam partem* della condotta incriminata, in modo tale da far rientrare la stipulazione del patto di scambio – avente ad oggetto non solo l'erogazione di denaro, ma anche una generica elargizione di favori – all'interno del perimetro delineato dagli artt. 110 e 416-bis c.p. Secondo questo indirizzo integra, quindi, il concorso esterno anche la mera disponibilità *ex ante* prestata dal politico a favore del sodalizio in caso di eventuale futuro esito positivo della consultazione elettorale.

In questa direzione si colloca la sentenza Frasca, la quale afferma esplicitamente che la condotta del concorrente esterno “*si esaurisce, quindi, con il compimento delle attività concordate, anche quando queste consistano nella semplice promessa di favori connessi alla carica o all'ufficio rivestiti dal concorrente ed alla contiguità, percepibile all'esterno, di costui con l'associazione criminosa*”⁹.

In questo modo, viene palesemente sconfessato il modello di tipizzazione causale adottato dalle Sezioni Unite Demitry

⁸ Per un'esauritiva analisi della fattispecie incriminatrice e delle criticità che la accompagnano cfr. G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2014, pp. 4 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 11 ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, pp. 122 ss.; C. VISCONTI, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 1993, pp. 273 ss.; G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, pp. 127 ss.; C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa: una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, pp. 121 ss.; A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in S. MOCCIA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, V, Napoli, 2007, pp. 639 ss.; A. BALSAMO, *Sul patto elettorale politico-mafioso vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3756 ss.; N. MADIA, *Scambio elettorale politico-mafioso: il fascino riscoperto di una fattispecie figlia di un dio minore*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 3328 ss.

⁹ Cass. pen., sez. I, 17 aprile 2002, n. 21356.

(contributo rilevante al mantenimento in vita o al rafforzamento dell'associazione in una fase patologica di crisi), traducendo invece la rilevanza penale del tipo di fatto preso in considerazione con il mero scambio di promesse.

La Corte di legittimità – è opportuno sottolinearlo – genera così due distinti modelli di imputazione a titolo di concorso esterno: il primo di carattere generale ed il secondo applicabile esclusivamente rispetto al caso tipologico del politico colluso con la mafia.

Il discorso cambia con la legge 17 aprile 2014, n. 62.

Con la nuova formulazione dell'art. 416-ter c.p. il Legislatore, recependo le sollecitazioni giurisprudenziali in materia, ha tentato di fare chiarezza sui confini applicativi di questa fattispecie rispetto a quella del concorso eventuale in associazione di stampo mafioso.

Come già detto, per quanto concerne la condotta del soggetto estraneo al sodalizio queste due figure criminose si manifestano diverse ma complementari. Entrambe sono poste a presidio del medesimo bene giuridico, ma presentano una fisionomia strutturale ed un'intensità di disvalore completamente differenti. Se, infatti, dopo le Sezioni Unite Mannino-*bis*¹⁰ per la punibilità del concorrente esterno è indispensabile la prova del contributo eziologicamente diretto al sostentamento dell'intera associazione, il nuovo patto elettorale politico-mafioso è un reato di pura condotta per la cui sussistenza occorre dimostrare esclusivamente la stipula dell'accordo criminoso, a prescindere dalla verifica di qualsiasi efficacia causale dello stesso. *“Nel primo caso, cioè, si punisce ragionevolmente con le stesse pene della partecipazione all'associazione chi, esterno al clan, fornisca un contributo oggettivamente utile all'espletamento delle sue attività; nel secondo, invece, si punisce meno gravemente chi si limita a stipulare un accordo con un esponente di un clan mafioso avente ad oggetto il procacciamento di voti”*¹¹.

Attraverso queste due fattispecie, dunque, viene disciplinato l'intero *iter* criminoso: dalla stipula del mero patto elettorale all'effettivo rafforzamento del sodalizio.

¹⁰ Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748.

¹¹ V. sul punto G. AMARELLI, *Op. cit.*, pp. 19 ss.

Alla luce di quanto fin qui detto, il caso tipologico del politico continua ad essere configurabile nell'ambito degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., ponendosi in rapporto di specialità bilaterale con l'art. 416-*ter* c.p. Il concorso esterno, infatti, ha mantenuto una propria autonomia grazie alla stratificazione interpretativa delle pronunce della Corte di Cassazione, le quali hanno delineato questo istituto come un reato d'evento a forma libera, in cui la tipicità della condotta è determinata unicamente dalla sua efficacia eziologica, ovvero dalla sua capacità di contribuire, in base ad un giudizio controfattuale operato *ex post*, alla vita dell'organizzazione criminale.

5. L'imprenditore.

Il secondo modello da analizzare concerne la qualifica professionale rivestita dall'imprenditore. È possibile, infatti, che l'impresa non mafiosa, con piena consapevolezza della qualità rivestita dagli interlocutori, ponga in essere con la mafia un rapporto di affari più o meno duraturo, da cui derivi un concreto contributo causale al mantenimento in vita o al rafforzamento del sodalizio¹².

L'infiltrazione della mafia nel settore economico, prima dell'investimento e del riciclaggio di denaro in attività economiche lecite, manifesta la sua forma più elementare in un sistema di pratiche estorsive attraverso l'impiego del metodo mafioso. In tali ipotesi, occorre valutare la possibilità di riconoscere in capo all'imprenditore una responsabilità penale a titolo di concorso esterno.

La problematica principale della c.d. contiguità imprenditoriale consiste, dunque, nell'individuazione della linea di confine tra imprenditore-colluso e imprenditore-vittima.

Sul punto, ha avuto un ruolo protagonista l'ermeneutica giurisprudenziale, attraverso la quale si è cercato di arricchire di contenuti l'area di rilevanza penale del fatto.

¹² Sul punto cfr. G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Foro it.*, 2010, pp. 176 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., pp. 327 ss.; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 1199 ss.

Occupandosi per la prima volta di questa tematica, la Corte di Appello di Palermo, in una risalente pronuncia del 1903, ha affermato la punibilità delle vittime di richieste estorsive da parte di briganti o bande armate, stabilendo che *“sono responsabili di favoreggiamento verso gli imputati di associazione per delinquere coloro i quali per essere sicuri negli averi e nella vita pagano periodicamente agli associati a delinquere premi in denaro o in derrate”*.

La soluzione adottata, descrivendo i requisiti del c.d. contratto di protezione, giustifica la condanna degli imputati esclusivamente sulla base del fatto che gli imprenditori con la stipula di tale accordo non ottenevano solo la garanzia della sicurezza, ma anche ulteriori vantaggi economici.

Nel 1991, invece, il Tribunale di Catania adotta una soluzione opposta per un caso molto simile, prosciogliendo così i “cavalieri del lavoro” accusati di concorso esterno¹³. Nello specifico, gli imprenditori coinvolti avevano stipulato con la mafia un contratto sinallagmatico di protezione, il quale si componeva dello scambio tra una serie di azioni a supporto del sodalizio (assunzione di affiliati e copertura per attività illecite) e, di contro, il supporto all’espansione territoriale dell’impresa.

L’esito assolutorio prende le mosse dalla premessa socio-criminologica secondo cui in determinati contesti è *necessitato* il comportamento dell’imprenditore di scendere a patti con la mafia. In altri termini, *“non si può comunque ipotizzare partecipazione esterna all’associazione quando la posizione di contiguità è imposta, come nel caso di specie, dall’esigenza di trovare soluzioni di ‘non conflittualità’ con le cosche, posto che nello scontro frontale con queste ultime le aziende risulterebbero inevitabilmente perdenti, e rischierebbero di dovere interrompere l’attività o addirittura fallire”*¹⁴. Nonostante, quindi, le controprestazioni fornite dagli imprenditori concretizzino un contributo causale rilevante rispetto al consolidamento e al rafforzamento dell’associazione criminale, il giudice catanese ha ritenuto insussistente l’elemento

¹³ Cfr. Trib. Catania, 28 marzo 1991, in *Foro it.*, 1991, pp. 472 ss. Nella medesima direzione v. Cass. pen., sez. I, 14 ottobre 1994.

¹⁴ C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit., p. 1200.

psicologico del concorso esterno, escludendo che gli imputati abbiano voluto aderire al sodalizio, condividendone gli interessi e le specifiche finalità. Di fronte al rischio di non poter continuare a lavorare e di dover chiudere la propria impresa, la scelta dell'imprenditore di scendere a patti con la mafia non si rivela autonoma, ma strumento obbligato per garantire la sopravvivenza dell'azienda.

Questo indirizzo giurisprudenziale si fonda su una massima d'esperienza secondo la quale le ipotesi di estorsione mafiosa comportano un' indefinita condizione di vittima per l'imprenditore, non essendo esigibile da questo un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto. In definitiva, bisogna escludere la rilevanza penale della contiguità imprenditoriale quando l'avvicinamento al sodalizio mafioso non esprime una scelta autonoma, ma una soluzione di non conflittualità derivante dalla consapevolezza che nello scontro frontale l'imprenditore risulterebbe certamente perdente.

Un successivo orientamento giurisprudenziale ha però abbandonato questo criterio, adottando un approccio inteso ad affidare al giudice una seria ed effettiva analisi caso per caso della linea di demarcazione tra contiguità compiacente e contiguità soggiacente, in modo da evitare conclusioni generalizzanti e vaste aree d'impunità. In particolare, con una sentenza del 1999 i giudici di legittimità hanno stabilito che solamente una condizione di ineluttabile coartazione consente di considerare l'imprenditore una vittima dell'estorsione mafiosa¹⁵. Qualora, invece, non sia riscontrabile questa pressione insuperabile, la condotta tenuta dal soggetto sarà punibile a titolo di concorso eventuale nell'art. 416-*bis* c.p.

In questo modo, viene richiesta una forma di coartazione psicologica molto più intensa rispetto a quella idonea ad integrare gli estremi dell'art. 629 c.p. Di conseguenza, la Corte di Cassazione ha proposto una soluzione che esclude dal novero delle vittime tutti quegli imprenditori che cercano in via preventiva di accordarsi con l'associazione mafiosa per la stipula del contratto di protezione¹⁶.

¹⁵ Cfr. al riguardo Cass. pen., sez. I, 5 gennaio 1999, n. 84.

¹⁶ In questo senso v. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., pp. 351 ss.

In questa altalena interpretativa è intervenuta nuovamente la Corte di legittimità, la quale ha individuato un nuovo criterio discrezionale su cui si è assestata poi la giurisprudenza più recente. *“Può considerarsi concorrente esterno, cioè «colluso» con la mafia, quello che stabilisce un rapporto sinallagmatico con la cosca tale da produrre vantaggi per entrambi i contraenti, consistenti per l'imprenditore nell'imporsi nel territorio in posizione dominante e per il sodalizio criminoso nell'ottenere risorse, servizi o utilità, precisando che l'imprenditore «vittima» è quello che, soggiogato dall'intimidazione, non tenta di venire a patti col sodalizio, ma cede all'imposizione e subisce il relativo danno ingiusto, limitandosi a perseguire un'intesa volta a limitare tale danno”*¹⁷. La differenza sta, pertanto, nel fine perseguito e nell'eventuale allineamento tra i due contraenti: mentre l'imprenditore-vittima scende a patti perché soggiogato dalla consorterìa mafiosa ed al fine di limitare i danni, l'imprenditore-colluso è un contraente che costruisce il rapporto sinallagmatico per conseguire importanti benefici dall'appoggio assicurato dall'associazione, ragionando, quindi, non da soggetto intimidito e sopraffatto ma da contraente che sta esercitando integralmente la propria libertà di autodeterminazione in danno dell'ordine pubblico.

6. L'avvocato.

Da ultimo, è necessario esaminare la questione inerente la possibile rilevanza penale dell'attività professionale

¹⁷ Cass. pen., sez. VI, 15 settembre 2014, n. 37726. Nella medesima direzione cfr. Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 2001, n. 6929; Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2005, n. 46552; Cass. pen., sez. II, 11 luglio 2008, n. 785; Cass. pen., sez. V, 1° ottobre 2008, n. 39042; Cass. pen., sez. I, 30 giugno 2010, n. 30534; Cass. pen., sez. VI, 15 luglio 2013, n. 30346; Cass. pen., sez. II, 16 ottobre 2013, n. 44694.

dell'avvocato a titolo di concorso esterno nell'associazione di cui all'art. 416-*bis* c.p.¹⁸

La difesa dell'imputato costituisce un diritto fondamentale ed essenziale per lo sviluppo della persona umana. L'art. 24 Cost., infatti, garantisce ad ogni accusato l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento, quale che sia il delitto attribuitogli o la reazione generata nella comunità.

Questa tematica assume particolare rilievo in quanto il contributo che un qualsiasi professionista può fornire all'associazione criminale, a causa della natura tecnica della prestazione professionale, acquista un valore fondamentale per l'economia dell'intera organizzazione. In linea generale, pertanto, l'apporto di questa categoria di soggetti è perfettamente idoneo ad essere sussunto sia nell'area della vera e propria partecipazione che in quella del concorso esterno.

Il quesito, però, diviene più intricato per quanto riguarda la posizione dell'*avvocato dei mafiosi*. Si tratta, in questo caso, di un'attività esercitata nel nome di un interesse generale irrinunciabile dal cittadino e che risponde ad un dovere di prestazione professionale, inderogabile fino a che non emerga la certezza di agevolare il sodalizio mafioso¹⁹.

Per distinguere tra attività professionale lecita ed attività professionale illecita occorre, quindi, contemperare due elementi divergenti: da un lato, il contributo certamente rilevante fornito dall'avvocato; dall'altro, le peculiari caratteristiche dell'attività di difesa, che non può mai essere suscettibile di per sé di connotati di rilevanza penale. *“L'idea che con una condotta di per sé non illecita si possa dar vita a un concorso eventuale nel reato associativo presenta aspetti problematici perché a volte può risolversi in un contributo rilevante in favore di un'associazione criminale anche un'attività che per chi la*

¹⁸ Al riguardo v. G. GUALDI, *Il concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere, con particolare riferimento alla figura del difensore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 297 ss.; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit., pp. 1203 ss.; M. VALIANTE, *L'avvocato dei mafiosi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 820 ss.; C. VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*, in *Foro it.*, 1997, pp. 611 ss.

¹⁹ V. sul punto C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit., pp. 1204 ss.

*compie (si pensi ad esempio a una prestazione professionale) costituisce esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*²⁰.

Alla luce di quanto fin qui detto, l'avvocato dei mafiosi, nel momento in cui svolge il suo mandato professionale utilizzando tutti gli spazi di difesa consentiti dalla legge penale, non potrà rispondere di concorso eventuale in associazione di tipo mafioso, ancorché fornisca con la sua attività un contributo eziologicamente rilevante alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione²¹.

*“Se, invece, il professionista si lascia coinvolgere in prima persona nell'attività del cliente mafioso, abdica al suo ruolo, e diventa un socio in quell'attività; se, pur non partecipando in prima persona all'attività del cliente mafioso, fornisce consigli, pareri ed assistenza contra legem, da consigliere si trasforma in un consigliere, ossia in un consigliere di fiducia dell'associazione mafiosa con il compito, in quanto esperto di leggi e meccanismi finanziari, di suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenti, sicché risponde di concorso (interno o esterno, a seconda delle concrete situazioni) in associazione mafiosa”*²².

Il *discrimen* tra la consulenza lecita dell'avvocato e quella illecita del consigliere riposa, dunque, sulle modalità di esercizio del mandato professionale. In conclusione, la (semplicitica) soluzione proposta dalla Corte di legittimità si fonda sull'assunto secondo il quale è lecito affermare che rientrano nell'area di rilevanza penale del concorso esterno sia tutte quelle condotte che oltrepassano i limiti imposti dalla legge e dal codice di

²⁰ G. LATTANZI, *Partecipazione all'associazione criminosa e concorso esterno*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3143.

²¹ In questo senso v. Trib. Palermo, 18 novembre 1996, in *Foro it.*, 1997, pp. 611 ss. in cui si afferma che *“la condotta dell'avvocato penalista che, nell'interesse di alcuni imputati per associazione mafiosa, abbia esercitato il proprio mandato difensivo sfruttando tutti gli strumenti processuali consentiti dalla legge e non travalicando i limiti impostigli dalla deontologia professionale, non può mai configurarsi come contributo penalmente rilevante ai sensi degli artt. 110 e 416-bis c.p., poiché trattasi comunque di attività rientrante nell'ambito del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., a nulla rilevando, di conseguenza, le propalazioni di numerosi collaboratori di giustizia convergenti su una generica vicinanza del professionista ad alcuni esponenti dell'organizzazione criminale”*.

²² Cass. pen., sez. II, 29 aprile 2014, n. 17894, par. 3.4.1.

deontologia professionale, sia tutte quelle azioni estranee allo stesso mandato professionale.

AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA DEL PAZIENTE E RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO*

MARTA BERNARDINI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La l. n. 219/2017: la valorizzazione del consenso informato del paziente. – 3. La legge Gelli-Bianco tra linee guida e responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. – 4. L'art. 1 comma 6 l. n. 219/2017 e l'art. 590 *sexies* c.p.: due facce della stessa medaglia?

Abstract: In order to contain as much as possible the so called defensive medicine, it is essential to find a balance between the right to health and the self-determination of the patient on the one hand, and the responsibility of the health care provider on the other.

Recently the Act n. 24 of 2017, s.c. Gelli-Bianco, and the Act n. 219/2017, about the informed consent and therapeutic self-determination, got out about this topic.

The paper examines possible links between these two legislative interventions, in an attempt to identify the way to balance the patient's right to therapeutic self-determination with the doctor's sphere of culpable responsibility, in the perspective of a strengthened therapeutic alliance.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Premessa

Sebbene le corsie d'ospedale e le aule dei tribunali siano mondi distanti, l'aumento del contenzioso giudiziario in ambito sanitario ed il conseguente espandersi del fenomeno della medicina difensiva, fanno sì che medicina e diritto siano sempre più spesso chiamati ad un confronto, volto alla ricerca di un punto di equilibrio tra il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente da un lato, e la responsabilità del sanitario dall'altro, al fine di arginare quanto più possibile pratiche difensive.

A tal fine sono stati due gli interventi del legislatore negli ultimi anni: la legge n. 24 del 2017 c.d. Gelli-Bianco (in riforma della legge Balduzzi) e la l. n. 219/2017 in tema di consenso informato e autodeterminazione terapeutica.

In questo lavoro, ci si propone di cogliere i collegamenti tra i due interventi legislativi, nel tentativo di individuare una chiave di lettura unitaria che possa bilanciare il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente con la sfera di responsabilità colposa del medico, nell'ottica di un'alleanza terapeutica che possa dirsi rafforzata. Vi è, infatti, in gioco da una parte la libera scelta del paziente di poter statuire sulla propria vita e sul suo stato di salute, dall'altra la necessità del medico di non incorrere in un procedimento penale nel momento in cui assecondi le scelte consapevoli del paziente, come in passato è accaduto.

2. La l. n. 219/2017: la valorizzazione del consenso informato del paziente

Con l'emanazione della legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento il legislatore — finalmente — disciplina le tematiche sul fine vita che, ormai da anni, sono al centro del dibattito politico e giurisprudenziale¹.

¹ F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?* Considerazioni in margine al caso Welby, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 6; C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle "scelte di fine vita"* in *Critica del diritto*, 2011, p. 238; F. VIGANÒ, *Giustificazione dell'atto medico-sanitario e sistema penale*, in *Le responsabilità in medicina* in A. BELVEDERE - S. RIONDATO (a cura di), in S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 890.

A tal proposito, sin da subito è doveroso premettere che quando si parla di disposizioni sul fine vita, inevitabilmente si rende necessaria la ricerca di un equilibrio tra valori costituzionalmente garantiti, da una parte vita e salute, dall'altra l'autodeterminazione terapeutica.

Sebbene non sia questa la sede per dar conto dell'ampia dottrina costituzionale in materia², tuttavia pare che un possibile punto di equilibrio possa essere rappresentato, in questo senso, dalla possibilità di garantire dignità nella vita tanto quanto nella morte³.

Vi è, infatti, in gioco da un lato la libera scelta del paziente di poter statuire sulla propria vita e sul suo stato di salute, dall'altro la necessità del medico di non incorrere in un procedimento penale nel momento in cui assecondi le scelte consapevoli del paziente, come in passato è accaduto.

Il diritto costituzionalmente garantito ex art. 32 Cost. di ricevere e rifiutare cure trova piena applicazione con la previsione normativa secondo cui viene riconosciuto al paziente il diritto di non essere curati ovvero rifiutare cure, anche quando queste siano vitali⁴.

Invero la l. n. 219 del 2017 prevede che il medico nell'esercizio della sua professione debba attenersi alla volontà espressa del paziente di rifiutare o rinunciare ad un dato

² Per tutti D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 21 ss.; M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.

³ In tal senso G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 7/2018, p. 2302.

⁴ Nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale ci si è posti il problema dell'individuazione del fondamento costituzionale del consenso informato. A tal proposito, secondo una prima impostazione l'art. 32 Cost. non sarebbe da solo sufficiente a definire il diritto in esame, se non posto in correlazione con gli artt. 2 e 13 Cost., che, in tal modo, esalterebbero la funzione di sintesi tra autodeterminazione e salute, proprio del consenso informato. In tal senso C. cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

In senso contrario, secondo la dottrina, il consenso informato sarebbe insito nel diritto alla salute, in virtù del suo riconoscimento quale diritto di libertà. Sul punto ampiamente D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2018, pp. 129 ss.

trattamento sanitario, senza che per tale scelta il medico sia responsabile civilmente e penalmente (art. 1 comma 6)⁵.

Da un punto di vista strettamente penalistico⁶ è sancito al comma sesto dell'art. 1 il dovere del medico di rispettare la volontà del paziente nel caso in cui egli si sia espresso nel senso di voler rifiutare o interrompere un trattamento sanitario. In conseguenza di ciò, il medico “è esente da responsabilità civile o penale”.

Poche parole, dunque, sono spese dal legislatore per introdurre una causa di esclusione della responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria.

La sintetica formulazione ha destato immediatamente interrogativi, a partire dalla qualificazione giuridica cui ricondurre la non responsabilità del medico che rispetti la volontà del paziente.

Si sono ipotizzate due strade: una prima in virtù della quale la non responsabilità del medico deriverebbe dall'operare della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.⁷; una seconda per cui, invece, si tratterebbe di una circostanza che renderebbe vuoto il contenuto della posizione di garanzia del medico nei confronti del paziente, delinquendosi, in tal modo, una condotta priva di rilevanza penale⁸.

In ottemperanza alla prima ricostruzione, la circostanza che il paziente si determini nel senso di rifiutare le cure, fa sì che il medico debba dare attuazione a tale volontà, senza che ciò possa

⁵ G. BALDINI, *L. n. 219/2017 e Disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 803.

⁶ C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, p. 123; A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 14 giugno 2018; S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2017, pp. 975 ss.

⁷ In tal senso P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2015, p. 7; M. DONINI, *Caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 3/2007, pp. 902 ss.

⁸ In tal senso C. CUPELLI, *Responsabilità colposa e “accanimento terapeutico consentito”*, in *Cass. pen.*, 9/2011, pp. 2940 ss.

incidere sulla sfera del penalmente rilevante, come conseguenza del venir meno dell'elemento dell'antigiuridicità.

Ed invero l'obbligo di cura del medico sussiste sino a che sussiste il consenso del paziente a ricevere cure, dal momento che il paziente rifiuti il trattamento, sorge in capo al medico il dovere giuridico di rispettare tale volontà, di conseguenza la condotta del medico che agisca nell'adempimento del proprio dovere sarebbe scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p., a prescindere dalla connotazione in termini di omissione o commissione della stessa, rilevante solo da un punto di vista naturalistico, come nel caso del distacco dal sistema di ventilazione artificiale.

A ben vedere, l'irrelevanza della condotta del medico posta in termini di commissione ovvero omissione è tutt'altro che pacifica e tutt'altro che irrilevante.

Secondo una differente impostazione⁹ entrambe le strade sopra prospettate sarebbero perseguibili, proprio in ragione della distinzione tra la rinuncia del paziente ad un trattamento già in atto e il rifiuto di cure non ancora intraprese.

Da questo punto di vista la differenziazione si baserebbe sulla necessaria compartecipazione attiva del medico che dovrà agire per interrompere il trattamento, in questo caso la sua condotta dovrà ritenersi scriminata dall'art. 51 c.p.; diversamente nell'ipotesi di rifiuto di cure non ancora in atto, l'irrelevanza penale dell'omesso impedimento dell'evento è da ricondurre al limite posto dal paziente alla posizione di garanzia del medico nel momento in cui abbia negato il consenso al trattamento.

Come si evince, alla base della differente qualificazione giuridica dell'esenzione della responsabilità penale del medico, in questa prospettiva, fondamentale appare l'inquadramento in termini di omissione ovvero commissione.

Sembra, tuttavia, possibile una lettura alternativa, che parte dalla ricostruzione in termini omissivi della condotta del medico che provveda, in ottemperanza dell'esercizio del diritto di autodeterminazione del paziente, a disattivare un sostegno artificiale di sostentamento, rientrando tale comportamento nella categoria dell'omissione mediante azione. In quest'ottica la condotta potrebbe dirsi omissiva nonostante sia necessaria

⁹ A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*, cit., pp. 16 ss.

un'azione per interromperla, in quanto si tratterebbe comunque dell'omissione del proseguimento del trattamento.

Presupposto da tenere presente, è che la medicina, oggi, ha raggiunto dei progressi tali per cui per interrompere un trattamento non è sufficiente la mera astensione, la tecnologia che vi è dietro richiede un'azione, la quale può rappresentare solo la modalità con cui il medico attualizza la decisione del paziente¹⁰ di non proseguire le cure.

È questa una visione che valorizza il profilo normativo dell'atto d'interruzione da parte del medico, non da intendersi nella sua singolarità, quanto piuttosto all'interno del processo in cui si inserisce, a fronte dell'esercizio da parte del malato del diritto costituzionalmente garantito di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari.

Con riferimento all'individuazione della natura giuridica dell'esenzione di responsabilità del medico - *ex art. 1 comma 6 della l. n. 219/2017* - la ricostruzione in termini omissivi dell'interruzione del trattamento sanitario, punterebbe ad escludere la rilevanza penale del comportamento del medico in quanto verrebbe meno la posizione di garanzia di quest'ultimo nei confronti del paziente.

Siffatta lettura pare coerente con l'equiparazione che nel testo di legge si compie (art. 1 comma 4) tra il rifiuto di un trattamento non ancora iniziato e la scelta di interrompere le cure.

Ulteriore elemento di novità nel testo normativo, di immediate ricadute penalistiche, è rappresentato dalla qualificazione dei trattamenti di nutrizione e idratazione

¹⁰ “È nota l'esemplificazione proposta sul punto nella dottrina tedesca, per la quale, in sintesi, così come il medico omette quando interrompe le misure di rianimazioni iniziate con movimento di massaggio, così si ha solo omissione allorché egli interrompa, su di un piano tecnologicamente più elevato, il lavoro di una macchina; ancor meglio, si è precisato che il respira tre ben può essere valutato come una sorta di braccio meccanico del medico, una sua *longa manus* che pratica un trattamento di assistenza respiratoria ad un paziente non più in grado di respirare da sé: anziché essere effettuata manualmente a mezzo di un pallone di gomma, la ventilazione è praticata attraverso un macchinario che regola il ritmo respiratorio, insufflando forzatamente l'ossigeno nei confronti del paziente”. Sul punto C. CUPELLI, *Diritti del paziente e doveri del medico nelle scelte di fine vita*, cit., p. 247.; *Id.*, *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2009, pp. 1145 ss.

artificiali come trattamenti medici, che, in quanto tali, possono essere rifiutati dal paziente, come qualunque altro trattamento (art. 1 comma 5). Ciò in ragione del fatto che il sostentamento in vita di un soggetto tramite sistemi artificiali richiede in ogni caso un intervento medico che, attraverso tecniche specifiche, garantisca la permanenza in vita di un malato che altrimenti non sarebbe in grado di sopravvivere autonomamente¹¹.

3. La legge Gelli-Bianco tra linee guida e responsabilità dell' esercente la professione sanitaria

Altra occasione di confronto tra diritto penale e la classe medica è offerta dalla legge n. 24/2017 mediante la quale il legislatore è nuovamente tornato a modificare – in abrogazione della legge Balduzzi¹²– il sistema sanitario, proponendosi di superare, o quanto meno arginare, il fenomeno della medicina difensiva¹³ e, allo stesso tempo, garantire ai pazienti la sicurezza delle cure.

¹¹ C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, cit., p. 13; la qualificazione di trattamento sanitario attribuita dal legislatore alla nutrizione artificiale e all'idratazione artificiale è accolta con tono critico da L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o "diritto di morire"? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura nel suo testo nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, pp. 420 ss.

¹² Sulla legge Balduzzi, *ex multis*, L. RISICATO, *Colpa medica "lieve" e "grave" dopo la legge Balduzzi: lo iato tra terapia ideale e reale come parametro di graduazione della responsabilità del sanitario*, in *Giur. it.*, 1/2014, p. 160; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; A. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. Balduzzi). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2013, p. 833; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave nella legge 189 del 2012*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. M. STILE*, Napoli, 2013, p. 546; M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 882; C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013, p. 52.

¹³ Sulla medicina difensiva *ex multis* U. GENOVESE - P. MARIOTTI, *Responsabilità sanitaria e medicina difensiva*, Rimini, 2013 p. 1; A. MANNA, *Medicina Difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, p. 13; A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi*

La novità più rilevante sempre in ottica penalistica è rappresentata dall'introduzione nel codice penale dell'art. 590-sexies – *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario*, che sottrae al giudizio di punibilità le condotte di omicidio e lesioni colpose cagionate per imperizia dal medico nell'esercizio della sua professione quando egli si sia attenuto al rispetto delle linee guida ovvero delle buone pratiche clinico assistenziali qualora siano adeguate alle specificità del caso concreto¹⁴.

Sin dalle primissime applicazioni la norma in esame ha destato perplessità applicative, determinando un ampio contrasto nella giurisprudenza di legittimità, che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite¹⁵. Il contrasto si è concentrato sull'ipotesi in

problematica e un azzardo de iure condendo, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, pp. 2-16; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, p.8; P. MARIOTTI - R. CAMINITI, *La medicina difensiva. Questioni giuridiche assicurative, medico legali*, Rimini, 2011, p. 219; V. PALIERO - F. RANDAZZO - P. DANESINO - F. BUZZI, *Cause e mezzi della medicina difensiva: riflessioni medicolegali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2013, p. 17; F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 9/2009, p. 1061.

¹⁴ A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arc. Pen.*, 3/2017; M. GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen. web*, 21 maggio 2018; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 2017, pp. 3 ss.; G. M. CALETTI - L. M. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Riv. trim. pen. cont.*, 2/2017, pp. 87-88; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli - Bianco*, cit., p. 1765.

¹⁵ Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2017; A. MASSARO, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *Giur. pen. web*, 12/2017; G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369.

¹⁵ Sul punto si è parlato di un "deficit di comunicazione" all'interno della stessa Quarta Sezione della Corte di Cassazione, C. CUPELLI, *Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2017; Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, con nota di C. Cupelli, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna*

cui il medico abbia correttamente diagnosticato la patologia e giustamente individuato le linee guida in relazione al caso concreto, ma l'evento infausto sia dovuto ad un errore per imperizia durante l'esecuzione delle stesse. La tanto attesa sentenza dei giudici di legittimità nella loro massima composizione ha reintrodotto – non senza riserve e perplessità¹⁶ – la graduazione della colpa (esclusa dal legislatore del 2017) al fine di delineare i confini del penalmente rilevante. Pertanto l'errore nell'esecuzione esclude la responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria solo laddove sia integrata un'ipotesi di colpa lieve.

L'art. 590 *sexies* c.p. ancora, inoltre, la non punibilità dell' esercente la professione sanitaria al rispetto delle linee guida adeguate al caso concreto, secondo quanto disposto dall'art. 5 della l. n. 24/2017.

Il legislatore, con la norma da ultimo citata, ha riservato un ruolo centrale alle linee guida mediante la previsione di una

*sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite, in Dir. pen. cont., 7 novembre 2017; A. MASSARO, La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza, cit.; M. GAMBARDELLA, La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco, cit.; Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, con nota di C. CUPELLI, L'art. 590 *sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile, in Dir. pen. cont., 2018.*

¹⁶ Ci si è chiesti se un'interpretazione costituzionalmente conforme delle Sezioni unite potesse estendersi sino al punto di introdurre nella fattispecie un elemento ulteriore rispetto alla lettera della norma. In particolari dubbi sorgono in ordine alla compatibilità di una tale lettura della norma con le ragioni di garanzia e certezza del diritto, in considerazione del fatto che la graduazione della colpa per imperizia non è parte della scelta operata dal legislatore. In tal senso C. CUPELLI, *L'art. 590 sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2018, pp. 246 ss.

Secondo altra visione, a placare i timori, per riportare le parole del Presidente Canzio, *non si tratta di un'operazione creativa contro la volontà del legislatore, non è stata inventata una regola, ma riportata a razionalità*. In occasione di un ciclo di seminari dal titolo "Il giudice-interprete e la formazione del diritto: casi e questioni", tenuti dal Prof. G. Canzio, Università La Sapienza, 17 maggio 2018.

procedura di accreditamento delle stesse, affidata all'Istituto Superiore di Sanità – coerentemente con la tendenza alla codificazione delle regole cautelari nelle attività soggette a rischio – cui il medico deve riferirsi nella determinazione del piano terapeutico del paziente.

Sebbene il sistema delle linee guida sia stato introdotto con l'intento di restituire determinatezza e una maggiore sicurezza delle cure, tuttavia non mancano perplessità circa la loro portata applicativa sia da un punto di vista medico scientifico che sotto l'ottica del diritto penale.

Senza dubbio l'accreditamento delle linee guida comporta – almeno su un piano teorico – la selezione dei migliori approdi scientifici in campo medico, sancendo altresì l'abbandono delle pratiche mediche ormai superate.

Premesso che le linee guida non sono elaborate per il mondo del diritto ma rivolte alla medicina, si rileva come la procedura di accreditamento delle *leges artis* ha delle ricadute sul piano penalistico, garantendo maggiore determinatezza, nonché una più chiara individuazione dei limiti del rischio consentito. Del resto, anche il medico – in una prospettiva preventiva – conosce prima dell'eventuale evento avverso quali siano le condotte ritenute penalmente rilevanti, il che potrebbe sortire il buon effetto di riduzione delle pratiche difensive negative, che comportano la tragica tendenza del sanitario ad evitare paziente particolarmente gravi e pertanto più a rischio.

Tuttavia non è tutto oro quel che luccica: indubbiamente il processo di accreditamento delle linee guida è lento e faticoso, il rischio è che il progresso della medicina corra più veloce del meccanismo di accreditamento, che, dunque, rallenterebbe l'applicabilità delle novità scientifiche dal momento che gli esercenti la professione sanitaria devono attenersi alle linee guida. Proprio a tal proposito si parla di medicina di stato, che potrebbe minare la libertà terapeutica.

Pare proprio, al contrario, ravvisarsi nel principio di libertà terapeutica la chiave di lettura della normativa in tema di linee guida: un approccio oggettivizzato delle cure non esclude il ragionamento clinico del medico che sempre sarà non solo libero, ma anche obbligato, al giudizio di concretizzazione delle linee guida con riferimento al singolo paziente. Ciascun paziente, infatti, presenta delle caratteristiche peculiari che lo rendono

unico ed irripetibile, pertanto al medico spetterà il giudizio di adeguamento delle linee guida, eventualmente da accertare in sede processuale.

Un ulteriore strumento di flessibilità pare rinvenirsi nelle buone pratiche, sebbene l'art. 590 *sexies* c.p. abbia introdotto una gerarchia, dal momento che si riferisce alle stesse qualora manchino le linee guida. Tuttavia il concetto ed il confine applicativo delle buone pratiche non trovano una definizione legislativa, dunque il medico potrebbe appellarsi al loro utilizzo per determinare un trattamento terapeutico, in accordo con il paziente, che vada oltre quanto accreditato dalle linee guida e che faccia riferimento anche alla sua personale conoscenza e grado di specializzazione.

4. L'art. 1 comma 6 l. n. 219/2017 e l'art. 590 *sexies* c.p.: due facce della stessa medaglia?

Analizzato il contenuto dei recenti interventi del legislatore in materia di responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria, ci si può interrogare in merito alla possibilità di trarre dalla legge n. 219 del 2017 una lettura che vada anche oltre le tematiche del fine vita, con l'intento di porla in correlazione con le riforme contenute nella legge Gelli-Bianco in tema di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria.

Presupposto è che gli interventi effettuati dal legislatore in tal senso siano entrambi ispirati dalla volontà di assicurare al medico un contesto professionale denotato da maggiori certezze, il che inevitabilmente si ripercuote nella relazione terapeutica, che ne esce (o almeno dovrebbe) rafforzata, garantendo maggiore sicurezza delle cure per il paziente.

In termini generali le riflessioni sul tema prendono le mosse dall' assunto per cui la sfera di responsabilità dell' esercente la professione sanitaria si determina in relazione al rapporto tra la libera autodeterminazione del paziente da un lato e la competenza del medico dall' altro. Pertanto dalla rilevanza di tale rapporto discende che quando il diritto penale incontra il mondo della medicina, non può si può trascurare che i diritti e i doveri in capo al medico e al paziente si trovano in una posizione di complementarietà.

In quest'ottica si può affermare che la l. n. 219/2017 abbia inciso per lo più sulla sfera dell'autodeterminazione del paziente, colmando la lacuna lasciata dalla legge Gelli-Bianco che si focalizza, invece, sulla sfera dell'esercente la professione sanitaria. Quest'ultima, invero, ancorando l'attività del medico al rispetto di linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica – secondo le disposizioni di cui all'art. 5 della legge – si preoccupa, in qualche modo, non solo di disciplinare ipotesi di non punibilità, ma anche di definire la competenza del professionista.

Ci si chiede, dunque, quale sia il grado di compatibilità tra la disciplina delle linee guida e il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, considerato che la legge Gelli-Bianco sembra affidare al medico il ruolo esclusivo di determinazione del piano terapeutico sulla base del giudizio di adeguatezza al caso concreto in relazione alle linee guida accreditate.

In questo senso il medico non solo deve essere accurato nella valutazione e nella diagnosi del paziente, ma deve altresì essere preparato e aggiornato sulle *leges artis* e sulle nuove acquisizioni scientifiche, sì da porsi in condizione di fare *ex ante* scelte in merito al corretto *iter* terapeutico del paziente e di seguirne correttamente l'evoluzione.

Sono queste le premesse da cui il legislatore parte al fine di definire la sfera di non punibilità definita dall'art. 590 *sexies* c.p.

Nella legge Gelli-Bianco si parla di linee guida e del loro accreditamento, di responsabilità o non responsabilità, ma non si affrontano, invece, profili inerenti alla volontà del paziente. Diversamente l'autodeterminazione del paziente è il cuore della legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento, nella quale, invece, alla posizione del medico sono dedicate poche – forse troppo poche – parole.

Tuttavia, quando si parla di responsabilità del medico, o meglio di esenzione della responsabilità, non si può fare a meno di mettere in evidenza come le competenze che al medico si richiedono siano poste al servizio del paziente, che deve essere accompagnato nell'espressione della sua volontà tramite il consenso informato.

Si deve dare atto al legislatore di come abbia efficacemente espresso questo concetto nell'art. 1 co. 8 l. n. 219/2017, nel quale si dice che “*il tempo della comunicazione tra medico e paziente*

costituisce il tempo di cura”, cioè un percorso d’incontro tra autonomia e responsabilità¹⁷, nel quale l’una integra l’altra.

È proprio con riferimento allo spazio di autonomia riservato al paziente nelle scelte di fine vita che la classe medica ha esitato per il timore di vedere, in tali casi, ridurre il ruolo del sanitario a mero esecutore della volontà del paziente. Ciò deriva dal fatto che, come accennato, a differenza della legge Gelli-Bianco, la l. n. 219/2017 non si focalizza particolarmente sulla figura del medico, non soffermandosi neanche sull’eventuale diritto del medico di rifiutarsi a sua volta di adempiere alle richieste del paziente, quando queste fuoriescano dalla sua personale sfera etica, esercitando una vera e propria obiezione di coscienza¹⁸.

Quanto alla possibilità che il medico possa appellarsi al diritto di esercitare l’obiezione di coscienza al fine di non attualizzare la richiesta interrottiva del paziente, si deve tener presente che è lo stesso testo normativo a sostenere che il medico è esente da ogni obbligo professionale quando le richieste del paziente siano contrarie alla deontologia professionale.

Ora, si tratta di comprendere cosa debba intendersi per *trattamento sanitario contrario alla deontologia professionale*.

Il codice di deontologia medica disciplina la c.d. clausola di coscienza, prevedendo all’art. 22 che “*il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione*”.

Di particolare rilievo sembra essere il riferimento alla “*propria coscienza*”, nella misura in cui certamente il legislatore ha, giustamente, scelto, con le previsioni di cui alla legge n. 219/2017, di dare massima espressione alla volontà del paziente, che in alcun modo può essere limitata sulla base della motivazione esistente dietro ad una scelta di interrompere un trattamento sanitario, seppur vitale.

¹⁷ C. CASONATO, *Una legge più realista del re*, in *Riv. mul. online*, 21 aprile 2017, p. 3.

¹⁸ C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, 12/2017, p. 4.

Ciò significa che l'unico vaglio che il medico può porre in essere è in merito all'effettività del consenso libero ed informato, non essendo di sua competenza un giudizio eticamente orientato in merito alla scelta del malato.

Tuttavia dal momento che, come visto in precedenza, l'interruzione di un trattamento può, a seconda dei casi, richiedere un'azione da parte del medico – seppur finalizzata a realizzare un'omissione – ci si chiede se sia possibile individuare una sfera di coscienza entro la quale il medico possa decidere di non agire sul corpo del paziente, quando questo sia necessario ad interrompere un trattamento salvavita.

In sostanza, esiste un limite a ciò che al medico può essere richiesto?

Nonostante la legge risponda a tale interrogativo negando obblighi del medico a fronte di richieste di trattamenti che siano contrari a norme di legge e alla deontologia professionale, sicuramente tale ultimo riferimento può destare dei dubbi circa il suo confine di applicazione che, probabilmente, andrà chiarito, anche sulla base della risposta della classe medica¹⁹.

Questi dubbi avvalorano la percezione per cui non si possa disciplinare in merito alla volontà del paziente, senza che ciò, inevitabilmente, ricada sulla figura del medico e viceversa, la sensazione non deve essere quella che “se si mette da una parte, si toglie dall'altra”, gli interventi legislativi devono mirare alla ricerca di un equilibrio che sia quello proprio dei vasi comunicanti.

Tuttavia, il timore di svilimento della figura del medico, quale mero esecutore della volontà testamentaria del paziente, deve ritenersi superato in considerazione del fatto che egli è parte della relazione di cura, non in quanto mero contenitore di conoscenze scientifiche, ma perché è vincolato ai doveri ed ai criteri di appropriatezza propri della professione²⁰.

¹⁹ L. EUSEBI, cit., pp. 419 ss.; *Contra* A. VALLINI, *Rifiuto di cure “salvavita” e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2008, pp. 78 ss.

²⁰ Codice di Deontologia medica, art. 3 “*Doveri generali e competenze del medico*” ai sensi del quale “*Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera.*”

Orbene, “*la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico*” (art. 1, comma 2, l. n. 219/2017) cui si riferisce il legislatore, non possono considerarsi limitati alla sola fase dell’informazione e dell’espressione del consenso del paziente.

Tali componenti attengono, invece, anche alla fondamentale fase dell’individuazione dei trattamenti sanitari praticabili nel caso concreto e alle modalità della loro esecuzione,²¹ così come previsto dalla disciplina della legge Gelli-Bianco, con particolare riferimento all’art. 5²² secondo cui “*gli esercenti le professioni sanitarie, nell’esecuzioni delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche*”²³.

Si è detto che la competenza e la responsabilità del medico nella fase in cui informa il paziente – che viene così posto nella condizione di esprimere un consapevole e libero consenso – rappresenta solo una fase della relazione terapeutica.

Questa fase deve considerarsi come particolarmente delicata, in quanto la competenza del medico chiaramente influisce sul

[...] *La diagnosi a fini preventivi, terapeutici e riabilitativi è una diretta, esclusiva e non delegabile competenza del medico e impegna la sua autonomia e responsabilità*”.

Art. 6 “*Qualità professionale e gestionale*”: “*Il medico fonda l’esercizio delle proprie competenze tecnico-professionali sui principi di efficacia e di appropriatezza, aggiornandoli alle conoscenze scientifiche disponibili e mediante una costante verifica e revisione dei propri atti*”.

²¹ L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o “diritto di morire”? I problemi interpretativi che investono la legge n. 219/2017 e la lettura del suo testo nell’ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell’art. 580 c.p.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, p. 415.

²² P.F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2017, pp. 67 ss.; G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, pp. 84 ss.; C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 1765; F. D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, cit.; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen.*, 2/2017.

²³ In tal senso L. EUSEBI, cit., p. 429.

processo decisionale del malato, che si determina in ragione delle opzioni che il professionista gli prospetta.

In tal senso, si consideri il caso in cui il paziente, nonostante la mancata collaborazione del medico, anche sul presupposto che il suo consenso è pur sempre revocabile, sia spinto a sottoporsi ad un trattamento sanitario che ne determini la morte.

Senza dubbio, si è dinanzi ad una violazione del dovere di informare che incombe sull'esercente la professione sanitaria. Ma ci si chiede se ci sia, ed eventualmente quale sia, la sfera di responsabilità del medico, nella misura in cui si accerti che in presenza di una corretta informazione – basata sulle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica – l'evento non si sarebbe verificato. Pare questa un'ipotesi che potrebbe determinare l'operatività dell'art. 590 *sexies* c.p. in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Un ulteriore interrogativo si pone con riferimento alla possibilità che il paziente possa esercitare il diritto di pretendere che il medico ponga in essere un trattamento sanitario non raccomandato dalle linee guida, come nel caso dei trattamenti sperimentali o *off label*. Esiste, chiaramente, un confine oltre il quale il paziente non può pretendere dal medico e dalla scienza, ma nei limiti di quanto è riconosciuto dal Ministero della salute e accreditato nella letteratura scientifica internazionale, il medico può, con il consenso del paziente, intraprendere un trattamento sperimentale o fare prescrizioni *off label* (c.d. “fuori etichetta” per una malattia per la quale allo stato attuale non è previsto e ancora approvato l'impiego del farmaco). Tale genere di prescrizione deve ritenersi penalmente lecita in virtù del principio di libertà terapeutica del medico, costituzionalmente garantito dagli artt. 33 e 9 per i quali la scienza è libera e la Repubblica promuove la ricerca scientifica²⁴. Dunque anche se il consenso del paziente non può legittimare ogni tentativo di cura, quest'ultimo può insieme al medico valutare la possibilità di sottoporsi a questo genere di trattamenti, che richiedono, in un certo senso, maggiore intransigenza: sebbene nell'ottica di un'alleanza terapeutica, a maggior ragione le cure sperimentali non possono essere oggetto di trattativa, anche in considerazione

²⁴ P. PIRAS, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1963 ss.

del fatto che si richiede al medico di prescrivere un trattamento che è al limite del consentito. Tanto è vero che l'esercente la professione sanitaria potrebbe incorrere in responsabilità penale per aver erroneamente ritenuto la condizione del paziente e le sue caratteristiche idonee ad accedere al trattamento *off label* o sperimentale.

Anche nell'ipotesi in cui il paziente scientemente scelga di interrompere il trattamento sanitario o di non intraprenderlo, occorre precisare che, nonostante venga meno il dovere di cura, non tutti gli obblighi in capo al medico si esauriscono.

Piuttosto si assiste ad una mutazione del contenuto della posizione di garanzia²⁵.

Il medico è, infatti, investito dall'obbligo di persuasione del paziente, non nel senso di voler incidere paternalisticamente sulla sua scelta, quanto al fine di accertare che sia garantito l'equilibrio tra la tutela della salute e l'autodeterminazione; il medico deve altresì assicurare l'assistenza psicologica e morale che la volontà del paziente richiede, così da scongiurare il rischio che alla scelta di non essere curati corrisponda un abbandono terapeutico, ciò anche attraverso le ulteriori informazioni che al paziente devono essere date in ordine al decorso e agli effetti che derivano dalla sospensione delle cure.

Pare, insomma, potersi dire scongiurato il timore della classe medica di essere "meri esecutori testamentari" della volontà del paziente dal momento che, a prescindere da come si orienti la volontà del malato, il medico e il paziente fanno parte di un'alleanza, che mira nella stessa direzione.

Per di più sembra, dunque, possibile ravvisare un'interrelazione tra i due provvedimenti normativi in ambito sanitario, sia sotto il profilo dell'oggetto trattato che sotto il profilo di responsabilità.

La legge Gelli-Bianco e la legge n. 219/2017 sono state emanate a pochi mesi di distanza l'una dall'altra, hanno percorso strade – solo in parte – differenti, per cui l'impressione potrebbe essere quella di trovarsi dinanzi ad interventi legislativi che si occupano di tematiche differenti.

²⁵ Sul punto C. CUPELLI, *Diritti e doveri del medico nelle "scelte di fine vita"*, cit., pp. 265 ss.

Pare, tuttavia, il caso di porre in evidenza che entrambe ineriscono alla relazione terapeutica tra medico e paziente – seppur sotto profili differenti – e che le due posizioni si trovino in una relazione dialettica, che si confronta con le istanze di cura.

Insomma, le due leggi sono due facce della stessa medaglia, che, in quanto tali, interagiscono tra di loro, alla ricerca di un equilibrio che possa garantire la sicurezza delle cure, la piena attuazione dell'autodeterminazione del paziente ed il superamento della medicina difensiva.

CONSIDERAZIONI SUL RICORSO ALLE
OPERAZIONI SOTTO COPERTURA ED ALLA
CONTROVERSA FIGURA DELL'AGENTE
PROVOCATORE NELLA LOTTA AL FENOMENO
CORRUTTIVO*

ALESSIA MANICCIA

SOMMARIO: 1. Il problema del ricorso alla “provocazione al reato” nel contrasto al fenomeno corruttivo. – 2. Le nozioni di “agente infiltrato” ed “agente provocatore” nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3. L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione.

Abstract: The periodic interest in undercover operations, supports the value of a study that – starting from art. 9 l. 146/2006 – asks itself about the possibility of enlarging the scope of crimes involving the undercover agents.

The “2018 Govern Contract” states the need for adding the “undercover agent” character and also the “agent provocateur” in order to make it easier the investigation on the bribery phenomena in p.a.

However, the contract was modified by next “d.d.l. Anticorruzione”, which became law on 9th January, 2019 that restricts the reform to simply extend the undercover operation to crimes against p.a., removing every reference to the “agent provocateur”.

To properly consider this choice, it is important to recognize – via the ECtHR sentences – the “undercover agent” and “agent

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

provocateur” definitions, to verify the value of the reform itself; or the opportunity of using legal institutions, different from undercover operations, perhaps more useful in struggling to defeat the bribery danger (i.e. whistleblowing).

1. Il problema del ricorso alla “provocazione al reato” nel contrasto al fenomeno corruttivo

La necessità di fronteggiare l’incidenza di alcuni dei fenomeni criminosi precipui dell’età moderna – come l’emergenza corruzione – riaccende, ciclicamente, il dibattito sulla possibile estensione anche ai delitti contro la p.a. dello strumento delle operazioni sotto copertura.

Prodotto ultimo di un lungo percorso normativo, questa tecnica investigativa – che vede il legislatore puntare sulla “rinascita giuridica” del controverso agente provocatore – si propone quale strumento in grado di arginare forme di criminalità, soprattutto organizzata, troppo spesso impenetrabile dagli ordinari mezzi di ricerca della prova a disposizione della p.g., e più efficacemente contrastabile attraverso una aggressione dall’interno del fenomeno associativo in sé¹.

Attualmente, la disciplina di riferimento trova collocazione nell’art. 9, l. 16 marzo 2006, n. 146 mediante la quale il legislatore – ratificando la Convenzione ed i Protocolli della Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (adottati a Palermo, dall’Assemblea Generale, il 15 settembre 2000 ed il 31 maggio 2001) – realizza l’auspicata *reductio ad unitatem* del precedente frammentario quadro normativo, che vedeva una serie di singoli modelli legali di agente provocatore, introdotti nel tempo in determinati settori, per fronteggiare altrettanti specifici reati (in materia di stupefacenti, prostituzione, ecc.); dando, così, vita a quello che in dottrina

¹ C. DE MAGLIE, *L’agente provocatore. Un’indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991, p. 17, indagine tuttora estremamente attuale nelle sue puntuali riflessioni e considerabile una pietra miliare nell’analisi della – così emblematicamente definita – “*errabonda*” figura dell’agente provocatore, sia nell’ordinamento italiano, sia in comparazione con le esperienze giuridiche estere.

viene, ormai, etichettato come lo “*statuto delle operazioni sotto copertura*”².

Sostanzialmente, con l'utilizzo di tale strumento, il legislatore rende possibile – attraverso la specificazione, in maniera perentoria, di una serie di requisiti tipici, che vanno dai soggetti destinatari, ai reati il cui accertamento legittima l'esecuzione di una operazione sotto copertura (purché autorizzata e finalizzata alla ricerca della prova) – non punire l'agente *undercover* per le condotte, penalmente apprezzabili, da questi realizzate; assicurando, al contempo, la punibilità del provocato stesso.

Al riguardo, la convinzione maturata da alcuni esponenti dei poteri istituzionali – nonché dagli stessi organi di p.g. – della assoluta idoneità repressiva delle *undercover operations* nei confronti del fenomeno corruttivo nasce, invero, dal confronto con gli strumenti di contrasto adottati da alcuni ordinamenti esteri, in particolare quello statunitense. In tale contesto, la repressione della corruzione è affidata proprio all'*entrapment*, ossia all'attività degli agenti provocatori: in presenza del sospetto di un fatto di corruzione, si sottopone – attraverso l'attività di un provocatore – il presunto reo al cosiddetto “test di integrità”, il quale, consistendo nella verifica della reazione del sospettato ad un tentativo di corruzione, ne consente l'arresto qualora l'esito del test risulti positivo³.

Ebbene, già nel 2013 – pur ammettendo l'estrema eterogeneità degli ordinamenti giuridici italiano e statunitense –

² Così, A. CISTERNA, *Attività sotto copertura, arriva lo statuto*, in *Guida dir.*, 17/2006, p. 82.

Per una completa disamina della normativa sulle operazioni sotto copertura, cfr. tra i vari: V. MAIELLO, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in F. PALAZZO - C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto*, Torino, 2015; A. FALCONE, *L'agente sotto copertura*, Roma, 2014, pp. 48 ss.; L. PAOLONI, *La controversa linea di confine tra attività sotto copertura e provocazione poliziesca. Spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 1899 ss.

³ Inoltre, si potrebbe utilizzare con maggiore decisione anche il cosiddetto “test soggettivo” dell'accertamento della tendenza a delinquere del provocato, ideato dalla Corte suprema americana: legittimando l'operato dell'agente infiltrato nella p.a. solo verso soggetti che hanno già manifestato atti di corruzione e non anche verso gli incensurati.

i lavori parlamentari prospettano la possibilità di coniare il modello americano dell'*entrapment* nel contrasto alla corruzione, proprio attraverso l'innesto dei principali delitti contro la p.a. nello statuto delle operazioni sotto copertura.

Operazione che avrebbe trovato la sua legittimazione nella l. 3 agosto 2009, n. 116 di ratifica della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione – adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e firmata dall'Italia il 9 dicembre 2003 – la quale, all'art. 50, permette agli Stati membri di ricorrere allo strumento delle attività sotto copertura per fronteggiare la pericolosità del fenomeno corruttivo⁴.

Attraverso il disegno di legge del 2013 si sarebbe, sostanzialmente, mutuato nel contesto italiano il “test di integrità” precipuo dell'esperienza statunitense, e dunque la possibilità di mettere alla prova il politico, l'amministratore, il funzionario pubblico o il privato, utilizzando un finto tentativo di corruzione, il tutto sotto il controllo severo della magistratura e della p.g. In questo modo si sarebbe vigilato affinché le risorse pubbliche fossero gestite in modo corretto, secondo i principi di onestà e trasparenza⁵.

Tuttavia, le difficoltà di coordinare le diverse parti politiche verso la medesima volontà, vedono il “fallimento” di tale primo tentativo riformatore, portando, tuttora, l'ordinamento italiano a porsi *“inadempiente rispetto all'obbligo nascente dalla*

⁴ In particolare, il citato articolo 50 della Convenzione dell'ONU contro la corruzione, relativo alle tecniche speciali di investigazione, al comma 1, dispone che “[...] ciascuno Stato, nei limiti consentiti dai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico interno, [...] adotta le misure necessarie, con i propri mezzi, a consentire l'appropriato impiego da parte delle autorità competenti della consegna controllata e, laddove ritenuto opportuno, di altre tecniche speciali di investigazione, quali la sorveglianza elettronica o di altro tipo e le operazioni di polizia sotto copertura, entro il suo territorio, e a consentire l'ammissibilità in tribunale della prova così ottenuta”.

⁵ Proposta di legge della camera dei deputati n. 164, presentata il 15 marzo 2013, su “*Disposizioni concernenti lo svolgimento di operazioni di polizia sotto copertura per l'accertamento dei delitti di corruzione e di concussione*”.

*Convenzione di Merida di introdurre le operazioni sotto copertura in materia di corruzione*⁶.

Tentativo che non tarda, invero, a riproporsi nell'attuale Legislatura che, attraverso il c.d. "Contratto di Governo", firmato il 17 maggio 2018, fissa – al punto n. 15, rubricato "*Lotta alla corruzione*" – tra le varie, "*nel quadro della piena attuazione della Convenzione ONU di Merida del 2003, l'introduzione della figura dell'«agente sotto copertura» e la valutazione della figura dell'agente provocatore in presenza di indizi di reità, per favorire l'emersione dei fenomeni corruttivi nella Pubblica Amministrazione*"⁷.

Scelta di politica-criminale che riaccende, sin da subito, il duro dibattito fra gli operatori del diritto, tra chi plaude tale scelta – nella ferma convinzione che la provocazione al reato, in tutte le sue forme, rappresenti l'unica soluzione possibile all'emergenza corruzione – e chi, di contro, continua a manifestare assoluto scetticismo, sia verso l'ampliamento del

⁶ Così, P. DAVIGO, *Un cenno alle operazioni sotto copertura non previste in materia di reati contro la pubblica Amministrazione*, in *Giur. pen. web*, 3/2018, p. 5.

⁷ Contratto di Governo, punto 15, "*Lotta alla corruzione*": "*È improrogabile una severa ed incisiva legislazione anticorruzione tale da consentire un rilevante recupero di risorse indebitamente sottratte allo Stato e, nel contempo, rilanciare la competitività del Paese, favorendo una reale concorrenza nel settore privato a vantaggio delle piccole e medie imprese. Le misure da mettere in campo sono le seguenti: l'aumento delle pene per tutti i reati contro la pubblica amministrazione di tipo corruttivo per i quali debbono essere preclusi gli sconti di pena mediante un sistema che vieti l'accesso a riti premiali alternativi; il «DASPO» per i corrotti e corruttori, ovvero l'interdizione dai pubblici uffici e la perpetua incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione per chi è stato condannato definitivamente per un reato di tipo corruttivo contro la Pubblica Amministrazione; nel quadro della piena attuazione della Convenzione ONU di Merida del 2003, l'introduzione della figura dell'«agente sotto copertura» e la valutazione della figura dell'agente provocatore in presenza di indizi di reità, per favorire l'emersione dei fenomeni corruttivi nella Pubblica Amministrazione. A tali strumenti è necessario abbinare, oltre che un potenziamento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e del piano di prevenzione della corruzione, una modifica delle disposizioni vigenti – ad oggi non del tutto efficaci – in termini di prevenzione e repressione, anche rafforzando le tutele per il whistleblower. In materia di intercettazioni è opportuno intervenire per potenziarne l'utilizzo, soprattutto per i reati di corruzione*".

ricorso alle operazioni sotto copertura, sia – a maggior ragione – nei confronti dell’impiego del controverso agente provocatore⁸.

Figura, quest’ultima, da sempre fonte di numerosi problemi giuridici e che – qualora calata all’interno del fenomeno corruttivo – si identificherebbe nell’appartenente o meno alle forze dell’ordine, che simula la proposta al p.u. o i.p.s. del pagamento di denaro in cambio di atti contrari o non contrari ai doveri del pubblico ufficio, al solo fine di assicurare il reo alla giustizia.

Modus operandi che – nell’ordinamento italiano – trova, da sempre, un difficile raccordo con i principi fondamentali del diritto penale, aprendo ad una serie di problematiche: ad esempio, l’inevitabile contrapposizione di due diritti ontologicamente incompatibili tra loro e che necessitano, pertanto, di un ponderato bilanciamento. Diritti individuabili, da un lato, nelle istanze di difesa sociale, caratterizzate dal compito di repressione dei reati svolto da parte dello Stato; e, d’altro lato, il contrapposto diritto fondamentale di ogni individuo alla propria libera autodeterminazione, fortemente limitata da attività investigative incentrate su condotte propriamente riconducibili alla “provocazione al reato”. Il principio di colpevolezza, garantito costituzionalmente, osta, infatti, alla possibilità di irrogare una sanzione penale per un fatto commesso dal soggetto agente non nel pieno della sua autonomia, rifiutando tecniche investigative che mirino a “saggiare” e punire la mera attitudine a delinquere del cittadino.

Tutto ciò apre al c.d. problema della responsabilità penale dell’agente provocatore, posta la normale rilevanza penale delle condotte da questi realizzate, a titolo di concorso quantomeno morale – nella forma dell’istigazione, *ex art. 110 c.p.* – nel fatto commesso dal provocato; da qui la necessità, maturata nel tempo da dottrina e prassi, di ricercare una base giuridica all’interno della sistematica del reato sulla quale fondare il giudizio di non

⁸ Sul contrasto insorto in dottrina a seguito delle indicazioni del “Contratto di Governo”, cfr. tra i vari: L. ROCCATAGLIATA - G. STAMPANONI BASSI, *L’agente provocatore e l’agente sotto copertura come metodi di contrasto alla corruzione. Le opinioni di Domenico Pulitanò e Piercamillo Davigo*, in *Giur. pen. web*, 3/2018; D. PULITANÒ, *Agente provocatore per il contrasto alla corruzione?*, in *Giur. pen. web*, 3/2018; P. DAVIGO, *Op. cit.*

punibilità del provocatore⁹. Peraltro, sensibili sono, altresì, i problemi di natura strettamente processuale, legati alla genuinità della prova raccolta attraverso la tecnica investigativa della provocazione al reato, che minerebbe la libertà di autodeterminazione del provocato stesso – ex artt. 188 e 189 c.p.p. – con la correlata violazione del principio, costituzionalmente garantito, del giusto processo.

Problemi che ostano, tuttora, al ricorso alla figura dell'agente provocatore anche nel contrasto all'emergenza corruzione. Problemi che lo stesso Contratto di Governo dimostra di non sottovalutare nel momento in cui mantiene ben distinte le accezioni di "agente sotto copertura" ed "agente provocatore"; ad ulteriore riprova della consapevolezza, da parte delle stesse parti politiche, delle differenti ripercussioni che il diverso *modus operandi* animante tali soggetti, può concretamente ingenerare.

2. Le nozioni di "agente infiltrato" ed "agente provocatore" nella giurisprudenza della Corte EDU

L'esigenza di fornire una risposta alle problematiche afferenti l'utilizzo della provocazione al reato per scopi di difesa sociale – che garantisca, perciò stesso, il contenimento dell'ingerenza sui diritti e principi fondamentali riconosciuti dal diritto penale – determina l'interessamento non solo degli operatori del diritto interno ma, altresì, convenzionale, nella ricerca dei limiti operativi entro i quali tale attività possa considerarsi lecita; isolando, di converso, le circostanze che possono portare alla punibilità del provocatore.

In particolare, l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo – ancorché focalizzatosi, prevalentemente, su aspetti di natura processuale – si è preoccupato di fornire anche indicazioni utili per la corretta definizione e differenziazione tra la tradizionale figura di agente provocatore ed il reale beneficiario delle garanzie offerte dallo strumento delle *undercover operations*: ovvero il c.d. agente infiltrato.

Segnatamente, le due figure – spesso concettualmente confuse, fino ad essere considerate sinonimi – sono state

⁹ Per la trattazione diffusa delle c.d. soluzioni universali e particolari alla responsabilità penale dell'agente provocatore, cfr. C. DE MAGLIE, *Op. cit.*

progressivamente separate e distinte grazie alla produzione dottrinale e giurisprudenziale; quest'ultima, integrata del decisivo contributo della Corte EDU.

Proprio nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, già a partire dalla fine degli anni Novanta, inizia a ravvisarsi la violazione della Carta europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo processuale del principio dell'equo processo – ex art. 6, comma 1, CEDU – per l'utilizzo di metodiche investigative che si concretizzano in una vera e propria pressione od incitamento al crimine del soggetto sottoposto ad indagini sotto copertura¹⁰.

In particolare, con la storica sentenza del 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, la Corte EDU – nel premettere che la funzione degli organi investigativi, nelle moderne società democratiche, è quella di proteggere la collettività contro la criminalità già esistente, e non anche quella di creare criminalità, inducendo a delinquere soggetti che non avrebbero mai ceduto al crimine in assenza di provocazione – afferma come una attività realmente provocatoria debba considerarsi incompatibile in ordinamenti dove vige il principio di colpevolezza, per il quale ciascuno risponde solo in ragione della propria libera autodeterminazione a commettere un reato¹¹. Ciò premesso, la Corte rileva la violazione del principio del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU, nel comportamento degli appartenenti alla p.g. che non si limitino ad una mera operazione di osservazione e contenimento, ma in una vera e propria induzione alla condotta criminosa altrui, che, senza la provocazione non si sarebbe concretizzata¹².

¹⁰ M. LOMBARDO, voce *Agente provocatore*, in *Dig. disc. pen.*, App., Milano, 2010, p. 29; V. MAIELLO, *Op. cit.*, p. 173; L. PAOLONI, *Op. cit.*, pp. 1909 ss.

¹¹ Così, C. eur. dir. uomo, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro v. Portogallo*, con nota di A. VALLINI, *Il caso "Teixeira de Castro" davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi legali di infiltrazione poliziesca*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 197.

¹² C. BORTOLIN, *Operazioni sotto copertura e "giusto processo"*, in A. BALSAMO - R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 403; V. MAIELLO, *Op. cit.*, pp. 174 ss.

Parallelamente, in altre occasioni successive, la Corte EDU ha avuto modo di chiarire che quando le autorità si siano limitate ad osservare il comportamento di soggetti che si muovono in ambienti vicini alla criminalità e

Esemplificando, per la Corte EDU, in tema di *undercover operations*, la differenza tra un processo equo ed uno condotto in violazione dell'art. 6 risiede proprio nella differenza tra la figura di "agente infiltrato" (*undercover agent* o *agent infiltré*) e quella di "agente provocatore" (*agent provocateur*). Nelle ipotesi in cui si oltrepassa la menzionata linea di confine – non limitandosi l'agente a tenere una condotta passiva, ma realizzando vere e proprie condotte attive di istigazione o determinazione al reato – il processo non può considerarsi equo, poiché l'interesse pubblico alla scoperta e repressione dei reati, che legittima il ricorso a tali peculiari tecniche investigative, non può mai arrivare a giustificare l'utilizzazione di prove ottenute provocando la condotta illecita tramite un agente di polizia giudiziaria¹³.

Tale orientamento trova, in realtà, profonde affinità con l'interpretazione in tema di provocazione al reato affermata anche nella giurisprudenza di legittimità italiana; contributo al quale si è – con tutta evidenza – adeguato, altresì, lo stesso legislatore, nella predisposizione dello statuto delle operazioni sotto copertura, introdotto con l'art. 9, l. n. 146 del 2006.

Al riguardo, la stessa Corte di cassazione, in diverse occasioni – richiamando proprio le pronunce della Corte EDU –

la commissione del reato è dipesa, in ultima analisi, dalla libera scelta del reo, non influenzata in maniera sostanziale dall'azione degli agenti di polizia, i loro comportamenti devono essere scriminati, poiché non integrano alcuna violazione del principio dell'equo processo: in questi termini, cfr.: C. eur. dir. uomo, 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis v. Grecia*, in www.echr.coe.int; *ex plurimis*, C. eur. dir. uomo, 21 marzo 2002, *Calabrò v. Italia e Germania*, con nota di A. TAMIETTI, *Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2920; C. eur. dir. uomo, 1° luglio 2008, *Malininas v. Lituania*, in www.echr.coe.int, ove la Corte affronta lo specifico problema della violazione del diritto di confrontarsi con il proprio accusatore; C. eur. dir. uomo, 1° giugno 2011, *Lalas v. Lituania*, in www.echr.coe.int; C. eur. dir. uomo, 4 novembre 2010, *Bannikova v. Russia*, in www.echr.coe.int, ove si ribadisce che se l'attività dell'infiltrato rimane nei limiti "del comportamento essenzialmente passivo" non c'è alcuna violazione dell'art. 6 CEDU, diversamente, se li oltrepassa agendo illecitamente come agente provocatore, la violazione sussiste.

¹³ Così, V. MAIELLO, *Op. cit.*, p. 174; C. BORTOLIN, *Op. cit.*, p. 399; R. PUGLISI, *Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2963.

individua il requisito per la non punibilità dell'infiltrato nella sua mera partecipazione "passiva" alla commissione di uno dei reati per i quali è stata disposta l'operazione sotto copertura; integrando, invece, un contributo rilevante ai sensi del concorso di persone eventuale, la provocazione "in senso stretto" e cioè l'induzione a commettere un reato che, altrimenti, il provocato non avrebbe realizzato¹⁴. Peraltro, in tale ultima ipotesi, il provocatore, ancorché appartenente alla p.g., è considerato non punibile – ai sensi della clausola di rinvio all'art. 51 c.p., presente nell'*incipit* dello stesso art. 9, l. n. 146 del 2006 – solo qualora il suo intervento rispecchi i tratti di una attività indiretta e marginale nell'ideazione ed esecuzione del fatto del provocato, risolvendosi, sostanzialmente, in una condotta passiva di mero controllo, osservazione e contenimento dell'altrui azione illecita. Diversamente, il medesimo è punibile, a titolo di concorso nel reato del provocato, nel caso in cui il suo intervento si risolva in una condotta attiva di istigazione o determinazione all'illecito, con efficacia concausale nella progettazione e commissione del reato stesso¹⁵.

Riassumendo, allo stato dell'arte, la prassi, nazionale e convenzionale, risulta "granitica" nel considerare il *modus operandi* dell'agente provocatore – caratterizzato dalla pura istigazione al reato, ancorché finalizzata alla repressione del crimine – incompatibile con i principi fondamentali del diritto penale; giudicando, *ex adverso*, ammissibile – purché adeguatamente regolamentato dal legislatore – il ricorso

¹⁴ In giurisprudenza, cfr.: Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2008, n. 16163, *Casaula*, in *C.E.D. Cass.*, n. 239640; Cass. pen., sez. I, 14 gennaio 2008, n. 10695, *D'Amico e altri*, in *C.E.D. Cass.*, n. 239704; Cass. pen., sez. IV, 22 settembre 2000, n. 11634, *Alessandro*, in *C.E.D. Cass.*, n. 217253; Cass. pen., sez. IV, 22 settembre 1999, n. 12347, *Lenza*, in *C.E.D. Cass.*, n. 215007; Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2011, n. 751, con nota di A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 31 maggio 2001.

¹⁵ Conformemente, in giurisprudenza, cfr.: Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 1969, *Murgia*, in *Arch. pen.*, 1970, II, p. 408; Cass. pen., sez. I, 1° marzo 1969, n. 311, *Faccini*, in *Cass. pen.*, 1970, p. 1637; Cass. pen., 23 maggio 1972, n. 8266, *Monne*, in *Foro it.*, Rep. 1973, voce *Concorso di persone nel reato*, n. 8; Cass. pen., sez. VI, 29 settembre 1987, n. 2890, *Alan*, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Concorso di persone nel reato*, n. 15; Cass. pen., 6 luglio 1990, n. 1119, *Carpentieri*, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Cause di non punibilità*, n. 17.

all'agente sotto copertura, che, agendo con le modalità tipiche dell'infiltrato, esclude la lesione dei diritti sostanziali e processuali del provocato.

3. L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione

L'esistenza di un consolidato orientamento della prassi, favorevole all'impiego della figura speciale dell'agente sotto copertura ed ostile al ricorso alla figura generale dell'agente provocatore, è – con tutta probabilità – il motivo alla base del cambio di strategia adottato dalla Commissione giustizia, nella presentazione del d.d.l. anticorruzione, rispetto alle indicazioni presenti nell'originario Contratto di Governo.

Ed invero, la definitiva l. 9 gennaio 2019, n. 3 – recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione*” – si articola nella previsione di una serie di misure che dovrebbero, nell'intento riformatore, fornire un solido contrasto al fenomeno corruttivo.

Misure identificabili, non solo nell'acclamato “*Daspo per i corrotti*”, che prevede l'interdizione dai pubblici uffici dei condannati per gravi delitti contro l'amministrazione, nonché l'esclusione dalla possibilità di contrarre con la p.a.; ma, altresì, nell'introduzione della causa di non punibilità, *ex art. 323-ter c.p.* – per chi denuncia “tempestivamente” un fatto di corruzione – e dell'estensione della disciplina delle operazioni sotto copertura, di cui all'art. 9, l. n. 146 del 2006, ai principali delitti contro la p.a.¹⁶.

¹⁶ Il nuovo testo dell'art. 9, comma 1, della legge 16 marzo 2006, n. 146, la lettera a) – a seguito dell'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la p.a., attuata dalla legge anticorruzione del 18 dicembre 2018 – dispone che: “a) *gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della guardia di finanza, appartenenti alle strutture specializzate o alla Direzione investigativa antimafia, nei limiti delle proprie competenze, i quali, nel corso di specifiche operazioni di polizia e, comunque, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti previsti dagli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 452-quaterdecies, 453, 454, 455, 460, 461, 473, 474, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter, nonché nel libro secondo, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale, ai delitti concernenti armi, munizioni, esplosivi, ai delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo*

Misure, quest'ultime, destinate a sostenersi reciprocamente, soprattutto alla luce della clausola di chiusura prevista all'art. 323-ter c.p., che, sostanzialmente, esclude la possibilità di beneficiare della causa di non punibilità per colui che corrompe o si fa corrompere al solo fine di denunciare il correo¹⁷. Ed invero, dal combinato disposto di tale disposizione, con il riformulato art. 9, l. n. 146 del 2006, si ricava l'esclusione *tout court* – a dispetto di quanto prospettato inizialmente dal Contratto di Governo – della possibilità di ricorrere, nel contrasto al fenomeno corruttivo, all'utilizzo del *modus operandi* tipico dell'agente provocatore, sia privato, sia appartenente alla p.g. Per

unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché ai delitti previsti dal testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e dall'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, anche per interposta persona, danno rifugio o comunque prestano assistenza agli associati, acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano denaro o altra utilità, armi, documenti, sostanze stupefacenti o psicotrope, beni ovvero cose che sono oggetto, prodotto, profitto, prezzo o mezzo per commettere il reato o ne accettano l'offerta o la promessa o altrimenti ostacolano l'individuazione della loro provenienza o ne consentono l'impiego ovvero corrispondono denaro o altra utilità in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri, promettono o danno denaro o altra utilità richiesti da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio o sollecitati come prezzo della mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o per remunerarlo o compiono attività prodromiche e strumentali”.

¹⁷ La nuova causa di non punibilità dell'art. 323-ter c.p., dispone che “non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146”.

quest'ultimo, la lettura combinata delle due disposizioni esclude, infatti, il beneficio all'agente *undercover* che, violando le rigide disposizioni imposte dall'art. 9, crei l'occasione del *pactum sceleris* attraverso una condotta di mera induzione alla corruzione del pubblico dipendente, finalizzata al suo arresto: in questo caso, l'agente sotto copertura – che torna a vestire i panni dell'agente provocatore – non potrà beneficiare né della scriminante speciale dell'art. 9, né della causa di non punibilità del nuovo art. 323-ter c.p.; relegando sul piano delle c.d. “soluzioni universali” (assenza del nesso causale, del dolo, ecc.) la ricerca della non punibilità.

Ripensamento, dunque, da parte del legislatore sulla scelta di politica-criminale, certamente mosso dalla consapevolezza che il *modus operandi* dell'agente provocatore, scontrandosi con la granitica posizione della giurisprudenza convenzionale, avrebbe concretizzato il rischio di prevedibili condanne future da parte della stessa Corte di Strasburgo.

Tuttavia, occorre sottolineare come – ancorché sia bandito qualsiasi ricorso alla condotta di mera induzione al fatto corruttivo – la diversa ipotesi di istigazione alla corruzione, ex art. 322 c.p., essendo ricompresa nell'ampliamento del catalogo delle condotte non punite dall'art. 9, l. n. 146 del 2006, apre ad un futuro problema interpretativo sul corretto *discrimen* tra gli affini concetti di “induzione” (condotta propria dell'agente provocatore e, pertanto, vietata) e di “istigazione” (condotta propria dell'agente sotto copertura e che “potrebbe” beneficiare della causa di non punibilità); con inevitabili ripercussioni sulla prevedibilità dell'esito processuale per l'agente *undercover*.

Così ricostruito l'inedito scenario, diviene “doveroso” riflettere sulla reale opportunità di puntare sullo strumento dell'agente sotto copertura nel contrasto all'emergenza corruzione.

Ebbene, la necessità di fornire una risposta tangibile alle incessanti richieste di interventi in funzione arginante del fenomeno, può certamente “giustificare” la scelta di politica-criminale alla base della c.d. “legge spazzacorrotti”; tuttavia, sono, del pari, innegabili le perplessità che continuano a minare la riforma, la quale – ancorché abbia, positivamente, escluso il ricorso alla controversa figura dell'agente provocatore – non

placa lo scetticismo verso la reale utilità di un agente sotto copertura inserito nel contesto e nelle dinamiche della p.a.

Ed invero, la figura dell'agente infiltrato trova la sua ontologica dimensione nel contrasto ai reati di natura associativa, nei quali può insediarsi, individuare i concorrenti e – nel disgregare dall'interno l'organizzazione stessa – far emergere i singoli reati-fine (riciclaggio, traffico di stupefacenti ecc.). Diversamente, in contesti quali la p.a., diviene non solo inverosimile – per costi e difficoltà logistiche – pensare di infiltrare un soggetto esterno che simuli di ricoprire una posizione interna all'ufficio; ma, soprattutto, ci si scontra con un fenomeno, quello corruttivo, che si caratterizza per essere un “patto a due” che – fuori dall'ipotesi del concusso che simuli di cedere all'illecita proposta – finirebbe per risolversi in un modo per saggiare la moralità del pubblico dipendente, aprendo, così, a “*scenari inquietanti*”¹⁸.

Ecco che, a fronte del valore indubbiamente simbolico di tale riforma – che rischia, tuttavia, di godere di una limitata praticabilità nel concreto – è forse più utile puntare su strumenti alternativi all'*undercover operation* – già esistenti, ma scarsamente valorizzati – che risultino, qualora potenziati, maggiormente idonei a garantire la repressione del fenomeno corruttivo. Strumenti che vanno dalla possibilità di favorire l'attività di prevenzione rispetto alla pura repressione, prediligendo, come reale attività di contrasto alla corruzione, sia un sistema di sanzioni disciplinari per il p.u. corrotto, sia strumenti di controllo in grado di inibire o disincentivare, *ab origine*, le condotte corruttive (come le misure già presenti nella legge anticorruzione n. 190 del 2012 o il “Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza 2018-2020” approvato dall'ANAC); fino alla possibilità di valorizzare strumenti, anche a matrice extrapenale, come il “*whistleblowing*” (del quale si dà contezza nello stesso Contratto di Governo) per la sua attitudine alla prevenzione e repressione del fenomeno corruttivo, fondata sulle segnalazioni del *whistleblower*, ovvero

¹⁸ Per tali conclusioni, cfr.: D. PULITANÒ, *Op. cit.*, p. 3.; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, 3/2018, pp. 6 ss.; R. CANTONE - G.L. GATTA, *A proposito del ricorso ad agenti provocatori per contrastare la corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018.

quel soggetto che decide spontaneamente di esternare le violazioni apprese durante l'esercizio dell'attività lavorativa¹⁹.

Pertanto, il risultato raggiungibile attraverso l'inserimento di un *agente undercover* nel contesto di una p.a. potrebbe essere ottenuto, con minor costi e difficoltà, proprio attraverso le segnalazioni del *whistleblower*, quale nuovo delatore dell'età contemporanea.

¹⁹ Per una diffusa trattazione dello stato del *whistleblowing* nell'ordinamento italiano, vedi: G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. «Doppio standard» e «doppio vincolo» nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Convegni di studio «Enrico de Nicola. Problemi attuali di diritto e procedura penale»*, Milano, 2009, pp. 176 ss.; G. FRASCHINI - N. PARISI - D. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Catania, 2011; G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2014, pp. 549 ss.

STAMPA E NUOVI MEDIA: IL REGIME GIURIDICO DEI GIORNALI ONLINE TRA INCERTEZZE LEGISLATIVE E SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI*

MICHELA TRESCA

SOMMARIO: 1. Una breve premessa in materia di stampa e *internet*. – 2. La nozione di “stampa”: dalla legge del ‘48 alle Sezioni Unite del 2015. – 2.1. L’intervento del legislatore: un quadro ancora incerto e lacunoso. – 2.2. Il contributo giurisprudenziale. – 3. L’estensione delle garanzie ex art. 21, comma 3 Cost. ai giornali online. – 4. La responsabilità del direttore del giornale *online* ex art. 57 c.p. – 5. Qualche considerazione conclusiva sulla nuova nozione di stampa e sugli “altri” mezzi di comunicazione *online*.

Abstract: The paper deals with the topic of the legal framework of the e-newspapers with regard to the more recent case-law.

The assimilation between e-newspapers and the press plays a pivotal role, together with the extension of the press’ legal framework to the electronic journals.

Due to the absence of a specific legal framework for the online journalistic information, the latest judgments of the Court of Cassation have modified its accepted opinion, reaching the assimilation between e-newspapers and the press.

The article analyses the judgment of the Joint sections of 2015, which have interpreted the definition of “press” in an extensive manner, including the electronic journals with the same structure and objective of the conventional newspaper.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

Therefore, the paper focuses on the impact of the new definition of “press” on the legal framework of the e-newspapers, with particular regard to the extension of the constitutional guarantees (art. 21 of the Constitution) and of the criminal liability of the editor (art. 57 of the Criminal Code).

1. Una breve premessa in materia di stampa e *internet*

L’evoluzione tecnologica e il continuo progresso della società dell’informazione e della comunicazione hanno offerto nuovi mezzi attraverso i quali svolgere l’attività informativa.

Sin da subito, il nuovo contesto “mediatico” ha posto alcuni interrogativi. Nella specie, e per quel che interessa maggiormente in questa sede, la dottrina ha cominciato a riflettere sulla possibile estensione alle pubblicazioni sulla rete della disciplina costituzionale e legislativa in materia di stampa o, piuttosto, sulla necessità di introdurre una normativa *ad hoc* per regolamentare l’attività di informazione su *internet*.

Fino ad oggi, il legislatore si è dimostrato piuttosto riluttante al riguardo, limitandosi ad intervenire in maniera settoriale e sporadica. Così, l’assenza di una disciplina specifica in materia di stampa *online* e più in generale di attività di informazione in rete, ha creato profonde incertezze sul regime giuridico da accordare alla stampa telematica.

In tale contesto, si sono susseguiti interventi giurisprudenziali non sempre coerenti, soprattutto se si considerano i punti fermi che il giudice di legittimità ha progressivamente tentato di porre in materia, rispetto a pronunce di segno contrario da parte dei giudici di merito.

In un quadro così incerto, giurisprudenza e dottrina hanno mostrato orientamenti diversi¹.

¹ Delle diverse posizioni avanzate, fino ad oggi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza dà conto M. BASSINI, *La disciplina penale della stampa alla prova di Internet: avanzamenti e arresti nella dialettica giurisprudenziale da una prospettiva costituzionale*, in R. FLOR - D. FALCINELLI - D. MARCOLINI (a cura di), *La giustizia penale nella rete*, Atti del workshop del Laboratorio Permanente di Diritto penale tenutosi a Perugia il 19 settembre 2014, Milano, 2014, p. 13. Per una ricostruzione delle due opposte tesi “assimilista” e “differenzista” affermatesi progressivamente nella giurisprudenza, cfr. P.

Si segnala, da un lato, una posizione volta ad escludere *tout court* l'equiparazione tra stampa tradizionale e stampa *online*, e quindi a negare l'applicazione della disciplina prevista per la stampa anche ai media *online*²; dall'altro lato e, in senso opposto, si colloca la posizione volta a leggere, nei progressivi interventi compiuti dal legislatore, un'ormai avvenuta equiparazione tra i due mezzi, tale da giustificare una piena estensione alle pubblicazioni *online* della disciplina sulla stampa cartacea³. In una posizione intermedia rispetto a queste due opposte visioni, si pone, invece, la tesi volta a riconoscere l'applicazione della disciplina sulla stampa alle forme di manifestazione del pensiero *online* che presentino i caratteri propri della stampa – dal punto di vista strutturale e finalistico – tanto da poter essere assimilate a quest'ultima⁴. In questo senso, vanno inquadrate le ultime pronunce della Corte di Cassazione che, tuttavia, continuano a lasciare incertezze e dubbi in materia.

I nodi più problematici affrontati negli anni dalla Suprema Corte sono stati, in particolare, quello dell'estensione alla dimensione online delle garanzie che il legislatore costituzionale ha previsto per il sequestro degli stampati, e quello della

FALLETTA, *Natura e limiti dei nuovi media*, in M. MENSI - P. FALLETTA, *Il diritto del Web*, Padova, 2018, pp. 192 ss.

² In tal senso v., tra i primi commenti in dottrina, V. ZENO ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa*, in *Dir. inform.*, 1998, pp. 15 ss.; P. COSTANZO, *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Dir. inform.*, 1998, pp. 372 ss.

³ Tale tesi è stata sostenuta, in particolare, dalla giurisprudenza di merito. V., tra le altre, Trib. Milano, 16 maggio 2002; Trib. di Firenze, 13 febbraio 2009. Per ulteriori pronunce in tal senso, cfr. anche nota 30. In realtà, non sono mancate pronunce dei giudici di merito, che andavano nella stessa direzione, anche prima dell'intervento legislativo del 2001. Cfr., tra le altre, Trib. di Bari, 11 giugno 1998, in cui il giudice ha riconosciuto che un sito *internet* si configura come un giornale telematico; o ancora Trib. di Roma, 6 novembre 1997, che ha imposto la registrazione come testate giornalistiche e la nomina del direttore a servizi telematici.

⁴ Così, in dottrina, C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate online registrate*, in *Dir. pen. cont.*, p. 13, il quale, nel ribadire come stampa ed *internet* siano mezzi diversi, vede nell'analogia lo strumento per estendere la normativa sulla stampa ad *internet*, occorrendo a tal fine "individuare quali siano i caratteri distintivi della stampa, poi verificare quali contenuti diffusi on-line abbiano tali caratteri e infine limitare a questi ultimi l'estensione della regola di cui si tratta".

responsabilità penale per omesso controllo del direttore della testata telematica.

2. La nozione di “stampa”: dalla legge del ’48 alle Sezioni Unite del 2015

Per affrontare il tema dello statuto giuridico della “stampa *online*”, occorre, anzitutto, indagare sulla nozione di “stampa”, in quanto presupposto essenziale per il riconoscimento dell’equiparabilità o meno di siti di informazione online alla stampa cartacea e per l’eventuale conseguente estensione della disciplina della stampa anche ai nuovi media.

A fronte dell’incessante evoluzione tecnologica e dell’avvento di nuovi mezzi attraverso i quali svolgere attività informativa, si è cominciato a riflettere sull’attualità di una nozione di stampa tecnicamente intesa. Si tratta di una definizione formulata in un momento storico in cui, non solo, la stampa rappresentava, se non l’unico, il principale mezzo di diffusione del pensiero, ma non poteva neanche immaginarsi la comparsa di nuovi mezzi che avrebbero affiancato quelli tradizionali e, nella specie, la grande rivoluzione che *internet* avrebbe rappresentato per l’intero sistema informativo.

2.1. L’intervento del legislatore: un quadro ancora incerto e lacunoso

Come è noto, i Costituenti decisero di accordare una particolare tutela proprio alla stampa rispetto agli altri mezzi di manifestazione del pensiero allora presenti, riconoscendo solo ad essa una serie di garanzie specifiche e, nella specie, la sua sottrazione a forme di autorizzazione preventiva e di censura, nonché la previsione della riserva di giurisdizione e della doppia riserva di legge, assoluta e rinforzata, per procedere a sequestro⁵.

⁵ Sulla disciplina costituzionale della stampa cfr., tra gli altri, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958; P. BARILE, voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 455 ss.; U. DE SIERVO, *Stampa (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 577 ss.; G.A. VENEZIANO, *Stampa (libertà di)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; P. COSTANZO, voce *Stampa*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, pp. 525 ss.

La stessa Assemblea costituente ha poi disciplinato la materia con la legge 47/1948⁶, fornendo una definizione di “stampe o stampati” strettamente legata al supporto fisico⁷. Vengono, infatti, individuati come caratteri essenziali quello della riproduzione tipografica, o comunque ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici, e quello della destinazione alla pubblicazione⁸.

A tale nozione, sono venute progressivamente ad affiancarsi altre, tra le quali, in primo luogo, quella di “testata giornalistica televisiva”, di “prodotto editoriale” e, da ultimo, quella di “quotidiano *online*”. In dottrina e in giurisprudenza, si è rilevato come, proprio a partire dalla nozione di “testata giornalistica televisiva”⁹, il legislatore abbia iniziato a superare lo stretto requisito della fisicità del mezzo, privilegiando la finalità informativa dell’attività giornalistica¹⁰.

È bene sin da ora sottolineare, tuttavia, come si sia trattato di interventi settoriali, che non hanno portato ad una modifica della originaria nozione di stampa elaborata nel ‘48, né alla

⁶ La l. 8 febbraio 1948, n. 47, recante “*Disposizioni in materia di stampa*”, è stata approvata dalla stessa Assemblea costituente, in base a quanto previsto dalla XVII disposizione transitoria e finale.

⁷ V., su questo, A. PAPA, *Libertà di stampa e nuove tecnologie*, in *Dir. inform.*, 2011, p. 479.

⁸ L’art. 1 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, dispone che “*Sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*”.

⁹ Tale nozione è stata introdotta con la legge di riforma della Rai (l. 14 aprile 1975, n. 103) e, successivamente con la c.d. legge Mammi (l. 6 agosto 1990, n. 223) con riferimento alle televisioni private. Tali interventi normativi hanno fornito una disciplina simile a quanto disposto dalla legge sulla stampa. Nella specie, è stato introdotto, anche per la testata giornalistica televisiva, l’obbligo di registrazione, la figura del direttore responsabile e l’obbligo di rettifica (art. 10, l. 223/1990, trasfuso nell’art. 32-*quinquies* del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 – Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

¹⁰ Su questo, cfr. A. NAPOLITANO, *La responsabilità del direttore di testata giornalistica on-line: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *www.dimt.it*, 2/2014, p. 88, il quale evidenzia “*l’importanza di carattere generale*” rappresentata dall’introduzione di tale nozione che avrebbe segnato “*il superamento del legame tra informazione e giornale cartaceo*”. I due interventi menzionati nella nota precedente vengono definiti come “*la prima tappa del processo normativo di ampliamento della nozione di stampa quotidiana*” da A. PAPA, cit., p. 480.

conseguente estensione dell'intera disciplina della stampa tradizionale anche ai nuovi mezzi di informazione e di comunicazione.

Per quel che concerne, in particolar modo, il mezzo *internet* e l'attività di informazione svolta tramite la rete, essa trova ingresso nella nozione di "prodotto editoriale" prevista dalla legge 62/2001. Qui si menziona, a fianco del supporto cartaceo, anche il supporto informatico, e l'elemento finalistico della pubblicazione viene integrato con quello dell'"informazione presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico"¹¹. La stessa legge ha poi previsto l'applicazione a tali prodotti editoriali dell'art. 2 della legge sulla stampa che prescrive le indicazioni obbligatorie per ogni stampato¹² e, per i prodotti editoriali con periodicità regolare e contraddistinti da una testata, anche l'applicazione dell'art. 5 della stessa legge 47/1948 sull'obbligo di registrazione presso la cancelleria del tribunale in cui si effettua la pubblicazione.

Il legislatore ha successivamente modificato, nel 2016, la legge 62/2001, con l'introduzione della nozione di "quotidiano *online*", di cui sono definiti i caratteri essenziali¹³, senza tuttavia aggiungere nulla in merito al loro regime giuridico e al rapporto con i giornali tradizionali.

¹¹ L'art. 1, comma 1, della l. 7 marzo 2001, n. 62 prevede che: "*Per prodotto editoriale, ai fini della presente legge, si intende il prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico, destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici*".

¹² Nella specie, si tratta di: luogo e anno della pubblicazione, domicilio dello stampatore e, se esiste, dell'editore. Per i giornali, le agenzie di informazione e i periodici, a dette informazioni si aggiungono il nome del proprietario, del direttore o del vice-direttore responsabile.

¹³ La l. 26 ottobre 2016, n. 198 ha aggiunto il comma 3-bis all'art. 1 della l. 7 marzo 2001, n. 62, prevedendo che: "*Per 'quotidiano on line' si intende quella testata giornalistica: a) regolarmente registrata presso una cancelleria di tribunale; b) il cui direttore responsabile sia iscritto all'Ordine dei giornalisti, nell'elenco dei pubblicisti ovvero dei professionisti; c) che pubblichi i propri contenuti giornalistici prevalentemente on line; d) che non sia esclusivamente una mera trasposizione telematica di una testata cartacea; e) che produca principalmente informazione; f) che abbia una frequenza di aggiornamento almeno quotidiana; g) che non si configuri esclusivamente come aggregatore di notizie*".

Non si può fare a meno di sottolineare come l'obiettivo del legislatore nel 2001 sia stato quello di disciplinare gli interventi amministrativi di natura economica a sostegno del settore editoriale, attraverso una normativa di settore che equipara pubblicazioni cartacee e telematiche al solo fine di estendere le provvidenze economiche previste dalla stessa legge¹⁴.

Sebbene una chiarificazione sul punto fosse giunta da interventi normativi successivi¹⁵ – con i quali si è specificato che l'obbligo di registrazione per le testate telematiche sussisterebbe solo nel caso in cui queste volessero beneficiare dei finanziamenti pubblici previsti¹⁶ – non sono mancate interpretazioni volte a leggere in quelle disposizioni un'estensione della normativa sulla stampa ai prodotti editoriali telematici e ad interpretare tale intervento come una legge organica in materia, che avrebbe comportato l'equiparazione dei nuovi media alla stampa tradizionale¹⁷.

In realtà, occorre piuttosto constatare la mancanza di una disciplina specifica della stampa online a fronte di interventi normativi settoriali e lacunosi che hanno finito per rendere ancora meno chiaro il quadro in materia¹⁸.

¹⁴ Per una ricostruzione puntuale di tale intervento normativo, cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *I "prodotti editoriali" elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 e il preteso obbligo di registrazione*, in *Dir. inform.*, 2001, pp. 153 ss.

¹⁵ In particolare, in attuazione dell'art. 31 della l. 1° marzo 2002, n. 39 (legge comunitaria 2001), l'art. 7 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, ha specificato che *"la registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001 n. 62"*.

¹⁶ Per completezza, occorre precisare come in materia sia intervenuto nuovamente il legislatore che, con la l. 16 luglio 2013, n. 103, ha confermato l'assenza di un obbligo di registrazione per tutte le testate periodiche telematiche che non intendono accedere ai finanziamenti pubblici, a meno che il ricavo dell'attività della testata *online* non superi i 100.000 euro annui.

¹⁷ Su questo, cfr. A. PAPA, cit., pp. 480 ss., la quale evidenzia come all'indomani dell'entrata in vigore della l. 7 marzo 2001, n. 62, si sia posta la questione del rapporto tra tale intervento e la legge sulla stampa e, nella specie, se la nozione di "prodotto editoriale" potesse considerarsi "sostitutiva" rispetto a quella di "stampa o stampati" o meramente "integrativa".

¹⁸ In questo senso, P. COSTANZO, *La "stampa" telematica nell'ordinamento italiano*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011.

2.2 Il contributo giurisprudenziale

Nel contesto sin qui delineato, la giurisprudenza – almeno quella di legittimità – ha per lungo tempo escluso l’informazione *online* dal concetto di “stampa”.

In questo senso, si rilevava che il termine stampa utilizzato dal costituente al secondo e al terzo comma dell’art. 21 Cost. e nella legge sulla stampa fosse “dizione tecnica”, per cui si concludeva nel senso che il giornale telematico non rientrasse nel concetto di stampa¹⁹.

In linea con tale impostazione, si è ritenuto che di stampa in senso giuridico potesse parlarsi solo al ricorrere dei due requisiti della riproduzione tipografica e della destinazione alla pubblicazione, così come indicato nella legge sulla stampa. Tali requisiti, non ravvisati nel mezzo *internet*, portavano ad escludere una equiparabilità tra stampa cartacea e stampa *online*.

Una diversa interpretazione della nozione di “stampa” viene fornita dalle Sezioni Unite del 2015²⁰, nel momento in cui si riconosce che una testata giornalistica *online* non possa essere considerata funzionalmente diversa da una testata cartacea, per cui ben può rientrare nella nozione di “stampa”.

A tale conclusione conduce un’interpretazione letterale del dettato normativo, cui la Suprema Corte ricorre attraverso una interpretazione che possa riconoscere alla nozione di “stampa” un significato evolutivo “*che sia coerente con il progresso tecnologico e, nel contempo, non risulti comunque estraneo all’ordinamento positivo [...]*”²¹.

Sebbene la Corte continui a ravvisare un’accezione tecnica nella nozione di “stampa” individuata dal legislatore nel 1948,

¹⁹ Così, Cass. pen., sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, su cui v. G. CORRIAS LUCENTE, *La Cassazione interviene ancora sull’equiparazione fra stampa e giornali telematici*, in *MediaLaws – Riv. dir. media*, 20 maggio 2014.

²⁰ Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2015, n. 31022, sulla quale vedi le note di P. CARETTI, *La Cassazione pone, meritoriamente, alcuni punti fermi in tema di regolazione dell’informazione via Internet*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 1013 ss.; P. GRILLO, *Sequestro preventivo del quotidiano online: il “no” delle Sezioni Unite*, in *Dir. giust.*, 20 luglio 2015; A. PULVIRENTI, *Sequestro e Internet: dalle Sezioni Unite una soluzione equilibrata ma “creativa”*, in *Proc. pen. e giust.*, 6/2015; C. MELZI D’ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali*, cit.

²¹ Punto 17 della sentenza.

specifica, tuttavia, che essa è collegata a quel preciso momento storico, per cui oggi a tale nozione può essere accordato anche un significato figurato, tale da ricomprendere i prodotti editoriali che dal punto di vista strutturale e finalistico corrispondano alla stampa tradizionale.

Da tali considerazioni deriva – sempre ad avviso della Cassazione – che un giornale o un periodico rientra a pieno titolo nel concetto di stampa se, pur se diffuso *online*, presenta “*una propria testata identificativa, (è) diffuso con regolarità in rete; ha la finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie di attualità dirette al pubblico; ha un direttore responsabile, iscritto all’Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione; ha un hosting provider, che funge da stampatore, e un editore registrato presso il ROC*”.

Una diversa conclusione contrasterebbe, ad opinione della Corte, con il principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost., in quanto si verrebbe a determinare “*un irragionevole trattamento differenziato dell’informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete (...)*”²².

Come è evidente, la nozione estensiva individuata dalla Corte resta in ogni caso circoscritta, tanto da non ricomprendere indistintamente tutti i mezzi di manifestazione del pensiero presenti *online*. Oltre alla sussistenza dei suddetti presupposti di tipo finalistico e strutturale, il discrimine che viene individuato per poter parlare, anche *online*, di “stampa” è quello dell’informazione di tipo professionale, che è da tenere distinta dalla mera diffusione spontanea di informazioni in rete da parte di singoli soggetti.

La novità che tale pronuncia rappresenta rispetto all’ormai consolidata posizione giurisprudenziale non si ferma qui. La Corte, infatti, supera quelli che erano stati sempre considerati dei limiti alla piena equiparazione tra stampa *online* e stampa cartacea, vale a dire la mancanza, nella prima, dei requisiti della riproduzione tipografica e della destinazione alla pubblicazione.

Ora, la Corte ritiene che entrambe le caratteristiche sussistano anche per il giornale *online*. Nella specie, la riproduzione viene ravvisata nella “*potenziale accessibilità di tutti al contenuto dello stampato*”, fine che è raggiunto proprio

²² *Ibid.*

con la produzione di un testo *online* che permette a ciascun utente di leggere il contenuto sul proprio computer. Il requisito della pubblicazione, dal canto suo, si considera soddisfatto con la diffusione telematica dell'informazione, la quale, alla luce della "diffusività" di *internet*, dovrebbe considerarsi effettuata nei confronti di un numero indeterminato di utenti.

L'orientamento espresso dalle Sezioni Unite nel 2015 non è rimasto isolato, per cui oggi la giurisprudenza appare concorde nel ritenere che un giornale *online* con le stesse caratteristiche e la stessa finalità del giornale cartaceo rientri a pieno titolo nel concetto di stampa²³. Ugualmente, viene ribadito che rispetto a tale nozione rimangono esclusi tutti gli altri mezzi di diffusione del pensiero presenti *online*²⁴.

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, come si accennava, occorre forse ridimensionare la portata della sentenza, rispetto al carattere innovativo della nozione di "stampa" fornita dalle Sezioni Unite. In questo senso, infatti, come è stato rilevato, la soluzione a cui giunge la Corte è in ogni caso una soluzione di equilibrio²⁵. Se le Sezioni Unite dichiarano, infatti, di voler approdare ad una nozione evolutiva di stampa, in grado di adeguarsi al progresso tecnologico, nei fatti ricomprendono in essa solo i giornali online che siano assimilabili per struttura e per finalità al giornale cartaceo, lasciando invece fuori gli altri mezzi di diffusione del pensiero presenti su *internet*.

²³ In questo senso, Cass. civ., sez. un, 25 ottobre 2016, n. 23469, in cui la Corte ribadisce che occorre riferirsi ad una nozione figurata di stampa, nella quale sono da annoverare i periodici a carattere informativo. Tra i primi commenti alla sentenza, cfr. C. MELZI D'ERIL - G.E. VIGEVANI, *Rischio di estensione al web per i reati a mezzo stampa*, in www.ilsole24ore.it, 5 dicembre 2016.

²⁴ Così, anche, Cass. pen., sez. V, 25 febbraio 2016, n. 12536, con nota di S. VIMERCATI, *La Cassazione conferma l'inevitabilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati in tema di sequestro*, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2016; nonché, Cass. pen., sez. V, 14 novembre 2016, n. 4873, in cui la Corte, nel richiamare le Sezioni Unite del 2015 e nel riconoscere la possibilità di un'interpretazione evolutiva del termine "stampa" nel quale è da includere la testata giornalistica telematica, ribadisce come essa non si estenda a tutti gli altri mezzi di diffusione del pensiero presenti *online*.

²⁵ Così, A. PULVIRENTI, *cit.*, p. 79.

Non sembra, dunque, che possa leggersi una cesura così netta rispetto a una precedente e consolidata giurisprudenza che escludeva dal concetto di stampa, blog, forum di discussione e tutti gli altri mezzi di manifestazione del pensiero presenti *online*²⁶. Rispetto a tale impostazione, la Cassazione rimane ferma nell'escludere qualsiasi equiparazione, ed anzi sottolinea, con argomentazioni puntuali, l'esclusione di tali strumenti dalla nozione di stampa²⁷.

Al contrario, non possono sottovalutarsi le conseguenze che la "nuova" nozione di stampa ha comportato rispetto al regime giuridico da riconoscere ai giornali online, con particolare riguardo all'estensione delle garanzie costituzionali a questi ultimi, e alla responsabilità dei loro direttori.

3. L'estensione delle garanzie ex art. 21, comma 3 Cost. ai giornali *online*

È proprio dalla nozione di "stampa" così delineata, che le stesse Sezioni Unite del 2015 hanno riconosciuto l'estensione della normativa sia costituzionale che legislativa sulla stampa alle pubblicazioni online ontologicamente e funzionalmente assimilabili a quelle cartacee. Da tale principio di diritto discende che *"il giornale online, al pari di quello cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo, eccettuati i casi tassativamente previsti dalla legge, tra i quali non è compreso il reato di diffamazione a mezzo stampa"*.

La Cassazione ha così ammesso che l'attività informativa svolta online possa essere assimilata alla stampa tradizionale,

²⁶ Di "parziale *revirement*" parla S. VIMERCATI, *La Cassazione conferma l'inesistibilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati in tema di sequestro*, cit., p. 7. Tra le sentenze in cui viene esclusa qualsiasi equiparazione tra i vari mezzi di diffusione presenti *online* e la stampa cartacea cfr. Cass. pen., sez. III, 11 dicembre 2008, n. 10535 con riferimento a un forum di discussione *online*, con nota di C. GIUNTA, *I forum davanti alla Cassazione: incertezze giurisprudenziali sulla nozione costituzionale di stampa*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 733 ss.; Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2012, n. 23230, con riferimento a un blog, con nota di P. DI FABIO, *Blog, giornalisti on line e «obblighi facoltativi» di registrazione delle testate telematiche: tra confusione del legislatore e pericoli per la libera espressione del pensiero su Internet*, in *Dir. inform.*, 2012, pp. 1120 ss.

²⁷ Su questo, v. nota 30.

con specifico riferimento alle garanzie accordate a quest'ultima dalla Costituzione²⁸.

Se la giurisprudenza precedente a tale pronuncia – al di là dei casi in cui non sembrava neanche affrontare la questione delle garanzie previste dall'art. 21, terzo comma, Cost.²⁹ – era ferma nell'escludere l'estensione di tale disposizione agli altri mezzi di informazione *online* quali blog o forum di discussione³⁰, a medesime conclusioni giungeva anche con riferimento a un articolo di giornale *online* già apparso sulla versione cartacea della testata³¹. La Corte di Cassazione aveva in proposito escluso

²⁸ In dottrina, già prima delle Sezioni Unite del 2015, era stata prospettata l'estensione, ai siti *online*, delle garanzie che la Costituzione riserva alla stampa. Così, C. MELZI D'ERIL, *Il sequestro dei siti on-line: una proposta di applicazione analogica dell'art. 21 Cost. "a dispetto" della giurisprudenza*, in *Dir. inform.*, 2014, pp. 153 ss.

²⁹ Così, Cass. pen., sez. V, 24 febbraio 2011, n. 7155, con nota di C. MELZI D'ERIL, *Sul sequestro preventivo di un articolo pubblicato su un blog*, in *Dir. pen. cont.*, 8 marzo 2011 e Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2011, n. 46504, con nota di C. CAMPANARO, *Legittimo il sequestro preventivo del sito internet se i contenuti sono diffamatori*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2012, in cui la Corte riconosce la sequestrabilità solo sulla base della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 321 c.p.p., senza affrontare la questione dell'estensibilità delle garanzie costituzionali ad *internet*.

³⁰ V., tra le altre, Cass. pen., sez. III, 10 marzo 2009, n. 10535, in cui la Corte esclude che un forum di discussione possa rientrare nel concetto di "stampa"; Cass. pen., sez. V, 30 ottobre 2013, n. 11895, in cui, con riferimento al sequestro preventivo di un intero blog, si ribadisce la necessità di escludere "che il sito internet goda delle stesse tutele assicurate dalla legge al mezzo della stampa". Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ritiene necessario operare una valutazione in merito alla "effettiva necessità" e alle "adeguate ragioni" al fine di procedere alla misura cautelare.

Per completezza, occorre dar conto di come non siano mancate pronunce dei giudici di merito volte ad estendere le garanzie costituzionali anche ai mezzi di informazione *online*. Cfr., in questo senso, Trib. di Padova, ord. caut. 1° ottobre 2009, con nota di I.P. CIMINO, *Le pubblicazioni telematiche e i prodotti editoriali*, in *Dir. ind.*, 1/2010, pp. 75 ss., dove la *ratio* dell'estensione delle garanzie in materia di sequestro degli stampati è rinvenuta nell'equiparazione tra i due mezzi che sarebbe avvenuta in seguito alla l. 62/2001. Nello stesso senso, Trib. di Milano, ord. 21 giugno 2010, con nota di J. ANTONELLI DUDAN - C. MELZI D'ERIL, *In assenza dei presupposti previsti dalla norma inapplicabili le garanzie sulla non sequestrabilità*, in *Guida dir.*, 2010, pp. 24 ss., in cui, invece, l'estensione delle garanzie viene connessa al presupposto dell'avvenuta registrazione del periodico *online*.

³¹ Così, Cass. pen., sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594, con nota di C. MELZI D'ERIL, *La Cassazione esclude l'estensione ai siti Internet delle*

che la riproduzione sul *web* di un articolo potesse godere delle garanzie previste dall'art. 21, comma 3, Cost.

In tale occasione, pur ravvisando una possibile “*situazione di tensione*” con il principio di uguaglianza e auspicando, per questo, un intervento del legislatore in materia, la Corte aveva in ogni caso ritenuto insuperabili le differenze di fondo tra i due mezzi, rappresentate dalla permanenza in rete della notizia per un tempo indeterminato e dal fatto che essa è rivolta ad un numero indefinito di fruitori. Da ciò sarebbe derivato, per la Corte, il forte impatto che un contenuto illecito immesso su *internet* può avere rispetto alla diffusione dello stesso tramite la carta stampata, tale da giustificare la mancata estensione al primo delle garanzie previste per la stampa.

Rispetto a tale impostazione, appare evidente la novità delle argomentazioni formulate dalle Sezioni Unite nel 2015, nel momento in cui esse precisano che “*il giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, soggiace alla normativa sulla stampa, perché ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea*”.

Ne deriva che, per quanto concerne nello specifico le garanzie costituzionali, la testata telematica, al pari del giornale cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo al di là dei casi tassativamente previsti dalla legge.

4. La responsabilità del direttore del giornale online ex art. 57 c.p.

La nuova nozione di “*stampa*” delineata dalle Sezioni Unite nel 2015 ha avuto conseguenze dirette anche in merito all'applicazione, alle testate telematiche, delle disposizioni incriminatrici in materia di stampa. Tale circostanza era stata preconizzata da parte della dottrina che, all'indomani dalla pronuncia, rifletteva, non senza preoccupazioni, sulle

garanzie, cit. Per un commento alla sentenza, v. anche G. CORRIAS LUCENTE, *La Cassazione interviene ancora sull'equiparazione fra stampa e giornali telematici*, in *MediaLaws - Riv. dir. media*, 20 maggio 2014.

conseguenze che sarebbero potute derivare nell'ambito del diritto penale³².

Con la sentenza dell'11 dicembre 2017, n. 13398³³, la Cassazione ha riconosciuto, per la prima volta, l'estensione al direttore di un periodico *online* della responsabilità per omesso controllo dei contenuti immessi nel sito, *ex art. 57 c.p.*³⁴

La cesura rispetto a quello che poteva ormai definirsi un consolidato orientamento giurisprudenziale è evidente: la stessa Corte sottolinea espressamente il superamento del previgente orientamento volto, al contrario, ad escludere la responsabilità per omesso controllo in capo al direttore di una testata telematica³⁵.

Alla base del *revirement* della Cassazione vi è, ancora una volta, proprio la nuova nozione di stampa delineata nel 2015 per cui, rientrando in essa tanto i periodici cartacei quanto quelli telematici che dei primi presentino medesimi caratteri strutturali e finalistici, ad essi non si limita l'estensione della sola disciplina di rango costituzionale, ma anche quella di livello primario, comprese le disposizioni di sfavore.

Prima di tale arresto, la giurisprudenza, partendo dal presupposto della differenza ontologica tra stampa cartacea e

³² Così, C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali*, cit., p. 13, il quale, nel commentare la sentenza delle Sezioni Unite del 2015, ravvisava una possibile "scossa tellurica" per il diritto penale dell'informazione, nel caso in cui sentenze successive avessero condiviso gli argomenti delle Sezioni Unite; considerazioni critiche rispetto alle conseguenze che sarebbero derivate nel diritto penale sono espresse da G. CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla "giurisprudenza legislativa"*, in *Dir. inform.*, 2015, p. 1051.

³³ Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398, con nota di S. VIMERCATI, *Il revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, in *MediaLaws – Riv. dir. media*, 2/2018.

³⁴ L'art. 57 c.p. statuisce: "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo".

³⁵ Di "portata rivoluzionaria" della pronuncia parla S. VIMERCATI, *Il revirement della Cassazione: la responsabilità per omesso controllo si applica al direttore della testata telematica*, cit.

stampa *online*, aveva basato l'esclusione dell'applicazione della disciplina penale sulla stampa alla rete, in virtù dei principi di legalità e tassatività in materia penale. In tale prospettiva, considerati stampa e *internet* due mezzi diversi, l'applicazione al secondo delle disposizioni penali previste per la stampa si sarebbe risolta in una analogia *in malam partem*.

Così, si era imposto un orientamento, almeno da parte dei giudici di legittimità³⁶, fermo nell'escludere la sussistenza della responsabilità *ex art. 57 c.p.*, in capo al direttore di una piattaforma *online*.

Sin dalla prima pronuncia in materia³⁷, la Corte ha ritenuto che l'attività di informazione svolta tramite *internet* non rientrasse nella nozione di "stampa", non potendosi riscontrare i due elementi della riproduzione tipografica e della destinazione alla pubblicazione. Poiché il codice penale distingue tra stampa e "altri mezzi di pubblicità" – sottolineava la Corte – nel caso dell'art. 57 c.p., in cui si parla di "stampa periodica", si deve ritenere che il legislatore si sia voluto riferire "specificamente alla informazione diffusa tramite la 'carta stampata'", per cui

³⁶ La giurisprudenza di merito, infatti, ha in più occasioni riconosciuto la responsabilità del direttore di una testata telematica, accordando a quest'ultima una piena equiparazione con il giornale cartaceo. Cfr., in questo senso, *ex multis*, Trib. di Milano, 13 febbraio 2009, con nota di C. MELZI D'ERIL - G.E. VIGEVANI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di Internet*, in *Dir. inform.*, 2010, pp. 915 ss., Corte di appello di Milano, sez. I, 25 settembre 2009, n. 2820; Trib. di Firenze, 16 luglio 2010.

³⁷ Cass. pen., sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, sulla quale vedi le note di S. TURCHETTI, *L'art. 57 c.p. non è applicabile al direttore del periodico online*, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2010; C. MELZI D'ERIL, *Roma Locuta: la Cassazione esclude l'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore della testata giornalistica on line*, in *Dir. inform.*, 2010, pp. 899 ss.; I. SALVADORI, *La normativa penale della stampa non è applicabile, de iure condito, ai giornali telematici*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2982 ss.; N. LUCCHI, *Internet, libertà di informazione e responsabilità editoriale*, in *Quad. cost.*, 2011, pp. 415 ss., Nella stessa linea, si è posta anche Cass. pen., sez. V, 29 novembre 2011, n. 44126, definita, appunto "sentenza figlia", su cui: S. TURCHETTI, *Un secondo "alt" della Cassazione all'applicazione dell'art. 57 c.p. al direttore del periodico on line*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2011; G.E. VIGEVANI, *La «sentenza figlia» sul direttore del giornale telematico: il caso Hamau*, in *Dir. inform.*, 2011, pp. 798 ss.; G. CORRIAS LUCENTE, *Al direttore responsabile di un periodico on line non si applica il reato previsto dall'art. 57 del codice penale*, in *Dir. inform.*, 2012, pp. 82 ss.

l'estensione dell'applicazione della disposizione al giornale telematico rappresenterebbe il risultato di un procedimento analogico in *malam partem*.

A sostegno di tale argomentazione, la Cassazione ha assimilato la figura del direttore di un giornale telematico a quella di un *internet service provider* o del gestore di un *blog* o *forum* di discussione, i quali risponderebbero, nel caso di contenuti illeciti immessi nelle piattaforme, solo a titolo di concorso nel reato doloso – nel caso di specie a titolo di diffamazione *ex art. 595 c.p.* – e non per omesso controllo *ex art. 57 c.p.*

In tal senso, è stata addotta anche una ragione di natura pratica che escluderebbe la possibilità, per il direttore di un giornale *online*, di effettuare di fatto un controllo sui contenuti immessi che, anche nel caso in cui fosse possibile, si dimostrerebbe comunque eccessivamente gravoso. L'interattività del mezzo *internet* e la possibilità per ciascun utente di intervenire sui contenuti renderebbe, secondo tale prospettiva, inesigibile un effettivo controllo da parte del direttore.

A tale conclusione, infine, condurrebbe la stessa *voluntas legis*, che può essere ricavata, da un lato, dalle proposte presentate al fine di estendere l'*art. 57 c.p.* al direttore del giornale *online*³⁸ – circostanza che dimostra come non potesse ravvisarsi un'estensione della fattispecie prevista da tale norma all'informazione telematica – e, dall'altro, dal fatto che nessuno dei citati interventi normativi in materia sia andato nel senso di introdurre modifiche rispetto a tale specifico profilo.

Tornando ora alla sentenza citata n. 13398 del 2017, la Corte ha riconosciuto l'estensione dell'*art. 57 c.p.* al direttore di un

³⁸ In questo senso è andato il DDL S 1119 del 18 ottobre 2013 – Senatore Costa, intitolato “*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna al querelante*”, presentato nel corso della XVII legislatura. Tale intervento conteneva, tra le altre previsioni, una modifica dell'*art. 57 c.p.* Nella specie, rispetto all'espresso riferimento in tale disposizione alla sola stampa periodica, si proponeva l'estensione della responsabilità del direttore oltre che del quotidiano, periodico o testata giornalistica, radiofonica o televisiva, anche della testata giornalistica *online* registrata.

periodico *online* registrato rispetto ad un articolo pubblicato in forma anonima dal contenuto diffamatorio. Considerato tale articolo come contenuto redazionale e non come semplice commento di un utente, si è riconosciuto che il direttore ha la capacità se non il dovere di effettuare un controllo.

La novità rispetto al previgente orientamento non si ferma qui, dal momento che la Corte riconosce che, anche nel caso in cui un controllo di tipo preventivo risultasse impossibile da parte del direttore della testata telematica, quest'ultimo sarebbe in ogni caso chiamato a svolgerlo *ex post*, procedendo alla rimozione e rispondendo ugualmente del reato di cui all'art. 57 c.p. La Corte non rinviene, per questo, una “*indebita modifica della fattispecie normativa*” prevista da detta disposizione e basa la ratio del riconoscimento della responsabilità in capo al direttore del giornale *online* tanto *ex ante* quanto *ex post* sul fatto che in *internet* la lesione derivante dall'illecito non si limita al momento della pubblicazione dell'articolo, ma “*continua per tutto il tempo di permanenza dello scritto nel mondo della «Rete»*”. Quell’“eternità mediatica” che caratterizza *internet* e che aveva in passato condotto la Corte ad escludere l'estensione della disciplina costituzionale della stampa alla rete, appare ora utilizzata non solo per estendere la responsabilità del direttore, ma anche per riconoscere quest'ultima nel momento successivo a quello della pubblicazione.

In tal senso, occorre evidenziare, quindi, come la Cassazione, nel riconoscere la responsabilità del direttore della testata *online*, ponga particolare attenzione alla collocazione dell'articolo e al tempo di permanenza dello stesso sulla rete, circostanze che portano a ritenere la possibilità da parte del direttore di effettuare un controllo sullo stesso³⁹.

5. Qualche considerazione conclusiva sulla nuova nozione di stampa e sugli “altri” mezzi di comunicazione *online*

Alla luce di quanto fin qui evidenziato, può svolgersi qualche riflessione conclusiva in merito al percorso che sembra ormai

³⁹ P. MACIOCCHI, *Il direttore della testata online deve togliere il post diffamatorio*, in www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com, 23 marzo 2018.

aver intrapreso la più recente giurisprudenza in materia di stampa *online*.

Tra gli elementi più critici, occorre citare l'individuazione, da parte delle Sezioni Unite del 2015, della nozione di "*informazione di tipo professionale*" quale elemento distintivo della stampa, sia essa cartacea o telematica, rispetto agli altri mezzi di diffusione del pensiero presenti *online*.

A tal proposito, ci si potrebbe interrogare sul significato da accordare a tale nozione che, caratterizzata da indeterminatezza, finisce di fatto per rimandare all'interprete la definizione di cosa possa considerarsi, tra i numerosi mezzi presenti in *internet*, un vero e proprio prodotto riconoscibile come stampa e che quindi soggiace alla normativa di quest'ultima.

Come è stato rilevato, appare difficile, soprattutto nel contesto *online*, stabilire preliminarmente cosa rientri nell'informazione professionale e cosa ne resti invece escluso⁴⁰. È chiara, anzitutto, la difficoltà di relegare, nel contesto attuale, l'attività giornalistica alle sole testate registrate ed escluderla, invece, nel caso in cui l'attività informativa venga svolta senza che sia stata effettuata la registrazione, che – lo si ricorda – non è un adempimento obbligatorio per i periodici telematici⁴¹.

Tale argomento sembra ancora più conferente se si considera l'evoluzione e la sempre maggiore ibridazione dei media *online*, per cui non appare oggi scontato distinguere in maniera così netta, come sembra invece sostenere la Suprema Corte, quali mezzi di diffusione del pensiero consistano in un'attività informativa professionale.

Come è stato rilevato, la distinzione operata dalla Corte tra stampa telematica e "*altri*" mezzi di diffusione del pensiero *online*, non trova riscontro né a livello normativo, né tantomeno sul piano fattuale⁴². Al riguardo, è innegabile che sempre più i giornalisti commentano e svolgono la propria attività su piattaforme diverse dalla semplice testata telematica. Inoltre, la

⁴⁰ In questo senso, V. ZENO ZENCOVICH, *Nota a sentenza Cassazione SS.UU. penali, 17 luglio 2015, n. 31022*, in *Dir. inform.*, 2015, pp. 468 ss.

⁴¹ C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali*, cit., p. 10.

⁴² S. VIMERCATI, *La Cassazione conferma l'inevitabilità ai blog delle garanzie costituzionali previste per gli stampati in tema di sequestro*, cit., p. 11.

diffusione del giornalismo partecipativo, nonché di fenomeni come quello degli *instant articles* sulla piattaforma *Facebook*, hanno comportato anche una modifica della stessa figura di giornalista e dell'attività giornalistica⁴³.

In sostanza, nel momento in cui la Corte guarda non più al supporto fisico quanto all'attività informativa per riferirsi alla stampa, non si comprende come possa poi arrivare in maniera così netta ad escludere mezzi che su *internet*, pur non essendo giornali, sono diretti ad un'attività del tutto assimilabile a quella svolta tradizionalmente da quest'ultimi.

⁴³ In questo senso, anche P. FALLETTA, cit., p. 189.

SEZIONE QUARTA

I DIRITTI FONDAMENTALI NELL'INTEGRAZIONE
SOVRANAZIONALE

I RAPPORTI TRA ORDINAMENTI: DAL DIALOGO TRA CORTI AL “MONOLOGO” DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA*

LAURA SANSONE

SOMMARIO: 1. I rapporti tra ordinamenti politipici. – 2. Una ricostruzione storica del dialogo tra Corte di giustizia dell’Unione europea e Corte costituzionale sul primato del diritto dell’Unione europea e la teoria dei controlimiti. – 3. Il dialogo tra Corti nel caso Taricco. – 4. Differenze e analogie con il caso Melloni. – 5. Il rapporto tra il caso Taricco e il caso Melloni. – 6. Dal dialogo al “monologo” della Corte costituzionale nel caso Taricco.

Abstract: The recent Taricco case brought back the Constitutional Court and the European Court of Justice to discuss the theory of counter-limits. After the referral of the Constitutional Court to the European Court of Justice based on Art. 325 (1) and (2) TFUE, the European Court of Justice avoided the use of the counter limits: how and why? Contrariwise, the Constitutional Court’s judgment n. 115/2018 promoted a new vision of the constitutional identity and it added new ideas regarding the relationship between Italian and European jurisdictions. As a matter of fact, the jurisprudence on the relation between European and Italian law is playing a primary role in the foundation of the modern public law.

The article reflects on the consequences of the theory of counter-limits on these jurisdictions’ relationship taking into consideration the previous case law on this topic, and in particular the Melloni case.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. I rapporti tra ordinamenti politipici

La problematica dei rapporti tra Stato e altri ordinamenti ha tradizionalmente suscitato un vivo interesse tra gli studiosi del diritto e le sue dimensioni sono cresciute ancora di più a seguito della proliferazione delle Corti sovranazionali che hanno trovato fortuna nell'evoluzione dei mezzi di risoluzione delle controversie. A livello regionale, il ruolo giocato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea non ha precedenti in altre esperienze e la peculiarità degli effetti che il suo funzionamento produce all'interno dell'ordinamento nazionale ha nutrito il confronto con la Corte costituzionale, fino a instaurare con questa un dialogo che ha portato al riconoscimento del primato del diritto europeo. Nel solco della produzione giurisprudenziale delle Corti sul tema, ha preso piede e si è evoluta la teoria dei controlimiti, tornata al centro dell'attenzione con il noto caso Taricco che ha rappresentato da una parte l'occasione per un nuovo confronto delle Corti sul rapporto tra ordinamento nazionale e dell'Unione europea, dall'altra lo spunto per una riflessione sull'evoluzione dello stesso.

Le considerazioni che seguono, elaborate anche alla luce del vivace dibattito dottrinale sviluppatosi intorno ad alcune delle decisioni più importanti sul tema¹, si declinano secondo l'obiettivo di fotografare i rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo definiti dalla produzione giurisprudenziale sul caso, evidenziando soprattutto l'importanza del rinvio pregiudiziale

¹ Sul caso Taricco, tra i numerosi commenti, si ricordi il convegno *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, Roma, Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016; si veda anche A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Napoli, 2017; gli Atti del Convegno *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, svoltosi a Firenze il 30 ottobre 2015 e ora confluiti nel volume, curato da C. PAONESSA e L. ZILLETTI, dal medesimo titolo, Pisa, 2016; e anche A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”*: cambiano i protagonisti, ma la saga continua, in *Giur. pen. web*, 12/2017.

come strumento di dialogo² tra Corte nazionale e sovranazionale. In particolar modo, le decisioni relative al caso Taricco presentano aspetti di grande interesse sia dal punto di vista penalistico³, sia dal punto di vista costituzionalistico, non soltanto perché attengono al terreno sul quale il diritto europeo incrocia il diritto costituzionale, ossia quello dei diritti fondamentali, ma anche per le soluzioni che prospettano nell'ambito delle dinamiche del costituzionalismo multilivello⁴. Ripercorrendo brevemente i differenti *iter* logico-giuridici tenuti dalle Corti a partire dall'elaborazione del principio del primato dell'Unione europea, si rifletterà sugli approdi raggiunti con le decisioni relative al caso Taricco e si metteranno in evidenza alcune differenze tra questo e il caso Melloni.

2. Una ricostruzione storica del dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte costituzionale sul primato del diritto dell'Unione europea e la teoria dei controlimiti

L'adesione dell'Italia all'Unione europea fonda le sue origini nell'art. 11 della Costituzione, tuttavia la disposizione non disciplina esaustivamente i rapporti tra norme interne ed europee⁵, né ancor più quelli tra diversi livelli di giurisdizione,

² Sull'importanza degli strumenti formalizzati del dialogo "*che consentano cioè di instradare i contrasti istituzionali entro dinamiche processuali più consone all'agire giudiziale*" si veda M. NISTICÒ, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018.

³ Che con riferimento agli atti interruttivi della prescrizione consente di affrontare problematiche riguardanti lo spazio europeo di giustizia penale post-Lisbona; sull'argomento si veda, tra gli altri, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014.

⁴ Sulle dinamiche del costituzionalismo multilivello si veda G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le Corti nella prospettiva di un Bill of Right europeo*, in A. D'ATENA - P. GROSSI, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, pp. 155 ss.

⁵ Sul legame tra l'art. 11 e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea si veda la ricostruzione di P. FARAGUNA, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in F. CORTESE - C. CARUSO - S. ROSSI, (a cura di) *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'assemblea costituente*, Milano, 2018.

l'uno riservato alla giurisprudenza della Corte di giustizia, l'altro alla Corte costituzionale e ai giudici comuni⁶. Neanche le norme successive a quella costituzionale hanno aggiunto informazioni circa i rapporti tra gli ordinamenti citati così che l'intera regolamentazione si è sviluppata in via pretoria; da qui si comprende l'importanza del percorso segnato dalle Corti e l'incidenza delle pronunce sul piano dell'effettività del diritto. Entrambi gli ordinamenti, con lo scopo di garantire effettività a norme in contrasto con identico ambito oggettivo e soggettivo, hanno alternativamente fatto passi avanti verso il raggiungimento di un regime uniforme, sebbene tale percorso abbia seguito un *iter* logico-giuridico differente. Dall'analisi delle sentenze a cui vuole darsi rilevanza si evince che la Corte costituzionale e quella di Giustizia sono partite da posizioni antitetiche affermando la prima che i due ordinamenti fossero autonomi, "*distinti e coordinati*", la seconda postulando che le norme statali non potessero in alcuna maniera ostacolare l'applicazione del diritto dell'Unione europea all'interno degli ordinamenti degli Stati membri⁷. In particolare, la Corte di Giustizia ha elaborato il concetto del primato del diritto europeo fin dal 1964 con la nota sentenza *Costa c. Enel*⁸, nella quale precisa che l'integrazione, lo spirito e i termini del Trattato "*hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far*

⁶ Sul punto la dottrina è vastissima, per un inquadramento delle fonti europee e del rapporto con le fonti interne cfr. G. GUZZETTA, *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano, 1994; A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano. Normativa, prassi, giurisprudenza*, Torino, 2003.

⁷ Sul tema dei rapporti tra ordinamenti si veda V. CRISAFULLI - L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 69 ss.

⁸ C. giust. UE, 15 luglio 1964, *Costa/Enel*, C-6/64, la pronuncia è stata emanata a seguito del rinvio pregiudiziale del giudice conciliatore di fronte al quale fu portata la causa dell'avvocato Costa che ritenendosi leso dalla nazionalizzazione dei mezzi di produzione e di distribuzione dell'energia elettrica in Italia, sosteneva che la legge di nazionalizzazione fosse contraria alle disposizioni del Trattato di Roma. Nel frattempo la C. cost., con la sent. del 24 febbraio 1964 n. 14 affermava che l'art. 11 andasse inteso come "*norma permissiva*" che "*non attribuisce particolare valore, nei confronti delle altre leggi, a quella esecutiva del trattato*" in quanto legge ordinaria e che come tale lasciava che i contrasti con il Trattato fossero risolti secondo gli ordinari principi sulla successione delle leggi nel tempo. Si veda, sul tema, G. BALLADORE PALLIERI, *Dir. Internaz.*, pp. 262 ss.

prevalere, contro un ordinamento da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune".

Di tutt'altro avviso si era dimostrata la Corte costituzionale⁹ che aveva sostenuto con riferimento all'art. 11 che la legge ordinaria che rende esecutivo il trattato non ha "un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto" e aggiungeva che "poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, (...) ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità", ma all'applicazione del principio *lex posterior derogat priori*.

Dopo diversi anni il Giudice delle leggi, sia pur seguendo un *iter* logico-giuridico non coincidente con quello della Corte di Giustizia, si è conformato al risultato affermato e costantemente sostenuto da quest'ultima giungendo ad affermare il primato del diritto dell'Unione su quello interno. Nella sentenza n. 183 del 1973, nota come sentenza *Frontini*, ha operato una ricostruzione delle limitazioni di sovranità che conseguono alla stipulazione del Trattato di Roma e all'ingresso dell'Italia nella CEE evidenziando che il Parlamento italiano ha deciso di ritenere la ratifica e l'esecuzione del Trattato correttamente effettuate mediante legge ordinaria, e aggiunge che "la disposizione risulterebbe svuotata del suo specifico contenuto normativo, se si ritenesse che per ogni limitazione di sovranità prevista dall'art. 11 dovesse farsi luogo ad una legge costituzionale". Occorre, d'altro canto, sottolineare che se da una parte propende per un atteggiamento conciliante, dall'altra aggiunge che le limitazioni di sovranità sono consentite unicamente per il conseguimento delle finalità dell'organizzazione internazionale, ma deve escludersi "che siffatte limitazioni (...) possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana".

⁹ C. cost., sent. 24 febbraio 1964, n. 14.

Un tassello ulteriore al percorso integrativo viene aggiunto nel 1975 con la sentenza *ICIC*¹⁰ in cui la Consulta ha ribadito che la norma interna incompatibile con quella dell'UE è incostituzionale per violazione dell'articolo 11 e ha sottolineato che il giudice ordinario non può disapplicare direttamente la legge interna ma “*di fronte alla situazione determinata dalla emanazione di norme legislative italiane, le quali abbiano recepito e trasformato in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili, il giudice è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale*”¹¹. Tuttavia, sul punto non ha mancato di esprimersi anche la Corte di Giustizia che nel 1978, con la sentenza *Simmenthal*¹², ha individuato l'organo competente a far valere il primato nel giudice di fronte al quale sorge la questione, disapplicando all'occorrenza di propria iniziativa qualsiasi disposizione interna contraria al diritto dell'Unione europea senza dover chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa¹³.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 170 del 1984, nota come sentenza *Granital*, è stata chiamata a rivedere la sua posizione. Sebbene confermi che “*i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati*”, il ragionamento che segue a questo corollario prende le distanze dalle posizioni precedentemente assunte. La Consulta rifiuta di assimilare le norme dell'UE a norme nazionali di legge e da ciò consegue che “*esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento*” e quindi non è possibile applicarvi i metodi di risoluzione previsti per l'ipotesi di conflitto tra le norme appartenenti al medesimo ordinamento. Trattandosi appunto di norme di ordinamenti diversi, gli eventuali conflitti vanno risolti

¹⁰ “*Industrie chimiche dell'Italia centrale*”, C. cost., sent. 30 ottobre 1975, n. 232.

¹¹ C. cost., sent. 30 ottobre 1975, n. 232, par. 6.

¹² C. giust. UE, sent. 9 marzo 1978, C-106/77. Sul caso richiamato si veda L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1978, pp. 669 ss.

¹³ “*Qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare il diritto che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria*”, C. giust. UE, sent. 9 marzo 1978, C-106/77.

in base ad un diverso criterio, quello della competenza. Spetta al giudice ordinario stabilire se la materia rientri tra quelle in relazione alle quali l'Italia ha accettato, in conformità con l'articolo 11 Cost., di limitare la propria sovranità in favore dell'UE. Qualora risulti che la materia rientra effettivamente nella competenza dell'Unione europea, il giudice italiano è tenuto a disapplicare la norma interna eventualmente incompatibile con la norma dell'UE. La Corte costituzionale esclude solo in due ipotesi che il giudice ordinario possa immediatamente applicare la norma dell'UE e disapplicare la legge interna in contrasto, esigendo invece che sia sollevata la questione di incostituzionalità: la prima riguarda l'eventualità di una norma dell'UE contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e ai diritti umani¹⁴; la seconda riguarda norme di legge dirette ad impedire il rispetto dei principi fondamentali dei Trattati UE.

La giurisprudenza fin qui richiamata è un'utile traccia per riflettere sulla preminenza del diritto dell'Unione europea e sugli effetti che da questa sono conseguiti fino alle posizioni assunte recentemente dalle Corti. L'ultima mossa della Corte costituzionale sulla scacchiera dei rapporti tra ordinamenti ribadisce e fortifica la teoria dei controlimiti con un atteggiamento che più che al dialogo fa pensare a un *monologo*.

3. Il dialogo tra Corti nel caso Taricco

L'intera vicenda relativa al caso Taricco rappresenta un'apertura al confronto a cui si è assistito poche volte prima di questa e proprio per questa ragione ha promosso una ricca produzione dottrinale sul tema. Le fasi della *saga* iniziano con la sentenza dell'8 settembre 2015, in causa C-105/14, dove la Corte di giustizia dell'Unione europea, sollecitata dal GUP presso il Tribunale di Cuneo, ha ritenuto che la normativa italiana in materia di prescrizione del reato stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, c.p., come modificato dalla

¹⁴ “Questo collegio, nella sentenza n. 183/73, ha già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ai diritti inalienabili della persona umana” (C. cost., sent. del 1984, n. 170, par. 7).

legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 c.p., impedisse di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frodi tributarie gravi lesive degli interessi finanziari dell'Unione; in quell'occasione la Corte sovranazionale ha inoltre sostenuto che ciò comportasse l'inadempimento agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea imposti dall'art. 325, par. 1 e 2 TFUE.

Con questa pronuncia la Corte di Lussemburgo ha incaricato il giudice nazionale di disapplicare le disposizioni interne quando queste non consentano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive come conseguenza dei reati suddetti.

A fronte della sentenza della Corte di giustizia, la Suprema Corte italiana ha dato seguito alla giurisprudenza sovranazionale avallando l'argomento da questa promosso in merito alla natura processuale della prescrizione, sottraendo così l'istituto alle garanzie del principio di legalità. Tutt'altra impostazione è stata seguita dalla Corte d'Appello penale che con l'ordinanza nel procedimento n. 6421/14 R.G.A. del 18 settembre 2015 ha rimesso alla Corte costituzionale il giudizio in merito all'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, nella parte in cui autorizzava la ratifica e dava esecuzione all'art. 325, par. 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla CGUE nella sentenza *Taricco*. Seguendo un orientamento opposto a quello tenuto in precedenza, la Terza Sezione penale della Corte di Cassazione è intervenuta sollevando un'ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, per contrasto con gli artt. 25, co. 2, 3, 11, 27, co. 3, 101, co. 2, Cost.

A seguito delle richieste dei giudici ordinari, con l'ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24, la Corte costituzionale ha scelto una strada da alcuni definita diplomatica¹⁵ con cui ha consegnato al giudizio della CGUE la possibilità di offrire un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 325, par.1 e 2, TFUE, evitando così un conflitto diretto tra diversi ordinamenti. È utile sottolineare che il rinvio pregiudiziale avrebbe imposto l'adeguamento dell'orientamento giurisprudenziale italiano alla

¹⁵ C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2017.

pronuncia della CGUE adita; tuttavia, anche grazie al sentiero tracciato dal Giudice delle leggi¹⁶, la CGUE ha trovato la strada per dare un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 325 par.1 e 2 TFUE.

Infatti, con l'ordinanza n. 24 del 2017 la Corte costituzionale, oltre a sottoporre alla CGUE la questione in termini di confronto, ha preparato il terreno alla Corte di Giustizia esprimendo il proprio convincimento che con alcune asserzioni contenute nella sentenza dell'8 settembre, la CGUE avesse voluto lasciare lo spazio per un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'ordinamento interno. Come riportato dalla Consulta, nella sentenza dell'8 settembre 2015, par. 53, si sottolineava che *“se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”*, e ancora che la disapplicazione dovesse essere disposta *“con riserva di verifica da parte del giudice nazionale”* in ordine al rispetto dei diritti degli imputati. È proprio su questi auspici che la CGUE nella sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17 fonda il suo *revirement*. In risposta all'ordinanza della Consulta, la CGUE nel dispositivo dapprima ribadisce il primato del diritto dell'Unione europea sostenendo che *“l'articolo 325, par. 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato”*; in seguito

¹⁶ La Consulta non ha ommesso di rilevare i *“profili di incompatibilità esistenti tra la regola che la sentenza resa in causa Taricco ha tratto dall'art. 325 del TFUE e i principi e i diritti sanciti dalla Costituzione”*, dall'altra parte ha mostrato un atteggiamento dialogante considerando *“necessario chiedersi se la Corte di Giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano”*.

prosegue sottraendo l'assolutezza a quanto fin qui esposto: “*a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*”.

Sempre in relazione alla teoria dei controlimiti, come nella sentenza *Omega*¹⁷, in questa decisione la Corte di Giustizia annacqua il riconoscimento di limiti nazionali al primato dell'Unione Europea, astraendo tali principi fondamentali a livello europeo e facendosi promotrice essa stessa della loro difesa. Infatti, la Corte richiama la “*violazione del principio di legalità dei reati e delle pene*” senza specificare se tale riferimento attenga al piano del diritto nazionale o a quello europeo, lasciando così irrisolto il dubbio che questa sentenza si inserisca non già nel novero di quelle storiche che antepongono i controlimiti all'adattamento ad ordinamenti sovranazionali¹⁸, ma al contrario, tra le sentenze che affermano con vigore il primato del diritto dell'Unione europea.

Nella decisiva ordinanza della Corte costituzionale quest'ultima aveva riportato un dato uniformemente condiviso dalla giurisprudenza italiana, sostenendo che la prescrizione appartenesse al diritto penale sostanziale e che pertanto dovesse soggiacere al principio di legalità in materia penale, ossia un principio fondamentale dell'ordinamento italiano.

È evidente che la scelta del Giudice delle leggi di lasciare alla CGUE la parola sul caso Taricco, dimostrandosi disposta al dialogo¹⁹ e anteponendolo alla necessità di certezza del diritto, è

¹⁷ C. giust. UE, sent. 14 ottobre 2004, C-36/02.

¹⁸ Come avvenuto nella sentenza della C. cost. n. 238 del 2014 sui rapporti tra il diritto nazionale e diritto internazionale.

¹⁹ Riconoscendo espressamente il primato del diritto dell'Unione europea, a parere del Giudice delle leggi “*l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro*”. Proprio da questa ricostruzione in merito

stata ricompensata con una decisione che ha ceduto il passo alla mediazione piuttosto che allo scontro diretto, superando anche l'avviso dell'Avvocato generale²⁰. Nonostante i toni con cui la Corte costituzionale aveva anticipato che la posta in gioco era un principio supremo dell'ordinamento giuridico italiano e con cui aveva lasciato capire che, in qualità di unica autorità preposta alla verifica dell'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale avrebbe applicato la teoria dei controlimiti nel caso in cui non fosse stata offerta una soluzione conciliante, l'ordinanza non può che essere accolta come un esempio di valorizzazione dei rapporti tra ordinamento nazionale ed europeo. Al contrario, toni completamente diversi presenta la sentenza n. 115 del 2018 con cui la Corte costituzionale ha chiuso la *saga* Taricco.

4. Differenze e analogie con il caso Melloni

Tra la pluralità degli spunti di riflessione che offre questo dialogo tra Corti, le considerazioni cui vuole darsi spazio, ancorché senza pretesa di completezza, attengono alle differenze rispetto al caso Melloni²¹. In quest'ultimo, a seguito della

al rapporto tra i due ordinamenti, la Corte costituzionale trae la legittimazione dell'ordinamento dell'Unione europea stessa, perché minando la struttura fondamentale di uno Stato, ossia i principi fondamentali, si dissolverebbe il fondamento costituzionale dal quale i Trattati europei *“hanno tratto origine per la volontà degli Stati membri”*.

²⁰ Sulle conclusioni dell'Avvocato generale Bot si veda R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2017; L. DANIELE, *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European papers. European forum*, 7 settembre 2017; C. CUPELLI, *Le conclusioni dell'Avvocato generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... il dialogo (non) continua*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 ottobre 2017.

²¹ Nel caso Melloni, l'imputato, destinatario in Spagna di un mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria italiana per l'esecuzione di una sentenza con cui era stato condannato in contumacia per il reato di bancarotta fraudolenta, a seguito dell'autorizzazione delle autorità ispaniche alla consegna, ha presentato ricorso avverso la decisione in oggetto dinanzi al *Tribunal Constitucional*. Il ricorrente ha sostenuto la lesività della decisione – sia pure indiretta – del diritto ad un processo equo ex 24 della Costituzione spagnola, nella misura in cui l'ordinamento italiano non prevedeva un riesame delle sentenze pronunciate *in absentia* dell'interessato, nonché la sua contrarietà rispetto alla giurisprudenza dello stesso Tribunale Costituzionale, il quale, pertanto, ha sollevato tre questioni pregiudiziali dinanzi alla CGUE.

domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunal Constitucional* (Corte Costituzionale spagnola) alla Corte di Giustizia, il giudice di Lussemburgo si è pronunciato in difesa dell'unità del diritto europeo in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme, assetto che è stato ritenuto prevalente rispetto al principio supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo a un processo equo, art. 24 della Costituzione spagnola.

Il *Tribunal Constitucional* aveva sottoposto alla Corte di Giustizia la richiesta di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'articolo 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI della stessa istituzione. Tale modifica verteva proprio sul punto delle sentenze contumaciali, (punti 41, 42 e 43, sent. Melloni, 26 febbraio 2013, C-399/11) con lo scopo di evitare difficoltà nell'esecuzione dei mandati in casi analoghi a quello del sign. Melloni che ha portato il giudizio davanti alla Corte di Giustizia. Inoltre, la Corte spagnola invitava quella europea a valutare se l'art. 4-*bis*, par. 1 della decisione sopracitata fosse compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi: la Carta), nonché con i diritti della difesa garantiti dall'art. 48, par. 2 della medesima Carta. Infine rimetteva alla Corte sovranazionale l'interpretazione dell'art. 53 della Carta con lo scopo di chiarire la possibilità per uno Stato di disattendere un mandato d'arresto europeo “*a motivo della violazione dei diritti fondamentali della persona in questione, garantiti dalla Costituzione nazionale*”.

In merito alla terza questione sollevata, il giudice del rinvio aveva considerato l'interpretazione secondo la quale l'articolo 53 della Carta “*autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione*”, come un'interpretazione che avrebbe consentito a uno Stato membro di evitare una limitazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla propria Costituzione.

Tuttavia, la Corte di Giustizia non ha accolto tale

interpretazione considerandola lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, *“in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione europea pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato”*. La Corte ha affermato che permettere ad uno Stato di disattendere la suddetta fonte europea avvalendosi dell'articolo 53 della Carta, anche se al fine di evitare la lesione di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione dello Stato membro, comporterebbe una *“lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro”*. Pertanto la Corte di Giustizia, in ragione dell'interpretazione dell'articolo 4 bis, par. 1, della decisione quadro 2002/584, ha considerato ostativo all'opportunità per l'autorità giudiziaria preposta di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla revisione della sentenza che ha deciso la condanna *in absentia*, perché questo rimetterebbe in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito dalla decisione quadro.

Pertanto, la CGUE ha sostenuto che *“l'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione”*.

5. Il rapporto tra il caso Taricco e il caso Melloni

Nella sentenza del 5 dicembre 2017, la Corte di Giustizia ha fatto alcuni passi indietro rispetto a quanto da lei stessa statuito l'8 settembre 2016 e al contempo non sembrava neanche essere in linea con la posizione presa sul caso Melloni. Tuttavia, ad un'attenta analisi le differenze risultano essere sostanziali e giustificano il diverso approdo delle conclusioni della Corte di Giustizia.

Come rilevato nell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, il legislatore dell'Unione europea aveva adottato

un atto normativo, ossia una decisione quadro che veniva citata più volte dalla Corte e che, inoltre, era stata modificata proprio sul punto delle sentenze contumaciali con l'obiettivo di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale, *“migliorando il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri attraverso un'armonizzazione dei motivi di non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente”*. Di fronte ad un intervento di armonizzazione normativa così preciso come quello realizzato con la decisione quadro, è comprensibile che il Giudice di Lussemburgo non abbia ritenuto di consentire ai vari Stati membri di disapplicare la decisione quadro ed applicare il diverso standard nazionale di protezione²².

Totalmente diverso si presenta, invece, il caso Taricco in quanto la norma dell'Unione europea, ossia l'art. 325 TFUE, è estremamente generica. La disposizione corrisponde sì al diritto “primario” dell'Unione europea, ma impone null'altro che un risultato da raggiungere senza neanche indicare i mezzi per conseguirlo. Pertanto l'articolo 325 TFUE lascia agli Stati membri dell'Unione europea soggetti al primato di quest'ordinamento, la scelta di prevedere o meno sanzioni di tipo penale per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione dovendosi escludere la diretta applicabilità di una disposizione generica. Tale interpretazione era già stata suffragata da un passaggio dell'ordinanza n. 24 del 2017 con cui la Corte costituzionale confermava *“la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno agli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione”*. Già secondo la Corte costituzionale, la Repubblica italiana sarebbe stata quindi responsabile²³ per non

²² Come già messo in luce, tra gli altri, da L. DANIELE durante il convegno *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, Roma, Istituto Luigi Sturzo, 4 ottobre 2016.

²³ Sul monito rivolto al legislatore ad intervenire sui termini prescrizionali si veda C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 gennaio 2017.

aver assicurato l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione, ma non sarebbe in ogni caso stato possibile attribuire alla normativa sulla prescrizione carattere di norma del diritto penale processuale, in virtù del principio di legalità *ex art. 25 co. 2 Cost.* Agli stessi approdi giunge la Corte di Giustizia che destando alcune perplessità sulla possibilità per ciascuno Stato di interpretare la prescrizione come diritto sostanziale o procedurale, afferma che *“il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione, armonizzazione che è successivamente avvenuta, in modo parziale, solo con l'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale”*. Nel solco di tale interpretazione la Corte prosegue riconoscendo la libertà della Repubblica italiana di prevedere che la prescrizione ricada nel diritto sostanziale e quindi nel principio di legalità dei reati e delle pene.

La Corte di Giustizia prosegue passando al vaglio le future decisioni dei giudici nazionali, imponendo che queste assicurino il rispetto dei diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato applicando gli standard nazionali, *“a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione”*. Nel caso Taricco, la qualificazione operata dai giudici nazionali che hanno sollevato il dubbio di costituzionalità, costituisce un grado di protezione maggiore rispetto a quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della CEDU, perciò deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 53 della Carta. Proprio in questo aspetto si rileva la distinzione con il caso Melloni, in altri e più semplici termini, una simile interpretazione dell'art. 53 non poteva essere accolta perché lesiva del principio del primato dell'Unione europea, in quanto avrebbe inciso direttamente sulla portata della decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI comportando la rottura dell'unità del diritto dell'Unione; viceversa, il primato del diritto dell'Unione non viene posto in discussione nel caso Taricco perché non *“è la regola enunciata dalla sentenza in*

causa Taricco, e desunta dall'art. 325 del TFUE, ma solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice"²⁴.

6. Dal dialogo al “monologo” della Corte costituzionale nel caso Taricco

Nell'economia di una riflessione più generale sul rapporto tra Corte costituzionale e di Giustizia, è opportuno sottolineare che mentre la Corte di Lussemburgo ha ridimensionato la sua posizione euro-centrica a vantaggio di una più garantista, mitigando la priorità della tutela degli interessi economici dell'Unione europea in favore del più alto valore dei diritti della persona, la Corte costituzionale ha fatto qualcosa in più (o in meno). Il Giudice delle leggi è ripartito dalla posizione perentoria²⁵ tenuta nell'ordinanza di rimessione e si è spinto oltre, rimarcando la separazione tra gli ordinamenti e il suo ruolo di unico garante dei principi fondamentali e quindi anche delle tradizioni comuni²⁶. Nonostante la scelta di rinviare la decisione alla Corte di Giustizia abbia incoraggiato un confronto diretto, l'ultima parola della Corte costituzionale ha chiuso il caso con un “monologo” sull'esclusività del proprio “*compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona*”²⁷. La Consulta, di fronte alla decisione della Corte di Giustizia di configurare il principio di legalità dei reati e delle pene quale principio generale di diritto dell'Unione europea e far rientrare in esso la prescrizione così come valutata dall'ordinamento nazionale²⁸, “*anziché acchetarsi*

²⁴ C. cost., 24 gennaio 2017, n. 24.

²⁵ “*Ouello che la Consulta indirizza alla Corte di giustizia – può piacere come non piacere – è, a me pare, un vero e proprio ultimatum*”, A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, (a margine di Corte Cost. n. 24 del 2017), in *Consulta Online*, nella rubrica *Studi*, 1/2017.

²⁶ Sul punto si veda A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?* in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018.

²⁷ C. cost., 10 aprile 2018 n. 115, par. 8.

²⁸ Soluzione prospettata in termini analoghi da C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve*

e godere del risultato raggiunto, ha ritenuto (...) di dover ribadire a chiare lettere, (...) il primato della Costituzione, nella sua essenza quale risultante dai principi espressivi della identità costituzionale”²⁹. Il dubbio che solleva questa posizione è che la vaghezza del concetto dei controlimiti, se da una parte disegna la fortuna delle Corti costituzionali che vi ricorrono, dall'altra rappresenta un motivo di incertezza in termini di primato del diritto dell'Unione che indebolisce l'intera impalcatura del diritto sovranazionale e lascia lo stesso spazio a tutte le Corti nazionali. L'obiettivo di trovare un punto di vista condiviso riguardo al primato del diritto comune sugli individualismi statuali perde così terreno in favore della posizione garantista della Corte costituzionale che nella sent. n. 115 del 2018, ripercorrendo il solco già tracciato dalla sent. n. 269 del 2017³⁰, si erge a unica garante dei principi fondamentali. Una posizione che assume una forma diversa e in parte ridimensionata nella recente sent. n. 20/2019 dove la Consulta sembra voler evitare uno scontro diretto con la Corte di Giustizia proponendo un intervento in cui convivono “la dilatazione in modo pressoché indefinito ed incontenibile dell'area in cui può affermarsi il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità in vece di quello dell'applicazione diretta del diritto eurounitario al posto di quello interno con esso incompatibile e la riesplorazione a tutto campo del rinvio pregiudiziale dopo la sua ventilata,

riflessione a caldo, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017, che aggiunge “i valori sottesi al controlimite verrebbero in un certo senso “acquisiti” dal sistema giuridico dell'Unione come principio generale di diritto e valorizzati quale fattore di integrazione dell'ordinamento sovranazionale, nei suoi rapporti con quelli degli Stati membri”.

²⁹ Sul punto si veda A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?* in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018.

³⁰ Tra i numerosi commenti sulla sentenza si veda la nota di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. di diritti comparati*, 3/2017; G. SCACCIA *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018.

*inopinata contrazione ad opera di Corte cost. sent. n. 269*³¹. In conclusione, nonostante la fine della nota *querelle*, i dubbi sull'inconciliabilità delle posizioni delle Corti restano ancora aperti e anche a seguito dei recenti tentativi della Corte costituzionale in tal senso sembra lecito continuare a interrogarsi se quella dei controlimiti sia o meno una teoria sulla quale sarà possibile trovare una posizione condivisa.

³¹ A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 23 febbraio 2019.

POLAND’S RULE OF LAW CRISIS AND THE
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN
UNION: TOWARDS AN INCREASING
INVOLVEMENT OF THE COURT IN REGARD
WITH THE MEMBER STATE’S COMPLIANCE
WITH ART. 2 TEU*

SERENA MARINI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The Art. 7 mechanism to make a Member State compliant with EU fundamental values and the marginal role reserved to the CJEU: exploring the case of Poland. – 3. The recent “expanded” use of the infringement procedure under Art. 258 TFEU. – 4. Tackling Poland’s rule of law crisis through an indirect competence of the CJEU: the preliminary reference procedure. – 5. Concluding remarks.

Abstract: Since 2015, Poland has been experiencing a far-reaching rule of law crisis, which continues to jeopardise the Member State’s compliance with fundamental values provided for by Art. 2 TEU. The imperilment of the rule of law in Poland is closely followed the EU institutions: among these latter, the Court of Justice of the European Union (CJEU) seems to play an increasingly effective role, being progressively involved in monitoring the situation with the rule of law in the Member State. This wider involvement of the Court reflects an original and new approach, which conceives the enforcement of EU fundamental values by ways other than, or complementary with, Art. 7 TEU, a provision so far “dormant” and very difficult to function due to its predominantly political character. In that context, the CJEU

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

acts, on the one hand, in a direct manner, through the preventive impulse of the Commission under the infringement procedure, as laid down in Art. 258 TFEU. On the other hand, the Court is involved in the Poland's rule of law crisis and may question the Member State's legislation also in a more indirect way, availing itself of the preliminary reference competence.

1. Introduction

Since 2015, after the nationalist Law and Justice party (Prawo i Sprawiedliwość, PiS) won the elections, Poland has been experiencing a far-reaching rule of law crisis, characterized by the increasing deterioration of the domestic justice sector. The independence of courts and impartiality of judges have been seriously undermined by the adoption of a series of laws and regulations, passed by the legislative and executive branch, which concern the overall national judiciary. Amendments which included the laws on the National Council of the Judiciary (LNCJ), the Law on the Supreme Court (LSC), as well as the Law on the Ordinary Courts¹, have been at the core of a large series of critiques, both at the domestic and international level².

¹ For a more in-depth analysis of the entire process of the judiciary reform in Poland, throughout the period 2015-2018, see the Report issued by the Stefan Batory Foundation Legal Expert Group, available online at www.batory.org.

² At the European level, according to the latest reports issued within the framework of the Council of Europe, these amendments would have affected basic principles of the judicial system “*in such a critical way*”, and “*to such an extent*”, that previous assessments of the judiciary can no longer be considered valid in crucial parts. See, for example, the Report published by the Council of Europe's Group of States against Corruption (GRECO), adopted on 23 March 2018, and available online at www.coe.int. Moreover, within the framework of the Council of Europe, serious and similar critiques have also been presented by the Council of Europe's Venice Commission. Whilst responding to the justified need for a reform of the Polish judiciary, these legislative acts have been first criticized because of their proposed models in which judicial members of the NCJ are directly elected by Parliament, being consequently submitted to an excessive legislative influence. As far as the SC judges are concerned, the latest amendments to the Law on the Supreme Court would have caused a de facto “re-appointment system”, given the combination of a lower retirement age – which reportedly affects a large number of sitting Supreme Court judges – and the power of the Polish President to prolong their mandates.

The continuous imperilment of the rule of law in Poland continues to be at the centre of EU concerns, closely followed by the institutions due to its potentially serious consequences on the effectiveness of EU law implementation, as well as of the principle of mutual trust between Member States, which lies at the very foundation of the European integration process³. In particular, to be at serious risk is the Poland's compliance with Art. 2 TEU, which provides for the respect of "*liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law*"⁴, i.e. fundamental values which are not only common to all Member States, but still represent the constitutional identity of the EU as a whole⁵.

In that framework, the objective of this brief analysis is to highlight the increasingly effective role played by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the context of the

Moreover, with regard to the Law on ordinary courts, additional concerns have been raised about the excessive discretionary powers of the Minister of Justice vis-à-vis the common judiciary, with regard to such issues as case assignment and the method for random case allocation. All these concerns are compounded by the fact that under the new Law on the Public Prosecutor's Office, as amended in 2016, the Office of the Public Prosecutor General has been merged with that of the Minister of Justice and the powers of the Public Prosecutor General/Minister of Justice vis-à-vis the prosecution service have increased.

³ According to the interpretation given by the CJEU, the principle of mutual trust between the Member States, along with the principle of mutual recognition which is itself based on the mutual trust between the latter, is considered of "*fundamental importance given that they allow an area without internal borders to be created and maintained*". As is well known, this principle requires, namely as regards the area of freedom, security and justice, each State, save in exceptional circumstances, to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognized by EU law. As a consequence of this, the other Member States, when implementing EU law, not only may not demand a higher level of national protection of human rights from another Member State, but also, save in exceptional cases, they may not check whether that other Member State has actually observed the fundamental rights guaranteed by the European Union. See Court of Justice, opinion 2/13 of 18 December 2014, *Accession of the European Union to the ECHR*, para. 192.

⁴ The Court has often referred to the EU as a "*Community based on the rule of law*". See Court of Justice, judgment of 23 April 1986, case 294/83, *Les Verts v Parliament*, para. 23.

⁵ For a more in-depth analysis see L. PECH, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 359.

monitoring of the situation with the rule of law in Poland. This wider and multi-dimensional involvement of the Court reflects an original and innovative approach, which envisages the enforcement of EU fundamental values, and the rule of law in particular, by ways other than Art. 7 TEU – i.e. the Treaty provision explicitly conceived to control, and, if necessary, punish, the deviant behaviour of a Member State in matters related to fundamental values –, which so far has proved very difficult to function due to its predominantly political character.

This analysis argues that, on the one hand, the Court of Justice is increasingly monitoring the Member State's enforcement of the rule of law through a wider use of a direct competence, i.e. the infringement procedure, as laid down in Art. 258 TFEU. In that context, a prominent and active role is also played by the Commission, whose impulse is compulsory in order to start the procedure in front of the Court. On the other hand, the Court is involved in the Poland's rule of law crisis also in a more indirect way, availing itself of its preliminary reference competence, as its recent case-law has showed.

2. The Art. 7 mechanism to make a Member State compliant with EU fundamental values and the marginal role reserved to the CJEU: exploring the case of Poland

As is well known, Art. 7 TEU provides for a structured procedure in order to control the enforcement of EU fundamental values by a Member State. The mechanism establishes both a system of early warning about the risk of a serious breach of fundamental rights, as enshrined in Art. 2 TEU, by a Member State, as well as a procedure of actual determination of such a breach, which could lead to a series of sanctions against the Member State concerned⁶. Following its current *post*-Lisbon

⁶ As is well known, the first formulation of Art. 7 TEU dates back to the Treaty of Amsterdam, and, initially, envisages exclusively a sanctioning mechanism in light of the determination of a “*serious and persistent breach*” by a Member State of fundamental principles. For an in-depth analysis of the story and nature of Art. 7 TEU, see D. KOCHENOV, *Busting the myths nuclear: A commentary on Article 7 TEU*, in *EUI Working Paper*, Department of Law, 10/ 2017; L. BESSELING, *The Bite, the Bark, and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing the*

version, Art. 7 TEU envisages three separate procedures⁷ in order to safeguard the fundamental values as enshrined in Art. 2 TEU:

- a) A mechanism determining the existence of a “*clear risk of a serious breach*” of the values enshrined in Art. 2 TEU, and the possible adoption of recommendations on how to tackle this complex situation, which are addressed directly by the Council to the concerned Member State (Art. 7, para. 1, TEU)⁸. The existence of a “*clear risk of a serious breach*” is determined by the Council, acting by a majority of four fifths of its members, and after obtaining the consent of the European Parliament;
- b) A mechanism determining the actual “*existence of a serious and persistent breach*” by a Member State of the values referred to in Art. 2 TEU (Art. 7, para. 2, TEU). Differently from Art. 7, para. 1, TEU, the EU institution in charge with the determination of the existence of such a breach is the European Council. In addition, in regard with the voting arrangements, in this case the European Council acts by unanimity;
- c) A sanctioning mechanism, which can only be activated where a determination of the existence of a “*serious and persistent breach*” under para. 2, i.e. by the European Council acting by unanimity, has already been made (Art. 7, para. 3, TEU)⁹.

Rule of Law Oversight in the European Union, Cambridge, 2016, pp. 128-144; B. BUGARIC, *Protecting Democracy inside the EU: On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism*, in C. CLOSA - D. KOCHENOV (eds.), cit., pp. 82-104; W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: the Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law* 385/2010.

⁷ These three different procedures are conceived as separated one from another and not to be part of just one procedure composed of three stages.

⁸ With regard to the possibility of issuing recommendations to the relevant Member State, the formulation since the Treaty of Lisbon is different from the previous one. The change is visible in the fact that, prior to Lisbon, recommendations could only be issued together with, or after the determination of the existence of a “*clear risk of serious breach*”. Since Lisbon, the text clearly suggests that recommendations can be made also before the existence of such a risk has been determined.

⁹ Sanctions coincide with the suspension of certain rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question, including, as

In that context, one of the main characteristics which make Art. 7 TEU a largely political procedure, together with the Commission's limited initiative powers¹⁰ and a prominent role given to the Council also in a follow-up phase¹¹, is the lack of any considerable role mentioned for the CJEU. Indeed, the Court has jurisdiction exclusively on procedural matters, as provided by Art. 269 TFEU, such for instance the observance of the voting arrangements applying to the European Parliament, the European Council and the Council, as established in Art. 354 TFEU¹². In

provided for in Art. 7, para. 3, TEU, the "*voting rights of the representative of the government of that Member State in the Council*".

¹⁰ The highly political nature of the Art. 7 TEU is directly visible when looking at the Commission's powers within the procedure. Under Art. 7 TEU, its right of initiative is not strictly a necessary condition in order to engage, respectively, the Council (para. 1) and the European Council (para. 2). Indeed, this right of initiative, far from being considered as a monopoly of the Commission as it is traditionally the case considering the EU legislation process, is shared with the Member States and, following Art. 7 para. 1 TEU, also by the European Parliament. As for this latter, despite the lack of a formal right of initiative under paragraphs 2 and 3 of Art. 7 TEU, the Rules of Procedure of the Parliament (Rule 83) explicitly provide for the possibility to vote on a proposal to call on the Commission or Member States to submit a proposal under para. 2, or on the Council to act under para. 3.

¹¹ Under Art. 7 TEU, the possibility of issuing recommendations to the relevant Member State consists in a Council's prerogative, which, starting from the Lisbon Treaty, can be used even before the existence of such a risk has been determined. Moreover, the Council is also empowered, after having determined the existence of a "*clear risk of a serious breach*", with verifying regularly that the grounds on which such a determination was made continue to apply.

¹² Art. 354 TFEU states that: "*For the purposes of Article 7 of the Treaty on European Union on the suspension of certain rights resulting from Union membership, the member of the European Council or of the Council representing the Member State in question shall not take part in the vote and the Member State in question shall not be counted in the calculation of the one third or four fifths of Member States referred to in paragraphs 1 and 2 of that Article. Abstentions by members present in person or represented shall not prevent the adoption of decisions referred to in paragraph 2 of that Article.*

For the adoption of the decisions referred to in paragraphs 3 and 4 of Article 7 of the Treaty on European Union, a qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3)(b) of this Treaty.

Where, following a decision to suspend voting rights adopted pursuant to paragraph 3 of Article 7 of the Treaty on European Union, the Council acts by a qualified majority on the basis of a provision of the Treaties, that qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3)(b) of this Treaty, or, where the Council acts on a proposal from the Commission or from the High

this regard, the Lisbon Treaty introduced *ex novo* para. 5 of Art. 7 TEU, which refers to Art. 354 TFEU for the definition of voting arrangements¹³.

As just mentioned, the Court's syndicate is limited to procedural matters including, apart from voting arrangements, also the involvement of other institutions or any failure to hear the position and the observations of the Member State concerned under Art. 7, para. 1 TEU¹⁴, as well as the invitation to submit its own observations under Art. 7, para. 2 TEU. In addition, other two limits under Art. 269 TFEU, as regards the CJEU's role in the context of Art. 7 TEU concern, first, the fixed time limit to activate the Court: one month starting from the date of the request's submission, and second, the subjects which could activate the Court. In this case, the possibility to engage the Court is given only to the Member State implied in the procedure, whereas both the other EU institutions and the Member States are excluded.

In that framework, as regards the situation with the rule of law in Poland, on 20 December 2017, the Commission adopted for the very first time, under Art. 7, para. 1, TEU – the so-called “preventive” mechanism –, a Reasoned Proposal¹⁵ inviting the Council to determine the existence of a “clear risk” of a serious breach of the rule of law by Poland¹⁶. Nonetheless, this

Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, in accordance with Article 238(3)(a)”.

For the purposes of Art. 7 of the Treaty on European Union, the European Parliament shall act by a two-thirds majority of the votes cast, representing the majority of its component Members”.

¹³ Under Art. 7, para. 5 TEU, “*The voting arrangements applying to the European Parliament, the European Council and the Council for the purposes of this Article are laid down in Article 354 of the Treaty on the Functioning of the European Union*”.

¹⁴ The Council discretionary power to address the Member State recommendations is accompanied by a previous obligation to hear the Member State in question. As stated by Art. 7, para. 1, TEU, “*before making such determination, the Council shall hear the Member State in question*”.

¹⁵ Commission Reasoned Proposal for a Council Decision COM(2017) 835 final of 20 December 2017 on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the Rule of Law.

¹⁶ In this regard, it is worth pointing out that, among the EU institutions, the Commission has distinguished itself for playing a pro-active role in tackling the rule of law crisis in Poland. Indeed, even before deciding to activate Art. 7

Commission's initiative, although routinely discussed during the formal hearings held by the Council¹⁷, has not yet resulted in an actual determination of such a risk made by the latter, voting by a qualified majority of four fifths of its members. At the same time, the Commission has not been ready to reconsider its Reasoned Proposal, as it had promised to Polish authorities, would they implemented the recommended actions adopted by the institution.

Hence, in a situation of lack of effectiveness witnessed by the sole use of the political instruments, a wide array of proposals on how to deal with a similar crisis have been formulated. In that context, the main focus of academics has been to study and debate on whether Art. 7 TEU could be accompanied by other ways of values enforcement, and this without modifying the Treaties. In other terms, is it possible to envisage some alternatives, i.e. possible paths other than Art. 7 TEU to control and sanction rule of law deterioration in EU Member States? To tackle this problem, the actual enforcement of Art. 2 TEU by a Member State could be controlled and granted by merging the pure political procedure, already provided for by Art. 7 TEU, with a judicial one, which means an increasing involvement of the CJEU in the process of monitoring "backsliding" Member States. In that framework, as will be outlined in the following section, the Commission is playing an active role, referring to the CJEU Polish legislative acts concerning the national judiciary.

3. The recent "expanded" use of the infringement procedure under Art. 258 TFEU

On 20 December 2017, the EU Commission decided to refer Poland to the CJEU under Art. 258 TFEU¹⁸, due to breaches of

TEU, the Commission had already engaged in a direct dialogue with the Polish authorities applying for the very first time its "Framework for the Rule of Law", i.e. a soft-law instrument set out by the institution in March 2014 with the aim of resolving threats to the rule of law in Member States "*before the conditions for activating the mechanisms foreseen in Article 7 would be met*".

¹⁷ See for example the General Affairs Council which took place on 26 June 2018.

¹⁸ As is well known, this provision establishes the Commission's power to bring Member States in compliance with EU law. Where Member States have

EU law by the Law on the Ordinary Courts Organization, and specifically the introduced retired regime. This first engagement of the CJEU came in parallel with the Commission's issuing of its fourth Rule of Law Recommendation under the Framework for the Rule of Law¹⁹, as well as the triggering of the above-mentioned preventive mechanism under the Treaties (Art. 7, para. 1, TEU).

On the one side, the Commission's key legal concern identified in the Law on the Ordinary Courts Organization related to the discrimination on the basis of gender, because of the introduction of a different retirement age for female (60 years) and male judges (65 years): this was identified as a type of discrimination contrary both to Art. 157 TFEU and the Directive 2006/54, concerning gender equality in employment. In so doing, the Commission recurred to Art. 258 TFEU as it is normally used to: failure to fulfil EU obligations is interpreted to include acts and omissions of state actors, such as, in the present

failed to fulfil their obligations under EU law, the Commission may refer them to the CJEU in order to obtain a judgment against them.

¹⁹ See Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 11 March 2014, "A new EU Framework to Strengthen the Rule of Law", COM(2014) 158 final. Commission President Barroso announced this initiative in his State of the Union Speech in 2012, expressing the wish to develop a broader set of instruments to occupy the ground between a mere political persuasion and the use of Art. 7. For an in-depth analysis of the Commission's New Framework, see, *inter alia*, D. KOCHENOV, L. PECH, *Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's "Pre-Article 7 Procedure" as a Timid Step in the Right Direction*, in *EUI Working Paper RCAS 2014/25*; S. PEERS, *Protecting the Rule of Law in the EU: Should it be the Commission's Task?*, in *EU Law Analysis*, 12 March 2014, eulawanalysis.blogspot.com; M. PARODI, *Riflessioni sul Nuovo Quadro giuridico introdotto dalla Commissione*, in *Federalismi.it*, 15 October 2014, www.federalismi.it. In addition, for a further and detailed analysis of the Commission's first adoption of the Rule of Law Framework towards Poland, see, *inter alia*, the following blog posts: L. PECH - K.L. SCHEPPELE, *Poland and the European Commission, Part I: Dialogue of the Deaf*, in *Verfassungblog*, 3 January 2017; *Poland and the European Commission, Part II: Hearing the Siren Song of the Rule of Law*, in *Verfassungblog*, 6 January 2017; *Poland and the European Commission, Part III: Requiem for the Rule of Law*, in *Verfassungblog*, 3 March 2017, available online at <https://verfassungsblog.de>. In that context, see also N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2018.

case, failure to transport part or all of a Directive (as mentioned just above as regards Directive 2006/54)²⁰.

Nonetheless, on the other side, as regards this particular infringement procedure against the Polish Law on the Ordinary Courts Organization, Poland's "failure to fulfil obligations" has been subject to a wider interpretation by the Commission, which decided to raise the linked concern that the independence of Polish courts would have been undermined by the fact that the Minister of Justice had been given a discretionary power to prolong the mandate of judges which have reached retirement age. In this circumstance, the Commission raised, for the first time against Poland²¹, a violation of a Treaty provision as much general as Art. 19, para. 1, TEU, establishing the importance of the well-functioning of the Member States' domestic justice systems, which are tasked with providing effective remedies in order to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law, be it primary or secondary. Furthermore, the Commission raised a violation of Art. 19 TEU in combination with Art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights (EUCFR), providing for the right to an affective remedy and to a fair trial. In that context, on 2 July 2018, the Commission took another step forward on the path already traced. On this date, the institution launched a second infringement procedure against Poland sending a Letter of Formal Notice to the Member State regarding the Polish law on the Supreme Court²². The Letter of Formal Notice was then followed, on 14 August 2018²³, by a Reasoned

²⁰ Among other examples of traditional failures to fulfil EU obligations, there are failure to implement a Decision or a Regulation, failure of the administration (including the courts) to implement EU law, as well as failure to notify the Commission of transposition when this is required. See M. SMITH, *The evolution of infringement and sanction procedures*, in A. ARNULL - D. CHALMERS (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, p. 352.

²¹ See L. PECH - K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism within: rule of law backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, Cambridge, 2017, pp. 3-47. In that context, it is worth underlining that the Commission, although referring Hungary to the CJEU under Art. 258 TFEU, never used a general violation of Art. 19 TEU.

²² See the Commission's Press Release of 2 July 2018, available online at www.ec.europa.eu.

²³ See the Commission's Press Release of 14 August 2018, available online at www.ec.europa.eu.

Opinion addressed to Polish authorities. Finally, on 24 September 2018, the Commission moved to the next stage of the infringement procedure referring Poland to the Court of Justice, due to the failure showed by the Polish authorities to alleviate the institution's legal concerns. In addition, the Commission resolved also to ask the CJEU to order interim measures²⁴ so as to restore Poland's Supreme Court to its situation before 3 April 2018, i.e. to the time when the new laws were adopted. In the same framework, the Commission decided to request an expedited procedure at the Court, so as to obtain a final judgment as soon as possible²⁵.

Compared to the first infringement action, this time the Commission based the entire infringement action against Poland on the sole violation of Art. 19, para. 1, TEU, read in connection with Art. 47 EUCFR, since measures established by the Law on the Polish Supreme Court have been considered by the EU institution capable to undermine the principle of judicial independence, including the irremovability of judges. Indeed, with the entry into force of the law in question, 27 out of 72 Supreme Court judges faced the risk of being forced to retire as a direct consequence of the lowering of the retirement age of Supreme Court judges from 70 to 65²⁶. In addition to this, substantial risks for the tenure of judicial independence stemmed from the fact that, according to the law, current judges were given the possibility to declare their will to have their mandate prolonged by the President of the Republic, and this in the

²⁴ In regard with the interim measures, the Commission asked the CJEU, first, to suspend the application of the national legislation with regard to the lowering of the retirement age for SC judges; second, as a consequence of the first measure, to ensure that SC judges concerned may continue to perform their duties in the same post while enjoying the same status, the same rights and working conditions as it was the case before the entering into force of the SC Law; third, to avoid from appointing new judges with the aim to replace the SC judges concerned by the provisions, as well as a new First President of the SC; and fourth, to duly and constantly inform the Commission of all the measures adopted in order to fully comply with the Court's order.

²⁵ See the Commission's Press Release of 24 September 2018, available online at www.ec.europa.eu.

²⁶ This measure also applies to the First President of the Supreme Court, whose 6-year mandate would be prematurely terminated.

absence of any criteria established for the President's decision as well as of the possibility for a judicial review of this decision.

As regards this second infringement action against Poland, on 17 December 2018 the CJEU released an order²⁷ asking the Member State in question to immediately suspend the application of the provisions of its new Law on the Supreme Court (SC), and specifically those relating the lowering of the retirement age for SC judges, considered to be in contrast with the principle of judicial independence which lays at the very foundation of a State based on the respect for the rule of law. By this order²⁸, the CJEU granted the above-mentioned request for interim proceedings previously made by the Commission, claiming that both the *fumus boni juris* element²⁹ and the character of urgency³⁰ – i.e. the requirements in presence of which it is possible to grant interim measures – had been met in the present case³¹.

In regard with the rule of law crisis in Poland, it is worth taking into due account this original and new approach, initiated

²⁷ See the CJEU's Press Release of 17 December 2018, available online at www.curia.europa.eu.

²⁸ The order in question follows the order of the Vice President of the CJEU, dating back to 19 October 2018, which required Poland to immediately suspend the application of the provisions of national legislation relating to the lowering of the retirement age for Supreme Court judges.

²⁹ As regards the *fumus boni juris* requirement, the Courts underlines that the mentioned requirement is met “where at least one of the pleas in law put forward by the applicant by interim measures in support for the main action appears, *prima facie*, not unfounded”. According to the CJEU, in this specific case the arguments put forward by the EU Commission did not appear, *prima facie*, unfounded, being, as a consequence of this, impossible to exclude that the provisions of national legislation put at risk the principles of irremovability of judges and of judicial independence, so as preventing Poland from abiding with its obligations under EU law, and namely the obligation to ensure effective legal protection in the fields covered by EU law.

³⁰ The character of urgency is strictly linked, according to the CJEU, to the purpose of the procedure for interim measures, that is to guarantee the full effectiveness of the future final decision, aiming at ensuring the absence of any lacuna as far as the legal protection provided by the Court is concerned.

³¹ As recalled by the Court in the present order, the Court hearing an application for interim relief may order interim measures only if (1) it establishes that such an order is justified, *prima facie*, in fact and in law (*fumus boni juris*) and (2) those measures are urgent in so far as, in order to avoid serious and irreparable harm to the interests of the EU as represented by the Commission, it must be necessary for those measures to be enacted and produce their effects before a final solution is reached.

by the Commission, and significantly supported by the Court, which consists in a certain “expanded” use of Art. 258 TFEU throughout the evolution of the rule of law crisis in Poland.

On 20 December 2017, the Commission uses the infringement procedure in complementarity with the implementation of its monitoring power under the Rule of Law Framework as well as its limited right of initiative under Art. 7, para. 1, TEU (§2). The main differences concerning the Commission’s role stem from the distinct scope of application of the procedures: whereas Art. 258 TFEU traditionally aims at punishing individual violations of specific provisions of EU law, the procedure under Art. 7 TEU tends to punish violations of EU fundamental values, whose safeguarding concerns also the Member States individually considered; in other terms, a failure “*to fulfil a Treaty obligation*” pursuant to Art. 258 TFEU has traditionally been intended as a breach which is limited and circumstantial and has not a systemic character, as in the circumstance of a Member State’s lack of compliance with Art. 2 values.

The above-mentioned recent developments in regard with the enforcement procedures against Poland, consisting in an infringement action brought by the Commission in front of the Court concerning the Member State breach of a Treaty provision as much general as Art. 19 TEU, seem to unveil a certain willingness of the Commission to find a way to engage the direct competence of the Court in tackling not only individual violations of specific provisions of EU law, but also situations of systemic threat to the rule of law in a Member State.

4. Tackling Poland’s rule of law crisis through an indirect competence of the CJEU: the preliminary reference procedure

The increasing involvement of the CJEU in the process of monitoring Member States’ respect for rule of law within the framework of Art. 7 TEU is also visible when looking at its recent preliminary rulings.

At first, concerning the preliminary ruling *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*³², the Court's interpretation of Art. 19 TEU might have had relevant consequences for the Commission proceedings against Poland under Art. 258 TFEU³³. Indeed, as mentioned above, in its second infringement action against the Polish Law on the Supreme Court, the Commission took the unprecedented decision to base the entire infringement procedure on the violation of Art. 19, para. 1, TEU, read in connection with Art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights, being of the opinion that these national measures undermine the principle of judicial independence, including the irremovability of judges.

In this preliminary judgment, concerning the validity of temporary reductions in the remuneration of Portuguese judges in the context of the Portuguese State's budgetary policy guidelines, the Court was asked to interpret the second subparagraph of Art. 19, para. 1, TEU, and Art. 47 of the Charter. According to the Court, Art. 19 TEU, "gives concrete expression to the value of the rule of law stated in Art. 2 TEU"³⁴. As a consequence of this, a national legislation which is contrary to Art. 19 TEU, which provides for the respect of the principle of effective judicial protection, necessarily would breach also Art. 2 TEU, being this latter at the origin of the former provision. According to the second subparagraph of Art. 19, para. 1, TEU, "*Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law*". As stated by the Court, an essential element in order to ensure effective judicial protection of individual rights under EU law is a court's or a tribunal's independence. This means that the principle of effective judicial protection enshrined in Art. 19, para. 1, TEU may enable, under certain condition, a review of

³² Court of Justice, judgment of 27 February 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, case C-64/16.

³³ See L. PECH - S. PLATON, *Rule of Law backsliding in the EU: The Court of Justice to the rescue? Some thoughts on the ECJ ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, 13 March 2018, available online at eulawanalysis.blogspot.com.

³⁴ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., para. 32. See also Court of Justice, judgment of 6 March 2018, *Achmea*, case C-284/16, para. 36, and judgment of 25 July 2018, *Celmer*, case C-216/18 PPU.

national legislation concerning the independence of judges, and this would be possible in any circumstance in which the national courts or tribunals *can* – have the faculty to – interpret or apply EU law. According to the CJEU, Art. 19, para. 1, TEU may be relied upon in national situations “irrespective of whether the Member States are implementing EU law within the meaning of Art. 51, para. 1, of the Charter”³⁵, meaning that the CJEU essentially considers itself competent to evaluate, on the exclusive basis of Art. 19, para. 1, TEU and reading it in light of Articles 2 and 4, para. 3, TEU, Member States’ compliance with the general obligation to guarantee and respect the independence of their national courts and tribunals. This broad interpretation of Art. 19, para. 1, TEU given by the CJEU, provides the principle of effective judicial protection with a much wider scope of application if compared with Art. 47 of the Charter, which is subject to Art. 51, para. 1, of the Charter.

In that context, another important case which is worth considering has been the *Celmer Case* (C-216/18 PPU LM), where the Court was asked about the consequences of restrictions imposed on judicial independence in one Member State for the other Member States of the Union. In particular, on 23 March 2018, the Irish High Court submitted a request for a preliminary ruling before the CJEU, having regard to a European Arrest Warrant (EAW) issued by a Member State – Poland – which had been found to be in serious breach of the rule of law. In a judgment delivered on 12 March 2018, in the case *Minister for Justice and Equality v Arthur Celmer*, the Irish judge had raised the question whether, “*when a national court determines there is cogent evidence that conditions in the issuing Member State are incompatible with the fundamental right to a fair trial because the system of justice itself in the issuing State is no longer operating under the rule of law, it is necessary for the executing judicial authority to make any further assessment, specific and precise, as to the exposure of the individual concerned to the risk of unfair trial where his trial will take place within a system no longer operating within the rule of law*”; and, in case of a positive answer, which kind of guarantees as to fair trial would be required.

³⁵ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., para. 29.

In its preliminary judgment³⁶, delivered on 25 July 2018, the CJEU established which consequences for the issuing of a EAW by the judicial authority of a Member State stem from the triggering of the procedure as enshrined in Art. 7, TEU. The Court used a “two-step test” which it had employed for the first time in the *Aranyosi and Căldăraru* case³⁷, and which consists in a double and progressive evaluation made by the national judge when confronted with the possibility to refrain from giving effect to the EAW: first, that of “*systemic and generalised deficiencies in the State*”, and second the “*actual risk in an individual case*”³⁸. As far as Art. 7 TEU is concerned, the CJEU stated that the executing authority of the EAW, when making its own assessment about the existence of a real risk of systemic deficiencies of judicial independence, should take in particular consideration the circumstance in which the issuing State is subject to a “*Reasoned Proposal*” as referred to in Art. 7, para. 1 TEU. In that case, the Commission’s triggering of Art. 7 TEU *vis-à-vis* Poland is described as “*particularly relevant for the purposes of that assessment*” by the judicial authority³⁹. The latter may consider that it possesses, on the basis of such a proposal made by the Commission, “*objective, reliable, specific and properly updated material concerning the operation of the system of justice*”⁴⁰, showing that there are systemic deficiencies, in the light of those values, at the level of that Member State’s judiciary. Accordingly, in this case the executing authority should pass to the second step, i.e. the specific and individual

³⁶ Court of Justice, judgment of 25 July 2018, *PPU Minister for Justice and Equality v LM*, case C-216/18.

³⁷ Court of Justice, judgment of 5 April 2016, *Aranyosi and Căldăraru*, case C-404/15.

³⁸ As stated by the Court, the second evaluation has to be made by the judicial authority where this latter finds the presence, in the issuing Member State, of “*a real risk of breach of the essence of the fundamental right to a fair trial on account of systemic or generalized deficiencies concerning the judiciary of that Member State*”. In this context, “*that authority must, as a second step, assess specifically and precisely whether, in the particular circumstances of the case, there are substantial grounds for believing that, following his surrender to the issuing Member State, the requested person will run that risk*”. See Court of Justice, *PPU Minister for Justice and Equality v LM*, cit., para. 68.

³⁹ *Ibid.*, para. 61.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 61.

assessment. Hence, with this judgement, the CJEU may have intended to create a direct link between the political and judicial procedure: indeed, the political procedure is given an instrumental function and is considered as a relevant condition for the judicial authority in order to assess the “*systematic*” element of the rule of law crisis in a Member State before passing through the second step, that of the specific and individual assessment. In addition, the Court made another important differentiation as regards the consequences for the EAW issuing in the circumstance of a triggering of the Art. 7 TEU mechanisms against a Member State. In that context, as pointed out by the CJEU, the implementation of the EAW mechanism may be suspended only in the event of a serious and persistent breach by one of the Member States of the principles set out in Art. 2 TEU, including the principle of rule of law, determined by the European Council pursuant to Art. 7, para. 2 TEU⁴¹. In presence of a decision of this type, the judicial authority would not even be required to carry out the above mentioned individual and specific assessment, being allowed to refuse automatically the execution of any EAW. This refusal, on the contrary, is not permitted in the event that the Member State is subject of a “*Reasoned Proposal*” as referred to in Art. 7, para. 1 TEU. In this case, the judicial authority’s possibility to refrain to give effect to a EAW exists only in exceptional circumstances, and, in any case, not before “*carrying out a specific and precise assessment of the particular case*”⁴². In other terms, according to the CJEU, both the “*systemic*” and the “*individual*” evaluation of the risk of a breach by the judicial authority, are required where the situation in a Member State has been put to the attention of the Council through the Proposal. In that context, it is not actually clear what would happen in the event in which the Council made the decision determining the existence of the mere risk of such a breach, pursuant to Art. 7, para. 1 TEU. In other terms, one could wonder whether, after such a determination made by the Council, the judicial authority would remain compelled to carry out the individual assessment, or if it could be allowed to refuse automatically the execution of any EAW, such as in the case of

⁴¹ *Ibid.*, para. 71.

⁴² *Ibid.*, para. 73.

a decision made by the European Council under Art. 7, para. 2 TEU.

In that framework, once more in regard with the monitoring of the Poland's respect for the rule of law, the CJEU has been recently more directly engaged by the Polish Supreme Court, which posed the Court a preliminary question under Art. 267 TFEU concerning the Polish Law on the Supreme Court⁴³; while referring to the Court, the national Supreme Court suspended the application of the law. This preliminary judgement has been asked almost in parallel with the above mentioned Commission's decision to refer the Law on the Supreme Court to the CJEU under Art. 258 TFEU, requesting the Court, first, to order interim measures restoring Poland's Supreme Court to its situation prior the adoption of the new law, and second, to adopt an expedited procedure in order to obtain rapidly a final judgement on the matter.

Hence, through its preliminary competence, the CJEU may act in a more indirect manner, first, to support the Commission's way of tackling Poland's rule of law crisis, consisting in a limited right of initiative under Art. 7 TEU, as well as in the possibility to activate an infringement proceeding pursuant to Art. 258 TFEU. In addition, the Court could also play a more direct role questioning the compatibility of a national legislation with the Treaties: what is known as the "alternative use" of the preliminary Court's competence. As ruled by the CJEU itself, following a preliminary ruling from which it is apparent that national legislation is in contrast with EU law, it is for the authorities of the Member State concerned to take the general or particular measures necessary to ensure that EU law is respected. And this in particular entails amending national law so as to comply with EU law, in order to give full effect to the rights of individuals deriving from EU law⁴⁴.

⁴³ For an analysis of the decision of the Polish Supreme Court to refer to the CJEU, see S. BIERNAT - M. KAWCZYNSKA, *Why the Polish Supreme Court's Reference on Judicial Independence to the CJEU is admissible after all*, in *Verfassungblog*, 23 August 2018.

⁴⁴ See Court of Justice, judgment of 21 June 2007, *Emilienne Jonkman*, joined cases C-231/06 to C-233/06, para. 41.

5. Concluding remarks

The increasing engagement of the CJEU with regard to the situation with the rule of law in Poland may be interpreted as strictly linked to a certain difficulty to tackle the crisis in the Member State by referring exclusively to the political procedure provided by the “preventive mechanism” of Art. 7 TEU. In order to become effective, this latter provision would require an active participation of the Council, which, even before determining the existence of a “*clear risk of a serious breach*” of the values enshrined in Art. 2 TEU, acting by a majority of four fifths of its members, could possibly address to the Member State recommendations on how to tackle this complex situation. In that context, the current Poland's rule of law crisis has highlighted the main risk lying in an exclusive use of the Art. 7 procedure: indeed, its prominently political nature may cause this provision to be “dormant”, i.e. difficult to function, due to a certain political unwillingness, both of the Commission to call on the Council to determinate a values breach, and of the Council, encouraged by the Commission through the Reasoned Proposal, to actively cooperate to determine the situation of risk in the State. As far as Poland is concerned, the Council has not already established the existence of such a risk of breach of EU values in the country. At the same time, the Commission has not been ready to reconsider its Reasoned Proposal, as it had promised to Polish authorities, would they implemented the recommended actions adopted by the institution.

Hence, in a situation of lack of effectiveness witnessed by the sole use of the political instruments provided for by the Treaties, a wide series of proposals on how to deal with a similar crisis have been already formulated. In that context, the pro-active role played by the Court of Justice with respect to EU values enforcement in Poland, in complementarity with the pure political procedure, already provided for by Art. 7 TEU, is increasingly documented.

In this regard, it is particularly worth underlining that a substantial role granted to the CJEU as regards controlling the Member States' compliance with fundamental rights had already been imagined and set up by the so-called “*Spinelli Project*” of

1984⁴⁵. Indeed, pursuant to the procedure provided for by Art. 44 of the Draft Treaty Establishing the European Union⁴⁶, which focused on the possibility to adopt “*penalties*” against a Member State found in breach of fundamental values, the establishment of a “*serious and persistent violation of democratic principles or fundamental rights*” by a Member State is made by the Court of Justice, instead of the Council.

In conclusion, this brief analysis argues that it would be the Court itself the most interested institution in resolving rule of law crises characterised by a continuing deterioration of the national justice system, as the Poland’s case shows. As is well known, the EU legal system is founded on a decentralised system of justice where national courts appear as key interlocutors and the primary venue for the assertion of EU rights. Accordingly, their cooperation is of utmost and essential importance not only for the activation of the preliminary reference dialogue and the enforcement of the CJEU’s rulings, but also, more in general, for the effective application of EU law in national proceedings. As the Commissioner Vera Jourová has recently declared speaking about the subject of the rule of law within the EU: “*if one national system of judiciary is broken, the entire EU system is broken. The judicial system in the EU is like a chain of Christmas lights. When one lights goes off, others don’t light up and the chain is dark*”⁴⁷.

⁴⁵ For a more in-depth analysis of the “*Spinelli Project*”, see R. MASTROIANNI, *Le riforme sul funzionamento dell’Unione Europea dal “Progetto Spinelli” del 1984 al Trattato di Lisbona: dall’utopia alla realtà*, available online at www.europarl.europa.eu.

⁴⁶ Art. 44, entitled “*Sanctions*”, established that “*In the case provided for in Article 4(4) of this Treaty, and in every other case of serious and persistent violation by a Member State of the provisions of this Treaty, established by the Court of justice at the request of the Parliament or the Commission, the European Council may, after hearing the Member State concerned and with the approval of the Parliament, take measures [...]*”.

⁴⁷ V. YUROVA, *Speech at the High Level Seminar: Finland 100 Years – Finnish and European perspective of the Rule of Law*, 31 October 2017, available online at www.ec.europa.eu.

AUSTERITÀ E DIRITTI FONDAMENTALI: OSSERVAZIONI A MARGINE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA UE*

PAOLO FERNANDES

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il “diritto europeo della crisi”: le operazioni di *bailout*. – 3. La recente giurisprudenza della Corte di giustizia: profili innovativi. – 3.1. La Corte riconosce la responsabilità delle istituzioni: *Ledra*. – 3.2. La Corte definisce la natura dei *Memorandum d’intesa*: *Florescu*. – 3.3. La Corte ammette implicitamente l’applicabilità della Carta: *ASJP*. – 4. La Corte rigetta i ricorsi: questioni irrisolte. – 5. *Chrysostomides e Bourdouvali*: il Tribunale riempie i vuoti di *Ledra*? – 6. Conclusioni.

Abstract: Euro Crisis Law has raised issues of legality that are still broadly unsolved. The overcoming of the emergency has, however, pushed towards an apparent “normalization”, witnessed by the recent judgements of the Court of Justice of the European Union and of the General Court. Retracing the rulings which have characterized this new trend, the paper wants to show how the formal tendency of the CJEU to bring Euro Crisis Law back in line with EU Law cannot be considered as granting an adequate substantial protection of fundamental rights.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

Quando, ad ormai oltre dieci anni da oggi, la crisi economica colpì l'Unione europea, emersero due lacune strutturali: l'asimmetria tra una politica monetaria centralizzata e una politica economica decentrata; l'assenza di un prestatore di ultima istanza¹. La risposta che ne seguì fu orientata lungo una duplice direttrice: da un lato, il rafforzamento della *governance* economica, mediante il ricorso a strumenti interni all'ordinamento UE, affiancati da accordi internazionali; dall'altro, per soccorrere la Grecia, gli Stati organizzarono un insieme di prestiti bilaterali coordinato dalla Commissione europea². L'esigenza di individuare una soluzione permanente per intervenire in favore dei Paesi in seria difficoltà portò, successivamente, alla creazione del Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF) e del Fondo Europeo per la Stabilità Finanziaria (FESF)³, sostituiti, nel 2012, dal Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)⁴.

Obiettivo principale di questo scritto è dimostrare che – a partire dal 2016 – i giudici si sono impegnati in un'attività di formale “ritorno alla legalità” del diritto europeo della crisi, cui tuttavia non ha fatto seguito una sostanziale estensione delle possibilità di tutela per i privati danneggiati dagli stessi salvataggi. Saranno, dunque, presi in esame i profili di novità e le questioni irrisolte delle sentenze rese dalla Corte nelle cause

¹ Il riferimento è alla mancanza di un c.d. *lender of last resort* per i Paesi la cui moneta è l'Euro.

² Il fondamento giuridico del salvataggio della Grecia del 2010 sono due accordi, il *Loan Facility Agreement*, sottoscritto dal governo greco con la Commissione Europea, e l'*Intercreditor Agreement*, concluso dai Paesi Membri dell'Eurozona. Entrambi sono stati firmati l'8 maggio ed entrati in vigore l'11 maggio 2010.

³ La creazione del MESF è avvenuta con il Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio dell'11 maggio 2010. Ciò lo rende pienamente inscrivibile nel perimetro del diritto dell'Unione. Il FESF è invece una società di diritto privato lussemburghese, costituita mediante un accordo intergovernativo denominato *Framework agreement* (2010). Azionisti del FESF sono gli Stati membri la cui moneta è l'Euro. Le risorse del fondo non sono parte del bilancio dell'Unione ma sono raccolte attraverso l'emissione di titoli garantiti dagli stati firmatari, ciascuno proporzionalmente alla propria partecipazione al capitale della BCE.

⁴ Istituito con un apposito trattato internazionale concluso in seguito all'inserimento del par. 3 nell'art. 136 TFUE.

*Ledra*⁵, *Florescu*⁶ ed *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁷ (d'ora in avanti *ASJP*), e delle pronunce del Tribunale nei giudizi *Chrysostomides*⁸ e *Bourdouvali*⁹.

2. Il “diritto europeo della crisi”: le operazioni di *bailout*

Le operazioni di salvataggio si collocano tra l'ordinamento UE e quello internazionale¹⁰, in uno spazio caratterizzato da una perdurante ambiguità¹¹ in cui le istituzioni europee sovente cooperano – al di fuori del perimetro dell'Unione – con attori internazionali¹². Pur non essendo agevole operare una rigida classificazione dei salvataggi condotti nel corso della crisi, resta comunque possibile distinguere gli interventi con un coinvolgimento diretto dell'Unione (MESF), da quelli, largamente dominanti, portati avanti con strumenti esterni all'ordinamento europeo (FESF e MES)¹³.

Il tratto caratteristico di tutti i *bailout* è rappresentato dalle cosiddette condizionalità¹⁴, le misure cui lo Stato beneficiario è

⁵ C. giust. UE, 20 settembre 2016, *Ledra e a.*, in cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P.

⁶ C. giust. UE, 13 giugno 2017, *Florescu e a.*, C-258/14.

⁷ C. giust. UE, 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16.

⁸ Trib. UE, 13 luglio 2018, *K. Chrysostomides & Co. e a.*, T-680/13.

⁹ Trib. UE, 13 luglio 2018, *Bourdouvali e a.*, T-786/14.

¹⁰ Su tutti, si veda: B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis. Causes and Consequences*, in *ARENA Working Paper*, 4/2013.

¹¹ Per Kilpatrick si tratta di “*challenges of liminal legality*”. Così C. KILPATRICK, *The Eu and its sovereign debt programmes: the challenges of liminal legality*, in *EUI Working Papers*, 2017/14.

¹² Il riferimento è al ruolo svolto dalla Commissione e dalla BCE nell'ambito delle negoziazioni delle condizionalità allegate alle operazioni di salvataggio. Cfr. art. 13 del Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità.

¹³ Discorso a parte merita il salvataggio della Romania, integralmente effettuato nel quadro del diritto dell'Unione. Esso, pur riguardando uno Stato non appartenente all'Eurozona, ha costituito infatti l'occasione per la Corte di Giustizia di rendere una delle più innovative pronunce in materia di misure di austerità (*Florescu*). Sul punto vedi *infra*.

¹⁴ Sul ruolo delle condizionalità si veda F. COSTAMAGNA, *Saving Europe under strict conditionality: a threat for EU social dimension?*, in *Centro Einaudi – Comparative Politics and Public Philosophy Lab, working paper LPF*, 7/2012; A. POULOU, *Financial assistance conditionality and human rights*

tenuto a dare attuazione al fine di ottenere assistenza e che costituiscono il *primum movens* da cui promanano gli atti di diritto interno potenzialmente lesivi dei diritti fondamentali¹⁵.

La fonte che, generalmente, contiene le suddette condizionalità è il *Memorandum d'Intesa*, un atto la cui natura giuridica costituisce tutt'ora oggetto di acceso dibattito in dottrina¹⁶, e che è negoziato con lo Stato beneficiario dell'assistenza finanziaria dalla Commissione in *liaison* con la Banca Centrale Europea (BCE). Indipendentemente dal soggetto che conduca il *bailout*, sia esso appartenente all'ordinamento internazionale o a quello dell'Unione, tanto la Commissione quanto la BCE svolgono un ruolo attivo nella definizione delle politiche di austerità, nonostante lo Stato si impegni formalmente con il proprio futuro creditore (che ha effettuato il salvataggio) e non già con tali istituzioni europee¹⁷. In entrambe le tipologie di interventi è, comunque, possibile individuare un atto dell'Unione che riproduca – quantomeno parzialmente – le condizionalità. Per i salvataggi successivi all'entrata in vigore del c.d. *Two Pack*, tale atto è il “programma di aggiustamento macroeconomico” (PAM), che assume la forma di una decisione del Consiglio; per quanto, invece, concerne le operazioni precedenti occorre fare riferimento alla decisione che lo stesso Consiglio adotta nel

protection: What is the role of the EU Charter of Fundamental Rights?, in *Common Market Law Review*, 54/2017, p. 992.

¹⁵ Sull'esigenza di individuare adeguati strumenti di tutela avverso gli atti adottati nel quadro dei salvataggi si veda: A. FISCHER LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy: The EU Institutions and the Conclusion of Memoranda of Understanding*, ZERP, 2014, pp. 21-30. Si veda anche R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2013, par. 7; A. VITERBO - F. COSTAMAGNA, *L'impatto sociale della politica di condizionalità nel contesto della crisi dell'euro in Gestione internazionale delle emergenze globali. Regole e valori*, Napoli, 2013, pp. 167 ss.

¹⁶ Per un'accurata ricostruzione del dibattito dottrinale sulla natura giuridica del *Memorandum*: A. FISCHER LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy*, cit. Più in generale, un'ampia panoramica sulle problematiche relative agli atti adottati nei *bailout* è offerta da C. KILPATRICK, *On the rule of law and economic emergency: the degradation of basic legal values in Europe's bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, May 2015, pp. 9-15 e *id.*, *Are the Bailouts immune to Eu social challenge because they are not EU law*, in *European Constitutional Law Review*, December 2015, pp. 399 ss.

¹⁷ Art. 13 Trattato istitutivo MES.

quadro della procedura per i disavanzi eccessivi ai sensi degli artt. 126, paragrafi 6 e 9, e 136 TFUE.

Per lungo tempo, due sono state le strade percorse¹⁸ per contestare le condizionalità: il ricorso di annullamento e il rinvio pregiudiziale di interpretazione¹⁹. Con l'ordinanza *ADEDY*²⁰, nel contesto del primo salvataggio greco, il Tribunale si è, tuttavia, astenuto dal sindacare il contenuto della decisione adottata dal Consiglio nella procedura per i disavanzi eccessivi, limitandosi a rilevare come non fossero soddisfatti i presupposti relativi alla legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati ai sensi dell'art. 263 TFUE. Quanto alla strada percorsa dai giudici portoghesi, quella dell'art. 267 TFUE, per tre volte²¹ i tribunali di primo grado lusitani hanno presentato richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, relative all'interpretazione

¹⁸ L'analisi è incentrata sulla giurisprudenza del Tribunale e della Corte di Giustizia. Innumerevoli, tuttavia, sono stati i ricorsi presentanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (C. eur. dir. uomo), che ha confermato la legittimità degli atti adottati a livello nazionale nelle cause *Koufaki e ADEDY c. Grecia* (7 maggio 2013, in cause 57665/12 e 57657/12), *Da Conceicao Mateus e Sanos Januario c. Portogallo* (8 ottobre 2013, in cause 62235/12 e 57725/12). Esito analogo a quello della sentenza *Ledra* è invece riscontrabile nella decisione della Corte EDU *Mamatas c. Grecia* (21 luglio 2016, in cause 63066/14, 64297/14 e 66106/14), in cui viene esclusa la lesione del diritto alla proprietà asseritamente determinata ai ricorrenti dalla ristrutturazione del debito greco. Per un approfondito esame della giurisprudenza della Corte EDU fino al 2016 si veda, *ex multis*: A. NANNERY, *The Conscience of Europe in The European Sovereign Debt Crisis. An analysis of the judgements of the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights on Austerity Measures*, 2015, pp. 30 ss. Sulla sentenza *Mamatas* si veda A. VITERBO, *La ristrutturazione del debito sovrano Greco allo scrutinio della Corte Europea dei Diritti Umani: nessuna tutela per i piccoli investitori*, in *Diritti Umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 294-300. Per una panoramica sull'intera giurisprudenza convenzionale in materia di austerità si veda il documento stampa della Corte EDU reperibile *online*, www.echr.coe.int.

¹⁹ Più nel dettaglio, i rinvii pregiudiziali erano volti a chiarire se talune disposizioni della Carta, come interpretate dalla Corte di Giustizia, consentissero l'adozione di atti del tenore di quelli emanati dagli Stati in esecuzione degli obblighi assunti nel quadro di un *bailout*. Sul punto cfr. *infra*, p. 4.

²⁰ Trib. UE, 27 novembre 2012, *ADEDY e a.*, T-541/10.

²¹ C. giust. UE, 7 marzo 2013, *Sindicato dos Bancarios do Norte*, C-128/12; 26 giugno 2014, *Sindicato Nacionais dos Profissionais de Seguros*, C-264/12; 21 ottobre 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros*, C-665/13.

degli artt. 20, 21 e 31²² della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, al fine di accertare se questi ultimi consentissero l'adozione di norme quali quelle introdotte nelle leggi di bilancio degli anni 2011 e 2012. In ciascuno dei rinvii, tuttavia, la Corte ha negato la propria competenza, ritenendo che non fosse individuabile un sufficiente collegamento delle questioni interne con il diritto dell'Unione ed astenendosi dal rendere una pronuncia sul merito²³.

Alla luce delle suddette decisioni giurisprudenziali in materia di austerità, sia il ricorso di annullamento che il rinvio pregiudiziale apparivano, dunque, strade difficilmente percorribili. Se, tuttavia, le difficoltà connesse all'esperimento dell'azione ai sensi dell'art. 263 TFUE non sembravano risolvibili²⁴, nel rinvio pregiudiziale, al contrario, la mancata individuazione di un sufficiente collegamento con il diritto UE²⁵ avrebbe potuto essere superata con un quesito formulato con maggiore precisione dal giudice *a quo*²⁶.

²² Principio di uguaglianza davanti alla legge (art. 20), di non discriminazione (art. 21) e diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31).

²³ Così A. POULOU, *Financial assistance conditionality*, cit., p. 993.

²⁴ Le difficoltà insite nel ricorso di cui all'art. 263 TFUE attengono sia alla disciplina della legittimazione ad agire, molto stringente per quanto riguarda i ricorrenti non privilegiati, sia alla complessa rinvenibilità, nei *bailout* esterni all'Unione, di atti assoggettabili a tale sindacato. Per una accurata descrizione del ricorso di annullamento si veda P. CRAIG - G. DE BURCA, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, V ediz., pp. 486-510. Sui rapporti tra art. 263 TFUE e diritto europeo della crisi si veda: F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice and the Demise of the Rule of Law in the Eu Economic Governance: The case of Social Rights*, in *Carlo Alberto Notebooks*, 2016/487, pp. 13-15.

²⁵ Alcuni autori in dottrina hanno criticato le scelte della Corte sui rinvii pregiudiziali portoghesi. Così: F. PEREIRA COUTINHO, *Austerity on the loose in Portugal: European judicial restraint in times of crisis*, in *Perspectives on Federalism*, 2016, p. 123; R. CISOTTA - D. GALLO, *The impact of the Troika's austerity measures on the Portuguese labour law system: a general assessment of the scope of social sovereignty in the light of the Constitutional Tribunal Case Law*, in *European Journal of Social Law*, 2014, pp. 107-108. Per Hinarejos, l'approccio della Corte è stato caratterizzato da un marcato *self restraint*, A. HINAREJOS, *The Euro Area Crisis in Constitutional Perspective*, 2015, pp. 135-136.

²⁶ C. KILPATRICK, cit. Di debolezza nelle formulazioni dei rinvii parla G. FONTANA, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in *Working Papers C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 2014/114, p. 11.

3. La recente giurisprudenza della Corte – profili innovativi

Le sentenze con le quali la Corte, il 20 settembre 2016, compie il primo passo verso il ripristino della legalità nel diritto europeo della crisi, sono due: *Mallis*²⁷ e *Ledra*. Cronologicamente parallele, le due decisioni sono tuttavia divergenti nella sostanza. Se da un lato, infatti, *Mallis* riconferma l'inidoneità del ricorso *ex art.* 263 a contestare le misure di austerità (stante la non giustiziabilità della dichiarazione dell'Eurogruppo impugnata)²⁸, dall'altro *Ledra* presenta profili di assoluta novità (che saranno esaminati *infra*, §2.1). Essa è infatti, insieme alle successive *Florescu* ed *ASJP*, espressione dello sforzo di riportare il diritto della crisi nei ranghi del diritto dell'Unione.

All'origine della “nuova giurisprudenza” dei giudici di Lussemburgo si collocano rispettivamente i *bailout* cipriota, portoghese e romeno, i quali, idealmente, possono essere considerati l'archetipo delle tre diverse tipologie di interventi di salvataggio: esclusivamente internazionale quello di Cipro (condotto dal MES); di natura ibrida²⁹ quello del Portogallo (gestito dal MESF e dal FESF); esterno all'Eurozona e del tutto rientrante nel perimetro del diritto UE quello romeno (effettuato ai sensi dell'art. 143 del TFUE³⁰). Triplice è, altresì, la direttrice lungo cui corre l'intervento della Corte: responsabilità delle istituzioni, qualificazione dei *Memorandum* e riconducibilità al diritto dell'Unione delle misure di austerità adottate a livello

²⁷ C. giust. UE, 20 settembre 2016, *Mallis e Malli*, in cause riunite da C-105/15 P a C-109/15 P.

²⁸ Per la Corte, in *Mallis*, la dichiarazione dell'Eurogruppo è un atto puramente informativo e dunque non impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE.

²⁹ Di natura ibrida, prevalentemente internazionale, parlano R. CISOTTA - D. GALLO, *Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di austerità ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei* in *Dir. umani e Dir. intern.*, 2013/7, pp. 465-466.

³⁰ L'art. 143 TFUE prevede che, in caso di difficoltà o di grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro con deroga, la Commissione possa adottare una raccomandazione indirizzata al Consiglio, affinché questo accordi assistenza allo Stato membro.

nazionale. Più nel dettaglio, è *Ledra* a superare l'“impunità”³¹ della Commissione; a *Florescu*, invece, va dato il merito di fare chiarezza sulla natura giuridica dei *Memorandum* e, insieme ad *ASJP*, sulla possibilità di considerare “attuazione del diritto dell'UE”, nel senso dell'art. 51 della Carta³², le misure adottate dagli Stati in esecuzione delle condizionalità.

3.1. La Corte riconosce la responsabilità delle istituzioni: *Ledra*

La domanda proposta dai ricorrenti in *Ledra* ha ad oggetto l'annullamento del *Memorandum* d'intesa negoziato dalla Commissione con le autorità cipriote ed una richiesta di risarcimento danni per responsabilità extracontrattuale dell'Unione³³. La scelta di quest'ultimo rimedio è la dimostrazione di come, in materia di austerità, sia estremamente travagliata la ricerca di tutela giurisdizionale³⁴.

Tale azione, infatti, è esposta ad un elevato rischio di insuccesso, attesa la rigidità delle condizioni per il suo fruttuoso esperimento³⁵ e la ritrosia mostrata della Corte nell'accoglierla³⁶.

³¹ È impunità per P. DERMINE, *The End of Impunity? The Legal Duties of 'Borrowed' EU Institutions under the European Stability Mechanism Framework*, in *European Constitutional Law Review*, 13, 2017. Così anche G. BRONZINI, *Corte di Giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerità?*, in *Riv. dir. lav.*, 2017/1, pp. 220 ss.; I. GLINAVOS, *CJEU opens door to legal challenges to Euro Rescue measures in key decision*, in *Verfassungsblog*, 2017.

³² Ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima si applicano agli Stati “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. Occorre, dunque, verificare se le misure nazionali adottate in esecuzione dei *Memorandum* possano considerarsi attuazione del diritto UE, per stabilire se gli Stati – nell'adottarle – siano o meno vincolati al rispetto della Carta.

³³ Cfr. artt. 268 e 340, paragrafi 2-3, TFUE.

³⁴ In generale, sul ruolo della Corte nella tutela dei diritti Sociali si veda, tra gli altri K. LENAERTS - J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The European Court of Justice as the Guardian of the Rule of EU Social Law*, Cambridge, 2017, pp. 407-432.

³⁵ *Ledra*, punto 64.

³⁶ In questo senso A. HINAREJOS, *Bailouts, borrowed institutions and judicial review: Ledra advertising*, in *EU Law Analysis*, 2017; D. SARMIENTO, *The price of borrowing EU institutions and the price of being borrowed – a short comment on Ledra Advertising*, in *Despite our Differences*, 2017; F. MUNARI, *La Corte di giustizia e i nuovi soggetti istituiti nel quadro dell'Unione economica e monetaria*, in AA.VV. *Liber Amicorum Antonio Tizzano: De la*

Nonostante ciò, dopo aver escluso la proponibilità di un ricorso di annullamento, in ragione della non qualificabilità del *Memorandum* come atto dell'Unione³⁷, è proprio nel presupposto del “comportamento illecito delle istituzioni”, necessario per poter ottenere una condanna al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 340, par. 2, TFUE, che i giudici rinviengono il grimaldello per aprire le porte ad una responsabilità della Commissione. La Grande Sezione riprende così il discorso della sentenza *Pringle*³⁸, con la quale aveva confermato la legittimità della costituzione del Meccanismo Europeo di Stabilità³⁹, e lo fa partendo dall'assunto che l'attività della Commissione e della BCE nell'ambito del Trattato MES non implica un autonomo potere decisionale e vincola esclusivamente il meccanismo stesso⁴⁰. Da ciò, tuttavia, fa discendere solo la citata impossibilità di impugnare – *ex art. 263* – gli atti dalle istituzioni adottati in nome e per conto del MES, ma non il divieto di attribuire alle

Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne, Torino, 2018, p. 664.

³⁷ Sulla qualificazione dei *Memorandum in Ledra* si veda ampiamente: M. HASLER, *The Legal Classification of ESM-MoUs in the Ledra Decision: at Odds with the Union Principle of the Rule of Law?* in MCEL *Master Working Paper* 2018/5, pp. 25 ss.

³⁸ C. giust. UE, 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12.

³⁹ Con la sentenza *Pringle* la Corte ha ritenuto legittimo il ricorso alla procedura semplificata di riforma dei Trattati per modificare l'art.136 TFUE. Inoltre, essa ha considerato compatibile il MES con la clausola di non salvataggio, di cui all'art. 125 TFUE, dichiarando altresì ammissibile l'attività svolta dalle istituzioni europee per conto del Meccanismo. Per un'analisi della sentenza si vedano, tra gli altri: P. CRAIG, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Articles by Maurer Faculty*, paper 2123, 2013, §4; F. AMTENBRINK, *Legal Developments in JCMS*, 2013, pp. 139-154; S. ADAM and F.J.M. PARRAS, *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle*, in *European Law Review*, 2013, p. 856; B. DE WITTE - T. BEUKERS, *The Court of Justice approves the creation of the European Stability Mechanism outside the EU legal order: Pringle*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 831. Per una panoramica della giurisprudenza nazionale sul MES si veda: J. REESTMAN, *Legitimacy through Adjudication: The ESM Treaty and the Fiscal Compact before the National Courts* in T. BEUKERS - B. DE WITTE - C. KILPATRICK (a cura di), *Constitutional Change through Euro-Crisis Law*, 2017, Cambridge, pp. 243-278.

⁴⁰ *Ledra*, punto 53.

stesse un comportamento illecito che giustifichi una responsabilità extracontrattuale dell'Unione⁴¹.

Se in *Pringle*, infatti, la Corte aveva evidenziato come le attribuzioni delle istituzioni europee non fossero snaturate dai compiti loro conferiti dal Trattato MES⁴², ciò essa ribadisce in *Ledra*, sottolineando che la Commissione è vincolata a “vigilare sull'applicazione del diritto dell'Unione” dall'art. 17 del TUE e, al contempo, debba “*monitorare la compatibilità con il diritto dell'Unione dei protocolli d'intesa [...]*” ai sensi dell'art. 13 del Trattato MES⁴³, restando, in sostanza il guardiano dei trattati europei anche quando negozia i *Memorandum* per conto del Meccanismo⁴⁴. Fermo tale suo ruolo, la Commissione è – secondo la Corte – altresì vincolata al rispetto della Carta dei diritti fondamentali. L'art. 51, par. 1, infatti, non pone il limite dell'attuazione del diritto dell'Unione quando disciplina l'operatività della Carta nei confronti delle istituzioni⁴⁵, restando indifferente anche alla circostanza che queste operino per conto di altri soggetti⁴⁶.

Da tali affermazioni la Corte fa discendere l'obbligo, in capo alla Commissione, di negoziare *Memorandum* che siano rispettosi del diritto UE⁴⁷. Un obbligo, questo, che per parte della dottrina avrebbe una dimensione dinamica, permanendo durante tutta la durata del programma di aggiustamento economico, ed

⁴¹ *Ibid.*, punto 55.

⁴² *Ibid.*, punto 56. *Pringle*, punto 162.

⁴³ *Ledra*, punti 57 e 58.

⁴⁴ Si vedano O. DE SCHUTTER - P. DERMINE, *The two constitutions of Europe: integrating social rights in the new economic architecture of the Union*, in *CRIDHO Working Paper*, 2016/2, p. 24.

⁴⁵ In questo senso *Ledra.*, punto 67. Sulla circostanza che la Carta venga elevata a parametro per giudicare l'operato dell'Unione nel diritto della crisi si vedano G. BRONZINI, cit.; S. VEZZANI, *Sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione Europea per violazione della Carta dei diritti fondamentali, riflessioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia nel caso Ledra Advertising*, in *Riv. dir. intern.*, 2017.

⁴⁶ Per la Corte, in sostanza, è irrilevante che la Commissione negozi i *Memorandum* in nome e per conto del MES: in ogni caso, infatti, essa è tenuta a rispettare la Carta. E ciò atteso che il già citato art. 51, par. 1, afferma che “*le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni [...]*”, senza, dunque, operare distinzioni a seconda delle funzioni da queste esercitate nel caso concreto.

⁴⁷ *Ibid.* punto 67.

estendendosi fino ad imporre modifiche al *Memorandum* anche in seguito a sentenze della Corte che riguardino altri atti riproduttivi delle condizionalità⁴⁸.

Ma qual è la natura giuridica di tali *Memorandum*? In che rapporto si pongono con gli atti adottati a livello nazionale? La risposta a questi interrogativi arriva pochi mesi dopo *Ledra*, con la sentenza *Florescu*.

3.2. La Corte definisce la natura dei *Memorandum* d'intesa: *Florescu*

Il salvataggio romeno – come già chiarito⁴⁹ – presenta minori complessità rispetto agli altri interventi. Chiamati a decidere sulla sospensione di alcuni atti amministrativi attuativi della legge che introduceva il divieto di cumulo tra pensioni e retribuzioni da altra attività, i giudici nazionali avevano ritenuto di dover chiedere se, *inter alia*, il *Memorandum* d'intesa potesse essere considerato un atto con “valore giuridico” ai sensi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e quindi sottoponibile all'interpretazione della stessa; e – in caso affermativo – se esso potesse essere interpretato quale suscettibile di imporre l'adozione di una legge come quella alla base del giudizio *a quo*⁵⁰. Con la risposta alla prima questione, i giudici di Lussemburgo rilevano che il *Memorandum*, concluso tra l'Unione, rappresentata dalla Commissione, e la Romania, ha fondamento giuridico nell'art. 143 del TFUE ed è anche disciplinato dal regolamento n. 332/2002⁵¹. Inoltre, evidenziano che esso rappresenta la “concretizzazione di un impegno [...] su

⁴⁸ In questo senso Dermine e Markakis, per i quali una simile interpretazione consentirebbe di estendere sensibilmente la portata della sentenza *Ledra*. In un salvataggio condotto all'esterno dell'ordinamento dell'Unione, dove è dunque necessario impugnare atti diversi dai *Memorandum*, la Commissione sarebbe infatti tenuta a negoziare modifiche al *Memorandum* per adeguarlo alle pronunce rese dalla Corte relativamente a tali altri atti. Così M. MARKAKIS - P. DERMINE, *Bailouts, the legal status of Memoranda of Understanding, and the scope of application of the EU Charter: Florescu*, in *Common Market Law Review*, 55(2), pp. 653 ss.

⁴⁹ Cfr. *supra*, p.5.

⁵⁰ V. *Florescu*, punto 28.

⁵¹ *Ibid.*, punti 31 e 32.

*un programma economico negoziato fra tali parti*⁵² e costituisce un atto adottato da un'istituzione dell'Unione⁵³. Conseguentemente, essi giudici ne deducono la sottoponibilità ad interpretazione della Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE⁵⁴. La portata di tale affermazione, tuttavia, è drasticamente ridotta dalla circostanza che il *bailout* romeno è stato condotto integralmente nel perimetro sovranazionale, elemento, questo, che la rende sostanzialmente irrilevante nel quadro dei salvataggi effettuati da soggetti di diritto internazionale⁵⁵, potendo al più considerarsi significativa in un contesto ibrido, come quello portoghese.

Importanza maggiore, invece, va attribuita alla statuizione della Corte sulla vincolatività del *Memorandum*. Al fine di determinare se esso imponga o meno l'adozione di una normativa nazionale quale quella alla base del giudizio *a quo*, la Grande Sezione ne prende nuovamente in esame il contenuto, rilevando come esso non soltanto contenga l'assunzione di un impegno da parte della Romania, ma subordini anche l'esborso delle diverse *tranche* di aiuti all'adempimento degli impegni assunti dal governo romeno, ferma la libertà di quest'ultimo di individuare – nel rispetto dei criteri indicati – lo strumento interno maggiormente adeguato⁵⁶. Per la Corte, dunque, il *Memorandum* ha “carattere vincolante”⁵⁷, ma non impone specificamente una normativa nazionale quale quella romena. Tuttavia, come rilevato da attenta dottrina⁵⁸, nelle diverse traduzioni ufficiali, l'aggettivo “vincolante” assume tonalità più opache: per l'inglese, infatti, esso è *mandatory*, mentre per il francese ha *caractère contraignant*. La differenza tra le varie definizioni è sfumata, ma l'impressione è che la Corte abbia

⁵² *Ibid.* punto 34.

⁵³ *Ibid.*, punto 35.

⁵⁴ *Ibid.*, punto 36.

⁵⁵ Così anche R. REPASI, *Court of Justice Judicial protection against austerity measures in the euro area: Ledra and Mallis*, in *Common Market Law Review*, 54/2017, p. 1141.

⁵⁶ *Ibid.*, punti 37-39.

⁵⁷ *Ibid.*, punto 41.

⁵⁸ Il rilievo è di M. MARKAKIS, P. DERMINE, cit.

mantenuto quell'approccio prudente e deferente⁵⁹ che aveva a lungo caratterizzato la giurisprudenza in materia di austerità.

Vincolante o *mandatory* che si consideri il *Memorandum*, ad ogni modo, la Grande Sezione afferma che – pur residuando un ampio margine di discrezionalità in capo allo Stato beneficiario dell'assistenza – le misure adottate a livello nazionale possono considerarsi attuazione delle condizionalità consacrate nel *Memorandum* stesso e dunque attuazione del diritto dell'Unione nel senso dell'art. 51, par. 1, della Carta⁶⁰, legittimando così l'applicazione di quest'ultima allo Stato⁶¹. Ancora una volta, si sottolinea, una simile affermazione è resa possibile in larga parte dalla natura “europea” del *bailout* romeno. Ciononostante, la sua portata è notevole, ancor più se letta in combinato disposto con *Ledra*, in quanto estende ulteriormente l'operatività della Carta nel campo delle misure di austerità. *Florescu* ha, così, contribuito a rafforzare le aspettative intorno alla sentenza *ASJP*. Anch'essa, infatti, riguardava un rinvio pregiudiziale, ed anch'essa trovava il proprio fondamento in un Paese (il Portogallo) dove il salvataggio è stato co-condotto dall'Unione. La natura ibrida dell'intervento portoghese la rendeva un'occasione per la Corte di far evolvere la “dottrina *Florescu*”, nella direzione di una sua applicabilità anche ai *bailout* condotti da FESF e MES. La risposta della Grande Sezione del febbraio 2018, tuttavia, ha solo in parte soddisfatto le attese che si erano create intorno alla sentenza, specialmente dopo le conclusioni dell'Avvocato Generale⁶².

⁵⁹ Di “*judicial self restraint*” parla in generale A. POULOU, *Financial assistance conditionality*, cit., p. 1020.

⁶⁰ *Florescu*, punto 48.

⁶¹ Come afferma la Corte, nel quadro del *bailout* romeno, il *Memorandum* può considerarsi un atto dell'Unione. Ne consegue che gli Stati – nel dare esecuzione alle disposizioni in esso contenute – attuano il diritto UE nel senso dell'art. 51, par. 1, della Carta, e sono dunque vincolati al rispetto di quest'ultima.

⁶² Conclusioni dell'Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard Oe, in causa C-64/16.

3.3. La Corte ammette implicitamente l'applicabilità della Carta: *ASJP*

La questione sollevata dal *Supremo Tribunal Administrativo* del Portogallo ha ad oggetto l'interpretazione degli artt. 19, par. 1, TUE, e 47 della Carta⁶³, e trova origine in una controversia relativa all'applicazione di riduzioni salariali ai magistrati contabili portoghesi, rientranti nel quadro delle condizionalità negoziate dal governo di Lisbona per ottenere l'assistenza finanziaria dal MESF e dal FESF.

Nelle sue conclusioni, l'AG Saugmandsgaard Oe rileva che, contrariamente ai rinvii precedenti⁶⁴, l'incompetenza della Corte non risulta essere manifesta, poiché il giudice *a quo* ha fornito indicazioni maggiormente precise, riconducendo i tagli alle retribuzioni dei giudici ad esigenze di risanamento economico ed indicando, inoltre, quali atti adottati dall'Unione nel *bailout* e nella della procedura per il disavanzo eccessivo siano rilevanti nel caso di specie⁶⁵. Aderendo alla ricostruzione dell'AG Bot in *Florescu*, l'Avvocato Generale danese risolve in senso positivo anche la questione relativa all'applicabilità della Carta. A tal proposito, infatti, non risulterebbe dirimente la sussistenza di un margine di apprezzamento in capo allo Stato membro sulla scelta delle misure da adottare, dovendo piuttosto aversi riguardo al grado di dettaglio e precisione delle stesse disposizioni sovranazionali, che deve essere tale da consentire di considerarle una "normativa di diritto dell'Unione specifica". Alla luce di questo, per Saugmandsgaard Oe è possibile ritenere le misure adottate dal Portogallo una diretta conseguenza delle prescrizioni contenute nella decisione disciplinante la concessione dell'assistenza e tali da costituire attuazione del diritto dell'Unione nel senso dell'art. 51 della Carta, giustificando, così, l'invocabilità dell'art. 47⁶⁶.

⁶³ L'art. 19, par. 1, TUE sancisce il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. L'art. 47 della Carta tutela, invece, il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale.

⁶⁴ Si veda *supra*, n.15.

⁶⁵ Causa C-64/16, conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Oe, punti 21-24.

⁶⁶ *Ibid.*, punti 48-50 e 53.

Diversamente dall'AG, la Corte si focalizza quasi esclusivamente sulla problematica relativa allo stato di diritto⁶⁷, limitandosi ad affermare che il giudice del rinvio ha fornito “*indicazioni sufficienti per consentirle di comprendere i motivi per i quali [esso] chiede un'interpretazione degli artt. 19, par. 1, co. 2, TUE, e 47 della Carta*”⁶⁸, senza tuttavia dichiarare se il caso concreto, e dunque le riforme adottate dal Portogallo nel quadro dell'assistenza finanziaria, costituiscano applicazione del diritto dell'Unione nel senso dell'art. 51 della Carta. Così facendo, la Grande Sezione degrada la questione sulle misure di austerità a mera *occasio* per rendere una pronuncia su un tema più attuale, quale quello della protezione dello stato di diritto (*infra*, §3).

La scelta dei giudici di Lussemburgo di non affrontare apertamente la tematica dell'applicabilità della Carta ai *bailout* condotti dal MES stride, *prima facie*, con quanto la stessa Corte aveva affermato in *Florescu*. Tale contrasto è tuttavia da considerarsi, ad avviso di chi scrive, meramente apparente. Diversamente da quanto accaduto nei precedenti rinvii pregiudiziali, infatti, in *ASJP* non soltanto la Corte non si è dichiarata espressamente incompetente, ma ha fatto anche riferimento allo stesso art. 47 nel corso della sentenza⁶⁹, consentendo *de facto* una ricostruzione in termini di implicita applicabilità della Carta. Ed una tale ricostruzione deve ritenersi ulteriormente supportata da una lettura sistematica della sentenza in esame che, analizzata congiuntamente proprio a *Florescu*, non può non interpretarsi come legittimante l'invocabilità della Carta anche nel caso del salvataggio portoghese, analogamente a quanto accaduto in quello romeno.

4. La Corte rigetta i ricorsi: questioni irrisolte

⁶⁷ Per Lazzerini si è trattato di “ricontestualizzazione” della questione nella cornice dello stato di diritto. N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli «anticorpi» dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 18.

⁶⁸ *ASJP*, punti 21 e 26.

⁶⁹ *Ibid.*, punti 35 e 41.

Ciascuna delle tre sentenze può ritenersi, a modo proprio, innovativa sul piano della tutela giurisdizionale nel diritto europeo della crisi: *Ledra*, nell'affermare la responsabilità della Commissione quando negozia i *Memorandum* per conto del MES; *Florescu* nel definire i *Memorandum*; *ASJP*, nell'aprire tacitamente all'applicabilità della Carta anche nel quadro dei bailout di matrice ibrida. È, dunque, innegabile che le pronunce rese dai giudici di Lussemburgo tra il settembre 2016 ed il febbraio 2018 abbiano dato un segnale di cambiamento. Segnale che, ad una lettura più attenta, sembra in realtà poco significativo. E ciò vale, soprattutto, per le sentenze *Ledra* ed *ASJP*.

Dopo aver stabilito che la Commissione è tenuta a verificare il rispetto del diritto dell'Unione da parte dei *Memorandum* d'intesa, in *Ledra* la Corte è passata ad esaminare il merito della questione, valutando se effettivamente fosse ravvisabile una violazione dell'art. 17 della Carta. Nel farlo, essa ha ritenuto giustificabile la compressione del diritto di proprietà ivi protetto, ricorrendo al disposto dell'art. 52, par. 1, il quale ammette restrizioni ai diritti tutelati nella Carta ove queste soddisfino determinate condizioni⁷⁰. La Grande Sezione ha, così, affermato che l'interferenza con il diritto di proprietà subita dai depositari ciprioti fosse giustificata dal generale interesse alla stabilità macroeconomica perseguito con le misure contestate e che, conseguentemente, nessuna condotta illecita potesse imputarsi alla Commissione⁷¹. Ciò che, tuttavia, la Corte ha ommesso di fare è stato chiarire i termini del bilanciamento operato, servendosi del preminente interesse alla stabilità macroeconomica come una sorta di clausola in bianco suscettibile di giustificare qualsivoglia restrizione. In nessun segmento della sentenza è, infatti, dato

⁷⁰ *Ledra*, punto 70. Tali condizioni sono: che la limitazione sia stabilita dalla legge, che sia rivolta al perseguimento di un obiettivo di interesse generale, che rispetti il principio di proporzionalità e preservi contenuto essenziale del diritto. Per Costamagna, in *Ledra* la Corte ha verificato la sussistenza solo della seconda. Così F. COSTAMAGNA, *The Court of Justice*, cit., p. 21. Poulou ha invece criticato la possibilità di ritenere "legge" il *Memorandum*, in A. POULOU, *The liability of the EU in the ESM framework*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 137.

⁷¹ *Ledra*, punti 71-75.

trovare la motivazione della ritenuta proporzionalità⁷² del sacrificio imposto ai depositari di Cipro rispetto all'obiettivo perseguito, né tantomeno è possibile rinvenire menzione di come – effettivamente – le misure impugnate contribuissero a garantire la predetta stabilità. Ed è proprio attraverso un tale sommario bilanciamento che i giudici di Lussemburgo hanno sterilizzato l'apertura effettuata nella stessa sentenza, precludendo ad una impunità mascherata e rendendo puramente teorica la configurabilità di una responsabilità extracontrattuale. Inevitabilmente, ciò induce a riconsiderare la portata stessa del giudizio: idoneo, di per sé, a riportare formalmente in linea il diritto della crisi con il diritto dell'Unione; assolutamente inadatto a rappresentare una valida alternativa al rinvio pregiudiziale ed al ricorso di annullamento per ottenere giustizia avverso le misure di austerità⁷³. Ed una tale lettura appare ulteriormente avallata dalla sentenza *Sotiropoulou*⁷⁴, con cui il Tribunale ha meramente riprodotto le ellittiche argomentazioni di *Ledra* circa la prevalenza dell'interesse alla stabilità macroeconomica, lasciando nuovamente insoddisfatte le esigenze di tutela dei ricorrenti.

Dove *Ledra* non si spinge, sembra tuttavia arrivare (almeno in parte) *Florescu*. La pronuncia relativa al *bailout* romeno, infatti, offre un bilanciamento di valori ed un sindacato di proporzionalità sulle misure maggiormente articolato, all'interno del quale vengono presi in considerazione tutti gli elementi caratterizzanti il caso concreto, operando una più approfondita ponderazione della compressione dei diritti individuali con il fine

⁷² Sul ruolo della proporzionalità delle limitazioni dei diritti sociali in tempo di crisi si veda, su tutti, C. KILPATRICK, *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry*, in T. BEUKERS - B. DE WITTE - C. KILPATRICK (a cura di), *Op. cit.*, p. 288-291.

⁷³ Della effettiva utilità pratica di *Ledra* dubita R. REPASI, *Court of Justice*, cit., p. 1154. *Contra* De Luca, per il quale la soluzione della Corte è un apprezzabile compromesso, in P. DE LUCA, *Les récents développements de la jurisprudence de la Cour sur le rapport entre le MES et l'architecture institutionnelle de l'Union*, in AA.VV. *Liber Amicorum Antonio Tizzano : De la Cour CECA à la Cour de l'Union : le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 286.

⁷⁴ Trib. UE, 3 maggio 2017, *Sotiropoulou e a.*, T-531/14

perseguito dalle condizionalità⁷⁵. Tralasciando l'ambiguità verbale delle diverse "tonalità di vincolatività" del *Memorandum* che la pronuncia offre nelle differenti traduzioni ufficiali, di cui si è già parlato *supra*, (§2b) sono poche le critiche che possono muoversi a *Florescu*. Dubbi maggiori, invece, emergono con riferimento alla sentenza che di *Florescu* avrebbe potuto rappresentare l'evoluzione naturale: *ASJP*. In *ASJP*, la scelta della Grande Sezione di trattare solo *en passant* la questione relativa all'austerità, risulta infatti in apparente contrasto – o quantomeno in non lineare continuità⁷⁶ – con quanto da essa affermato a proposito del *bailout* romeno. Ed anche a voler accedere ad una interpretazione, quale quella di chi scrive, che ritiene possibile rinvenire tra le righe di *ASJP* una tacita apertura all'operatività della Carta nei salvataggi co-condotti dal MESF, l'atteggiamento della Corte è comunque sintomatico di come la tematica della tutela giurisdizionale avverso le misure di austerità abbia perso di attualità.

Esaurito il *momentum*, i giudici di Lussemburgo sembrano dunque essersi "accontentati"⁷⁷ di un ripristino prettamente formale della legalità e, più precisamente, della completezza della tutela giurisdizionale, trascurando di rendere concretamente praticabili, le alternative da essa teoricamente costruite.

5. *Chrysostomides e Bourdouvali*: il Tribunale riempie i vuoti di *Ledra*?

A due anni di distanza da *Ledra*, il Tribunale dell'Unione torna sul *bailout* cipriota, pronunciandosi su due ricorsi aventi ad oggetto una richiesta di risarcimento danni per responsabilità extracontrattuale. Anche in *Chrysostomides e Bourdouvali* i ricorrenti sono depositari, azionisti e correntisti delle due banche, Laiki e BoC, destinatarie delle misure adottate da Cipro in cambio dell'assistenza finanziaria. Differentemente da *Ledra*, tuttavia, la portata dell'azione è più ampia: da un lato, essa

⁷⁵ *Florescu*, punti 52-59.

⁷⁶ Così M. OVÁDEK, *Has the CJEU just reconfigured the EU constitutional order?*, in *Verfassungsblog*, 2018.

⁷⁷ Critico sull'operato della Corte è anche F. MUNARI, cit., p. 669.

coinvolge anche l'Eurogruppo – la cui condotta avrebbe asseritamente fondato una responsabilità dell'Unione ai sensi dell'art. 340, par. 2, TFUE – dall'altro lamenta violazioni che vanno oltre la Carta, estendendosi anche ai principi di uguaglianza e tutela del legittimo affidamento. Come era lecito presumere, entrambe le sentenze subiscono fortemente l'influenza di *Ledra*, soprattutto per gli esiti delle decisioni di merito. Diversamente da quanto accaduto in *Sotiropoulou*, tuttavia, i giudici non si limitano ad una mera riproduzione delle argomentazioni della Grande Sezione ma rendono due pronunce che – per certi versi – rispondono a molti degli interrogativi sollevati dalla dottrina e rimasti a lungo irrisolti nella giurisprudenza in materia di austerità.

Il primo è la posizione dell'Eurogruppo⁷⁸, riunione informale dei ministri dell'economia dell'Eurozona. Se in *Mallis*⁷⁹, sentenza coeva a *Ledra*, la Corte aveva escluso che esso potesse qualificarsi come un'istituzione ai sensi dell'art. 263 TFUE⁸⁰, per il Tribunale l'azione per la responsabilità extracontrattuale dell'Unione rappresenta invece un terreno differente, attesa la natura di strumento di chiusura che essa riveste nell'ordinamento eurounitario. Questa costituisce infatti un rimedio volto ad “assicurare tutela giurisdizionale effettiva [...] nei confronti di atti e comportamenti [...] i quali non possono formare oggetto di un ricorso di annullamento”⁸¹. Così facendo, i giudici tracciano una linea di demarcazione tra la nozione di istituzione rilevante per il 263 TFUE, e quella relativa al 340, par. 2, TFUE⁸², precisando che ai fini di quest'ultima risulta dirimente

⁷⁸ Sul ruolo dell'Eurogruppo nel diritto europeo della crisi si veda: A. POULOU, *Financial assistance conditionality*, cit., p. 998.

⁷⁹ Critico nei confronti della Corte sul punto è F. MUNARI, cit., p. 667.

⁸⁰ Può, in un certo senso, ritenersi *contra* tale statuizione della Corte Repasi, per il quale la qualificazione dell'Eurogruppo è fortemente influenzata dalla circostanza che in esso siedono gli stessi membri del consiglio dei governatori del MES e di parte del Consiglio ECOFIN. Ove ad una dichiarazione dell'Eurogruppo segua, quasi immediatamente, una decisione del consiglio o una delibera del *board of governors* del MES, allora sarebbe possibile ipotizzare quello che è definito un “*foreshadowing effect*”, per cui anche l'atto promanante dall'Eurogruppo sia suscettibile di impugnazione ai sensi dell'art. 263 TFUE. Si veda R. REPASI, *Court of Justice*, cit., p. 1145.

⁸¹ *Chrysostomides*, punto 110.

⁸² *Ibid.*, punto 111.

la circostanza che l'ente sia stato istituito dai Trattati e contribuisca a realizzare gli scopi dell'Unione⁸³. Il Tribunale ritiene quindi che l'Eurogruppo integri i suddetti requisiti ed afferma che gli atti ed i comportamenti ad esso riferibili possono essere imputati all'Unione e, dunque, fondare una possibile responsabilità extracontrattuale di quest'ultima⁸⁴.

La novità di *Chrysostomides* e *Bourdouvali* non si limita, tuttavia, alla qualificazione dell'Eurogruppo. Ad esse va attribuito anche il merito di aver chiarito il rapporto intercorrente tra le decisioni adottate ai sensi degli artt. 126, paragrafi 6 e 9, e 136 TFUE e le condizionalità allegate alle operazioni di *bailout*, contribuendo così ad orientare la ricerca – nel quadro di un salvataggio puramente internazionale – di atti riferibili all'Unione. La suddetta decisione del Consiglio è unanimemente considerata dalla dottrina⁸⁵ – insieme al PAM – l'unico atto di diritto sovranazionale impugnabile nei *bailout* condotti dal FESF e dal MES. E quanto affermato dal Tribunale ben si concilia con una tale ricostruzione: i giudici, infatti, evidenziano come sia “pratica comune” abbinare “[al]le condizioni alle quali è subordinata l'assistenza che è stata oggetto di un accordo a livello intergovernativo [...] decisioni adottate dal Consiglio sulla base dell'art. 136 TFUE” al fine di “garanti[re] la corrispondenza e la coerenza fra l'ambito di azione intergovernativa e quello dell'Unione”⁸⁶. Proprio la decisione, dunque, viene così riconosciuta quale punto di raccordo tra il diritto sovranazionale e quello internazionale, diventando l'appiglio cui sorreggersi per impugnare le condizionalità allegate ai *bailout* esterni all'Unione⁸⁷.

⁸³ *Ibid.*, punto 112.

⁸⁴ *Ibid.*, punti 113-114.

⁸⁵ *Ex multis*, R. REPASI, *Court of Justice*, cit., p. 1147; F. COSTAMAGNA, *Saving Europe*, cit., p. 14. Sul ruolo del Consiglio nell'implementazione delle misure di austerità si veda anche A. POULOU, *Financial assistance conditionality*, cit., pp. 1000-1001, la quale parla di uno schema dualistico, dove la “spina dorsale” delle misure è contenuta anche nelle decisioni del Consiglio, ma il *Memorandum* è più ampio e dettagliato.

⁸⁶ *Chrysostomides*, punto 190.

⁸⁷ Scettico sull'effettiva utilità di impugnare le decisioni del Consiglio riproduttive dei *Memorandum* è Repasi in R. REPASI, *Court of Justice*, cit., p. 1148.

A fronte di due aperture, ad ogni modo, all'esame del merito segue l'ormai consolidata chiusura sulla effettiva possibilità di ritenere preminente l'esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali a discapito del generale interesse alla stabilità dell'Eurozona. Diversamente da *Ledra*, ma anche dalle successive pronunce, lo scrutinio cui il Tribunale sottopone le misure contestate è estremamente approfondito e non omette di considerare nessuno dei passaggi necessari a vagliare l'effettiva proporzionalità dell'interferenza con i diritti che si assumono lesi. L'esame condotto dai giudici rileva, in primo luogo, che la restrizione del diritto di proprietà è prevista dalla legge. Successivamente, muove ad esaminare la proporzionalità delle misure contestate, l'impatto che esse hanno sulle situazioni giuridiche dei ricorrenti, valutando accuratamente la loro idoneità a realizzare l'obiettivo perseguito, che viene ritenuto non manifestamente irragionevole, così come la loro necessità, senza trascurare neppure un'analisi degli "inconvenienti" da esse causati⁸⁸. Quello che in *Ledra* era stato confinato a due soli punti della sentenza, in *Chrysostomides e Bourdouvali* si estende così per oltre cinquanta paragrafi, a dimostrazione del grado di dettaglio ed elaborazione raggiunto dal bilanciamento svolto dal Tribunale, che motiva diffusamente la propria decisione finale. Una decisione che, se confermata nel giudizio di impugnazione, rappresenterà probabilmente la parola "fine" – per il momento – sulla sindacabilità delle misure di austerità.

6. Conclusioni

In attesa della decisione della Corte sulle impugnazioni di *Chrysostomides e Bourdouvali*, la fotografia del diritto europeo della crisi, sul versante dei *bailout*, a due anni da *Ledra*, è quella di un cantiere frettolosamente aperto ed altrettanto frettolosamente smantellato. Senza dubbio le sentenze dell'ultimo biennio, pur avendo definitivamente sancito la non ammissibilità del ricorso di annullamento, hanno contribuito ad una formale normalizzazione di tutta la materia, con la previsione di differenti rimedi esperibili, quali il rinvio pregiudiziale ed il ricorso per il risarcimento dei danni da responsabilità

⁸⁸*Chrysostomides*, punti 288 ss.

extracontrattuale. Al contempo, tuttavia, le stesse sentenze hanno dato vita ad una giurisprudenza ormai consolidata in termini di prevalenza delle misure di austerità sui diritti fondamentali. Se, infatti, decisioni come *Ledra* prestavano il fianco a critiche relative all'ellitticità delle argomentazioni a sostegno di detta prevalenza, le successive sentenze hanno presentato un grado di approfondimento crescente nello scrutinio di proporzionalità, tale da renderle sempre meno attaccabili e sempre più inclini a "blindare" le misure adottate nel corso della crisi post 2009.

La vera eredità di *Ledra*, *Florescu* e delle altre sentenze potrà così essere apprezzata in modo più consistente solo in caso di futuri ulteriori *bailout*, laddove le istituzioni europee, consapevoli di non essere più *legibus solutae*⁸⁹ come nel quadriennio 2009-2013, saranno, auspicabilmente, portate a negoziare condizionalità meno gravose e maggiormente rispettose dei diritti fondamentali.

⁸⁹ In quanto, comunque, il loro operato è adesso assoggettato allo scrutinio della Corte.

THE SECOND PRELIMINARY REFERENCE OF THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT OVER THE ESCB ACTIVITY: A COMPARISON BETWEEN GAUWEILER AND WIESS CASES*

JACOPO ARRIGONI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Risk of potential losses and principle of proportionality. – 3. Is Art. 123 TFEU violated? – 4. Monetary and economic policy.

Abstract: Over the last four years, a constructive “dialogue” over the activity of the European Central Bank (ECB) involved the European Court of Justice (ECJ) and the German Constitutional Court (GCC), enormously contributing in clarifying certain aspects of the ECB policies but simultaneously leaving undefined some other crucial issues. In *Gauweiler* and *Weiss* cases the ECJ, answering to the preliminary rulings presented by the GCC in 2014 and 2017, gave a crucial contribution in defining the boundaries within which the ECB can fulfill its “constitutional” tasks. Three problematic topics faced by the ECB in *Gauweiler* and *Weiss* have been scrutinized in this paper. First, the risk of potential losses due to the purchases of national bonds by the ECB on the secondary markets, which is strictly related to the application of the principle of proportionality by the ECJ. Second, a scrutiny over the alleged violation of the prohibition of credit facilities in favor of the Member States, contained in art. 123 TFEU, which leads to a broader analysis of the ECB as a lender of last resort. Third, the increased intersection between monetary and economic

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

policies in light of the ECB competences established by the Treaties.

1. Introduction

If the preliminary reference by the German Constitutional Court¹ (GCC) in the *Gauweiler* case² has been defined as a “*truly historic judgment*”³, or even “*the most important historic preliminary reference made thus far by a constitutional court*”⁴, a second⁵ very close preliminary reference by the same court, with another pivotal ECB’s bond-buying program (the PSPP) skeptically analyzed and whose argumentations follow the same juridical logic of the former, is willing to become a milestone in the European Court of Justice (ECJ) interpretation of the monetary – and economic – policy in the EU. Moreover, the ECJ in its Order of 18 October 2017⁶ rejected the request expressed in the referral for an expedited procedure, certifying the sensible and complex nature of the legal issues raised by the GCC and then realizing in *Weiss*⁷ judgment a desirable in-depth analysis of the *Gauweiler* judgment. Three main aspects of the PSPP have been subjected to the verdict of the ECJ: the risk of potential losses taken by the ECB in its purchasing activity; the violation of Art. 123 TFEU, assuming the alleged certainty of the intervention of the ESCB as a type of credit facility; the overlapping of monetary and economic policies viewed as an infringement of the EU competences. These three main aspects

¹ See 2 BvR 2728/13 et al., BVerfGE 134, 366, Order of 14 January 2014, (hereafter “*BVerfG OMT I*”).

² Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler et al.*

³ M. WENDEL, *Exceeding judicial competence in the name of democracy: The German Federal Constitutional Court’s OMT reference*, in *EuConst*, 10/2014, p. 263.

⁴ A. PLIAKOS - G. ANAGNOSTARAS, *Blind date between familiar strangers: The German Constitutional Court goes Luxembourg!*, in *German Law Journal*, 15/2014, p. 369.

⁵ 2 BvR 859/15 et al., Order of 18 July 2017, (hereafter “*BVerfG PSPP*”).

⁶ Available at www.curia.europa.eu.

⁷ Court of justice, judgment of 11 December 2018, case C-493/17, *Weiss et al.*

have been scrutinized both in *Gauweiler* and *Weiss* judgment, albeit the fact that the OMT⁸ and the PSPP⁹ are very diverse instruments of economic policy. Indeed, the first, although it has never been utilized, was a program which envisaged to buy national bonds of those Member States who had subscribed an appropriate European Financial Stability Facility/European Stability Mechanism (EFSF/ESM) program and hence it was conceived as an emergency measure. The second is a massive program of purchases of national bonds, included in the all-encompassing Asset Purchase Programmes (APP) of the ECB, aiming at increasing the monetary base in the Eurozone and at restoring a path towards the targeted inflation rate of 2%. Nevertheless, concerning the arguments treated and the position the ECJ decided to maintain, *Gauweiler* and *Weiss* should be considered as “twins judgments” for many aspects, notwithstanding that in *Weiss* a thorough description of the guarantees of the PSPP seems to prevail at the expense of a broader view of the role of the ECB in the UE started in *Gauweiler*.

2. Risk of potential losses and principle of proportionality

The GCC presents its complaints about the risk of potential losses which could derive from the implementation of the PSPP decision if it became necessary to provide recapitalization for the national central banks through budgetary resources. This specific argument has been already raised by the GCC in its preliminary reference of 14 January 2014 and has been repeated in very similar terms in the preliminary reference of 18 July 2017¹⁰.

The point was obviously treated by the ECJ in *Gauweiler* and hence in *Weiss* judgment and it gives the possibility to compare the cases. The ECJ argues in *Gauweiler* that “*a central bank, such as the ECB, is obliged to take decisions which, like open market operations, inevitably expose it to a risk of losses and that Article 33 of the Protocol on the ESCB and the ECB duly*

⁸ The technical features of the OMT, presented during a press release on 6 of September 2012, can be viewed at www.ecb.europa.eu.

⁹ It is contained in the Decision 2015/774 of the ECB.

¹⁰ Compare *BVerfG PSPP*, para 128 and *BVerfG OMT I*, para 102.

*provides for the way in which the losses of the ECB must be allocated, without specifically delimiting the risks which the Bank may take in order to achieve the objectives of monetary policy*¹¹. Two basic economic concepts are enshrined in the reasoning of the Court. First, it is impossible to take decision without exposing the ESCB to some sort of risk. Second, the Treaties establish the possibility for the ESCB to purchase titles on the secondary markets without specifying a desirable return. Nevertheless, the Court decided not to wide its analysis, preferring to remain strictly anchored to the literal interpretation of the primary law. The Advocate General Villalón, in his Opinion on case C-62/14, made a broader analysis giving a stark and fitting interpretation of the danger due to the risk of losses. The A.G. claimed that “*every transaction on a financial market involves a risk, which is assumed by all the actors taking part in the transaction*”¹² and hence underlined that “*when they intervene in [the sovereign debt] market, the central banks always assume a degree of risk, a risk which was also assumed by the Member States when they decided to create the ECB*”¹³. A bond-buying program can not be separated from the risk described above, and the degree of the danger can not be established by a Court. Furthermore, the A.G. gave a crucial contribution analyzing the risk of loss argument in comparative terms claiming that “*that risk is not, qualitatively, any different from other risks which the ECB may assume at other times in the course of its usual activity*”¹⁴. The assumption is clear enough, and it has been repeatedly remembered both in *Gauweiler* and *Weiss* cases: technical and economic considerations can not involve the judgment of a Court, but have to be made by the appropriate institutions, namely the ECB, which in the respect of the Treaties needs to take decisions in order to fulfill its obligations and achieve its objectives.

Another key concept is enshrined in *Gauweiler*: the same EU primary laws consider how to face the potentially unlimited risks in case of losses providing a detailed mechanism of loss sharing

¹¹ Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 125.

¹² Opinion of A.G. Cruz Villalón in case C-62/14, *Gauweiler*, para 193.

¹³ *Ibid.*, para 194.

¹⁴ *Ibid.*, para 196.

(namely art. 33 of the Protocol on the ESCB and the ECB). Nevertheless, it does not entail that the Governing Council and the Executive Body of the ECB detain a limitless power in taking decisions. First of all, the principle of proportionality has to be respected, representing a principle which constitutes the base of the activities of every single European institution. In this regard, in the *Gauweiler* judgment the ECJ clearly affirms that “*a review of compliance with certain procedural guarantees is of fundamental importance. Those guarantees include the obligation for the ESCB to examine carefully and impartially all the relevant elements of the situation in question and to give an adequate statement of the reasons for its decisions*”¹⁵. Moreover, in *Weiss* judgment the Court had the occasion to indirectly enlighten the differences between the OMT release and the PSPP act, especially from a substantial point of view, focusing on the full respect of the principle of proportionality and the general guarantees granted by the APP and the PSPP. Indeed, in examining the importance of the principle of proportionality in *Gauweiler* Case, the ECJ did not deepen the argument related to the general guarantees offered by the OMT, almost immediately skipping to the inspection of the statement of reason of the EU measure, probably because specific technical features lacked. The same ECJ needed to justify this absence stating that “*although an examination of whether the obligation to provide a statement of reasons has been satisfied may be undertaken only on the basis of a decision that has been formally adopted, in this case it must none the less be found that the press release [...] make known the essential elements of a programme such as that announced in the press release and are such as to enable the Court to exercise its power of review*”¹⁶. In other words, if the motivation of a measure is pivotal in the construction of the judgment, especially concerning the application of the principle of proportionality, at the same time it is very important to give to the motivations a solid technical base, at least avoiding expressing technical considerations. In *Gauweiler* this base lacked, notwithstanding the fact that the motivations of the

¹⁵ Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 69.

¹⁶ *Ibid.*, para 71.

measure were at the core of the GCC reference¹⁷; on the contrary, in *Weiss* the ECJ decided to deepen the motivations which persuaded the ECB to act. In fact, the Court decides to point out the fact that “the ECB has referred [...] to the practices of other central banks and to various studies, which show that large-scale purchases of government bonds can contribute to achieving”¹⁸ the objective of inflation rates at levels below, but close to, 2%, which represents the target. Moreover, the ECJ mentioned a series of guarantees offered by the ECB under the PSPP, such as: the not selectivity of the program, which ensure an impact on financial conditions across the whole of the euro area¹⁹; the stringent eligibility criteria of the bond purchased²⁰; the strict purchase limits per issue and per issuer²¹; the requirement that each national central bank can purchase eligible securities of issuers of its own jurisdiction²²; the requirement that the only losses of a national central bank to be shared are those generated by securities issued by eligible international organizations²³. Consequently, in *Weiss* the ECJ analyzed the principle of proportionality in clearer and convincing terms than in *Gauweiler*, through an all-compassing reconstruction of the motivations and guarantees offered by the ECB.

Concerning the application of Article 296(2) TFEU, namely the legal base of the act, the investigation of the ECJ in *Weiss* was easier than that in *Gauweiler* case. Indeed, the ECB in the PSPP Decision preamble explicitly mentioned the legal base (namely Article 18(1) of the Statute of the European System of Central Banks and of the ECB) and, after having briefly explained the previous monetary measures taken, it motivated

¹⁷ For an analysis of the principle of proportionality in *Gauweiler* see T. TRIDIMAS - N. XANTHOULIS, *A legal analysis of the Gauweiler Case: Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, pp. 26-27.

¹⁸ Court of justice, judgment of 11 December 2018, case C-493/17, *Weiss*, para 77.

¹⁹ See *ibid.*, para 82.

²⁰ See *ibid.*, para 83.

²¹ See *ibid.*, para 89.

²² See *ibid.*, para 96.

²³ See *ibid.*, para 97.

the decision as an expansionary monetary policy²⁴. Moreover, if in OMT the main objective of the ECB, namely the maintaining of price stability²⁵, was obtained indirectly, the Decision 2015/774 and the subsequent act directly, injecting in the European economy a quantity of monetary base deemed as necessary and sufficient by the only European institution entitled to implement this kind of policy. In other words, in OMT the obtaining of price stability was conceived through the reactivation of some instruments of transmission, because “*according to the ECB, that special situation*²⁶ *severely undermined the ESCB’s monetary policy transmission mechanism in that it gave rise to fragmentation as regards bank refinancing conditions and credit costs, which greatly limited the effects of the impulses transmitted by the ESCB to the economy in a significant part of the euro area*”²⁷. On the contrary, by the PSPP the ECB follows a very direct way: the implementation of measures of monetary policy aiming at achieving the primary objective established in the Treaties. These measures are of a non-conventional nature, essentially due to the fact that the ECB had to deal with a non-conventional crisis, and hence the application of the principle of proportionality needs necessarily to be flexible, as it is in its nature. The same ECJ in *Weiss* underlines in various passages the peculiarities of the situation the ECB has been faced²⁸. In a speech of 25 September 2017, the ECB showed its deep awareness of the delicacy involving this

²⁴ Point 3 of the preamble of the Decision 2015/774 states as follows: “*This decision was taken as part of the single monetary policy in view of a number of factors that have materially increased the downside risk to the medium-term outlook on price developments, thus jeopardising the achievement of the ECB’s primary objective of maintaining price stability. These factors include lower than expected monetary stimulus from adopted monetary policy measures, a downward drift in most indicators of actual and expected euro area inflation - both headline measures and measures excluding the impact of volatile components, such as energy and food - towards historical lows, and the increased potential of second-round effects on wage and price-setting stemming from a significant decline in oil prices*”.

²⁵ See Articles 119 and 127 TFEU.

²⁶ Namely the existence of unjustified spreads in interest rates on the government bonds of various States of the euro area.

²⁷ Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 73.

²⁸ It does it, for example, in para 80.

specific issue, stating that, notwithstanding the lack of limits for bond-purchasing established in the Treaties, “*we have applied the guiding principles of our financial risk management framework in a stable manner. [...] Broadly speaking, these principles are protection, consistency, simplicity and transparency. This means that – if multiple monetary policy options exist to fulfil our mandate – we should select the measures that minimise our own exposure to financial risks*”²⁹. Concerning the PSPP, the ECB specifically underlines what is exposed in the Decision 2015/774, namely that “*the Eurosystem applies strict eligibility requirements. Purchases are subject to issuer and issue limits*”. Moreover, the ECB assures that its “*due diligence can, under very strict conditions, lead to purchases of covered bonds that credit rating agencies rate below [its] regular eligibility threshold. On the other hand, [its] due diligence can also lead to additional risk control measures for particularly risky covered bonds*”³⁰. In other words, the ECB explains how it applies the principle of proportionality, even during a non conventional intervention, without neither declining its responsibilities nor refusing or ignoring its obligations. Nevertheless, it exists a level of technical evaluations which are excluded from the Court assessment. The ECJ argues in *Gauweiler* and recall in *Weiss* that “*given that questions of monetary policy are usually of a controversial nature and in view of the ESCB’s broad discretion, nothing more can be required of the ESCB apart from that it use its economic expertise and the necessary technical means at its disposal to carry out that analysis with all care and accuracy*”³¹. Indeed, the PSPP implementation belongs to the category of those technical considerations, made by technical figures whose restriction is likely to revolutionize the functioning of the ECB’s role in determining the monetary policy of the euro area. The same ECJ sums up effectively this concept stating that “*it should also be borne in mind that a central bank, such as the ECB, is obliged to*

²⁹ “*Risk management in times of non-conventional monetary policy*” available on www.ecb.europa.eu.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 75.

*take decisions which, like open market operations, inevitably expose it to a risk of losses*³².

3. Is Art. 123 TFEU violated?

Connected to the “risk of losses” complaints, the GCC made a broader consideration about the violation of Art. 123(1), highlighting a series of issues. The entire dissertation goes around this crucial question: has the bond-buying program of the ESCB on the secondary markets an effect equivalent to that of a direct purchase of government bonds on the primary market? Moreover, will the Decision of the ECB allow the Member States to determine their budgetary policy relying on the certainty that the ESCB will at a future point purchase their government bonds on secondary markets? In other words, is the ECB acting as a Lander Of Last Resort (LOLR) to such an extent that the prohibition of credit facilities in favor of central governments is being violated?

First of all, the ESCB has to respect a minimum time between the emissions on primary markets and the purchasing activity on secondary markets, in order to prevent the *de facto* similarity between first and second markets and thus the circumvention of Art. 123(1) TFEU³³. So the issue regards again the principle of proportionality and the independence³⁴ of the ECB in establishing whether or not the Governing Council is respecting the “blackout period”. It can be even recalled the “democratic deficit” which, according to some authors, characterizes the functioning of the ESCB decision making process³⁵. Nevertheless, the ECJ develops this point very sharply in *Weiss*

³² *Ibid.*, para 125.

³³ For this reason, the same ECB stated in Art. 4(1) of Decision 2015/774 that “*no purchases shall be permitted in a newly issued or tapped security and the marketable debt instruments with a remaining maturity that are close in time, before and after, to the maturity of the marketable debt instruments to be issued, over a period to be determined by the Governing Council ('blackout period'). For syndications, the blackout period in question is to be respected on a best effort basis before the issuance*”.

³⁴ See Art. 130 TFEU.

³⁵ One of the first contributors above this argument has been proposed by L.W. GORMLEY - J. DE HAAN, *The democratic deficit of the European Central Bank*, in *European Law Review*, 21/1996, pp. 95-112.

judgment, arguing that, even though it does not establish an exact “blackout period”, “the fact that a purchase may thus take place several months or several years after a bond has been issued increases the uncertainty of private operators all the more, given that the ESCB has the option of reducing the monthly volume of bond purchases under the APP and has, moreover, already made use of that option on a number of occasions”³⁶. In other words, the uncertainty of the “blackout period” does not enshrine an attempt to circumvent the prohibition of credit facility with the ECB, but rather it represents a guarantee of the impossibility to monitor the purchases of the ESCB on secondary markets.

Another argument raised by the GCC presents the most controversial, and at the same time pivotal, part of the issue analyzed: details of the purchases are announced by the Eurosystem in a manner that it could create a *de facto* certainty that the issued government bonds will be purchased. Paragraphs 106 and 107 of the *Gauweiler* consider, among the guarantees to prevent the certainty of the bond-buying intervention of the ESCB, along with the aforementioned “minimum term”, the refrain from making any prior announcement concerning either its decision to carry out such purchases or the volume of purchases envisaged. In this respect, the ECJ admits in *Weiss* that “it is true that the foreseeability of the ESCB’s intervention under the PSPP is — deliberately — increased by publishing in advance a set of features of that programme”³⁷. In particular, it appears that following the announcements of the ESCB regarding the monthly volume of asset purchases, the expected duration of the program, the rules for allocating the securities between the various central banks of the Member States or the eligibility criteria governing the purchases³⁸, it should be quite simple for a national government to understand at least a certain amount of the monthly intervention of the ESCB, thereby organizing and regulating its own emission of national debt titles. Consequently, according to a formal lecture of these conditions, it seems that PSPP violates Art. 123(1) TFEU. On the contrary,

³⁶ Court of justice, judgment of 11 December 2018, case C-493/17, *Weiss*, para 77.

³⁷ *Ibid.*, para 111.

³⁸ This information is all gathered in documents or acts released by the ECB, such as the Decision 2015/774 and subsequent.

the ECJ in *Weiss* judgment lists a series of safeguards that the ESCB has put in place with a view to ensuring that a private operator is not able to act as if it were an intermediary of the ESCB³⁹, and thus the Court does not discern an infringement of Art. 123(1) TFEU. Nevertheless, these formalistic and very technical argumentations should be read in light of the broader interpretation of the norm and of the vision of the ESCB's role regarding the impetus to conduct a sound budgetary policy. Indeed, in *Gauweiler* the ECJ highlights that “*it is apparent from the preparatory work relating to the Treaty of Maastricht that the aim of Article 123 TFEU is to encourage the Member States to follow a sound budgetary policy, not allowing monetary financing of public deficits or privileged access by public authorities to the financial markets to lead to excessively high levels of debt or excessive Member State deficits*”⁴⁰. Furthermore, the intervention of the ESCB “*would circumvent the objective of Article 123(1) TFEU [...] if that programme were such as to lessen the impetus of the Member States concerned to follow a sound budgetary policy*”⁴¹. “*Moreover, the conduct of monetary policy will always entail an impact on interest rates and bank refinancing conditions, which necessarily has consequences for the financing conditions of the public deficit of the Member States*”⁴². According to this, the ESCB has a principal role in determining the financial stability of the Union, not only supporting its general economic policies as required by Art. 119(2), Art. 127(1) and Art. 282(2) TFEU, but also “*contribut[ing] to the smooth conduct of policies pursued by the competent authorities relating to the stability of the financial system*”⁴³. And hence the ESCB would continue to conduct its expansive maneuvers of monetary policies, transmitting the appropriate impulses to the European financial system and safeguarding the financial stability of the Eurozone. Starting from the norm contained in the TFEU and repeating this

³⁹ See from para 113 to para 128 of the Court of justice, judgment of 11 December 2018, case C-493/17, *Weiss*.

⁴⁰ Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 100.

⁴¹ *Ibid.*, para 109.

⁴² *Ibid.*, para 110.

⁴³ See Art. 127(5) TFEU.

theological and extensive interpretation of the role of the ESCB, the ECJ in *Weiss* judgment reaffirms the duty of the PSPP “until the Governing Council sees a sustained adjustment in the path of inflation which is consistent with its aim of achieving inflation rates below”⁴⁴. Nevertheless, if in *Gauweiler* could be identified a first timid attempt to boost the role of the ECB in reaffirming its task in the all-encompassing governance of the monetary policy of the Eurosystem and in underlining that its role is not just limited to the achievement of the primary objective, in *Weiss* no steps forward has been made by the Court. Moreover, the passage from the price stability to the all-embracing financial stability could entail the awareness that ESCB is step-by-step assuming the characteristics of a Lander Of Last Resort (LOLR)⁴⁵. The ECJ in *Weiss* judgment maintains a wise and balanced profile, refraining from continuing the pattern traced in *Gauweiler* which seemed to enhance the broader role the ESCB has to play in the Eurozone in safeguarding the financial stability. Moreover, at the core, it seems to exist a choice between the vision of the EMU promoted by the GCC and the one⁴⁶ the ECJ has followed in *Pringle*⁴⁷ and *Gauweiler* but not stressed in *Weiss*. An interesting question in trying to discern this antinomy has been posed by Adamski, that is “*what is more conducive to the community based on stability so deeply rooted in the German constitutional approach to the EMU: the euro area after the OMT announcement or the previous acute sovereign debt crisis?*”⁴⁸.

⁴⁴ Court of justice, judgment of 11 December 2018, case C-493/17, *Weiss*, para 133.

⁴⁵ For a deeper vision of the ESCB as a LOLR see A. STEINBACH, *The lander of last resort in the Eurozone*, in *Common Market Law Review*, 53/2016, pp. 361-384.

⁴⁶ For a critical overview see F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Dir. Un. eur.*, 4/2015, pp. 723-755.

⁴⁷ Court of justice, judgment of 27 November 2012, case C-370/12, *Pringle*.

⁴⁸ See D. ADAMSKI, *Economic constitution of the euro area after Gauweiler preliminary ruling*, in *Common Market Law Review*, 52/2015, pp. 1480-1481.

4. Monetary and economic policy

In order to compare the *Gauweiler* and *Weiss* cases regarding the increasing intersection between monetary and economic policy, a crucial preliminary consideration needs to be done. The GCC, in scrutinizing the OMT in the first reference and the PSPP in the second one, tried to build a structured link between monetary and economic policy of the ESCB, in order to sustain that the ECB violates its attribution implementing economic instead of monetary policy, contrary to Art. 119 and 127 TFEU. In the OMT this link was immediately evident, because the purchasing activity (monetary policy) could involve only the emissions of a Country who had accepted a program of financial assistance such as the EFSF or the ESM (economic policy). In the PSPP decision lacks a direct link to economic policy. Indeed, the GCC simply stated that if, on the one hand, it is true that the PSPP officially pursues a monetary policy objective and that monetary policy instruments are used to achieve this objective, on the other hand, the economic policy impacts stemming from the volume of the PSPP and the resulting foreseeability of purchases of government bonds are integral features of the program which are inherent in its design. As far as the monetary policy objective is concerned, the PSPP is defined as disproportionate. In addition, the decisions on which the program is based lack comprehensible reasons that would allow for an ongoing review, during the multi-year period envisaged for the implementation of the 774/2015 Decision and those which has followed. To sum up, the GCC in its second reference identified two basic transmission channels between monetary and fiscal policy: the volume of the purchases and the period of the purchasing activity, which was considered overwhelming compared to the aims of the monetary policy of the ESCB.

Aiming at analyzing the issue, first of all, it has to be scrutinized the legal fence which compasses the ECB legislative activity. The ECJ established, first in *Pringle*, then in *Gauweiler* and at the end in *Weiss*, that the Treaties are silent when it found itself obliged to use, as the sole point of reference, the monetary policy objectives laid down by the TFEU. The Treaties establish that the primary objective of EU monetary policy is price stability and subsequently the support for the general economic

policies in the Union⁴⁹. Given this context, the objectives of the ECB policies play a crucial role in understanding the limits of the legislative activity of the ECB, and the same primary law offers a series of other fitting instruments. Art. 18(1) of the Protocol on the ESCB and the ECB says that in order to achieve the objectives of the ESCB and to carry out its tasks, as provided for in primary law, the ECB and the national central banks may, in principle, operate in the financial markets by buying and selling outright marketable instruments in euro. They can obviously do it on secondary markets and not in primary markets, according to Art. 123(1) of TFEU. The ESCB thus can utilize an instrument for the achievement of the objectives established in the Treaty. Furthermore, according to Art. 130 of TFEU, neither a member of the ECB nor of a national central bank can accept instructions from an European or an internal institution. The principle of absolute independence which characterizes the functioning of the ESCB, connected to the principle of sincere cooperation, involves every institution, including the ECJ. This is one of the reasons why the ECJ strictly applied the principles of proportionality and sincere cooperation in its relation with the ECB, underlining in *Gauweiler* judgment that “*since the ESCB is required [...] to make choices of a technical nature and to undertake forecasts and complex assessments, it must be allowed, in that context, a broad discretion*”⁵⁰.

Nevertheless, the claimed broad discretion can not obviously violate the limits of the competences conferred to the EU institutions in the Treaties, including those regarding monetary and economic policy. To this extent, it seems enough clear that both the arguments⁵¹ sustained by the GCC in order to demonstrate the alleged infringement do not contempt the EU primary law, given the fact that “*in order to achieve the objectives of the ESCB and to carry out its tasks, as provided for in primary law, the ECB and the national central banks may, in principle, operate in the financial markets by buying and selling*

⁴⁹ See Articles 127(1) TFEU and 282(2) TFEU.

⁵⁰ Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 68.

⁵¹ Namely the excessive volume and the duration of the purchases.

outright marketable instruments in euro”⁵². As already discussed, the principles of proportionality and sincere cooperation are subjected to a certain grade of enlargement, especially due to the technical evaluations the ECB is supposed to make in order to face external economic processes, dynamics and threats.

As underlined in *Gauweiler*, “*the fact that a programme such as that announced in the press release*”⁵³ *might also be capable of contributing to the stability of the euro area, which is a matter of economic policy (see, to that effect, judgment in Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, paragraph 56), does not call that assessment into question*”⁵⁴. Equally, as recalled in paragraph 61 and 62 of *Weiss* judgment, if a program such as the PSPP has as its primary objective the maintenance of price stability through a return of inflation rates to levels below but close to 2% over the medium term, indirectly it might be capable of enhancing the borrowing conditions of euro area non-financial corporations and households, and thus bearing aggregate consumption and investment spending in the euro area⁵⁵. On the contrary, “*if the ESCB were precluded altogether from adopting [monetary policy] measures when their effects are foreseeable and knowingly accepted, that would, in practice, prevent it from using the means made available to it by the Treaties for the purpose of achieving monetary policy objectives and might — in particular in the context of an economic crisis entailing a risk of deflation — represent an insurmountable obstacle to its accomplishing the task assigned to it by primary law*”⁵⁶. Consequently, an intervention of monetary policy can easily achieve some goals, such as the increasing in consumption and

⁵² Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 54, mentioned in Court of justice, judgment of 11 December 2018, case C-493/17, *Weiss*, para 53.

⁵³ Namely the OMT program.

⁵⁴ Court of justice, judgment of 16 June 2015, case C-62/14, *Gauweiler*, para 51. The assessment into question concerns the fact that the objectives pursued by the OMT program, namely the singleness and the adequate transmission of monetary policy, may be regarded as pertaining to the primary objective of the ESCB, namely price stability.

⁵⁵ See point (4) of the preamble of the Decision 2015/774 of the ECB.

⁵⁶ Court of justice, judgment of 11 December 2018, C-493/17, *Weiss*, para 67.

investment, which could be also fulfilled by national measures of economic policy, without violating the prohibition of intervention in a competence belonging to Member States and even being fully legitimate in acting⁵⁷.

Nevertheless, according to Art. 119(2), Art. 127(1) and Art. 282(2) TFEU, the ESCB supports the general economic policies in the Union. Concerning the application of this norm of the Treaty, an appreciable difference exists between *Gauweiler* and *Weiss* cases. In *Gauweiler* the norm was applied in a very rigid way, maybe the only one feasible given the context. Indeed, in order to justify the OMT as a support to the general economic policies in the Union, it was utilized the connection with the mandatory participation to EFSF/ESM programs, which were conceived by the same Court in *Pringle* as measures of economic policy. In other words, if a monetary policy intervention interests a Member State which is involved in an economic policy program of the Union and whose participation has been established within its field of competences, the monetary policy intervention is conceived as supporting the economic policy one.

In *Weiss* case the situation appears very different: there are no economic policies of the Union the PSPP decision can be linked with but, at the same time, it seems that a certain grade of support to the economic policies of some Countries (namely the expansive economic policies) is maintained. Moreover, a crucial question must be raised: when does an economic policy of a Member State become a general economic policy of the Union? Thereby, when does the support to economic policy respects Art. 119(2), Art. 127(1) and Art. 282(2) of TFEU and when, on the contrary, is this support granted just to national economic policies? The Treaties do not answer to these questions, establishing a general mechanism of coordination of these policies⁵⁸ and a series of prohibitions and prescriptions⁵⁹.

⁵⁷ For an analysis of the use of Monetary and Economic policies in *Gauweiler* see T. TRIDIMAS - N. XANTHOULIS, *A legal analysis of the Gauweiler Case*, cit., pp. 23-26.

⁵⁸ See Art. 120-122 of TFEU.

⁵⁹ See Art. 123-126 of TFEU. For example, the European Commission and the Council of the EU, under Ecofin, represent the principal institutions monitoring which economic policy parameters each single member state has to respect in order to comply with the Stability and growth pact prescriptions.

Nevertheless, a focus on this specific issue needs to be attempted. Interpreting what is established in *Pringle* and *Gauweiler* judgments concerning the ESM, it appears that an economic policy of the Union should have at least two features: first, it must be decided by a conspicuous number of Member States⁶⁰; second, it must involve some, or at least one, EU institutions in its process of decision making⁶¹. Consequently, the ESCB can grant its support only to those economic policies which respect certain specific characteristics. This is a very rigid and formal conclusion which does not help in trying to analyze the problem from a broader and comprehensive perspective.

The real problem, indeed, regards the asymmetry existing in EU primary law between the competences which concerns the application and implementation of monetary policy, on the one hand, and economic policy, on the other hand. This disproportion can be sharply appreciated in the Opinion of the A. G. Villalón, when he admitted that “*although it may appear self-evident, it is important to make the point that monetary policy forms part of general economic policy. The division that EU law makes between those policies is a requirement imposed by the structure of the Treaties and by the horizontal and vertical distribution of powers within the Union, but in economic terms it may be stated that any monetary policy measure is ultimately encompassed by the broader category of general economic policy*”⁶². In the EU Treaties two different problems survive: first, the already mentioned asymmetry, second, the circumstance that the hierarchy between economic and monetary policy described by Villalón is exactly inverted, due to the fact that the monetary policy for the Member States whose currency is the euro is an exclusive competence of the Union⁶³, playing a primary and monopolizing role in the EU legislative activity, whereas the economic policy represents a field where the EU has to act as a coordinating and controlling body, with Member States at the core. Moreover, the Eurozone can not be considered an Optimum

⁶⁰ All Member States whose currency is the euro, in 2011, participated to the ESM.

⁶¹ The European Commission, the Council and the ECB are part of this process, albeit with different capacities.

⁶² Opinion of A.G. Cruz Villalón in case C-62/14, *Gauweiler*, para 129.

⁶³ See Art. 3(1) TFEU.

Currency Area, concerning the opinion of the very most part of the economists⁶⁴. It means that the singleness of monetary policy is very difficult to achieve if the ECB does not implement at least two different models of intervention, namely expansive policies for those Countries who are facing a period of instability and restrictive policies for those whose economies are not in danger, as it was done within the OMT program. Consequently, the implementation of symmetric monetary policies, such as the PSPP, entails that some countries could receive vantages and some others disadvantages, decreasing the maintaining of the singleness of monetary policy, on the one hand, and applying the support of the ESCB asymmetrically between Member States, on the other hand. In other words, it is improbable that the monetary policy of the Union could support the economic policies of the Union, simply because the latter are usually not implemented, but only coordinated, at the Union level⁶⁵. By the contrary, the economic policies are decided by the Member States governments and can assume, in some cases, very different forms, leading to a fragmentation in the supporting task of the ESCB established in Art. 127(1) TFEU.

In *Weiss* the ECJ admits for the first time that “*the authors of the Treaties did not intend to make an absolute separation between economic and monetary policies*”⁶⁶. This “*solomonic*”⁶⁷ solution should even open to a different interpretation of the “*general economic policies*” mentioned in Art. 127(1) TFEU. It can be imagined a strengthened connection with the general objectives of the Union listed in Art. 3 TEU, such as the sustainable development of Europe, or an increased attention over the importance of the maintaining of the “*stability of the financial system*” according to Art. 127(5) TFEU. In any case, the crucial imbalance between monetary and fiscal policies in EU

⁶⁴ See, for example, P. KRUGMAN, *Revenge of the Optimum Currency Area*, in *NBER Macroeconomics Annual*, 27/2012, pp. 439-448.

⁶⁵ The ESM is probably the only measure of general economic policy existing involving the institutions which govern the monetary policy of the Union.

⁶⁶ Court of justice, judgment of 11 December 2018, case C-493/17, *Weiss*, para 60.

⁶⁷ See R. CISOTTA, *Profili istituzionali della BCE e fine (prossima?) del Quantitative Easing*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, p. 18.

primary law will probably continue to constitute the most important obstacle to be removed in order to create a linear and effective model of governance of an European broader category of general economic policies. Some scholars⁶⁸ suggest that some solutions to the problem can be found utilizing the existing norms of the Treaties. It should be an efficient short run proposal, but the political efforts may be probably concentrated on an all-compassing project for a new governance of the EMU. Having understood the importance of the subject, even if a reform of the Treaties is currently at stake, some very important actors have started to imagine an European “*common budget*” under the “*strong political guidance of a common minister*”⁶⁹ and the creation of “*a European Minister of Economy and Finance*”⁷⁰.

⁶⁸ See F. FABBRINI, *Economic Policy in the EU after the Crisis: Using the Treaties to Overcome the Asymmetry of EMU*, in *Dir. Un. eur.*, 3/2016, pp. 529-549.

⁶⁹ See the speech of the French President Emmanuel Macron entitled “*Initiative pour l’Europe*” held on 26 September 2017, available in its English version at www.international.blogs.ouest-france.fr.

⁷⁰ See the European Commission’s “*Roadmap for deepening Europe’s Economic and Monetary Union*” held on 6 December 2017, available at www.europa.eu. For a detailed study of the previous work of the European Commission over this theme see J.V. LOUIS, *The EMU after the Gauweiler judgment and the Juncker Report*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/2016, pp. 55-78.

IL DIALOGO TRA LA CORTE DI STRASBURGO
E LE CORTI ITALIANE. A MARGINE DI UN
RECENTE INCONTRO DI STUDIO TRA CORTE
COSTITUZIONALE E CORTE EUROPEA DEI
DIRITTI DELL'UOMO*

SARAH LATTANZI

Abstract: “Dialogue between the Court of Strasbourg and the Italian Courts” is the title of a round table held in Rome, on 11 January 2019, involving discussant members from the European Court of Human Rights, the Italian Constitutional Court, the Italian Supreme Court, the Council of State, the Italian Court of Auditors and Italian Council for the Judiciary. The meeting was held considering that Protocol no. 16 of the ECHR recently entered into force (April 2018), giving occasion to discuss the measures taken until now by the Italian Government to give effectivity to the Protocol. This paper resumes all different positions presented by the discussants, all members of the “Highest Courts and Tribunals” who are able to request an advisory opinion to the Court of Strasbourg according to article 1 of Protocol no 16. Speakers have pointed out the straightness of this new mechanism regarding the “dialogue” between European Courts, but also its weakness regarding the drafting of certain obscure formulations and all examined the reasons and risks for diverging jurisprudence in Italy and at the supranational level in sensitive and ethical area, as the same-sex-marriage, the independence of the judiciary and the role of *ne bis in idem*, one of the main principle of the Italian criminal law system.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

“*Il dialogo tra Corte di Strasburgo e le Corti italiane*”: questo il titolo dell’incontro di studio tenutosi a Roma, venerdì 11 gennaio 2019, presso Palazzo della Consulta tra i vertici della Corte europea dei diritti dell’uomo, della Corte costituzionale, della Cassazione e della relativa Procura generale, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e del Consiglio superiore della magistratura¹.

L’esigenza di organizzare tale incontro, volto ad approfondire le tematiche oggetto di un possibile dialogo tra Corti, in particolare tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’Uomo (Corte EDU, *infra*), si è posta con particolare forza in ragione della recente entrata in vigore del Protocollo n. 16 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU, *infra*) che, grazie alla ratifica della Francia nell’aprile del 2018, ha raggiunto il numero di firme necessario al suo perfezionamento².

La novità introdotta dal Protocollo riguarda l’istituto di un parere consultivo che “*le più alte giurisdizioni di un’Alta parte contraente*”³ possono richiedere alla Corte EDU in merito a questioni di principio riguardanti l’interpretazione o l’applicazione dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione o dai suoi protocolli addizionali⁴.

Nel novero di tali giurisdizioni, per l’Italia andranno considerate abilitate a demandare il parere proprio quegli organi

¹ Il resoconto è frutto di una rielaborazione personale e non di una riproduzione testuale di quanto detto durante l’incontro. Lo stesso vale per le opinioni espresse, che restano riferibili solo all’Autrice.

² In base all’art. 8 del Protocollo che stabilisce che esso entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo ai tre successivi alla ratifica del decimo Stato. Ad oggi hanno depositato lo strumento di ratifica l’Albania, l’Armenia, l’Estonia, la Finlandia, la Francia, la Georgia, la Lituania, San Marino, la Slovenia e l’Ucraina.

³ L’art. 10 del Protocollo lascia l’indicazione alla discrezionalità degli Stati parte, pertanto, per l’Italia, occorre operare un rinvio al Disegno di legge C. 1124, il quale al suo articolo 3, comma 1 prevede che “*La Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana possono presentare alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo richieste di parere*”.

⁴ Conformemente all’art. 1 del Protocollo.

giurisdizionali di ultima istanza invitate a prendere parte al tavolo di studio⁵.

Dal punto di vista del “Dialogo tra Corti”, l’occasione è risultata particolarmente gradita per sottolineare l’importanza del Protocollo in vista del miglioramento della tutela multilivello dei diritti fondamentali in Europa e del suo necessario coordinamento. A tali fini è stata sottolineata l’opportunità di una sua pronta ratifica da parte dell’Italia, la quale ha presentato il 10 agosto 2018 il disegno di legge C. 1124, avente ad oggetto la ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16⁶.

Quattro i temi principali oggetto di discussione: le materie eticamente sensibili, la disciplina prevista dal Protocollo, l’indipendenza dei giudici e, in ultimo, la natura sostanziale della pena e del *ne bis in idem*.

Sul primo tema sono intervenuti con due relazioni il giudice della Corte costituzionale Giuliano Amato e il Presidente della Corte europea dei diritti dell’uomo, Guido Raimondi, a seguito di una ricca introduzione da parte del Presidente della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi. Quest’ultimo ha posto le basi della discussione innanzitutto felicitandosi per l’effettiva esistenza di un vero e proprio dialogo, peraltro già in atto, quale quello della giornata odierna. Questo è stato da egli definito come un “dialogo culturale” tra Corti, distinto, ma altrettanto rilevante, da quello propriamente “decisorio-collaborativo”, di cui il Protocollo rappresenta uno strumento di perfezionamento.

⁵ Al tavolo di studio era anche presente il Consiglio superiore della magistratura, sebbene non in qualità di autorità giudiziaria abilitata a demandare il parere ai sensi del Disegno di legge citato.

⁶ Il Disegno di legge che autorizza “*Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013, e del Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013*”, è stato presentato il 10 agosto 2018. Il 21 settembre 2018 è stato assegnato alle Commissioni riunite II Giustizia e III Affari Esteri in sede referente. Il testo del Disegno di legge, reperibile al sito www.camera.it/leg18/126?tab=1&leg=18&idDocumento=1124&sede=&tipo=, è composto di 4 articoli e si occupa, nei primi due articoli, di dare autorizzazione alla ratifica e relativo ordine di esecuzione ai Protocolli n. 15 e 16, nel terzo di individuare gli organi abilitati a demandare il parere e prevedere l’istituto della sospensione facoltativa del processo per il giudice che richiede il parere, e nell’ultimo della sua entrata in vigore.

Il dialogo, ha ricordato il Presidente Lattanzi, ha senso laddove vi sia una concreta volontà di dialogare, che si traduca nella possibilità non solo di influenzare il percorso argomentativo dei dialoganti, ma anche di mutare le proprie prospettive.

Il Presidente Raimondi ha inteso rispondere alle sollecitazioni introduttive ponendo l'attenzione sulla difficile situazione in cui verte oggi lo Stato di diritto, oggetto di numerose pressioni, come dimostra, in modo evidente, il moltiplicarsi delle violazioni dell'art. 18 della CEDU⁷. Nella situazione europea odierna appare allora rafforzato il bisogno di un sistema di tutela dei diritti umani quale quello CEDU.

Su questo stesso terreno il Presidente Raimondi è stato raggiunto dal giudice Amato, il quale ha mosso il suo discorso dallo stato di innegabili difficoltà in cui vertono oggi gli Stati aderenti alla Convenzione, tra loro sempre più divisi in merito a valori e concezioni che solo fino a qualche tempo fa si supponevano condivisi. Le divergenze si concretizzano specialmente nella regolazione delle scelte di fine vita, del matrimonio omosessuale o ancora del *transgender*, materie considerate "eticamente sensibili" in cui più difficile è il raggiungimento di quel "*consensus* europeo" in grado di determinare l'eventuale restringimento del margine di apprezzamento degli Stati.

La giurisprudenza EDU, ha notato il giudice Amato, accerta quel *consensus* ma con la sua azione è anche destinata a provocarlo laddove "le gambe degli Stati membri" si siano già mossi in quella direzione. Rispetto a questo dato, allora, dov'è che si pongono, a volerli considerare esistenti, i limiti a quell'opera di uniformazione cui è destinata la giurisprudenza? Il giudice Amato si è pertanto interrogato sull'esistenza di una "linea rossa invalicabile" della giurisprudenza EDU senza tuttavia giungere ad una risposta definitiva.

L'ultima parte del suo intervento è stata dedicata all'analisi degli strumenti propri alla Corte costituzionale che, priva della

⁷ L'articolo 18 può essere invocato solo in congiunzione con la lamentata violazione di un altro articolo della Convenzione, qualora la violazione di quest'ultimo risulti perpetrata con abuso del diritto. Si noti che dall'attivazione della Corte ad oggi la violazione di quest'articolo è stata riconosciuta undici volte, di cui quattro solo nel 2018. Per una giurisprudenza recente, si veda C. eur. dir. uomo, 20 novembre 2018, *Selahattin Demirtaş v. Turchia*.

dottrina del margine di apprezzamento, può o decidere di uniformarsi alla giurisprudenza delle Corti supreme, che funge così da “campanello di allarme” rispetto alle mutazioni sociali in corso – criterio, questo, da considerarsi ai suoi occhi l’*optimum* nel campo delle scelte su materie eticamente sensibili – o rimettersi all’esistenza di evidenze scientifiche⁸, all’“attuale contesto sociale”⁹, o ancora preferire un approccio di tipo originalista che rischia però di ossificare la volontà del legislatore (costituente) a un momento datato e non più attuale, rinunciando a priori a quell’opera di aggiornamento propria dell’attività necessariamente creatrice della giurisprudenza¹⁰.

Infine il giudice delle leggi può, ed è stato recentemente il caso, decidere di rimettere la questione a data da destinarsi, riservando al legislatore un preciso tempo di azione¹¹.

Sullo stesso tema il Presidente Raimondi si è espresso in termini leggermente più ottimistici: le situazioni tra gli Stati sono certo molto diverse tra di loro, ma permane una comunanza di intenti e di direzioni tra Stati e Corti del Consiglio d’Europa.

Sulla stessa scorta del giudice Amato, anch’egli ha notato la diversità di strumenti che sono conferiti alla Corte EDU e alle Corti costituzionali; si pensi in particolare al caso della nota dottrina del margine di apprezzamento che, corollario del più generale principio di sussidiarietà, elaborata sin dagli anni ’50 dagli organi della Convenzione¹², poi perfezionata dalla Corte nel caso *Handyside*¹³, non trova riscontro in nessuno degli strumenti utilizzati dalla Corte costituzionale.

A tale dottrina neppure può affiancarsi, come si è vanamente tentato, lo scrutinio di “non manifesta irragionevolezza”, strumento proprio della Consulta che trova la sua ragion d’essere nel principio della separazione dei poteri invece assente nel

⁸ C. cost., 13 aprile 2016, n. 84.

⁹ C. cost., 19 dicembre 1968, n. 126.

¹⁰ Quest’approccio è stato aspramente criticato dal giudice Amato, in particolare in riferimento alla C. cost., 14 aprile 2010, n. 138, in cui la Corte ha dichiarato che la relazione omosessuale non può essere ricondotta nell’alveo dell’art. 29 della Costituzione, redatto dai costituenti solo in riferimento alla famiglia eterosessuale.

¹¹ C. cost., 16 novembre 2018, n. 207.

¹² In specie ci si riferisce all’organo della ex Commissione europea dei diritti dell’uomo.

¹³ C. eur. dir. uomo, 7 dicembre 1976, *Handyside v. Regno Unito*.

sistema convenzionale, ove tutto è incardinato a partire dal principio di sussidiarietà.

A fronte di alcune divergenze, è però anche opportuno, a parere del Presidente Raimondi, porre l'accento sulla sostanziale vicinanza di risultati raggiunti dalle due Corti. Si pensi alla ricca giurisprudenza della Corte EDU e costituzionale in materia di scelte procreative, di identità di genere e di scelte di fine vita. Si pensi più in particolare alle sentenze della Corte costituzionale 96/2015 e 229/2016 giunte alle stesse conclusioni pratiche della sentenza *Costa e Pavan*¹⁴.

Questo caso è stato deciso, diversamente dal caso *Oliari*¹⁵, dall'angolo visuale delle "obbligazioni negative" e alle stesse conclusioni è giunta la Consulta che, nelle sentenze citate, ha anch'essa ritenuto sproporzionata l'ingerenza nella tutela della vita privata e familiare, sindacata alla luce del canone della razionalità.

Ancora, si pensi alla sentenza della Corte costituzionale 278/2013 che, sul diritto a conoscere le proprie origini, si è posta in linea con il precedente caso *Godelli* del 2012¹⁶. In tema di fine vita, si operi un raffronto tra la sentenza della Corte EDU, *Lambert contro Francia*¹⁷, e la recente ordinanza del caso *Cappato*¹⁸.

In mancanza di *consensus* tra Stati membri e in presenza di risposte diverse da apportare alla soluzione di questi temi, la Corte EDU ha fatto valere l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati (caso *Parillo*, cit.), il cui riconoscimento è stato confermato dalla sentenza della Corte costituzionale 84/2016, che ha ritenuto inammissibile la questione.

Agli occhi del Presidente Raimondi è parso dunque opportuno ridimensionare il problema delle divergenze, ricordando che l'obbligazione che grava sugli Stati parte alla Convenzione è un'obbligazione di risultati e non di mezzi; risultati la cui armonia è provata dal lungo elenco di pronunce appena ricordato.

¹⁴ C. eur. dir. uomo, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan v. Italia*.

¹⁵ C. eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, *Oliari e altri v. Italia*.

¹⁶ C. eur. dir. uomo, 25 settembre 2012, *Godelli v. Italia*.

¹⁷ C. eur. dir. uomo, 5 giugno 2015, *Lambert v. Francia*.

¹⁸ C. cost., 16 novembre 2018, n. 207, cit.

Sul secondo tema primo ad intervenire è stato il consigliere Franco De Stefano, il quale ha portato la sua testimonianza sul funzionamento e gli sviluppi della Rete delle Corti Supreme nazionali (il cui nome completo è “*Network for the exchange of case-law information with national superior courts*”) stabilita tra Corti supreme e Corte EDU sulla base di intese bilaterali. Sin dal 2015 la Corte di Cassazione è entrata a far parte di questo *network* da cui è scaturita una rete di contatti, rapidi e informali, con conseguenze proficue per entrambe le Corti. Ad esempio, è da quest’esperienza che è nato un bollettino semestrale predisposto dal gruppo di referenti sull’attività della CEDU che fa capo all’ufficio relazioni internazionali presso la nostra Corte di Cassazione. Il consigliere De Stefano, entusiasta dei risultati sin ora raggiunti, ha inoltre voluto lanciare l’idea di una istituzionalizzazione della concertazione, eventualmente attraverso una calendarizzazione dei lavori tra Corti che tenga conto della comunanza di oggetti posti all’attenzione delle stesse.

A seguire, il Presidente di sezione del Consiglio di Stato Marco Lipari si è concentrato su alcuni aspetti puntuali del Protocollo, che sembrano oggi leggermente problematici. Fermo restando che le alte Parti contraenti abilitate a demandare il parere sono scelte liberamente dagli Stati, per quanto riguarda l’Italia alcune precisazioni sono parse particolarmente rilevanti¹⁹.

A questo proposito è stato opportuno indicare alcune delle scelte avanzate dall’Italia che, in primo luogo, ha deciso per quanto riguarda la Corte costituzionale di demandare a quest’ultima la decisione di aderire o meno alla lista delle autorità designate²⁰, in secondo luogo ha inserito un riferimento generale alla Corte dei conti, senza specificarne la composizione,

¹⁹ In apertura il consigliere ha ricordato che durante l’*iter* di approvazione del disegno di legge presentato dalla precedente legislatura, la Commissione affari costituzionali del Senato aveva espresso parere critico in merito al rischio di un possibile contrasto con gli obblighi derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea, in ragione della mancata adesione di quest’ultima al sistema CEDU a seguito del parere negativo espresso della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, 2/13.

²⁰ Conformemente all’art. 3, comma 3 del disegno di legge citato “*La Corte costituzionale può provvedere con proprie disposizioni all’applicazione del Protocollo di cui al comma 1*”.

e in ultimo ha fatto menzione espressa del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana²¹.

V'è allora da domandarsi, sul secondo e terzo punto, se non si debbano intendere autorità competenti a demandare il parere per la Corte dei Conti anche gli organi di primo grado e se quel riferimento al Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana, apparentemente ridondante²², non possa essere stato inserito al fine di garantire a quest'ultimo una certa autonomia nella scelta della domanda di parere anche in presenza di un necessario deferimento della questione oggetto del giudizio interno all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato²³.

La relazione si è successivamente concentrata sul problema della definizione del contenuto oggetto della domanda di "rinvio interpretativo". Sul punto si profila un duplice rischio: quello della definizione di un contenuto troppo astratto senza alcun riferimento al caso di specie oggetto di contestazione a livello nazionale, o viceversa la tentazione del giudice *a quo* di trasferire l'intera soluzione della causa a Strasburgo²⁴.

Per la migliore implementazione del Protocollo è poi auspicabile, in primo luogo, che siano ammesse ad intervenire, nel caso in cui le stesse lo richiedano, le parti del giudizio principale anche nella procedura dinanzi alla Corte EDU; in secondo luogo che si assicuri, forse per il tramite di un esame stringente sulla rilevanza della questione assegnato all'organo di filtro²⁵, una forma di continuità tra l'oggetto della *causa petendi* del giudizio interno e la domanda oggetto di parere; e in terzo ed

²¹ Art. 3, comma 1 del disegno di legge.

²² Poiché esso deve essere considerato sezione distaccata del Consiglio di Stato per espressa disposizione di legge.

²³ Si porrebbe allora un problema di "pregiudizialità" tra le due procedure, di cui andrebbe chiarito l'ordine.

²⁴ Ci permettiamo di notare sul punto la bizzarra formulazione dell'art. 1, il quale non prevede che la domanda sia posta su problemi di interpretazione e di applicazione –il che imporrebbe un doppio livello di verifica sulla necessità del parere– ma si riferisce in modo assai generale a "*questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti*". Questa formulazione non ci pare essere il frutto di un refuso, bensì manifestazione dell'intento di mantenere una formulazione quanto più ampia possibile, la cui pervasività sarà in futuro tutta da determinarsi.

²⁵ Previsto all'art. 2 del Protocollo nella forma di un collegio di cinque giudici della Grande Camera.

ultimo luogo che venga monitorato l'istituto della sospensione facoltativa²⁶ che dovrebbe operare nel senso di una sospensione, invece dovuta, nei giudizi interni vertenti su giudizi simili²⁷.

Le conclusioni dell'intervento sono state improntate alla cautela, considerando che la facoltatività dello strumento impedisce di immaginare preventivamente il volume dei futuri rinvii. Tuttavia pare ragionevole prevedere un iniziale incremento dell'attività della Corte EDU seguito da un costante abbassamento, in virtù dell'assestamento della giurisprudenza EDU, che entrerà progressivamente a far parte del diritto vivente interno.

Sembrirebbe a prima vista paradossale, ma l'esplicito intento deflativo del Protocollo dovrebbe così essere conseguito attraverso un allargamento in prima battuta delle competenze della Corte EDU, in specie di questa nuova competenza consultiva.

Il Vice-Presidente della Corte EDU, Prof. Linos-Alexandre Sicilianos, così come Lipari, ha ribadito la facoltatività dello strumento, da cui dovrebbe discendere il carattere non vincolante della risposta²⁸, e si è poi concentrato sulla problematica della definizione dell'oggetto della domanda.

In particolare, ci si è posti il problema se alla luce della formulazione letterale dell'art. 1 del Protocollo alle "questioni di principio" debba conferirsi lo stesso significato delle "gravi violazioni" ritenute agli articoli 2 e 3 della Convenzione²⁹. Le incertezze indotte dalla sua vaga formulazione sono in qualche modo compensate, sembra suggerire Sicilianos, da una serie di importanti garanzie che circondano lo strumento: innanzitutto il bisogno da parte del giudice rimettente di motivare la sua

²⁶ Conformemente a quanto sin ora previsto dal disegno di legge citato che al suo art. 3 stabilisce, con una certa sorpresa, la facoltatività della sospensione.

²⁷ Attraverso il ricorso all'istituto della "sospensione impropria".

²⁸ Ci permettiamo di notare però che il carattere non obbligatorio si profila rispetto alla singola richiesta di parere, ma non allorché il parere si inserisca nella linea di una giurisprudenza costante, magari precisandola o migliorandone alcuni aspetti. In questo secondo caso il suo carattere obbligatorio deriverebbe dallo stesso articolo 117, comma 1 della Costituzione, che implica la rilevanza costituzionale del parametro interposto rappresentato dall'articolo della Convenzione "*così come interpretato dalla Corte EDU*".

²⁹ Con ogni probabilità quelle di principio coprono un ambito più ampio, come ammesso dallo stesso Vice-Presidente.

domanda di parere, in secondo luogo dall'organizzazione di quel filtro cui abbiamo già accennato, ancora dal fatto che la domanda non solo provenga dagli organi di ultima istanza delle giurisdizioni nazionali ma anche che a darne risposta sia la Grande Camera, e in ultimo dal modo di redazione del parere stesso.

Una suggestione interessante, forse meritevole di essere sviluppata, è stata avanzata rispetto all'assimilazione dello strumento in questione non tanto allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea previsto all'art. 267 del TFUE, rispetto a cui notevolissime sono le differenze, quanto piuttosto alla competenza consultiva della Corte internazionale di giustizia e della Corte intramericana dei diritti umani.

In seguito si è proceduto con la trattazione di un tema di grande attualità, quello dell'indipendenza dei giudici. Sul punto sono intervenuti il Prof. Filippo Donati in qualità di rappresentante del Consiglio superiore della magistratura e la Vice-Presidente della Corte EDU, Prof.ssa Angelika Nussberger.

Il primo, a seguito di una rapida disamina della giurisprudenza più rilevante in materia, frutto dell'elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea (in particolare la recente sentenza *Associação Sindical dei giudici portoghesi*³⁰), della Corte costituzionale italiana (caso *Emiliano*³¹) e della Corte EDU³², ha inteso sottolineare l'esistenza di una sostanziale convergenza tra le stesse. Questo dato appare tanto più importante se messo in prospettiva rispetto ai possibili futuri sviluppi in materia, dai problemi sollevati dai "big data" allo spinoso tema dell'intelligenza artificiale nelle controversie giudiziarie. In questi settori appare particolarmente importante garantire il raccordo della giurisprudenza e assicurarne la convergenza.

È interessante notare che anche il Prof. Donati ha accennato alla divergenza di strumenti in capo alle Corti nazionali e sovranazionali proponendo una sorta di lettura congiunta delle

³⁰ C. giust. UE, sent. del 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

³¹ Corte cost., sent. 170/2018.

³² C. eur. dir. uomo, 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov v. Ucraina* e 8 ottobre 2015, *Denisov v. Russia*.

due sentenze, la n. 49 del 2015 per la Corte costituzionale, che ha graduato la vincolatività della giurisprudenza EDU al ricorrere di una serie di condizioni, e la successiva sentenza della Corte EDU *G.I.E.M. e altri c. Italia*³³ che sembra invece aver plaudito per il riconoscimento di un'efficacia interpretativa *erga omnes* di tutte le sue sentenze.

Dal canto suo la Vice-Presidente ha voluto concentrarsi sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in tema di indipendenza dei giudici, tradizionalmente corollario, sul versante convenzionale, del più generale diritto ad un equo processo (art. 6 CEDU). Questo, che nel suo *coté* oggettivo si concretizza, ad esempio, nel diritto d'accesso ad un tribunale indipendente e nell'essere giudicati da giudici imparziali, potrebbe subire una mutazione in senso soggettivistico laddove ad invocare il diritto, non più in forza dell'art. 6 ma, si badi bene, eventualmente alla luce degli articoli 8 o 10 della Convenzione, sia lo stesso magistrato che subisce una ritorsione con delle conseguenze negative ad esempio sul rispetto della sua vita privata e familiare. Simili sono le questioni sollevate nelle vicende oggetto dei già citati casi *Denisov* e *Volkov*, ma anche nel caso *Baka*³⁴.

Rispetto al caso *Volkov* la Vice-Presidente ha ritenuto opportuno sottolineare come la giurisprudenza CEDU sia dovuta tornare sulla portata dell'applicazione del principio ivi sancito, limitandolo attraverso il ricorso alla formula per cui quella specifica circostanza non "costituisce una base sufficiente" per determinare la violazione del diritto, nel successivo caso *Ramos Nunes de Carvalho*³⁵.

La riflessione della Vice-Presidente si è poi fatta più audace, audacia consentita dalla formula dialogica del tavolo di studio, sottolineando chiaramente i limiti di questa giurisprudenza e interrogandosi apertamente sull'eventuale necessità di un suo superamento nel senso di una maggiore tutela del *côté* soggettivo di questo diritto. Tale è stata d'altronde l'evoluzione subita dall'art. 3 del Protocollo n. 1 in materia di diritto a libere elezioni

³³ C. eur. dir. uomo, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri v. Italia*.

³⁴ C. eur. dir. uomo, 27 maggio 2014, *Baka v. Ungheria*.

³⁵ C. eur. dir. uomo, 21 giugno 2016, *Ramos Nunes de Carvalho v. Portogallo*.

e la stessa strada potrebbe forse essere percorsa in tema di indipendenza dei giudici.

La natura sostanziale della pena e del *ne bis in idem* è stato l'ultimo tema trattato, al momento di certo il più spinoso per l'Italia. Come noto, nel nostro ordinamento si pone con particolare forza il problema del "doppio binario sanzionatorio" in ambito penale e amministrativo, alla luce di un'interpretazione piuttosto rigida fornita dalla Corte EDU in base a cui una sanzione formalmente amministrativa nel sistema italiano diventa sostanzialmente penale per il sistema convenzionale e finisce con l'avocare su di sé le garanzie poste dal divieto del *bis in idem*, sancito dall'art. 4, Protocollo 7 della Convenzione.

Nella discussione sono intervenuti il Presidente Mauro Orefice per la Corte dei Conti, il Sostituto Procuratore Piero Gaeta per la Procura generale presso la Corte Suprema di Cassazione e il dott. Roberto Chenal per la divisione italiana presso la Corte EDU. Tutti i relatori si sono interrogati sulla portata della giurisprudenza della Corte EDU, in particolare sul suo impatto sul sistema italiano e sui possibili rimedi.

Il punto di partenza del dibattito è stato fissato a partire dalla lettura della sentenza della Corte EDU *Grande Stevens*³⁶, che solleva numerosi interrogativi ancora oggi. Tali dubbi si sono inoltre moltiplicati anche alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale in materia. Resta infatti da chiarire se quella sentenza che sembrava aver negato in maniera così severa la legittimità di un sistema sanzionatorio basato sul doppio binario possa ancora oggi considerarsi diritto vivente o se, invece, si sia assistito nel corso delle ultime pronunce, in specie nella sentenza *A e B contro Norvegia*³⁷, ad un suo *revirement*.

Le divergenze sul punto sono notevoli, e questa situazione deve forse far riflettere. Così, se secondo il Presidente Orefice l'approccio "sostanzialista" ivi sancito è stato successivamente mitigato da un approccio di tipo "sistematico" già inaugurato nella sentenza *Nykänen*³⁸, poi confermato dalla sentenza

³⁶ C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri v. Italia*.

³⁷ C. eur. dir. uomo, 15 novembre 2016, *A e B v. Norvegia*.

³⁸ C. eur. dir. uomo, 20 maggio 2014, *Nykänen v. Finlandia*.

*Jóhannesson*³⁹ e infine precisato in *A e B contro Norvegia* attraverso il ricorso alle nozioni di “sistema integrato”, “strategia unitaria” e “sufficiente connessione”, a parere del dott. Chenal occorre intendere *A e B contro Norvegia* non come un’inversione di marcia rispetto a *Grande Stevens*, bensì come una sua specificazione.

Secondo quest’ultimo l’esistenza formale di un doppio binario sarebbe ammessa dal sistema convenzionale, fermo restando che occorrerà in sostanza verificare se i due procedimenti sanzionatori presentino o meno una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta”. Ai fini di tale verifica alcuni criteri appaiono effettivamente sintomatici⁴⁰, quale ad esempio la vicinanza temporale tra i due procedimenti e l’esistenza di una connessione nella raccolta e nella valutazione delle prove nella misura in cui i giudici basino le indagini su un “unico dossier” per indagare la legalità della condotta.

Orbene, a un livello superiore questa connessione sostanziale e temporale si tramuta nell’esigenza di una strutturazione del doppio binario già concepito, nella sua stessa ideazione, in modo integrato e sistematico, così da essere complessivamente improntato a una razionalità globale.

Al contrario dovrebbe inferirsi da queste affermazioni che il sistema italiano, basato evidentemente su due sistemi concepiti come autonomi e separati il cui unico raccordo è garantito *ex post* dal giudice attraverso un’opera di sistematizzazione, non potrebbe essere ritenuto soddisfacente. L’auspicio è allora palesemente quello di un pronto intervento del legislatore italiano.

Il sostituto procuratore Piero Gaeta ha sottolineato le difficoltà insorte dalla lettura della giurisprudenza della Corte EDU, interpretata dalla Corte costituzionale nel senso di uno slittamento dal piano processuale a quello sostanziale attraverso il ricorso al criterio della sanzione complessivamente irrogata⁴¹. Criterio, questo, che è stato entusiasticamente sposato dalla Corte

³⁹ C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2017, *Jóhannesson e altri v. Islanda*.

⁴⁰ Criteri che, ci è parso di capire, devono però essere intesi come strumenti *su cui* condurre la verifica e non il parametro stesso *della* verifica.

⁴¹ C. cost., 24 gennaio 2018, n. 43.

di Cassazione per la quale si vedano le recenti sentenze Chiassoni e Franconi.

Come ha tenuto a sottolineare il dott. Gaeta, la Corte di Cassazione ha sposato proprio questo criterio innanzitutto perché, sulla base di un fattore endogeno al processo, sono le stesse parti che nel giudizio di legittimità normalmente finiscono col concentrarsi esclusivamente sul profilo sanzionatorio ed in secondo luogo perché, alla luce di un più generale fattore esogeno, è anche la Corte di giustizia che sembra andare in questa direzione⁴². V'è da domandarsi tuttavia se questo "riduzionismo giudiziario", come è stato definito dal relatore, riuscirà a soddisfare Strasburgo.

Per concludere sul tema, appare utile illuminare una pista sulle future possibili criticità che rischiano di presentarsi: sarà senza dubbio crescente l'attenzione di Strasburgo per il sistema italiano anche alla luce della recente introduzione del decreto legislativo 174/2016 che conferisce alla Corte dei Conti nuovi poteri sanzionatori in funzione dissuasiva e punitiva. Sul punto il Presidente Orefice ha tenuto a sottolineare che l'impostazione della Corte EDU non dovrebbe impattare negativamente sul giudizio contabile poiché questo ha natura di giudizio di danno secondo una disciplina sostanziale di tipo civilistico⁴³, ma naturalmente è ancora tutto da vedere.

In generale occorre rilevare il clima di sostanziale fiducia che si è respirato durante l'incontro, conclusosi con la firma del "Protocollo di intesa tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'Uomo" da parte dei due Presidenti⁴⁴.

⁴² Il dott. Gaeta ha messo in luce con particolare enfasi la diversità di prospettive che accompagnano la giurisprudenza delle Corti EDU e UE. Nel mezzo di queste divergenze, che potremmo stigmatizzare in un approccio "fondamentalista" contro un approccio "efficientista", si trovano i giudici nazionali, in una posizione particolarmente difficile, chiamati a dare seguito ad entrambe.

⁴³ C. cost., 16 luglio 2004, n. 235.

⁴⁴ Il Protocollo di intesa si inserisce nella Rete informale tra Corti supreme di cui abbiamo già parlato. Così come è stato per la Corte di Cassazione, anche per la Corte costituzionale questo rappresenta un canale propedeutico all'implementazione del Protocollo n. 16, in attesa che esso venga ratificato dall'Italia. In particolare, il Protocollo di intesa dovrà in particolare prevedere lo svolgimento di "periodici incontri" tra i membri delle due Corti, anche

La scommessa sulla riuscita del Protocollo resta aperta, con l'augurio che esso sia in grado di produrre quel salto di qualità sul livello di collegamento e di sintonia tra le Corti, da più parti anelato.

congiuntamente con le altre Corti italiane, “*su temi di comune interesse e di attualità*”.

LA CONTROVERSIA GERMANIA-ITALIA A CINQUE ANNI DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 238 DEL 2014*

CHIARA VENTURINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza di merito. – 3. La configurazione dei diversi illeciti attribuibili all'Italia: la violazione del diritto internazionale pattizio. – 4. La violazione del diritto internazionale consuetudinario. – 5. Le conseguenze degli illeciti. – 6. Conclusioni.

Abstract: Five years after the ruling of the constitutional court of 2014, it's interesting to analyze, both from the theoretical and practical points of view, what the developments were. It would seem that the verdict had as consequence the conviction of the German Federal Republic to the restoration, in the civil court, of damages suffered from the victims of serious violations of the human rights from the third Reich. The investigation, however, highlights that the ruling doesn't seem to have guaranteed a concrete form of protection to the victims who, to this day, have favourable rulings to their name that aren't executable.

In examining the judgments of merit that followed this decision, attention is paid to two aspects: the improvement and content of the international responsibility of the Italian Republic, in the face of the failure to execute the judgment of the International Court of Justice of 3 February 2012.

It appears, in fact, that on the one hand an international wrongful act of an instant nature can be configured, given the

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

declaration of constitutional illegitimacy of the l. n. 5 of 2013. On the other hand, in relation to the customary rule on immunities, it seems that the 2014 ruling constitutes only a simple prerequisite for the integration of the international wrongful act *strictu sensu*: the failure to respect the jurisdictional immunity of the foreign State. The latter will be considered integrated thanks to the sentences handed down by the courts of first instance, guided by the Constitutional Court ruling.

It should be noted, in any case, that the dispute does not seem to be resolving. As on the one hand negotiations between Italy and Germany have not been initiated and, on the other, no alternative routes have been undertaken such as the exercise of diplomatic protection or provision for compensation paid by the Italian State in favor of the victims.

1. Introduzione

La questione trae le sue origini dalla controversia internazionale che ha visto contrapposte Italia e Germania di fronte alla Corte internazionale di giustizia¹ con riguardo alla mancata applicazione della norma consuetudinaria dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione per gli atti *iure imperii* consistenti in crimini di guerra risalenti al secondo conflitto mondiale². È inutile, almeno in questa sede, esaminare ancora una volta il merito della sentenza che ha visto la

¹ ICJ, sent. 3 febbraio 2012, *Germania v. Italia*, in *ICJ Reports*, 2012, pp. 99 ss.

² È noto il filone giurisprudenziale originato dal caso Ferrini del 2004, sentenza n. 5044 Corte di Cassazione (sez. unite). Sul punto si veda, tra i molti, A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, pp. 643 ss.; C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, pp. 738 ss.; P. DE SENA - F. DE VITTOR, *State immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court decision on the Ferrini case*, in *European Journal of Int'l Law*, 2005, pp. 89 ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra Germania ed Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 232 ss.

soccombenza della Repubblica Italiana³. È sufficiente osservare che il Parlamento italiano ha provveduto a dare esecuzione alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 2012 a mezzo della legge n. 5 del 2013, con cui si introduceva l'obbligo per il giudice di merito di rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento il difetto di giurisdizione (art. 3) ed, inoltre, si autorizzava la ratifica della Convenzione di New York sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri e delle loro proprietà del 2004 (art.1). Alla legge del 2013 ha poi fatto seguito la sentenza n. 238 del 2014 della Corte Costituzionale italiana. La decisione, sinteticamente e per quanto qui rileva, ha applicato la teoria dei contro-limiti con riguardo alla norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione⁴ con una sentenza interpretativa di rigetto. In secondo luogo, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimi l'art. 1 della legge n. 848 del 1957 e l'art. 3 della legge n. 5 del 2013. Con la prima norma l'Italia ha dato esecuzione alla Carta delle Nazioni Unite⁵ e si vincolava (*ex art. 94, 1° comma*) ad eseguire le sentenze della Corte internazionale di giustizia. Ebbene, le due determinazioni contenute nella sentenza n. 238

³ Per una più adeguata comprensione della materia si rimanda a E. SCISO *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2015, p. 61-83; E. SCISO, *Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity*, in *Vand JTL*, 44/2011, pp. 1201 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2012; J. C. BAKER, *International Court of Justice: jurisdictional immunities of the state (Germany vs. Italy) judgement 3 February 2012*, in *ICLQ*, 62/2013 p. 741-752; F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 350 ss; M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla girisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?*, in *Rivista di diritto iternazionale*, 2012, pp. 444 ss; A. CIAMPI, *The international Court of justice between reason of State and demand for justice by victims of serious international crimes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 375 ss.; A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 26 novembre 2014, disponibile in www.forumcostituzionale.it

⁴ B. CONFORTI, *La Corte Costituzionale applica la teoria dei contro limiti*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 527.

⁵ Art. 1, legge 17 agosto 1957, n. 848.

del 2014 producono diversi effetti sia nell'ordinamento interno, sia in quello internazionale, con la conseguente insorgenza della responsabilità internazionale italiana.

2. La giurisprudenza di merito

La maggioranza delle sentenze di merito in materia⁶ è stata emessa dal Tribunale di Firenze, lo stesso organo che aveva sollevato le questioni di legittimità costituzionale che hanno portato alla pronuncia del 2014 della Consulta. Le motivazioni di detti provvedimenti hanno strutture simili ed argomentazioni quasi sovrapponibili, pertanto le si analizza unitariamente.

In relazione al mancato accoglimento dell'eccezione sul difetto di giurisdizione⁷, il Tribunale di Firenze afferma che la Consulta non si è affatto pronunciata sull'esistenza della giurisdizione italiana, ma si è limitata ad escludere l'operatività della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione di cognizione in relazione al compimento di crimini internazionali. Ne deriva che è lasciato al giudice di merito il compito di decidere caso per caso, bilanciando gli interessi contrapposti, con la consapevolezza di rischiare una violazione degli obblighi internazionali⁸. Il giudice ordinario ritiene che, in ragione dei valori posti a fondamento dell'ordinamento internazionale ed europeo di cui Italia e Germania fanno parte, è impensabile che la regola delle immunità possa operare e, di conseguenza, impedire al giudice nazionale di entrare nel merito della responsabilità civile di uno Stato che abbia commesso crimini di guerra e contro l'umanità⁹. Difatti, la lesione della sovranità statale che deriva dalla mancata applicazione dell'immunità comporta un pregiudizio meno grave rispetto a quello che deriverebbe ai singoli dal suo riconoscimento¹⁰. Anche nel

⁶ Si veda E. SCISO, *Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity*, cit.

⁷ Si prendono in esame il caso *Simoncini* ed il caso *Bergamini* (rispettivamente Trib. Firenze sentenze del 06/07/2015 n. 2649 e n. 2648) a cui si aggiunge la sentenza del 22/02/2016 n. 691 dalla struttura molto simile.

⁸ Trib. Firenze, sent. del 22/02/2016, n. 691.

⁹ In tal senso l'opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade (par. 69 e ss.)

¹⁰ Trib. Firenze, sent. del 22/02/2016, n. 691.

procedimento instaurato presso il Tribunale di Piacenza¹¹ il giudice non accoglie l'eccezione di difetto di giurisdizione, affermando che uno Stato democratico non può invocare la liceità dell'esercizio dei propri poteri di imperio quando essi consistano in crimini di guerra. A parere del giudicante, la regola internazionale varrebbe solo ove l'esercizio di un potere statale sia "lecito", ossia non contrario al divieto di *gross violations*. Qualora, invece, esso consista in azioni come i crimini contro l'umanità, la regola dell'immunità non potrebbe operare, stante la gravità dell'atto commesso¹². Secondo il Tribunale¹³, l'immunità deve necessariamente trovare un limite nel principio della tutela della dignità e della vita degli individui: "*ne consegue che a quel principio fondamentale deve necessariamente piegarsi anche la regola dell'immunità, che è cosa diversa ed ontologicamente distinta dalla impunità in cui si risolve, negando il diritto di difesa del singolo che subisca crimini di guerra*". Pertanto, a parere del giudicante, l'immunità dalla giurisdizione non potrà operare né per il tramite dell'adattamento alle norme internazionali consuetudinarie, né per il tramite delle norme di adattamento al diritto pattizio.

Altro elemento interessante delle pronunce di merito è il rigetto della chiamata in causa del terzo. Nella fattispecie, la Repubblica Italiana è talvolta manlevata dalla Germania, talvolta, destinataria di domande dirette di risarcimento, mentre, in alcuni casi¹⁴, la Presidenza del Consiglio dei Ministri si costituisce ancor prima della chiamata in causa. Le motivazioni della dichiarata inammissibilità della domanda diretta di risarcimento proposta dagli attori nei confronti dello Stato italiano sono lineari: essa non è automaticamente estensibile in quanto basata su un fatto illecito diverso da quello che fonda la domanda di risarcimento nei confronti dello Stato tedesco. In effetti, a sostegno dell'istanza nei confronti dell'Italia, gli attori avevano addotto l'impossibilità derivante dalla legge n. 404 del

¹¹ Trib. Piacenza, sent. del 2015, n. 722.

¹² Par. 2.2 Trib. Piacenza, sent. del 2015, n. 722.

¹³ Par. 2.4 Trib. Piacenza, sent. del 2015, n. 722.

¹⁴ Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691 e Trib. Sulmona, 2 novembre 2017, dove a costituirsi è direttamente il Ministero degli Affari Esteri.

1963¹⁵ di agire in giudizio nei confronti della Germania, in ragione della rinuncia ad ulteriori crediti contenuta all'art. 3 dell'Accordo di Bonn del 1961¹⁶.

Altra questione è la possibilità di estendere all'Italia la richiesta rivolta alla convenuta Repubblica Federale di Germania, ma anche in questo caso essa è dichiarata inammissibile. Tale meccanismo è attivabile solo quando si intenda attribuire al terzo una corresponsabilità nell'evento

¹⁵ Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania per gli indennizzi a cittadini italiani colpiti da misure di persecuzione nazionalsocialiste con Scambio di Note, concluso a Bonn il 2 giugno 1961 (G.U. n. 93 del 6/4/1963).

¹⁶ A tal proposito si segnala che la legge di esecuzione restringe l'ambito di applicazione dell'Accordo di Bonn del 2 giugno 1961. All'articolo 1 dell'accordo si legge che le somme versate dalla Germania a titolo di indennizzo sono destinate ai cittadini italiani colpiti da misure persecutorie da cui sia loro derivato un danno alla salute o privazione della libertà. Ne consegue la possibilità di ricomprendere in detta categoria non solo le vittime di deportazioni e lavori forzati nei campi di concentramento, ma chiunque abbia subito all'epoca una qualsivoglia forma di violenza dal Terzo Reich. Il testo della norma di esecuzione, però, prevede che “*le norme per la ripartizione della somma versata dal Governo tedesco in base all'Accordo di cui all'articolo 1 della legge stessa dovranno ispirarsi a seguenti criteri direttivi: 1) la ripartizione sarà limitata esclusivamente alle categorie dei cittadini italiani deportati per ragioni di [...]*” (norma incompleta da testo in Gazzetta Ufficiale).

Da un esame congiunto delle sopraccitate norme, oltre che del D.P.R. 6 ottobre 1963, n. 2043 in materia di ripartizione degli indennizzi (in Gazz. Uff. 21/01/1964, n. 16), risulta evidente la volontà dell'Esecutivo italiano di restringere l'ambito di applicazione dell'accordo internazionale, tuttavia, posto il pregiudizio arrecato ad alcuni soggetti, detta condotta non appare sanzionabile, rientrando nella discrezionalità di cui il Governo gode soprattutto in materia di affari esteri. I *lump sum agreement*, infatti, sono una consueta forma di conclusione negoziale dei conflitti armati, che è stata adottata anche in occasione della Seconda guerra mondiale nel caso di specie. Si potrebbe obiettare la mancanza di forme di tutela per le categorie di cittadini rimasti esclusi, ma è vero che le vittime dei crimini di guerra in oggetto hanno avuto la possibilità di ottenere i risarcimenti innanzi ai giudici tedeschi, i quali hanno ritenuto le istanze infondate nel merito, poiché non previsto dall'ordinamento tedesco un risarcimento per i singoli per i danni derivanti da violazioni del diritto umanitario. Sul punto si veda C. TOMUSCHAT, *Focus: national and international law in Italy: the end of an idyll? The national Constitution trumps international law*, in *Italian journal of public law*, 6/2014, p. 189 ss.

dannoso e non in occasione di una mera chiamata a garanzia¹⁷. In merito poi alla manleva in senso stretto operata dalla difesa tedesca¹⁸, il giudice afferma che la Repubblica Italiana non ha mai assunto obblighi internazionali a tenere indenne la Germania per i fatti giuridici che hanno fondato l'istanza attorea. Ciò vale sia per il Trattato di Parigi del 1947, di cui la Germania non è parte contraente, che per il Trattato di Bonn del 1961, il quale non contemplerebbe espressamente una rinuncia ai danni non patrimoniali subiti dai cittadini da parte della Repubblica¹⁹. Pertanto, in relazione agli obblighi derivanti dai Trattati la manleva è inammissibile, stante l'assenza di una base giuridica che la fondi.

Il Tribunale di Firenze prende in considerazione anche gli obblighi per l'Italia derivanti dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia e ritiene che sussistano nell'ordinamento internazionale principi supremi concernenti la tutela degli individui e dei loro diritti fondamentali, ai quali deve essere assicurata prevalenza nell'ordinamento interno²⁰. Ed allora, la manleva fondata sulla mancata esecuzione della sentenza della Corte dell'Aja non può essere accolta, poiché l'inadempimento degli obblighi dalla stessa derivanti è "necessitato"²¹ nell'ordinamento italiano dalla tutela dei diritti fondamentali degli individui, interesse preminente rispetto alla norma di diritto internazionale generale sulle immunità.

La giurisprudenza di merito, inoltre, si sofferma sull'obbligo imposto dall'art. 39 della Convenzione europea sulla soluzione pacifica delle controversie del 1957²². Su di esso la Consulta non si è pronunciata, probabilmente perché non richiesta dal giudice *a quo*. A tal proposito il Tribunale di Firenze ritiene che non sia

¹⁷ Par. 5 Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691 e Trib. Firenze sent. nn. 2468-2469/2015.

¹⁸ Par. 4.6 Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691 e Trib. Firenze sent. nn. 2468-2469/2015.

¹⁹ Par. 24, 25 e 26 ICJ, 3 febbraio 2012, *Germany v. Italy*.

²⁰ Par. 4.6 Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691.

²¹ Par. 4.6 Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691 e anche Trib. Firenze sent. nn. 2468-2469/2015.

²² Par. 2. Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691 e anche Trib. Firenze sent. nn. 2468-2469/2015 e par. 9 Trib. Sulmona, 2 novembre 2017.

necessario sollevare questione di legittimità²³, in base ad un ragionamento analogico: se la Consulta ha ritenuto che la norma dell'immunità non spiegasse i propri effetti nell'ordinamento interno in ragione dei limiti posti dai principi fondamentali italiani, a medesima conclusione dovrebbe giungere se la questione venisse posta rispetto all'art. 39 della Convenzione del 1957 sulla soluzione pacifica delle controversie. È, in effetti, vero che questa disposizione, se applicata, implicherebbe l'immunità della Germania, dal momento che prescrive di eseguire la sentenza della Corte dell'Aja.

A ciò si aggiunge che nei procedimenti di merito successivi alla sentenza n. 238 del 2014 la Germania ha rinunciato alla propria difesa. Le modalità con cui il difensore della convenuta mette in pratica detta strategia processuale sono interessanti: la rinuncia avviene a mezzo del deposito di una nota verbale, in precedenza inviata al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, in occasione della prima udienza o della prima udienza successiva alla riassunzione dei vari procedimenti. Ebbene, il giudice, oltre a dichiarare irrituale il deposito della nota²⁴, interpreta la condotta come un espediente volto a declinare la giurisdizione civile italiana e procede in assenza della convenuta²⁵. Si tratta, infatti, di un'indicazione dell'indisponibilità della Germania a compiere qualsiasi atto possa venire considerato un'accettazione della giurisdizione italiana. A sostegno di quest'ultima lettura si segnala che la non partecipazione al processo comporta il rifiuto della proposta di accordo formulata dal giudice *ex art. 185 c.p.c.* con cui, a fronte di un soggiorno o di una borsa di studio in territorio tedesco, gli attori avrebbero rinunciato alla domanda di risarcimento. Detta soluzione, alquanto svantaggiosa per gli attori, avrebbe garantito una soluzione della questione "con costi moderati".

Da ultimo, si ricorda la recente pronuncia del Tribunale di Sulmona, che con ordinanza²⁶ *ex art. 702-ter c.p.c.*, ha liquidato il risarcimento del danno a favore dei ricorrenti per la strage di Pietransieri del 1943. Nelle motivazioni del provvedimento, il

²³ Par. 2 Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691 e Trib. Firenze sent. nn. 2468/2015.

²⁴ Nota verbale 2/15 con il n. RK 553.32.

²⁵ Par. 3, Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691.

²⁶ Trib. Sulmona, 2 novembre 2017.

giudice si adegua alla giurisprudenza fiorentina, anche se emerge un elemento di novità in sede di motivazione. A distanza di cinque anni dalla pronuncia della Corte dell'Aja, il Tribunale ritiene che la consuetudine internazionale sull'immunità dalla giurisdizione si sia modificata in favore dei diritti dei singoli, vittime di crimini di guerra²⁷ ed a sostegno di tale affermazione fornisce un'elencazione delle pronunce di merito e di legittimità italiane²⁸. In aggiunta, si riscontra l'intervento volontario del Ministero degli Affari Esteri, che sostiene le ragioni della Germania, dichiaratamente al fine di evitare di incorrere in una violazione del diritto internazionale²⁹.

3. La configurazione dei diversi illeciti attribuibili all'Italia: la violazione del diritto internazionale pattizio

Occorre, a questo punto, considerare la natura degli illeciti internazionali attribuibili alla Repubblica Italiana. Il Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione del diritto internazionale del 2001 prevede che uno Stato sia internazionalmente responsabile quando pone in essere una condotta antigiusdizionale che può essergli attribuita poiché realizzata da un suo organo. In tale nozione rientra esplicitamente anche l'organo adibito all'esercizio della funzione giurisdizionale³⁰. Nel caso in esame, la prima condotta antigiusdizionale consiste nella dichiarazione di illegittimità

²⁷ Par.13 Trib. Sulmona, 2 novembre 2017.

²⁸ Sul non consolidamento di una eccezione alla regola delle immunità per gli atti *iure imperii* anche in seguito alla sentenza 238/2014 in B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2018, pp. 282 ss.; M. M. PORCELLUZZI, *Nulla è più come prima, la responsabilità degli Stati esteri per crimini internazionali nel foro italiano*, in *Riv. dir. int. comm.*, 1/2018, p. 245; M. M. PORCELLUZZI, *Le Sezioni Unite e i limiti al risarcimento per i crimini internazionali: il caso Flatow*, in *Riv. dir. int. comm.*, 3/2016, p. 790. Per approfondire su casi simili F. FRANCESCHELLI, *Una Bussola per orientarsi nella materia dell'immunità giurisdizionale degli Stati*, in *Cass. pen.*, 11/2016, p. 4254B.

²⁹ Par. 4 Trib. Sulmona, 2 novembre 2017.

³⁰ Ciò avviene in forza de principio della separazione dei poteri nell'ordinamento interno, da cui consegue che ogni organo è libero di agire indipendentemente dagli altri. Dalle azioni di ogni organo dello Stato, deriva la responsabilità internazionale dello stesso, in ragione di quanto previsto dall'art. 4 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della C.D.I del 2001.

costituzionale³¹ dell'art. 3 della legge n. 5 del 2013 e, in parte, dell'ordine di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite, poiché si espunge dall'ordinamento una norma che impone l'esecuzione alla sentenza della Corte dell'Aja del 2012. Così facendo viene violato un obbligo previsto da fonti pattizie diverse³²: dall'art. 94 della Carta ONU, dall'art. 39, 1° comma della Convenzione sulla soluzione pacifica delle controversie del 1957³³ e dall'art. 59 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Ebbene, la pronuncia della Corte costituzionale, di per sé, integra una violazione di tutti questi vincoli, poiché elimina la norma che garantiva la conformità dell'ordinamento a dette previsioni. A fronte del *vacuum* così creato, il giudice non ha più l'obbligo di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione in una controversia che coinvolge la Germania³⁴ in materia di crimini di guerra: ne consegue che egli può rispettare la regola delle immunità dalla giurisdizione straniera in forza dell'art. 10, 1° comma Cost., oppure decidere di procedere nella cognizione violandola.

Circa la natura dell'illecito commesso con la dichiarazione di illegittimità costituzionale può affermarsi che l'abrogazione è un atto dal carattere istantaneo, il quale si perfeziona il giorno successivo alla pubblicazione della decisione abrogante, la quale per sua natura comporta l'eliminazione della norma incostituzionale dall'ordinamento italiano. Conseguentemente, esso potrà qualificarsi come illecito istantaneo quando comporti una infrazione di un obbligo internazionale. Tale categoria di violazioni viene disciplinata dall'art. 14, 1° comma del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato del 2001³⁵. Esempi si rinvencono soprattutto nel Commentario al *Draft articles on State responsibility* del 1996, che vi riconduce,

³¹ C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238, parr. 4-5.

³² Par. 139. 4. ICJ, 3/02/2012, *Germany vs Italy*: “*The Finds that the Italian Republic must, by enacting appropriate legislation, or by resorting to other methods of its choosing, ensure that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law cease to have effect*”.

³³ Ratificata dall'Italia nel 1931.

³⁴ Ciò sarebbe in astratto possibile in ragione dell'adattamento al diritto consuetudinario, *cf* par. 4.

³⁵ Art. 14, 1° comma: “*La violazione di un obbligo internazionale per mezzo di un atto dello Stato non avente carattere continuativo si produce nel momento in cui l'atto è compiuto, anche se i suoi effetti perdurano.*”

tra l'altro, l'abbattimento di un aeromobile che sorvoli lecitamente il territorio altrui, un sottomarino che affondi una nave di uno Stato neutrale o non belligerante, l'uccisione operata da organi statali di un rappresentante politico di un altro Stato³⁶. Dalla prassi può essere citato il caso *Fosfati in Marocco* (Italia c. Francia) del 1938³⁷: secondo lo Special Rapporteur Ago e la Commissione del diritto internazionale³⁸ l'espropriazione di beni di un cittadino straniero è un illecito istantaneo con conseguenze che si protraggono nel tempo.

Un diverso inquadramento dell'illecito in esame si otterrebbe qualificando la dichiarazione di illegittimità costituzionale come atto iniziale di un *wrongful act* a carattere continuato ex art. 14, 3° comma dell'Articolato sulla Responsabilità internazionale degli Stati del 2001³⁹. In questo caso esso avrebbe carattere continuativo e si estenderebbe fino al momento in cui non si provvedesse ad eseguire la sentenza internazionale del 2012.

4. La violazione del diritto internazionale consuetudinario

La pronuncia della Consulta assume rilevanza anche in relazione alla violazione dell'obbligo di diritto internazionale generale sulle immunità degli Stati esteri, in quanto ne fornisce un'interpretazione⁴⁰ che orienta il giudicante nel senso della disapplicazione, pur non imponendo, di fatto, detta condotta. L'ovvia conseguenza è che l'interprete sarà portato ad ignorare quanto prescritto dall'art. 10,1° comma Cost. ed a non rilevare

³⁶ Si veda art. 24 del *Draft articles on State responsibility* del 1996, par. 7 e 8 del Commentario.

³⁷ PCIJ, *Phosphates in Morocco (Italy v. France)*, Preliminary Objections, PCIJ, Series A/B No 74.

³⁸ Si veda par. 21 e ss. *Seventh Report on State Responsibility* by Roberto Ago- Doc.A/CN.4/307 e add 1 e 2 e Corr. 1 e 2.

³⁹ Si veda par. 28 *Seventh Report on State Responsibility* by Roberto Ago- Doc.A/CN.4/307 e add 1 e 2 e Corr. 1 e 2.

⁴⁰ C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238 par. 3.2 Considerato in diritto, i principi fondamentali sono limiti all'ingresso della norma sulle immunità degli Stati, ma la Corte non si spinge fino a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma.

d'ufficio il difetto di giurisdizione⁴¹ nelle cause che coinvolgono la Germania, integrando solo a questo punto un illecito internazionale⁴². Ne consegue che sul piano della responsabilità dello Stato, la pronuncia della Corte costituzionale n. 238 del 2014, in quanto interpretativa di rigetto⁴³, di per sé non configura un illecito⁴⁴, ma ne realizza un presupposto. In tal senso sono importanti anche le motivazioni delle varie decisioni dei giudici di merito, che esplicitamente riconoscono di integrare un illecito internazionale, ma decidono comunque di accordare prevalenza ai diritti dei singoli⁴⁵. Orbene, se è solo con l'affermazione della giurisdizione da parte del giudice di merito – o meglio con il mancato rilievo del difetto di giurisdizione da parte dello stesso – che si può dire integrato l'illecito internazionale, occorre chiarire di che tipologia si tratti, posto che la Corte internazionale di giustizia non ne ha fornito una definizione.

Le varie *species* che emergono dalla prassi sono sostanzialmente quattro: l'illecito istantaneo, il continuato, il

⁴¹E. SCISO, *Brevi considerazioni sui primi seguiti della sentenza della Corte Costituzionale 238/2014*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 887 ss. e B. CONFORTI, *La Cour Constitutionnelle italienne et les droits de l'homme mecumus sur le plan international*, in *Revue General de Droit international Public*, 2015, p. 353

⁴² Si veda par. 145 del *Third Report on State responsibility* by Roberto Ago- Doc A/CN.4 and Add. 1-3, 1971, II.

⁴³ La scelta di utilizzare questa categoria di decisione è stata criticata da alcuni (A. TANZI, *Op. cit.*; E. CANNIZZARO, *Jurisdictional immunities and judicial protection: the decision of the Italian constitutional court n. 238 of 2014*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 126; C. PINELLI, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. cost.*, 5/2014, p. 3891; O. FERRAILOLO, *La sentenza 238/2014 della Corte Costituzionale e i suoi seguiti: alcune riflessioni a favore di un approccio costruttivo alla teoria dei contro-limiti*, in *Rassegna dell'istituto di studi giuridici Internazionali del CNR*, n. 2, 2014/2015) e vista con favore da altri (F. M. PALOMBINO, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? Il modello rivisitato della sentenza interpretativa di rigetto*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, p. 151; B. CONFORTI, *La Corte Costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*, 5/2014, p. 3885D)

⁴⁴B. CONFORTI, *La Cour Constitutionnelle italienne et les droits de l'homme mecumus sur le plan international*, in *Revue General de Droit international Public*, 2015 p. 353 e E. SCISO, *Brevi considerazioni sui primi seguiti della sentenza della Corte costituzionale 238/2014*, p. 888, cit.

⁴⁵ Par. 2.5 Trib. Piacenza, 28 settembre 2015, n. 722 e Trib. Firenze, 22 febbraio 2016, n. 691, par. 3 e 4.6.

composito (*composit*) e il complesso (*complex*). Nella prima tipologia, cui già si è fatto riferimento nel paragrafo precedente, rientrano gli atti a carattere immediato, che solitamente consistono in una singola azione. La seconda categoria riguarda l'illecito continuato, prevista sia nel *Draft articles on State responsibility* del 1996 sia nell'Articolato del 2001⁴⁶.

Nel caso dell'illecito continuato, la violazione viene compiuta con un atto che in un determinato momento si pone in contrasto con un obbligo internazionalmente sancito e la situazione di illiceità – oltre alla condotta illecita – si protrae nel tempo, fino a che la violazione non cessa. Tra i più noti esempi in proposito si ricordano il caso del sequestro del personale diplomatico statunitense a Teheran⁴⁷ e il caso *Rainbow Warrior*⁴⁸. Venivano qui in rilievo norme consuetudinarie sul trattamento dello straniero e del personale diplomatico e norme pattizie sulla soluzione di una controversia internazionale. Oltre a detti esempi classici, facendo riferimento alla giurisprudenza più recente, si possono menzionare *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*⁴⁹ in relazione all'obbligo di prevenire il genocidio compiuto dalla Serbia o *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)*⁵⁰ per aver gli Stati Uniti non permesso ai cittadini messicani di fare ricorso alla protezione consolare nei procedimenti che li vedevano coinvolti. Ed ancora, il caso *Papamichalopoulos*, in cui la Corte di Strasburgo⁵¹ ha

⁴⁶ Art. 19, 3° comma e art. 25 *Draft articles on State Responsibility* e art. 14, 2° comma *Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato* del 2001.

⁴⁷ ICJ, sentenza del 24 maggio 1980, *Personale diplomatico e consolare statunitense a Teheran (Stati Uniti d'America v. Iran)*, ICJ Reports 1980, p.3.

⁴⁸ *Rainbow Warrior (Nuova Zelanda v. Francia)*, sentenza del 6 giugno 1986, *Reports of International Arbitral Awards*, XIX, p. 199.

⁴⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Reports 2007, p. 43.

⁵⁰ ICJ, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, ICJ Reports 2004, p. 12.

⁵¹ Altri casi in cui rileva la natura continuata dell'illecito sono C. eur. dir. uomo, Grand Chamber, 9 aprile 2009, *Silih v. Slovenia*, Caso No. 71463/01, par. 108; C. eur. dir. uomo, Grand Chamber, 18 settembre 2009, *Varnava and Others v. Turkey*, Casi No. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, par. 161 e C. eur. dir.

affermato di essere competente anche per le violazioni antecedenti al riconoscimento da parte della Grecia della sua giurisdizione. Un ragionamento simile è stato seguito nel caso *Loizidou*⁵², in materia di espropriazione.

Terza categoria è quella dell'illecito composito, definito come: “*an act made up of a series of separate actions or omissions which relate to separate situations but which, taken together, meet the conditions for a breach of a given international obligation*”⁵³. Detta *species* è ben affrontata soprattutto nel commentario al *Draft articles on State Responsibility* del 1996⁵⁴, in cui viene portato come esempio il sistematico diniego di permessi di lavoro per stranieri: la violazione dell'obbligo di non discriminazione non si rinviene nel singolo diniego del permesso, ma nella prassi che ne emerge quando tale attività divenga sistematica. L'illiceità non deve necessariamente caratterizzare ogni singolo atto, ma è la ripetizione di condotte volte al medesimo fine, con medesimi contenuti ed effetti, a dare luogo ad un unico illecito, che legittima l'invocazione della responsabilità statale. Lo studio dei *composite internationally wrongful acts* è proseguito anche con lo Special Rapporteur Crawford⁵⁵, che ha ripreso e confermato quanto già elaborato in occasione della prima lettura⁵⁶: gli illeciti appartenenti a detta particolare categoria non devono necessariamente essere composti da singoli atti leciti. È possibile, anzi, che ogni singola azione della serie integri a sua volta un illecito internazionale, come, appunto, nel caso delle violazioni sistematiche dei diritti umani. Tra la giurisprudenza

uomo, Grand Chamber, 8 luglio 2004, *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*, Application No. 48787/99, par. 320-321; C. eur. dir. uomo, Grand Chamber, 13 dicembre 2012, *El-Masri v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application No. 39630/09, par. 97; C. eur. dir. uomo, 24 luglio 2014, *Al Nashiri v. Poland*, Application No. 28761/11, par. 207

⁵² C. eur. dir. uomo, 18 dicembre 1996, *Loizidou v. Turkey*, sentenza di merito, *ECHR Report* 1996-VI 2216.

⁵³ Par. 22 Commentario al *Draft articles on State Responsibility*.

⁵⁴ Art. 19, 4° comma e par. 22 e ss. Commentario al *Draft articles on State Responsibility*.

⁵⁵ Par. 9, art. 15 del Commentario al Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001.

⁵⁶ Par. 64-66, *Fifth Report on State Responsibility* by Mr. Roberto Ago, A/CN.4/291 Add. 1 e 2 and Corr.1.

che ha fatto riferimento a questa categoria di atti si possono citare *Al Nashiri v. Poland* e *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, relativi ad una serie trattamenti inumani e degradanti subiti dagli attori⁵⁷.

La quarta ed ultima tipologia riguarda gli illeciti complessi, che trovano menzione nel *Draft articles on State Responsibility* del 1996⁵⁸, ma non nel Progetto di articoli del 2001. Essi erano definiti come una serie di azioni od omissioni, relative al medesimo caso ed interconnessi tra loro, l'illecito si perfeziona quando si concretizza l'ultimo atto della serie⁵⁹. I *complex wrongful act* non hanno trovato codificazione all'interno dell'Articolato del 2001, in quanto non compatibili con la logica di semplificazione imposta dallo Special Rapporteur Crawford: gli stessi, infatti, non sono conciliabili con la prassi⁶⁰. Altro problema è la somiglianza con l'illecito a carattere composto, in quanto ciò che differisce tra l'uno e l'altro è meramente la posizione da cui la condotta viene osservata, quindi il momento in cui l'illecito deve ritenersi perfezionato. Nel caso del *composit wrogful act* la condotta antiggiuridica inizia con il primo atto illecito della serie, al contrario nel caso dell'illecito complesso, il perfezionamento della violazione si ha al compimento dell'ultimo atto illecito della catena, la conseguenza è un'eccessiva libertà nell'applicazione del criterio intertemporale. Ultimo aspetto problematico attiene alla definizione di illecito complesso, poiché è lasciato all'ermeneutica dell'operatore, che cosa debba intendersi per "medesimo caso" a cui i singoli illeciti devono essere ricondotti. Per queste diverse ragioni⁶¹, la figura

⁵⁷ C. eur. dir. uomo, 24 luglio 2014, *Al Nashiri v. Poland*, Application No. 28761/11, par. 207 e C. eur. dir. uomo, 24 luglio 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, Application No. 7511/13 par. 201.

⁵⁸ Art. 19.5° comma *Draft articles on State Responsibility* 1996 e par. 22 Commentario.

⁵⁹ Par. 67 e ss., *Fifht Report on State Responsibility* by Mr. Roberto Ago, A/CN.4/291 Add. 1 e 2 and Corr.1.

⁶⁰ ICJ, sentenza del 25 settembre 1997, *Progetto Gabcikovo-Nagymaros (Ungheria c. Slovacchia)*, ICJ Reports 1997, p. 7. Per la Corte l'illecito imputato alla Slovacchia veniva ricondotto non all'inizio della preparazione dell'infrastruttura dalla Variante C, ma piuttosto alla sua attivazione.

⁶¹ Per un approfondimento si veda J. PAUWELYN, *The concept of a continuing violation of international obligation: selected problems*, in *British Yearbook of International Law*, LXVI, 1/1996, pp. 415-450.

del *complex wroglful act* è stata abbandonata dalla Commissione del diritto internazionale per la codificazione del 2001⁶².

Tornando all'oggetto della disamina, nel momento in cui gli organi giurisdizionali italiani omettono di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione nei confronti della Germania, entrando nel merito della causa, violano l'obbligo internazionale di garantire l'immunità. Ciò potrebbe indurre a ritenere che ogni singola decisione riguardante la giurisdizione rappresenti un fatto illecito distinto attribuibile allo Stato italiano. Tuttavia, la prassi di giungere alla condanna dello Stato tedesco per i danni subiti dalle vittime del Terzo *Reich* rappresenta oramai giurisprudenza consolidata. A parte una breve parentesi immediatamente successiva alla sentenza della Corte dell'Aja del 2012, può affermarsi che è dal caso *Ferrini* in poi che l'immunità dalla giurisdizione di cognizione per atti *iure imperii* consistenti in crimini internazionali viene infranta a mezzo di una ripetizione sistematica di pronunce giurisdizionali. Ed allora, sembra più conforme alla categorizzazione effettuata dalla Commissione del diritto internazionale⁶³ qualificare la condotta italiana come un illecito internazionale composito, ossia una singola condotta che si compone di una serie di azioni od omissioni indipendenti tra loro, riguardanti ricorrenti diversi, ma afferenti al medesimo tipo di violazione⁶⁴. Non pare che l'identità di oggetto tra il singolo atto parte della serie e la violazione integrata con la serie stessa sia un elemento ostativo a tale qualificazione. Sebbene sia vero che la categoria di illecito composito viene solitamente applicata a serie di singoli illeciti dal diverso carattere, alla stessa pare riconducibile una serie di illeciti del medesimo tipo, trattandosi di una condotta anti-giuridica dal carattere ancora più omogeneo. La durata della violazione si estende per tutta la permanenza della non

⁶² Par. 93-133, in particolare par. 133, *Second Report on State Responsibility* by Mr. James Crawford, Doc. A/CN.4/498 and Add.1-4

⁶³ Par. 61 e ss., *Fifth Report on State Responsibility* by Mr. Roberto Ago, A/CN.4/291 Add. 1 e 2 and Corr.1.

⁶⁴ Si veda par. 5 del Commentario all' art. 19 *Draft articles on State Responsibility* 1996.

conformità al diritto internazionale generale, pertanto l'illecito assume anche un carattere continuativo⁶⁵.

La categoria dell'illecito complesso, invece, non sembra essere pertinente al caso di specie, in quanto porterebbe a considerare ogni singola pronuncia passata in giudicato – sia essa una sentenza di merito o di legittimità – un illecito a sé stante composto da singoli illeciti consistenti nei diversi gradi di giudizio. Ciò potrebbe a trascurare l'illiceità della condotta italiana che merita, a parere di chi scrive, di essere considerata nel suo insieme in quanto consistente in una prassi giurisprudenziale consolidata.

5. Le conseguenze degli illeciti

La qualificazione effettuata è necessaria per comprendere quali siano le possibili conseguenze dei fatti illeciti sin qui esaminati. Serve operare un distinguo tra la mancata esecuzione della sentenza della Corte dell'Aja e la mancata applicazione della regola sull'immunità dalla giurisdizione, posto che l'una è la conseguenza dell'altra.

Riguardo al primo illecito, esso si configura come istantaneo, seppure con effetti che si protraggono nel tempo. Pertanto, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 5 del 2013 configura un fatto, rispetto al quale la Germania potrebbe invocare la responsabilità internazionale italiana ed attivare le procedure coercitive al fine di ottenere l'esecuzione della sentenza del 2012.

Circa la violazione della norma consuetudinaria sull'immunità, la questione è più complessa. Volendo inquadrare la condotta italiana come un illecito di tipo composito, serve chiedersi quale sia il momento iniziale della serie di atti contrari agli obblighi internazionali. Ora, se si vuole considerare illecita la prassi instaurata dalla giurisprudenza nazionale si può affermare che il primo atto illecito della serie consiste nella prima mancata applicazione della regola delle immunità, cioè il caso

⁶⁵A. CIAMPI, *The International Court of justice between "reason of State" and demands for justice by victims of serious international crimes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 375.

Ferrini del 2004⁶⁶, il quale ha dato avvio alla prassi. Sembra poco funzionale sottolineare che vi è stata una parziale inversione di tendenza nel periodo immediatamente successivo all'emanazione della legge n. 5 del 2013, poiché una volta espunto dall'ordinamento l'obbligo di dichiarare d'ufficio il difetto di giurisdizione, come richiesto sia dal diritto internazionale che dalla Corte internazionale di giustizia, l'immunità non è più stata garantita. Sembra, perciò, ragionevole sostenere che è dal 2004 ad oggi che la Repubblica Italiana è inadempiente rispetto all'obbligo di mantenere immune dalla propria giurisdizione di cognizione la Repubblica Federale di Germania.

Le conseguenze di un illecito di durata comprendono, oltre all'obbligo di riparazione, anche quello di cessazione della condotta antiggiuridica⁶⁷. Ciò posto, assodata la necessità che l'Italia cessi il contegno antiggiuridico e presti le opportune garanzie di non ripetizione dell'illecito, sul versante della riparazione dovuta sembra potersi affermare che, data l'esiguità dei danni in concreto subiti dalla Repubblica Federale di Germania, ci si possa limitare a forme di soddisfazione *ex art. 37* del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato.

Per ciò che è noto, non risulta che, in seguito alla sentenza della Consulta, la Germania abbia attivato alcuna delle procedure previste dalla Carta ONU o dalla Convenzione europea sul regolamento pacifico delle controversie del 1957. È pur vero, però, che la Repubblica Federale non ha mancato di richiamare l'attenzione sull'illiceità della condotta italiana tramite il deposito presso il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale di una Nota nel 2015⁶⁸. In questo documento, l'Ambasciatore tedesco ripercorre l'iter della controversia nel procedimento innanzi alla Corte dell'Aja. Egli prende atto della sentenza della Consulta del 2014 e ricorda la

⁶⁶ Sentenza della Corte di Cassazione civile a sezioni unite (n. 5044/2004) che per la prima volta ha affermato la giurisdizione italiana a fronte dei crimini di guerra commessi dalla Germania Nazista, in eccezione alla regola delle immunità.

⁶⁷ Art. 34 Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato 2001.

⁶⁸ Nota verbale 2/15 con il n. RK 553.32.

necessità per l'Italia di conformarsi agli obblighi imposti dall'ordinamento internazionale, in particolare di dare esecuzione alla sentenza del 2012. Nella Nota si afferma che la pronuncia della Corte costituzionale non può modificare nulla di quanto statuito dalla Corte internazionale di giustizia e che le norme dell'ordinamento interno non possono essere invocate a giustificazione del mancato rispetto di obblighi sovranazionali. La Nota precisa che il “*principio*”⁶⁹ delle immunità non può essere limitato nemmeno dai principi fondamentali dell'ordinamento. Si aggiunge che le domande delle vittime del Terzo *Reich* erano già state esaminate nel merito dai Tribunali tedeschi, che ne avevano escluso la fondatezza, pertanto alle stesse era già stata fornita adeguata tutela nelle sedi preposte. Infine, l'Ambasciata tedesca chiede esplicitamente come l'Esecutivo italiano intenda agire e ricorda che in base alle norme sulla responsabilità internazionale dello Stato, la Repubblica Italiana è tenuta ad assicurare la cessazione delle condotte lesive e a risarcire i danni derivanti dai vari atti illeciti compiuti dagli organi giurisdizionali nazionali.

Non si ha notizia di ulteriori attività da parte della Germania, né della risposta fornita dall'Italia, al contrario le negoziazioni non sembrano mai essere state aperte. Tale ultima inattività, se confermata, contravviene all'obbligo di trovare una soluzione negoziale alla controversia, imposto dalla Corte dell'Aja con la sentenza del 2012⁷⁰, cui la Repubblica Federale di Germania sembra essersi sottratta⁷¹.

Una possibile spiegazione alla situazione di stallo, che vede da un lato le vittime del Terzo *Reich* insoddisfatte e dall'altro lo Stato italiano passibile di contromisure, potrebbe rinvenirsi nell'impossibilità di dare esecuzione alle sentenze di merito che

⁶⁹ Par. 4 Nota verbale 2/15 con il n. RK 553.32.

⁷⁰ Par. 104 ICJ, sent. 03/02/2012, *Germany v. Italy*: “*It considers however that the claims arising from the treatment of the Italian military internees referred to in paragraph 99, together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled — and which formed the basis for the Italian proceedings — could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue.*”

⁷¹ Queste le affermazioni del Governo tedesco, in risposta agli interrogativi dei parlamentari del partito *Linke (Kleine Anfrage)*, ed in particolare dell'onorevole *Ulla Jelpke*. *Deutscher Bundestag, drucksache 18/10140*, 18. Wahlperiode, 25/10/2016, in <https://kleineanfragen.de/bundestag/>

condannano la Germania, in ragione della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione esecutiva. Tale previsione non è mai stata messa in discussione da nessuna autorità giudiziaria, ma rafforzata con la l. n. 162 del 2014 art. 19-*bis*⁷². Di recente la Corte di Cassazione⁷³ si è pronunciata, affermando che i beni stranieri adibiti all'esercizio di pubbliche funzioni non sono aggredibili, sebbene le sentenze di condanna rimangano titolo esecutivo valido.

6. Conclusioni

A conclusione di questa breve indagine, può affermarsi, da un lato, che la Repubblica Italiana è responsabile sia per l'esercizio della giurisdizione di cognizione nei confronti della Germania, in ragione dell'indirizzo fornito dalla Consulta, sia per la mancata esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia, poichè la pronuncia n. 238 del 2014 ha espunto dall'ordinamento la norma a ciò preposta.

Dall'altro lato, i singoli, per quanto titolari di sentenze loro favorevoli sono impossibilitati nell'esecuzione⁷⁴ delle stesse. Difatti, resta ben salda anche nella giurisprudenza italiana la regola dell'immunità dall'esecuzione sui beni destinati ad attività a carattere pubblico appartenenti a Stati stranieri, mai messa in discussione da alcun giudice. A tal proposito non deve stupire la volontà dell'Esecutivo di limitare il più possibile l'aggredibilità di beni stranieri attuata con la legge n. 162 del 2014, art. 19-*bis*. È chiaro che se si permettesse di eseguire le sentenze di merito pronunciate sino ad oggi, il rischio di integrare un nuovo illecito infrangendo la regola dell'immunità dalla giurisdizione esecutiva sarebbe elevato. È evidente che sarebbe stato

⁷² Norma che rende impossibile rivalersi sui conti correnti bancari tedeschi, in quanto per procedere all'esecuzione è necessaria una dichiarazione insindacabile del capo della missione diplomatica.

⁷³ Cass. civ., 8 giugno 2018, n. 14885. Si veda O. LOPES PEGNA, *Giù le mani da Villa Vigoni: quale tutela effettiva per le vittime di gravi crimini compiuti da Stati esteri?*, in *Riv. dir. intern.*, 2018, p. 1237.

⁷⁴ Per un approfondimento D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2017, p. 961.

preferibile un intervento diretto della Corte Costituzionale⁷⁵, la quale, oltre ad applicare i contro-limiti, avrebbe potuto tracciare con la propria determinazione, una via in concreto percorribile per garantire una forma di tutela ai singoli. Al momento, l'unica soluzione possibile appare un intervento dello Stato italiano, il quale potrebbe liquidare volontariamente, anche in forma di indennizzo, le somme spettanti alle vittime del Terzo *Reich* o dei loro eredi, oppure potrebbe intervenire nei processi di esecuzione⁷⁶.

Ad oggi, una forma di garanzia potrebbe rinvenirsi nell'istituto della protezione diplomatica in favore delle vittime della Germania nazista. La possibilità di godere di questo tipo di tutela sembrerebbe il risultato di un concreto bilanciamento tra all'impossibilità di vedersi risarciti e il diritto a vedersi garantiti i propri diritti⁷⁷. Posta l'evoluzione della materia⁷⁸, ad oggi non risulta che l'Italia abbia deciso di agire in tal senso. Difatti, non sussiste per lo Stato un obbligo di attivarsi⁷⁹ in protezione dei propri cittadini, in quanto si tratta di una mera facoltà. L'art. 19 del *Draft articles on Diplomatic Protection 2006* sembrerebbe in astratto applicabile al caso di specie: esso prescrive la necessità per lo Stato di prendere in considerazione la possibilità di agire in protezione diplomatica quando si è verificato un danno di notevole entità. Tuttavia, data la non vincolatività della norma in

⁷⁵ G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto alle norme internazionali generali e alle norme dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 1035 ss. e P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out*, in *QIL, Zoom out II*, 2014, pp. 44-47.

⁷⁶ O. LOPES PEGNA, *Op. cit.*

⁷⁷ Sul par. si veda P. PALCHETTI, *Op. cit.*

⁷⁸ Si veda P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, pp. 68 ss. e P. PUSTORINO, *Protezione diplomatica ed interesse legittimo dell'individuo*, in *Riv. dir. intern.*, 2012, pp. 156 ss.

⁷⁹ In tal senso, M. I. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 669 e A. VEERMEER-KÜNZLI, *A matter of interest: diplomatic protection and State Responsibility erga omnes*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, LVI, 3/2007, p. 553-581. Per un approfondimento si veda anche A. VERMEER-KUNZLI, *Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection*, in *Nordic Journal of International Law*, 2006, pp. 279-307.

esame⁸⁰, oltre all'assenza di un obbligo internazionalmente previsto in tal senso, la protezione diplomatica non pare applicabile al caso di specie.

Sarebbe auspicabile, infine, che entrambi i Paesi coinvolti provvedessero a dare esecuzione all'obbligo di trovare una soluzione in via negoziale, come sancito dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012. Ne consegue che, al momento in cui si scrive, la controversia Germania c. Italia resta ancora priva di una soluzione.

⁸⁰ Si veda il Commentario all'art. 19 del *Draft articles on Diplomatic Protection 2006*, par. 2 che definisce la norma una norma di sviluppo progressivo.

APPENDICE
ATTIVITÀ DIDATTICHE DEL DOTTORATO DI
RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO
A.A. 2018/2019

Avv. Massimo Massella Ducci Teri, *L'Avvocatura dello Stato al giorno d'oggi (lezione magistrale)*

Prof. Raffaello Lupi, *Diritto tra scienza per tecnici e scienza sociale: scientificità e ricerca in materia giuridica, tra tecnicismi e sociologismi*

Prof. Cristiano Cupelli, *Recenti sviluppi e nuove prospettive in tema di responsabilità penale in ambito sanitario e consenso informato*

Prof. Carlotta Latini, *Il diritto/dovere di vivere. Enrico Ferri e l'emersione dei "diritti infelici"*

Prof. Andrea Buratti, *Corte suprema, judicial review e diritti fondamentali negli Stati Uniti*

Prof. Roberto Rampioni, *Difesa sociale, bisogno di sicurezza e garanzie individuali*

Incontro di studi (a cura del Prof. Luigi Daniele), *Tutela del copyright e accesso al mercato digitale. Le proposte del Parlamento europeo*

Prof. Alessandra Gianelli, *L'interpretazione delle norme internazionali nei processi di adattamento del diritto italiano*

Prof. Aristide Police, *L'evoluzione della giurisdizione contabile a due anni dal Codice*

Dott. Davide Rossi, *La rappresentanza politica a cento anni dalla Carta del Carnaro e dall'esperienza fiumana di Gabriele D'Annunzio*

Prof. Elda Turco Bulgherini, *Controllo delle frontiere e contrasto al traffico via mare dei clandestini*

Pres. Filippo Patroni Griffi, *L'Europa e il giudice (lezione magistrale)*

Prof. Rossella Fonti, *La nuova disciplina sull'ammissibilità delle impugnazioni*

Prof. Antonio D'Atena, *Democrazia liberale, democrazia illiberale e democrazia della rete (lezione magistrale)*

Prof. Luigi Daniele - Prof. Cristiano Cupelli, *Taricco: finale di partita. Cosa resta di un (vero o presunto) dialogo*

Prof. Aristide Police, *Giustizia sportiva e giudice amministrativo nella recente decretazione d'urgenza*

Prof. Stefano Preziosi, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem*

Prof. Vincenzo Nico D'Ascola, *Verso un giusto sistema di prevenzione*

Incontro di studi (a cura del Prof. Aristide Police), *L'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*

Prof. Francesco Bonini, *Il settennato: un percorso di storia costituzionale (lezione magistrale)*

Incontro di studi (a cura del Prof. Aristide Police), *Diritto amministrativo: il tramonto della specialità?*

Prof.ssa Olga Paz Torres, *Los derechos de la Constitution de 1931 como espacio de oportunidad profesional para las mujeres*

Prof. Roberto Rampioni, *Le modifiche al "sistema penale" fra populismo politico e populismo giudiziario*

Prof. Giulio Enea Vigevani, *Il pluralismo dell'informazione nell'età della rete*

Dott. Umberto Ronga, *La legislazione negoziata. Modelli di partecipazione e ipotesi di regolazione*

Prof. Natalino Ronzitti, *L'inquadramento giuridico delle missioni di pace italiane*

Avv. Emanuela Rotolo, *La responsabilità degli amministratori delle Società a partecipazione pubblica: problemi e prospettive*

Prof. Francesco Viganò, *Verso uno ius commune dei diritti fondamentali (lezione magistrale)*

Dott. Sarah Lattanzi, *Il ruolo dei "travaux préparatoires" nell'interpretazione del diritto dell'Unione Europea (presentazione della tesi di dottorato)*

Prof.ssa Federica Mucci, *Sovranità degli Stati ed efficacia delle reti internazionali di zone naturali protette: Natura 2000 e non solo*

Tavola rotonda: Prof. Donatella Morana - Prof. Cristiano Cupelli - Dott. Luca Pirozzi, *Libertà di cura, aiuto al suicidio e diritto alla vita: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Cappato*

Prof. Stefania Mabellini, *Il Legislatore retrospettivo. Profili costituzionali*

Seminario (a cura della Prof. Daniela Felisini), *Verso le elezioni europee del maggio 2019. A quarant'anni dalla prima elezione diretta del Parlamento Europeo*

Prof. José Luis Iriarte Angel, *Contratti internazionali e diritti umani*

Prof. Aristide Police - Prof. Giandomenico Comporti, *Nuove prospettive per l'Amministrazione pubblica?*

Convegno (a cura del Prof. Adolfo Scalfati), *L'incursione penale degli ultimi mesi. Nodi interpretativi e libertà fondamentali*

Prof. Gian Luigi Gatta - Dott. Francesco Minisci - Prof. Roberto Rampioni - Prof. Andrea Buratti - Prof. Cristiano Cupelli, *La nuova legittima difesa*

Prof. Mauro Palma, *Riflessioni in tema di divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (lezione magistrale)*

Convegno (a cura di Prof. Francesco Marini), *Coordinamento della finanza pubblica e autonomia territoriale. Fra armonizzazione e accountability*

Prof. Ernesto De Cristofaro, *Antisemitismo e diritto: un percorso tra storia e memoria*

Prof. Angel Tinoco Pastrana, *L'ordine europeo di indagine*

Dr. Tania Cooper Patriota - Dr. Antonio Mendez de Zubillaga, *Peace and justice in Colombia: a historical turning point and its challenges*

Prof. Aristide Police - Cons. Daniela Morgante, *Nuove prospettive per il diritto ed il processo contabile*

XXIV Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*

Prof. Roberto Rampioni, *Consumazione ed esaurimento del reato*

Prof.ssa Elda Turco Bulgherini, *Spazi marini e tutela delle frontiere*

Prof. Andrea Buratti, *L'ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale*

Prof. Elio Carmelo Tavilla, *La pena di morte in Italia: dall'epoca positivista al Codice Zanardelli*

Prof. Luigi Daniele, *Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale in materia di diritto dell'Unione europea*

Prof. Stefania Cavagnoli, *Le caratteristiche del linguaggio giuridico italiano*

Prof. Cristiano Cupelli, *Sindacato del giudice penale e discrezionalità amministrativa: la perdurante attualità dell'abuso d'ufficio*