

# DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

0

*Rassegna on line*

Fascicolo n. 1/2017  
ISSN 2421-0528

**SOMMARIO\***

Stefania Cavaliere – *Gli incerti confini della disciplina giuridica della professione di guida turistica tra diritto dell’Unione europea e ordinamento nazionale.* (p. 3)

Giampiero Buonomo – *Per l’ibridazione delle corti europee* (p. 36)

Vincenzo Coccozza – *Il quesito nel referendum costituzionale: leggi di riforma organica o a contenuto plurimo* (p. 77)

Domenico Andracchio – *Tempo, economia e responsabilità tra «stato amministrazione» e «stato-giudice»* (p. 87)

Vincenzo Coccozza – *Disciplina dei porti e nuovi modelli di amministrazione pubblica per una dimensione europea* (p. 147)

Giuliano Vosa – *Dei molteplici raccordi tra forme di organizzazione politica e tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo: oltre la vicenda OMT* (p. 156)

Elisabetta Palici di Suni – *Simboli religiosi e laicità: una possibile composizione? Perplexità su alcune recenti pronunce* (218)

Ilaria Rivera – *Corte giust. Uliens de Schooten del 15 novembre 2016: la responsabilità contrattuale dello Stato per violazione del diritto UE tra giudizio della Corte di Giustizia dell’Unione europea e Corte europea dei diritti dell’uomo* (225)

Luigi Ferraro – *La maternità surrogata tra coppie same sex e coppie etero. Un esame della giurisprudenza (ultima) interna e della Corte EDU* (234)

Filippo Patroni Griffi – *Giudice amministrativo e integrazione giuridica europea. Relazione al seminario “Il ruolo dei giudici nazionali nell’integrazione giuridica europea”, Roma, Consiglio Superiore della Magistratura, 22 giugno 2017* (259)

Andrea Napolitano – *Le prospettive della nuova disciplina delle società a partecipazione pubblica tra interventi normativi e giurisprudenziali* (273)

---

\* Secondo la data di pubblicazione.

Notizie sugli Autori (p. 302)

**CORTE GIUST. SENT. ULLENS DE SCHOOTEN DEL 15 NOVEMBRE 2016: LA RESPONSABILITÀ  
EXTRACONTRATTUALE DELLO STATO PER LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO UE  
TRA GIUDIZIO DELLA CORTE  
DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI  
DELL'UOMO\*.**

3

di Stefania Cavaliere\*\*

**Sommario.** 1. I termini della questione. - 2. La complicata evoluzione della disciplina interna in materia di guide turistiche tra Costituzione, leggi statali e leggi regionali. - 3. La procedura di infrazione Eu Pilot 4277/12/MARK, la legge europea 2013, il modello economico europeo e altre questioni. – 3.1. Le libertà comunitarie e la questione dell'individuazione della Direttiva europea applicabile alle guide turistiche. - 4. I decreti del Ministero per i beni e le attività culturali 29 gennaio e 17 aprile 2015, una “soluzione tutta italiana” per bypassare la normativa europea. - 5. Brevi note sulla riforma costituzionale mancata. Considerazioni conclusive.

### **1. I termini della questione.**

La liberalizzazione del mercato delle professioni fortemente voluta dall'Unione europea al fine di garantire l'effettiva libertà di circolazione dei professionisti quale fattore capace di contribuire alla definizione di un "modello europeo di società" mostra, come è evidente dalla disamina delle norme succedutesi in tale materia, ancora un percorso non agevole costellato di complessità di indubbio rilievo dove la giurisprudenza comunitaria ha giocato un ruolo di primaria importanza. Molte sono le resistenze opposte dagli Stati membri alle libertà legate alla tutela della concorrenza cardine dell'Unione e strettamente connessa all'obiettivo di realizzare nei Paesi aderenti una crescita economica sostenibile capace di creare nuovi e migliori posti di lavoro. Questo perché, ovviamente, la creazione di un mercato unico dei servizi con regole comuni si è

---

\* Sottoposto a referendum

\*\* Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell'economia – Università di Bari “Aldo Moro”.

scontrata con la naturale tendenza degli Stati membri ad applicare la propria legislazione nazionale ai soggetti provenienti dagli altri Paesi dell'Unione, siano imprese o persone fisiche, che operano, a titoli diversi, sul proprio territorio. In Italia, peraltro, l'interesse delle professioni alla protezione statale spesso convergente con l'interesse dello Stato alla regolazione protetta di queste ultime<sup>1</sup> e gli incisivi poteri delle associazioni di categoria e degli ordini professionali (soggetti di cui, peraltro, l'Unione europea si disinteressa) sulla tutela delle professioni e sull'applicazione delle summenzionate misure di liberalizzazione, ha creato situazioni decisamente complicate e, a volte, quasi paradossali.

La disamina dell'evoluzione relativa alla disciplina interna in tema di guida turistica e in generale in tema di professioni turistiche, ovvero di quelle attività svolte in forma autonoma abituale e individuale, aventi a oggetto la prestazione di servizi ai turisti, evidenzia tematiche emblematiche riguardanti l'integrazione della normativa italiana con i principi e i dettami dell'Unione europea, mostrando incertezze normative e molti nodi ancora da sciogliere anche per le numerose incoerenze dovute all'intreccio e alla sovrapposizione di materie e competenze tra Stato e Regioni che, peraltro, hanno impegnato spesso la Corte costituzionale nella loro difficile risoluzione<sup>2</sup> in quanto, tale figura è per sua natura caratterizzata da una forte ambiguità dovuta alla coesistenza nella sua regolamentazione, della materia turismo, della materia professioni e formazione professionale, nonché della materia tutela della concorrenza.

Il caso della contorta e, per la verità, non ancora del tutto definita, vicenda delle norme aventi a oggetto la professione di guida turistica che si sono succedute e sovrapposte nel tempo con non poca opacità dal punto di vista sia giuridico, sia da quello eminentemente pratico, sembra, quindi, non poco interessante perché permette di approfondire singolari profili connessi a questioni di legittimità costituzionale, ma anche le annose problematiche giuridiche sottese al rapporto tra le norme comunitarie e le fonti nazionali, i cui processi decisionali, oggi, risultano fortemente condizionati sia nel metodo che nel merito<sup>3</sup>. In tal modo si potranno esaminare significative tematiche collegate al non facile processo di europeizzazione del nostro ordinamento nazionale, la cui evoluzione, ancora in *feri*, è sempre più segnata dalla giurisprudenza tanto dalla Corte

<sup>1</sup> A. POGGI, *La riforma delle professioni in Italia: sollecitazioni europee e resistenze interne*, in *Le Regioni*, 2009, n. 2, 380, ss.

<sup>2</sup> In generale sull'argomento, B. G. MATTARELLA e A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Bagno a Ripoli (Fi), 2013.

<sup>3</sup> I. NICOTRA, *Il processo di europeizzazione degli ordinamenti nazionali e di nazionalizzazione delle politiche europee: questioni ancora aperte*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2007, 3.

Costituzionale quanto dai Giudici dell'Unione. È ormai evidente, infatti, che la maggior parte delle scelte di politica economica sono elaborate in ambito comunitario e che l'introduzione *ex art. 117 Cost.*, comma 1, dei "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" allo stesso livello del "rispetto della Costituzione" tra i limiti alla potestà legislativa statale e regionale, ha confermato la rilevanza delle fonti europee nel nostro sistema giuridico.

## 2. La complicata evoluzione della disciplina interna in materia di guide turistiche tra Costituzione, leggi statali e leggi regionali.

5

In Italia, fino agli anni '80, non esisteva una precisa disposizione normativa che disciplinava compiutamente la professione di guida turistica, la quale veniva considerata compresa tra i "mestieri girovaghi" ed era regolata da prescrizioni, peraltro risalenti al periodo prebellico, contenute in leggi di pubblica sicurezza in quanto i profili di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica erano, all'epoca, considerati prevalenti rispetto a quelli concernenti il turismo e la tutela del turista inteso come consumatore<sup>4</sup>. Solo molto tempo dopo, sotto la spinta del processo di regionalizzazione<sup>5</sup>, fu emanata la legge quadro 17 maggio 1983, n. 217 in materia di turismo, al fine di dare attuazione alla Costituzione, che nella formulazione dell'art. 117 anteriore al 2001, come è noto, collocava "turismo e industria alberghiera" tra le materie comprese nella potestà legislativa concorrente<sup>6</sup>. La legge quadro del 1983, al fine di tutelare le attività aventi pubblico interesse, assoggettò a provvedimento autorizzatorio l'esercizio delle professioni turistiche, in considerazione della loro "rilevanza sia sotto il profilo sociale che sotto quello economico" (art. 1). La medesima legge,

<sup>4</sup> L. RIGHI, *Le professioni turistiche*, in V. FRANCESCHELLI, F. MORANDI, *Manuale di legislazione del turismo*, Torino, 2013, 181 ss., ma anche M. P. CHITI, *Le professioni turistiche tra "mestieri" e "libere professioni"*, in *Riv. giur. pol. loc.*, 1987, 439, ss.

<sup>5</sup> Un'attuazione dell'autonomia regionale si ebbe nel corso degli anni '70, rispettivamente con i decreti delegati del 1972 e più tardi con il più incisivo d.P.R. n. 616/1977. Per una lucida e completa analisi circa l'evoluzione e le problematiche del regionalismo in Italia anche riguardo all'attuale processo di riforma della Costituzione, tra gli altri, F. GABRIELE, *Il regionalismo tra crisi e riforme costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

<sup>6</sup> Per una esauriente disamina sulla potestà legislativa in materia di turismo nella Costituzione, L. GRIMALDI, *La potestà legislativa regionale in materia di turismo nella Costituzione (prima e dopo il 2001), nella giurisprudenza costituzionale e nel progetto di riforma "Renzi-Boschi"*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), n. 1/2015.

inoltre, individuò diverse tipologie di professioni turistiche<sup>7</sup>, prevedendone dieci, non ritenute tassative<sup>8</sup>, delle quali descriveva le relative attività, rinviando, poi, alle Regioni la disciplina di dettaglio. Tra le varie professioni, l'art. 11 della legge n. 217 disciplinò anche quella di guida turistica che era delineata come un'attività strettamente connessa all'illustrazione del patrimonio, storico, artistico, culturale e ambientale i cui esercenti dovevano essere iscritti in albi o registri previo superamento un apposito esame di idoneità. Dopo la prima legge quadro sul turismo per esercitare tale professione era necessario, pertanto, ottenere, sia l'abilitazione professionale, sia la licenza di pubblica sicurezza, che, ancora in vigore in base a T.U. di pubblica sicurezza del 1931, fu poi successivamente abrogata con il d.lgs. n. 112/1998 in attuazione dei principi di semplificazione e decentramento, cardini delle c.d. leggi Bassanini. Nel 1995, invece, per adempiere ai numerosi pronunciamenti della Corte di Giustizia, per la verità non troppo chiari<sup>9</sup>, e nell'intenzione di fermare una procedura di infrazione<sup>10</sup> aperta nei confronti dell'Italia dalla Commissione europea che, ovviamente, auspicava la piena attuazione delle libertà di circolazione e di stabilimento del Trattato, fu emanato un atto di indirizzo e di coordinamento nei confronti delle Regioni<sup>11</sup>, dove si demandava alle stesse di individuare, di intesa con le Sovrintendenze, i siti che potevano essere illustrati solo da guide specializzate, dotate di un'apposita abilitazione. Nell'ambito di questi siti le guide turistiche provenienti da altri Paesi membri erano soggette al riconoscimento del proprio titolo in Italia attraverso l'espletamento di alcune procedure atte a garantire e accertare l'acquisizione delle specifiche conoscenze di tali territori. Al di fuori di questi siti, i turisti provenienti in Italia da altro Stato dell'Unione nel corso di un viaggio a

<sup>7</sup> Un'analisi, anche economica, dell'evoluzione delle professioni turistiche è fornita da, R. GARIBALDI (a cura di), *Professioni del turismo, tra tendenze e mutamenti*, Milano, 2008.

<sup>8</sup> E' da rimarcare che in vigenza della legge n. 217/1983, le Regioni si sentirono autorizzate a regolamentare altre tipologie di professioni turistiche poiché, la legge summenzionata al comma 1 dell'art. 11, prevedeva che le Regioni dovessero accertare i requisiti per l'esercizio delle professioni elencate, ma anche di ogni altra professione attinente al turismo e anche la Corte costituzionale sembrava avallare questa tesi, a proposito, si v., Corte cost. sent. 23/12/2005 n. 459 e il commento di M. MALO, *Turismo e professioni*, in *Le Regioni*, 2006, 555 ss.

<sup>9</sup> Tra le numerose sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee, si v. la sent. 26/2/1991, in causa C-180/89, la sent. 26/2/1991, in causa C-1989/89 e la sent. 22/2/1994, in causa C-375/92. In tali sentenze la Corte di Giustizia ha ritenuto che le discipline nazionali che assoggettano l'attività di guida turistica al possesso di una specifica abilitazione e all'iscrizione a un albo o elenco danno luogo a un'indebita restrizione della circolazione dei servizi in questione, pur riconoscendo, comunque, nel rispetto del principio di proporzionalità, agli Stati membri la possibilità di tutelare la corretta diffusione del proprio patrimonio storico artistico nazionale attraverso l'individuazione di ambiti peculiari ed esclusivi per "guide professioniste" (come le chiama il Giudice comunitario) che hanno una specifica qualificazione preventivamente accertata dalle autorità amministrative secondo le normative previste da ciascuno Stato membro.

<sup>10</sup> Procedura di infrazione n. 87/0071 del 5/7/1995.

<sup>11</sup> d.P.R. 13 dicembre 1995.

“circuito chiuso” potevano usufruire anche di professionisti non dotati di specifica abilitazione italiana poiché bastava che questi ultimi fossero soggetti solo a un accertamento da parte della Regione facente parte del *tour* di possedere un documento valido nello Stato membro di provenienza per svolgere l’attività di guida turistica. La legge n. 217/1983 fu, in seguito, abrogata da una nuova legge quadro sul turismo, la l. 29 marzo 2001, n. 135<sup>12</sup> che, abbandonando il sistema dell’elencazione analitica delle professioni turistiche presente nella precedente normativa, ritenuta inadeguata a fronteggiare le rapide trasformazioni di un fenomeno sociale in continua evoluzione quale quello turistico, fornì una definizione di guida turistica piuttosto generale qualificandola come quella professione che “organizza e fornisce servizi di promozione dell’attività turistica, nonché servizi di assistenza, accoglienza, accompagnamento e guida dei turisti”<sup>13</sup>. La legge del 2001 rinviava, poi, ad un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottare ai sensi dell’articolo 44 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112<sup>14</sup> di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, sentite le organizzazioni di categoria del settore turistico e dei consumatori, la definizione “dei requisiti e delle modalità di esercizio su tutto il territorio nazionale delle professioni turistiche per le quali si ravvisa la necessità di profili omogenei ed uniformi, con particolare riferimento alle nuove professionalità emergenti nel settore”<sup>15</sup> dando facoltà alle Regioni di disciplinare nuove tipologie di professioni turistiche di rilievo non nazionale. La legge n. 135/2001, tuttavia, fu approvata solo qualche mese prima della legge di riforma costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la quale ha comportato un rovesciamento del criterio di attribuzione delle competenze previsto originariamente nella Costituzione e, quindi, già all’indomani della sua emanazione, creò non pochi problemi e si prestò a seri dubbi di costituzionalità, sia in riferimento al novellato testo dell’art. 117 Cost., dal quale si evince che il turismo ricade nella potestà

---

<sup>12</sup> La legge n. 135/2001, in realtà, non si limitava a dettare principi generali e strumenti di mero coordinamento, ma individuava anche strumenti e funzioni statali che apparivano poco giustificabili, anche con riferimento al testo dell’art. 117 precedente alla modifica della Costituzione. Per un esame più approfondito su tale legge, M. RENNA, *La nuova legge quadro sul turismo: lo Stato ritorna protagonista (Commento a Legge 29 marzo 2001, n. 135)*, in *Giorn. di dir. amm.*, 2001, 1195 ss.

<sup>13</sup> 13 Art. 7, comma 5 della legge in esame.

<sup>14</sup> La circostanza di affidare a una fonte secondaria la determinazione di norme di principio suscitò non poche polemiche, sulla questione, A. MALO, *Baricentro regionale in materia di “turismo”: teoria e prassi*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), novembre 2008.

<sup>15</sup> Art. 2, comma 4, lett. g) della medesima legge.



legislativa “residuale e dunque piena”<sup>16</sup> delle Regioni<sup>17</sup>, sia in riferimento al testo originario dello stesso articolo, che, invece, sanciva per questa materia una potestà legislativa concorrente. La legge quadro n. 135, difatti, oltre a porsi in contrasto con la nuova formulazione dell’art. 117 Cost. perché fondata sul presupposto di una competenza concorrente in materia di turismo, sembrava risultare anche in contraddizione con l’originario art. 117 Cost. in quanto, invece di determinare i principi fondamentali, attribuendo alle Regioni la normativa di dettaglio (come previsto dalla Costituzione per le materie ricadenti nella potestà legislativa concorrente), stabiliva (art. 2, comma 6 e 11) che un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (emanato ex art. 44 del dlgs. n. 112 del 1998<sup>18</sup>), cioè una fonte secondaria statale, avrebbe determinato ulteriori principi riguardanti altri aspetti del settore turistico di non trascurabile rilevanza (tra cui anche le professioni turistiche). Ciò, peraltro, contraddiceva pure la gerarchia delle fonti<sup>19</sup> poiché subordinava una fonte primaria (la legge regionale) al rispetto di quanto stabilito in un regolamento (il suddetto d.P.R.), operando, in tal modo, una sorta di delegificazione impropria<sup>20</sup>. La legge n. 135, tuttavia, pur con tutti i suoi dubbi di legittimità costituzionale fu “salvata” dalla Corte costituzionale con una succinta decisione di tipo processuale, per la verità, non del tutto convincente, la quale dichiarò inammissibili le questioni di legittimità costituzionale per carenza di interesse delle Regioni<sup>21</sup>, in primo luogo perché le stesse avevano impugnato la legge *de qua*

<sup>16</sup> Come la Corte costituzionale ha definito la competenza delle Regioni proprio in materia di turismo nella sentenza 15/3/2006, n. 90, riguardante un conflitto di attribuzioni tra la Regione Campania e lo Stato.

<sup>17</sup> Il turismo, infatti, non è compreso tra le materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato, né nell’elenco delle materie di competenza concorrente. Sulla competenza regionale in materia di turismo dopo la riforma del 2001, B. Caravita, *Brevi osservazioni sulle politiche regionali in tema di turismo dopo la riforma del Titolo V*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), marzo 2002.

<sup>18</sup> l d.P.C.M. 13 settembre del 2002, recepisce l’*“Accordo tra lo Stato e le Regioni e Province autonome sui principi per l’armonizzazione, la valorizzazione e lo sviluppo del sistema turistico, ai fini dell’adozione del provvedimento attuativo dell’art. 2, comma 4, della legge 29 marzo 2001, n. 135”*, facendo proprio il contenuto dell’accordo precedentemente raggiunto in sede di Conferenza Stato-Regioni, senza tenere conto della incompetenza del Governo ad adottare un tale regolamento, essendo nel frattempo sopravvenuta la legge di riforma costituzionale.

<sup>19</sup> <sup>19</sup> Il dettato della legge n. 135/2001 (art. 2, comma 6 e 11) permetteva il verificarsi di una situazione “paradossale”: una fonte primaria (la legge regionale) risultava di fatto subordinata a una fonte secondaria (il d.P.R. di cui sopra).

<sup>20</sup> . VIZIOLI, *le fonti del turismo nell’ordinamento italiano*, in M. GOLA, T. GROPPi (a cura di), *Diritto pubblico del turismo*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2005, 20, ss., parla di delegificazione impropria per motivi formali, ma anche per motivi sostanziali poiché, la legge n. 400/1988 permette ai regolamenti di fissare principi solo se tra questi siano esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale.

<sup>21</sup> Corte cost., sent. 5/6/2003, n. 197. La Corte, lasciando irrisolte non poche perplessità, dichiarò che a decorrere dall’entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, le Regioni «ben possono esercitare in materia di turismo tutte quelle attribuzioni di cui ritengano di essere titolari, approvando una disciplina legislativa, che può anche essere sostitutiva di quella statale» (Punto 4 delle Considerazioni in diritto), lasciando così impregiudicata la continuità della disciplina del settore. Questa decisione ha lasciato un segno importante in tale materia perché cominciò a delineare, nella giurisprudenza costituzionale, «un orientamento che tende a considerare la potestà legislativa

prima della Riforma costituzionale e, poi perché nulla ostava che tali Enti potessero autonomamente “superare” la disciplina statale con proprie normative. Così, il 13 settembre del 2002 (quindi dopo la riforma della Costituzione e quando ormai la competenza in materia di turismo spettava delle Regioni), fu pure emanato il d. P.C.M. di cui, senza che si tenesse effettivamente conto di tutte le problematiche di legittimità che comportava, a seguito di una soluzione di compromesso tra Stato e Regioni che rendeva operative le forme di finanziamento previste dalla legge n. 135 le quali altrimenti sarebbero rimaste inutilizzate<sup>22</sup>. Il decreto summenzionato, comunque, si limitò, riguardo i requisiti “comuni” necessari per l’esercizio delle professioni turistiche e riguardo i criteri “uniformi” per l’abilitazione all’esercizio delle stesse, solamente a operare una sorta di delega “in bianco”<sup>23</sup> alle Regioni, stabilendo che queste ultime dovessero, prima di legiferare in materia, definire “concordemente” una base comune per la disciplina della materia<sup>24</sup>. Il d.P.C.M. del 2002 per le sue considerevoli aporie, fu, però, poi, parzialmente annullato con il d.P.R. 27 aprile 2004 in seguito all’impugnazione proposta con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica dall’Associazione Nazionale delle Guide Turistiche, su parere del Consiglio di Stato (sez. I, 3/12/2003, n. 3165), proprio relativamente a quelle parti dell’accordo che riguardavano le professioni turistiche, in quanto il rinvio della definizione dei requisiti e dei criteri uniformi delle professioni ad un accordo fra sole Regioni, contravveniva alla prescrizione della legge n. 135 del 2001 (art. 2, comma 4) che richiedeva, per stabilire requisiti e criteri, l’intesa Stato-Regioni<sup>25</sup>. Il Consiglio di Stato ritenne, inoltre, che le

---

regionale in materia di turismo, per un verso, “piena” (in quanto “residuale”), ancorché non esclusiva, né “separata” rispetto alle competenze statale», così L. GRIMALDI, op. cit., 39. Per un commento sulla sentenza in oggetto, P. SABBIONI, Resta valida e vigente la riforma nazionale del turismo benché lesiva delle attribuzioni regionali ai sensi del parametro sia previgente che novellato supera indenne il vaglio della Corte costituzionale, in *Le Regioni*, 2003, p. 1284, ss e G. MELONI, La legge quadro non minacci la competenza piena delle Regioni nella materia del turismo, in *Dir. del tur.*, 2003, 368, ss. Occorre, inoltre, evidenziare che la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi ancora sulla legge n. 135/2001 con le sentenze 214/2006, 88/2007 e 76/2009. La Consulta ha, infatti, ritenuto che interessi generali non frazionabili debbano continuare a sovrintendere alla competenza regionale in materia di turismo e pertanto la legge statale deve attribuire funzioni legislative al livello centrale e regolarne l’esercizio in ragione della rilevanza di tale materia per l’economia del Paese.

<sup>22</sup> Il “compromesso” tra Stato e Regioni fu emanato pur essendo entrambi gli enti ormai consapevoli che il turismo era ormai divenuta materia di “esclusiva” competenza regionale, come si legge nel preambolo dell’accordo per l’emanazione dello stesso d.P.C.M. del 13/9/2002.

<sup>23</sup> 23Così, S. DE NARDI, *Profili pubblicistici delle strutture ricettive, delle agenzie di viaggio e delle professioni*, in L. DE GRASSI, V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Turismo. Diritto e diritti*, Milano, 2010, 269.

<sup>24</sup> L. RIGHI, *Le professioni turistiche*, cit., 181 ss.

<sup>25</sup> Per un commento relativo a tale annullamento, M. MALO, *L’annullamento del dpr (rectius dpcm) 13 settembre 2002 per la parte relativa alle guide turistiche*, in *Dir. del Tur.*, n. 3/2004, 273 ss.

guide turistiche non potessero essere comprese nel novero delle professioni c.d. regolamentate (come invece sosteneva l'associazione di categoria), evidenziando come il turismo (ritenendo, quindi, prevalente nella disciplina delle guide turistiche la connessione a tale ultima materia piuttosto che alla materia professioni) fosse di competenza regionale *ex art. 117 cost*, comma 4, sebbene data la particolarità della disciplina, si rendesse comunque necessaria un'intesa tra Stato e Regioni per definire concordemente i principi unitari di tale attività per la "peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà che, nel mutare delle situazioni istituzionali di titolarità delle competenze, diviene fattore di flessibilità di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie"<sup>26</sup>. L'auspicata intesa tra Stato e Regioni non ebbe mai luogo e queste ultime si sentirono libere di disciplinare a proprio piacimento la professione di guida turistica<sup>27</sup>.

La complicata vicenda delle guide turistiche, tuttavia, era tutt'altro che al capolinea. Il principio della tutela del turista-consumatore si imponeva sulla normativa nazionale e non era pensabile trascurare i principi dell'Unione (allora Comunità) Europea, ma anche le pronunce della Corte di Giustizia le quali effettivamente "bacchettavano" l'Italia per un indebita restrizione della libera circolazione delle persone e di quella di stabilimento<sup>28</sup>, nonché per la limitazione della libera prestazione dei servizi in ambito comunitario relativamente alla disciplina delle guide turistiche. Oltre tutto, non si poteva ignorare quanto osservato dalla Commissione europea che aveva aperto nei confronti del nostro Paese un'ennesima procedura di infrazione<sup>29</sup> con lettera di messa in mora del 2003 e successivo parere motivato del 2004. Procedura, che, in realtà, nei contenuti, non sembrava molto diversa da quella (la n. 87/0071) avviata con nota del 5 luglio 1995 e che era stata chiusa comunque positivamente<sup>30</sup>. Successivamente, nel 2007, nell'intento di attuare i principi dell'Unione, fu emanato il c.d. secondo decreto Bersani<sup>31</sup> che prevede altre modifiche

<sup>26</sup> Cons. di Stato, sez. I, 3/12/2003, n. 3165, punto 4.

<sup>27</sup> Così, L. RIGHI, *Le professioni turistiche*, cit., 184.

<sup>28</sup> Su tali sentenze, M. P. CHITI, L. RIGHI, *Il turismo nella dimensione comunitaria e nazionale*, in *Quinto Rapporto sul Turismo Italiano (a cura del Ministero del Turismo e dello Spettacolo)*, Milano, 1993, 391, ss.

<sup>29</sup> La principale obiezione che muoveva la Commissione all'Italia era l'eccessiva ampiezza dei siti dove l'esercizio di guida turistica è riservato a quelle specializzate in possesso di abilitazione rilasciata dalle autorità nazionali che di fatto restringevano in maniera spropositata la libertà di circolazione e di stabilimento.

<sup>30</sup> La Commissione nel caso della procedura d'infrazione avviata nel 1995, aveva ritenuto la questione sufficientemente chiarita e giustificata dal Governo italiano. Per un commento sulle procedure di infrazione del 1995 e del 2003, L. RIGHI, *Professioni turistiche e principi comunitari: si riaccende la "guerra delle guide"*, in *Dir. del tur.* n. 3/2005, 281 ss. e, in generale riguardo le problematiche in merito ai principi comunitari e le professioni, G. DELLA CANANEA (a cura di), *Professioni e concorrenza*, Milano 2003.

<sup>31</sup> d.l. 31/1/2007, n. 7, recante "Misure urgenti, per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo

alla disciplina di tale professione, suscitando, ancora una volta, malumori e critiche, permettendo, comunque, la chiusura della procedura di infrazione di cui sopra. Quest'ultimo decreto, nell'intento di "garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità sul territorio nazionale e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali migliori condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, in conformità al principio comunitario della libera concorrenza e in attuazione degli articoli 81, 82 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea" cercava, di conformare la normativa sulle guide turistiche alle Direttive comunitarie, creando nuove e ulteriori difficoltà, sia per le Regioni, le quali si trovarono ad affrontare non pochi ostacoli nell'applicare le norme contenute del d.l. 7 del 2007, sia per le associazioni di settore, le quali si sentivano fortemente penalizzate da tale atto legislativo<sup>32</sup> che sembrava favorire, a discapito di quelli italiani, i professionisti provenienti dagli altri Stati dell'Unione. L'attuazione delle libertà di stabilimento e della circolazione dei servizi, in verità, veniva realizzata dal decreto in esame, in maniera un po' vaga e più che altro solo formale<sup>33</sup> poiché, di fatto, veniva confermato quanto previsto nella l. n. 135 del 2001 convalidando la necessità se non più di una preventiva abilitazione regionale, comunque di una "verifica" per le guide turistiche italiane, come requisito inderogabile, della conoscenza dei profili specifici di un dato "territorio di riferimento" di livello regionale. In tal modo, si ribadiva implicitamente la delimitazione territoriale dell'attività di guida turistica in base a una "nuova specializzazione" che, tuttavia, sembrava, stando al testo della legge, non applicabile alle guide provenienti da altri Paesi comunitari<sup>34</sup>, realizzandosi così,

---

sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", convertito con modificazioni nella l. 2/4/2007, n. 40.

<sup>32</sup> L. DOMINICI, *Le guide turistiche: stranieri favoriti*, in *Il sole 24 ore*, 3/2/2007, 3.

<sup>33</sup> L. RIGHI, *Professioni turistiche e "liberalizzazioni": le guide vincono la battaglia, ma perdono la "guerra"*, in *Dir. del tur.*, n. 3/2007, 233, ss., commentando l'articolo citato, parla di «affermazioni altisonanti e dal sapore propagandistico, ma in concreto assai poco incisive che, peraltro, rispetto al testo originario del decreto legge prima della conversione con modifiche rappresentano una "marcia indietro" rispetto ai contenuti più innovativi di quest'ultimo».

<sup>34</sup> Art. 10, comma 4, decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7: "Le attività di guida turistica e accompagnatore turistico, come disciplinate dall'articolo 7 della legge 29 marzo 2001, n. 135, e successive modificazioni, non possono essere subordinate all'obbligo di autorizzazioni preventive, al rispetto di parametri numerici e a requisiti di residenza, fermo restando il possesso dei requisiti di qualificazione professionale previsti dalle normative regionali.... Al fine di migliorare la qualità dell'offerta del servizio in relazione a specifici territori o contesti tematici, le regioni promuovono sistemi di accreditamento, non vincolanti, per le guide turistiche specializzate in particolari siti, località e settori. Ai soggetti titolari di laurea o diploma universitario in materia turistica o titolo equipollente non può essere negato l'esercizio dell'attività di accompagnatore turistico, fatta salva la previa verifica delle conoscenze specifiche quando non siano state oggetto del corso di studi. I soggetti abilitati allo svolgimento dell'attività di guida turistica nell'ambito dell'ordinamento giuridico del Paese comunitario di appartenenza operano in regime di libera prestazione

quella che è stata definita una “discriminazione alla rovescia”<sup>35</sup> per i professionisti italiani.

Il decreto in questione, inoltre, fu impugnato dalla Regione Veneto dinnanzi alla Corte costituzionale, la quale, contrariamente a quanto aveva rilevato il Consiglio di Stato<sup>36</sup>, ha dichiarato che essa afferisce alla materia “professioni”<sup>37</sup>, in quanto il carattere della professionalità si misura in relazione al fatto che l’attività incide su interessi pubblici generali, la cui tutela compete allo Stato<sup>38</sup>, al quale quindi spetta definire i principi fondamentali<sup>39</sup>, ai sensi dell’art. 117, co. 3 della Cost.<sup>40</sup> In altre parole, la Consulta con la summenzionata sentenza, aggiungendo in tal modo un altro tassello a questa intricata vicenda che, invece di chiarirsi, sembrava sempre più complicarsi<sup>41</sup>, ha ritenuto ininfluenza ai fini del riparto di competenze delineato dalla Costituzione che la professione di guida turistica si espliciti nel campo del turismo al contrario della legge quadro del 2001, per la quale tale professione era strettamente connessa con quest’ultimo.

L’obiettivo di giungere a discipline uniformi a livello europeo in nome del principio della libera

---

dei servizi senza necessità di alcuna autorizzazione, né abilitazione, sia essa generale o specifica.”

<sup>35</sup> Secondo, L. RIGHI, *Le professioni turistiche*, cit., 194, l’art. 10 del decreto Bersani, così come convertito dalla legge n. 40/2007, stabilendo che “i soggetti abilitati allo svolgimento dell’attività di guida turistica nell’ambito dell’ordinamento giuridico del Paese comunitario di appartenenza operano in regime di libera prestazione dei servizi senza necessità di alcuna autorizzazione, né abilitazione, sia essa generale o specifica”, costringeva le guide abilitate in Italia a sostenere maggiori oneri rispetto alle guide comunitarie. Il problema della “discriminazione alla rovescia” che si può verificare in applicazione delle norme europee non è di poco conto e anche la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi in merito già nel 1997 (Corte cost., sent. 390/12/1997, n. 443). La legge 7 luglio 2009 ha, modificando la l. 4 febbraio 2005 n. 11 (legge comunitaria 2005), introdotto l’art. 14 bis (in particolare il comma 2) consentendo la disapplicazione della norma interna che potrebbe causare la discriminazione. A tal proposito, tra gli altri, F. DINELLI, *Recenti tendenze in materia di cittadinanza europea: oltre il limite delle «situazioni puramente interne» all’ordinamento degli Stati membri*, in *Foro amm./ Tar*, n. 5, 2011, 1796 ss.; A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2012, 7 ss.

<sup>36</sup> Si fa riferimento al già citato parere del Cons. di Stato sez. I, 3/12/2003, n. 3165 che aveva ritenuto le professioni costituire una parte o un settore della materia “turismo” escludendo che potessero afferire alla materia “professioni”.

<sup>37</sup> Corte cost. sent. 20/6/2008, n. 222. Per la Corte, «l’attribuzione della materia delle professioni alla competenza concorrente dello Stato [...] prescinde [...] dal settore nel quale l’attività professionale si esplicita e corrisponde all’esigenza di una disciplina uniforme sul piano nazionale che sia coerente con i principi dell’ordinamento comunitario» (Punto 7 del Cons. in dir.).

<sup>38</sup> Come è stabilito dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 30 sulle professioni.

<sup>31</sup> <sup>39</sup> In generale sulla competenza legislativa in materia di «professioni», tra gli altri, E. BINDI, M. MANCINI, *Principi costituzionali in materia di professioni e possibili contenuti della competenza legislativa statale e regionale alla luce della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, n. 1/2004, 1317 ss.; S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna, 2005, 158 ss.; A. POGGI, *Disciplina “necessariamente unitaria” per le professioni: ma l’interesse nazionale è davvero scomparso?*, in *Le Regioni*, n. 2/2006, 391 ss.

<sup>40</sup> La potestà dello Stato di fissare i principi fondamentali in materia di professioni è un dato non superabile indipendentemente dalla specifica area caratterizzante la “professione” e si configura come principio fondamentale invalicabile dalla legge regionale, corrispondendo all’esigenza di una disciplina uniforme sul piano nazionale, coerente anche con i principi dell’ordinamento comunitario, si v. per es. Corte cost. sentt. 29/10/2009, n. 271 e 15/4/2010, n. 132.

<sup>41</sup> Sul punto, M. MALO, *Turismo senza professioni regionali*, in *Le Regioni*, 2010, 654 ss.

circolazione dei lavoratori e della libertà di stabilimento e altri profili di esclusiva competenza statale<sup>42</sup>, come la tutela della concorrenza, strettamente collegata a tutto ciò che interessa il mercato e quindi pure all'offerta di servizi, riducevano ancora di più gli ambiti di competenza regionale ed effettivamente per questi enti, sembrava residuare “ben poco da disciplinare”<sup>43</sup> nel settore professioni turistiche. Per assurdo è, quindi, accaduto che, sebbene con la riforma costituzionale del 2001, sembrava prefigurarsi una espansione della competenza legislativa regionale sulla materia *de qua* per l'implicito passaggio del «turismo» nell'alveo delle materie residuali della Regione, sembra essersi verificato quasi il contrario di quanto appena rilevato. La Corte costituzionale, per di più, in varie occasioni, e anche abbastanza recentemente<sup>44</sup>, ha ricondotto le misure legislative di liberalizzazione delle attività economiche (tra cui anche l'attività di guida turistica) alla materia «tutela della concorrenza» che, come è noto, *ex art.* 117, secondo comma, lettera e), Cost. è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, contenendo ulteriormente la competenza regionale sulle guide turistiche e addirittura ancora in maniera minore di quanto non lo fosse stata dal 1983 al 2001, probabilmente perché la stessa Corte ha considerato ineludibile la tutela della parità di trattamento rispetto alle varie realtà geografiche del territorio nazionale, non potendosi trascurare l'art. 120 Cost. che fa divieto alle Regioni di limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale. A questo proposito, tuttavia, non si può non osservare come nella disciplina delle guide turistiche, comunque, permangano, gioco forza, pure notevoli interferenze o intrecci di competenze relativamente a materie di potestà legislativa (residuale) delle Regioni quali, oltre al “turismo” che, in ogni caso non può essere ritenuto completamente estraneo a esse, anche la “formazione professionale” che rappresenta un elemento importante di queste figure.

L'orientamento “statalista”<sup>45</sup> della Corte su tale materia, tuttavia, sembra essere ormai un dato

<sup>42</sup> Con il d.lgs. n. 30 del 2006 il legislatore nazionale ha individuato i principi fondamentali in materia di professioni desumibili dalla legislazione vigente e validi come cornice per le leggi regionali sancendo innanzitutto che la potestà legislativa regionale può esercitarsi solo sulle professioni individuate e definite con la normativa statale (art. 1, co. 3).

<sup>43</sup> Così, A. GENTILINI, *La materia concorrente delle «professioni» e il rebus dell'individuazione delle singole figure professionali*, in *Giur. cost.*, 2003, 3686, ma anche, L. RIGHI, *Professioni turistiche tra Stato, Regioni e Corte costituzionale: “si stava meglio quando si stava peggio”?*, in *Riv. It. di dir. del tur.*, n. 2/2011, 77 ss., evidenzia che le Regioni in tal modo assistono a un sostanziale “congelamento” delle loro competenze in tema di professioni turistiche e anzi i limiti alla potestà legislativa regionale, «alla fine, sono assai maggiori di quello che avveniva nell'assetto costituzionale precedente alla c.d. “riforma federale”».

<sup>44</sup> Corte cost. sent. 18 giugno 2014, n. 178.

<sup>45</sup> Anche la sentenza Corte cost. 26/4/ 2012, n. 108, la quale in realtà riguarda più che altro la materia “formazione professionale”, ha ribadito che in materia di “professioni” ci sono solo limitati spazi, che sono stati definiti



acquisito, quest'ultima, in vero, anche in occasione di una pronuncia su una legge della Regione Emilia Romagna<sup>46</sup>, ha rilevato che le leggi regionali non possono di propria iniziativa creare e disciplinare una nuova professione (cosa che, in effetti, come rilevato, molte Regioni avevano comunque fatto in passato) e non possono neanche prevedere i requisiti per l'esercizio della professione perché si verificherebbe un'indebita ingerenza in un settore di competenza statale<sup>47</sup>, in conflitto con i principi della Costituzione la quale riserva all'Ente centrale non solo l'individuazione delle figure professionali, ma anche la definizione e la disciplina dei requisiti e dei titoli necessari per l'esercizio delle professioni stesse<sup>48</sup>. Per la Consulta, infatti, spetta alle Regioni solo la disciplina di quegli aspetti che presentano specifico collegamento con la realtà regionale, non potendo, queste ultime, neanche indicare una limitazione degli ambiti territoriali per i quali sussiste l'abilitazione, nonché gli ambiti territoriali entro i quali la professione può essere esercitata perché ciò violerebbe il principio della libera prestazione dei servizi e dunque l'art. 117, comma 1 Cost., insieme al principio della libera concorrenza che rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato<sup>49</sup>. Le Regioni, invece, possono tenere solo albi regionali o provinciali meramente "ricognitivi"<sup>50</sup> o di comunicazione e di aggiornamento, ma senza istituire nuovi e diversi albi rispetto a quelli già istituiti dalle leggi statali, per l'esercizio di dette attività professionali<sup>51</sup>. Tali Enti rimangono, invece, legittimati a regolare corsi di formazione relativi alle professioni turistiche già istituite dallo Stato in quanto dotate di potestà primaria in materia di formazione professionale<sup>52</sup>. La sentenza appena illustrata aveva, in un certo qual modo avallato quanto stabilito dal decreto Bersani del 2007, tuttavia, l'art. 10, comma 4 di detto atto legislativo venne poi espressamente abrogato, insieme alla l. n. 135 del 2001 dal c. d. Codice del turismo, (d.lgs. 23/9/2011, n. 79) emanato per riordinare e armonizzare la complessa

---

"interstiziali", di cui le Regioni possono appropriarsi, a tal proposito, C. BERTOLINO, *Nuovi spazi di intervento per le Regioni in materia di*

«professioni» e «formazione professionale»?», nota a Corte cost. n. 108/2012, in *Le Regioni*, 2012, 1044 ss.

<sup>46</sup> Corte cost. sent. 29/10/2009, n. 271.

<sup>47</sup> Si v. anche, Corte cost. sent. 21/3/2006 n. 153 e 2/3/2007 n. 57.

<sup>48</sup> Punto 2.2 del Cons. in dir. della sentenza 271 del 2009.

<sup>49</sup> Punto 2.5 del Cons. in dir. della sentenza appena citata, ma anche Corte cost. sent. 15/4/2010, n. 132.

<sup>50</sup> Punto 2.4 del Cons. in dir. della sentenza 271 del 2009.

<sup>51</sup> M. MALO, *Turismo senza professioni regionali*, cit., 664, gli albi regionali o provinciali si pongono «come uniche forme di pubblicità giuridica dei soggetti abilitati all'esercizio di determinate professioni: una pubblicità che pur non potendo essere intesa come costitutiva, assume tuttavia questa sembianza agli occhi della comunità ignara».

<sup>52</sup> In materia di formazione professionale, la definizione dei programmi e l'organizzazione dei corsi spetta alla sfera delle attribuzioni regionali, salva la presenza di possibili forme di coordinamento e controllo centrale», così Corte cost. sent. 6/7/1989 n. 372, nonché sent. 28/1/2005 n. 50.

e frammentata normativa in materia. L'art. 6 di tale decreto<sup>53</sup> sanciva una “nuova”<sup>54</sup> (forse, eccessivamente) generica definizione delle professioni turistiche senza fornire alcun principio in materia di professioni turistiche, che (ex art. 117, comma 3 Cost.), come più volte la Corte costituzionale aveva avuto modo di rilevare<sup>55</sup>, doveva ineludibilmente essere contenuto in una legge statale. In tal modo, ancora una volta, gli operatori del settore furono lasciati nell'incertezza, mentre le Regioni si ritrovarono nella quasi impossibilità di legiferare<sup>56</sup> non essendoci una legge quadro dello Stato che permetteva loro la possibilità di esercitare una competenza legislativa di dettaglio perché al Codice del turismo non seguirono neanche norme che specificavano i principi e le modalità di abilitazione, nonché i criteri base per l'esercizio dell'attività di guida turistica. Nel frattempo, il su menzionato decreto legislativo fu sottoposto al giudizio della Corte costituzionale e molte sue disposizioni furono dichiarate incostituzionali<sup>57</sup> perché comportavano un riaccentramento di funzioni spettanti in via ordinaria alle Regioni in forza della loro competenza legislativa residuale in materia di turismo, perché il Governo aveva ecceduto i limiti della delega legislativa e perché era da considerarsi illegittima una disciplina *ex novo* dei rapporti tra Stato e Regioni nella materia turismo in quanto, il ricorso al metodo della cosiddetta “attrazione in sussidiarietà” (che secondo l'avvocatura dello Stato doveva giustificare una legge di quest'ultimo in materia di turismo), qualificandosi come forma non ordinaria di esercizio, da parte dello Stato, di funzioni amministrative e legislative attribuite alle Regioni da norme costituzionali, richiede una precisa manifestazione di volontà legislativa del Parlamento,

<sup>53</sup> Art. 6 d.lgs. 23/5/2011, n. 79: «Sono professioni turistiche quelle attività, aventi ad oggetto la prestazione di servizi di promozione dell'attività turistica, nonché servizi di ospitalità, assistenza, accompagnamento e guida, diretti a consentire ai turisti la migliore fruizione del viaggio e della vacanza, anche sotto il profilo della conoscenza dei luoghi visitati».

<sup>54</sup> Si sono usate le virgolette poiché, di fatto, il Codice del turismo riproponeva una definizione di professioni turistiche del tutto simile a quella contenuta nell'art. 7, comma 5 della legge n. 135 del 2001 che aveva espressamente abrogato.

<sup>55</sup> Si vv. le sentenze in materia di professioni turistiche sopra illustrate.

<sup>56</sup> L. RIGHI, *Professioni turistiche*, cit., 86, ha fatto notare che il vuoto normativo creatosi (mancando un'ideale normativa statale di principio specifica) produceva sostanzialmente una «paralisi» molto pericolosa per il settore.

<sup>57</sup> Corte cost. sent. 5/4/2012, n. 80. A tal proposito, P. SABBIONI, *I ristretti spazi di autonomia della lesione indiretta delle competenze regionali per violazione dell'art. 76 Cost. rispetto alla censura per lesione diretta*, in *Le Regioni*, n.5-6/2012, 1013 ss. fa notare che tale sentenza, imperniata sull'eccesso di delega, al di là dell'annullamento delle norme viziate, impone

«il corretto esercizio della funzione legislativa, dando modo di ricostruire relazioni corrette tra lo Stato e le Regioni con riguardo alla disciplina di materie che, pur attribuite alla potestà legislativa residuale delle Regioni, tuttavia possono avere la necessità di un'interferenza legislativa statale, non solo per i profili che attengono alle materie c.d. “trasversali”, ma anche in ragione di “istanze unitarie”».



con indicazione, tra l'altro, di adeguate forme collaborative<sup>58</sup>, del tutto assenti, sia nel d.lgs. 79 del 2011, sia nella l. 246 del 2005 di delega al decreto summenzionato. La Consulta, tuttavia, non dichiarò l'incostituzionalità di tutti gli articoli del Codice<sup>59</sup> in quanto constatò che anche in presenza di una materia di potestà legislativa regionale (residuale), come il turismo, lo Stato conserva comunque una competenza legislativa interferente, come avviene in caso di "materie trasversali" (quale per esempio, nel nostro caso, la "materia" professioni che abilita lo Stato a dettare i principi della disciplina delle professioni turistiche). L'art. 6 del Codice del turismo, relativo alle professioni turistiche fu tra quelli non censurati dal Giudice delle leggi<sup>60</sup> perché, in buona sostanza, la Corte ritenne che quest'ultimo rientrasse tra quelle disposizioni incidenti sulla materia del turismo che il legislatore delegato poteva raggruppare e riordinare negli ambiti di sua competenza esclusiva in quanto ricadenti nella tutela di interessi di sicuro rilievo nazionale.

Con l'approvazione del d.lgs. 79 del 2011, abrogato l'art. 10, comma 4 del decreto Bersani *bis*, abrogata la legge n. 135/2001, rimasero in vigore le normative regionali e in teoria sembrava essere ancora valida la disciplina del 1995, la quale prevedeva che le guide turistiche dovessero conseguire una particolare specializzazione per i siti espressamente indicati dall'atto di indirizzo e di coordinamento emanato nel dicembre dello stesso anno. La situazione, pertanto, continuava a essere ambigua, soprattutto riguardo il regime applicabile alle guide turistiche provenienti dagli altri Stati membri, perciò, su impulso delle associazioni di categoria, sei Ordini del Giorno (nn. 9/1327/8-9-11-23-29-34) del 31.07.13 furono adottati da Deputati della Camera di vari raggruppamenti politici e dall'allora Ministro per le Politiche Europee, al fine di impegnare il Governo ad un riordino normativo organico dell'intera disciplina dell'attività di guida turistica fortemente gravata dalla mancanza di un'adeguata regolamentazione ormai necessaria a seguito delle sopravvenute abrogazioni e a seguito, ancora una volta, della necessità di adeguarsi alla normativa comunitaria.

---

<sup>58</sup> Punto 5.6 del Cons. in dir. Corte cost., sent. 5/4/2012, n. 80. La Corte è ferma nel richiamare nei casi di chiamata in sussidiarietà il principio di leale collaborazione che impone una preventiva intesa Stato-Regioni, si v. per es. Corte cost. sent. 2007, n. 88, sempre in materia di turismo e il commento di D. BESSI, *"Il turismo e le interferenze interordinamentali (legittime o legittimate) degli atti regolamentari: la Corte adotta due pesi e due misure!"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007.

<sup>59</sup> 59La Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità solo di una parte dell'art. 1 e degli artt. 2, 3, 8, 9, 10, 11, comma 1, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, comma 2, 21, 23, commi 1 e 2, 30, comma 1, 68 e 69 dell'allegato 1.

<sup>60</sup> In generale circa il contenuto del Codice del turismo dopo la su menzionata sentenza della Corte costituzionale, M. TRIPODI, *Il Codice del turismo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 80/2012*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n. 2/2012, 59 ss.

### 3. La procedura di infrazione Eu Pilot 4277/12/MARK, la legge europea 2013, il modello economico europeo e altre questioni.

Nel frattempo, l'Unione europea non poteva ignorare quanto stava succedendo in Italia in materia di guide turistiche<sup>61</sup> e, ritenendo che la previsione di abilitazioni/specializzazioni regionali o provinciali limitasse gli indirizzi di stampo liberista cardine del diritto europeo e in particolare la libera prestazione dei servizi sancita dall'art. 40 del Trattato CE (ora art. 46, Trattato sul funzionamento UE), nonché gli obblighi imposti dalla Direttiva sui servizi (2006/123/CE), aprì, tramite la Commissione, la procedura di pre-infrazione EU Pilot 4277/12/MARK basata sulla presunta violazione della suddetta Direttiva da parte del

nostro Paese (il sistema Pilot, come è noto, si attiva quando si prospetta un possibile ricorso alla procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 258 del TFUE). Al fine di evitare tale procedura di infrazione, pertanto, il Parlamento italiano ha emanato la l. 6/8/2013, n. 97 recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013", che di fatto sembrava riconfermare la disciplina contenuta nel Decreto Bersani *bis*. L'art. 3 di detta legge riguarda proprio la libera prestazione e l'esercizio stabile dell'attività di guida turistica da parte di cittadini dell'Unione europea e stabilisce che: "L'abilitazione alla professione di guida turistica è valida su tutto il territorio nazionale. Ai fini dell'esercizio stabile in Italia dell'attività di guida turistica, il riconoscimento ai sensi del decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, della qualifica professionale conseguita da un cittadino dell'Unione europea in un altro Stato membro ha efficacia su tutto il territorio nazionale. Fermo restando quanto previsto dal decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, i cittadini dell'Unione europea abilitati allo svolgimento dell'attività di guida turistica nell'ambito dell'ordinamento giuridico di un altro Stato membro operano in regime di libera prestazione dei servizi senza necessità di alcuna autorizzazione né abilitazione, sia essa generale o specifica". Tale legge, quindi, permette alle guide turistiche abilitate in un altro Stato membro di esercitare la professione sul territorio italiano senza che sia necessaria alcuna autorizzazione o abilitazione

<sup>61</sup> Non è da sottacere che le guide turistiche degli altri Stati membri vedono i molteplici siti di interesse storico-artistico e ambientali italiani come una preziosa fonte di opportunità di lavoro

aggiuntiva rilasciata dalle autorità italiane e, nello stesso tempo, elimina anche per i professionisti italiani il limite della territorialità.

Tale situazione, però, non è stata accettata di buon grado dagli operatori del settore e ha creato malumori e polemiche soprattutto nelle associazioni nazionali di categoria, le quali hanno evidenziato i numerosi danni che potevano sorgere per i consumatori e per le guide turistiche, che, in vero, non sembrano essere del tutto infondati. I turisti, infatti, non essendoci più un abilitazione provinciale o regionale, potrebbero essere accompagnati da guide turistiche non dotate delle necessarie specifiche conoscenze e competenze relative ai beni culturali e ambientali italiani, i quali, effettivamente, sono, per loro natura, dotati di peculiarità e caratteristiche che necessitano di un particolare approfondimento. Non è, di fatto, improbabile che una guida turistica, la quale, per esempio, ha ottenuto l'abilitazione a Cuneo e ha acquisito una competenza specifica per quel luogo, possa guidare con altrettanta competenza gruppi di turisti anche in Sicilia. L'Italia indubbiamente ha un patrimonio culturale talmente vasto che non è facilissimo possedere conoscenze precise e particolareggiate di tutti i beni culturali e ambientali presenti.

A maggior ragione, chi esercita tale professione abitualmente in un altro Stato non facilmente potrà essere in grado di padroneggiare al meglio le specificità del nostro esteso e complesso patrimonio culturale e ambientale, per cui le visite ai luoghi della cultura italiani potrebbero diventare generiche e superficiali con il rischio di privare il visitatore/consumatore di ottenere servizi di qualità e del diritto a fruire di una corretta divulgazione dei beni storici - artistici e ambientali. Diritto, quest'ultimo, molto importante anche per il Consiglio europeo, che tra le priorità capaci di accelerare il processo di riforma europeo, ha individuato pure un elevato livello di protezione del "consumatore" e l'aumento degli investimenti in conoscenza e cultura come la migliore garanzia di innovazione e flessibilità<sup>62</sup>. Le associazioni di categoria, inoltre, hanno ipotizzato anche un eventuale nocumento nei confronti dell'occupazione italiana, con conseguenti danni erariali e contributivi paventando, specie in un periodo di crisi generalizzata, il pericolo della restrizione del volume di lavoro delle guide turistiche italiane<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 20-21 marzo 2003.

<sup>63</sup> Si potrebbe ipotizzare che tale norma in fin dei conti contrasti con il maggior obiettivo di tutelare il diritto al lavoro (delle guide turistiche). Ciò apre il fianco a un'altra e più ampia problematica quella cioè che parte dal presupposto che in generale gli obiettivi comunitari non coincidano con quelli disposti dalla nostra Costituzione repubblicana, se non in misura talmente ridotta da continuare a suscitare forti dubbi in dottrina, su tale interessante tematica, F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 38 ss.

D'altra parte, comunque, occorre anche evidenziare che i cittadini comunitari in possesso di abilitazione (cioè chi è già guida turistica nel paese di provenienza) che intendano esercitare stabilmente in tutto il territorio italiano la professione in oggetto devono seguire la procedura definita dal d.lgs. n. 206 del 2007, la quale, sebbene non preveda garanzie effettive di una preparazione specifica per ogni ambito territoriale dovrebbe quanto meno assicurare, almeno in linea di massima, una discreta competenza e conoscenza. Il d.lgs. appena menzionato, difatti, prevede che il professionista comunitario debba ottenere il riconoscimento della propria abilitazione con apposito decreto da parte del Ministero dei beni culturali e del turismo, circa la preparazione professionale ricevuta nello Stato di appartenenza e che tale riconoscimento possa essere subordinato a misura compensativa qualora la formazione ricevuta riguardi materie<sup>64</sup> sostanzialmente diverse da quelle coperte dal titolo di formazione richiesto in Italia. Analogamente non possiamo ignorare come l'eliminazione delle barriere nel settore dei servizi tra Stati membri costituisce per l'Unione uno strumento essenziale per rafforzare l'integrazione fra i popoli europei, rientrando tra quegli obiettivi tesi a promuovere un progresso economico e sociale equilibrato che danno senz'altro impulso alla cittadinanza europea<sup>65</sup>. Per altro verso, bisogna pure rilevare che, per quanto riguarda la paventata riduzione di lavoro delle guide turistiche italiane e i correlati rischi economici, essere in regime di libera concorrenza non dovrebbe intimorire professionisti del nostro Paese perché, in fondo è sempre il mercato a decidere: maggiore è la concorrenza, maggiore sarà la ricerca di alte professionalità e in fin dei conti ciò non potrà che avvantaggiare le guide turistiche più preparate (quindi se gli italiani sono i più bravi non hanno bisogno di barriere per conservare il proprio lavoro) e favorire un migliore servizio reso ai turisti/consumatori. L'istituzione di procedure di abilitazione serie e qualificanti non potrà che portare alla creazione di professionisti competenti e preparati e la concorrenza straniera non dovrebbe fare loro alcuna paura. Le Direttive in materia di servizi, tuttavia,

---

60 <sup>64</sup> Vi è anche da ricordare che il d.lgs. 28 gennaio 2016 n. 15 ha previsto la tessera professionale Ue (EPC), una sorta di "passaporto" o, meglio, certificato elettronico emesso dallo Stato di origine che per ora interessa cinque categorie di professionisti, infermieri, farmacisti, fisioterapisti, guide alpine e agenti immobiliari, ma che dovrebbe essere estesa a tutti i professionisti, i quali otterranno in maniera più agile il riconoscimento delle proprie qualifiche professionali da parte degli altri Paesi. Il "passaporto" elettronico testimonierà come il professionista abbia superato ogni procedura per ottenere il riconoscimento della qualifica professionale nel Paese ospitante e riguarderà sia i professionisti italiani che intendono esercitare in un altro Paese sia, viceversa, i professionisti europei che vogliono esercitare in Italia.

<sup>65</sup> Sui diritti di cittadinanza europea e, in particolare sulle libertà di circolazione, B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012, S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, 2011.

obbligano gli Stati membri a legiferare in maniera conforme alle loro previsioni, salvo che esse stesse non prevedano espressamente deroghe alla loro disciplina in caso di fattispecie specifiche, oppure non autorizzino in maniera esplicita gli Stati ad adottare disposizioni più rigorose negli ambiti non coperti dall'armonizzazione minima. A tal proposito, occorre notare che il caso delle guide turistiche, in effetti, contiene in sé una sorta di contrasto tra le libertà economiche (in particolare la libertà di prestazione dei servizi), espressione degli evidenziati imperativi di interesse generale dell'Unione e la salvaguardia di specifiche esigenze legate a una professione dotata di peculiari caratteristiche, circostanza che richiede un difficile bilanciamento di valori<sup>66</sup>, il quale non è stato ignorato dalla Corte di Giustizia. Quest'ultima in una sua nota sentenza<sup>67</sup> ha affermato (punto 3): "se uno Stato membro subordina delle prestazioni professionali a dei requisiti di qualificazione del prestatore, ciò non può essere considerato incompatibile con gli articoli del Trattato istitutivo della CEE sulla libera circolazione, se tali limiti sono giustificati dall'interesse generale". Nella stessa sentenza, il Giudice europeo ha evidenziato (punto 4) anche che "L'interesse generale attinente alla valorizzazione del patrimonio storico e alla migliore divulgazione possibile delle conoscenze sul patrimonio artistico e culturale di un Paese può costituire un'esigenza imperativa che giustifica una restrizione della libera prestazione dei servizi", stabilendo, poi, che: "i musei e monumenti storici richiedono l'intervento di una guida specializzata" perché "la corretta illustrazione del patrimonio culturale è parte integrante della sua tutela". La medesima Corte ha poi, però, rimarcato più volte che la libertà di stabilimento può essere limitata solo in casi tassativi dove vi siano imperativi motivi di interesse generale<sup>68</sup> e solo se tale restrizione è idonea e proporzionata a garantire l'obiettivo tutelato<sup>69</sup>. Ma vi è di più,

<sup>66</sup> In generale su tale problema, tra gli altri, D. DIVERIO, *Il delicato bilanciamento di valori nella disciplina europea delle "comunicazioni commerciali"*, in *Studi sull'integr. Eur.*, 2014, 279 ss.; G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in *Studi sull'integr. Eur.*, 2011, 295 ss.

<sup>67</sup> Corte di Giustizia Europea, Causa C-180/1989.

<sup>68</sup> La nozione di «motivi imperativi di interesse generale» è stata più volte interpretata dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del Trattato. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della suddetta Corte, copre numerosi motivi tra cui, per es., l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, gli obiettivi di politica culturale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico ecc.

<sup>69</sup> La Corte di Giustizia nella sentenza sopra citata ha, tuttavia, concluso che la condizione di possedere una licenza imposta dallo Stato membro in cui il servizio è prestato è sproporzionata rispetto allo scopo perseguito. Secondo la

il C.E.N. (Comitato Europeo di Normalizzazione) nello stabilire la definizione di “guida turistica” inserita nella Norma Europea EN 13809 del 2003, ha posto l’accento su due elementi chiave caratterizzanti la professione in oggetto: l’idoneità territoriale e lo svolgimento dell’attività dietro possesso di una qualificazione. Si tratta di due aspetti fondanti della guida turistica, che, grazie all’acquisizione di specifiche competenze, diviene l’ambasciatrice di un territorio. La norma europea, infatti, così recita “La guida turistica guida i visitatori nella lingua da loro scelta ed interpreta il patrimonio culturale e naturale di un territorio. Possiede normalmente una qualificazione specifica per un determinato territorio (*area-specific qualification*). Tale qualificazione è rilasciata e/o riconosciuta dall’Autorità competente del Paese visitato”. La guida turistica contribuisce, quindi, alla valorizzazione del patrimonio culturale e paesaggistico, alla sensibilizzazione dello stesso e al suo rispetto e conservazione, favorendo la promozione del territorio, come riconosciuto anche dalla Norma Europea EN 15565 del 2008 sempre del C.E.N. La Direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno ha stabilito deroghe all’esercizio di un’attività su tutto il territorio nazionale per “motivi imperativi di interesse generale”, includendo tra questi la tutela del Patrimonio Culturale. Queste ultime norme, probabilmente, hanno contribuito alla riscrittura dell’art. 3, comma 3 della l. n. 97 del 2013, che, come modificato dal d. l. 31 maggio 2014, n. 83<sup>70</sup>, ha espressamente previsto: “Con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentita la Conferenza unificata, da adottare entro il 31 ottobre 2014, sono individuati i siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico per i quali occorre una specifica abilitazione, nonché, previa intesa in sede di Conferenza Unificata, i requisiti necessari ad ottenere tale abilitazione e la disciplina del procedimento di rilascio” e che sembra voler tutelare le nostre specificità culturali.

È anche vero che, a ogni buon conto, le molte ombre presenti nella disciplina *de qua* non sono

---

Corte, la condizione del possesso di una licenza avrebbe l’effetto di ridurre il numero di guide turistiche idonee ad accompagnare i turisti in circuito chiuso, il che può indurre l’organizzatore di viaggi ad affidarsi a guide locali, occupate o stabilite nello Stato membro in cui è fornita la prestazione. Tale conseguenza potrebbe presentare per i turisti l’inconveniente di non poter disporre di una guida che abbia familiarità con la loro lingua, con i loro interessi e con le loro aspettative specifiche. In altri termini, il Giudice europeo ha affermato che l’eccezione per i «siti specifici» deve essere applicata in modo restrittivo perché un’interpretazione troppo ampia, comprendente molti o virtualmente tutti i musei e i monumenti storici, renderebbe in effetti ampiamente inefficace la libera prestazione dei servizi. Per un commento sui possibili limiti alla libertà di stabilimento, A. FALZONE, *La libertà di stabilimento può essere limitata solo di fronte a imperativi motivi di interesse generale e solo se tale restrizione è idonea e proporzionata a garantire l’obiettivo tutelato*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2011, 521 ss. anche se le considerazioni ivi contenute riguardano la sentenza Corte di Giustizia dell’Unione europea 16/12/2010, causa C-89/09, Commissione europea c. Repubblica Francese.

<sup>70</sup> Convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2014, n. 106.

state dissolte con l'articolo appena menzionato e che non si può dimenticare come una normativa molto simile, peraltro già soggetta a procedura di infrazione, era già stata approvata in Italia nel 1995.

### 3.1. Le libertà comunitarie e la questione dell'individuazione della Direttiva europea applicabile alle guide turistiche.

Alle considerazioni di cui sopra occorre aggiungere che la procedura d'infrazione Eu Pilot 4277/12/MARK, come si è già evidenziato, è basata su una Direttiva, la 2006/123/CE (la quale da attuazione agli artt. 43, 45 e 49 del Trattato), sulla libertà di circolazione dei servizi che, tuttavia, potrebbe non essere quella effettivamente applicabile al caso delle guide turistiche poiché non è del tutto scontato discernere tra le tante Direttive europee da applicare quale debba effettivamente disciplinare la materia *de qua*. Viene, infatti, il dubbio che la Commissione circa la disciplina delle guide turistiche avrebbe forse dovuto riferirsi più opportunamente alla Direttiva sulle "Professioni" (ovvero la Direttiva 2005/36/CE, come modificata dalla Direttiva 2013/55 sul "Riconoscimento delle qualifiche professionali) che, forse, sembra la più idonea a regolare l'attività di guida turistica, per la quale nulla osterebbe a considerarla rientrante in una professione regolamentata<sup>71</sup>, così come affermato più volte pure dalla Corte costituzionale<sup>72</sup> e così come si evince dalla stessa definizione di "professione regolamentata" dell'art. 3 lett. a) e dall'art. 2 della suddetta Direttiva<sup>73</sup>, in cui si sancisce che essa si applica "a tutti i cittadini di uno Stato membro che vogliano esercitare, come lavoratori subordinati o autonomi, compresi i liberi professionisti, una professione regolamentata in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno acquisito le loro qualifiche professionali"<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> In generale, sulla libertà di circolazione dei professionisti, E. CASSESE, *L'effetto del diritto comunitario sull'ordinamento italiano delle professioni*, in *Il diritto dell'economia*, Milano, 2003.

<sup>72</sup> Si veda a tal proposito il paragrafo precedente.

<sup>73</sup> Art. 3, lett. a), Direttiva 2005/36/CE "«professione regolamentata»: attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali; in particolare costituisce una modalità di esercizio l'impiego di un titolo professionale riservato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative a chi possiede una specifica qualifica professionale."

<sup>74</sup> Art. 2.1 Direttiva 2005/36/CE.



È comunque evidente che la Direttiva sui servizi e quella sulle professioni sono in concreto legate, presentando elementi di interferenza e sovrapposizione che indubbiamente creano incertezze. La prima Direttiva, difatti, al Considerando n. 31 così recita: “La presente Direttiva è coerente con la Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e non pregiudica tale Direttiva” e anche nel successivo art. 3 si prescrive che se vi sono sue disposizioni confliggenti con quelle di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell’accesso a un’attività di servizi o dell’esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, questi ultimi prevalgono e, anzi, tra gli “atti comunitari” da ritenersi prevalenti sulla Direttiva 2006/123/CE vi è proprio la Direttiva 2005/36/CE per espressa menzione della prima<sup>75</sup>. La Direttiva del 2006, tuttavia, nel n. 33 del Considerando richiama tra i servizi rientranti nel suo oggetto, tra gli altri, pure, i servizi nel settore del turismo, compresi quelli relativi alle guide turistiche. Al contrario, se si valutano queste ultime come “professioni”, sembra proprio che esse debbano essere regolate dalla disciplina relativa ai “requisiti professionali” e alle “abilitazioni professionali” con la conseguenza di essere soggette, secondo la stessa Direttiva 2006/123/CE, a tutti i requisiti previsti dalla legislazione nazionale quando ciò è giustificato dall’interesse pubblico generale<sup>76</sup>. In forza del principio di sussidiarietà in materia di professioni e di beni culturali, inoltre, è attribuita, allo Stato membro e non all’Unione, la disciplina relativa all’accesso e all’esercizio della professione<sup>77</sup>, la quale non può non tenere conto degli obiettivi europei tra cui l’equilibrato componimento fra le esigenze di tutela dell’utente e quella di salvaguardia delle condizioni di efficienza dell’impresa. Per

<sup>75</sup> La Direttiva 2006/123/CE, inoltre, richiama nuovamente la Direttiva 2005/36/CE per fornire la definizione di “professioni regolamentate”, facendo riferimento all’articolo 3, paragrafo 1, lettera a) della seconda, il quale stabilisce che per professione regolamentata deve intendersi “un’attività, o insieme di attività professionali, l’accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali”.

<sup>76</sup> Il punto 3 del Considerando della Direttiva 2005/36/CE recita: “La garanzia, conferita dalla presente direttiva a coloro che hanno acquisito una qualifica professionale in uno Stato membro, di accedere alla stessa professione e di esercitarla in un altro Stato membro con gli stessi diritti dei cittadini di quest’ultimo non esonera il professionista migrante dal rispetto di eventuali condizioni di esercizio non discriminatorie che potrebbero essere imposte dallo Stato membro in questione, purché obiettivamente giustificate e proporzionate”, mentre il punto 11: “Per le professioni coperte dal regime generale di riconoscimento dei titoli di formazione, di seguito denominato «il regime generale», gli Stati membri dovrebbero continuare a fissare il livello minimo di qualificazione necessaria in modo da garantire la qualità delle prestazioni fornite sul loro territorio tale regime generale di riconoscimento non impedisce che uno Stato membro imponga, a chiunque eserciti una professione nel suo territorio, requisiti specifici motivati dall’applicazione delle norme professionali giustificate dall’interesse pubblico generale”.

<sup>77</sup> Il summenzionato principio consente all’Unione di intervenire solo al fine di verificare, con un giudizio di agionevolezza estrinseca, se la valutazione effettuata dallo Stato membro sia o meno sostenibile in termini di proporzionalità rispetto al fine perseguito ed alla necessità.

l'esercizio di una professione, poi, è necessario il possesso di determinati requisiti legali (regolati da ciascuno Stato) che dimostrino la qualificazione e la competenza del soggetto che la pone in essere. A conferma di ciò, pure nel punto 15 del Considerando della Direttiva sulle professioni si legge che mancando un'armonizzazione delle condizioni minime di formazione per accedere alle professioni regolamentate, lo Stato membro ospite dovrebbe avere la possibilità di imporre misure compensatrici proporzionate al fine di esaminare l'esperienza professionale del richiedente che peraltro vengono valutate come una garanzia sul livello di qualifica di quest'ultimo, per cui una

eventuale eccezione a tale scelta dovrebbe essere giustificata, caso per caso, da motivi inderogabili d'interesse generale.

La difficoltà di comprendere quale tipo di Direttiva applicare è ancora più evidente se si considera che ex art. 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, sono da considerarsi servizi, le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, tra le quali, in un' elencazione non tassativa<sup>78</sup>, si ritrova anche l'attività dei liberi professionisti<sup>79</sup>.

La disciplina sui servizi, inoltre, è inserita all'interno del titolo IV del Trattato intitolato "libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali" e ciò evidenzia come i servizi meritino una menzione autonoma che li distingua dalla libera circolazione delle persone perché nel caso di questa libertà, non è il soggetto che esegue la prestazione l'elemento caratterizzante il contenuto dell'attività economica, ma il servizio stesso in quanto tale, disgiunto dalla persona che lo fornisce o che lo riceve. I servizi identificati dalla Direttiva del 2006 hanno, infatti, un significato ampio e vanno intesi come meri sinonimi di attività di carattere autonomo e non solo come riferite ad un'attività svolta esclusivamente in regime di libera prestazione<sup>80</sup> perché la Direttiva appena menzionata, in realtà, costituendo un compromesso tra gli interessi comunitari ad ampliare le

<sup>78</sup> La Corte di Giustizia ha esteso in via giurisprudenziale la nozione di servizi ad altri settori e fattispecie non necessariamente riconducibili alle categorie previste dal diritto primario, quali le attività sportive, il turismo, la diffusione di programmi televisivi, giochi di azzardo, a tal proposito, si vv. in via esemplificativa, tra le altre, Corte di Giustizia europea, sentt. 15/12/1995, C- 415/93, *Bosman*, in materia di attività sportiva; 15/6/ 2010, C-211/08, Commissione contro Spagna, in materia di turismo; 30/6/2011, *Zeturf*, C-212/08, in materia di giochi d'azzardo.

<sup>79</sup> Lettera d) dell' art. 57 di cui sopra. Occorre anche ricordare che la libertà professionale è enunciata nell'articolo 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A tal proposito, si v., G. DEMURO, "Art. 15. Libertà professionale e diritto di lavorare", in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 125 ss.

<sup>80</sup> G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 564 evidenzia ulteriormente che «quando la Direttiva parla di servizi, intende riferirsi semplicemente alle attività di carattere autonomo, senza alludere in assenza di ulteriori specificazioni, alla modalità concreta con la quale le attività di carattere autonomo sono effettivamente fornite in uno Stato membro diverso da quello di origine».

libertà economiche e l'interesse generale degli Stati a custodire le proprie autonome prerogative, si pone come uno strumento quadro, di carattere orizzontale, che non detta regole dettagliate, quanto piuttosto un insieme di principi comuni e divieti generali di carattere, si potrebbe dire, vago. Dalla lettura sistematica del Trattato, poi, si evincerebbe anche che i servizi, nel rapporto con le libertà economiche fondamentali di circolazione, rivestono un carattere residuale, ma quest'ultimo non assumerebbe un'accezione meramente negativa. Si dovrebbe, infatti, ritenere che se una determinata attività economica ricade nell'ambito di applicazione della disciplina relativa alla libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali, sarà quest'ultima disciplina a dover trovare applicazione e non quella (da considerarsi di natura complementare) relativa alla libera prestazione dei servizi. Occorre distinguere e applicare in maniera differenziata, poi, anche le norme relative alla libertà di stabilimento<sup>81</sup> e quelle relative alla libertà di prestazione dei servizi<sup>82</sup> perché anche queste le discipline presentano connessioni e sovrapposizioni, pur differenziandosi in quanto considerano due diversi tipi di prestazione da distinguersi per la durata, continuativa e permanente per la prima, mentre temporanea e occasionale per la seconda, così come ha avuto modo di precisare la Corte di Giustizia<sup>83</sup>. La valutazione della modalità di prestazione del servizio e del tipo di libertà in cui ricade (come è evidente non del tutto agevole) rappresenta un altro elemento fondamentale per identificare il tipo di normativa da applicare al caso concreto di cui, in vero, non vi è cenno nella legge europea emanata dal Parlamento nel 2013. La Direttiva 123/CE/2006, nel Capo III si occupa della libertà di stabilimento, mentre nel Capo IV della libera circolazione dei servizi. Nel primo caso, quando cioè la prestazione ha il carattere della stabilità, il lavoratore è chiamato a integrarsi maggiormente nel Paese ospitante, adattandosi alle disposizioni ivi previste che disciplinano la

<sup>81</sup> Tale libertà rappresenta la prima proiezione del principio fondamentale di libera circolazione delle persone, destinato a realizzare la piena facoltà per i cittadini comunitari di esercitare un'attività economica, a prescindere dalla nazionalità e senza riguardo per i confini nazionali, così, G. TESAURO, op. cit., p. 464.

<sup>82</sup> In generale, sulla libera prestazione di servizi, R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico di servizi*, Milano, 2007, p. 2 ss.

<sup>83</sup> Il Giudice europeo ha affermato che detta valutazione va effettuata oltre che in funzione della durata del servizio, anche con riferimento alla sua frequenza (nel senso di regolarità), periodicità e continuità (da un punto di vista economico), Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard*. Nessuna disposizione del Trattato, tuttavia, consente di determinare, in termini astratti, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizi non può più essere considerata tale, di modo che la nozione di "servizio" ai sensi del Trattato può comprendere servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino di più anni, così, Corte di Giustizia, 10 maggio 2012, cause riunite da C-357/10 a C-359/10, *Duomo Gpa Srl*.

propria attività<sup>84</sup>, sebbene, per motivi imperativi di interesse generale possono anche essere previste particolari autorizzazioni<sup>85</sup> per esercitare la professione<sup>86</sup>. Nel secondo caso, invece, l'Unione preferisce piuttosto riconoscere mutualmente l'affidabilità dei controlli effettuati sull'operatore economico nel Paese di origine, anche se, pure in tale ipotesi gli Stati membri possono prevedere requisiti particolari per l'esercizio dei servizi da parte dei lavoratori comunitari (cc.dd. misure discriminatorie), ma, solo quando è previsto in maniera espressa e tassativa dal Trattato, con l'obbligo di interpretare tali particolari eccezioni in senso restrittivo e favorevole alla libera prestazione. Queste ultime riguardano le ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, la necessità di esercitare i pubblici poteri dello Stato (artt. 51, 52.1 e 62 TFUE), nonché le eccezioni (indistintamente applicabili) individuate dalla Corte di Giustizia tramite il ricorso ai motivi imperativi di interesse generale<sup>87</sup>. Tali ultime deroghe, tuttavia, sono da integrarsi pure con l'art. 57 del Trattato, il quale stabilisce che "il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini", comprendendosi con ciò che il lavoratore comunitario deve rispettare le condizioni dello Stato "ospitante" (per es. un'abilitazione specifica). La Direttiva sulle professioni dedica il titolo II alla libera prestazione dei servizi prevedendo all'art. 5.3 che il prestatore è soggetto a "norme di carattere professionale, legale o amministrativo, direttamente connesse alle qualifiche professionali" dettate dallo Stato membro ospitante per i professionisti che esercitano lo stesso tipo di attività nel suo territorio. Nel titolo III della Direttiva 2005/36/CE, invece, si disciplina la libertà di stabilimento per le professioni regolamentate che, in questo caso, dato il carattere permanente dell'attività esercitata dal professionista, prevede meccanismi di compensazione in tutte quelle ipotesi di mancata corrispondenza dei titoli, permettendo allo Stato ospitante di esigere dal lavoratore un tirocinio di adattamento o una prova attitudinale quando manchi, del tutto o parzialmente, la corrispondenza tra la formazione professionale o la

---

<sup>84</sup> G. TESAURO, op. cit., 579 ss.

<sup>85</sup> La Direttiva, tuttavia, parla di autorizzazioni, ma non è del tutto chiaro se queste possono essere assimilate alle abilitazioni o all'acquisizione di particolari requisiti.

<sup>86</sup> La libertà di stabilimento può essere esercitata da parte di lavoratori autonomi e di società "alle condizioni definite nella legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini" (articolo 49 TFUE).

<sup>87</sup> Occorre sottolineare come, spesso, nella giurisprudenza più recente, la Corte di giustizia abbia la tendenza a fondere (e forse anche a confondere) i due piani di valutazione, non avendo fissato un preciso discrimine tra misure discriminatorie ed eccezioni indistintamente applicabili.

competenza acquisita e quella prevista dalla legislazione nazionale (artt. 13 e 14 della Direttiva 2005/36/CE) in modo da valorizzare le peculiarità dei rispettivi percorsi formativi di ogni Stato membro. Anche il Parlamento Europeo, in una sua Comunicazione del 2007<sup>88</sup>, ha affermato che ogni Stato membro è libero di disciplinare una professione e di stabilire il tipo e il livello di qualifiche necessarie per esercitarla, avendo anche la discrezione di decidere se regolare l'accesso alla professione e l'esercizio della stessa solo a livello nazionale ovvero delegare le competenze in ambito legislativo ed esecutivo a livello inferiore dell'amministrazione territoriale. Nonostante ciò, sembrerebbe che, sia che si applichi la Direttiva sulle professioni (più rigorosa sul riconoscimento dei titoli di formazione), sia che si applichi quella sui servizi (meno rigida e più favorevole al principio del mutuo riconoscimento), lo Stato italiano possa, comunque, stabilire una specifica disciplina che determini il modo di accesso e regoli l'attività di guida turistica in Italia e che, ovviamente, dovrà essere applicata in modo eguale sia al professionista italiano, sia a quello proveniente da altri Stati dell'Unione<sup>89</sup>. La legge n. 97 del 2013, nondimeno, risulta piuttosto vaga su questo punto, forse proprio per la difficoltà di individuare la norma comunitaria di riferimento. La legge *de qua*, infatti, da una parte sembra dare attuazione alla Direttiva 2006 sui servizi, riferendosi espressamente al Caso EU Pilot 4277/12/MARK e, da un'altra, invece, richiama ai fini dell'esercizio stabile in Italia dell'attività di guida turistica, da parte dei cittadini degli altri Stati membri, la necessità del riconoscimento del titolo ai sensi del d. lgs. 9 novembre 2007, n. 206, sulla qualifiche professionali<sup>90</sup>, con la conseguenza, di far sorgere non pochi dubbi anche sul tipo di abilitazione, la quale, almeno prima dell'emanazione dei decreti ministeriali di attuazione della summenzionata legge, non si comprendeva se dovesse essere considerata nazionale oppure locale<sup>91</sup>, creando non poco disorientamento sul futuro di tutte le guide italiane che già possedevano un'abilitazione. Tutto ciò ha comportato la necessità di prevedere una nuova disciplina e una nuova regolamentazione dei concorsi che fino all'approvazione della legge n. 97

<sup>88</sup> Comunicazione del Parlamento europeo del 19/10/2007 (in risposta alla Petizione 0086/2007).

<sup>89</sup> In generale sul sistema adottato dal diritto derivato dell'Unione circa l'armonizzazione e il mutuo riconoscimento e i suoi correttivi, D. FISICHELLA, *Il principio del mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione europea*, in *Dir. dell'Un. Eur.*, 1999, 53 ss.

<sup>90</sup> Art. 3, comma 1, legge 6/8/2013, n. 97.

<sup>91</sup> Occorre anche evidenziare che, in seguito all'entrata in vigore della legge di riforma Delrio sulle Province (l. n. 56 dell'aprile 2014), in considerazione che molte abilitazioni erano prima rilasciate a livello provinciale, non è ben chiaro neanche quale ente avrà la competenza relativa all'abilitazione delle guide turistiche e ambientali, se queste rimarranno di competenza locale.

sono stati espletati senza alcuna uniformità perché ogni Provincia o Regione aveva una sua diversa regolamentazione, richiedendo, ora la laurea, ora il diploma. Per altro verso, oltre alle disuguaglianze circa le modalità e i requisiti necessari per partecipare ai concorsi, nel passato si sono create notevoli disparità a seconda del luogo dove si esercitava in concreto l'attività di guida turistica. Prima che fosse emanata la legge europea del 2013, per esempio, per poter esercitare tale professione in tutto il Lazio un professionista avrebbe dovuto prendere 5 abilitazioni, in Campania, invece, vi era un'unica qualifica regionale e quindi per esercitare in tutto il territorio di quest'ultima Regione bastava una sola abilitazione. Questo, ovviamente aveva generato anche confusioni a livello pratico di non trascurabile entità che la legge in questione non ha ancora chiarito del tutto.

#### **4. I decreti del Ministero per i beni e le attività culturali 11 dicembre e 17 aprile 2015, una “soluzione tutta italiana” per bypassare la normativa europea.**

Il ministro per i beni e le attività culturali e del turismo, Dario Franceschini, ha emanato, di intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni, l'11 dicembre 2015 e il 17 aprile 2015, due decreti in attuazione di quanto sancito nell'art. 3, comma 3 della legge europea 2013<sup>92</sup>, che, di fatto, modificano in maniera sostanziale la situazione delle guide turistiche con l'intento di calmare il polverone di critiche che si è generato in seguito all'approvazione della legge di cui sopra. Il primo di essi, recante: “Individuazione dei requisiti necessari per l'abilitazione allo svolgimento della professione di guida turistica e rilascio dell'abilitazione”, stabilisce che per i siti di particolare interesse storico artistico o archeologico, divisi per Regioni in cui sono localizzati, da individuare con un emanando decreto del MIBACT (il decreto del 17 aprile 2015), sentita la Conferenza unificata, occorre una specifica abilitazione. Quest'ultima è rilasciata da ciascuna Regione per i siti individuati dal MIBACT localizzati sul proprio territorio mediante il superamento di un esame di abilitazione che deve essere bandito con cadenza almeno biennale e pubblicato con avviso pubblico sul proprio sito istituzionale. Per partecipare a questo esame,

---

<sup>92</sup> Art. 3, comma 3, legge 6 agosto 2013, n. 97: “Con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentita la Conferenza unificata, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono individuati i siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico per i quali occorre una specifica abilitazione”.

dove sono ammessi ovviamente anche i cittadini di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, è necessario il possesso, oltre che dei requisiti ordinari per la partecipazione alle procedure selettive, il possesso della qualifica professionale di guida turistica conseguita in qualsiasi Stato membro dell'Unione o di abilitazione all'esercizio della professione qualora lo Stato membro di provenienza della guida preveda tale titolo per lo svolgimento della professione e il diploma di laurea triennale. In caso di superamento della prova d'esame, il candidato consegue la specifica abilitazione per i siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico presenti nell'ambito regionale in cui ha sostenuto la prova. Tale abilitazione consente l'iscrizione nell'Elenco nazionale delle guide turistiche dei siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico, tenuto a livello nazionale dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo.

Sino all'espletamento delle procedure abilitative e, comunque, non oltre un anno dalla entrata in vigore del decreto, alle guide turistiche già in possesso di abilitazione regionale o provinciale all'esercizio della professione è data la possibilità di esercitare la propria attività professionale in tutti i siti individuati nel decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo. In altri termini, dopo il periodo transitorio<sup>93</sup> in cui tutte le guide turistiche dovunque abilitate sono state autorizzate a esercitare "indiscriminatamente" su tutto il territorio italiano (circostanza anche questa piuttosto discutibile e che si presta a svariate critiche), una guida turistica per poter lavorare nei siti specialistici (che sono la stragrande maggioranza dei musei, siti archeologici, chiese, pinacoteche, palazzi delle città e dei centri minori d'Italia), oltre alla qualifica (cioè oltre a essere già guida turistica) dovrà essere in possesso di un'ulteriore specializzazione che si dovrà ottenere superando un esame organizzato a cadenza biennale dai competenti uffici regionali. Questo comporta che l'abilitazione di un cittadino di uno Stato membro a guida turistica è, ai sensi della legge europea 2013, valida su tutto il territorio nazionale (sempre a condizione che abbia ottenuto il riconoscimento *ex d.lgs. n. 206/2007*), ma tuttavia, se tale professionista straniero vuole operare nella maggior parte dei siti storico-artistici (in considerazione del fatto che il decreto del MIBACT 17 aprile 2015 ne ha individuati ben 3187), deve ottenere un altro specifico titolo su base regionale, previo espletamento di un concorso. Se si riflette sulle nuove

---

<sup>93</sup> Il decreto dell'11 dicembre sancisce esplicitamente che le guide turistiche già in possesso di abilitazione regionale o provinciale all'esercizio della professione potranno comunque esercitare la propria attività professionale nel relativo ambito territoriale regionale anche nei sei siti individuati nel decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, fino ad un anno dall'entrata in vigore del DM 11 dicembre 2015 oppure fino all'espletamento delle prove d'esame indette a livello regionale.



norme in materia di guida turistica viene spontaneo pensare alla celebre frase di Tomasi Di Lampedusa, ovvero, “cambiare tutto perché nulla cambi”, che in effetti, rappresenta quella che potrebbe chiamarsi “una soluzione tutta italiana”. Nella legge europea, infatti, si è formalmente dichiarato di voler realizzare la libera circolazione delle persone e dei servizi e il diritto di stabilimento<sup>94</sup>, in risposta alla procedura di infrazione EU Pilot 4277/12/MARK (art.3 l. n. 97/2013), mentre, in realtà, attraverso i decreti in oggetto<sup>95</sup> sembra riproposto lo *status quo ante*, ovvero una disciplina molto simile a quanto stabilito dal d.P.R. 13 dicembre 1995 (il quale aveva già previsto la presenza di guide specializzate per l’assistenza alla visita dei siti italiani di particolare interesse, individuati dalle Sovrintendenze d’intesa con le Regioni) con l’unica differenza (forse, si potrebbe dire, aggravante), che attualmente tutti coloro (non solo gli italiani, ma anche gli altri cittadini europei) che vorranno svolgere, effettivamente, questa professione, dovranno riuscire a conseguire due abilitazioni e non più una. Ciò perché, essendo i siti individuati dal decreto del Mibact un numero tutt’altro che limitato, coloro che conseguono l’abilitazione generica di guida turistica, come si è già evidenziato, potranno lavorare in maniera piuttosto limitata, illustrando i beni storici artistici meno visitati e meno conosciuti<sup>96</sup>. Non bisogna dimenticare, inoltre, che l’elenco del 1995, il quale consisteva in circa 2.540 siti (rientranti nell’elenco del patrimonio dell’umanità pubblicato dall’Unesco), fu ritenuto dalla Commissione europea eccessivo, in quanto restringeva sproporzionatamente la libera circolazione delle professioni, violando l’articolo 49 del trattato CE. A tal proposito, la Commissione europea, con Parere motivato del 13 dicembre 2004, infatti, sottolineò che detta normativa impediva alle imprese del settore di fornire la prestazione professionale con il proprio personale e alle guide turistiche indipendenti di offrire i propri servizi a *tour operator* nel corso di viaggi organizzati nonché ai turisti partecipanti a viaggi organizzati di scegliere la guida anche in base alla familiarità con la loro lingua, ai loro interessi ed alle loro specifiche aspettative<sup>97</sup>. Le

<sup>94</sup> Il Capo I della legge 6 agosto 2013, n. 97 esplicitamente reca: “Disposizioni in materia di libera circolazione delle persone e dei servizi e in materia di diritto di stabilimento”.

<sup>95</sup> Tali decreti vengono esplicitamente previsti nell’art. 3, comma 3 della legge n. 97/2013 che ne prevede una successiva emanazione.

<sup>96</sup> Occorre evidenziare che è, peraltro, davvero aberrante classificare il patrimonio culturale italiano in beni di serie A e di serie B. Sull’impossibilità di distinguere per importanza maggiore o minore i beni culturali, ma relativamente al decreto sul federalismo demaniale, P. CARPENTIERI, *Federalismo demaniale e beni culturali*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ottobre 2011, par.1.

<sup>97</sup> Per un commento critico su quanto affermato in tale caso dalla Commissione europea, L. RIGHI, *Professioni turistiche*, cit., 288, ss., dove l’A. confuta, smontando punto per punto le argomentazioni dell’organo comunitario.

“nuove” norme, quindi, riproponendo con qualche piccola differenza la stessa disciplina che l’Unione aveva già censurato e, anzi, aumentando il numero dei siti bisognosi di un’ulteriore abilitazione, sembra potranno essere sottoposte, ancora una volta, a un’eventuale procedura di infrazione europea, a meno che la Commissione non cambi il suo orientamento. Ciò potrebbe verificarsi se l’organo europeo ritenga che il caso delle guide turistiche italiane ricada nelle eccezioni previste dal Trattato, che si verificano, come già rilevato, quando le restrizioni della suddetta libertà sono giustificate dall’interesse generale e non eccedono quanto è necessario per garantire la tutela di detto interesse<sup>98</sup> tenuto conto delle peculiarità del patrimonio storico e artistico e dell’evoluzione del concetto di patrimonio culturale, oppure, se la stessa Commissione decida che la disciplina da applicare alle guide è quella contenuta nella Direttiva riguardante le professioni e non più quella relativa alla libertà di circolazione dei servizi.

La legge del 2013, inoltre, se si considera applicabile alla disciplina delle guide turistiche la Direttiva sui servizi, potrebbe anche essere considerata incostituzionale poiché, limitando la libera circolazione dei servizi, sarebbe da considerarsi in contrasto con il comma 1 dell’art. 117 Cost., non risapando i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario. Ciò, ovviamente, ammesso che l’ulteriore abilitazione per i siti individuati dal decreto del MIBACT del 17 aprile 2015 non rientri in quelle eccezioni considerate compatibili con gli articoli del Trattato istitutivo della CEE sulla libertà di circolazione che uno Stato membro può prevedere per alcune prestazioni professionali.

In definitiva, per salvaguardare le specificità culturali del nostro Paese e anche per tacitare le rimozioni delle associazioni di categoria, preoccupate sia di una possibile dequalificazione del proprio lavoro, sia di una sua diminuzione si è arrivati nuovamente ad approvare una normativa “vaga”, per nulla chiara, di dubbia costituzionalità e non pienamente in sintonia con i principi auspicati dall’Unione europea, normativa che ha cercato di salvaguardare due interessi poco compatibili, con l’aggravante, come già evidenziato, di poter essere ancora una volta soggetta a un’eventuale nuova procedura di infrazione da parte dell’Unione europea.

## 5. Brevi note sulla riforma costituzionale mancata. Considerazioni conclusive.

---

<sup>98</sup> Corte di Giustizia Europea, sent. 26/2/1991 (Causa C-180/1989), Punto 3 e 4.

Anche la recente riforma costituzionale c.d. Renzi-Boschi (d.d.l. cost. n. S 1429-B), bocciata in occasione del referendum del 4 dicembre scorso, non avrebbe comunque risolto le problematiche in precedenza ravvisate. Tale riforma<sup>99</sup> disponendo un'ampia revisione del riparto di competenze normative circa la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, intendeva sopprimere la potestà concorrente di cui all'art. 117, c. 3 della Costituzione, prevedendo un potere di intervento legislativo dell'Ente centrale nelle materie non riservate alla sua competenza qualora si ravvisasse la necessità di tutelare "l'unità giuridica ed economica della Repubblica" o un "interesse nazionale" e disciplinava una clausola generale di "residualità" vagamente simile a quella prevista dall'attuale art. 117 Cost. c. 4 Cost.<sup>100</sup> La "materia" turismo che, in ogni caso, come si è più volte rilevato, è comunque collegata alla disciplina sulle guide turistiche, avrebbe subito una notevole revisione e un "inquadramento" non chiaro<sup>101</sup> perché, da un lato, veniva riportata nell'alveo delle competenze statali relativamente alle "disposizioni generali e comuni"<sup>102</sup>, mentre, dall'altro, veniva affidata alle Regioni per la "valorizzazione e organizzazione regionale del turismo"<sup>103</sup> (dove, peraltro, si ravvisa più di qualche aspetto di

<sup>99</sup> Tra i tanti contributi che hanno evidenziato le novità e le criticità contenute nel summenzionato d.d.l. costituzionale, A. RUGGERI, *Note minime a prima lettura del disegno Renzi di riforma costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 8/2014; A. D'ATENA, *Luci ed ombre della riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *Rivista AIC* n. 2/2015; U. DE SIERVO, *Un tentativo di riforma costituzionale con troppi gravi difetti*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 1/2015; G. SERGES, *La potestà legislativa delle regioni nel progetto di riforma della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015; S. MANGIAMELI, *Titolo V – il nuovo art. 117*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), aprile 2015; P. CARETTI, *La potestà legislativa regionale nelle proposte di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2/2015.

<sup>100</sup> Riguardo il ridimensionamento dell'autonomia regionale nel progetto di riforma costituzionale, tra gli altri, F. GABRIELE, *Il regionalismo tra crisi e riforme costituzionali*, cit.

<sup>101</sup> Per un commento su tale riforma relativamente al turismo, L. GRIMALDI, op. cit., 60 ss., il quale evidenzia come, con il riformato art. 117 Cost. "sembra profilarsi, dunque, da una parte, una competenza riguardante, essenzialmente, le politiche regionali (più che una vera e propria materia autonoma che risulterebbe di ardua configurazione) di «valorizzazione» ed «organizzazione» del comparto turistico e, dall'altra, una distinta competenza in materia di «turismo tout court».

<sup>102</sup> Sull'ambiguità della formula "disposizioni generali e comuni, si vv., tra gli altri, U. DE SIERVO, op. cit., il quale ha evidenziato che le disposizioni generali e comuni ampliano al massimo la discrezionalità del legislatore statale; G. RIVOSECCHI, *Riparto legislativo tra Stato e Regioni: le cc.dd. "disposizioni generali e comuni"*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2014, 4, ss., il quale ha sottolineato che vi possono essere due letture delle disposizioni generali e comuni. Una di queste evidenzia la svolta centralista della riforma e l'altra, l'obiettivo di limitare la potestà esclusiva dello Stato in alcune materie e G. SERGES, *La potestà legislativa delle Regioni*, cit., 14, il quale ha fatto notare che lo spazio di azione delle Regioni dovrà confrontarsi con le "disposizioni generali e comuni" e che dipenderà dall'intensità con la quale sarà concepito l'intervento statale.

<sup>103</sup> L'art. 31 (Modifica dell'articolo 117 della Costituzione) del d.d.l. Renzi-Boschi, prevedeva tra le competenze statali, alla lett. s): "disposizioni generali e comuni sulle attività culturali e sul turismo", mentre tra le competenze riservate alle Regioni: la disciplina, "per quanto di interesse regionale, delle attività culturali, della promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, di valorizzazione e organizzazione regionale del turismo". Per S. PAJNO,

interesse per la disciplina delle guide turistiche). La mancata riforma, inoltre, probabilmente, avrebbe tolto ogni ragione di essere all'abilitazione concessa e regolata da ciascuna Regione per i siti di particolare interesse storico artistico o archeologico (a tale proposito si v. l'art. 31 del d.d.l. Renzi-Boschi prevedeva alla lett. t), tra le materie di legislazione esclusiva dello Stato: "ordinamento delle professioni e della comunicazione" facendo presupporre che tutte le leggi regionali di attuazione circa la disciplina delle guide turistiche avrebbero potuto presentare profili di illegittimità costituzionale). Oltretutto, non si poteva neanche escludere che la modifica della Costituzione avrebbe comportato la necessità di riconsiderare il d.lgs. n. 30 del 2006, recante "Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni", la legge europea del 2013 e i recenti decreti del Mibact attuativi di quest'ultima. Così, non poche perplessità sarebbero sorte in merito alla formazione professionale (attualmente attribuita alla competenza residuale delle Regioni) i cui confini con la materia professioni sono da sempre collegati e tutt'altro che netti<sup>104</sup>. Con l'approvazione della riforma costituzionale, la formazione professionale, materia già di per sé non semplice da inquadrare e definire<sup>105</sup>, sarebbe spettata, per "le disposizioni generali e comuni", alla competenza esclusiva dello Stato, mentre a quella delle Regioni per "l'organizzazione in ambito regionale", con la conseguente difficoltà di comprendere quale "parte" della formazione professionale delle guide turistiche avrebbe potuto essere disciplinata dallo Stato e quale dalle Regioni. Analogamente, non poche incognite sarebbero sorte anche per le "materie" attività culturali e promozione dei beni ambientali, culturali e paesaggistici, le quali, ragionevolmente, sono collegate all'attività di guida turistica. Le problematiche che trasparivano dal testo della mancata riforma costituzionale, pertanto, avrebbero rafforzato, invece di fugare, le ombre presenti nell'inquadramento della materia *de qua*, le quali, comunque, tutt'ora ancora non cessano, e probabilmente, non cesseranno neanche in un prossimo futuro, comportando importanti dubbi teorici, ma anche pratici nella disciplina relativa alle guide turistiche. Le

---

*Considerazioni sulla riforma costituzionale in progress, tra Governo, Senato e Camera dei deputati*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), dicembre 2014, 26, la locuzione "per quanto di interesse regionale" rappresenta vere e proprie "clausole di co-legislazione", il cui scopo è quello di aprire, in varia misura e con diverse tecniche, all'intervento legislativo regionale sul campo materiale di volta in volta considerato.

<sup>104</sup> Corte cost., sent. 2012, n. 108, punto 4 del Cons. in dir.

<sup>105</sup> Come ha fatto correttamente notare L. DEGRASSI, *La razionalizzazione dello Stato sociale nell'ordinamento dei servizi alla persona e alla comunità*, Milano, 2004, 274 ss., «il vero nodo da sciogliere» circa la formazione professionale «è stata e continua ad essere la nozione della materia stessa, la quale, a causa delle diverse denominazioni che le sono state attribuite dai legislatori nel corso del tempo, è venuta ad assumere significati anche molto dissimili tra di loro con effetti tutt'altro che trascurabili».

riflessioni su esposte, peraltro, rivelano che la nuova legge e i nuovi decreti invece di semplificare e migliorare la disciplina riguardante la professione di guida turistica, non hanno fatto che complicarla ancora di più (per es. non è ancora del tutto chiaro come sarà la selezione per ottenere quella che si potrebbe chiamare abilitazione generale, così come rimane anche dubbio quale sarà l'Ente effettivamente competente a rilasciarla), lasciando molte ombre in un settore che, come si è evidenziato nelle pagine precedenti, è già di per sé notevolmente articolato perché caratterizzato dalla coesistenza di intricati interessi sia nazionali che comunitari derivanti da contrastanti profili competenziali, scaturiti dalle molte materie "in gioco" (turismo, professioni, formazione professionale, tutela della concorrenza, interessi dei consumatori, libertà comunitarie...). Tutto questo continua a comportare difficoltà e insoddisfazioni tra i vari operatori del settore<sup>106</sup> con numerosi problemi sul tappeto<sup>107</sup>, i quali sono tutt'altro che risolti, non essendo stata realizzata, come invece sarebbe stato necessario, una effettiva idonea riforma di questo settore.

**Abstract:** Il testo analizza la complicata evoluzione della disciplina interna in materia di guide turistiche mettendo in evidenza come la normativa sia stata modificata nel tempo per adeguarsi, tramite una soluzione tutta italiana, alle libertà comunitarie e alle varie procedure di infrazione aperte dalla Commissione Europea.

**Abstract:** The text analyzes the complicated evolution of the internal rules on tourist guides highlighting how the legislation has been modified over time to adapt, through an all-Italian solution, the Community freedoms and the infringement proceedings opened by the European Commission.

**Parole chiave:** guide turistiche - libertà comunitarie - Costituzione italiana - legge europea - procedure di infrazione

---

<sup>106</sup> Si v. per es. Il comunicato di Federagit: nota associazione di categoria delle guide turistiche, del 18 marzo 2015, in [www.federagit.it](http://www.federagit.it).

<sup>107</sup> Senza dimenticare anche i problemi che si creeranno se entrerà in vigore la tessera professionale europea di cui al d.lgs. n. 15/2016 che dovrebbe permettere un riconoscimento delle qualifiche professionali quasi automatico da parte dei Paesi europei.

**Key Words:** tourist guides - Community freedoms - Italian Constitution - European law - infringement proceedings

## PER L'IBRIDAZIONE DELLE CORTI EUROPEE\*.

di Giampiero Buonomo\*\*

**Sommario:** 1. Geometrie variabili tra le giurisdizioni europee. - 2. La teoria della “protezione equivalente” elaborata dalla Corte di Strasburgo. - 3. Le dinamiche reciproche dei due ordinamenti europei. - 4. La “trattattizzazione” della Carta di Nizza. - 5. La “comunitarizzazione” della Convenzione. - 6. Una proposta di sistema: l'ibridazione.

36

### 1. Geometrie variabili tra le giurisdizioni europee.

Il Consiglio d'Europa, promotore della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, è la testimonianza lasciata ai posteri da René Cassin: l'uomo che nei giorni della liberazione di Parigi, nel 1944, fu posto ai vertici del sistema giudiziario francese, screditato dalla servile sudditanza al governo di Vichy ed alla persecuzione nazista. Nel suo partecipare alla stesura della Convenzione, il futuro premio Nobel si era ripromesso di creare un sistema, in virtù del quale il diritto non si sarebbe più piegato alla violazione delle libertà, anche se decisa da un potenziale ritorno di autoritarismo ai vertici di uno Stato europeo.

Già quando Paul Henri Spaak abbandonò la carica di presidente dell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa per quella di presidente dell'Assemblea comune della CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio), però, ci si era resi conto che solo ad una dimensione diversa si sarebbe potuta inverare la promessa di una vera e propria comunità

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Consigliere parlamentare.



delle democrazie occidentali sul nostro Continente<sup>108</sup>: ma che questa potesse e dovesse essere anche politica, fu convinzione diffusa per tutta la prima metà degli anni Cinquanta<sup>109</sup>.

Nel 1957 i sistemi giurisdizionali di Consiglio d'Europa (CoE) e di Comunità economica europea (CEE) erano ancora così arretrati - e le platee di Stati aderenti così differenziate - che non si coglievano ancora le virtuali contraddizioni dell'*overlapping* tra diversi sistemi convenzionali, volti a tutelare diversi interessi giuridici. Ma, nei decenni successivi, molte cose sono cambiate: anzitutto, nel contesto globale - pur superando le ingenuità del disegno di una "giurisdizione universale delle libertà"<sup>110</sup> - quella dei diritti umani è diventata «una "galassia" ideologico-normativa in rapida estensione<sup>111</sup> e con una meta precisa: accrescere la salvaguardia della dignità della persona»<sup>112</sup>; ciò va riverberandosi anche sulla linea di confine tra la pluralità di giurisdizioni, che oramai occupano lo scenario pattizio multilaterale.

In secondo luogo, sotto il profilo delle adesioni al progetto multinazionale europeo, ingressi massicci hanno sfigurato l'originale architettura istituzionale di CoE e CEE (ed altre variazioni, in futuro, potrebbero tornare a cambiare la platea delle adesioni, in un processo

<sup>108</sup> J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 100, 8, pp. 2403-2483; G. Garrett, R. D. Kelemen, H. Schulz, *The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union*, in *International Organization*, 1998, 52, 1, pp. 149-176; S. Gambino, *Tendances du constitutionnalisme contemporain en France et en Europe*, in *Astrid Rassegna*, 2011, 144, pp. 1-32; F. Fabbrini, *Fundamental rights in Europe. Challenges and transformations in comparative perspective*, Oxford University Press, 2014; F. Dehousse, *The reform of the EU Courts*, in *Egmont papers*, marzo 2016; P. Blokker, *EU enlargement, geopolitics and new constitutionalism*, in *Storia del pensiero politico*, 2016, 1, pp. 115-130.

<sup>109</sup> Nel marzo 1953 una bozza di trattato per la Comunità politica europea (CPE), tra i medesimi sei Stati aderenti alla CECA, emerse dai lavori della citata Assemblea comune presieduta da Spaak, e la sua definitiva approvazione fu vincolata alla ratifica del trattato della CED (Comunità europea di difesa): venuta meno questa, quando l'Assemblea Nazionale francese rigettò il trattato il 30 agosto 1954, abortì anche la CPE. V. per il prosieguo, Jean Monnet, *Per l'Europa. Atti del Comitato d'azione per gli Stati Uniti d'Europa (1955-1965)*, Quaderni dello IAI, n. 4/1966, Bologna, Il Mulino, dicembre 1966.

<sup>110</sup> Delineato da M. Cappelletti nella *Relazione al II Congresso Latino-americano di diritto costituzionale di Bogotá del 7-11 novembre 1977*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, 1, pp. 1-32. V. anche: A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 44, 191; M. Couston, *La multiplication des jurisdictions internationales. Sens et dynamiques*, in *Journal de droit international*, 2002, I, pp. 5-53; A. Mangia, *Le libertà politiche nella prospettiva del diritto transnazionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 febbraio 2011.

<sup>111</sup> K. J. Alter, L. R. Helfer e O. Saldias, *Transplanting the European Court of justice: the experience of the Andean Tribunal of justice*, in *American Journal of comparative law*, 2012, 60, pp. 629-664.; M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion mechanism before the European Court of Human Rights: a first comparative assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 2015, 6; T. Groppi - A.M. Lecis Cocco-Ortu, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo?*, in *Federalismi.it*, 25 settembre 2013.

<sup>112</sup> A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, Laterza, 1999.

che potrebbe alternare sistole a diastole)<sup>113</sup>; quanto poi all'integrazione che ha portato all'Unione europea, da tempo oramai dottrina<sup>114</sup> e giurisprudenza<sup>115</sup> si sono interrogate sulla potenzialità di “guerra tra le Corti” intrinseca nella “geometria variabile” tra le giurisdizioni internazionali<sup>116</sup> e tra di esse e quelle costituzionali<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> Nel caso del Regno Unito, v. B. Carrozzo, N. Costo Lucco, A. Minisini, F. Negrotti, C. Tan, C. Vincelli, *Brexit Means Brexit, but What Does the Second Brexit Mean?* In *Diritti comparati.it, working papers*, n. 4/2016; B. Hale, *The Supreme Court: Guardian of the Constitution?*, in *Astrid Rassegna*, 9 novembre 2016; S. Merler, *Brexit and the law*, in *Bruegel.org*, 11 novembre 2016. Già in precedenza, sulle polemiche contro l'adesione del Regno Unito alla CEDU, v. T. Lock, K. Dzehtsiarou, P. Johnson, F. De Londras, A. Greene, E. Bates, *The legal implications of a repeal of the Human Rights Act 1998 and withdrawal from the European Convention on Human Rights*, Social Science Research Network (SSRN), 2015. Sul rapporto con la sovranità parlamentare, v. M. Tabarelli, *The Influence of the EU and the ECHR on 'Parliamentary Sovereignty Regimes': Assessing the Impact of European Integration on the British and Swedish Judiciaries*, in *European Law Journal*, 2013, 3, pp. 340-363; UK House of Commons, *European scrutiny committee*, 26 gennaio 2011, documents considered. Sugli antefatti di tipo politico, v. S. Booth, *EU accession to the ECHR should be subject to the EU Bill's "referendum lock"*, in *Open Europe*, 8 marzo 2011; J. Norman, P. Osborne, *Churchill legacy. The conservative case for the Human Rights Act*, National Council for civil liberties, 2009.

<sup>114</sup> G. Buonomo, *Non sempre la guerra «offre» giurisdizione extraterritoriale: l'occasione mancata del caso Bankovic*, *Diritto e giustizia on-line*, 2 febbraio 2002; E. Bergamini, *La Commissione europea amica curiae davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: Osservazioni scritte della Commissione europea nel caso n. 56672/00, DSR Senator Lines GmbH v. Austria and others*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, 1, 177; D. Calonne, *En attendant Senator Lines, ...Réflexion sur une protection plurielle des droits de l'homme en Europe*, Institut Européen de l'Université de Genève, 2003; *Cours sùpřemes nationales et cours europęennes : concurrence ou collaboration?* (a cura di J. Iliopoulos-Strangas) in *In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007; L. Wildhaber, *The position of Constitutional Courts following integration into the European Union*, conferenza di Bled (Slovenia) 30 settembre - 2 ottobre 2004; *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour europęenne des droits de l'homme* (a cura di G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2005.

<sup>115</sup> Tra Strasburgo e Mosca, cfr. invece la decisione 2 giugno 2004 della Corte europea, di incompetenza in ordine alla richiesta di parere sulla coesistenza tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione dei diritti umani della CSI (European Court of Human Rights, *Decision on the competence of the court to give an advisory opinion*, 2 June 2004, consultabile nella banca dati HUDOC della Corte, come tutte le altre pronunce citate).

<sup>116</sup> A quelle europee si aggiungono quelle con cui le organizzazioni sovranazionali europee si relazionano: cfr. gli *Investor-state dispute settlement* (tribunali arbitrali per le controversie nascenti dai trattati di libero scambio transatlantici, sulla scorta di quelli previsti dal NAFTA) e la richiesta di includere nel CETA (Accordo economico e commerciale globale tra UE e Canada) un tribunale d'appello di tipo giuspubblicistico. Non meno interessanti sono le questioni derivanti dalla ricaduta giurisdizionale degli impegni assunti nell'Organizzazione mondiale del commercio: cfr. D. Sardo, *Le corti europee tra dialogo e negoziato. Riflessioni a partire da due recenti documenti della Corte di giustizia dell'Unione europea su OMT e adesione alla CEDU*, in *Diritticomparati.it*, 9 febbraio 2015; G. Letsas, *Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyers*, in *European Journal on International law*, 2010, 21, 3, pp. 509-541. Per un coordinamento anche di questi ambiti, v. G. Bartolini, *Reparation for violation of human rights: possible co-ordination in the case-law of International supervisory bodies*, in *Federalismi.it*, 29 luglio 2009.

<sup>117</sup> R. Conti, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?* in *Federalismi.it* n. 6/2010; L. Baroni, *Giudici nazionali e giudici dell'Unione europea*, su *Federalismi.it* n. 12/2010; M. Dicosola, C. Fasone, I. Spigno, *Foreword: Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis*, in *German Law Journal*, 2015, 16, 6; L. Trucco, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Constitutionalization of the European Law*, in *Diritticomparati.it*, 28 luglio 2014; European Parliament Research Service, *Fundamental rights in the European Union. The role of the Charter after the Lisbon Treaty*, marzo 2015, PE 554.168; A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico europeo - Rassegna on-line*, gennaio 2015; S. Fabbrini, *The*

La reazione più immediata è stata quella di cogliere come un'opportunità il convergente effetto del superamento delle spinte autarchiche, in vari ordinamenti costituzionali, e delle proposte di accessione alla CEDU<sup>118</sup>: dal 2009 molti di questi elementi si misero in movimento accelerato a partire dalla nuova formulazione dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea ("l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali")<sup>119</sup>, in vigore dal 1° dicembre 2009 col Trattato di Lisbona<sup>120</sup>; ciò tanto più alla luce del fatto che, il 1° giugno 2010, entrò in vigore anche il Protocollo n. 14 aggiuntivo alla CEDU, che, all'articolo 17, novella l'articolo 59 della Convenzione consentendo all'Unione europea di accedervi.

Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea - espresso nella seduta plenaria del 18 dicembre 2014 sul progetto di adesione dell'Unione europea al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - ha gelato queste ottimistiche prospettazioni pattizie<sup>121</sup>: "l'intervento degli organi investiti dalla CEDU di competenze decisionali, quale contemplato dall'accordo previsto, non deve avere come effetto di imporre all'Unione e alle sue

---

*Constitutional conundrum of the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 29 aprile 2015; A. Alemanno, L. Pech, *Reform of the EU's Court System: Why a more accountable - not a larger - Court is the way forward*, in *VerfBlog*, 17/6/2015; A. Alemanno, L. Pech, *Where do we stand on the reform of the EU's Court System? On a reform as short-sighted as the attempts to force through its adoption*, in *EU Law Analysis*, 22 settembre 2015; G. Martinico, *The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: on the importance of conflicts in German Law Journal*, 2015, pp. 1343-1374; C. Fasone, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective*, EUI Working Paper Series, MWP 2014/25, III.B, pp. 30-40; M. Cartabia, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, 2015, 16, 6, p. 1791; L. Cassetti, *Premessa*, in *Diritti, garanzie ed evoluzioni dei sistemi di protezione*, Quaderni della ricerca diritti-cedu.unipg.it, Università degli studi di Perugia, dipartimento di giurisprudenza, 2016; B. Caravita, *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, in *Federalismi.it*, 13 luglio 2011; A. Arlotta, *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e CEDU*, in *Rivista Giur. di merito*, 2011, n. 2; T. Lock, K. Dzehtsiarou, T. Konstadinides, N. O'Meara, *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, Routledge, 2014.

<sup>118</sup> Per la storia dei tentativi di accessione dell'Unione alla CEDU, cfr. F. Buonomo, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2005. Sui motivi formali che portarono al parere n. 2/94 della Corte di giustizia delle Comunità europee contrario all'adesione alla Convenzione, cfr. A. Bultrini, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 97 ss.

<sup>119</sup> P. Sandro, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma sul nuovo articolo 6 del Trattato dell'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, p. 855 ss.

<sup>120</sup> G. Della Cananea, *L'ordinamento giuridico dell'Unione europea dopo i nuovi accordi intergovernativi*, in *La Comunità internazionale*, 1/2012, pp. 3-12.

<sup>121</sup> G. Butler, *A political decision disguised as legal argument? Opinion 2/13 and European Union accession to the European Convention on human rights*, in *Utrecht Journal of International and European law*, 2015, 31, pp. 104-111.

istituzioni, nell'esercizio delle loro competenze interne, un'interpretazione determinata delle norme del diritto dell'Unione (...) Orbene, è indubbiamente inerente alla nozione stessa di controllo esterno il fatto che, da un lato, l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte EDU vincolerebbe, ai sensi del diritto internazionale, l'Unione e le sue istituzioni, ivi compresa la Corte, e che, dall'altro lato, l'interpretazione data dalla Corte di un diritto riconosciuto da detta convenzione non vincolerebbe i meccanismi di controllo previsti da quest'ultima e, in particolare, la Corte EDU<sup>122</sup>. Attraverso il postulato sovranazionale - secondo cui i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati, ma anche i cittadini degli stessi<sup>123</sup> - si arriva ad una ricaduta giurisdizionale che la Corte di Lussemburgo vede ignorata o addirittura messa in pericolo<sup>124</sup> dal progetto avanzato. Il ponte tibetano tra questi sistemi stellari, potenzialmente divergenti, è ancora tutto da trovare: potrà essere utile, nella ricerca, cogliere anzitutto dove si annidavano le criticità delle precedenti passerelle.

## 2. La teoria della “protezione equivalente” elaborata dalla Corte di Strasburgo.

I trattati delle Comunità europee, nella loro versione iniziale, non contenevano un'elencazione dei diritti fondamentali; si sapeva - ben prima che fossero approvati i "criteri politici" di adesione nei Consigli europei del 1993 a Copenhagen e del 1995 a Madrid - che nella Comunità poteva entrare soltanto lo Stato dotato di "istituzioni stabili che garantiscano la democrazia, lo stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela";

<sup>122</sup> Così i §§ 184-185 del parere 2/2013.

<sup>123</sup> V., in particolare, Corte di giustizia, sentenze *van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23, e *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1144, nonché parere 1/09, EU:C:2011:123, § 65.

<sup>124</sup> §§ 175-176 del parere 2/2013: "In tale contesto, spetta ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministratori in forza del diritto dell'Unione (...). In particolare, la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione.

ma, tecnicamente, i giudici di Lussemburgo non potevano includerli tra i parametri diretti del giudizio loro attribuito dai Trattati istitutivi.

L'art. 6 comma 1 del Trattato sull'Unione europea, come approvato a Maastricht, mutò la prospettiva, enunciando che "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"; il comma 2 della medesima disposizione, poi, richiama sia i diritti tutelati dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, sia i diritti che "risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

Va però notato che l'unico meccanismo diretto di *enforcement* di questa proclamazione, quello in seguito introdotto all'articolo 7 dal trattato di Amsterdam, si applicava soltanto ai principi sanciti dal comma 1 dell'articolo 6. Pertanto la Corte di giustizia dell'Unione europea, per lunga pezza, recepiva nella sua attività giurisdizionale i diritti umani soltanto *per relationem*, enucleandoli non solo sulla base della CEDU, ma anche alla stregua delle tradizioni costituzionali degli Stati membri<sup>125</sup>; ne è derivato un filtro che la Corte di Lussemburgo ha giustificato con la necessità di rapportare le tradizioni costituzionali comuni e la Convenzione alle finalità del trattato dell'Unione, ma che è stato piuttosto criticato in dottrina come forma di tutela affievolita<sup>126</sup>.

La natura "triadica" del confronto (CEDU, TUE e Costituzioni degli Stati membri) sollecitò, nella dottrina, la riemersione di un tradizionale sospetto del costituzionalismo nazionale verso il diritto pattizio<sup>127</sup>: un sospetto vieppiù accentuato nei confronti dell'ordinamento UE,

<sup>125</sup> O Pollicino, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in D'Andrea, Moschella, Ruggeri, Saitta, *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, 2016; A. Ruggieri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?* in *Diritticomparati.it*, 11 dicembre 2015.

<sup>126</sup> Resoconto del convegno "Corti europee e corti nazionali", 12 gennaio 2001, presso il seminario dell'Istituto di studi giuridici della facoltà di giurisprudenza della Libera Università G. Carli di Roma, pubblicato nel *Bollettino* n. 16/2001 dell'Osservatorio costituzionale, intervento del prof. G. Zagrebelsky.

<sup>127</sup> Sul pericolo di sottrarre a tutela giurisdizionale il riconoscimento costituzionale fatto a livello nazionale di taluni diritti, in virtù del conferimento di poteri autoritativi ad un diverso ordinamento – quello sovranazionale – non tenuto al rispetto di quei vincoli costituzionali (in quanto non espressamente menzionati nel trattato istitutivo dell'organizzazione internazionale) cfr. gli interventi come *amicus curiae* del *Conseil des barreaux de l'Union européenne* («CCBE»), dell'Associazione europea dei giuristi d'impresa («AEJE»), della Federazione internazionale delle leghe dei diritti dell'uomo («FIDH») e della Commissione internazionale dei giuristi («CIJ»), nell'affare *Senator lines*, di cui dà conto la parte in fatto della sentenza 10 marzo 2004 della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo: cfr. F. Buonomo, *La sentenza Senator lines della Corte europea dei diritti dell'uomo tra suggestioni contenutistiche e peculiarità procedurali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, pp. 549-558.



che meno si ispirava al principio di complementarità e che, anzi, aveva rivendicato con la massima decisione la primazia della sua produzione normativa rispetto ai diritti nazionali<sup>128</sup>. La ricerca di un alleato a Strasburgo, nel fronteggiare il pericolo sotteso a questo sospetto, non trovava però rispondenza nell'elaborazione tradizionale della CEDU, la cui Corte oscillava tra una posizione di principio assai rigorosa<sup>129</sup> ed una giurisprudenza di fatto singolarmente inadeguata.

Da un lato, infatti, erano spesso stati frapposti ostacoli in rito, frutto di una concezione ancora eminentemente internazionalistica della Corte di Strasburgo: ne era eloquente simbolo, ad esempio, la scelta di convenire in giudizio tutti gli Stati membri dell'Unione<sup>130</sup>, come soggetto passivo litisconsortile del ricorso avente lo scopo di assoggettare alla Convenzione anche gli atti dell'Unione europea. Solo con la sentenza *Senator lines*<sup>131</sup> fu abbandonato l'artificio mediato dell'interposizione di tutti gli Stati firmatari del TUE; nella medesima circostanza, l'effetto dell'inammissibilità del ricorso fu però conseguito mediante la declaratoria della perdita della qualità di vittima del ricorrente (a seguito della pronuncia, sopraggiunta *medio tempore*, resa dalla Corte di Lussemburgo).

<sup>128</sup> Per la primazia del diritto comunitario rispetto alle norme interne confliggenti anche anteriori: Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, cit.; Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*; Corte di Giustizia, 16 giugno 1966, causa *Lutticke*; Corte di Giustizia, 21 giugno 1974, causa *Reyners*; Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*; Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*; Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, in cui la Corte ha precisato che la prevalenza del diritto comunitario vincola non solo i giudici nazionali, ma "tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti locali territoriali", a disapplicare le norme interne, statali e regionali, che si pongano in contrasto con il diritto comunitario; Corte Costituzionale, sentenza 5 giugno 1984 n. 170, *Granital*. Sul rapporto tra primazia e diritti nazionali, v. A. Ruggeri, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in *Diritticomparati.it*, 2 aprile 2013.

<sup>129</sup> "The mere fact that a case has been dealt with by the Luxembourg Court should not prevent the Strasbourg Court from accepting an application as admissible": *Study of technical and legal issues of a possible EC/EU accession to the European convention on human rights*, Report DG-II(2002)006 [CDDH(2002)010 Addendum 2] adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH), Strasburgo, 28 giugno 2002.

<sup>130</sup> Essa trovava un certo fondamento nella lettura della sentenza 18 febbraio 1999, sul caso *Matthews c. Regno Unito* [GC] (ricorso n. 24833/94, ECHR 1999-I). D'altro canto, già in quella fattispecie i giudici della Corte europea dei diritti umani notarono che "la Comunità europea non è parte contraente" della Convenzione, ma lasciarono intendere che ciò non osta a sindacare indirettamente gli atti dell'Unione, visto che il trasferimento di competenze dagli Stati parte ad un'organizzazione internazionale non esime dal rispetto della Convenzione e, pertanto, gli Stati parte continuano ad essere responsabili degli atti che l'organizzazione internazionale cui hanno trasferito sovranità quando essi siano assunti in violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione.

<sup>131</sup> Corte eur. 10 marzo 2004, n. 56672/00, *Senator Lines c. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia*.

Dall'altro lato, quando si passò ad ammettere la possibilità di una pronuncia di merito, la linea fissata fu quella della dottrina della "protezione equivalente"<sup>132</sup>: a partire dal caso *Bosphorus*<sup>133</sup>, la Corte affermò che "la Convenzione non impedisce agli Stati parte di trasferire poteri sovrani ad un'organizzazione internazionale a scopo di cooperazione in determinati ambiti", ma che "gli Stati restano nondimeno responsabili ai sensi della Convenzione per tutte le azioni e le omissioni" che i propri organi dovessero compiere ai sensi della legge nazionale o dei vincoli internazionali legalmente assunti; "l'azione che lo Stato ponesse in essere, in adempimento di tali vincoli legali, è giustificata nella misura in cui l'organizzazione internazionale in questione è giudicata rispettosa della protezione dei diritti fondamentali, in guisa almeno equivalente a quella che la Convenzione garantisce"<sup>134</sup>. In quel caso la Corte accertò che la protezione accordata dalle norme comunitarie<sup>135</sup> era equivalente: nel concludere in tal senso, la Corte dichiarò che aveva annesso "grande importanza al ruolo ed ai poteri della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla materia, considerando in pratica che l'effettività delle garanzie sostanziali dei diritti fondamentali dipendeva dal meccanismo di controllo messo in opera per assicurarne l'osservanza"<sup>136</sup>.

La scelta della Corte di Strasburgo fu quindi di dividere i Curiazi, per combatterli separatamente. Fuor di metafora, una lesione convenzionale poteva discendere da un atto discrezionale<sup>137</sup> imputabile allo Stato-parte della CEDU, ed allora era l'ordinamento nazionale a venire in rilievo (ponendo semmai il problema dell'antinomia tra un diritto nell'interpretazione data dalla locale Corte costituzionale o suprema, ed il medesimo diritto nell'interpretazione della Corte di Strasburgo); ovvero poteva trattarsi di una decisione

<sup>132</sup> In base ad una giurisprudenza inaugurata da Commissione dei diritti umani, decisione 9 febbraio 1990, *M. & Co. c. Germania*, n. 13258/87, DR 64, p. 138; conformemente Commissione dei diritti umani, decisione 10 gennaio 1994, *Heinz v. the Contracting Parties also parties to the European Patent Convention* (ricorso n. 21090/92, DR 76-A, p. 125).

<sup>133</sup> G. Repetto, *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al Solange non c'è mai fine?*, in *Rivista AIC*, 27 luglio 2005.

<sup>134</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 giugno 2005 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC] (n. 45036/98, § 155 e segg., CEDU 2005 VI), § 152-153.

<sup>135</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 giugno 2005 *Bosphorus*, cit., § 72 tenne a precisare che l'ambito della pronuncia si limitava a quello che all'epoca era il "primo pilastro" dell'Unione europea, cioè le norme emanate dalle comunità europee.

<sup>136</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 giugno 2005 *Bosphorus*, cit., § 165 e § 160.

<sup>137</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 giugno 2005 *Bosphorus* cit., §§ 155-57, dando seguito a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze sul caso *Matthews* cit., 15 novembre 1996 *Cantoni c. Francia* (Reports 1996-V) e 19 marzo 1997 *Hornsby c. Grecia* (Reports 1997-II).



nazionale "a rime obbligate" (derivante da un obbligo assunto a livello comunitario, discendente direttamente dai Trattati istitutivi o, mediamente, dalla "norma sulle fonti" in essi contenuta), ed in tal caso avrebbe operato una presunzione di protezione equivalente.

L'affermazione - secondo cui la "presunzione può essere confutata se, nel caso di specie, si ritiene che la tutela dei diritti della Convenzione sia stata manifestamente carente" - era corredata da una pomposissima statuizione: «in tal caso, l'interesse della cooperazione internazionale sarebbe superato dal ruolo della Convenzione di "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo"<sup>138</sup>». Un accertamento - in cui la conformità alla CEDU non viene più data per scontata, ma va guadagnata volta per volta<sup>139</sup> - richiede uno scrutinio di merito: il concorso di due giurisdizioni, prima o poi, è foriero di una casistica con esiti potenzialmente divergenti<sup>140</sup>.

Gli è che, quando si passa dalla pronuncia in rito alla sentenza di merito, emerge la natura "statica" della presunzione accordata al diritto unionale. Esso, invece, ha al suo interno un elemento fortemente "mobile": il diritto giurisprudenziale. Non è solo l'*actio finium* dei diritti sostanziali riconosciuti dei due ordinamenti, a comportare la possibilità di decadenza della presunzione di protezione equivalente<sup>141</sup>; sono anche le "strette della pregiudizialità" a comportare il rischio che non sia accordato il via libera al diritto unionale, nella fattispecie scrutinata a Strasburgo<sup>142</sup>.

Che la giurisprudenza della "protezione equivalente" avesse, al suo interno, un potenziale esplosivo, lo si comprese già quando la giurisprudenza riferita agli atti nazionali di

<sup>138</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 giugno 2005 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC], (n. 45036/98, § 155 e segg., CEDU 2005 VI), §§ 152-158, ed anche, tra le altre, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], n. 30696/09, § 339, CEDU 2011, §§ 338-340.

<sup>139</sup> In senso negativo v. Corte europea dei diritti dell'uomo, Gran Camera, sentenza 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (ricorso n. 30696/09).

<sup>140</sup> Anche perché si tratta di statuizioni non definitive, ma suscettibili di revisione alla luce dei pertinenti mutamenti nel sistema di difesa dei diritti fondamentali: Corte europea dei diritti dell'uomo, Gran Camera, sentenza 30 giugno 2005 *Bosphorus*, cit., § 155.

<sup>141</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 6 dicembre 2012 *Michaud c. Francia*, n. 12323/11, § 104.

<sup>142</sup> La Corte strasburghese ha precisato che la presunzione può decadere quando la Corte di Giustizia non ha avuto la possibilità, per mancanza di rinvio pregiudiziale, di valutare la legalità della norma europea: Corte europea dei diritti dell'uomo, Gran Camera, sentenza 23 maggio 2016, *Avotiņš v. Latvia*. Cfr. O. Feraci, *Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Avotiņš c. Lettonia*, in *SIDIBlog*, 15 July 2016; G. Biagioni, *Avotiņš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, European Papers, 30.08.2016.

recepimento del diritto comunitario, impercettibilmente, iniziò a sindacare - in concreto - anche l'attitudine lesiva in atti sottoposti al controllo della Corte di giustizia. In ordine agli atti su cui essa si era pronunciata o stava per pronunciarsi, ci si accorse di quanto fosse varia la forma (questione interpretativa o ricorso in inadempimento) con cui potevano essere sottoposti; ma non meno interessante era il modo in cui essa incidesse sull'esito a Lussemburgo. Infatti, con la sentenza 30 settembre 2003 nel caso *Koua Poirrez contro Francia*, la Corte di Strasburgo offrì tutela al ricorrente dopo che questi, sulla medesima fattispecie, aveva ricevuto un diniego a Lussemburgo (dove le sue doglianze di violazione dei diritti umani furono ritenute soccombenti rispetto alle considerazioni di diritto comunitario espresse in sede interpretativa). Nel caso di specie, i giudici strasburghesi si limitarono a dar conto della doglianza di omessa pronuncia su uno dei motivi di ricorso<sup>143</sup>, senza pronunciarsi su di essa (e, probabilmente, comprendendo che essa derivava, in concreto, dal peculiare mezzo di ricorso prescelto); ma se l'effettività delle garanzie dei diritti fondamentali "dipende dal meccanismo di controllo messo in opera per assicurarne l'osservanza", allora anche i limiti ad esso imposti dai trattati CE possono essere scrutinati per verificarne l'equivalenza alla CEDU. Trattandosi di meccanismi di azione diversissimi, la presunzione rischia di diventare assai precaria.

### 3. Le dinamiche reciproche dei due ordinamenti europei.

Già in sede di redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), a Nizza nel 2000, si era posta la questione del coordinamento tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il documento in formazione<sup>144</sup>. Tra gli estensori, però, prevaleva ancora la convinzione che, alla luce della natura dichiarativa delle decisioni della Corte EDU<sup>145</sup>,

---

<sup>143</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 30 settembre 2003 *Koua Poirrez c. Francia*, ricorso n. 40892/98 [2003] ECHR 459 ("The ECJ accordingly concluded that the applicant could not "rely on Community law in support of his application for a social security benefit awarded to migrant workers and members of the family". In doing so, it did not examine the question whether the refusal to award the applicant the allowance was, in general, compatible with Community law or not").

<sup>144</sup> L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

<sup>145</sup> In ordine all'efficacia delle pronunce rese a Strasburgo, la declaratoria dell'inadempimento è - secondo la migliore tradizione internazionalistica - la sola "condanna" possibile nel rapporto tra Stati: persino il mancato pagamento

queste ultime non spiegassero alcun effetto sulla validità del diritto dell'Unione; piuttosto che dell'esecuzione<sup>146</sup>, ci si preoccupava del rischio di divergenti - se non contraddittorie - interpretazioni giurisprudenziali dello stesso<sup>147</sup> diritto (il che significa differenti standard di tutela) da parte delle varie giurisdizioni nazionali, che potessero essere adite con l'argomento di una pronuncia CEDU per disattendere un obbligo UE.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia<sup>148</sup>, restrizioni all'esercizio dei diritti potevano essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato<sup>149</sup>, purché rispondessero effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità. Più che pensare al coordinamento fra la Corte europea dei diritti dell'uomo e l'allora Corte di giustizia delle Comunità europee<sup>150</sup>, si voleva che tali restrizioni non si

---

dell'indennizzo - che pure la Corte di Strasburgo al ricorrente individuale - diventa semestralmente questione conferita nei "cesti negoziali" del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Per decenni l'effetto deterrente della sanzione è stato pressoché nullo, stanti i presupposti assai flebili di vincolatività del sistema convenzionale europeo nella sua fase esecutiva (H. Keller - C. Marti, *Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2015, 26, 4, pp. 829-850). In altri termini, l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo è assai problematica, sotto il controllo di un organo politico come il Comitato dei ministri che non sempre riesce ad esigere dallo Stato condannato la liquidazione dell'equo indennizzo: v. H. Keller, A. Fischer, D. Kuhne, *Debating the future of the European Court of human rights after the Interlaken conference: two innovative proposals*, in *European journal of International law*, 2011, 21, 4, pp. 1025-1048.

<sup>146</sup> Paradossalmente, in Italia, dopo le "sentenze gemelle" della Corte costituzionale (e l'esito infruttuoso dei moniti da questa rivolti al Legislatore: v. § 6 del Considerato in diritto della sentenza 16-30 aprile 2008, n. 129) è stato il sistema giurisdizionale nazionale ad operare - col doppio strumento dell'interpretazione convenzionalmente orientata e con la rimessione della q.l.c. in caso di antinomia irrisolvibile in via ermeneutica - per dare efficacia a quelle pronunce; persino quando una legge ha facultizzato lo Stato a rivalersi sulle amministrazioni inadempienti, è dovuta intervenire una pronuncia della Corte costituzionale per escludere profili di incostituzionalità e ciò proprio in virtù della discrezionalità che comunque residua in capo al richiedente (Corte costituzionale, sentenza 21 settembre-12 ottobre 2016, n. 219). Ciò è ancor più evidente quando si tratti dell'adozione di "misure generali", che la Corte sempre più spesso indica - soprattutto nelle "sentenze pilota" - come necessarie per rimuovere una violazione "seriale" della Convenzione (G. Ubetis, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 7, pp. 863-866).

<sup>147</sup> Il *Praesidium* (organo della convenzione incaricata della redazione della Carta) produsse al riguardo una tabella di corrispondenza tra gli articoli della Carta e quelli della CEDU.

<sup>148</sup> Corte di giustizia, Sentenza 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson*, Racc. I, p. 2737 [concl. Colomer]; v. anche sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, Racc. Pp. 2609, § 18).

<sup>149</sup> Chalmers, D., Trotter, S., *Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin*, in *European Law Journal*, 2016, 22, pp. 9-39.

<sup>150</sup> M. Kumm, *The jurisprudence of Constitutional conflict: Constitutional supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, 11, 3, p. 262; *Una (sola) Corte per l'Europa*, comunicazione al convegno annuale del Gruppo di Pisa (Copanello, 31 maggio-1° giugno 2002), in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa* (a cura di P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura), Torino, Giappichelli, 2003, p. 555 e ss.; A. Levade, *Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution pour l'Europe*, in *Revue du droit public*, 2005, 1, p. 19 ss.

risolvessero, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato che pregiudicasse la stessa sostanza dei diritti in questione.

Al momento della redazione della Carta, il problema parve risolto con il comma 3 dell'articolo 52<sup>151</sup>. Si trattava una "clausola di salvaguardia", di natura evolutiva, che: da un lato, consentisse l'adeguamento dei diritti della Carta, agganciandoli al "treno" della CEDU, la cui elaborazione giurisprudenziale era più ricca perché "partita" mezzo secolo prima; dall'altro lato, non ne impedisse l'aggiornamento, laddove la *statutory law* dell'UE "superasse" il livello di tutela accordato dal *case law* della Corte di Strasburgo.

Si è trattato, in effetti, di un approccio meramente "quantitativo", che ha ignorato la difficoltà di porre su una scala crescente o decrescente diritti che non rispondono sempre a logiche binarie; un approccio che ignora le profonde differenze tra le due Corti, con le relative platee di Stati parte e con i diversi sistemi per adirle (compresa la diversa declinazione del principio di complementarietà rispetto alle giurisdizioni nazionali)<sup>152</sup> ed il diverso tipo di pronunce (compresa la differenza tra i loro effetti).

L'approccio quantitativo degli estensori della Carta di Nizza trovava un perfetto *pendant* nella natura "statica" della presunzione di protezione equivalente, per come si era andata affermandosi nella citata giurisprudenza strasburghese. A chiudere il cerchio, l'idea dell'ingresso dell'Unione europea nel sistema convenzionale di Strasburgo si mostrava - per la prima volta - non più soltanto foriera di rischi<sup>153</sup>, ma anche di possibili vantaggi<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

<sup>152</sup> E. Tira, *La funzione giurisdizionale in ambito europeo*, intervento al seminario del Gruppo di Pisa *Sovranità statale costituzionalismo multilivello e dialogo tra le Corti*, Reggio Calabria, 21 settembre 2012.

<sup>153</sup> In ordine alla più radicale obiezione in rito - la qualificazione della pronuncia dinanzi alla Corte di Lussemburgo ai sensi dell'articolo 35, par. 2 lettera b) della Convenzione ("another procedure of international investigation or settlement" dinanzi alla quale "essenzialmente la stessa" domanda fosse stata già proposta ed esaminata, senza che la il ricorso CEDU contenesse fatti nuovi rispetto ad essa) - nel citato *Study of technical and legal issues of a possible EC/EU accession to the european convention on human rights* il CDDH commentava: "it is clear that the answer would be negative as a necessary consequence of accession".

<sup>154</sup> Il dato politico era rappresentato da una serie di raccomandazioni delle due Assemblee parlamentari delle due organizzazioni internazionali (Conseil d'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1613(2003)révisé; Resolution 1339(2003)), precedute dalle dichiarazioni del commissario europeo per giustizia e affari interni, Antonio Vitorino, il 17 aprile 2002 al Parlamento europeo: "è quanto meno illogico che per i paesi candidati all'adesione all'Unione la ratifica della Convenzione europea costituisca una condizione necessaria, quando l'Unione stessa ed i suoi atti giuridici sfuggono ancora ai meccanismi di controlli stabiliti da quella stessa Convenzione. (...) L'adesione dovrebbe poter essere possibile sia per le Comunità europee che per l'Unione europea; nel quadro dell'adesione,

L'accessione offriva la soluzione al duplice ordine di problemi sollecitato da quella nuova giurisprudenza<sup>155</sup>: quello del sindacato strasburghese su atti (nazionali sotto dettatura unionale o direttamente unionali) che la Corte di Lussemburgo avesse a sua volta esaminato o dovesse esaminare; quello del sindacato lussemburghese su atti (direttamente unionali o nazionali sotto dettatura unionale) per i quali fosse chiamato ad applicare appieno la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quando fosse compiutamente stata recepita al rango dei Trattati. Nulla, in questa visione<sup>156</sup>, pareva soffermarsi sul problema rappresentato dall'esistenza, tra gli organi unionali i cui atti diventavano sindacabili, della stessa giurisdizione ospitata a Lussemburgo: quando è parte del diritto dell'Unione anche la sua giurisprudenza, la ricerca della discrezionalità o meno dell'atto nazionale va fuori centro rispetto al problema dei rapporti tra le due Corti.

La "trattattizzazione" della Carta di Nizza - per come è avvenuta a Lisbona, mercé l'articolo 6 TUE - lungi dal dipanare il nodo<sup>157</sup>, lo ha invece ulteriormente aggrovigliato<sup>158</sup>. Se la

---

la Comunità dovrebbero essere trattate su un piano di parità con le altre parti contraenti, sia in termini di diritti che di obbligazioni. Le modalità pratiche di attuazione di questo principio devono essere oggetto di un esame approfondito, che individui le soluzioni che meglio tutelino gli interessi della Comunità ed i diritti fondamentali dei singoli. Le relazioni tra la giurisdizione comunitaria e la Corte europea dei diritti dell'uomo devono essere affrontate in modo da assicurare gli interessi dell'ordine giuridico comunitario" (*Audience publique de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du PE*, reperibile nella banca dati del Parlamento europeo). V. anche Parlamento europeo: Assemblea plenaria, Discussioni, 19 aprile 2012; Assemblea plenaria, risoluzione 19 maggio 2010, 2009/2241(INI), P7\_TA(2010)0184; *Committee on Constitutional affairs, hearings*, 18 marzo 2010; *Committee on civil liberties, justice and home affairs, Draft opinion* 2009/2241(INI), 8 marzo 2010; *Committee on foreign affairs, Draft opinion* 2009/2241(INI), 9 febbraio 2010; *Committee on Constitutional affairs, Draft report* 2009/2241(INI), 2 febbraio 2010.

<sup>155</sup> I rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali di Nizza – ancora quando le si attribuiva (2000-2009) la mera qualifica di *soft law* (v. B. Caruso, M. Militello, *The Charter of Nice in the law in action: an investigation into the judges' statement of reason (2000-2008)*, working paper del C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT - 74/2009, 17/12/2009) – e la Convenzione furono sconvolti nel parere che la Commissione europea per la democrazia mediante la legge (cosiddetta *Venice Commission*) pronunciò il 12-13 dicembre 2003 (opinione n. 256/2003, *on the implications of a legally-binding EU Charter on fundamental rights on Human rights protection in Europe*). È il motivo per il quale i redattori del rapporto illustrativo al Protocollo n. 14 danno abbondantemente conto della relazione del Comitato permanente dei diritti umani (CDDH, documento DG-II (2002)006), che esprimeva preferenza per un trattato d'accesso stipulato da una parte dagli Stati del Consiglio d'Europa e l'Unione europea dall'altra parte (*Explanatory report to CETS 194*, § 101).

<sup>156</sup> Espressa nel *Report Junker "A sole ambition for the European continent"*, 11 aprile 2006, all'attenzione dei Capi di stato o di governo degli Stati membri del Consiglio d'Europa. L'idea sopravviveva allo stallo della Costituzione europea, per la quale v. A. Ferraro, *Costituzione europea e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 3, pp. 443-483.

<sup>157</sup> G. Bronzini, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: a tool to strengthen and safeguard the rule of law?*, intervento alla Conferenza "The Shield of Europe", Bruxelles, 13 gennaio 2016.

<sup>158</sup> S. Iglesias Sanchez, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, pp. 1565-1612.

dinamica, così impressa, appariva ispirata ad un nesso di reciprocità orizzontale tra le due Corti, essa ignorava le asimmetrie tra i due ordinamenti europei e, quel che è peggio, tra di essi e gli ordinamenti nazionali degli Stati membri: tematica che, già solo per l'Unione, aveva assunto riflessi tutt'altro che semplici, stante l'elaborazione sviluppatasi intorno al principio *kompetenz/kompetenz*<sup>159</sup> (legata invece al rapporto dialettico, verticale, tra Stati sovrani e trasferimento di competenza all'UE).

L'utopia dell'"ordine pubblico europeo" si andava, cioè, trasformando in un ambito poco geometrico ed anzi assai disordinato. Non bastava più che, "per riempire di contenuto materiale le statuizioni di principio della Carta" il legislatore comunitario avesse "utilitaristicamente previsto, all'articolo 52 della medesima, un rimando ai corrispondenti diritti sanciti dalla CEDU"<sup>160</sup>. La logica dell'articolo 52 della Carta sarebbe stata presto smentita dal mutare di alcuni suoi postulati: il diritto dell'Unione ricomprende una sempre più vivace produzione giurisprudenziale, resa a Lussemburgo con i tempi di assestamento propri del diritto pretorio; la giurisprudenza CEDU, poi, ha cominciato a valersi della stessa Carta di Nizza (e dell'interpretazione datane a Lussemburgo<sup>161</sup>) per "aggiornare" la sua lettura dei testi risalenti al 1949.

Poteva apparire l'indizio di un circolo virtuoso, ma in realtà era il segnale dell'inizio di una "guerra tra le Corti". Strasburgo non era più un consulente di buon senso (su un profilo di mera proporzionalità delle restrizioni), ma diventava *peritus peritorum* sulla stessa legalità delle misure adottate nell'ambiente unionale. La diffusione del mutuo riconoscimento delle sentenze, da parte degli Stati membri UE, ha anzi nuovamente posto sotto scrutinio l'effettività della garanzia sostanziale dei diritti, in cui si sostanzia il meccanismo della protezione equivalente: anche in ambiente nazional-unionale, la natura procedurale dell'atto

<sup>159</sup> A. Sandri, *La kompetenz-kompetenz e le sue concretizzazioni* (ottobre 2012), consultabile alla URL <http://www.issirfa.cnr.it/6805,908.html>; S. Garben, *Confronting the competence conundrum: democratising the European Union through an expansion of its legislative powers*, in *Oxford Journal of Legal Studies* online 26 settembre 2014.

<sup>160</sup> S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale* (nota a CGUE, Grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco), in *Cassazione penale*, 2016, 1, p. 362C.

<sup>161</sup> Per la quale, v. A. Rosas e H. Kaila, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 01, 1. Per la giurisprudenza, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, terza sezione, 27 giugno 2013, causa C-93/12.



scrutinato comporta un esito potenzialmente divergente (senza la certezza della prevalenza dell'uno sull'altro, in base ad una gerarchia tra gradi giurisdizionali). Solo che, mentre nel caso *Koua Poirrez* era la sola procedura della Corte di giustizia ad essere virtualmente sotto scrutinio<sup>162</sup>, col meccanismo del mutuo riconoscimento è l'intervento in complementarietà (di ogni singola giurisdizione nazionale degli Stati UE) a cadere sotto il giudizio della Corte strasburghese. In altri termini, un mutuo riconoscimento condotto "automaticamente e meccanicamente" potrebbe andare a detrimento dei diritti fondamentali CEDU, senza che il diritto unionale possa porvi rimedio: "limitare a casi eccezionali il potere dello Stato in cui si richiede il riconoscimento di scrutinare l'osservanza dei diritti fondamentali da parte dello Stato di origine del giudizio, potrebbe in pratica, contrastare con il requisito imposto dalla Convenzione, secondo cui lo Stato richiesto deve almeno essere titolato a condurre uno scrutinio commisurato alla gravità di ogni seria accusa di violazione dei diritti fondamentali nello Stato di origine, al fine di assicurare che la protezione di tali diritti non sia manifestamente lacunosa"<sup>163</sup>.

La Corte di Strasburgo, nell'evidenziare almeno in astratto il problema, ha trovato punti di consonanza con la Corte di Lussemburgo<sup>164</sup>: forse la cosa è meno strana di quanto appaia, perché il terzo corno del rapporto sono proprio le giurisdizioni nazionali ed ambedue le Corti hanno, sui rispettivi lati, l'esigenza di evitare che una dispersione della responsabilità decisionale si traduca in lassismo od automatismo e, quindi, abbassamento delle tutele.

Per frenare o gestire la dinamica di mondi oramai in movimento, si sarebbe dovuto ricalcare, nei rapporti UE/CEDU, l'assetto già stabilizzatosi con le Corti costituzionali nazionali: ma ciò avrebbe comportato il riconoscimento di una "natura originaria" della Convenzione

<sup>162</sup> Il divieto di discriminazione, di cui all'articolo 14 CEDU, registra una giurisprudenza estensiva, anche perché esso «non ha esistenza indipendente, perché ha effetto soltanto in relazione ai diritti ed alle libertà garantiti da altre previsioni sostanziali della Convenzione e dei suoi Protocolli» (*Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 58, ECHR 2008). Nel caso *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00, § 74, ECHR 18/02/2009 ci si è spinti oltre: l'applicazione dell'articolo 14 presuppone non necessariamente la violazione di un diritto sostanziale, ma basta che i fatti di causa "cadano all'interno dell'ambito" di una o più di tali previsioni CEDU (vi si cita, tra gli altri, anche il caso *Koua Poirrez*, § 36, e nel prosieguo della pronuncia si sanziona anche la violazione di un diritto procedurale, inerente alla tutela giurisdizionale negata alla ricorrente in violazione dell'articolo 6 CEDU).

<sup>163</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lituania* (ricorso n. 17502/07).

<sup>164</sup> Citando proprio l'opinione 2/13 nella parte in cui la Corte di giustizia sostiene che "when implementing EU law, the Member States may, under EU law, be required to presume that fundamental rights have been observed by the other Member States, so that ..., save in exceptional cases, they may not check whether that other Member State has actually, in a specific case, observed the fundamental rights guaranteed by the EU".



(esattamente quella che legittima le Corti supreme nazionali a frapporre i controlli nei casi di eccessiva invadenza unionale), alla quale non si era affatto pronti. Essa, del resto, non avrebbe evitato una problematica “chiusura del sistema trilatero”, quando si fosse posta la questione di un “nuovo” rapporto tra CEDU e Costituzioni nazionali.

Si preferì, quindi, eludere il problema della “gerarchia” tra le Carte dei diritti, esorcizzando il fantasma neofederalista<sup>165</sup> o sovranazionale<sup>166</sup> ed attestandosi sulla loro origine meramente pattizia. Ne è riprova il Protocollo n. 8 al trattato di Lisbona, che ha di fatto subordinato l'accordo di adesione alla necessità di preservare le caratteristiche specifiche dell'Unione.

Potrebbe apparire un'ovvietà, perché il suo articolo 1 statuisce che l'accordo di adesione (previsto dall'articolo 6, paragrafo 2, TUE) deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della CEDU; b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e i ricorsi individuali siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione. In realtà, però il suo articolo 2, prescrive che l'accordo non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni (e dunque della stessa Corte di Giustizia...). Il sistema trilatero non viene intaccato anche sul lato “decentrato”. L'articolo 2 del Protocollo n. 8 prosegue, infatti, prescrivendo che l'accordo “deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della CEDU e, in particolare, riguardo ai suoi

<sup>165</sup> V. Constantinesco, *Europe fédérale ou fédération d'Etats-nations?*, in *Une Constitution pour l'Europe?* (a cura di R. Dehousse), Paris, Presse de Sciences Po, 2002; G. Martinico, *Born to be together: the constitutional complexity of the EU*, in *(Canadian) Review of Constitutional Studies*, 2011, 63-95; D. Sardo, *A Fundamental Law of the European Union: l'idea di una "Costituzione" Europea si riaffaccia nella proposta di riforma dei Trattati del Gruppo Spinelli*, in *Diritticomparati.it*, 31 ottobre 2013; L. Moccia, *Diritto comunitario e Diritto europeo: quale rapporto?* in *Europeanrights.eu*, 2012.

<sup>166</sup> V. G. Garrett, R. D. Kelemen, H. Schulz, *The European Court of justice, National governments, and legal integration in the European Union*, in *International Organization*, 1998, 52, 1, pp. 149-176; Quoc Loc Huong, *Constitutional Review in the Mega-Leviathan: a democratic foundation for the European Court of Justice*, in *European Law Journal*, 2010, n. 6, pp. 695-716; M. A. Wilkinson, *The specter of authoritarian liberalism: reflections on the constitutional crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, 14, 5, pp. 527-560; C. Pinelli, *L'eurozona fra dottrina delle regole e bisogno di governo*, in *Astrid rassegna*, 2015; A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Diritticomparati.it*, 22 ottobre 2013; C. De Fiores, *L'Europa alla ricerca del suo "We the people"*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4/2010, pp. 62-91; H. Brunkhorst, *Constituent power and constitutionalization in Europe*, in *ICON-International Journal of Constitutional Law*, 2016, 14, 3, pp. 680-696.

protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla CEDU ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della CEDU ai sensi del suo articolo 57. L'apparente ovvietà del Protocollo è esaltata dall'articolo 3, secondo cui nessuna disposizione dell'accordo di adesione deve avere effetti sull'articolo 344 TFUE, che definisce il potere di interpretazione esclusiva dei trattati UE in capo agli organi da esso previsti: si ignora, infatti, che proprio l'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, contiene un rinvio ricettizio alla CEDU

L'esistenza di "un dialogo regolare fra la Corte di giustizia UE e la Corte EDU" – che secondo la dichiarazione messa a verbale nella conferenza che ha portato al Trattato di Lisbona, "potrà essere rafforzato non appena l'Unione europea avrà aderito a tale convenzione" – non può esorcizzare il fatto che l'ibridazione dei due sistemi avrà per forza una ricaduta sui sistemi giurisdizionali: essi concorrono ad interpretarne le previsioni, oramai coacervate per chi le vede dalla terza posizione, quella delle giurisdizioni nazionali.

La Corte di giustizia, forte della sua competenza accentrata, ha creduto di poter prevenire questo tipo di sviluppo nella sentenza *Kamberaj* del 2012, proprio su richiesta del Tribunale di Bolzano, che chiedeva se il richiamo alla CEDU operato dall'articolo 6 TUE consentisse di disapplicare la fonte interna incompatibile con le norme convenzionali (senza dover sollevare questione di legittimità costituzionale). La soluzione è stata ottenuta mediante la creazione di una barriera<sup>167</sup>, che rende l'articolo 6 TUE una norma bilaterale e non trilaterale: ma la deriva dei continenti, alla fine, prevale su qualsiasi sistema, più o meno artificiale, di ancoraggio.

---

<sup>167</sup> Corte di giustizia UE (Grande Sezione), sentenza 24 aprile 2012 nella causa C-571/10, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale di Bolzano, con decisione del 24 novembre 2010, pervenuta in cancelleria il 7 dicembre 2010, nel procedimento *Servet Kamberaj* contro Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano: "Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale. Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa (§§ 62-63).

#### 4. La "trattattizzazione" della Carta di Nizza.

L'articolo 6 del TUE, come emerso dal Trattato di Lisbona, al terzo periodo del paragrafo 1 salvaguarda - anche nei confronti del contenuto della Carta di Nizza, resa pari ai trattati quanto a valore giuridico - il canale interpretativo previsto per la restante parte dei trattati (impennato sulla Corte di Lussemburgo e sulle varie modalità di adirla)<sup>168</sup>, peraltro con la non influente precisazione che nulla di tutto ciò comporta alterazione del riparto di competenze tra Stati ed Unione (secondo periodo). Ma, soprattutto, il paragrafo 2 - nello stesso momento in cui enuncia l'imperativo dell'adesione dell'UE alla CEDU - precisa che "tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati": è la stessa formula utilizzata al paragrafo precedente per tutelare le competenze degli Stati e si traduce nel vero masso che blocca la strada a qualsiasi lettura estensiva dell'accessione (che sarebbe invece necessaria per sbloccare la soluzione del problema della guerra tra le Corti).

Non soccorre nemmeno, rispetto a tale strutturazione delle competenze, l'ambiguità del successivo paragrafo 3: introdurre la nozione di "principi generali"<sup>169</sup> - ed individuarli nei "diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" - è semmai un' "incorporazione" nel "diritto dell'Unione", sia pure utile per lo più ad indirizzarne l'interpretazione. Ma, anche così, il crivello delle tradizioni costituzionali "comuni" si può dimostrare un setaccio opinabile: già il contenzioso di diritto penale dimostra, in proposito, l'inadeguatezza di considerazioni di tipo quantitativo<sup>170</sup>, a fronte degli

<sup>168</sup> Semmai è interessante che la sua interpretazione e applicazione dovrà avvenire "tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni" (molte delle quali si rinvergono proprio nella giurisprudenza CEDU e nella tabella di corrispondenza stilata dal *Praesidium* del 200): cfr. N. Lazzerini, *Le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, 2.

<sup>169</sup> L. Niglia, *Eclipse of the Constitution (Europe Nouveau Siècle)*, in *European Law Journal*, 2016, 22, 2, pp. 132-156.

<sup>170</sup> Per un caso in cui la Corte di giustizia ha rinviato al giudice nazionale la delicata valutazione, cfr. F. Viganò, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia* (nota a Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, giud. Bertoja) in *Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2015: "la circostanza che sul significato e l'estensione del *ne bis in idem* non sia registrabile un consenso universale tra tutti gli Stati membri, unitamente alla preoccupazione di non indebolire in alcun modo gli obblighi di tutela anche *penale* che gli Stati membri sono tenuti ad apprestare agli interessi finanziari dell'Unione, spiega perché la Corte di giustizia abbia adottato in *Fransson* una linea estremamente cauta: da un lato, affermando a chiare lettere che l'art. 50 CDFUE è norma di diritto primario dell'Unione, idonea a essere direttamente applicata dal giudice nazionale nella controversia pendente avanti a sé senza necessità (né possibilità) di alcun coinvolgimento della rispettiva corte costituzionale; ma, dall'altro, statuendo

apprezzamenti qualitativi che la CEDU consacra in sede di bilanciamento di interessi giuridici<sup>171</sup>. Se la tutela dei diritti è una freccia che è indirizzata tutta verso un obiettivo progressivo, gli affluenti diversi convergono tutti verso lo stesso letto<sup>172</sup>; ma putacaso si

---

l'ambiguo principio secondo cui l'art. 50 CDFUE "non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice nazionale". I valori che venivano in rilievo, in questo caso, erano da un lato il *favor rei* e, dall'altro, l'efficacia della persecuzione dei reati in frode alle entrate tributarie dell'Unione, per la quale la Corte di Lussemburgo mostra evidentemente una spiccata sensibilità. Cfr. L. Daniele, *Il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione nella tutela dei diritti*, intervento al XXV Congresso Unione Avvocati Europei - Pescara ("La tutela delle situazioni giuridiche nel diritto europeo"), 17 giugno 2011.

<sup>171</sup> L'ha enunciato il Vicepresidente della Corte Jean-Paul Costa nell'intervento scritto (letto da Sabino Cassese) al seminario *I principi del diritto amministrativo europeo*, svoltosi presso l'Istituto di diritto pubblico dell'Università degli studi "la Sapienza" di Roma, il 15 aprile 2002: in esso si spiegava a quali condizioni le ingerenze dello Stato in quei diritti e libertà possono essere considerate come compatibili con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; quelle condizioni sono in linea di massima sempre tre: occorre che l'ingerenza sia prevista dalla legge nazionale; occorre che essa corrisponda ad un fine legittimo, tra quelli tassativamente elencati e che in genere ruotano intorno alla nozione di ordine pubblico o di interesse generale; occorre infine che la misura sia necessaria in una società democratica, cioè proporzionata al fine legittimo perseguito. È soltanto a queste tre condizioni - tutt'e tre riscontrate cumulativamente - che la Corte di Strasburgo concluderà che non c'è stata violazione della Convenzione da parte dello Stato convenuto (sentenza *Sporrong & Lönnroth* contro Svezia del 1982). Per il Vice Presidente della Corte di Strasburgo, Jean-Paul Costa, «si può dire che il rispetto da parte delle amministrazioni statali europee dei diritti fondamentali, ed in particolare di quelli che sono garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, corrisponde ad una sofisticazione ed un approfondimento del principio di legalità degli atti amministrativi, che è alla fonte del diritto amministrativo degli Stati europei, ed in particolare della Francia e dell'Italia. In effetti, il principio di legalità consiste nel sottomettere l'azione dell'amministrazione allo stretto rispetto della legge. Non importa in quale materia questa intervenga, ma – nella nostra epoca in cui il rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti delle persone è diventato ancor più importante che in passato – il controllo di legalità si confonde spesso, per non dire assai spesso, con il rispetto dei diritti fondamentali ravvisò una violazione della predetta norma nelle misure espropriative accompagnate dal divieto di costruire per una lunga durata». Sulla proporzionalità, v. Leigh, I. D., *Taking rights proportionately: judicial review, the Human Rights Act and Strasbourg*, in *Public law.*, (2002) 47, pp. 265-287.

<sup>172</sup> Per alcuni dei diritti su cui s'è ipotizzata la convergenza con approccio pragmatico, v. S. Moreno-Foadi, S. Andreadakis, *The convergence of the European legal system in the treatment of third country nationals in Europe: the ECJ and ECtHR jurisprudence*, in *European Journal of International Law*, 2011, 22, 4, pp. 1071-1088; O. Pollicino, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 dicembre 2013. Anche in questi casi, comunque, la natura procedurale comporta dei problemi di trasponibilità ad alcune attività giurisdizionali: v. R. Ibrido, *Intorno all'"equo processo costituzionale": il problema della operatività dell'art. 6 cedu nei giudizi dinanzi ai tribunali costituzionali*, in *Rivista AIC* n. 1/2016.

verificassero regressi<sup>173</sup>, quel che "risulta" a livello nazionale<sup>174</sup> potrebbe porsi in contrasto con la CEDU e Lussemburgo potrebbe essere chiamata a scegliere tra le due verticali<sup>175</sup>.

Il ricorso - tra gli articoli 53 della Carta e della Convenzione<sup>176</sup> - ad una "citazione a specchio" (due parti collegate circolarmente, a produrre una condizione logica ambivalente e contraddittoria), ha poi frustrato anche le possibilità offerte da questo tipo di clausola, facendola ricadere nel paradosso di Epimenide<sup>177</sup>. La questione riferita all'articolo 6 TUE non solo non è risolta ma, se possibile, è aggravata: senza affrontare la questione degli *standard* di tutela, si ricade in un circolo vizioso ermeneutico. La Corte di giustizia ha interpretato l'articolo 53 CDFUE nel senso che l'applicazione di *standard* nazionali<sup>178</sup> di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione<sup>179</sup>. Quanto alla facoltà concessa dall'articolo 53

<sup>173</sup> Per una sede in cui si sono paventati sviluppi in tal senso, v. LUISS, Istituto di studi giuridici, Seminario "*I diritti fondamentali in Europa*", incontro del 12 dicembre 2003 sul tema "L'eguaglianza ed il principio di non discriminazione", resoconto, *Bollettino* n. 10/2003.

<sup>174</sup> E. Bjorge, *National supreme courts and the developments of ECHR rights*, in *ICON-International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 1, 5-31. Per casi concreti, A. Orakhelashvili, *State immunity and hierarchy of norms: why the House of Lords got it wrong*, in *European Journal of International Law*, 2008, 18, 5, pp. 955-970; G.C. Bruno, *Human rights and humanitarian law before domestic and European courts. Two recent cases*, in *Federalismi.it*, n. 15/ 2009; F. Del Conte, *CEDU e UE a confronto: la Corte di Lussemburgo si pronuncia sulla titolarità del diritto di voto per le elezioni al Parlamento europeo* (nota a Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 12 settembre 2006), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1525-1529.

<sup>175</sup> F. Vecchio, *Il caso Chartry e il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 3, p. 687 e ss.

<sup>176</sup> L'articolo 53 della Carta di Nizza prevede che nessuna disposizione di quest'ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale e dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla CEDU, nonché dalle costituzioni degli Stati membri. L'articolo 53 della CEDU prevede che "nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi".

<sup>177</sup> Non è l'unico caso di circolo vizioso nel diritto, ma questo assume una gravità particolare quando si viene a creare in ambito giurisdizionale: v. A. Ruggieri, *Il Consiglio di Stato e il "metarinvio" pregiudiziale*, in *Diritticomparati.it*, 16 aprile 2012; L. Trucco, *"Drafting multilinguistico" e controllo della Corte di Giustizia*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2016.

<sup>178</sup> N. Lazzerini, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di giustizia rompe (... in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, in *Diritticomparati.it*, 3/03/2014.

<sup>179</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunal Constitucional di Spagna* nel procedimento penale contro S. Melloni (EU:C:2013:107, § 60): cfr. A. Di Martino, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in *Diritticomparati.it*, 2 aprile 2013; J. Morijn, *Akeneg e Melloni: what the ECJ said, did and may have left open*, in *eutopialaw.com*, 14 marzo 2013; R. Conti, *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in *Diritticomparati.it*, 5 aprile 2013; N. Lazzerini, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 883-912; N. Lazzerini, *Il controllo della*

della CEDU agli Stati membri, si tratta di un'operazione interpretativa che, non più compiuta in punto di rito, sollecita una valutazione di merito della stessa Corte di Strasburgo<sup>180</sup>: ciò comporta sempre il pericolo di un contrasto con la Corte chiamata a conoscere il diritto dell'Unione europea, cioè quella di Lussemburgo.

Le due norme speculari che prevedono il trattato di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (articolo 6 del Trattato sull'Unione europea, in vigore dal 1° dicembre 2009 col Trattato di Lisbona; articolo 17 del Protocollo n. 14 alla CEDU, in vigore dal 1° giugno 2010) sono state ulteriormente delimitate, quanto ad efficacia, dal Protocollo (n. 8) al Trattato sull'Unione europea e al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, secondo cui l'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, previsto dall'articolo 6, paragrafo 2 TUE deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della convenzione europea, b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione. Vi si prevede anche che l'accordo deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni, né sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della convenzione europea (e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 ed a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57).

---

*compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali nella sentenza McB.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 201, 1, pp. 136-169.

<sup>180</sup> A. Di Stasi, *Equo indennizzo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Federalismi.it*, n. 3/2016.



I vincoli<sup>181</sup> contenuti nel Protocollo n. 8 e le ulteriori delimitazioni - sofferte in sede negoziale dal Gruppo di lavoro CDDH-UE<sup>182</sup> - hanno dato luogo ad una proposta di trattato<sup>183</sup> vistosamente inadeguata<sup>184</sup>, nella quale ci si è limitati a prevedere: come aggiungere a Strasburgo il seggio di un giudice dell'Unione; come eleggerlo in seno all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; come convenire solidalmente l'Unione nel giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo; come renderla partecipe alla funzione di controllo esercitata dal Comitato dei ministri.

Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea 18 dicembre 2014 - avente ad oggetto una domanda di parere ai sensi dell'articolo 218, paragrafo 11, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), presentata il 4 luglio 2013 dalla Commissione europea - ha respinto<sup>185</sup> la proposta del citato Gruppo di lavoro; vi si sottolinea come non sia adeguatamente affrontato, nella proposta di trattato, il problema della "geometria variabile" dei due strumenti di tutela, cioè la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950 e la Carta di Nizza.

Il parere 2/13 lamenta l'assenza (§ 190), nell'accordo previsto, di una norma intesa a garantire il coordinamento non già tra gli organi, ma tra gli *standard* di tutela. In particolare, la Corte segnala (§ 189) che l'articolo 53 della CEDU riserva, in sostanza, la facoltà per le Parti contraenti di prevedere *standard* di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli garantiti da detta Convenzione. Se ne potrebbe addirittura ricavare che, senza assicurare il coordinamento tra tale norma e l'articolo 53 della Carta di Nizza (come interpretato dalla

<sup>181</sup> P. Craig, *EU accession to the ECHR: competence, procedure and substance*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, 36, pp. 1114-1150; T. Lock, *EU accession to the ECHR: consequences for the European Court of justice*, paper for EUSA conference 2011; V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europeanrights.eu*, 19/12/2007.

<sup>182</sup> Si tratta del « CDDH informal working group on the accession of the European Union to the European Convention on Human rights (CDDH-UE) », incaricato nel 2010 con la Commissione europea di stilare la proposta di accordo di adesione dell'UE alla CEDU.

<sup>183</sup> Steering Committee for human rights, *Report*, extraordinary meeting, Strasburgo, 12-14 ottobre 2011, CDDH(2011)R Ex; cfr. T. Lock, *End of an epic, The draft agreement on the EU's accession to the ECHR*, in *Yearbook of European Law*, 2012.

<sup>184</sup> T. Lock, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2011, 48, pp. 1025-1054.

<sup>185</sup> N. Lazzerini, *"Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015/1.



Corte), il progetto di accordo potrebbe essere foriero di una regressione rispetto all'esistente conseguimento pretorio.

Per affermare risolutamente e credibilmente che l'articolo 53 CEDU si applica anche al diritto di azione di cui agli articoli 6 e 13 CEDU - che, direttamente o indirettamente, porta alla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea - occorre dare alla Carta di Nizza una prevalenza "interna", rispetto ad altre porzioni del diritto dell'Unione europea che, attualmente, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, rischiano di avere un rilievo maggiore della stessa Carta di Nizza. Infatti, attraverso una serie di clausole "in bianco" contenute già nel citato articolo 6 TUE ("Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati" ... "L'Unione aderisce alla Convenzione ... tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati") è il sistema giurisdizionale dell'Unione stesso ad essere chiamato in causa. È alla composizione, ai poteri ed alle funzioni della Corte di giustizia che occorre dunque rivolgersi, per mettere in campo un'attività di revisione più efficace di quella sin qui tentata con il fallito progetto di accordo di adesione.

Non essersene mostrati consapevoli ha prodotto lo stallo del processo negoziale sull'accessione, portato avanti con poca convinzione dai Governi<sup>186</sup>.

## 5. La “comunitarizzazione” della Convenzione.

Meglio avevano saputo cogliere la potenziale ricaduta del contrasto di giurisdizioni i giudici costituzionali italiani, quando evocavano «i problemi che l'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali» (sentenza n. 138 del 2010). La difesa più immediata - quella secondo cui è dirimente la «circostanza che al momento l'Unione europea non è parte della CEDU», per cui si esclude una generale “comunitarizzazione” delle norme convenzionali (sentenza n. 349 del 2007) - è stata

---

<sup>186</sup> T. Lock, *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, 11, pp. 239-273.

ribadita<sup>187</sup> dalla Corte costituzionale ancora con la sentenza n. 80 del 2011<sup>188</sup>; ma essa tradiva la consapevolezza (espressa anche nelle "osservazioni" italiane del 3 maggio 2011 al Gruppo di lavoro europeo sull'accessione) della necessità di migliorare la scansione multilivello della tutela, rispetto a quella già faticosamente conseguita dalla giurisprudenza delle due Corti<sup>189</sup>. Il motivo di tanta lungimiranza potrebbe essere fatto risalire alla più antica e profonda tradizione degli accademici italiani, in ordine alla disputa tra monismo e dualismo in diritto internazionale<sup>190</sup> ed ai profili comparatistici del diritto processuale; oppure, più semplicemente, ai *caveat* contenuti nella citata giurisprudenza costituzionale<sup>191</sup>. Come che

<sup>187</sup> L'assetto preesistente, per la Corte, non è stato modificato dall'art. 50 della Carta di Nizza, non avendo il Trattato di Lisbona, comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione di norme interposte, con la conseguenza che il giudice non può ritenersi abilitato a disapplicare le norme interne ritenute incompatibili con la CEDU stessa (così Corte costituzionale, sentenza 11 marzo 2011, n. 80).

<sup>188</sup> A. Ruggeri, *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, Intervento al Seminario su *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*, Bologna, 5 febbraio 2013, in *Scritti in onore di G. de Vergottini*; U. Villani, *Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il trattato di Lisbona*, in *Diritticomparati.it*, 30 novembre 2012; E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, n. 7/2010, pp. 955-965. Sulle possibili implicazioni giuridiche del novellato art. 6 del Trattato di Lisbona v. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *Giustamm.it*; Guastafarro, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinarie mentali*, Giappichelli, 2013; Guazzarotti, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, *Rivista AIC*, 3/2016, Mirate, *La Cedu nell'ordinamento nazionale. Quale efficacia dopo Lisbona?*, *Rivista di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2010.

<sup>189</sup> A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014; B. Marchetti, *Il protocollo 16 della CEDU e la giurisdizione amministrativa*, in *Giustamm.it*, n. 4/2014; M. Giorgianni, *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in *Diritticomparati.it*, 17 luglio 2014.

<sup>190</sup> S. Lorenzon, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2010, n. 1, pp. 135-138; C. Pinelli, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 2008, n. 1, pp. 45-67; P. Cuomo-M. Broner Squire, *Enforcement delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in *Archivio di diritti-cedu.unipg.it (2010-2015)*, (a cura di L. Cassetti), Università degli studi di Perugia, dipartimento di giurisprudenza, 2015.

<sup>191</sup> Cfr. le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, che hanno eretto la CEDU a norma interposta per il parametro di costituzionalità di cui all'articolo 117 primo comma Cost., salva la possibilità di sindacarne la violazione dei principi supremi dell'ordinamento nazionale. La sentenza n. 349 del 2007 precisava esplicitamente di operare in situazione di *soft law* per quanto riguardava la Carta di Nizza (che invece ora è entrata appieno nell'*acquis*, dopo Lisbona) e che in quel momento l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea si limitava a rinviare alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed alla CEDU: incidentalmente si ricordava la "circostanza che al momento l'Unione europea non è parte della CEDU" e ciò corroborava la conclusione che fosse esclusa una generale "comunitarizzazione" delle norme della CEDU (§ 6.1). I giudici di palazzo della Consulta evocarono "i problemi che l'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali" (§ 10 della sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana). La premessa - dell'accentramento del sindacato costituzionale italiano (in caso di contrasto tra la legge nazionale e la CEDU) - era che "allo stato, nessun elemento

sia, da tempo ci si interrogava, nella dottrina giuridica italiana, sulle virtuali contraddizioni dell'overlapping tra le Corti internazionali e tra di esse e quelle italiane<sup>192</sup>.

Per coglierne i rischi, ma anche le potenzialità, occorre entrare nella "geometria variabile" di tre diversi strumenti di tutela dei diritti fondamentali<sup>193</sup>: la Costituzione italiana del 1948, la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950 e la Carta di Nizza. Il groviglio, visto da Roma<sup>194</sup>, assume un carattere pressoché inestricabile da quanto

---

relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente" (§ 6.1 della sentenza n. 349 del 2007 cit.). Ma si tratta di una premessa che il trattato di accessione avrebbe revocato in dubbio: qui probabilmente risiede l'eziologia del contributo negoziale italiano al citato gruppo di lavoro (per i cui atti v. 7th Working meeting of the CDDH informal working group on the accession of the European Union to the European Convention on Human rights (CDDH-UE) with the European Commission, *Observations by the Italian delegation on the draft agreement on the accession of the EU to the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 10-13 febbraio 2011, CDDH-UE(2011)009): si trattava di un testo scientificamente solido, che operava individuando una regola ben precisa per evitare che contrasti tra Corti internazionali si riverberassero sulle pronunce che in futuro avessero dovuto essere richieste al giudice italiano.

<sup>192</sup> D. Grimm, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari (a cura di G. Zagrebelsky), 2003, p. 5 ss.; G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo»*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1-2/2002, p. 9 ss.; L. Baroni, *Giudici nazionali e giudici dell'Unione europea*, in *Federalismi.it* n. 12/2010.

<sup>193</sup> R. Conti, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Il Corriere giuridico*, n. 9/2011, p. 1243 e ss.

<sup>194</sup> Per le altre possibili prospettive, cfr.: L. Cappuccio, *La prima questione pregiudiziale del Tribunal Constitutionnel*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2012, pp. 134-136; F.-X. Millet, N. Perlo, *The First Preliminary Reference of the French Constitutional Court to the CJEU: Revolution de Palais or Revolution in French Constitutional Law?*, in *German Law Journal*, 2015, 16, 6 (Special Issue: The Preliminary Reference to the Court of Justice of The European Union by Constitutional Courts), pp. 1471-1490; A. Rovagnati, *Quale ruolo per le Corti costituzionali negli Stati membri dell'Unione europea? Brevi considerazioni a margine di una recente, complessa vicenda giudiziaria francese*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; F. Ratto Trabucco, *Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria dopo la riforma francese del 2009*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010; G. Beck, *The Lisbon judgement of the German Constitutional Court, the Primacy of EU law and the problem of Kompetenz-Kompetenz: a conflict between right and right in which there is no Praetor*, in *European Law Journal*, 2011, 17, 4, pp. 470-494; B. Davies, *Resistance to European Law and Constitutional identity in Germany: Herbert Kraus and Solange in its intellectual context*, in *European Law Journal*, 2015, 4, pp. 434-459; A. Di Martino, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana*, in *Federalismi.it*, n. 11/2012; E. Ferioli, *Ancora sul diritto comunitario come motivo di "guerra delle corti": il caso del Belgio tra Cour d'Arbitrage e Consiglio di Stato*, in *Diritto pubblico europeo*, 2001, I, p. 464; F. Saitto, *La Carta di Nizza come parametro di costituzionalità? La Corte costituzionale austriaca tra tutela dei diritti fondamentali, CEDU, principio di equivalenza e disapplicazione*, in *Diritticomparati.it*, 31 maggio 2012; A. Guazzarotti, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritticomparati.it*, 2 ottobre 2014; K. Kelemen, *The decision-making process of European Constitutional Courts. A comparative perspective*, in *Diritti comparati*, working papers, n. 2/2016; M. Andenal, E. Bjorge, *Giudici nazionali e interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti umani. La prospettiva inglese, francese e tedesca*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 4, pp. 471-486.

- per valutare il rango di ciascuno degli ordinamenti, istituiti da ciascuna delle tre Carte, nei confronti degli altri - il parametro non è più unico, ma la variabile procedurale va esercitando un peso non sempre agevolmente misurabile.

Seguendo l'ottica internista dell'ordinamento italiano, il principio dualista - affermatosi nell'elaborazione internazionalistica della dottrina e della giurisprudenza nostrana - ha assestato la gerarchia tra le Corti (*rectius* tra le produzioni giurisprudenziali delle medesime, in ordine all'interpretazione della Carta di rispettivo riferimento) secondo una "scala" crescente.

Al livello più basso si colloca la Convenzione europea dei diritti umani<sup>195</sup>: dopo che per decenni si era sostenuto che il suo valore dipendeva "dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione" (in questo caso la legge 4 agosto 1955, n. 848, una norma ordinaria), con la revisione costituzionale del titolo V della Costituzione l'articolo 117 ha consentito di attribuirle una "forza attiva" (consistente nella capacità di caducare le preesistenti norme nazionali divergenti) ed una "forza passiva" (cioè la resistenza alla sopravvenienza di norme nazionali che contrastino coi suoi contenuti); ciò con una costruzione (sentenze "gemelle"

---

<sup>195</sup> Corte suprema di cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, *Rapporti tra la giurisprudenza della Corte di cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU*, 7 luglio 2011 (relazione tematica - Rel. n. 65).

nn. 348 e 349 del 2007)<sup>196</sup> che ancora propende per un controllo accentrato<sup>197</sup>, a livello di Corte costituzionale<sup>198</sup>, sia pure in un sistema di interpretazione orientata<sup>199</sup>.

Al livello intermedio si collocano i Trattati istitutivi delle Comunità europee (ora Trattati dell'Unione europea): sin dalla sentenza n. 183 del 1973 la loro "forza attiva" era considerata - unitamente al loro diritto derivato - limitazione di sovranità consentita<sup>200</sup> dall'art. 11 Cost.; quanto alla "forza passiva rafforzata", essa fu riconosciuta al diritto comunitario con la sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale italiana, con un meccanismo che decentrava il controllo a livello diffuso di singoli giudici<sup>201</sup>. Per la Carta di Nizza vale lo

<sup>196</sup> F. Vari, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, 26 settembre 2012; L. Cappuccio, *Lucas y sombras en la relacion entre la Corte constitucional italiana y el Tribunal europeo de derechos humanos*, in *Federalismi.it*, 14 novembre 2012.

<sup>197</sup> A. Ruggieri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, in *Diritticomparati.it*, 14 dicembre 2012.

<sup>198</sup> Per il primo caso di incostituzionalità conseguente, cfr. C. Cost., sentenza n. 93 del 2010. Per la disamina completa della giurisprudenza nazionale, cfr. V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, maggio 2015; S. Foà, *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 20 luglio 2011; F. Liberati, *Corte costituzionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: sostenibilità del modello di controllo accentrato di costituzionalista alla luce della recente giurisprudenza e delle novità in ambito comunitario*, in *Federalismi.it*, 8 luglio 2011; A. Ruggieri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale (a "prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *Diritticomparati.it*, 2012; R. Conti, *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggieri su Corte cost. n. 230/2012*, in *Diritticomparati.it*, 2012.

<sup>199</sup> A. Ruggieri, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 febbraio 2011; A. Ruggieri, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità)*, in *Diritticomparati.it*, 2012; F. Liberati, *Corte costituzionale e giudici comuni nell'adattamento della CEDU al diritto interno: tra tentativi di disapplicazione e obbligo di interpretazione conforme a convenzione*, in *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti, Atti del convegno di Roma 11 luglio 2011* (a cura di B. Caravita), Jovene, 2012. Sulla funzione interpretativa eminente che gli stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte EDU, in termini di "soggezione" alla sua interpretazione della Convenzione e relativi protocolli, v. G. Parodi, *"Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto". La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Diritticomparati.it*, 28 novembre 2012; G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto cedu "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC* n. 3/2015.

<sup>200</sup> A favore di organizzazioni internazionali aventi scopo di assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni: rimarchevole che questo fosse per un'unione allora solo economica, e non per la Convenzione, discendente da un'organizzazione come il Consiglio d'Europa, assai più proiettata verso la giustizia.

<sup>201</sup> G. Tesaurò, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, Intervento svolto a Bruxelles, 25 maggio 2012*, in *Rivista AIC*, 2012; N. Perlo, *Les juges italiens et la Cour européenne des droits de l'homme : vers la construction d'un système juridique intégré de protection des droits*, in *Actes du colloque Question sur la question 4. Le procès constitutionnel face aux exigences supranationales*, 30 mai 2014, Bruxelles, Bruylant, 2014.

stesso discorso da quando, ai sensi del nuovo articolo 6 paragrafo 1 del Trattato di Lisbona, "ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

Al livello più alto si colloca la Costituzione italiana<sup>202</sup>: il suo rango supremo è affermato pacificamente, dalla Corte costituzionale, anche nei confronti delle restanti due fonti<sup>203</sup>, la cui prevalenza sul diritto interno incontra il controlimite dei "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" e dei "diritti inalienabili della persona"<sup>204</sup>; non può mancare, in proposito, il richiamo alla clamorosa sentenza n. 238 del 2014 (relatore Tesauro)<sup>205</sup>, con cui la Corte costituzionale ha applicato la dottrina dei controlimiti addirittura alla legge italiana di ratifica della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia<sup>206</sup>.

Ma se, invece della scontata conclusione della piramide sovranistica<sup>207</sup>, poniamo mente alle modalità di attivazione e di risoluzione dei relativi giudizi, scopriamo ben diverse - e per lo più contraddittorie - conclusioni, che hanno fatto parlare di rapporti a rete<sup>208</sup> e non più di tipo piramidale<sup>209</sup>. Sotto il profilo ermeneutico, anzitutto, è stata usata l'efficace metafora dei "tre

<sup>202</sup> E. Longo, A. Pin, *An Evolution in "Italian Style": The Constitutional Court says it will Govern the Effects of its Judgments (and Will Use the Proportionality Test to Do It)*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, 20 marzo 2015; A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2015.

<sup>203</sup> F. Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU, Intervento svolto a Bruxelles, 24 maggio 2012*, in *Rivista AIC*, 2012. Parla di "prevalenza assiologica" T. Groppi, *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne. Une recherche empirique*, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2016.

<sup>204</sup> R. Dickmann, *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e CEDU*, in *Federalismi.it*, 16 settembre 2013.

<sup>205</sup> Il quale ha dato coerente seguito a quanto sostenuto in dottrina: G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2009, 2, pp. 195-229. Per la dottrina pregressa, C. Panara, *Il diritto internazionale nell'ordinamento interno: quid iuris?*, in *Federalismi.it*, n. 1/2007; L. Cappuccio, *Le consuetudini internazionali tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 1, pp. 5-34.

<sup>206</sup> Ordinanza di rimessione n. 212/2016 dell'8 luglio 2016 della Corte di cassazione nel procedimento penale a carico di Cestari Mauro e altri, ove si legge anche: "ciò che l'art. 4.2 Trattato sull'Unione europea aggiunge è la garanzia che le stesse Istituzioni eurounitarie sono tenute a rispettare l'identità costituzionale degli Stati membri; e dunque, in caso di violazione di tale limite, l'ordinamento nazionale che registrasse un mancato rispetto della propria identità costituzionale sarebbe, da un lato, legittimata (ai sensi del Trattato sull'Unione), e, dall'altro, obbligata (ai sensi della Costituzione interna), ad opporre i «controlimiti» alla penetrazione del diritto sovranazionale ritenuto irriducibilmente incompatibile con i principi supremi della propria Costituzione. Lungi dall'innescare pretese 'guerre' tra Corti, o tra ordinamenti, dunque, l'opposizione dei «controlimiti» non è altro che una fisiologica *actio finium regundorum* tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, nel complesso e multifattoriale processo di integrazione europea, alla stregua delle norme costituzionali (art. 11 della Costituzione) e internazionali (art. 4.2 Trattato sull'Unione europea) che ne regolano l'evoluzione, delimitando — finché si tratti di Unione, e non di fusione, di ordinamenti — le rispettive attribuzioni".

<sup>207</sup> E. Tira, *La piramide rovesciata dell'integrazione europea. Dalle Corti "dialoganti" ai giudici comuni*, Gussago, Bibliofabbrica, 2014.

<sup>208</sup> E. Frantziou, *The horizontal effect of the Charter of fundamental rights of the EU: rediscovering the reasons of horizontality*, in *European Law Journal*, 2015.

<sup>209</sup> O. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2002, p. 16 ss.



cappelli", secondo cui «nella sua opera di interpretazione "conforme" il giudice nazionale è - a seconda del cappello che, di volta in volta, è chiamato ad indossare - giudice della conformità alla Costituzione, giudice della conformità al diritto dell'Unione europea (già diritto comunitario) e giudice della conformità alla CEDU»<sup>210</sup>.

In particolare, il fecondo dialogo tra la Corte costituzionale e tutto il sistema giurisdizionale italiano - il cui precipitato consiste nell'obbligo<sup>211</sup> di previo esperimento dell'interpretazione costituzionalmente orientata - grazie alle predette "sentenze gemelle"<sup>212</sup> è stato esteso all'interpretazione convenzionalmente orientata: ad essa quindi si applicano le categorie (già elaborate per il precedente "orientamento" di ricerca della conformità<sup>213</sup> con norme di rango costituzionale) facenti parte del *genus* "interpretazione sistematica"<sup>214</sup> e nella specie "interpretazione adeguatrice"<sup>215</sup>.

Poiché la Corte di Strasburgo opera in un sistema di complementarità<sup>216</sup> con gli ordinamenti nazionali - sistema pienamente confermato dal Protocollo n. 16, dove la richiesta di parere<sup>217</sup>

<sup>210</sup> E. Aprile, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in *Cassazione Penale*, 2011, 9, p. 3216B.

<sup>211</sup> A. Cardone, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IV, Giuffrè, 2011, p. 385 ss.

<sup>212</sup> A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007; A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

<sup>213</sup> G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980, p. 360 ss.

<sup>214</sup> "È quindi un'interpretazione che desume il significato di una disposizione dalla sua collocazione in un sistema nel suo complesso. Non si interpreta cioè il singolo testo considerandolo isolatamente, ma alla luce di altre norme che regolano il macro o micro sistema in cui si inserisce la disposizione da interpretare: R. Aprati, *Il "protocollo" dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cassazione Penale*, fasc. 11, 2015, pag. 3902B.

<sup>215</sup> R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, p. 173 ss: la finalità di prevenire antinomie fra norme poste in relazione gerarchica si soddisfa ricavando un significato della norma, omogeneo ad un'altra norma superiore.

<sup>216</sup> Sulla corretta applicazione del principio di complementarità tra giurisdizioni nazionali e Corte europea dei diritti umani, v. la decisione 1° marzo 2010 di quest'ultima, nel caso *Demopoulos ed altri c. Turchia*; E. Borge, M. Ardenas, *National Implementation of ECHR Rights: Kant's Categorical Imperative and the Convention*, in *Oxford Student Legal Studies Paper No. 3/2011*, 11 luglio 2011; A. Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 3, pp. 491-505.

<sup>217</sup> Il nuovo Protocollo n. 16 della Convenzione, aperto alla firma degli Stati membri firmatari del Trattato, a Strasburgo, il 2 ottobre 2013 ed in pari data firmato dall'Italia, contempla la possibilità anche per i giudici nazionali di richiedere alla Corte di Strasburgo pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli.



è proprio l'eccezione che conferma la regola<sup>218</sup> - il modo in cui la Corte costituzionale nostrana ha sviluppato una linea di "impollinazione ermeneutica" della CEDU non soltanto non disturba<sup>219</sup>, ma in certo qual modo allevia il lavoro della Corte strasburghese. Considerando come parametri di riferimento tanto le disposizioni formalmente cristallizzate nell'articolato della Convenzione europea, quanto le norme come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sue sentenze, il sistema giurisdizionale italiano di fatto si fa organo decentrato di applicazione della CEDU "saltando" le inadempienze del Legislatore (sempre salvi i controlimiti<sup>220</sup>, di esclusiva valutazione della Corte costituzionale).

Il problema è che - come il giudice nazionale, nell'applicare una norma del diritto interno, è sempre tenuto ad interpretare la stessa in maniera non solo costituzionalmente orientata, ma anche convenzionalmente orientata - non può dirsi altrettanto con la Corte avente sede a Lussemburgo: "che alla Corte di Giustizia dell'UE sia affidato, oltre al compito di assicurare il rispetto della legge (procedure di infrazione), il compito di interpretare il diritto dell'U.E. per garantire che sia applicato allo stesso modo in tutti gli Stati membri e che la sua interpretazione sia pacificamente dichiarativa si muove perfettamente nel solco della tradizione illuministico-liberale, e non è certo la maggiore complessità del procedimento interpretativo e applicativo delle norme dell'U.E. a trasformare né il giudice dell'Unione Europea né il giudice interno in un creatore di diritto"<sup>221</sup>. Per converso, però, non va dimenticato come i Trattati fondativi dell'Unione abbiano dato vita ad un ordinamento giuridico nuovo, che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati, ma anche i cittadini degli stessi<sup>222</sup>: si tratta di una peculiarità che si riverbera sugli effetti di tutte le principali sedi entro

<sup>218</sup> A. Costagliola, *Il giudice nazionale potrà chiedere pareri sull'interpretazione e sull'applicazione delle disposizioni della CEDU*, in *Normativa europea* del 25/10/2013 pubblicato su "diritto.it".

<sup>219</sup> F. Giuffrè, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi*, n. 7/2016.

<sup>220</sup> A. Ruggieri, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011.

<sup>221</sup> Cocco Giovanni, *Verso una Cassazione Supreme Court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2016, 2, pag. 381B.

<sup>222</sup> Lo ha ripetutamente dichiarato proprio la Corte di giustizia a partire dalle sentenze *van Gend & Loos* del 1962 e *Costa* del 1964: v. M. Rasmussen, *Revolutionizing European law: A history of the Van Gend en Loos judgment* *Int J Constitutional Law*, 2014, 12, 1, pp. 136-163; W. Phelan, *The Troika: The Interlocking Roles of Commission v. Luxembourg and Belgium, Van Gend en Loos and Costa v. ENEL in the Creation of the European Legal Order*, in *European Law Journal*, 2015, 21, 1, pp. 116-135; W. Phelan, *William Supremacy, Direct Effect, and Dairy Products in the Early History of European law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, 14, pp. 6-25.

le quali la Corte di Lussemburgo si pronuncia, cioè la pregiudiziale interpretativa, quella di validità dell'atto unionale ed il ricorso in inadempimento.

In questo caso, quindi, lo "straordinario *empowerment* del giudice di merito rispetto alle stesse supreme giurisdizioni nazionali"<sup>223</sup> non si traduce in un'impollinazione dell'intero sistema giustizia, ma in un flusso *up/down* che rischia di portare ad un corto circuito "l'impatto del diritto europeo (in senso lato) sull'ordinamento interno": ciò proprio perché, nel "senso lato" del diritto europeo, entrano acque diverse e si confondono i loro meccanismi di adduzione e di raccolta.

I "moniti" della CEDU producono adempimenti spontanei (sia pure non sempre omogenei) da parte della Giurisdizione, grazie al controllo decentrato di convenzionalità garantito dall'interpretazione adeguatrice. La lotta della Corte di giustizia, invece, è assai meno proiettata verso la complementarietà delle giurisdizioni: sia pure con alterne vicende, essa tende piuttosto ad un adempimento diretto - corredato dalla responsabilità civile<sup>224</sup> - di tutti gli organi dello Stato membro (compresi i giudici) nei confronti del diritto dell'Unione<sup>225</sup>. La Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali (2009/C 297/01) riconosce al giudice nazionale la facoltà di risolvere autonomamente la questione di interpretazione del diritto unionale, ma solo quando la giurisprudenza della Corte abbia già fornito «sufficienti chiarimenti», nei casi di «particolare utilità» del ricorso e nei casi di «questione di interpretazione nuova» e di «interesse generale» ed in quelli di accertata impossibilità di applicare la «giurisprudenza esistente»<sup>226</sup>. Per il "rinvio pregiudiziale volto all'accertamento della validità di un atto comunitario, la sentenza *Foto-Frost* ha di fatto stravolto le fondamenta del riparto di competenze tra Corte e giudici nazionali, sottraendo, attraverso la trasformazione della facoltà di rinvio in obbligo, ai giudici

<sup>223</sup> F. Viganò, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

<sup>224</sup> Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.* (Racc. pag. I-5357, punto 39); v. anche sentenze Köbler del settembre 2003, *Traghetti del Mediterraneo* del giugno 2006 e *Commissione contro Italia* nel 2011.

<sup>225</sup> A. Vannucci, *Disapplicazione e diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 13/2011.

<sup>226</sup> Cfr. F. Spena, *Il ruolo della Corte di Giustizia, con particolare riferimento ai principi enunziati sulla questione della diretta applicabilità delle direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale*, in *Atti dell'incontro di studi Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 25-27 ottobre 2010.

dei gradi inferiori la possibilità, loro implicitamente riconosciuta dal Trattato, di decidere sulle questioni di validità degli atti comunitari”<sup>227</sup>.

Per quanto si sia decisa solo dopo lungo e tenace pungolo dottrinario<sup>228</sup>, la Corte costituzionale italiana ha alla fine scelto<sup>229</sup> di agire in prima persona “come un giudice pienamente calato all’interno di un più ampio sistema giurisdizionale”<sup>230</sup>: nella contestuale evoluzione delle giurisdizioni nazionali sul diritto processuale comunitario<sup>231</sup>, il ruolo di

<sup>227</sup> Ufficio studi della Corte costituzionale, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* (a cura di Paolo Passaglia, con contributi di C. Bontemps di Sturco, T. Giovannetti, C. Guerrero Picó, S. Pasetto, M. T. Rörig), aprile 2010, § 2.2, consultabile alla URL ([http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_Corti\\_costituzionali\\_rinvio\\_pregiudiziale\\_12012010.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf)). Sulle conseguenze teoriche, v. D. Basili, G. M. Di Niro, *Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e dialogo tra le Corti: evoluzioni e prospettive*, in *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Atti del convegno di Roma 11 luglio 2011 (a cura di B. Caravita), Jovene, 2012. Sul ricorso in annullamento di atti generali dell’UE, v. C. Iannone, *La Corte di giustizia dell’Unione europea ed il diritto di accesso al giudice ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, intervento al XXV Congresso Unione Avvocati Europei - Pescara (“La tutela delle situazioni giuridiche nel diritto europeo”), 17 giugno 2011.

<sup>228</sup> V. P. Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008, secondo cui la Corte costituzionale si è a lungo “auto-emarginata” dal dialogo con la Corte di giustizia.

<sup>229</sup> S. M. Civitarese, *Breaking the Isolation? Italian Perspectives on the Dialogue between the ECJ and Constitutional Courts*, in *European Public Law*, 2016, 22, 4.

<sup>230</sup> Così Ufficio studi della Corte costituzionale, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* cit., pagine 21-22, ove si ricorda anche che le sentenze nn. 102 e 103 del 2008 affermavano che l’eventuale rifiuto di effettuare il rinvio – da parte della Corte costituzionale italiana – “comporterebbe un’inaccettabile lesione del generale interesse all’uniforme applicazione del diritto comunitario”, in quanto essa è “l’unico giudice” del caso di specie: «si tratta, di nuovo, di un argomento di matrice prettamente comunitaria, poiché il “generale interesse” cui fa riferimento la nostra Corte è, appunto, l’interesse comunitario, e l’evocata “inaccettabilità” della sua eventuale lesione è “inaccettabilità”, per così dire, dal punto di vista comunitario». È un punto di vista espresso proprio dalla Corte di giustizia, *ex plurimis*, nella sentenza 13 maggio 1981, *International chemical corporation* (causa C-66/80), punti 11-12, secondo cui “le competenze attribuite alla Corte dall’art. 177 [oggi art. 267 TFUE] hanno essenzialmente lo scopo di garantire l’applicazione uniforme del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali. Quest’applicazione uniforme è necessaria non solo quando il giudice nazionale sia in presenza di una norma di diritto comunitario il cui senso e la cui portata abbiano bisogno di essere precisati, ma del pari quando esso si trovi di fronte ad una contestazione relativa alla validità di un atto delle istituzioni”. Cfr. anche la sentenza con cui la Corte di giustizia statui che «nell’ambito dell’art. 177, il quale mira a garantire che il diritto comunitario sia interpretato e applicato in modo uniforme a tutti gli Stati membri, il terzo comma deve particolarmente impedire che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie» (sentenza 24 maggio 1977, *Hoffmann-La Roche*, causa C-107/76, § 5).

<sup>231</sup> In Italia ciò è avvenuto proprio con le ordinanze n.102 e n.103 del 2008 e con l’ordinanza n. 207 del 2013, con cui la Corte costituzionale ha sollevato una questione pregiudiziale rivolta alla Corte di Lussemburgo: cfr. S. Bartole, *Pregiudiziale comunitaria e “integrazione” tra ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 98 ss.; F. Ghera, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 1315 ss.; L. Pesole, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull’ordinanza n. 103 del 2008*, in *Federalismi.it*, n. 15/2008; F. Fontanelli, G. Martinico, *Between procedural impermeability and constitutional openness: the 102 and decision of the Italian Constitutional Court*, in *European Law Journal*, 2010, pp. 345-364; D. Basili e G. M. Di Niro, *La questione del rinvio pregiudiziale alla luce del cammino comunitario della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 13/2011; G. Repetto, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c’è mai fine ai nuovi inizi*, in *Diritticomparati.it*, 28 ottobre 2013; A. Celotto, *Il completamento degli “strumenti di dialogo” tra*

palazzo della Consulta si segnala (oltre che per le citazioni della Carta di Nizza come diritto positivamente recepito grazie al Trattato di Lisbona)<sup>232</sup> per il fatto di non aver ignorato la ricaduta della rigidità lussemburghese, in termini di minore spazio per il principio di complementarità.

Quando la Cassazione<sup>233</sup> ripeté la posizione<sup>234</sup> della Corte costituzionale sulla (mancata) "comunitarizzazione" della CEDU, non a caso ne fece discendere l'impossibilità di procedere alla disapplicazione della norma nazionale contrastante con un diritto riconosciuto a Strasburgo<sup>235</sup>. Nella stessa pronuncia, i giudici di legittimità si mostrarono però perfettamente consapevoli del fatto che la (avvenuta) "trattatizzazione" della CDFUE si prestava ad aprire una via alternativa alla q.l.c., anche se cercarono di sfilarsi dalle conseguenze<sup>236</sup>.

Si tratta di conseguenze che, invece, si sono iniziate a presentare, quando la dinamica asimmetrica degli attori giurisdizionali dei tre sistemi stellari ha dimostrato che non di dialogo si trattava, ma di una vera e propria "guerra dei mondi". Non a caso, proprio il più recente degli ambiti conferiti alla sovranità unionale, quello penalistico, ha agito da innesco, e non a caso ciò è avvenuto dopo una presa di posizione della sede strasburghese.

La pronuncia CEDU sul caso *Grande Stevens*<sup>237</sup> ha dimostrato quanto possano anche le "pronunce meramente dichiarative", in un sistema di dinamiche incrociate. In primo luogo,

---

Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo, in *GiustAmm.it*, 3 dicembre 2013; G. Repetto, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Diritticomparati.it*, 15 dicembre 2014; G. Repetto, *Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2015, 16, 6, p. 1449.

<sup>232</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 82 del 2011, *Considerato in diritto*, § 3.

<sup>233</sup> V. G. Amoroso, *Giurisdizione nazionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti Europee, la Corte Costituzionale e la Corte di cassazione*, Intervento alla conferenza "Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo", Aula Magna della Corte di Cassazione, Roma, 14 novembre 2012, consultabile sul sito internet della Corte di cassazione.

<sup>234</sup> Già anticipata da Consiglio di Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, commentata da L. D'Angelo, *Comunitarizzazione dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causae*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 maggio 2010.

<sup>235</sup> Cass., sez. III pen., n. 25815/16: esclusa l'interpretazione costituzionalmente o convenzionalmente orientata di questa norma, indicò il controllo accentrato di costituzionalità come l'unica strada percorribile per sciogliere l'aporia ordinamentale.

<sup>236</sup> Obiettivo conseguito invocando da un lato il difetto di prova del fatto processuale che costituiva la *causa petendi*, dall'altro lato il sopraggiungere della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016 sul *ne bis in idem*.

<sup>237</sup> Corte europea dei diritti umani, seconda sezione, sentenza 4 marzo 2014, caso *Grande Stevens c. Italia*.

ha attestato la vigenza del sistema convenzionale (compresa la giurisprudenza Engel)<sup>238</sup> anche sugli artt. 2 e 4 del protocollo 7 (respingendo la posizione italiana secondo cui le riserve apposte, in sede di ratifica dello stesso, delimitavano la vigenza del *ne bis in idem*, consacrato in quelle norme, solo per gli illeciti che la legge italiana definisce penali). In secondo luogo, la Corte di Strasburgo ha statuito che, in presenza di norme di natura penale, comunque denominate, vige il divieto convenzionale del *ne bis in idem*: esso non inibisce che, per lo stesso fatto, siano iniziati due procedimenti, ma solo che entrambi vengano conclusi con un provvedimento definitivo.

Era di tutta evidenza, già al deposito della sentenza Grande Stevens (2014), come la norma dell'art. 4 del protocollo 7 fosse riprodotta dall'art. 50 della Carta di Nizza (per il quale nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge). Ma la pur tempestiva pronuncia della Corte costituzionale sull'accezione italiana del *ne bis in idem* (n. 102 del 2016) – nel riconoscere la mancata adozione del rimedio “in generale alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di bis in idem, come censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso Grande Stevens” – vi ha controbilanciato “altri principi costituzionali (prescritti dall'art. 25 Cost e dall'art. 3 Cost.), nonché “i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea, come esplicitato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza, 23 febbraio 2013, in causa C-617/10 *Aklagaren contro Akerberg Fransson*), in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost.”.

Non si tratta di una citazione casuale: a sostegno dei medesimi valori di efficacia dell'apparato sanzionatorio si era appena prodotto un fatto nuovo, nel 2015 proprio a Lussemburgo: la sentenza Taricco<sup>239</sup>. Benché la Corte di giustizia avesse circondato la sua

<sup>238</sup> Corte europea dei diritti umani, sentenza 8 giugno 1976, caso Engel e altri c. Paesi Bassi, ha individuato tre criteri di valutazione della afflittività sotto il profilo convenzionale: la qualificazione dell'infrazione nel diritto interno; la natura dell'offesa; la gravità della sanzione. Di qui, è gemmato un processo di estensione della tutela ha coinvolto, nella giurisprudenza successiva, gli illeciti amministrativi, le sanzioni fiscali e le misure patrimoniali.

<sup>239</sup> Nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, 8 settembre 2015, causa C - 105/14, *Taricco*, la Grande Sezione dichiarava: 1) Una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di

statuizione con un'ambigua clausola di eccezione dei diritti umani<sup>240</sup>, di fatto aveva affermato che la norma interna sulla prescrizione non poteva scampare alla disapplicazione, neppure vantando la sua natura di disposizione attuativa del (o conforme al) l'articolo 49 della Carta di Nizza<sup>241</sup>. Al di là della verifica rimessa al giudice interno, i giudici lussemburghesi invocavano infatti a sostegno la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 7 CEDU<sup>242</sup>, interpretandola a favore della loro lettura sul prolungamento del termine prescrizione del reato.

La reazione della giurisdizione nazionale è stata quella di invocare il modello della sentenza n. 238/2014 anche in rapporto al livello eurounitario<sup>243</sup>: dalla Cassazione è stata proposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art.

---

imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE. 2) Un regime della prescrizione applicabile a reati commessi in materia di imposta sul valore aggiunto, come quello previsto dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice, non può essere valutato alla luce degli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE”.

<sup>240</sup> «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. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale» (§ 53).

<sup>241</sup> Esso sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, in base ai quali, in particolare, nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. La stessa Corte ricorda che “l'articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, (...) sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'articolo 49 della Carta”.

<sup>242</sup> “La proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 della suddetta Convenzione, dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti [v., in tal senso, Corte eur D.U., sentenze Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149, CEDU 2000-VII; Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, § 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia del 20 settembre 2011, n. 14902/04, §§ 563, 564 e 570 e giurisprudenza ivi citata]” (§ 57).

<sup>243</sup> Per la quale v. P. Faraguna, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in *I controlimiti, Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (a cura di A. Bernardi), Napoli, 2016. R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.



2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), nella parte in cui impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dal quale – secondo l'interpretazione data dalla sentenza Taricco – “discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli articoli 160, comma 3, e 161, comma 2, del codice penale, in presenza delle circostanze indicate nella sentenza europea, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con i parametri di cui agli articoli 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, della Costituzione”<sup>244</sup>.

Le conseguenze che si vanno puntualmente affacciando, quindi, sono non di dialogo, ma di conflitto; l'attivazione della giurisdizione eurounitaria su questioni di diritti umani induce Lussemburgo a dare la sua lettura delle sentenze CEDU; l'interpretazione convenzionalmente orientata della Corte costituzionale induce i giudici italiani a dare la loro lettura delle sentenze CEDU. A chiusura del cerchio, non poteva mancare il Tribunale di Bergamo<sup>245</sup> che, sul caso del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, ha scelto di rivolgersi alla Corte di giustizia - anziché alla Corte costituzionale - invocando non già la norma convenzionale (nella fattispecie, l'art. 4 Prot. 7 CEDU in una con l'art. 117 Cost.), ma l'art. 50 CDFUE: nel presupposto della sua immediata applicabilità nell'ordinamento nazionale, esso prevarrebbe sul diritto nazionale contrastante in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, appena la Corte di giustizia statuisse sul problema in guisa conforme alla CEDU sul caso *Grande Stevens*.

Il "trialogo" tra le Corti raggiunge così il punto di massima divergenza: la Corte costituzionale italiana verrebbe espropriata nella valutazione delle antinomie tra diritto nazionale e Carte sovranazionali dei diritti umani, con l'impossibilità di "azionare i

---

<sup>244</sup> Ordinanza dell'8 luglio 2016 della Corte di cassazione nel procedimento penale a carico di Cestari Mauro e altri. (Atto di promovimento n. 212 del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale), in GU 1a Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 41 del 12-10-2016.

<sup>245</sup> Trib. Bergamo, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta il 1° ottobre 2015 (proc. pen. a carico di Menci L.), causa C-524/15.



'controlimiti', che si cerca invece di invocare relativamente alla prescrizione delle frodi in materia di IVA"<sup>246</sup>.

## 6. Una proposta di sistema: l'ibridazione.

Il trattato di accessione avrebbe dovuto occuparsi proprio di queste problematiche più vaste<sup>247</sup>, a partire dal rapporto tra le due Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, con le relative platee differenziate di Stati parte (e di scelta dei componenti); l'ingresso dell'Unione europea – nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – era un'occasione per instaurare un sistema di vasi comunicanti tra le Corti e le rispettive tutele, più efficace di quello sin qui affermato in via pretoria. Il modo riduttivo, con cui il problema è stato affrontato dal Protocollo n. 8 del Trattato di Lisbona non solo non può soddisfare, ma trova oggi una clamorosa smentita<sup>248</sup> nel parere 2/13 con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea, il 18 dicembre 2014, ha respinto la proposta del Gruppo di lavoro sul trattato di adesione dell'Unione europea alla CEDU.

Ritenere che il giudizio di Strasburgo e quello di Lussemburgo ex articolo 267 TFUE incidano sulla stessa questione, è – in effetti – come "sommare mele e pere": l'uno procede da un fatto lesivo, l'altro da una valutazione di diritto espressa mediatamente rispetto alla vera cognizione del fatto, che resta il giudizio nazionale. Ecco perché, dopo l'Accessione, i limiti procedurali applicabili alla Carta di Nizza difficilmente si estenderebbero alla CEDU. Invece di inseguire il mito della prevalenza *ratione materiae* della Corte di Lussemburgo (pretesa custode del *self restraint* delle giurisdizioni internazionali), si dovrebbe immaginare un rapporto tra insiemi omogenei: il nucleo "forte" della tutela dei diritti umani a Strasburgo,

<sup>246</sup> F. Viganò, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia* (nota a Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, giud. Bertoja) in *Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2015; S. Ziruli, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit prosegue)*, nota a Corte cost. 31 maggio 2016, n. 200, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

<sup>247</sup> C. Krenn, *Autonomy and effectiveness as common concerns: a path to ECHR accession after opinion 2/13*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 147-167.

<sup>248</sup> T. Isiksel, *European exceptionalism and the EU's accession to the ECHR*, in *European Journal of International law*, 2016, 27, 3, pp. 565-589.

sede finale dell'*amparo* contro la violazione del *Bill of Rights* europeo<sup>249</sup>; la corona circolare a Lussemburgo, sede specializzata per il diverso profilo del diritto costituzionale europeo, inteso come disciplina della corretta *governance* della struttura istituzionale.

È però, una volta per tutte, il decisore politico che deve inquadrare la questione nel suo universo valoriale, assumendo le decisioni conseguenti. Ciò vale per l'Europa a Quarantasette, per quella a Ventisette, ma anche e soprattutto per l'Italia.

Occorre spezzare il circolo vizioso che ha prodotto lo stallo: ciò non può avvenire che prendendo risolutamente parte per uno dei due poli<sup>250</sup>, in cui si esprime la dialettica interna alla disciplina dell'accessione della UE alla CEDU. In particolare, occorre approcciare il problema dell'unicità dell'interpretazione dei Trattati<sup>251</sup>, ideando un meccanismo inclusivo non soltanto dei diritti sostanziali, ma anche della procedura giurisdizionale seguita a Lussemburgo. Non si tratta di una reale forzatura, considerando che già attualmente la Carta di Nizza – nella parte in cui garantisce traguardi più avanzati della CEDU, che fu stipulata oltre mezzo secolo prima – è addirittura utilizzata dalla Corte di Strasburgo per interpretare "evolutivamente" le previsioni della stessa CEDU<sup>252</sup>. A soccombere sarà, comunque, il citato

<sup>249</sup> Nel quale convergano, in rapporto virtuoso biunivoco, Convenzione e Carta, come già avvenuto, nella reinterpretazione della retroattività della *lex mitior*, con la sentenza della Gran Camera 17 settembre 2009, nel caso *Scoppola contro Italia*.

<sup>250</sup> G. Martinico, *Is the European Convention going to be "Supreme"? A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts*, in *European Journal of International law*, 2012, 23, 2, pp. 401-424; C. Fasone, *Verso una convergenza dei giudici europei nello status da riconoscersi al diritto UE e alla CEDU e nella loro applicazione a livello nazionale?*, in *Diritticomparati.it*, 2012; M. Cartabia, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*. Intervento svolto all'incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014, sito Internet della Corte costituzionale italiana; R. Conti, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren* (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10), in *Diritticomparati.it*, 2013; A. Ruggeri, *CEDU, diritto "eurolunitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Diritticomparati.it*, 19 aprile 2013.

<sup>251</sup> A. Ruggeri, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione* (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012), in *Diritticomparati.it*, 2012; A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo* (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan), in *Diritticomparati.it*, 8 ottobre 2013; A. Alemanno, *Where do we stand on the reform of the EU's Court System? On a reform as short-sighted as the attempts to force through its adoption*, in *Diritticomparati.it*, 23 settembre 2015; J.-M. Sauvé, *Y a-t-il trop de droit fondamentaux?*, in *Diritticomparati.it*, 3 dicembre 2012.

<sup>252</sup> V. sentenze Corte EDU 11 gennaio 2006 nel caso *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca* e 23 febbraio 2012 nel caso *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*.

Protocollo n. 8, che rende pressoché impossibile instaurare un principio di vasi comunicanti più efficace di quello sin qui affermato in via pretoria.

È in tal senso che è stata avanzata in Italia una proposta<sup>253</sup> che intende dare alla Carta di Nizza una prevalenza "interna", rispetto ad altre porzioni del diritto dell'Unione europea che, attualmente, disciplinano il sistema giurisdizionale in maniera meno ampia del sistema CEDU. Lo scopo è, in base al principio di complementarità della giurisdizione di Strasburgo, quello di ottenere che la Corte di Lussemburgo "concluda" il percorso di difesa dei diritti dell'uomo, nei procedimenti di sua competenza, "come se fosse" la Corte di Strasburgo: con lo stesso potere di accertamento, con lo stesso tipo di equo indennizzo; ma tutto ciò "rafforzato" dai poteri specifici, che già detiene, di sanzionare economicamente lo Stato, magari prevedendone una destinazione specifica anche a favore del soggetto leso.

Una valutazione competenziale di due organi diversi (per quanto affidata ai precedenti) è sempre revocabile o suscettibile di antinomie, a seconda dei diversi modi di valutare la tutela del diritto di azione; essa deve dipendere, invece, da un percorso che porti all'unificazione dei due sistemi giurisdizionali, partendo dal profilo soggettivo. Occorre la nomofilachia sia raggiunta - quanto meno, per il momento, sotto il profilo pratico - dalla sicurezza che viene alla Corte di Strasburgo dall'essersi pronunciata (in tema di diritti e libertà fondamentali all'interno dell'Unione europea) quella che di fatto sarebbe, quanto a composizione, una sua vera e propria sezione "territoriale" (sia pure con procedure e con poteri diversi e più incisivi). Del problema della composizione la proposta del gruppo di lavoro CDDH-UE si faceva sì carico, ma limitandosi a prevedere un "cadreghino" per l'Unione, in aggiunta ai 47 giudici di Strasburgo. L'ibridazione della Corte di giustizia con la CEDU può avere un senso, invece, soltanto se si addivene ad una composizione coincidente con quella dei giudici nazionali dei Paesi UE che compongono la Corte di Strasburgo. Al di là del principio di complementarità, l'unica certezza che la Corte europea non rivendicherebbe poteri di "quarta istanza" deriva dal fatto che le funzioni sovrapponibili siano esercitate, a Lussemburgo, da un organo giudicante anch'esso sovrapponibile. L'occasione renderebbe maggiormente democratico<sup>254</sup>

<sup>253</sup> Avanzata in Senato con la mozione n. 1-00383, d'iniziativa dei senatori Buemi ed altri, pubblicata in Atti parlamentari, Senato della Repubblica, resoconto stenografico, allegato B, 24 febbraio 2015.

<sup>254</sup> E quindi con maggiori garanzie di indipendenza, sulla falsariga di quelle già esistenti sugli altri due lati del "trialogo": sull'indipendenza della Corte EDU, v. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Committee on*

anche il procedimento di selezione dei giudici della Corte di giustizia dell'Unione europea, che passerebbe dall'attuale espressione dei Governi al metodo proprio di un'Assemblea parlamentare quale quella del Consiglio d'Europa (che già da ora provvede all'elezione dei giudici CEDU su terne fornite dai rispettivi Governi).

Una revisione della composizione della Corte di giustizia, ed un suo subentro quale giudice di ultima istanza (nei confronti dell'Unione e dei suoi Stati membri) anche nelle competenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe necessariamente accompagnarsi ad un'ibridazione dei suoi poteri con quelli attribuiti dall'articolo 41 della CEDU in tema di equo indennizzo, rendendo in tal guisa più efficace anche il processo di adempimento della sentenza di accertamento e di esecuzione di quella di condanna. Non ultimo, il necessario processo di revisione dei Trattati sarebbe assai meno complesso di quello della proposta di protocollo addizionale della CEDU, per il minor numero di Stati parte e per la maggiore omogeneità dei componenti dell'Unione europea.

Addivenendosi, quanto meno in via di fatto, ad una vera e propria sezione "territoriale" della Corte di Strasburgo – mercé l'unione personale di alcuni suoi membri con quella di Lussemburgo – i due sistemi comincerebbero a compenetrarsi, e non più solo a coesistere; spetterà poi al Consiglio d'Europa, se lo riterrà, di perfezionare il sistema dei collegi interni alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ovvero di delimitare - ai soli rappresentanti provenienti dagli Stati dell'Unione - l'elettorato attivo all'interno della sua Assemblea parlamentare, quando si tratterà di scegliere i giudici appartenenti alle due Corti.

Non è la prima volta che, nella storia costituzionale europea, la composizione mista di alcune Istituzioni è apparsa come l'unico modo per recidere il nodo di Gordio di funzioni inestricabilmente aggrovigliate: l'unione personale<sup>255</sup> in alcune monarchie dell'*Ancien Régime* ha offerto inventiva ad un rimodellamento necessario alla sopravvivenza di realtà

---

*legal affairs and human rights, Need to reinforce the independence of the European Court of Human rights. Introductory memorandum*, 12 novembre 2013, AS/Jur (2013) 34; sull'indipendenza delle Corti nazionali, *European Commission for Democracy through law*, Opinion 663/2012, CDL-AD(2012)001, commentata da K. Kelemen, *The Venice Commission's Opinion on the independence of the Hungarian judiciary*, in *Diritticomparati.it*, 14 maggio 2012.

<sup>255</sup> S.R. Williamson jr., *The Habsburg monarchy after Ausgleich*, in *Historical Journal*, 1978, 21, 2, pp. 429-444. G. Paquette, *The Brazilian origins of the 1826 Portuguese Constitution*, in *European History Quarterly*, 2011, 41, 3, pp. 444-471.

multiformi, dalla coesione precaria. Se il campo dei diritti umani è diventato l'ambito di operatività di uno "strumento costituzionale di ordine pubblico europeo", ci si deve nuovamente porre in una prospettiva di unificazione delle Giurisdizioni: il bandolo del filo di Arianna si è perso con l'ingresso nel dialogo delle Giurisdizioni nazionali (per di più non sempre e non solo supreme o costituzionali, come dimostra il caso di Bergamo); solo attraverso la commistione dei due organi europei si possono risolvere i rapporti tra le Corti e, attraverso essi, sistematizzare i rapporti tra le rispettive procedure.

Se si addivene ad una composizione della Corte di Lussemburgo, coincidente con quella dei giudici nazionali dei paesi Ue che compongono la Corte di Strasburgo, si affronta il problema dal lato dell'Unione, con tutti i vantaggi collaterali che da questa "fusione giurisdizionale" conseguono. In definitiva, la "protezione equivalente" dei diritti umani, a Lussemburgo come a Strasburgo, passa soprattutto per la "comunitarizzazione" della Convenzione: ne trarrebbe giovamento la migliore difesa dello Stato di diritto nei paesi membri dell'Unione. Facendo convergere in un unico "cesto" il debito erariale da condanna – e rimettendolo ai più efficaci sistemi di liquidazione propri dell'Unione europea<sup>256</sup> – si sbloccherebbe, poi, proprio l'effetto deterrente delle sanzioni inflitte allo Stato italiano: in altri termini, pagando veramente le vittime, si creerà una fortissima pressione per rimuovere le cause dell'arretratezza italiana in tema di rispetto della legalità e dei diritti fondamentali.

---

<sup>256</sup> Non occorre ricordare che l'Unione europea è dotata di risorse proprie, per cui (oltre ad essere immensamente più ricca del Consiglio d'Europa) può "aggregare" il flusso finanziario che va in direzione degli Stati membri, per dare esecuzione alle sentenze di condanna pronunciate dalla sua Corte di giustizia. Le sentenze della Corte di Lussemburgo possono comportare pronunce di ottemperanza con imposizione di penali, entrano nel diritto dell'Unione a tutti gli effetti e sono oggetto di provvedimenti di adempimento talmente necessitati che, spesso, vengono previsti direttamente dalle leggi comunitarie (alla stessa stregua dell'esecuzione delle direttive). Sembrerebbe un controsenso: le sanzioni inflitte per il caso di inadempimento al diritto dell'Unione sono assai più fittanti di quelle derivanti dalla violazione della CEDU: cfr. Commissione europea, *Comunicazione sull'applicazione dell'articolo 260, paragrafo 3, del TFUE* (2011/C 12/01). Sulla condanna italiana, nel 2014, per il caso dei precari della scuola, cfr.: Senato della Repubblica, Servizio studi, Nota breve n. 41/2014, *Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 sulla successione dei contratti di lavoro a tempo determinato per il personale docente e ATA della scuola*, dicembre 2014); P. Saracini, *I precari della Scuola e il diritto dell'Unione europea: una decisione della Corte di Giustizia tanto attesa quanto prevedibile*, in *Federalismi.it*, 11 febbraio 2015.

## IL QUESITO NEL REFERENDUM COSTITUZIONALE: LEGGI DI RIFORMA ORGANICA O A CONTENUTO PLURIMO\*

di Vincenzo Coccozza\*\*

**Sommario:** 1. Il referendum del 4 dicembre 2016. – 2. Il problema dell'omogeneità del quesito referendario. – 3. Riforma organica e riforma a contenuti plurimi non collegati. – 4. Una valutazione sulla struttura della legge di riforma costituzionale oltre che sui contenuti?

77

### 1. Il referendum del 4 dicembre 2016.

Il recente referendum costituzionale svoltosi nel dicembre 2016 ha portato all'attenzione, tra tante questioni, quella della omogeneità del quesito referendario.

Come è noto, la questione ha avuto anche un esito giudiziario in quanto va registrata sul punto un interessante decisione (ord. 6-10 novembre 2016) del Tribunale di Milano. Il giudice è stato adito perchè fosse dichiarato il diritto dei ricorrenti a partecipare al referendum indetto con d.p.r. 27/9/2016 in data 4/12/2016 nel rispetto della libertà di voto, in tesi violata dall'eterogeneità del quesito proposto. E ciò previa rimessione alla Corte Costituzionale, ex art. 23 L. n. 87/1953, anche ai fini dell'esercizio dei poteri di sospensione a questa spettanti, della questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, 12, 16 L. n. 352/1970, ritenuti contrastanti con gli artt. 1, 48, 138 Cost., nella parte in cui non prevedono che qualora la legge costituzionale sottoposta a referendum abbia contenuto plurimo, agli elettori debbano essere sottoposti tanti quesiti quanti sono gli articoli o le parti di legge ad oggetto omogeneo.

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

\*\* Professore ordinario di diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.



Anche alla stregua di tale decisione vi sono alcuni elementi ricostruttivi meritevoli di più specifica considerazione, in quanto si possono trarre dagli stessi spunti per un ulteriore ragionamento da condurre sulle caratteristiche del referendum contemplato dall'art. 138 Cost. Come è noto, il problema della omogeneità del quesito referendario, anche costituzionale, è stato da tempo oggetto di attenzione da parte della dottrina.

L'argomento di carattere generale, desumibile dalla giurisprudenza costituzionale sul referendum abrogativo ex art. 75 Cost., secondo il quale l'omogeneità è garanzia della libertà di voto di cui agli artt. 48 e 1 Cost., ha certamente una connotazione riferibile, in linea di massima, a qualsivoglia quesito referendario. Sembra evidente che allorquando la volontà deve esprimersi soltanto con un sì o un no ad una domanda, quest'ultima deve consentire, per come formulata, che vi possa essere una tale risposta secca.

Chi ha valorizzato questo dato è certamente ispirato da esigenze di garanzia tese a tenere in massimo conto la "genuinità" del modo di formarsi della volontà dell'elettore, in senso favorevole o contrario rispetto al quesito proposto.

Questo vale soprattutto nelle ipotesi in cui, nell'unico contenitore di una sola legge costituzionale siano contemplate discipline palesemente diverse.

In un caso del genere, infatti, vi può essere una maniera non trasparente di indirizzare la volontà popolare, in quanto, in una stessa legge costituzionale, vi possono essere, accanto a molte soluzioni condivise, alcune (anche poche di numero, ma rilevanti per il sistema) non volute che, però, vengono accettate proprio per ottenere le prime.

Si tratta di un grande tema che può avere, poi, una ulteriore proiezione applicativa nel denegare la possibilità che l'art. 138 Cost. consenta riforme organiche che, proprio perchè tali, hanno, all'interno di un unico contenitore formale, uno strutturato articolato di disciplina perchè coinvolgono una pluralità di articoli della Costituzione.

## **2. Il problema dell'omogeneità del quesito referendario.**

Ritengo che sul punto occorra compiere una prima osservazione.

La riforma organica non è necessariamente a contenuti disomogenei. Anzi per essere veramente tale, organica cioè nel senso di esplicitare una scelta differente con tutte le necessarie conseguenze normative di una tale scelta, si dovrebbe ravvisare una logica concatenazione fra le disposizioni normative stesse che esprimono il nuovo disegno.

La riforma di più articoli della Costituzione in unico testo senza che si ravvisi un progetto unitario, è quello che, invece, mostra la più evidente disomogeneità del quesito. Ed è in questa ipotesi che il problema si pone, in misura più evidente, in rapporto alla libertà di voto.

A volte anche il titolo della legge può svolgere una sua funzione. Si pensi ai referendum del 2006 e del 2016.

Il primo caratterizzato dal titolo "Modifiche alla Parte II della Costituzione". Esso esprime una volontà di modificare la Parte II con una ispirazione diversa.

Il secondo caratterizzato dal titolo "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del Cnel e la revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione". Se si vuole, già, nel titolo indicato, vi è l'unione di elementi del tutto disomogenei. Questo dato assume una rilevanza concreta in ordine alle conseguenze che se ne possono trarre quanto ad impianto logico per le osservazioni da compiere e le correlate conclusioni.

Per una riforma organica che sia veramente tale, e cioè coinvolgente più articoli della Costituzione, che necessariamente vanno inseriti per rispettare la logica dell'intervento riformatore, il problema dell'omogeneità del quesito referendario non sembra potersi porre.

Si tratta di questione da affrontare in termini diversi e cioè valutando se l'art. 138 Cost. consente o meno interventi di tal tipo a maggioranza assoluta.

Il referendum, però, rimanendo nella logica del vigente sistema regolativo di livello costituzionale, in un caso del genere esprime, forse, in maniera compiuta il ruolo che l'Assemblea costituente ha inteso attribuire. E cioè quella valenza oppositiva che garantisca da modifiche della scelta costituente non condivise.

Anzi la costruzione del referendum, così come ha voluto l'art. 138, senza quorum è la scelta migliore per una verifica sulla "reazione" che il corpo elettorale manifesta sulle modificazioni volute. Che, poi, dal punto di vista sistemico, preso atto della possibilità di un tale intervento riformatore anche sulla base del dato storico, sia auspicabile una maggioranza dei due terzi non è revocabile in dubbio.

Diversamente è da dire per la riforma con contenuti disomogenei, sia essa organica o meno. Insomma, a contenuto plurimo.

In tali casi, infatti, risulta coinvolta direttamente la libertà di voto, perché è inevitabile che scatti un meccanismo di selezione all'interno dell'atto legislativo di livello costituzionale da votare.

Come è evidente, il problema c'è tutto ma per ragionare sull'applicazione di un limite di tal tipo, occorre considerare alcuni aspetti che segnalano le difficoltà di una tale estensione.

### **3. Riforma organica e riforma a contenuti plurimi non collegati.**

Vengono in rilievo alcuni elementi che attengono al quesito referendario e all'eventuale suo controllo, anche tenendo conto della legge 352/70.

A differenza di quello abrogativo, quello costituzionale, come si sa, non è nella disponibilità del corpo elettorale. Mentre, infatti, nell'ipotesi dell'art. 75 Cost., il corpo elettorale attraverso il Comitato dei promotori ha la possibilità più ampia di determinare il quesito e in tale veste si assume la responsabilità, sanzionabile con l'inammissibilità, di dover coinvolgere il voto popolare in maniera consapevole e genuina. Nel caso dell'art. 138 Cost. è il legislatore della revisione a fissare il contenuto di quello che potrà essere il quesito e la sua struttura. Esso può modularsi soltanto nelle forme previste dalla legge 352/70, e cioè (Art. 16) "Il quesito da sottoporre a referendum consiste nella formula seguente: «Approvato il testo della legge di revisione dell'articolo... (o degli articoli ...) della Costituzione, concernente ... (o concernenti ...), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?»; ovvero: «Approvate il testo della legge costituzionale ... concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?»."

Ma non oltre questo.

Un tale elemento si riflette, inevitabilmente, sul possibile controllo.

Escluderei, così, una verifica di ammissibilità da parte della Corte della Costituzionale. E ciò sia per ragioni di rapporto tra gli organi, sia per le modalità di esplicazione del controllo. Così come mi sembrerebbe non fattibile una disciplina da legge ordinaria che imponga un certo tipo di struttura del quesito.

Per quel che concerne il primo punto, è evidente che inserire il controllo da parte della Corte Costituzionale nel circuito decisionale del Parlamento quale organo della revisione costituzionale, determinerebbe una sovraesposizione del giudice delle leggi, coinvolgendolo in un rapporto particolarmente delicato con le Camere. Un controllo che non potrebbe essere di ammissibilità in quanto dovrebbe essere coinvolta la stessa legge costituzionale nella sua struttura normativa in termini di legittimità costituzionale.

Né, invero, appare possibile una disciplina da legge ordinaria che corrisponda allo scopo.

Viene sotto questo aspetto in rilievo la recente decisione del Tribunale di Milano che ha dovuto valutare una questione di una questione di legittimità costituzionale nei confronti della L. 352/1970. Come è noto, la questione ha riguardato gli artt. 4, 12 e 16 di tale legge reputati illegittimi nella parte in cui non prevedono che, qualora la legge costituzionale sottoposta a referendum abbia contenuto plurimo ed eterogeneo, agli elettori debbano essere sottoposti tanti quesiti distinti, a cui l'elettore possa rispondere affermativamente o negativamente, quanti sono gli articoli o la parte della legge che abbiano oggetti omogenei.

Si tratta di una questione di legittimità che comporta almeno due conseguenze.

Una prima sul ruolo dell'Ufficio centrale.

Una seconda sulla ulteriore caratterizzazione del referendum costituzionale.

Per il primo profilo si è ricordato che, come è noto, la L. 352/70 stabilisce che il quesito sia formulato distinguendo legge costituzionale (per la quale occorre indicare il titolo della legge) - legge di revisione (per la quale occorre indicare gli articoli della Costituzione modificati).

Una sottile distinzione che passa attraverso una qualificazione formale dell'atto (legge costituzionale o di revisione) quantomai problematica e dai confini incerti. Basti considerare proprio la fattispecie del 2016 quando il Tribunale ha dovuto ricordare: «l'Ufficio centrale ha avuto modo di affermare che nel caso in esame la legge costituzionale sottoposta a referendum presenta natura "mista", mostrando carattere sia di "legge di revisione costituzionale" da intendersi come legge che modifica il testo di "articoli" della Costituzione, sia di "altra legge costituzionale" da intendersi come legge che modifica un testo normativo di rango costituzionale non presente nella Carta costituzionale e, in via residuale, come legge che non modifica il testo di articoli della Costituzione». E ciò perché il testo normativo ha per oggetto anche il Titolo V della Parte II nonché alcuni articoli di tre diverse leggi costituzionali.

Già questo fa intendere che anche per l'Ufficio centrale vi può essere una complicata posizione da gestire. E come possa essere difficile accettare che sia questo organo ad incidere sull'unità della disciplina normativa riformatrice nella quale la trama di tenuta ha sicuramente una rilevanza politica e di sistema. Il conseguente rapporto con il Parlamento sarebbe molto discutibile e, francamente, non accettabile laddove si ricordi che, per condivisa opinione, è il Parlamento il titolare della funzione di revisione e non può risultare condizionato nelle scelte compiute.

#### **4. Una valutazione sulla struttura della legge di riforma costituzionale oltre che sui contenuti.**

Sul secondo aspetto si può anche argomentare che il giudizio espresso dagli elettori si possa estendere al modo in cui l'intervento riformatore è stato realizzato.

In altri termini, se in uno stesso testo sono inseriti più oggetti, la valutazione dell'elettore può essere non solo e non tanto un giudizio di preponderanza di quanto è condiviso e di quanto non lo è, ma potrebbe essere anche conseguente ad una analisi sulla condivisibilità o meno di strutturare un disegno riformatore, ricomprendendovi tematiche diverse.

Non è un elemento ricostruttivo secondario.

Perché, sotto questo aspetto, un atteggiamento del corpo elettorale contrario a testi di riforma contenenti più elementi di novità anche in contraddizione tra loro, potrebbe rappresentare una sorta di correttivo di sistema. Si potrebbe ottenere, con il timore di un voto referendario contrario, che il Parlamento si autolimiti negli interventi non combinando insieme fattori disomogenei.

A ben pensare una tale correzione nell'impostazione potrebbe anche presentare un ulteriore vantaggio.

Occorre partire da una considerazione. Non vi è dubbio che le risposte ai quesiti referendari attinenti a riforme costituzionali sono difficili perché presuppongono valutazioni tecniche non alla portata di tutti.

L'ultimo referendum del 2016 ne è stata, forse, la più evidente dimostrazione. Ed è, con tutta probabilità, vero che più aumenta la diversità dei contenuti più si manifesta la difficoltà perché è difficile enucleare la finalità dell'intervento. In buona sostanza una riforma organica, ma strutturalmente omogenea nell'ordito normativo che la caratterizza, consente in misura maggiore la comprensione dello scopo riformatore e facilita la risposta al quesito referendario. Sotto un certo aspetto, ci si può avvicinare per altra strada a quella necessità che la domanda referendaria sia tale da non creare nell'elettore la necessità di scegliere nell'incertezza.

D'altro canto l'omogeneità del quesito corrisponde al principio di libertà del voto anche sotto l'aspetto di consentire un voto consapevole nel merito della riforma costituzionale, più di quanto non sia questo necessario nel referendum abrogativo. E ciò per sottrarlo, il più possibile, alla logica del voto politico di schieramento a favore o contro la maggioranza di governo.

E, come si notava, non vi è dubbio che questa consapevolezza è tanto più difficile quanto più ampia è la materia su cui pronunciarsi e più vari sono gli argomenti da conoscere.

Un tema questo che si incrocia inevitabilmente con quello della formazione del voto sul quesito referendario. Al riguardo non vi è dubbio che, nell'attualità, il modo di formazione della volontà è profondamente modificato rispetto al momento in cui l'Assemblea costituente lo ha concepito. La diffusione formidabile dei modi dell'informazione, così difficili da controllare, e la loro possibile manipolazione agevola una forte incidenza sulla decisione direttamente collegata al quoziente tecnico delle risposte da dare ma anche alla disorganicità delle misure inserite in un unico contenitore formale.

Riportare, per quanto possibile, ad una omogeneità di domande è dunque una esigenza presente. Se non si può, come sembra da ritenere, applicare un limite di tal genere da un punto di vista giuridico, occorre utilizzare tutto quanto possibile per ottenere tale risultato, rifiutando il consenso su leggi di tale struttura.

Quanto si è potuto osservare poco sopra sembra facilitare un percorso nel quale, naturalmente, dovrebbe essere la politica a svolgere un ruolo essenziale. In sua assenza non resta che valorizzare quanto possibile per arrivare al traguardo per non snaturare un meccanismo, quello referendario, che sembra essenziale per mantenere l'equilibrio dell'art. 138 Cost.



**Bibliografia**

- G. BUSIA, *Il referendum costituzionale fino al suo debutto: storia di un “cammino carsico” di oltre cinquant’anni*, in *Nomos*, 2003, 2
- G. DE VERGOTTINI, *Referendum e revisione costituzionale: una analisi comparativa*, in *Giur. cost.*, 1994.
- M. DOGLIANI, *Il problema della rigidità e della revisione della Costituzione* in *La Costituzione italiana* a cura di Fioravanti e Guerrieri, Roma, 1998.
- G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, 2001.
- T. GROPPI, *La revisione della Costituzione. Commento all’art. 138*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (cur.), *Commentario della Costituzione*, Torino, 2006.
- M. LUCIANI, *La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca e continuato da Pizzorusso, sub art. 75, Bologna-Roma, 2005.
- A. PACE, *L’instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 1997.
- S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, in *Referendum*, a cura di Luciani e Volpi, Bari, 1992.
- P. PASSAGLIA, *Il referendum costituzionale*, in *L’attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, 3° ediz., a cura di Panizza e Romboli, Pisa, 2006.
- R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell’esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell’art. 138 Cost.*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli De’ Santi*, Milano, 2007.
- A. RUGGERI, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell’ordinamento*, in *Dir. e soc.*, 2005.
- S. STAIANO, *La legge di revisione: crisi e trasfigurazione del modello costituzionale*, in *La garanzia delle opposizioni parlamentari nella democrazia maggioritaria*, a cura di Baldini, Napoli, 2006.
- N. ZANON, *Dopo il referendum: perché modificare l’art. 138 Cost.?*, in *Quaderni cost.*, 2006.

**Abstract:** L'esercizio della libertà di voto e la possibilità di una sua compressione in ragione dell'eterogeneità del quesito referendario sottoposto al vaglio del corpo elettorale, pur annoverata tra le problematiche da sempre oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, è tornata ad assumere particolare centralità in seno alla riflessione gius-pubblicista in conseguenza della consultazione referendaria svoltasi lo scorso dicembre, nell'ambito della procedura di revisione costituzionale volta a riscrivere più parti del testo fondamentale. In particolare, già in ragione del titolo, tale quesito ha fortemente riacceso il dibattito sull'incidenza che, negativamente, può essere esercitata ai danni della volontà referendaria da una riforma dai contenuti disomogenei, quid est a contenuto plurimo. A fronte del possibile svilimento della volontà del corpo elettorale, la ricerca di utili correttivi nel sistema è destinata ad essere infruttuosa. Già sottratto alla disponibilità del corpo elettorale quanto alla sua formulazione, il quesito referendario, in ipotesi di specie, non sembra possa essere assunto ad oggetto di sindacato di ammissibilità da parte della Corte Costituzionale, né tantomeno pare poter essere costretto al rispetto di una certa struttura, a mezzo di una qualsiasi legge ordinaria. Piuttosto, una sorta di correttivo del sistema può rintracciarsi nell'atteggiamento del corpo elettorale, il cui voto, contrario a progetti di riforma di questo tipo, può tradursi in un efficace strumento di valutazione non solo dei contenuti, ma della stessa struttura del quesito in cui si è espresso l'intento riformista.

**Abstract:** The exercise of freedom to vote and the possibility of its compression in the heterogeneity reason of the referendum question under the scrutiny of the electoral body, although counted among the problems has always been the object of particular attention on the part of the doctrine, he has returned to assume particular centrality within the gius-publicist reflection as a result of the referendum held last December, as part of the audit procedure constitutional time to rewrite more parts of particular fondamentale. In text, already in reason for the title, this question has strongly reignited debate about the impact, negatively, may be exercised to the detriment of the referendum will be a reform by uneven content, quid est in multiple content. In view of the possible devaluation of the electorate's will, the search for remedies useful in the system is bound to be fruitless. Already removed from the availability of the electorate as it is worded, the referendum question in the present case, does not seem to be taken to the object of eligibility review by the Constitutional Court, nor seems to be forced to comply with a certain structure, by means of any ordinary law. Rather, a kind of corrective system can be traced in the attitude of the electorate, whose votes, opposed to reform projects of this type, it can result in an effective evaluation tool not only content, but the very structure of the question in which it is expressed reformist intent.

## TEMPO, ECONOMIA E RESPONSABILITÀ TRA «STATO-AMMINISTRAZIONE» E «STATO-GIUDICE»\*.

di Domenico Andracchio\*\*

*Nel godere, si vada lenti;*

*nell'agire, in fretta.*

(Baltasar Gracián y Morales)

87

**Sommario.** 1. Premessa - 2. L'impalpabile sostanza del tempo e la rilevanza del suo decorso nel fenomeno giuridico. Il «termine» come simbolo giuridico del tempo e come misura della qualità dell'azione amministrativa e della funzione giurisdizionale - 3. Il tempo nel procedimento amministrativo e le conseguenze della sua violazione: la responsabilità per «danno da ritardo» e per «mero ritardo» nelle linee guida della Presidenza del Consiglio dei Ministri e negli insegnamenti della giurisprudenza amministrativa - 4. Le ricadute dei ritardi della pubblica amministrazione sul sistema economico. Il «tempo – bene della vita» come categoria volta ad accordare maggiore tutela all'esercizio della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. La dibattuta ammissibilità del tempo come bene della vita ex se giustiziabile - 5. Il tempo nel processo amministrativo e le conseguenze della sua violazione: la responsabilità da irragionevole durata del processo alla luce della legge Pinto. I ritardi derivanti dalle imprevedibili dinamiche della fase dell'ottemperanza. I criteri elaborati dalla giurisprudenza europea ai fini della determinazione della durata irragionevole del processo - 6. La negata cumulabilità dei ritardi nel procedimento e nel processo amministrativo nei più recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale. Il distinguo tra procedimenti amministrativi ante e post legge sul procedimento amministrativo: la sostenuta rilevanza del fattore temporale soltanto in presenza di una norma giuridica che prescriva un termine di conclusione del procedimento - 7. Le argomentazioni sviluppate dalla giurisprudenza nazionale: ambigue, ma (tendenzialmente) compatibili con la sussumibilità del procedimento amministrativo nell'art. 6 CEDU e nella L. n. 89/2001. Critica: la contrarietà delle interpretazioni di segno opposto agli insegnamenti della Corte EDU, nonché alla dimensione «processualizzata» del moderno procedimento amministrativo e la ignorata correlazione tra il diritto ad una buona amministrazione, il diritto ad un ricorso effettivo con il diritto allo sviluppo - 8. La regola della legge che dispone per l'avvenire e la sua «eclissi» in materia di diritti fondamentali. La natura atemporale dei diritti dell'uomo e la loro possibile tutela retroattiva quando sussista un'adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si violino altri valori costituzionali. La più autorevole «testimonianza storica» della tutela retroattiva dei diritti fondamentali nel processo di Norimberga - 9. Dal fondamento costituzionale del «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» alla atemporalità dello stesso quale base giustificativa dell'applicazione retroattiva dell'art. 2 della L. n. 241/90: l'irrelevanza della distinzione tra procedimenti amministrativi ante e post L. n. 241/1990 - 10. L'applicazione diretta dell'art. 6 CEDU da parte dei giudici nazionali e la necessità di seguire le indicazioni interpretative della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: la tutela multilevel dei diritti fondamentali. Dalle prime incertezze all'unanimità di vedute da parte della dottrina e della Corte costituzionale italiana nelle sentenze nn. 348/2007 e 349/2007. I primi più importanti casi di applicazione diretta dell'art. 6 CEDU ad opera dei giudici ordinari e amministrativi - 11. Considerazioni conclusive.

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Cultore della materia in Giustizia amministrativa – Università della Calabria.

## 1. Premessa.

La «burocrazia» che sovrintende all'esercizio delle moderne funzioni amministrative e giurisdizionali è flemmatica e macchinosa. L'origine semantica del termine deriva dal francese *bureaucratie*, il quale, composto dall'astratto *cratie* (potere) preceduto da *bureau* (ufficio pubblico), assume il significato di «ufficio pubblico detentore di prerogative dal cui esercizio discende il dispiegamento di una forza». Uno dei più autorevoli studiosi del fenomeno burocratico è stato Max Weber, le cui ricerche, pur non avendo portato alla elaborazione di una precisa definizione di burocrazia, gli hanno consentito, nondimeno, di coglierne i tratti maggiormente caratterizzanti.

Il noto sociologo tedesco ha, infatti, affermato che, almeno in linea teorica, ogni apparato burocratico si caratterizza: per essere governato dal principio di gerarchia, in forza del quale ogni funzionario è responsabile nei confronti del suo superiore per tutte le decisioni prese da lui e dai suoi inferiori; per l'esistenza di un sistema formale di regole stabili volte a garantire il raggiungimento di una uniformità di azioni e decisioni; per essere le sue azioni vincolate da una serie di regole mutuamente riconosciute; per la presenza di una puntuale divisione del lavoro, nonché di un elevato livello di specializzazione e di qualificazione tecnica del personale dipendente nonché dall'impersonalità delle relazioni esterne, la quale impedisce l'interferenza dei sentimenti nell'assolvimento razionale dei doveri d'ufficio<sup>257</sup>. Insomma, gli apparati burocratici sarebbero delle macchine perfette ed infallibili per la gestione di quel potere finalisticamente orientato alla cura concreta di interessi superindividuali. Le discettazioni di matrice weberiana sono state sottoposte, tuttavia, a numerose revisioni di ordine critico emerse, impetuosamente, per via del fatto che le organizzazioni burocratiche, anziché configurarsi come meccanismi di rapida ed efficiente gestione degli interessi generali, sono sempre più spesso causa di ritardi e lentezze pregiudizievoli per l'intero tessuto sociale ed economico.

A tal riguardo è stato scritto che «le analisi weberiane finiscono col sottostimare l'impatto che sia l'opportunismo (in genere l'uomo tende a perseguire il proprio interesse e non quello del superiore o dell'organizzazione) sia le asimmetrie informative degli uffici apicali (il superiore

<sup>257</sup> WEBER M., *The Theory of social and economic organization*, New York, 1964, pp. 26 ss.

non ha modo di controllare in ogni momento l'azione del suo subordinato) sortiscono sul funzionamento delle organizzazioni burocratiche»<sup>258</sup>. E in effetti non pare possa residuare alcun dubbio in ordine al fatto che la prassi amministrativa italiana disvela come la burocrazia attraverso la quale viene organizzato l'esercizio del potere di *gubernaculum* e di *iurisdictio* sia lenta (forse davvero troppo) nel conseguire i fini per i quali l'organizzazione stessa è preposta. Orbene, la concezione tradizionale dei rapporti esistenti tra la burocrazia deputata all'esercizio della funzione amministrativa e quella deputata all'esercizio della funzione giurisdizionale suggerisce di considerare i ritardi di cui le stesse si rendono responsabili come entità separate e incomunicabili: i ritardi delle pubbliche amministrazioni *strictu sensu* non presenterebbero alcun collegamento, né funzionale né strutturale, con quello degli uffici chiamati a comporre le vertenze tra consociati nonché tra questi e i soggetti pubblici. Trattasi di una soluzione che sembra aver trovato usbergo giuridico anche nei più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità chiamata ad occuparsi della questione concernente la possibilità o meno di computare i ritardi del procedimento amministrativo che determinano, a loro volta, una durata irragionevole della vicenda processuale. La Corte di cassazione, invero, dopo aver mostrato una certa diffidenza nel ricondurre il procedimento amministrativo nell'orbita della legge n. 89/2001 e dell'art. 6 CEDU, è giunta a sostenere una discutibile distinzione tra procedimenti amministrativi ante e post L. n. 241/1990: mentre i ritardi nella conclusione degli ultimi assumerebbero rilevanza giuridica perché si tratta di procedimenti iniziati quando nell'ordinamento italiano era ormai contemplato l'obbligo di concludere i procedimenti stessi entro un preciso termine (art. 2 L. n. 241/90), i ritardi registratisi nei secondi, per l'opposta ragione, sarebbero privi di qualsivoglia rilevanza. Nelle prime battute di questo saggio verrà dedicata attenzione alla rilevanza che il tempo ha nel diritto (specificamente nel diritto amministrativo), per poi soffermarsi su quelli che sui principali profili connessi alle ricadute che la responsabilità dello Stato per l'irragionevole durata del procedimento amministrativo (artt. 2 e 2-bis L. n. 241/1990) e del processo (L. n. 89/2001) sono idonei a produrre sul sistema economico nazionale. L'igneus coris attorno al quale si svilupperà l'indagine è plasticamente riassumibile nelle due seguenti domande: i ritardi procedurali registratisi prima dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo hanno rilevanza giuridica? in caso affermativo, può essere ammessa la loro

---

<sup>258</sup> BROSIO G., Introduzione all'economia dell'organizzazione, Roma, 1996, p. 64. In tema di burocrazia non può non essere menzionata anche l'opera di MELIS G., La burocrazia, Bologna, 1998

«cumulabilità» con i ritardi registratisi nel processo successivamente instaurato?

Muovendo dall'assunto che il tempo costituisce un «bene della vita» autonomamente giustiziabile e che la L. n. 89/2001, unitamente all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si atteggiano a congegni normativi che, letti alla luce dell'interpretazione offertane dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Strasburgo, possono ricomprendere nel loro ambito di applicazione anche i ritardi del procedimento amministrativo, si giungerà ad affermare che il dibattuto «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» deve considerarsi una situazione soggettiva avente rilevanza costituzionale: si tratta, cioè, di uno degli innominati diritti inviolabili previsti dall'art. 2 Cost. che, in quanto espressione di «valori senza tempo», necessita di una tutela disancorata dal classico criterio della irretroattività della legge. Di talché, con l'intento di dimostrare la fragilità degli ultimi approdi cui sembra essere giunta la giurisprudenza di legittimità, verranno indicate due possibili strade (alternative) per fare in modo che i ritardi del procedimento amministrativo possano essere computati con quelli del correlato processo: l'applicazione retroattiva dell'art. 2 della L. n. 241/1990 e l'applicazione diretta dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il tutto con l'obiettivo finale di dimostrare che la determinazione dell'irragionevole durata del processo mediante la cumulativa computazione dell'irragionevole durata del procedimento può configurarsi come un'adeguata strategia dello «Stato-compensatore» capace di influire, senza eccessive ingerenze, sull'equilibrato sviluppo dell'economia nazionale e, ancor più, sull'attrazione di investimenti stranieri.

## **2. L'impalpabile sostanza del tempo e la rilevanza del suo decorso nel fenomeno giuridico. Il «termine» come simbolo giuridico del tempo e come misura della qualità dell'azione amministrativa e della funzione giurisdizionale.**

La realtà sociale all'interno della quale vivono e agiscono gli uomini assieme ai «non umani abitanti del Pianeta»<sup>259</sup> (tra i quali rientrano le pubbliche amministrazioni) è influenzata dall'inesorabile decorso del tempo. Ogni attività e vicenda umana è assoggettata, in un modo o nell'altro, al tintinnio che scandisce lo scorrere delle ore, dei giorni, dei mesi e degli anni: lo

---

<sup>259</sup> È questa la felice espressione impiegata per definire le persone giuridiche da GALGANO F., Persona giuridica, in Dig. disc. priv., sez. civ., Vol. XIII, Torino, 1995, p. 393.



scorrere del tempo. In tutte le occasioni in cui ci si trova ad affrontare una tematica connessa al fenomeno “tempo” non si può fare a meno di avvertire le enormi difficoltà che si incontrano nel tentativo di fornirne una definizione: che cos’è il tempo? come può essere definito? Si tratta di quesiti sicuramente leciti, ma ai quali non è consentito dare una risposta; perlomeno una risposta univoca. Il tempo «non ha nessuna divisione visibile che ne segni il passaggio, non una tempesta con tuoni, né squilli di tromba che annuncino l’inizio di un nuovo mese o di un nuovo anno» (Thomas Mann), ed è per questo che ci si trova dinanzi al «più grande e più antico di tutti i tessitori, la cui fabbrica è un luogo segreto, il suo lavoro silenzioso, le sue mani mute» (Charles Dickens).

Nessuno è in grado di dare al tempo un viso, una forma, un colore od anche solo una fragranza. Al più, siamo capaci di associare ad alcune frazioni di tempo un viso, una forma, un colore o un odore, ma si tratta, all’evidenza, di qualcosa di profondamente diverso e più semplice del capire cos’è il tempo. È, probabilmente, al mistero connesso alla sua impalpabile esistenza che devono attribuirsi lo straordinario interesse ed i significativi sforzi che i più grandi pensatori delle diverse discipline hanno dedicato allo studio e quindi alla comprensione del tempo<sup>260</sup>.

<sup>260</sup> 4 Una suggestiva ed originale ricostruzione di taglio storico e filosofico è contenuta in SANDULLI M.A., Il tempo del processo come bene della vita, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, pp. 6 ss., ove è dato leggere che «la filosofia classica distingueva significativamente tra *chronos* che è il tempo «cronologico» e *kairos*, che è il tempo degli atti, delle scelte e delle passioni. Il tempo del cronografo, legato alla definizione datane da Aristotele nel IV libro della “Fisica” e secondo la quale il tempo sarebbe “il numero del movimento secondo il prima e il poi”, è infatti un tipo di tempo “esterno”, ovvero un tempo che prescinde dalla percezione intima che invece l’uomo ha dello scorrere della vita e della storia e che sarebbe riduttivo identificare nel mero passare di ore, anni, secoli. Le tradizionali dimensioni del tempo (passato, presente e futuro) finiscono infatti spesso per confondersi. Gli studi post-aristotelici si sono perciò rivolti alla ricerca di un tempo “interno”, in cui lo stesso S. Agostino vede una “dimensione dell’animo”, fino agli esiti radicali del pensiero del novecento, espressi nelle parole dello scrittore Hanif Kureishi: “Viviamo tutti contemporaneamente”. Anche i grandi poeti e scrittori sono stati spesso ammaliati dal fenomeno del tempo: nella letteratura antica possiamo esemplificativamente ricordare il poema didascalico “Le opere e i giorni” di Esiodo, che indica all’uomo i tempi giusti del lavoro agricolo, o il più noto “Carpe Diem” di Orazio, mentre a nessuno sfugge la particolare prospettiva sul tempo offerta da Seneca nel “De brevitate vitae”. Anche Dante si sofferma sul tempo, mostrandone nella Divina Commedia una concezione ciclica. La caducità del tempo attrae nuovamente Foscolo (nella poesia “Alla sera”) e Leopardi (nelle “Operette morali” e nell’indimenticabile carne dedicato a “L’infinito”). Al

«rumore del tempo» Giacomo Manzoni ha dedicato la sua opera musicale, nella quale ha inteso contrapporre il tempo effimero del nostro quotidiano con il silenzio dell’universo. Nel Novecento, tra gli altri, mi tornano alla mente soprattutto le poesie di Giuseppe Ungaretti nella raccolta “Sentimento del tempo” e il romanzo “La coscienza di Zeno”, in cui Italo Svevo disegna nel tempo narrativo la confessione di un’inettitudine. Numerosi, naturalmente, anche i riferimenti nella letteratura straniera. I primi vanno a Marcel Proust (“La ricerca del tempo perduto”), a Charles Baudelaire (che nella poesia “Ubriacatevi” canta la fuga dal grave peso dello scorrere del tempo affogandolo nel vino), al notissimo “Ulisse” di James Joyce, ma anche a “Il peso del tempo” di Lutz Seiler, ai racconti visionari di Jorge Luis Borges, come alla sua “Nuova confutazione del tempo” (che ripercorre il concetto di tempo nella filosofia classica, da Platone a Schopenhauer), alle elegie di Anna Achmatova nella struggente raccolta “La corsa del tempo” e al saggio di Margherite Yourcenar “Le temps c’est grand sculpteur”, che rappresenta il tempo nella

L'unico dato certo di cui si dispone è che il tempo (comunque lo si intenda definire e da qualunque prospettiva lo si voglia osservare) esiste e, come se non bastasse, incide, talvolta anche in modo assai significativo, sulle sorti di cose e persone. Non lo si può definire, ma esso comunque esiste; è questo quello che intendeva affermare Sant'Agostino d'Ippona quando alla domanda "che cos'è il tempo?" rispondeva molto semplicemente: "se nessuno me lo domanda, lo so. Se voglio spiegarlo a chi me lo domanda, non lo so più". La prova irrefutabile della sua esistenza è principalmente offerta dagli effetti e dalle conseguenze (questi sì tangibili) che dal tempo promanano. A seconda di quale sia l'entità soggetta al decorso del tempo, possono osservarsi effetti migliorativi (il sapore del vino che migliora con il passare degli anni) ovvero peggiorativi (il processo di invecchiamento delle persone che si registra ad ogni compleanno).

Assunto che il tempo esiste e dev'essere considerato un «elemento naturale di primario rilievo»<sup>261</sup> idoneo, come tale, ad assolvere una funzione di «parametrazione di qualsiasi vicenda umana»<sup>262</sup>, occorre comprendere quale è la rilevanza specifica che esso assume nell'ambito di quel fenomeno umano deputato alla regolazione dei fatti e degli atti umani: il diritto. Le «vicende temporali hanno una notevole importanza nell'ambito del diritto, non foss'altro che il tempo è considerato come misura necessaria alla certezza del diritto o meglio alla certezza delle situazioni giuridiche»<sup>263</sup>. Non è un caso che la dottrina, nell'esaminare la relazione inestricabile che esiste tra tempo e diritto, sia giunta ad affermare che «il tempo (nella sua accezione di scansione dei

---

duplice veste di falce distruttrice e di forza creatrice, che modella il divenire del mondo. Naturalmente, la massima attenzione al fattore temporale è stata tradizionalmente dedicata dai filosofi. Ricordiamo tutti i paradossi con cui Zenone sfidava in modo provocatorio la nozione comune di tempo (tra cui il notissimo fenomeno di Achille che non raggiunge mai la tartaruga). Platone, in termini opposti ad Aristotele, descriveva invece il tempo come "l'immagine mobile dell'eternità". Di grande interesse, anche la contesa tra Newton e Leibniz, sul tempo assoluto: mentre il primo, coglieva il tempo, come lo spazio, come un contenitore di eventi, Leibniz riteneva che tanto il tempo che lo spazio fossero un apparato concettuale che descriveva le interrelazioni tra gli eventi. Le riflessioni sul tempo hanno avuto poi una svolta radicale con gli studi di Kant e con la "Fenomenologia dello spirito" di Hegel, a sua volta radicalmente sconfessata da Nietzsche. Un importante contributo si deve pure al filosofo francese Henri Bergson, che nel "Saggio sui dati immediati della coscienza" osservava che il tempo della fisica non coincide con quello della coscienza. Il tempo della prima infanzia è, ancora, al centro delle teorie sulla psicanalisi di Sigmund Freud. Fondamentali studi sul tempo sono stati svolti, inoltre, su posizioni tra loro antitetiche, da Edmund Husserl, da Heidegger e da Lévinas, mentre è sicuramente degna di nota l'idea che Hannah Arendt ha del presente, che ricostruisce come una "lacuna del tempo", in cui sembra non esserci spazio né per la memoria, né per la storia e che manifesta la sua esistenza solo nel momento in cui si pensa. Le citazioni potrebbero essere naturalmente molto più numerose. La temporalità è del resto categoria imprescindibile della storia degli uomini. Senza il tempo non è possibile leggere i fatti come storia e valutarli nella loro esatta dimensione. Nella società moderna, il tempo è inteso come un bene economico, ma anche come misura della qualità della vita, una risorsa scarsa a valore unico, non moltiplicabile e non replicabile».

<sup>261</sup> TALICE C., Diritto amministrativo, Rimini, 2008, p. 150.

<sup>262</sup> CAPONIGRO R., Il tempo come bene della vita, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2014, p. 1.

<sup>263</sup> COCA S.S., Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005, p. 14.

ritmi dell'agire) e il diritto (quale regola dell'agire) sono fatti della stessa sostanza»<sup>264</sup>. Ciò in quanto il diritto, senza vincoli temporali, subirebbe uno svuotamento così profondo e radicale che potrebbe financo perdere la sua stessa ragione d'esistere. Se si osserva con attenzione la pluralità degli istituti contemplati nel nostro ordinamento giuridico, non si può far a meno di notare che sono esposti alle influenze connesse al trascorrere del tempo, al punto che, se così non fosse, risulterebbero del tutto inidonei ad assolvere le funzioni ad essi attribuite dalla legge o dai soggetti interessati; questo vale tanto per il diritto civile quanto per il diritto amministrativo.

Guardando a talune delle categorie generali del diritto civile, si fa presto a prendere contezza di un tale dato: così il contratto, che per poter avere e conservare carattere vincolante necessita di un tempo entro cui deve avvenire l'adempimento delle obbligazioni che da esso scaturiscono, dal momento che un «vincolo senza scadenza è negazione della stessa doverosità del condotta»<sup>265</sup>; la responsabilità (segnatamente quella per inadempimento), che può sorgere soltanto laddove sia fissato un termine per l'adempimento e questo non sia rispettato; i diritti reali di godimento (usufrutto, enfiteusi, servitù temporanee, etc.), i quali riconoscono ad un soggetto diverso dal proprietario il diritto di esercitare talune prerogative dominicali solo per un determinato periodo di tempo; le persone fisiche, che acquisiscono la capacità di agire soltanto nel momento in cui compiono diciotto anni d'età, nonché la prescrizione e la decadenza, le quali comportano l'estinzione di una situazione soggettiva al decorso di un determinato periodo di tempo.

Sebbene la civilistica abbia dedicato maggiore attenzione alle conseguenze connesse al tempo, non è dubbio che questo gioca un ruolo fondamentale anche nel diritto amministrativo. Nel compiere la medesima operazione fatta poc'anzi con riferimento al diritto civile, si giunge all'analoga conclusione che, anche nel diritto amministrativo, non è consentito ignorare le conseguenze connesse al decorso del tempo. Premesso che buona parte delle richiamate categorie generali del diritto civile trovano applicazione anche nel diritto amministrativo<sup>266</sup>, per avere idea

<sup>264</sup> AGRIFOGLIO S., Tempo e diritto. Una introduzione, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2008, p. 4.

<sup>265</sup> PERLINGIERI P., Manuale di diritto civile, Napoli, 2014, p. 246.

<sup>266</sup> Sullo studio delle "influenze" che le categorie del diritto comune ha esercitato e continua ad esercitare sul diritto amministrativo, la bibliografia è sterminata. Tra i vari contributi si rinvia a: CAMMEO C., I contratti della pubblica amministrazione, Firenze, 1937; AMORTH A., Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato, in Arch. dir. pubbl., 1938, pp. 455 ss.; ROMANO S.A., L'attività privata degli enti pubblici, Milano, 1979; MARZUOLI C., Principio di legalità e attività di diritto privato della P.A., Milano, 1982; GRECO G., I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica, Milano, 1986; BERTI G., Principio contrattuale nell'amministrazione pubblica, in Jus, 1987, pp. 140 ss.; BENEDETTI A., I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune, Torino, 1999; NAPOLITANO G., Pubblico e privato nel diritto amministrativo, Milano, 2003; CERULLI IRELLI V., Note critiche in tema di attività amministrativa secondo

della (ormai) massiccia influenza che il tempo esercita sull'azione amministrativa è sufficiente pensare al procedimento amministrativo, il quale deve concludersi entro un determinato periodo di tempo; all'autotutela amministrativa, che consente alla p.a. di demolire una precedente decisione soltanto entro un tempo ragionevole; alla responsabilità da “mero ritardo”, la quale rappresenta una forma di responsabilità (propria del diritto amministrativo) che sorge in capo alla p.a. per il sol fatto che non sia stato rispettato il termine fissato per la conclusione del procedimento amministrativo; ai servizi pubblici, che, nel dover essere conformi agli standard fissati nelle carte dei servizi, devono essere (tra l'altro) erogati in maniera tempestiva.

Ciò posto, il “simbolo” usato nel diritto al fine di rendere riconoscibile la volontà di attribuire rilevanza al tempo è il termine<sup>267</sup>. Questo – com'è noto - è un avvenimento «futuro» e «certo» a partire dal quale (termine iniziale) o entro il quale (termine finale) debbono prodursi determinati effetti oppure compiersi determinati atti giuridicamente rilevanti. Se ne ricava che il termine è «uno strumento di identificazione temporale, che isola e fissa un particolare momento del tempo come entità astratta, rendendo tale momento concreto, percettibile, e rilevante per determinati fini»<sup>268</sup>. Mediante il termine viene schiarito (e non di poco) quell'alone di mistero che avvolge il tempo; quest'ultimo è reso più controllabile attraverso il primo. Per vero, il termine rappresenta l'indice tecnico-cronografico mediante il quale l'entità astratta e sfuggente del tempo diventa più tangibile; attraverso il termine si giunge a calcolare (seppure su base convenzionale) lo scorrere del tempo nel mondo del diritto.

È con il termine che il tempo può essere calcolato. Il calcolo del tempo può avvenire o con il c.d. metodo naturale, mediante il quale si dovrebbe calcolare lo scorrere del tempo di “momento in momento”, ovvero con il c.d. metodo civile, in forza del quale il calcolo viene effettuato tenendo conto non del momento, bensì del giorno: si parte dalle ore ventiquattro di un giorno e si conclude alle ore ventiquattro del giorno successivo. Ma se il più valido metodo di calcolo è quello civile, non può essere sottaciuto che ai fini del calcolo del tempo occorre un “calendario”: un documento

---

moduli negoziali, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 247 ss.; BUSCEMA S. – BUSCEMA A. - RAFFAELE R., *I contratti della pubblica amministrazione*, Roma, 2008; CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

<sup>267</sup> Oltre che nella manualistica tradizionale che qui si evita di richiamare, considerazioni interessanti sul tema si rinvencono in TALICE A., *Termine* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pp. 221 ss.; DI MAJO A., *Termine* (dir. priv.), ibidem, 1992, pp. 188 ss.; TRIMARCHI V. M., *Termine* (dir. civ.), in *Nov. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pp. 95 ss.

<sup>268</sup> SUCK N.W.M., *L'articolo 2 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 ed il termine nel procedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2004, p. 7

tabellare nel quale sono fissati i riferimenti convenzionali (giorni, mesi ed anno) da prendere in considerazione al fine di avere consapevolezza dello scorrere del tempo e, quindi, riuscire a scansionarne (ciascuno nell'ambito delle dinamiche della propria vita e delle proprie attività) le frazioni in modo corrispondente, appunto, ai riferimenti convenzionali riportati nel calendario. Nel nostro Paese è in uso il calendario gregoriano (promulgato da Gregorio XII nel 1582) e, sulla base di esso, trovano applicazione le regole generali dettate nell'art. 2963 c.c. per il calcolo dei termini. Dal momento che «l'arco temporale in cui le attività sono svolte misura, tra le altre cose, la qualità sia dell'azione amministrativa sia della funzione giurisdizionale, al punto che la durata della formazione e della conseguente manifestazione del potere pubblico assume pregnante rilievo nella disciplina del procedimento amministrativo e nella conseguente eventuale responsabilità risarcitoria o indennitaria dell'amministrazione inadempiente, nonché nello svolgimento della funzione giurisdizionale in quanto dalla durata del processo possono derivare effetti sostanziali incidenti sull'esercizio dei pubblici poteri e sulla tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti nel rapporto amministrativo in contestazione»<sup>269</sup>, è bene specificare che la finalità in relazione alla quale il "tempo" viene preso in considerazione in questa sede è quella di capire se le conseguenze derivanti dai ritardi registratisi nella conclusione del procedimento amministrativo e del processo possano essere considerati cumulabili. Prima di affrontare siffatto specifico profilo connesso al decorso (inutile) del tempo, sembra opportuno procedere ad una preliminare ricostruzione della disciplina del tempo nel procedimento amministrativo e nel processo e, di conseguenza, alla comprensione delle implicazioni patologiche ad esso connesse.

**3. Il tempo nel procedimento amministrativo e le conseguenze della sua violazione: le responsabilità per «danno da ritardo» e per «mero ritardo» nelle linee guida della Presidenza del Consiglio dei Ministri e negli insegnamenti della giurisprudenza amministrativa.**

Nell'esercitare la sua attività di cura concreta degli interessi pubblici, la pubblica amministrazione è tenuta all'osservanza della legge (c.d. principio di legalità), tant'è che, in un ordinamento democratico, un potere è tanto più distante dal potere essere qualificato sovversivo

---

<sup>269</sup> CAPONIGRO R., op. cit., p. 2.

e sedizioso quanto più la legge ne disciplini ogni specifico dettaglio. Com'è stato incisivamente osservato, «il potere senza diritto è cieco e il diritto senza il potere è vuoto»<sup>270</sup>. Dal principio di legalità che, in ossequio all'art. 97 Cost., deve informare tanto l'organizzazione quanto l'azione dei poteri pubblici, discende che la p.a., lungi dall'assumere scelte arbitrarie, è tenuta ad agire nel rispetto dei contenuti e dei confini stabiliti dalla legge che le riconosca quel determinato potere<sup>271</sup>. La legge che disciplina l'esercizio del potere amministrativo tende a regolare gli aspetti più significativi di esso e tra questi rientra il tempo entro il quale la pubblica amministrazione è obbligata a concludere il procedimento.

L'ordinamento giuridico italiano è stato privo, per lungo tempo, di una disciplina generale del tempo dell'azione amministrativa. Sebbene esistessero delle frammentate e scoordinate discipline di settore volte a regolare la tempistica di taluni procedimenti amministrativi, l'idea che imperava nella mente del legislatore era quella di considerare il tempo come un fattore organizzativo avente una rilevanza esclusivamente interna. La prospettiva dalla quale valutare l'incidenza del tempo sull'esercizio della funzione amministrativa è venuta a mutare profondamente all'indomani dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, il cui ingresso nel nostro ordinamento giuridico italiano è stato percepito, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, come un «fattore rivoluzionario nella tradizione di diritto amministrativo»<sup>272</sup>.

È l'art. 2 di tale legge ad aver positivizzato – come noto – l'obbligo della pubblica amministrazione di concludere ogni procedimento di sua competenza mediante un provvedimento amministrativo adottato tempestivamente. La dottrina non ha comunque tardato a qualificare tale disposizione come «uno dei pilastri della legge n. 241/1990, dal quale trae

<sup>270</sup> BOBBIO N., *Diritto e potere*. Saggi su Kelsen, Napoli, 1992, p. 73.

<sup>271</sup> Quanto al significato da attribuire al principio di legalità, GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*. Parte generale, Vol. I, Milano, 2013, p. 2, dopo aver precisato che è bene distinguere tra legalità in senso formale e legalità in senso sostanziale, afferma che «il primo concetto evoca la necessità che la singola azione amministrativa sia prevista dalla legge. Il secondo concetto è più pervasivo, perché richiede che la legge indichi anche criteri, condizioni e limiti dell'azione amministrativa». Tra i più significativi contributi dedicati al principio di legalità si veda: SATTA F., *Principio di legalità e amministrazione democratica*, Padova, 1969; FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, pp. 659 ss.; RESCIGNO U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 259 ss.; ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 111 ss.; SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001; CIMELLARO L., *Il principio di legalità in trasformazione*, in *Dir. e soc.*, 2006, pp. 107 ss.; MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; CORSO G., *Il principio di legalità nell'ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, 2010, pp. 1009 ss.; BARTOLINI A. – PIOGGIA A., *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in RENNA M. – SAITTA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 79 ss.

<sup>272</sup> VIOLA L., *I danni cagionati dallo Stato, dalla pubblica amministrazione e dal fisco*, Milano, 2008, p. 391.



origine la doverosità dell'attività amministrativa da intendersi, innanzitutto, come doverosità di iniziare il procedimento e quindi doverosità nell'esercizio del potere; poi, come doverosità nella conclusione del procedimento; quindi, come doverosità nella assunzione e di conseguenza nella consumazione del potere; infine, come doverosità nella soddisfazione, ove possibile e ove legittima, delle pretese e delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati »<sup>273</sup>. Dal momento che la pubblica amministrazione è obbligata a concludere il procedimento amministrativo attraverso la adozione di un «provvedimento tempestivo», si profilano come del tutto dirimenti le considerazioni di quell'autorevole dottrina che, nell'evidenziare la rilevanza esterna che il tempo è ormai venuto ad assumere nell'attività amministrativa, ha chiarito che «l'art. 2 della legge n. 241, in quanto contiene una norma di rango primario che esplica la sua efficacia nella direzione di accrescere le garanzie del cittadino la cui sfera giuridica è incisa (favorevolmente o sfavorevolmente) dall'atto conclusivo del procedimento amministrativo, attribuisce al termine del procedimento non solo la funzione di scandire, sotto il profilo temporale, l'attività della pubblica amministrazione nell'interesse prevalente di quest'ultima, ma anche il senso più pregnante di elemento che concorre a definire l'assetto dei rapporti tra la pubblica amministrazione e destinatario del provvedimento in funzione preminente di tutela degli interessi di quest'ultimo»<sup>274</sup>. Per il tramite dell'art. 2 della L. n. 241/1990, la lentezza e le lungaggini dell'apparato burocratico di cui si compone l'organizzazione della pubblica amministrazione finiscono per avere una rilevanza non esclusivamente endogena: alla violazione del paradigma costituzionale del «buon andamento» non fa più semplicemente seguito l'attivazione di meccanismi di repressione disciplinare nei confronti del personale negligente

<sup>273</sup> POLICE A., Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto, in SANDULLI M.A. (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2010, pp. 228 ss., il quale afferma, tra l'altro, che «la doverosità dell'azione amministrativa e dei suoi tempi rappresenta una peculiare declinazione del principio di legalità. Del resto, se è vero l'assunto secondo cui il cittadino a fronte dell'amministrazione non è più il cittadino-suddito, quel suddito che vede nella legalità l'unico limite all'esercizio del potere (inteso come argine della legge contro il suo abuso o il suo arbitrario esercizio), ma è invece un soggetto partecipante della funzione pubblica che si esercita attraverso il potere amministrativo, la legalità non è più soltanto limite negativo all'esercizio del potere, ma diventa anche e soprattutto affermazione in positivo dell'obbligo di esercitare quel potere e di esercitarlo in un tempo utile (o se si vuole, ragionevole). Una acquisizione, quest'ultima, che ha origini antiche nel nostro panorama dottrinario e che già in anni lontani intravedeva la possibilità (o meglio, postulava la necessità), nella "relazione di interessi" tra soggetti privati e pubblica Amministrazione, di un "obbligo giuridico di prendere un dato provvedimento". La legalità, quindi, oltre che essere intesa come garanzia esterna o vincolo esterno all'esercizio del potere, può essere collegata alla doverosità dell'azione amministrativa nel tempo, in relazione alla quale, appunto, il cittadino si pone come soggetto interlocutore dell'amministrazione sulla base di un rapporto che è fondato su doveri e obblighi reciproci».

<sup>274</sup> CLARICH M., Termine del procedimento e potere amministrativo, Torino, 1995, p. 124.



(cioè colpevolmente lento). Su questa via, la mancata osservanza dei termini di conclusione del procedimento non poteva non essere riconosciuta come “giustiziabile” dagli amministratori. Oggi, infatti, tutte le volte che la pubblica amministrazione non concluda tempestivamente il procedimento amministrativo di sua competenza viene ad incardinarsi nella sfera soggettiva degli amministratori un «diritto patologico» ad ottenere la riparazione dei pregiudizi, di vario ordine e natura, patiti proprio a causa della ritardata adozione del provvedimento conclusivo.

L'esperienza italiana dimostra che l'osservanza dei termini di conclusione del procedimento è evenienza alquanto rara: «da oltre venti anni, il problema dei tempi lunghi dell'amministrazione e delle conseguenze negative che questi producono sull'economia pubblica e privata forma oggetto di indagini numerose e di altrettanto numerose norme. Istituti di ricerca nazionali e internazionali, amministrazioni pubbliche, associazioni rappresentative delle imprese hanno fornito, nel corso degli anni, quantificazioni dei costi che una amministrazione lenta comporta per le imprese e la finanza pubblica. Dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, poi, il legislatore ha fatto uso di una varietà di tecniche per ridurre i tempi delle decisioni amministrative. Ma le tante correzioni che, in quasi venticinque anni, hanno subito le norme della legge n. 241/1990 sul termine di conclusione dei procedimenti, la conferenza dei servizi, il silenzio assenso e la dichiarazione di inizio di attività, rappresentano un indizio significativo dell'impotenza degli sforzi intrapresi: il parlamento detta norme che non sortiscono gli effetti desiderati; per porre rimedio ai propri fallimenti detta altre norme che, spesso, però, non risolvono il problema, anche perché non lo aggrediscono dal lato giusto (quello dell'amministrazione), e ne aggiungono un altro (quello dell'ipertrofia normativa)»<sup>275</sup>.

Le più recenti soluzioni adottate dal legislatore per stimolare le pubbliche amministrazioni al rispetto dei termini nell'adozione del provvedimento amministrativo risalgono agli anni 2009 e 2013. Se con la legge n. 69/2009 è stato introdotto nella legge sul procedimento amministrativo l'art. 2-bis, comma 1, che disciplina la c.d. «responsabilità per danno da ritardo», la legge n. 98/2013 ha arricchito il medesimo articolo del comma 1-bis, il quale disciplina la c.d. «responsabilità da mero ritardo»<sup>276</sup>. A ben vedere, quindi, nell'attuale sistema amministrativo

<sup>275</sup> VESPERINI G., L'indennizzo da ritardo: l'ennesima promessa mancata, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 445 ss.

<sup>276</sup> L'art. 2-bis della L. n. 241/1990 così recita: «Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma

1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

l'inosservanza dei termini di conclusione del procedimento comporta l'insorgere di due diverse forme di responsabilità, che risultano preordinate ad assicurare il ristoro (a titolo di danno e/o di indennizzo) alla parte che, avendo presentato un'istanza volta ad ottenere un provvedimento amministrativo, non lo abbia ottenuto nei termini. La linea di discriminazione tra le due diverse forme di responsabilità che seguono all'inerzia ovvero alla intempestività della p.a. è stata fissata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha «la responsabilità per danno da ritardo di cui all'art. 2-bis, comma 1 della L. n. 241/1990, presuppone l'avvenuta prova dell'esistenza stessa del danno, del comportamento colposo o doloso dell'amministrazione e, ancor di più, della dimostrazione dell'esistenza di un nesso di causalità tra il danno lamentato e la condotta posta in

Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

Sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione derivante dal tardivo esercizio delle funzioni di cui è attribuita, LIPARI M., I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 350 ss.; CHIEPPA R., Viaggio di andata e ritorno dalla fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 683 ss.; GAROFOLI R. – RACCA G. M. – DE PALMA M., La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo, Milano, 2003; CAVALLARO M.C., Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione, in *Foro amm.* – TAR, 2005, pp. 489 ss.; CLARICH M. – FONDERICO G., La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa, in *Urb. e app.*, 2006, pp. 62 ss.; CARANTA R. – VECCI G., Inerzia, silenzio, ritardo: quale responsabilità per la p.a., in *Res. civ. e prev.*, 2006, pp. 1397 ss.; MADDALENA M.L., Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei termini del procedimento, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2008; D'ANCONA S., Il termine di conclusione del procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano, riflessioni alla luce della novità introdotte dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2009; DI NITTO T., La tutela del tempo nei rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, pp. 1151 ss.; D'ORO F., Il danno da ritardo alla luce delle nuove tendenze legislative e giurisprudenziali, in *Riv. amm.*, 2009, pp. 355 ss.; RUSSO D., La nuova disciplina dei termini e della responsabilità per danno da ritardo, in GAROFOLI R. (a cura di), *La nuova disciplina del procedimento e del processo amministrativo. Commento organico alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Roma, 2009, pp. 9 ss.; TORIELLO O., Le nuove regole del tempo amministrativo, in CARINGELLA F. – PROTTO M. (a cura di), *Il nuovo procedimento amministrativo. Commento organico alla Legge 18 giugno 2009, n. 69, di modifica della l. n. 241/90*, Roma, 2009, pp. 69 ss.; GISONDI R., Il legislatore consacra la risarcibilità del danno da mero ritardo, in CARINGELLA

F. – PROTTO M., op. cit., 2009, pp. 133 ss.; QUINTO P., Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2009; FALCON G., La responsabilità nell'amministrazione e il potere amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 241 ss.; DURANTE N., I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzione per l'uso con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2010; GOTTI P., Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della P.a. nella conclusione del procedimento (nota a Cons. St., Sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1913), in *Foro amm.* – CdS, 2010, pp. 2470 ss.; D'ARIENZO M., La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali, Napoli, 2012; PAVAN A., Il danno da ritardo, Milano, 2012; VOLPE F., Silenzio inadempimento e tutela indennitaria, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2013; COLAVECCHIO A., L'obbligo di provvedere tempestivamente, Torino, 2013.

essere dalla pubblica amministrazione, a parametri del tutto differenti va, al contrario, ricondotta la fattispecie dell'indennizzo da ritardo. Quest'ultima, infatti, prescinde, dalla dimostrazione dell'esistenza di un danno e di tutti quei presupposti sopraricordati e contenuti nel citato art. 2-bis, comma 1. Così che l'utilizzo del termine «indennizzo» (nozione che trova differenti e specifiche discipline nell'ordinamento) consente di ritenere che il pagamento della somma di cui si tratta debba essere dovuto anche nell'eventualità in cui la mancata emanazione del provvedimento sia riconducibile ad un comportamento “scusabile”, e astrattamente “lecito”, dell'Amministrazione. A tal fine dovranno essere ricomprese nell'ambito di applicazione della norma in esame anche quelle ipotesi in cui la violazione del termine sia da ricondurre ad un caso fortuito o a un'ipotesi di forza maggiore, secondo quei principi sul punto delineati dal codice civile. Primo presupposto per la sua applicazione è, quindi, l'esistenza di un termine entro il quale un procedimento doveva essere concluso e, ancora, il semplice decorso di detto termine. Ne consegue che non rilevano, ai fini dell'inapplicabilità della disciplina di cui si tratta, le ragioni ostative all'adozione del provvedimento dovuto o, ancora, quelle eventuali circostanze in base alle quali l'Amministrazione ha attivato il procedimento, senza tuttavia concluderlo»<sup>277</sup>.

Si tratta di un'impostazione seguita anche da quell'insegnamento giurisprudenziale secondo il quale «l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento comporta: in generale, il risarcimento del danno ingiusto qualora questo consegua (con la dimostrazione del nesso di causalità) alla inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione; nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo che sorge per il solo fatto del superamento del termine e che – ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria – è detratto dalla somma complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo»<sup>278</sup>. In altri termini, la «responsabilità per danno da ritardo», sussistendo «anche qualora la p.a. non riconosca, legittimamente, al richiedente il bene della vita»<sup>279</sup>, presuppone che il cittadino abbia patito effettivamente un danno che si atteggi come conseguenza processualmente provata del ritardo della p.a.

<sup>277</sup> Dip. Funz. pubbl., dir. 9 gennaio 2014, n. 64, in [www.funzionepubblica.gov.it](http://www.funzionepubblica.gov.it).

<sup>278</sup> Cons. St., Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>279</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 28 novembre 2014, n. 473, in Resp. civ. e prev., 2015, p. 287, ove si precisa che «la “responsabilità per danno da ritardo” tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore temporale, dei rapporti giuridici che vedono come parte la p.a.».

All'opposto, la «responsabilità da mero ritardo» ricorre per il semplice fatto che la pubblica amministrazione non abbia rispettato il termine di conclusione del procedimento, a prescindere dal fatto che il privato abbia o meno patito un pregiudizio concreto.

I principi stabiliti dal legislatore e dalla giurisprudenza amministrativa permettono di affermare che, diversamente dal risarcimento per il danno da ritardo, l'indennizzo da mero ritardo non è rimedio generale; di esso ci si può avvalere soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge. Viene allora da chiedersi: quali sono i casi previsti dalla legge in cui è possibile ottenere l'indennizzo da mero ritardo? L'art. 2-bis, comma 1-bis, della L. n. 241/1990 consente di rispondere al quesito solo in modo parziale, nel senso che se, da una parte, autorizza ad affermare che rimangono esclusi dall'ambito di applicazione dell'indennizzo da mero ritardo le «ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici», dall'altra non offre alcun suggerimento circa gli specifici settori ai quali l'indennizzo è applicabile. Giunge in soccorso la L. n. 98/2013, la quale chiarisce, *expressis verbis*, che l'indennizzo da mero ritardo della p.a. si applica ai soli procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa. La portata della norma è rivoluzionaria: con essa il legislatore dimostra di avere piena e lucida consapevolezza di quanto la libertà costituzionale di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. sia pesantemente pregiudicata dalle lungaggini burocratiche. È fuori dubbio che, mediante l'introduzione del solo rimedio risarcitorio di cui all'art. 2-bis, comma 1, la tutela accordata al mondo dell'economia era troppo debole ed aleatoria. Questo per due ordini di ragioni: innanzitutto, perché la gran parte dei ritardi della pubblica amministrazione non sono imputabili ad un comportamento colposo o doloso, quanto piuttosto all'esorbitante carico di pratiche e alla loro complessità tecnica; secondariamente, perché il rimedio generale del risarcimento del danno può essere utilizzato soltanto qualora la parte che si dolga del danno da ritardo sia in grado di adempiere ad un onus probandi davvero gravoso: per ottenere il ristoro dei danni (patrimoniali e non patrimoniali), infatti essa è tenuta a dimostrare l'esistenza del danno, della colpa o del dolo della p.a. e, non in ultimo, del nesso di causalità tra la condotta della p.a. e il danno patito. Il tutto sperando che la intimata pubblica amministrazione non provi l'esistenza di un «errore scusabile». Essendo risultato chiaro, quindi, che il risarcimento del danno non poteva più essere l'unico strumento volto a ripagare l'economia dei ritardi dovuti il più delle volte a causa di forza maggiore ovvero di caso fortuito è stato introdotto lo strumento dell'indennizzo connesso alla «responsabilità da mero ritardo».

**4. Le ricadute dei ritardi della pubblica amministrazione sul sistema economico. Il «tempo – bene della vita» come categoria volta ad accordare maggiore tutela all'esercizio della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. La dibattuta ammissibilità del tempo come bene della vita ex se giustiziabile.**

L'inosservanza dei termini fissati dal legislatore incide pesantemente sul fenomeno economico. Nonostante sia stato affermato che «l'economia non può essere più rappresentata soltanto come una vittima della pesantezza delle burocrazie amministrative e giudiziarie, ma anche come un processo che può distruggere essa stessa il diritto ed il patrimonio di certezze che con il diritto è connesso»<sup>280</sup>, appare maggiormente rispondente alla realtà empirica delle cose l'orientamento secondo cui è l'economia, «quale luogo di meriti personali od occasione di fortuna e di rischi», a risentire, più di ogni altro fenomeno sociale e culturale, delle lungaggini burocratiche di cui si rendono protagonisti il potere di gubernaculum e quello di iurisdictio. La «frenesia» e la «dinamicità» sono i tratti maggiormente caratterizzanti l'esercizio di una qualsiasi attività economica «organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi»<sup>281</sup>; questa, nel

<sup>280</sup> PAJNO A., Economia e giustizia amministrativa, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2014, p. 3. Per una più analitica disamina dei rapporti tra economia e processo amministrativo, si rinvia, anche, a PELLEGRINO G. – STERPA A. (a cura di), Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?, Roma, 2014.

<sup>281</sup> Un'interessante riflessione sull'attività di impresa e sull'incidenza degli adempimenti amministrativi al cui compimento la stessa è subordinata è contenuta in DONATIVI V., L'avvio dell'attività imprenditoriale tra diritto sostanziale e adempimenti amministrativi (la «comunicazione unica per la nascita dell'impresa» nel c.d. decreto Bersani-bis in materia di «liberalizzazioni»), in *Dir. econ.*, 2009, I, pp. 218 ss. L'autore, nel prendere le mosse dall'art. 2082 c.c., ai sensi del quale «è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi», giunge ad elaborare una sofisticata teoria secondo la quale l'inizio empirico e fattuale di un'attività d'impresa deve considerarsi subordinato al rilascio di provvedimenti autorizzatori soltanto su un piano meramente astratto e concettuale. Di fatti, si finisce per negare che gli adempimenti burocratico-amministrativi possano veramente condizionare l'iniziativa imprenditoriale, potendo, al contrario, esclusivamente determinarne il carattere lecito ovvero illecito. Muovendo da tale prospettiva, la giurisprudenza amministrativa potrebbe addirittura giungere a svuotare il tanto avversato carattere restrittivo delle norme che concorrono a formare (in modo disordinato) il diritto pubblico dell'economia, senza attendere ulteriori, spesso inadeguati, interventi legislativi. Così facendo, si potrebbe forse dare una risposta tangibile all'esigenza da taluni manifestata con la nota formula «meno Stato, più mercato»; una tecnica di intervento, all'evidenza, meno vistosa, ma non perché meno efficace (anzi) rispetto alla «pioggia» e al «bombardamento» di interventi legislativi che si sono succeduti negli ultimi anni. Segnatamente, l'autore afferma che ad una prima impressione, ben potrebbe affermarsi che non vi sia una norma, in ambito civilistico, recante regole o criteri espliciti o oggettivi in ordine alla individuazione del momento di inizio dell'impresa; tuttavia la questione, lungi dall'essere delegificata, è affrontata e risolta con gli strumenti offerti dall'art. 2082 c.c. che, nel dettare la nozione di imprenditore, reca ogni esaustivo riferimento ai presupposti oggettivi da cui prende corpo la fattispecie dell'«impresa» (e, in virtù di un processo di

tendere alla massimizzazione del profitto, mal si concilia con i ritmi degli apparati burocratici, spesso indolenti. Le probabilità che le differenti «ritmicità tempistiche» dell'economia, da un lato, e degli apparati burocratici, dall'altro, si incontrino/scontrino sono tutt'altro che remote. È la stessa «spina dorsale» della Costituzione economica (art. 35 – 47 Cost.) a disvelare l'esistenza di una inestricabile relazione tra Stato ed economia, dal momento che l'art. 41, comma 1, Cost., dopo aver disposto che «la libertà di iniziativa economica privata è libera», nei suoi commi successivi precisa, in primo luogo, che «essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2,

---

imputazione soggettiva, il relativo soggetto di riferimento). Profilo oggettivo (l'impresa) e profilo soggettivo (l'imprenditore) sono dunque tra loro strettamente e reciprocamente interconnessi e, in linea di principio, coincidenti, fermo restando che, tra i due, quello trainante e decisivo, sul piano sistematico e normativo, è il primo, essendo l'impresa a qualificare l'imprenditore e non viceversa; in altri termini, ancorché siano tendenzialmente coincidenti nel tempo i momenti dell'inizio dell'impresa e dell'acquisto della qualità di imprenditore, resta il fatto che il prius logico, concettuale e normativo è nell'attività di impresa oggettivamente considerata, posto che, ove siano riconoscibili di fatto i caratteri oggettivi dell'impresa, la relativa fattispecie è integrata e l'acquisto della qualità di imprenditore è conseguenza derivata della relativa «imputazione». L'impresa è una fattispecie ricondotta al novero dei c.d. «fatti giuridici», poiché ruota attorno al fulcro all'attività (art. 2082 c.c.): l'impresa è invero un'attività connotata dalla presenza di una serie di attribuzioni caratteristiche (professionalità, economicità, organizzazione) e da uno specifico «orientamento» (il fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi); l'attività, a sua volta, è un insieme o complesso di fatti, atti e negozi giuridici, ma come tale assume il valore giuridico proprio dei «fatti giuridici in senso stretto» ed è, pertanto, considerata senza (possibilità di) attribuire alcuna rilevanza a profili formali e/o intenzionali, ciò che rileva essendo l'effettivo esercizio dell'attività, a prescindere da ogni presupposto formale e/o da ogni indagine in ordine alla volontà del titolare (c.d. «principio di effettività»). L'esercizio dell'attività d'impresa in senso pieno e compiuto dà vita al compimento di una serie di «cicli» attraverso i quali si realizza l'economicità dell'attività stessa e viene perseguito il fine ad essa sotteso; esso tuttavia, è spesso preceduto da c.d. «atti preparatori» a loro volta riconducibili a tre differenti tipologie:

(a) quelli concernenti i requisiti soggettivi abilitanti, ovverosia volti ad integrare i presupposti afferenti alla legittimazione soggettiva di chi aspira all'esercizio dell'impresa, come il superamento di determinati esami o concorsi, l'iscrizione in determinati albi, ruoli, elenchi, registri, ecc. (o anche, in senso più lato, volti alla rimozione di possibili ragioni di incompatibilità, impedimento o divieto soggettivo all'esercizio dell'impresa o di una determinata tipologia di impresa); (b) quelli concernenti le condizioni formali legittimanti, ovverosia volti a perfezionare i presupposti afferenti alla regolarità oggettiva, sul piano pubblicistico-amministrativo, dell'esercizio dell'impresa o di una determinata tipologia di impresa, come l'ottenimento di determinate concessioni, autorizzazioni, licenze, iscrizioni, ecc.; (c) quelli concernenti i presupposti reali, ovverosia volti all'allestimento e all'organizzazione dell'azienda con cui si procederà all'esercizio dell'impresa, come il reperimento e l'organizzazione dei capitali (sotto forma di capitale proprio e di credito), dei beni strumentali (apportati dal titolare o acquistati a titolo di proprietà o di godimento da terzi), del fattore lavoro (attraverso l'assunzione di dipendenti e la stipulazione di contratti d'opera), delle materie prime o delle merci. Delle tre categorie, le prime due sono senz'altro irrilevanti ai fini dell'inizio dell'impresa (e, dunque, dell'acquisto della qualità di imprenditore), non essendo a tal fine né necessarie, né sufficienti: (a) non necessarie, poiché l'impresa è un «fatto giuridico», sicché il suo inizio (e il correlativo acquisto della qualità di imprenditore) è legato al fatto in sé che venga posta in essere un'attività oggettivamente qualificabile come d'impresa, con la conseguenza (e il corollario) che il suo esercizio in assenza dei presupposti (soggettivi o oggettivi) abilitanti potrà condurre alla qualificazione dell'impresa come «illecita» (in senso debole), ovverosia come abusiva, ma giammai a dequalificare il fatto al punto da negare il riconoscimento (oggettivo e fattuale) della sua esistenza; (b) non sufficienti, ancora una volta perché l'impresa è un «fatto giuridico», che intanto esiste in quanto sia già effettivamente svolta una determinata attività (non esiste la figura del nudus mercator, qualificato dalla semplice registrazione nelle matriculae mercatorum, valendo invece il principio per cui *matricula non facit mercatorem, sed professio et exercitium*).



Cost.) e, secondariamente, che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (art. 41, comma 3, Cost.). Il tenore della norma costituzionale consente di affermare che il principio della libertà di impresa non fa venire meno il potere dello Stato di adottare tutte quelle regole necessarie ad indirizzare la logica egoistica e predatoria dell'economia verso finalità solidaristiche. Trattasi, cioè, di regole che, pur essendo volte a risolvere i conflitti cui può dare origine il perseguimento dell'utile economico da parte delle imprese, nel confronto con gli interessi individuali e sociali, «non riducono l'ambito entro il quale la libertà di iniziativa economica privata è destinata ad operare, ma intendono piuttosto ribadire la priorità di quei valori che devono essere salvaguardati dalle modalità con le quali si svolge l'attività economica»<sup>282</sup>. È nel solco tracciato dalla disciplina costituzionale dei rapporti economici che è venuta incastonandosi la scelta dello Stato di intervenire in economia, non più e non tanto in maniera diretta (attraverso la creazione di imprese deputate alla produzione e allo scambio di beni e servizi), quanto piuttosto in maniera indiretta (attraverso l'istituzione di autorità amministrative indipendenti preposte a dettare delle regole idonee ad avvicinare il comportamento degli operatori economici a quello che gli stessi avrebbero in un mercato perfettamente concorrenziale): si è così passati dal Stato-imprenditore allo Stato-regolatore.

Sono stati soprattutto i settori strategici del sistema economico italiano ad essere interessati dall'intervento indiretto dello Stato. È in questi settori (c.d. mercati regolamentati) che si è registrata la più robusta edificazione di un sistema di regole, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, limitazioni e concessioni capace di condizionare l'esercizio delle attività di impresa. Tuttavia, l'eccessiva rigidità di cui era connotata la regolazione economica promanante dallo Stato

<sup>282</sup> TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2012, p. 28. Nell'esaminare la portata della

libertà (appunto costituzionale) di iniziativa economica, il giudice delle leggi, dopo aver chiarito che «l'art. 41 Cost. contiene una generica dichiarazione della libertà nella iniziativa economica privata; ma a tale libertà necessariamente corrispondono le limitazioni rese indispensabili dalle superiori esigenze della comunità statale», Corte cost., 12 febbraio 1997, n. 50, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), precisa che «il legislatore bene può imporre limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata in vista della tutela della salute, della sicurezza e della dignità umana dello stesso soggetto esercente l'attività. Ciò in considerazione del valore assoluto della persona umana sancito dall'art. 2 Cost., e tenuto conto della primaria rilevanza che l'art 32 Cost. assegna alla salute, nonché dell'arbitrarietà di ogni discriminazione fra coloro che, esplicando, sia pure in posizione diversa una medesima attività, siano esposti ai medesimi rischi quanto agli indicati valori costituzionali», Corte cost., n. 25 novembre 1987, n. 479 *ibidem*.

Per un approfondimento sulla portata dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia ai sensi dell'art. 41 Cost., si rinvia a MERUSI F. – SPATTINI G.C., *Economia (intervento pubblico nell')*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 206 ss.; MERUSI F., *Diritto contro economia*, Torino, 2006; ID, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013.



rischiava di soffocare, se non addirittura erodere del tutto, l'essenza stessa del concetto di libertà di iniziativa economica privata. Con l'impiego di formule come quella "meno Stato, più mercato", si è iniziato a rivendicare (da più parti) un maggiore margine di libertà economica e, specularmente, una minore presenza degli apparati statali nell'economia; rivendicazioni che non sono rimaste inevase poiché all'epoca della regolazione economica ha fatto seguito quella della semplificazione e delle liberalizzazioni. Mentre le politiche di semplificazione hanno mirato all'alleggerimento (mediante l'eliminazione di passaggi burocratici superflui) delle procedure autorizzatorie per l'esercizio di attività economiche, quelle di liberalizzazione hanno realizzato l'eliminazione delle barriere che limitavano l'accesso in taluni comparti strategici dell'economia. Ma tutto questo non è certo equivalso – beninteso – ad eliminare la presenza dello Stato-regolatore dall'economia. Specie in forza della già richiamata disposizione contenuta nell'art. 41 Cost. (che obbliga lo Stato ad indirizzare l'iniziativa economica verso fini sociali), continuano ad essere molte le attività economiche il cui esercizio è subordinato ad autorizzazioni delle competenti autorità, rilasciate soltanto a conclusione di un complesso e articolato procedimento amministrativo. A testimoniare che l'esercizio della libertà di iniziativa economica continua ad essere subordinato, in molti settori, alla preventiva instaurazione di un procedimento amministrativo depone, tra l'altro, il tenore dell'art. 19 della

L. n. 241/1990, che disciplina la segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.), quale uno dei più rilevanti istituti di semplificazione amministrativa esistente nell'ordinamento giuridico italiano<sup>283</sup>.

<sup>283</sup> L'istituto della segnalazione certificata di inizio attività – come noto – è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico con il D.lg. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122, la quale, oltre ad operare un restyling nomenclare, ha riscritto l'art. 19, su quale cfr., VESPERINI G., Attività private e controlli amministrativi nella legge n.241: tra regole di semplificazione e promesse di liberalizzazione, in Reg. e gov. loc., 1992, pp. 365 ss.; DE MINICO G., Note sugli artt. 19 e 20 della legge 241/1990, in Dir. amm., 1993, pp. 267 ss.; PAJNO A., Gli artt. 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione, in Dir. proc. amm., 1994, pp. 22 ss.; BIANCHI A., La denuncia di inizio attività in materia edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela giurisdizionale del terzo, in Riv. giur. edil., 1998, pp. 147 ss.; ABBAMONTE A., Autorizzazione e denuncia di inizio attività edilizia, Milano, 2000; ACQUARONE G., La denuncia di inizio attività. Profili teorici, Milano, 2000; BOSCOLO E., Diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. 241/90 ed altri modelli di liberalizzazione, Padova, 2001; LAVITOLA G., Denuncia di inizio attività: Dia, Dia allargata e super dia alla luce del Testo unico in materia edilizia, della Legge Obiettivo e del D.lgs. n. 301/2002, Padova, 2003; SANDULLI M.A., Denuncia di inizio attività, in Riv. giur. ed., 2004, pp. 121 ss.; MARZARO GAMBA P., La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali, Milano, 2005; VENTURI A., La denuncia di inizio attività edile fra modello generale e fattispecie speciale: l'evoluzione di un istituto in continua trasformazione, in Dir. econ., 2005, pp. 455 ss.; ID., La denuncia di inizio attività edile fra modello generale e fattispecie speciale: profili ricostruttivi di tutela dei terzi alla luce delle recenti modifiche legislative, ibidem, 2005, pp. 757 ss.; ACQUARONE

Affianco alle attività per le quali è applicabile l'istituto della s.c.i.a. continuano a sopravvivere, però, tutta una serie di altre attività assoggettate al rilascio di provvedimenti autorizzatori; si tratta, per lo più, di attività destinate ad incidere su interessi considerati sensibili. È proprio su questo tipo di attività che, a rigor di logica, la pubblica amministrazione, rendendosi responsabile di ingiustificati ritardi nella conclusione del procedimento, incide negativamente. L'efficienza e l'efficacia di cui è intrinsecamente connotata l'attività di impresa esigono che anche gli apparati burocratici siano improntati al rispetto dei criteri di «efficienza» ed «efficacia» tutte le volte in cui il mondo dell'economia è costretto ad interfacciarsi con quello della burocrazia. La strutturale «duplicità di anime del diritto amministrativo»<sup>284</sup>, una legata alla

---

G., La dichiarazione di inizio attività (d.i.a.), in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, pp. 285 ss.; GAFFURI L., La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 369 ss.; D'ANGELO G., La cognizione del g.a. sui presupposti della D.I.A., in *Urb. e app.*, 2008, pp. 605 ss.; MARTINES F., La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico, Torino, 2008; POLICE A., Contributo allo studio della dichiarazione di inizio attività e della sua natura giuridica, in *Nuove auton.*, 2008, pp. 17 ss.; TRAVI A., Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, pp. 343 ss.; PAOLOANTONIO N. – GIULIETTI W., La segnalazione certificata di inizio attività, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 748 ss.; MATTARELLA B. G., La SCIA, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1328 ss.; MARTINES F., La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato, Milano, 2011; GRECO G., La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 359 ss.; FERRARA R., La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 202 ss.; TRAVI A., La tutela del terzo nella DIA (e nella SCIA): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio, in *Foro it.*, 2012; BERTONAZZI L., Natura giuridica della SCIA e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter della legge n. 241/1990, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 215 ss.; RAMAJOLI M., La SCIA e la tutela del terzo, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 329 ss.; LAMBERTI C., Una SCIA sempre più semplice. Sarà vero?, in *Urb. e app.*, 2012, pp. 659 ss.; ID., La SCIA fra liberalizzazione e semplificazione, in *Urb. e app.*, 2013, pp. 11 ss.; GRECO G., Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6 ter dell'art. 19 della L. n. 241/1990), in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 671 ss.

Ancora, per una lucida disamina delle recenti modifiche che la L. n. 124/2015 ha apportato all'istituto, SANDULLI M.A., Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015.

<sup>284</sup> La locuzione, mistica e affascinante viene in rilievo con riguardo, soprattutto, al fenomeno della regolazione statale dell'economia. Il perimetro semantico e gius-assiologico nel quale incastinarla viene chiarito da TORCHIA L., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, pp. 45 ss.; ID., *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in BRESCIA F. - TORCHIA L. - ZOPPINI A. (cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Napoli, 2012, pp. 57 ss., ove l'autrice puntualizza che «nella regolazione del mercato sembra, dunque, che potere pubblico e libertà privata tendano a scambiarsi i tratti. Per il potere pubblico diviene recessivo, o almeno si attenua significativamente, il tratto caratteristico ed originario dell'unilateralità. La formazione della regola e la sua applicazione non possono semplicemente imporsi ai destinatari, ma traggono la propria legittimazione ed effettività anche dalla partecipazione e dal consenso degli stessi destinatari. La regolazione viene in essere e viene applicata attraverso procedimenti complessi, nel corso dei quali l'autorità di regolazione deve elaborare una proposta, giustificarla, sottoporla a scrutinio, ascoltare e raccogliere le opinioni degli interessati, calibrare la propria scelta, dare conto delle ragioni di questa scelta e della sua idoneità ed adeguatezza alla soluzione

disciplina dell'imperium, l'altra alla disciplina delle garanzie nei confronti del potere, ha indotto un attento osservatore del diritto pubblico dell'economia ad affermare che «esiste un rapporto strutturale fra diritto amministrativo ed economia, non foss'altro che il diritto amministrativo nasce per far fronte alla limitatezza dei beni e per regolare l'accesso dei consociati ad un bene che è scarso»<sup>285</sup>. Essendo la giurisprudenza amministrativa granitica nel ritenere che «di fronte alle istanze dei privati vi è sempre l'obbligo di provvedere se l'iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta da norme»<sup>286</sup>, la necessità che la pubblica amministrazione si determini ad adempiere all'obbligo di adottare, tempestivamente, un provvedimento conclusivo è avvertita come una improcastinabile esigenza di certezza del diritto. Con specifico riguardo alla connessione esistente tra l'economia e i ritardi della pubblica amministrazione, è stato scritto che «la configurazione del tempo come della vita è giustificata dalla necessità di tutelare la certezza, quanto al fattore temporale, dei rapporti giuridici che vedono come parte della p.a., stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività e di iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della stessa»<sup>287</sup>. E così, il frequente incontro-

---

del problema regolatorio affrontato. Anche quando non si arriva a forme di regolazione negoziata, il potere pubblico non si esercita più (solo) autoritativamente e unilateralmente, ma acquisisce tratti propri dei moduli di azione basati sul consenso. Di converso, l'esercizio della libertà privata, pur restando finalizzato al perseguimento dell'interesse individuale, deve svolgersi in modo da tenere conto di interessi terzi. Di conseguenza, esso si procedimentalizza, perché occorre evidenziare, appunto, la presa in considerazione delle situazioni di coloro che potrebbero essere incisi dalla scelta».

<sup>285</sup> PAJNO A., *Economia e giustizia amministrativa*, cit., 2014, p. 9.

<sup>286</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in Foro it., 2009, p. 165, nella quale è stato specificamente affermato che «in tema di silenzio-inadempimento, può sussistere l'obbligo di provvedere della p.a., e il conseguente inadempimento in caso di inerzia della stessa, nel caso in cui l'istanza del privato sia volta a ottenere un provvedimento sfavorevole (repressivo, inibitorio, sanzionatorio) nei confronti dei terzi, sempre che in capo all'istante sia ravvisabile uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella generalizzata della collettività; e ciò anche nei casi in cui l'obbligo di provvedere non sia normativamente sancito, ma vi siano ragioni di giustizia ed equità che impongono l'adozione di un provvedimento in ossequio al dovere di correttezza e buona fede (art. 97 cost.)»; in senso analogo si è espresso anche Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975, in Foro amm. – CdS, 2004, p. 3513, secondo cui «indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97 Cost.), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia», nonché Sez. V, 30 marzo 1998, n. 398, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove molto più laconicamente si è puntualizzato che «costituisce principio generale dell'ordinamento quello per il quale l'amministrazione ha sempre l'obbligo di definire le istanze dei privati».

<sup>287</sup> T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, n. 473/2014, cit., nella quale viene, altresì, puntualizzato che «la violazione del termine di conclusione del procedimento fa presumere la sussistenza della colpa da parte della p.a., che può essere superata solo mediante la dimostrazione di un errore scusabile della stessa; mentre integra gli estremi dell'esimente da responsabilità l'esistenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, la formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, una rilevante complessità del fatto, l'illegittimità derivante da una successiva dichiarazione d'incostituzionalità della norma applicata. Ai sensi dell'art. 2 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241, perché sia

scontro tra economia e pubblica amministrazione ha occasionato un acceso dibattito in ordine alla possibile configurabilità del tempo come bene della vita. A quel tradizionale orientamento giurisprudenziale che nega la giustiziabilità del tempo come bene della vita autonomo, sul presupposto che «il ritardo della pubblica amministrazione giustifica le pretese risarcitorie del privato soltanto qualora la ritardata adozione del provvedimento richiesto dia luogo alla lesione di un bene della vita diverso e autonomo rispetto al tempo, costituendo quest'ultimo come mero nesso causale tra il fatto e lesione»<sup>288</sup>, è venuta a fraporsi quella differente teoretica secondo cui, al contrario, il «ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce un'essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani imprenditoriali, condizionandone la relativa convenienza economica»<sup>289</sup>.

configurabile una responsabilità della p.a. per l'inosservanza, dolosa o colposa, del termine di conclusione del procedimento devono sussistere tutti i presupposti, oggettivi e soggettivi, della responsabilità della stessa in quanto il mero superamento del termine fissato ex lege o per via regolamentare alla conclusione del procedimento costituisce indice oggettivo, ma non integra piena prova del danno; elementi costitutivi della responsabilità della p.a. per l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, sono quindi l'elemento oggettivo, consistente nella violazione dei termini procedurali; l'elemento soggettivo (colpa o dolo); il nesso di causalità materiale o strutturale; il danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo al rispetto dei predetti termini».

<sup>288</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 12 gennaio 2015, n. 94, in Foro amm. – T.A.R., 2015, p. 156, nella quale si è sancito che «il danno da ritardo (riferito cioè alla tardiva adozione del provvedimento ampliativo spettante) consegue all'inadempimento dell'obbligo (legale) preesistente di concludere il procedimento amministrativo nei termini prefissati, l'interesse giuridicamente protetto è qui l'aspettativa della utilità incrementali attese per via della positiva conclusione del procedimento, e non la generica reintegrazione «del tempo», il quale non costituisce (sul versante civilistico) un autonomo «bene della vita» bensì rappresenta il presupposto (empirico) per lo sfruttamento delle possibilità acquisitive conseguibili con il proprio agire lecito; l'istituto intende porre l'amministrato (tramite la compensazione economica della aspettativa non realizzata) nella stessa situazione in cui questi si sarebbe trovato se la l'azione amministrativa fosse stata tempestivamente portata a compimento, distinguendosi dall'illecito aquiliano che si muove invece nell'orbita della salvaguardia dello status quo ante (ripristino dell'integrità patrimoniale e riparazione del danno alla persona), per cui il rimedio, in definitiva, per affinità funzionale, appare classificabile nell'alveo della responsabilità contrattuale (sia pure connotata da una disciplina meno favorevole per l'avente diritto, dettandosi un termine prescrizione più breve) e da ciò consegue che l'antigiuridicità della condotta è di per sé qualificata dalla violazione del termine legale, laddove il riferimento alla «ingiustizia» (pure contenuto nell'art. 2 bis della legge 241/1990) è una mera superfetazione, in quanto non costituisce un ulteriore elemento esplicativo della fattispecie risarcitoria; tale conclusione non è contraddetta dalla considerazione per cui non sarebbe sufficiente, ai fini della risarcimento, il mero superamento del termine di conclusione del procedimento, occorrendo provare l'effettivo nocumento patito; ciò, infatti, attiene alla selezione del danno risarcibile e non alla ingiustizia della lesione». In senso conforme si vedano, tra le tante, anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II quater, 23 marzo 2013, n. 2978 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 14 maggio 2012, n. 450, in Foro amm. – T.A.R., 2012, p. 1769.

<sup>289</sup> Cons. St., Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406, in Foro amm. – CdS, 2013, p. 3078 ; Sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639, in Foro amm. – CdS, 2011, p. 2370. Di recente, anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 3 luglio 2015, n. 3580, in Red. Giuffrè amm., 2015, ha statuito che «l'ammissibilità del risarcimento del danno da ritardo risiede nel fatto che l'ingiusto pregiudizio cagionato dalla P.a., in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di definizione del procedimento, presuppone che il tempo sia un bene della vita per il cittadino e il ritardo nella conclusione di un procedimento abbia un costo; il che, in presenza dei dovuti presupposti, è suscettibile di ristoro patrimoniale secondo lo schema della responsabilità c.d. aquiliana».

La dottrina sembra propensa ad accordare preferenza alla seconda tesi, in quanto il tempo connesso all'esercizio di un'attività economica e, ancor più, le inevitabili implicazioni negative che derivano dal suo inutile decorrere determinano il sorgere di una congerie di pretese (risarcitorie e indennitarie) di cui il privato imprenditore diventa titolare anche qualora nessun altro bene della vita venga ad essere pregiudicato.

**5. Il tempo nel processo amministrativo e le conseguenze della sua violazione: la responsabilità da irragionevole durata del processo alla luce della legge Pinto. I ritardi derivanti dalle imprevedibili dinamiche della fase dell'ottemperanza. I criteri elaborati dalla giurisprudenza europea ai fini della determinazione della durata irragionevole del processo.**

109

Qualunque sia lo «strumento di tutela riparatoria» di cui il privato si avvalga per reagire all'inerzia della pubblica amministrazione (risarcimento del danno ingiusto ovvero indennizzo del mero ritardo), ad esso si affianca, di regola, lo «strumento di tutela demolitoria», con il quale si mira ad «annientare» il silenzio-inadempimento affinché il soggetto pubblico si determini ad adottare il provvedimento. L'autorità giudiziaria cui compete decidere sulla fondatezza o meno delle pretese dedotte dalla parte privata che sia stata pregiudicata dall'inerzia della p.a. è il giudice amministrativo, ormai «progressivamente diventato il principale giudice del diritto dell'economia, così come dimostrato dal lungo elenco delle materie di giurisdizione esclusiva collegate a fatti economici»<sup>290</sup>. Tra i «fatti economici» contenuti nell'elenco delle materie di

<sup>290</sup> PICOZZA E. – RICCIUTO V., Diritto pubblico dell'economia, Torino, 2013, pp. 372 ss., i quali fanno notare, con acume e rigore scientifico, che, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la esattezza della qualificazione del giudice amministrativo nei termini di «giudice dell'economia» è irrefutabilmente riprovata, più di qualsiasi altra argomentazione teorica, dal tenore letterale dell'art. 133 c.p.a. È sufficiente dare uno sguardo alle materie devolute dal legislatore alla giurisdizione esclusiva per avere piena contezza di quanto il giudice amministrativo sia chiamato, sempre più spesso, a conoscere e decidere di questioni controverse dalla cui composizione, in una certa maniera piuttosto che in un'altra, discende la produzione di dirompenti effetti sui vari comparti in cui si articola il sistema economico nazionale.

Non è dubbio che un attento esame dei profondi mutamenti che stanno investendo il sistema giuridico ed istituzionale italiano induce a ritenere ormai superata la vexata quaestio concernente la designazione del giudice amministrativo come giudice nell'amministrazione anziché dell'amministrazione; profilo problematico, questo, che è stato ormai definitivamente superato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha avuto modo di evidenziare che la configurazione dell'autorità giudiziaria amministrativa come «giudice nell'amministrazione» si profili del tutto incompatibile con i principi dettati dalla Carta costituzionale, in specie, agli articoli 103 e 113 Cost.; articoli dai quali si ricava, in maniera del tutto inequivocabile, che il giudice amministrativo (deputato a tutelare nei confronti

giurisdizione esclusiva rientrano anche le vertenze sul risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo e quelle in tema di indennizzo per mero ritardo.

L'analisi economica del diritto consente di comprendere che la questione del rapporto fra economia e giustizia si pone in un contesto che è più complesso di quello che spesso viene semplicisticamente rappresentato: una situazione caratterizzata non soltanto dal legame strutturale fra l'uno e l'altro, ma anche dalla capacità della prima di modellare e determinare il modo di essere della seconda, tanto che alcune concrete modalità dell'esercizio della giurisdizione possono, in un certo momento storico, apparire incapaci di assecondare le esigenze dell'economia, rappresentando quasi un freno allo sviluppo. Ne discende che è proprio in questo contesto che si colloca «la questione della giustizia amministrativa, cioè di una giustizia che, come le altre, è strutturalmente legata all'economia ma che, a differenza delle altre, presenta con quest'ultima un duplice collegamento, dal momento che in essa l'economia, da un lato, si fa potere e costituisce una delle parti necessarie del processo (la c.d. parte pubblica che incarna le scelte di politica economica), dall'altro lato l'economia si fa invece oggetto del potere giurisdizionale e del suo esercizio, oggetto di regolazione, di conformazione, di promozione»<sup>291</sup>. Ora, al pari del procedimento amministrativo, anche lo svolgimento del processo è scandito da termini fissati dal legislatore; ma mentre la conclusione del procedimento amministrativo è soggetta al rispetto di un termine finale netto e preciso (trenta giorni, salvo diversa prescrizione regolamentare), per il processo non esiste alcuna norma che predetermini, in modo draconiano, il tempo che il giudice dovrà impiegare per addivenire alla decisione: troppe sono le variabili in gioco.

Quella della ragionevole durata è una formula adottata dal legislatore costituzionale del 1999 sulla scorta della norma già da tempo contenuta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole». Nonostante la proposizione dell'azione avverso il silenzio della p.a. consenta l'instaurazione di un rito speciale, la giustizia amministrativa non

---

della pubblica amministrazione gli interessi legittimi degli amministrati, e in particolari materie indicate dalla legge, anche i diritti soggettivi) deve essere contraddistinto, al pari di ogni altro Giudice, da imparzialità e terzietà; caratteristiche che risultavano evidentemente sfregiate – come intuibile – qualora la giurisdizione amministrativa fosse concepita come giurisdizione di una parte: quella pubblica, appunto (Corte Cost., 5 luglio 2004, n. 204, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>291</sup> PAJNO A., op. cit., 2014, p. 15



è comunque immune dal rendersi autrice della violazione del paradigma della ragionevole durata del processo anche con riguardo a controversie connesse al mondo dell'economia. Sia chiaro: i casi nei quali la giustizia amministrativa si rende autrice di processi eccessivamente lunghi che, in quanto tali, incidono negativamente sui settori dell'economia coinvolti nella controversia non sono certo da identificarsi con quelli in cui il giudice amministrativo si limita a decidere sull'azione proposta avverso il silenzio della pubblica amministrazione; questi giudizi sono, infatti, decisi in camera di consiglio con l'adozione di una sentenza semplificata pronunciata entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso: un termine di conclusione del processo evidentemente ragionevole. Anzi a volerla dire tutta, si potrebbe addirittura affermare che la "rapidità" è, tutto sommato, uno dei tratti indefettibile della giustizia amministrativa italiana; tra le più efficienti d'Europa»<sup>292</sup>.

Ma se la giustizia amministrativa è così rapida ed efficiente, quand'è che il processo amministrativo ha una durata irragionevole?<sup>293</sup> L'analisi economica del processo consente di affermare che una delle prime cause della irragionevole durata del processo amministrativo è rappresentata dall'improprio utilizzo degli strumenti istruttori. A tal riguardo la dottrina non ha mancato di evidenziare che «certamente diseconomica, ergo deprecabile, è la prassi di procrastinare inutilmente la definizione dei processi disponendo incombenti istruttori che, ad un più approfondito esame, appaiono superflui»<sup>294</sup>. Non trattandosi di una prassi troppo diffusa, la risposta al quesito va piuttosto rinvenuta nella fase di esecuzione del giudicato amministrativo

<sup>292</sup> Considerazione suffragata dalla relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 del Consiglio di Stato, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2015, p. 3, nella quale, dopo essere stato evidenziato che sul piano quantitativo si è avuto un consistente aumento dei ricorsi proposti dinanzi ai diversi organi della giustizia amministrativa si è giunto ad affermare che tanto nei giudizi di rito ordinario, quanto in quelli di rito speciale, la decisione interviene nell'arco di 30/40 giorni della presentazione del ricorso o dell'apposita istanza e, cioè, nel minimo tempo richiesto per le difese delle parti.

<sup>293</sup> Quanto alla durata del processo amministrativo, in dottrina si rinvia ai contributi di RAMPELLO A., Due precisazioni sull'equa riparazione: è applicabile anche al processo amministrativo e non risente dell'esito del giudizio di presupposto, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, pp. 613 ss.; AULETTA F., La ragionevole durata del processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 959 ss.; SALTELLI C., La ragionevole durata del processo amministrativo, in *ibidem*, 2007, pp. 979 ss.; GUZZARDO G., Tempi del processo amministrativo ed effettività sul diritto alla giustizia "celere", in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 155 ss.; MARI G., La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudizio dell'ottemperanza rispetto all'esecuzione civile, in *Foro amm. - CdS*, 2009, pp. 35 ss.; MIRANTE S., Termini processuali e ragionevole durata del processo, in CARANTA R. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010, pp. 203 ss.

<sup>294</sup> SAITTA F., Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO (AIPA), *Annuario 2006*, Milano, 2007, p. 291. Interessanti spunti propositivi si rinvengono in LUMETTI M. V., I mezzi per accelerare il processo amministrativo ed in BARONE G., Istruttoria, che passione!, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006.



(rectius, nel giudizio di ottemperanza). Valga subito ricordare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha già avuto modo di sancire la applicabilità dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche alla fase di esecuzione delle sentenze amministrative definitive<sup>295</sup>. Può accadere, e sovente accade, che, malgrado, la pronuncia tempestiva di una decisione resa al termine di un giudizio di cognizione, la pubblica amministrazione non si conformi al contenuto di un dictum definitivo, perché passato in giudicato. Si tratta, evidentemente, di un proditorio atteggiamento ostruzionistico dal quale derivano – com'è ovvio – pregiudizi che vanno a sommarsi a quelli già verosimilmente derivati dalla originaria inerzia contro la quale il privato ha proposto ricorso in sede di cognizione.

Ma se è vero che con il giudizio di ottemperanza la parte ricorrente riesce ad ottenere “forzatamente” il bene della vita cui aspirava, è anche vero ormai da tempo anche il giudizio di ottemperanza dura spesso parecchi anni. Non a caso in dottrina si è già avuto modo di affermare che «il processo di ottemperanza potrebbe non avere una conclusione definitiva nel tempo, per via del fatto che l'esercizio del potere è sempre in fieri e dunque il percorso della fase esecutiva potrebbe non essere preventivabile a causa di eventuali connessi sviluppi cui la parte intendesse

<sup>295</sup> Sent. 19 marzo 1997, ric. 18357/91, causa Hornsby c. Grecia, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), che, nel chiarire che la fase esecutiva delle sentenze del giudice amministrativo che siano passate in giudicato è da ricondursi alla nozione di equo processo di cui all'art. 6 CEDU, è giunta ad affermare che «la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil; il consacre de la sorte le “droit à un tribunal”, dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect (arrêt Philis c. Grèce du 27 août 1991, série A no 209, p. 20, par. 59). Toutefois, ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure - équité, publicité et célérité - accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en oeuvre des décisions judiciaires; si cet article (art. 6-1) devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les Etats contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Golder c. Royaume-Uni du 21 février 1975, série A no 18, pp. 16-18, paras. 34-36). L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du “process” au sens de l'article 6 (art. 6); la Cour l'a du reste déjà reconnu dans les affaires concernant la durée de la procédure (voir, en dernier lieu, les arrêts Di Pede c. Italie et Zappia c. Italie du 26 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, pp. 1383-1384, paras. 20-24, et pp. 1410-1411, paras. 16-20, respectivement). Ces affirmations revêtent encore plus d'importance dans le contexte du contentieux administratif, à l'occasion d'un différend dont l'issue est déterminante pour les droits civils du justiciable. En introduisant un recours en annulation devant la plus haute juridiction administrative de l'Etat, celui-ci vise à obtenir non seulement la disparition de l'acte litigieux, mais aussi et surtout la levée de ses effets. Or la protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt prononcé par une telle juridiction. La Cour rappelle à cet égard que l'administration constitue un élément de l'Etat de droit et que son intérêt s'identifie donc avec celui d'une bonne administration de la justice. Si l'administration refuse ou omet de s'exécuter, ou encore tarde à le faire, les garanties de l'article 6 (art. 6) dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdraient toute raison d'être».

reagire; basti pensare al rilievo che può avere in tale senso il comportamento del commissario ad acta, i cui provvedimenti possono oggi essere oggetto quasi esclusivo di censure tramite incidenti di esecuzione, anche multipli e consecutivi»<sup>296</sup>. Stando così le cose, corre l'obbligo di chiarire se il giudizio di ottemperanza possa farsi veramente rientrare nel computo della durata complessiva del processo. La questione è stata al centro di un ampio dibattito: mentre un primo orientamento negava la possibilità di sommare il giudizio di ottemperanza con quello di cognizione, una diversa impostazione era nel senso dell'ammissibile della sommatoria della durata della fase di cognizione con quella di esecuzione. La querelle è stata superata, con non poche difficoltà ed oscillazioni, con il tendenziale accoglimento del secondo orientamento. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «l'esecuzione di una sentenza o di una decisione, di qualsiasi autorità giudiziaria di tratti, deve essere considerata come facente parte integrante del "processo" ai sensi dell'art. 6 CEDU; il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria, infatti, è uno degli aspetti del diritto d'accesso alla giustizia»<sup>297</sup>.

Da quanto sin qui detto emerge che anche il giudice amministrativo è tenuto a rispettare i termini di conclusione del processo. In Italia, però, ciò non sempre accade, sicché la necessità di porre rimedio ad una situazione di sistemico ritardo nella conclusione dei processi ha indotto il legislatore italiano ad introdurre uno strumento capace di consentire alla parte processuale danneggiata dall'eccessiva durata dei processi di ottenere un ristoro patrimoniale. È stata così adottata la L. n. 89/2001 (c.d. legge Pinto), la quale ha stabilito che «chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione». La giurisprudenza europea, nella consapevolezza che la durata del processo può essere condizionata da diversi fattori, ha quindi

<sup>296</sup> FIASCONARO V., La ragionevole durata del processo amministrativo alla luce della Legge Pinto, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012, p. 4.

<sup>297</sup> Sent. 16 ottobre 2007, ric. n. 64215/01, causa De Trana c. Italia, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), nella quale è dato leggere che «il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria è uno degli aspetti del diritto d'accesso alla giustizia. Tale diritto non è assoluto e per la sua stessa natura richiede una disciplina da parte dello Stato. Gli Stati contraenti godono in materia di un certo margine di valutazione. Spetta però alla Corte decidere in ultima istanza sul rispetto delle esigenze della Convenzione. La situazione protratta di inadempimento della decisione giudiziaria costituisce una limitazione dell'effettività del diritto di accesso alla giustizia e le difficoltà amministrative che sarebbero derivate dal preteso comportamento negativo dei ricorrenti, non possono considerarsi come circostanze particolari atte a giustificare l'eccessivo protrarsi della mancata esecuzione della decisione giudiziaria favorevole ai ricorrenti».

inteso individuare una soluzione capace di conciliare un atteggiamento valutativo, caso per caso, con l'esigenza di non scivolare, comunque, nel mero arbitrio. Sono stati così elaborati tre «criteri di relativizzazione»: quello della «complessità del caso»; quello del «comportamento dell'interessato» e del «comportamento delle autorità competenti» nonché quello della «posta in gioco».

Quanto al primo criterio, con l'espressione «complessità del caso» si allude agli aspetti della procedura, di fatto e di diritto, oggetto di valutazione da parte del giudice, quali sono il numero delle parti processuali, la difficoltà di reperire determinate prove, i numerosi documenti da esaminare<sup>298</sup>. Quanto, invece, al secondo criterio, si tiene conto del «comportamento delle parti» e si accorda peculiare importanza all'uso puramente dilatorio di mezzi di impugnazione, alle continue ed ingiustificate richieste di rinvio, ai frequenti cambiamenti di domicilio, al ripetuto mutamento del difensore oltre alla tardiva produzione di documenti. Peraltro, sempre alla luce del secondo criterio, si tiene conto anche del «comportamento delle autorità competenti», in forza del quale si deve considerare se il sovraccarico dei ruoli di un giudice, quindi l'arretrato di cause pendenti, abbia carattere passeggero oppure bensì abituale e sistemico<sup>299</sup>. Il criterio della «posta in gioco» impone, infine, di tener in considerazione l'importanza della controversia, la quale richiede una diligenza tanto più elevata quanto più possono prospettandosi le gravi ripercussioni che una lentezza eccessiva del processo può comportare sul godimento di un diritto fondamentale<sup>300</sup>.

I criteri sopraenunciati sono stati tutti positivizzati nella L. n. 89/2001 (novellata con la l. n. 134/2012), la quale al suo art. 2, comma 2, dispone che «nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a

<sup>298</sup> CEDU, 21 ottobre 2005, ric. 52691/99, causa Karabaş c/o Turchia, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu).

<sup>299</sup> CEDU, 7 luglio 1989, ric. n. 11681/85, causa Alimentaria Sanders S.A. c/o Spagna, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), nella quale, la Corte di Strasburgo, dopo aver preliminarmente chiarito che «le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et en fonction, notamment, de la complexité de l'affaire et du comportement tant du requérant que des autorités compétentes», procede all'analisi prognostica dei singoli criteri da tenere in considerazione (complessità dell'affare, comportamento della parte ricorrente e delle autorità competenti) ai fini della determinazione della ragionevole durata di un processo».

<sup>300</sup> CEDU, 18 febbraio 1999, ric. n. 33158/96, causa Laino c. Italia, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), nella quale viene anche precisato che «nei casi che concernono lo status delle persone la "posta in gioco" diviene un criterio rilevante, nel senso che l'importanza e delicatezza della controversia impone una particolare diligenza in considerazione delle eventuali conseguenze che una lentezza eccessiva può comportare, in particolare, sul godimento del diritto al rispetto della vita familiare».

contribuire alla sua definizione»<sup>301</sup>. Ma, accanto ai criteri di relativizzazione della irragionevole durata del processo, il legislatore nazionale ha ritenuto di dover fissare dei “tetti di durata massima”, superati i quali, deve ritenersi violato l’art. 6 CEDU. L’art. 2, comma 2 bis dispone, infatti, che «si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità. Si considera rispettato il termine ragionevole se il procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni». Tra i commi 2 e 2 bis non v’è incompatibilità: la lettura combinata di essi lascia chiaramente intendere che il giudice, nel valutare la fondatezza o meno della domanda di indennizzo, deve sicuramente tenere conto dell’oggetto del processo, del comportamento delle parti, etc., ma la valutazione di tali criteri non potrà, in ogni caso, giustificare una durata superiore ai limiti di durata predeterminati al comma 2 bis; nondimeno, «si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni».

**6. La negata cumulabilità dei ritardi nel procedimento e nel processo amministrativo nei più recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale. Il distinguo tra procedimenti amministrativi ante e post legge sul procedimento amministrativo: la sostenuta rilevanza del fattore temporale soltanto in presenza di una norma giuridica che prescriva un termine di conclusione del procedimento.**

Nonostante l’introduzione di un’apposita legge, i ritardi del processo italiano continuano ad essere una costante. La irragionevole durata del processo può talora essere causata dalla

<sup>301</sup> Tra i moltissimi contributi dedicati alla ragionevole durata del processo si rinvia a: BUONOMO F., L’equo processo tra modifica costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, in Doc. giust., 2000, I, pp. 161 ss.; CHIAVARIO M., Art. 6 Diritto ad un equo processo, in BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G. (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001, pp. 256 ss.; VENTURELLI A., Danno per irragionevole durata del processo, in Danno e resp., 2006, XI, pp. 1061 ss.; ANDOLINA I., Il “giusto processo” nell’esperienza italiana e comunitaria, in Mediterranean Journal of Human Rights, 2008, XII, pp. 33 ss.; SANNA C., La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei, Milano, 2008; ANSANELLI V., Violazione dell’equo processo, rimedi processuali e ruolo del giudice, in Dir. pubbl. comp. eu., 2009, I, pp. 441 ss.; DE SANTIS DI NICOLA F., Durata ragionevole e rimedio effettivo. La riforma della legge Pinto, Napoli, 2012; GENOVESE A., Contributo allo studio del danno da irragionevole durata del processo, Milano, 2012; ALLENA M., Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), 2014.

irragionevole durata di un procedimento amministrativo. Così, ad exempli causa, si può pensare al caso in cui la p.a. non adotti entro il termine di trenta giorni il provvedimento conclusivo del procedimento iniziato dietro istanza di parte (magari adducendo delle proditorie integrazioni documentali per fini solo dilatori). La parte istante si determina, così, a proporre ricorso avverso il silenzio, il quale viene accolto. Malgrado la relativa sentenza passi in giudicato, la p.a. non si determina ad ottemperare spontaneamente al dictum giudiziale, così da costringere la parte vittoriosa ad instaurare un giudizio di ottemperanza. È per questi casi che si è posto il problema (di non poco conto) se debba farsi rientrare nel computo della irragionevole durata del processo anche il ritardo nel procedimento amministrativo. Si tratta di una questione estremamente attuale, affrontata soltanto di recente dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali, segnatamente, sono state chiamate a stabilire: «se la L. n. 89 del 2001, stabilendo con il richiamo dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU che ogni persona ha diritto a che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente e ragionevolmente da un tribunale indipendente ed imparziale, faccia riferimento all'esercizio della funzione giurisdizionale ed escluda perciò la possibilità di tener conto anche del preventivo svolgimento di un procedimento amministrativo, oppure consenta di considerare la durata di tale procedimento, a seconda del fatto che per esso sia normativamente previsto o no un termine di durata».

Giova riferire che, prima dell'intervento del giudice di legittimità nella sua più autorevole composizione, erano venuti consolidandosi due opposti orientamenti giurisprudenziali. Un primo orientamento, considerando che l'art. 2, comma 2, L. n. 89/2001 prescrive che, nell'accertare la violazione del principio della ragionevole durata del processo, debba considerarsi, tra l'altro, il comportamento non solo delle parti e del giudice, ma anche quello di ogni altro soggetto chiamato nel processo stesso, e muovendo dall'assunto che nel novero di tali soggetti siano da far rientrare «anche gli organi della Pubblica Amministrazione in tutti quei casi nei quali il previo esperimento di un procedimento amministrativo sia imposto quale condizione necessaria perché il giudizio possa aver luogo», giungeva ad ammettere la possibilità di sommare, ai fini del computo dell'irragionevole durata del processo, anche il tempo del procedimento amministrativo<sup>302</sup>. Di

<sup>302</sup> Cass., Sez. I, 2 novembre 2004, n. 21045, in *Dir. e form.*, 2005, p. 23. Ancora più incisivamente, Sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2618, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, ha precisato, mediante l'impiego di una argomentazione più esaustiva, che tra le autorità chiamate a contribuire alla definizione del processo «va ricompresa anche quella eventualmente chiamata a trattare una fase amministrativa necessaria, che preceda il giudizio ed il cui esaurimento sia condizione perché il giudizio stesso possa poi aver luogo. Tale principio è destinato tuttavia a trovare applicazione solo quando per detta fase amministrativa preliminare non sia previsto alcun termine di espletamento, con il conseguente rischio

contro, un opposto orientamento era nel senso di negare la possibilità di sommare il tempo del procedimento amministrativo con quello del processo in ragione del fatto «che il processo, cui la norma CEDU e quella nazionale applicativa fanno riferimento, è solo quello giurisdizionale, mentre il procedimento amministrativo che lo preceda, anche nei casi in cui il relativo esperimento sia obbligatorio, ne costituisce soltanto un presupposto»<sup>303</sup>. Tra le due impostazioni, le Sezioni Unite hanno preferito la seconda, ritenendo maggiormente rispondente all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quell'approccio ermeneutico secondo cui la determinazione della durata del processo si traduce in una operazione algebrico-contabilistica nel compimento della quale l'autorità giudiziaria deve tenere in considerazione esclusivamente l'estensione dell'entracte temporale che ha scandito il perfezionarsi dei soli atti ed attività compiuti dinanzi agli organi giurisdizionali. Al fine di stabilire se la vicenda processuale sia stata contraddistinta da una durata irragionevole o meno, dunque, non assume alcuna rilevanza la durata del procedimento amministrativo che abbia preceduto l'instaurarsi del giudizio, allorché per esso non sia previsto un termine legale di conclusione.

Poiché l'art. 2 della L. n. 241/1990, nel positivizzare l'obbligo della p.a. di esercitare tempestivamente le prerogative di cui è attributaria, ha fissato un termine generale nel rispetto del quale devono essere portati a conclusione i procedimenti amministrativi, la "computazione cumulativa" dei ritardi processuali e procedimentali rimane esclusa soltanto con riguardo ai procedimenti amministrativi iniziati in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge sul

---

del suo protrarsi indefinitamente e con la conseguente indebita compressione del diritto della parte ad ottenere risposta ad un'istanza di giustizia in tempo ragionevole; non quando, viceversa, la fase amministrativa che precede il vero e proprio giudizio sia regolata da uno specifico termine di durata, oggetto esso stesso di valutazione di adeguatezza da parte del legislatore e peraltro ragionevole: ipotesi, quest'ultima, nella quale la preventiva proposizione della domanda in sede amministrativa, ove richiesta, non appartiene al processo, né contribuisce alla sua definizione. Tale situazione ricorre nel caso di impugnazione davanti al giudice amministrativo del silenzio-rifiuto, essendo predeterminato dalla legge il termine decorso il quale il silenzio serbato dalla p.a., a fronte di un'istanza del privato, è equiparato ad un provvedimento di rigetto dell'istanza, avverso il quale all'interessato è dato ricorrere al giudice: sicché la ragionevole durata del conseguente giudizio deve essere vagliata unicamente con riferimento al tempo occorso per la definizione del giudizio medesimo, indipendentemente da quello allo spirare del quale si è giuridicamente formato il provvedimento di rigetto impugnato».

<sup>303</sup> In tal senso, tra le tante Cass., Sez. I, 28 maggio 2010, n. 13088, in Giust. civ. Mass., 2011, p. 2145, secondo cui l'art. 6, par. 1, convenzione europea dei diritti dell'uomo «fa riferimento all'esercizio della funzione giurisdizionale ed esclude, pertanto, la possibilità di tener conto anche del preventivo svolgimento di un procedimento amministrativo, indipendentemente dal fatto che per esso sia previsto o meno un termine di durata. Il procedimento amministrativo, infatti, quand'anche abbia ad oggetto la stessa pretesa fatta valere successivamente in via giurisdizionale, costituisce un mero presupposto dell'azione giudiziaria, ma non appartiene al processo, né contribuisce alla sua definizione, essendo preordinato soltanto alla definizione della pretesa in via amministrativa»; In senso analogo Cass., Sez. I, 21 aprile 2006, n. 9411, in Giust. civ. Mass., 2006, p. 4.

procedimento amministrativo. L'attuale esistenza di un riferimento normativo che prescrive un preciso termine di conclusione del procedimento ha perciò indotto la giurisprudenza di legittimità a ritenere che solo i procedimenti avviati sotto il vigore della predetta legge possano essere inficiati da un vizio di intempestività e, di conseguenza, che solo i ritardi di questi sarebbero cumulabili con quelli del processo. All'opposto, i procedimenti amministrativi iniziati prima dell'entrata in vigore della legge del 1990, quindi in mancanza di una norma che ne prescrivesse i termini di conclusione, dovrebbero considerarsi acronometrici e, per l'effetto, immuni dal "rischio" di avere una durata irragionevole; in ordine agli stessi, pertanto, non si porrebbe alcun problema non soltanto di cumulabilità dei ritardi procedurali e processuali, ma, ancor di più, di ragionevole durata. Insomma, il giudice non sarebbe autorizzato a chiedersi - neppure in via incidentale - se la loro eccessiva durata sia stata fonte di pregiudizi: dal momento che il legislatore, prima dell'entrata in vigore della legge del 1990, non aveva avvertito la necessità di normativizzare il fattore tempo, il giudice risulterebbe costretto, dalle rigide maglie di una (ormai superata) *vacatio legis*, ad escludere ogni approccio volto ad attribuire rilevanza al tempo impiegato dalla p.a. per giungere all'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento<sup>304</sup>.

**7. Le argomentazioni sviluppate della giurisprudenza di legittimità: ambigue, ma (tendenzialmente) compatibile con la sussumibilità del procedimento amministrativo nell'art. 6 CEDU e nella L. n. 89/2001. Critica: la contrarietà delle interpretazioni di segno opposto agli insegnamenti della Corte EDU, nonché alla dimensione «processualizzata» del moderno procedimento amministrativo e la ignorata correlazione tra il diritto ad una buona amministrazione, il diritto ad un ricorso effettivo con il diritto allo sviluppo.**

Le impostazioni dogmatiche ed argomentative adombrate dalla recente giurisprudenza di

---

<sup>304</sup> Sez. Un., 25 febbraio 2014, n. 4429, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2014, ha affermato che «non è computabile, ai fini della determinazione della durata del processo, quella del procedimento amministrativo che lo abbia preceduto quando il preventivo esperimento sia normativamente prescritto, senza predeterminazione di un termine massimo e lo stesso si sia svolto prima dell'entrata in vigore della L. 7 agosto 1990, n. 241 (prevedente all'art. 2 un termine massimo generalizzato, per i casi non regolati da particolari disposizioni, di gg. 30), non partecipando siffatti procedimenti della natura giurisdizionale del processo, che secondo la normativa in precedenza citata è soltanto quello che si svolge davanti ad un giudice».



legittimità devono essere sottoposte a critica: le Sezioni unite, infatti, hanno assunto un posizione ambigua ed oscurantista in ordine al profilo inerente all'applicabilità della legge Pinto anche al procedimento amministrativo.

L'ambiguità discende dalla circostanza che le stesse Sezioni unite, nell'elaborare i principi di massima che dovrebbero sovrintendere alla risoluzione della questione, sono giunte ad inserire un "ingrediente" che, anziché schiarire le idee dell'operatore giuridico, ha reso il quadro ancora più torbido di quanto già non fosse. Si tratta di un approccio che tradisce il disagio e l'insicurezza avvertiti, probabilmente, dalla giurisprudenza di legittimità. Ed è per questo che nessuna vera decisione può dirsi, effettivamente, assunta. Non si può negare che, nell'accordare prevalenza alla tesi che nega, al procedimento amministrativo, qualunque rilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU e della L. n. 89/2001, ci si sarebbe dovuti attendere (almeno su un piano rigorosamente logico-consequenziale) che le stesse Sezioni unite fossero giunti a sancire, in modo categorico, che la ragionevole durata del processo costituisce un aspetto di esclusivo interesse del potere giurisdizionale.

Dopo essere stata accordata una preferenza (soltanto apodittica) a quell'interpretazione restrittiva che si è già avuto modo di descrivere, sono state formulate delle conclusioni che si pongono, all'evidenza, in aperto ed insanabile contrasto con la premessa iniziale. Senza dover procedere a sfiancanti operazioni esegetiche, stabilire che «in tema di equa riparazione per il superamento del termine di ragionevole durata del processo non è computabile, ai fini della determinazione della durata del processo, quella del procedimento amministrativo che lo abbia preceduto quando il preventivo esperimento sia normativamente prescritto, senza predeterminazione di un termine massimo e lo stesso si sia svolto prima dell'entrata in vigore della L. 7 agosto 1990, n. 241» e, conseguentemente, che «sono invece computabili, ai fini della suddetta ragionevole durata, le protrazioni del processo determinate dall'operato di altri soggetti istituzionali, comunque incidenti sul relativo corso», equivalga ad affermare che, almeno i procedimenti amministrativi iniziati dopo l'entrata in vigore della L. n. 241/90, debbano essere computati ai fini della determinazione della irragionevole durata di un processo. Ecco che allora delle due, l'una: o si nega che il procedimento amministrativo abbia rilevanza in tema di equa riparazione per il superamento del termine di ragionevole durata del processo, oppure si giunge ad ammettere ciò. Occorre, perciò, chiedersi: può essere accolta la tesi secondo cui non assumono rilievo le lungaggini del procedimento amministrativo che abbia preceduto l'instaurarsi di un giudizio? e

in caso di esito negativo, può essere condivisa l'impostazione che, distinguendo tra procedimenti amministrativi ante e post L. n. 241/90, ritiene computabili soltanto i secondi?

La soluzione del primo è negativa. Al fine di controbattere a quelle possibili speculazioni dottrinali che, servendosi dell'ambiguità delle argomentazioni contenute nella sentenza n. 4429/2014, dovessero continuare a negare la cumulabilità dei ritardi processuali e procedurali, è comunque opportuno evidenziare quali sono i principi e le categorie dogmatiche che risulterebbero altrimenti violati.

Innanzitutto, teorie di questo tipo ignorerebbero il costante insegnamento della Corte EDU, secondo il quale l'art. 6 EDU è applicabile anche ai procedimenti amministrativi. Tale articolo dispone che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti». Nonostante ad una prima rapida lettura, sembrerebbe doversi negare qualunque possibilità di rinvenire un collegamento con il processo amministrativo e, ancor più, con il procedimento amministrativo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha attribuito alle nozioni di «tribunale», di «accusa penale» e di «diritti e obbligazioni civili» un significato del tutto autonomo rispetto a quello riconosciuto alle stesse nei singoli Stati firmatari. In tal modo, la parola «tribunale» è stata intesa come qualsiasi autorità pubblica, dunque anche un'autorità amministrativa<sup>305</sup>, chiamata a decidere un'accusa penale ovvero idonea ad incidere significativamente e con efficacia vincolante su un diritto civile. In linea con tale prospettiva, anche le nozioni di «accusa penale» e di «diritti di carattere civile» sono state intese dalla Corte di Strasburgo in senso sostanziale e non meramente formale. Quanto alla nozione di «accusa penale», vengono ormai ricondotte alla stessa diverse misure di carattere punitivo capaci di incidere pesantemente nella sfera soggettiva degli individui coinvolti, a prescindere dalla qualificazione (penale ovvero amministrativa) che ricevano in un determinato ordinamento; sono state così trattate nella materia «penale» anche le sanzioni amministrative pecuniarie disciplinate

<sup>305</sup> CEDU, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79, causa Öztürk c. Germania, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), secondo cui «non è in contrasto con le norme della Convenzione la scelta di attribuire la competenza di istruire e giudicare casi legati a illeciti «penali» minori ad autorità di carattere amministrativo, a condizione che l'interessato possa sottoporre ogni decisione contraria alla revisione di un tribunale che offra le garanzie previste dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo»; in senso analogo CEDU, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, causa Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia, ibidem.

in Italia dalla legge n. 689/1981 e quelle (più modeste) derivanti dalla violazione di norme sulla circolazione stradale nonché, quelle irrogate dalle autorità amministrative indipendenti<sup>306</sup>. D'altro canto, pure l'espressione «diritti di carattere civile» è stata considerata idonea a ricomprendere qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, indipendentemente dalla qualificazione che essa riceva in tale sede, ivi compresi gli interessi legittimi<sup>307</sup>. Ne discende che «l'interpretazione autonoma delle nozioni di tribunale», di accusa penale e di diritti di carattere civile ha consentito alla Corte di Strasburgo di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU ben oltre la materia civile e penale e ben oltre il piano processuale, fino a ricomprendervi una molteplicità di procedimenti amministrativi (in genere disciplinati, nel nostro ordinamento, dalla legge n. 241 del 1990)<sup>308</sup>. Nondimeno, la teoria volta a negare la possibile applicazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo anche al procedimento amministrativo si pone in aperto contrasto anche con quanto sostenuto, ormai da tempo, dalla dottrina che ha evidenziato la simbiotica e indissolubile commistione tra processo e procedimento amministrativo. I più attenti studiosi del

<sup>306</sup> CEDU, 26 marzo 1982, ric. n. 8269/78, causa Adolf c. Austria, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), ove si è affermato che

«il concetto di “accusa penale” ha un significato “autonomo”, indipendente dalle distinzioni e classificazioni giuridiche elaborate in seno agli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri»; 8 giugno 1976, ric. nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, causa Engel and others c. Olanda, in *ibidem*. Per il tramite di questa pronuncia, vengono individuati i criteri che (a prescindere dalla qualificazione formalmente penale della controversia) giustificano il rispetto dei parametri fissati nell'art. 6 CEDU. Essi sono: i) classificazione giuridica dell'ordinamento interno; ii) natura dell'illecito; iii) severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere. Con riguardo al primo criterio, quando l'ordinamento interno classifica l'illecito come penale, non è necessario compiere ulteriori approfondimenti. Diversamente, la Corte dovrà andare oltre la classificazione nazionale e valutare in concreto gli aspetti sostanziali della procedura. Nell'applicare il secondo criterio, che è ritenuto il più importante, deve essere considerato se la norma interna è diretta soltanto ad uno specifico gruppo o categoria oppure se ha carattere vincolante erga omnes; se il procedimento è stato istruito da una pubblica autorità, cui sono attribuiti per legge poteri autoritativi; se la norma giuridica di riferimento ha funzione repressiva o deterrente; se l'irrogazione della sanzione dipende dall'accertamento della responsabilità; la classificazione dei procedimenti analoghi negli altri Stati membri del Consiglio d'Europa. Infine, il terzo criterio va apprezzato in relazione al massimo edittale della sanzione prevista dalle norme interne rilevanti e applicabili al caso concreto.

<sup>307</sup> CEDU, 5 ottobre 2000, ric. n. 33804/96, causa Mennitto c. Italia, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu).

<sup>308</sup> Ancora più incisivamente, a confermare in maniera irrefutabile che l'art. 6 CEDU è applicabile al procedimento amministrativo e non soltanto al processo concorrono tutta una serie di pronunce della Corte di Strasburgo. Così, CEDU, 25 agosto 1987, ric. n. 9912/92, causa Lutz c. Germania, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu), è stata riconosciuta l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi previsti in materia di violazioni del codice della strada punibili con la multa o con restrizioni alla circolazione; CEDU, 2 settembre 1998, ric. n. 26138/95, causa Lauko c. Slovacchia, *ibidem*, ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativo predisposti per la repressione degli illeciti per il disturbo della quiete pubblica; CEDU, 4 marzo 2008, ric. n. 11529/02, causa Hüseyin Turan c. Turchia, *ibidem*, con la quale è stata riconosciuta l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi atti a reprimere le violazioni della legislazione in materia di previdenza sociale. Per un approfondimento dottrinale sull'argomento si rinvia a: ALLENA M., Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale, cit., 2014.

procedimento amministrativo, invero, non hanno tardato a notare che, «dopo la modifica introdotta dalla L. n. 15 del 2005, si può ragionevolmente pensare che la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo ha raggiunto un grado di efficienza paragonabile al contraddittorio nelle varie forme del processo. Quelle consistenti differenze tra processo e procedimento sottolineate da Feliciano Benvenuti oggi sono un pò meno evidenti; la partecipazione del cittadino è divenuta meno eventuale e più necessaria. Si può dunque ragionevolmente affermare che, salve le peculiarità, intrinseche della disciplina processualistica e di quella procedimentale, entrambe tendono a garantire il risultato finale, la decisione e il provvedimento, previo contemperamento con la tutela delle garanzie partecipative e del contraddittorio che almeno sostanzialmente»<sup>309</sup>. Le garanzie partecipative riconosciute al cittadino coinvolto in un procedimento amministrativo dagli artt. 7, 8, 9, 10 e 10 bis della L. n. 241/1990, assieme all'obbligo di concludere il procedimento entro un termine predeterminato ai sensi dell'art. 2 e, non ultimo, l'obbligo di motivazione del provvedimento ex art. 3 della medesima legge hanno avvicinato, in misura notevolmente marcata, la struttura del procedimento a quella del processo; non può che essere condiviso che «l'idea di partecipazione del cittadino al farsi del procedimento, che contiene in sé sia il contraddittorio procedimentale, sia l'accesso all'istruttoria e ai suoi atti, sia il controllo per il tramite della motivazione, ha realizzato quell'auspicato avvicinamento dei profili strutturali e funzionali tra procedimento e processo, al punto tale che, oggi, può affermarsi che non può esservi giusto processo se non v'è, dapprima, un giusto procedimento»<sup>310</sup>. Va da sé che se l'art. 6 CEDU (come interpretato dalla Corte di Strasburgo) è da intendersi riferito, non soltanto al processo, ma anche al procedimento amministrativo, ad analoghe conclusioni deve giungersi con riguardo allo strumento con il quale l'Italia vi ha dato attuazione: la legge n. 89/2001.

A confermare la fondatezza delle osservazioni sin qui svolte concorrono anche gli art. 41 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 e la Dichiarazione ONU sul diritto allo sviluppo del 1986. Si tratta di disposizioni interrelate tra loro che, se lette in combinazione, sono idonee a disvelare quanto l'amministrazione pubblica e la giustizia possono incidere sul diritto allo sviluppo, riconosciuto come diritto fondamentale dell'uomo. L'art. 41

<sup>309</sup> MACCARI L., Contraddittorio processuale, partecipazione procedimentale, giusto processo e giusto procedimento, in PERFETTI L. R. (a cura di), *Procedura, procedimento processo*. Atti del Convegno di Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010, pp. 353 ss.

<sup>310</sup> PERFETTI L. R., *Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1995, pp. 160 ss.

della Carta di Nizza ha determinato la trasformazione della buona amministrazione da principio a diritto<sup>311</sup>. Esso, dopo aver disposto che «ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione», individua i singoli diritti nei quali si snoda quello ad una buona amministrazione, stabilendo che «tale diritto comprende in particolare: il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale, l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni». Il legislatore europeo, sempre nell'ottica di allineare le caratteristiche del procedimento amministrativo a quelle del processo, ha fatto così rientrare nel diritto ad una buona amministrazione la necessità che le questioni che riguardano il cittadino siano trattate dalla p.a. entro un termine ragionevole; un richiamo, quello alla ragionevole durata, che non poteva mancare nell'elaborazione normativa del diritto a un

<sup>311</sup> Sul diritto ad una buona amministrazione v'è una notevole produzione scientifica: BIFULCO R., Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione, in BIFULCO R. – CARTABIA M. – CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp. 284 ss.; MARZUOLI C., *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in VETTORI G. (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, pp. 255 ss.; SANTINI F., *Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (nota a Trib. I grado Ce, 30 gennaio 2002, n. 54/99), in *Giur. it.*, 2002, pp. 1792 ss.; ZITO A., *Il diritto ad una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, pp.

425 ss.; RAPELLI V., *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004; RESTA D., *Buona amministrazione e costituzione europea*, in CELOTTO A. (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, pp. 77 ss.; CHITI M.P., *Il principio di buona amministrazione*, in CHITI M.P. – FRANCHINI C. – GNES M. – SAVINO M. – VERONELLI M., *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, 2005, pp. 39 ss.; GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2005, pp. 819 ss.; TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M.P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, pp. 49 ss.; CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione* (Relazione alla giornata sul diritto ad una buona amministrazione per il 25° anniversario della legge “Sindic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009), in *www.irpa.eu*, 2009; PERFETTI, L.R., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 352 ss.; CAPUTI JAMBREGHI M.T.P., *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie* (a proposito di “class action” all'italiana), in *www.giustamm.it*, 2010; GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 601 ss.; GIUFFRIDA A., *Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012; GALETTA D.U., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2013, pp. 133 ss.; ID., *Il diritto ad una buona amministrazione fra diritto UE e diritto nazionale e le novità dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in CIVITARESE S. – MATTEUCCI F. – GUARRIELLO P. (a cura di), *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, pp. 71 ss.

ricorso effettivo ex art. 47 della Carta di Nizza, ove si dispone che «ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge».

Il mancato rispetto di tali diritti fondamentali è idoneo ad incidere su un ulteriore diritto dell'uomo: il diritto allo sviluppo. L'Assemblea generale delle Nazioni Unite, riconoscendo che «lo sviluppo è un ampio processo economico, sociale, culturale e politico, che mira al costante miglioramento del benessere dell'intera popolazione e di tutti gli individui sulla base della loro attiva, libera e significativa partecipazione allo sviluppo e nell'equa distribuzione dei benefici che ne derivano» ha adottato, con la risoluzione 41/218 del 4 dicembre 1986, la Dichiarazione sul diritto allo sviluppo del 1987<sup>312</sup>. Tra le misure necessarie che lo Stato deve prendere al fine di realizzare tale diritto (in particolar modo, quello economico) rientrano, a rigore, quelle tese a migliorare gli aspetti organizzativi e funzionali della pubblica amministrazione e della giustizia nazionale, così da incidere positivamente sui parametri dell'efficienza e dell'efficacia, che possono essere sussunti nella clausola della «ragionevole durata» del procedimento, come del processo.

**8. La regola della legge che dispone per l'avvenire e la sua «eclissi» in materia di diritti fondamentali. La natura atemporale dei diritti dell'uomo e la loro possibile tutela retroattiva quando sussista un'adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si violino altri valori costituzionali. La più autorevole "testimonianza storica" della tutela retroattiva dei diritti fondamentali nel processo di Norimberga.**

<sup>312</sup> Per completezza espositiva è bene precisare che all'art. 1 della risoluzione del 1986 viene chiarita, innanzitutto, la natura e la portata di tale diritto, stabilendosi che «il diritto allo sviluppo è un diritto umano inalienabile in virtù del quale ogni persona umana e tutti i popoli sono legittimati a partecipare, a contribuire e a beneficiare dello sviluppo economico, sociale, culturale e politico, in cui tutti i diritti umani e tutte le libertà fondamentali possano essere pienamente realizzati». Quanto poi ai profili soggettivi, l'art. 2, par. 1, dopo aver individuato il soggetto attivo nella persona umana, definita come « il soggetto centrale dello sviluppo che deve essere partecipe attivo e beneficiario del diritto allo sviluppo », identificata il soggetto passivo negli Stati, i quali « hanno il diritto e il dovere di elaborare appropriate politiche di sviluppo nazionale che mirino al costante miglioramento del benessere dell'intera popolazione e di tutti gli individui, sulla base della loro attiva, libera e significativa partecipazione nello sviluppo e nella equa distribuzione dei benefici che ne risultano »; un diritto-dovere che si sostanzia, specificamente, nel « prendere, a livello nazionale, ogni necessaria misura per realizzare il diritto allo sviluppo ». In dottrina, sull'argomento, si v. MARCHISIO S., Diritto allo sviluppo, in FLORES M. (a cura di), Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione, I, Torino, 2007, pp. 441 ss.



Si è detto che, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo deve intendersi dotato di una «forza espansiva» che, di là dal rimanere impantanata nel dato meramente letterale della norma, gli consente di attrarre nel suo alveo anche il procedimento amministrativo. In effetti, le Sezioni unite non sembrano mettere (esplicitamente) in discussione la riferibilità dell'art. 6 CEDU alla categoria del procedimento amministrativo. Esse, invero, hanno ritenuto maggiormente aderente alle categorie dogmatiche e ai principi ispiratori del sistema amministrativo italiano la tesi che nega qualsiasi rilievo, ai fini della determinazione della ragionevole durata della vicenda processuale, al procedimento amministrativo. Tuttavia, nel sancire che sono «computabili, ai fini della ragionevole durata, i tempi occorsi per l'espletamento di attività endoprocessuali, riferibili ad organi dell'apparato giudiziario e ad ausiliari del giudice, nonché le protrazioni del processo determinate dall'operato di altri soggetti istituzionali, comunque incidenti sul relativo corso», le Sezioni unite hanno tentato di aggiustare il tiro. Indubbiamente avrebbero potuto porsi in perfetta linea con l'orientamento, avvalorato dalla Corte Edu, secondo cui la durata irragionevole del procedimento amministrativo non può essere ignorata tutte le volte in cui la competente autorità giudiziaria sia chiamata a valutare la fondatezza di una domanda tesa ad ottenere la riparazione dei pregiudizi patiti a causa della violazione, da parte del giudice italiano, della norma contenuta nell'art. 6 CEDU. Sennonché, l'enunciazione soprariportata, resa a mò di obiter dictum, perde ogni valenza logica e giuridica in quanto manifestata soltanto dopo che è stata sostenuta la rilevanza, ai fini dell'accertamento della violazione della ragionevole durata del processo, dei soli procedimenti amministrativi avviati successivamente all'introduzione della L. n. 241/90.

Ne discende la necessità di esaminare, funditus, la questione (di più elevato tasso di difficoltà) concernente la legittimità/ammissibilità della linea di discriminare tra procedimenti amministrativi ante e post legge n. 241/1990. Può davvero ritenersi che, nella determinazione della irragionevole durata di un processo, assumano rilievo soltanto i ritardi registratisi nei procedimenti amministrativi successivi alla legge n. 241 cit. e non anche quelli registratisi nei procedimenti antecedenti? L'interrogativo si inserisce nell'ampio tema del «diritto intertemporale» applicabile al procedimento amministrativo. Nell'attuale contesto giuridico- istituzionale l'attività di produzione delle leggi viene esercitata in modo schizofrenico e maniaco- compulsivo. La dottrina è giunta, infatti, ad affermare che «la crescita ipertrofica del numero delle leggi e dei regolamenti (regulatory inflation), dei carichi regolativi (regulatory costs) che gravano sulle attività di



cittadini, imprese e amministrazioni pubbliche e la complessità degli adempimenti burocratici (compliance costs) imposti per assicurare e verificare il rispetto di tali regolazioni costituiscono uno dei fattori più rilevanti della crisi di competitività dei sistemi economici»<sup>313</sup>. Non si fa neppure in tempo a comprendere appieno la portata di un testo di legge, che questo viene sostituito da un altro avente, magari, un contenuto nettamente distinto (se non anche antitetico) rispetto al primo.

Dinanzi all'inflazione legislativa, la tematica dello *ius superveniens* nel procedimento amministrativo in corso non poteva non costituire un oggetto privilegiato attorno al quale è venuto sviluppandosi un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale, dal quale dal dibattito sono emerse due opposte teoretiche: quella incentrata sul principio “*tempus regit actum*” e quella che, invece, si fonda sul principio “*tempus regit actionem*”. I sostenitori della prima ritengono che ogni atto o fase del procedimento amministrativo trova disciplina nelle disposizioni di legge o di regolamento vigenti alla data in cui ha luogo ciascuna sequenza procedimentale, con la conseguenza che non possono essere ignorate le mutazioni normative che sopravvengono quando la singola fase procedimentale non è ancora stata conclusa. Poiché l'assetto normativo non può essere minimamente considerato cristallizzato già nella c.d. fase di iniziativa del procedimento amministrativo, la «disciplina di ciascun fatto e di ciascun stato di fatto va cercata nella disciplina del tempo in cui si verifica»<sup>314</sup>. Su posizioni opposte si attestano coloro secondo cui «il procedimento fissa e prenota sin dall'inizio la propria disciplina»<sup>315</sup>, di guisa che il procedimento

<sup>313</sup> BASSANINI F. – PAPARO S. – TIBERI G., Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione, in TORCHIA L. – BASSANINI F. (a cura di), Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese, in Rass. Astrid., XI, 2005, pp. 1 ss.

<sup>314</sup> SANDULLI A. M., Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989, p. 96. In giurisprudenza, tra le pronunce più recenti, Cons. St., Sez. V, 12 maggio 2015, n. 2356, in Red. Giuffrè amm., 2015, in cui si è affermato a chiare lettere che «il procedimento amministrativo è regolato dal principio *tempus regit actum* e ciò comporta che la legittimità di un provvedimento va valutata in relazione alle norme vigenti al tempo in cui lo stesso è adottato, in relazione agli interessi sostanziali tutelati in quella fase del procedimento»; in senso analogo anche Sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525, in Riv. giur. ed., 2014, p. 1271.

<sup>315</sup> COMPORTI G. D., *Tempus regit actionem*. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi, Torino, 2001, p. 84. In senso analogo PORTALURI P., La regola estrosa: note su procedi memento amministrativo *ius supeveniens* (Relazione presentata al 7 Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile (SISDiC) svoltosi a Capri il 12-13-14 aprile 2012 su Diritto intertemporale e rapporti civilistici), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2012, il quale esordisce sostenendo che il «diritto vivente neghi la vigenza del c.d. principio *tempus regit actum*». All'affermazione segue un'analisi delle fattispecie nelle quali la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di escludere l'operatività di tale principio in luogo di quello “*tempus regit actionem*”. In proposito vengono richiamati i procedimenti amministrativi di tipo selettivo (gare in materia di appalti pubblici e concorsi pubblici) con riferimento ai quali, in effetti, la giurisprudenza (per tutte, Cons. St., Ad. pl., 24 maggio 2011,

deve essere governato, senza che nessun rilievo possa essere accordato alle modificazioni sopravvenute, dalle sole norme vigenti nel momento in cui l'esercizio del potere amministrativo (d'ufficio o su istanza di parte) ha avuto inizio.

Lo studio delle dinamiche giurisprudenziali disvela che viene riconosciuta prevalenza alla tesi "tempus regit actum". Emblematica, per eleganza stilistica e linearità espositiva, risulta essere una recente pronuncia nella quale si è precisato che «la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare la normativa in vigore al momento dell'adozione del provvedimento definitivo, ancorché sopravvenuta, e non già quella in vigore al momento dell'avvio del procedimento, salvo che espresse disposizioni normative stabiliscano diversamente, atteso che deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio; di conseguenza la legittimità del provvedimento finale adottato dall'Amministrazione deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo in cui è stato adottato il provvedimento finale, e non al tempo di presentazione della domanda da parte del privato se il procedimento non è iniziato

---

n. 9, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2011, p. 989) ha affermato che «secondo i principi in tema di "ius superveniens", in materia di pubblici concorsi, le disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure "in itinere" alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio "tempus regit actum" attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella "lex specialis", non modificano, di regola, i concorsi già banditi a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse». La distinzione e la relazione esistente tra i due principi sono descritti da T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1 ottobre 2007, n. 1420, in Dir. e giur. agr., 2008, p. 510, nella quale è dato leggere che «l'applicabilità delle norme nell'ambito del procedimento amministrativo è regolata dal principio tempus regit actum, con la conseguenza che ogni atto o fase del procedimento trova disciplina nelle disposizioni di legge o di regolamento vigenti alla data in cui ha luogo ciascuna sequenza procedimentale. Il principio del tempus regit actionem, per effetto del quale il procedimento deve essere governato dalle norme vigenti nel momento in cui l'azione amministrativa ha avuto inizio, sviluppato dalla giurisprudenza con riferimento alle procedure concorsuali in itinere, non è correlato al superamento del tradizionale principio tempus regit actum, ma risulta, piuttosto, coerente espressione del principio stesso. L'applicazione di quest'ultimo, infatti, attiene a sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, mentre trova applicazione il principio del tempus regit actionem ad attività interamente disciplinata dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Lo ius superveniens è pertanto pienamente operativo con riguardo a procedimenti suddivisi in varie fasi coordinate, dotate di una certa autonomia, salvo che incida su situazioni giuridiche già consolidate».

La teoria "tempus regit actionem", sostenuta dal Comporti, è stata sottoposta ad una critica parziale da parte di MERUSI F., La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio, in Dir. amm., 2012, p. 539, il quale, assumendo una posizione intermedia tesa a non prediligere, in maniera assoluta, nessuno dei due principi, ha affermato che «sarebbe il principio dell'affidamento a "reggere" il tempo del procedimento», così che la legge in vigore al momento dell'inizio del procedimento continuerà ad applicarsi sino a quando l'affidamento che gli interessati hanno posto sulla stabilità di quel quadro normativo possa considerarsi meritevole di tutela.

d'ufficio»<sup>316</sup>. Quanto sin qui detto lascia desumere che – in linea di principio – i sopravvenuti mutamenti normativi destinati ad incidere sulla disciplina di un procedimento amministrativo già concluso non possono trovare, in alcun modo, applicazione retroattiva. In aderenza a tale assunto si dovrebbe concludere, quindi, che la giurisprudenza di legittimità ha fatto bene ad espungere dal novero dei procedimenti da concludere obbligatoriamente entro un preciso termine tutti quelli instaurati ed esauriti quando non era ancora entrata in vigore la L. n. 241/90. Dalla atemporalità di tali procedimenti deriverebbe l'impossibilità di collocarli nell'ambito della legge Pinto; sarebbe da escludere la possibilità di computare i ritardi che hanno inficiato tali procedimenti con quelli registratisi nel processo successivamente celebratosi.

Tale impostazione sconta – a nostro avviso – tutta la sua debolezza quando viene in gioco un diritto fondamentale dell'uomo, qual è il diritto ad un «giusto procedimento amministrativo» ovvero ad «procedimento amministrativo equo». Ne discende la necessità di verificare, innanzitutto, se un siffatto diritto possa farsi rientrare tra i diritti fondamentali dell'uomo e, conseguentemente, individuare quali siano le opzioni ermeneutiche che possano essere accreditate in merito alla effettiva esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, di tale diritto. Una simile indagine si profila come necessaria in quanto i diritti fondamentali (essendo intimamente correlati all'uomo in quanto tale) rappresentano la massima realizzazione di valori senza tempo; essi debbono essere riconosciuti e garantiti in modo assoluto ed universale, così che nessuna fondatezza possono assumere quelle discettazioni che pretendono di assoggettare i testi normativi (nazionali e internazionali) che contemplan tali diritti al principio di irretroattività. Per essere espressione di valori senza tempo, i diritti fondamentali si collocano, rispetto ad ogni altra pretesa ed aspirazione giuridica, in una posizione che (senza costrizioni cronologiche) permette loro di invocare la riparazione di qualunque lesione causata da un fatto commesso in qualsiasi tempo. Si intuisce, allora, che soltanto inquadrando il «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» nel novero dei diritti fondamentali è possibile superare i tradizionali criteri “tempus regit actum” e “tempus regit actionem”, nonché confutare le argomentazioni impiegate dalla giurisprudenza di legittimità per affermare che la pretesa del cittadino di veder concludere, tempestivamente, il procedimento amministrativo che lo riguarda è degna al più di tutela soltanto dopo il 1990; solo in tal modo, insomma, potrà ritenersi applicabile anche a questo diritto l'eccezionale «principio

<sup>316</sup> Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1313, in Red. Giuffré amm., 2015.

di retroattività» in forza del quale i diritti fondamentali debbono essere garantiti e riconosciuti anche prima dell'entrata in vigore del testo giuridico che, espressamente, li preveda.

La fondatezza delle osservazioni testé svolte trova un sicuro ancoraggio nell'evoluzione dei diritti umani venuta a maturare, soprattutto, in ambito sovranazionale. È in uno dei processi più noti della storia dell'umanità che si è accordato usbergo giuridico all'applicazione del principio di retroattività in tema di diritti fondamentali: il processo di Norimberga. Con la fine del secondo conflitto mondiale – come risaputo – le quattro potenze vincitrici (Stati Uniti, Inghilterra, Francia e Unione Sovietica) convennero di firmare, nell'agosto del 1945, il c.d. Accordo di Londra, per il tramite del quale venne istituito il Tribunale Militare Internazionale di Norimberga al fine di processare e condannare i capi nazisti per i ributtanti crimini contro l'umanità commessi (durante tutto il periodo di governo del partito nazista) in danno, soprattutto, delle persone di origine ebraica. Sino a prima dell'istituzione del sopracennato Tribunale ad hoc, non era dato rinvenire dei testi giuridici che contenessero norme incriminatrici nelle quali sussumere le bestialità perpetrate dai nazisti, tant'è che autorevole dottrina ha ritenuto di poter affermare che, al tempo dell'istituzione del Tribunale di Norimberga, l'attività criminale dei nazisti «sfuggiva ad una precisa localizzazione giuridica»<sup>317</sup>. Il processo di Norimberga si svolse dal 20 novembre 1945 al 1 ottobre 1946; un periodo storico nel quale non era ancora stato adottato il testo finale della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (ciò che venne fatto il 10 dicembre 1948). Gli Stati firmatari dell'Accordo di Londra, per tal ragione, si videro costretti ad affrontare il non facile problema concernente l'individuazione delle norme giuridiche in forza delle quali punire le atrocità commesse dai nazisti; bisognava punire dei fatti commessi prima dell'8 agosto 1945, ma non c'era un trattato, una convenzione, un codice che punisse quel tipo di condotte. La soluzione all'empasse fu così trovata nell'elaborazione (in forza dell'art. 2 dell'Accordo di Londra) dello Statuto del Tribunale di Norimberga. In sostanza, assumendo, contestualmente, le vesti di legislatore e di giudice, le potenze vincitrici della seconda guerra mondiale istituirono il giudice competente e fornirono a questi il «testo normativo di riferimento» in relazione al quale esercitare la sua potestà cognitiva e decisoria. Fu nello Statuto che venne dichiarato, per la prima volta, che «opprimere o fare violenza a individui o a minoranze, per motivi politici, razziali o religiosi, sterminare, mettere in schiavitù e deportare le popolazioni civili, sono veri e propri delitti

<sup>317</sup> SGROI S., Il principio di retroattività e il processo di Norimberga, in *Dir. e quest. pubbl.*, III, 2003, pp. 318 ss.

internazionali, e gli individui sono responsabili di tali delitti». A bene vedere, quelli che poi avrebbero assunto, nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, il nomen iuris di diritto al rispetto della propria dignità umana<sup>318</sup> (art. 1), di diritto di eguaglianza<sup>319</sup> (art. 2), di diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza<sup>320</sup> (art. 3), di diritto a non essere sottoposto in schiavitù e servitù<sup>321</sup> (art. 4) e di diritto a non essere torturato<sup>322</sup> (art. 5), non erano contemplati in alcun documento (giuridicamente vincolante) nel momento in cui vennero processati gli autori di quei reati. Eppure questo non impedì di fare giustizia: le norme incriminatrici vennero create in un momento successivo alla materiale commissione di quei fatti criminosi. In sintesi: si ritenne possibile applicare retroattivamente delle norme che, ponendo determinate condotte, miravano a tutelare dei diritti fondamentali. Nonostante alcuni giuristi ritennero che «le accuse previste nello Statuto del Tribunale Internazionale di Norimberga non avrebbero potuto essere contestate perché all'epoca in cui erano accaduti i fatti non esisteva una legge penale internazionale che li considerasse delitti»<sup>323</sup>, la dottrina prevalente ritenne giusto, per non dire doveroso, applicare retroattivamente delle norme create a tutela di diritti fondamentali; financo il padre del positivismo giuridico si convinse del fatto che la «retroattività della legge loro applicata può difficilmente essere considerata come assolutamente incompatibile con la giustizia»<sup>324</sup>.

Ne consegue che la regola in base alla quale la legge non dispone che per l'avvenire (art. 11 disp. prel. cod. civ.), non può essere considerata assoluta. Oltre alle indicazioni che è possibile trarre dalla vicenda di Norimberga, ulteriori indizi circa la possibile retroattività delle norme tese a tutela dei diritti fondamentali discendono, infatti, anche dalla giurisprudenza costituzionale, la

<sup>318</sup> L'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani dispone che: «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza».

<sup>319</sup> Ai sensi dell'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani: «Ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione. Nessuna distinzione sarà inoltre stabilita sulla base dello statuto politico, giuridico o internazionale del paese o del territorio cui una persona appartiene, sia indipendente, o sottoposto ad amministrazione fiduciaria o non autonomo, o soggetto a qualsiasi limitazione di sovranità».

<sup>320</sup> L'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti umani sancisce che «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona».

<sup>321</sup> L'art. 4 della Dichiarazione universale dei diritti umani così recita: «Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù; la schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma».

<sup>322</sup> L'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti umani dispone che: «Nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti».

<sup>323</sup> MAYDA G., I dossier segreti di Norimberga, Milano, 1997, p. 319.

<sup>324</sup> KELSEN H., Il processo di Norimberga ed il diritto internazionale, in Nuovi studi politici, XIX, 1989, p. 110.

quale, dopo aver precisato che «ben può il legislatore conferire efficacia retroattiva»<sup>325</sup>, giunge ad ammettere, in modo inequivocabile, la possibile esistenza di norme con efficacia retroattiva, a condizione che «la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti»<sup>326</sup>. Ciò in quanto «il divieto di retroattività della legge - pur costituendo valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi - non è stato, tuttavia, elevato a dignità costituzionale, salva per la materia penale la previsione dell'art. 25 Cost.»<sup>327</sup>. Va da sé che, se i presupposti alla cui ricorrenza è considerata ammissibile l'esistenza di una norma avente efficacia retroattiva sono la ragionevolezza e il non contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente rilevanti, non è dubbio che – a maggior ragione – l'applicazione retroattiva di una legge addirittura si impone tutte quelle volte in cui, al contrario, essa risulta finalisticamente preordinata ad assicurare tutela ai valori e agli interessi previsti nella Carta costituzionale; in primis, i «diritti inviolabili dell'uomo» previsti all'art. 2.

**9. Dal fondamento costituzionale del «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» alla atemporalità dello stesso quale base giustificativa dell'applicazione retroattiva dell'art. 2 della L. n. 241/90: l'irrilevanza della distinzione tra procedimenti amministrativi ante e post legge n. 241/1990.**

A questo punto, chiarito che le esigenze di tutela dei diritti fondamentali possono giustificare l'applicazione retroattiva di una legge, occorre domandarsi se il diritto ad un giusto procedimento rientri tra i diritti ex art. 2 Cost.

La rilevanza costituzionale del «diritto ad un giusto procedimento» e, quindi, anche ad un procedimento che si concluda entro un termine ragionevole, ha formato oggetto di un dibattito ancora aperto. Come avvertito, il «procedimento amministrativo è connotato, di per sé, da una spiccata natura materialmente costituzionale»<sup>328</sup>, in quanto nei circuiti che compongono la procedura amministrativa scorre un fluido altamente infiammante (il potere amministrativo)

<sup>325</sup> Sentt. 7 giugno 1999, n. 229 e 9 ottobre 2000, n. 419, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>326</sup> Sent., 10 luglio 2002, n. 374, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>327</sup> Sent., 29 novembre 2004, n. 376, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>328</sup> BENVENUTI F., Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. trim. dir. pubbl., 1952, II, pp. 126 ss.



destinato ad incidere, in modo pressoché contestuale, su due “blocchi” di valori contemplati nella Carta costituzionale e sovente coinvolti in rapporto di inevitabile tensione/contrapposizione: i diritti fondamentali dei cittadini, da un lato, e i principi e i parametri ai quali deve ispirarsi l’esercizio del potere, dall’altro<sup>329</sup>. Un solco dottrinario che, pur tracciato così saggiamente, non ha tuttavia prodotto un’influenza dirompente sulla giurisprudenza della Giudice delle leggi, il quale, al contrario, non riconoscendo (almeno sino ad oggi) una universale rilevanza costituzionale al diritto ad un giusto procedimento amministrativo, ha preferito piuttosto astenersi dal compiere «quell’opera di vitalizzazione costituzionale che sarebbe stata necessaria per adeguare lo statuto giuridico dell’amministrazione ai valori sottesi al disegno costituzionale e per farne il volano di democratizzazione dell’ordinamento»<sup>330</sup>.

All’indomani della L. cost. n. 2/1999 il «giusto processo» è stato ancorato all’art. 111 Cost.: si è

<sup>329</sup> Per maggiori approfondimenti sulla rilevanza costituzionale del procedimento amministrativo connessa alla contestuale incidenza di esso sui diritti fondamentali e sulle modalità di esercizio del potere amministrativo, PASTORI G., *La procedura amministrativa*, Milano, 1964 nonché BUFFONI L., *Il rango costituzionale del principio del giusto procedimento e l’archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, II, 2008, pp. 290 ss., ove viene, specificamente, affermato che la matrice costituzionale della procedura attraverso la quale viene esercitato il potere amministrativo si rileva, soprattutto, nella misura in cui «la concreta articolazione del procedimento amministrativo tocca, in modo immediato e profondo, la (le) libertà dei cittadini, da un lato, e l’assetto dei poteri pubblici, dall’altro. Di talché, il procedimento travalica i confini del tema tecnico-giuridico ed assume un’elevata valenza costituzionale perché coessenziale alla dialettica autorità/libertà, immanente in ogni rapporto pubblicistico. Il che non può destare meraviglia, ove solo si consideri che, se indagata sotto questo angolo visuale, l’intera storia del diritto amministrativo potrebbe essere scritta come storia dell’autorità e dei suoi modi di esercizio, storia delle forme del potere e delle sue trasformazioni. Individuare la matrice del procedimento amministrativo nell’inesauribile e sempre rinnovantesi incontro tra autorità e libertà, tra governanti e governati, non significa, però, necessariamente delineare un conflitto tra i due termini del rapporto, quanto piuttosto indicare tra i medesimi una simbiosi, ove il procedimento, per mutare un’espressione coniata da Massimo Severo Giannini con riguardo all’atto amministrativo, non è solo esercizio di autorità, ma è anche misura di tale autorità e dell’altrui libertà e, per ciò stesso, garanzia della libertà di ciascuno nel rapporto regolato con il “potere” e con l’altro da sé. In un gioco di specchi, nell’autorità che si estrinseca nel procedimento amministrativo vive riflessa la libertà degli amministrati e, specularmente, in quest’ultima si riflette il quantum di potere pubblico esercitato. Per questa via il procedimento si svela come strumento principe di convivenza sociale e politica». Interessanti e preziosi contributi si rinvencono anche in ID., *Alla ricerca del principio costituzionale del “giusto procedimento”: la “processualizzazione” del procedimento amministrativo*, in MASSERA A. (a cura di), *Le tutele procedurali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, pp. 189 ss.; CAVALLARO M. C., *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro amm.*, 2001, pp. 1836 ss.; COLAVITTI G., *Il «giusto procedimento» come principio di rango costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2005; MANFREDI G., *Giusto procedimento e interpretazione della Costituzione*, in *Foro amm. – TAR*, 2007, pp. 2707 ss.

<sup>330</sup> Una critica dell’approccio ermeneutico seguito dalla Corte costituzionale sul tema della rilevanza costituzionale del “giusto procedimento” è contenuta in ALLEGRETTI U., *La Corte costituzionale e l’amministrazione: un bilancio al 1981*, in *Le Reg.*, 1981, pp. 1181 ss.; ID., *Corte costituzionale e pubblica amministrazione*, in BARILE P. - CHELI E. - GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 269 ss.; ID., *Il controllo della pubblica amministrazione da parte della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Luigi Galateria*, Rimini, 1987, pp. 35 ss.; ARCIDIACONO L., *L’organizzazione amministrativa nel disegno costituzionale e nella giurisprudenza della Corte*, in *Polit. del dir.*, 1983, pp. 451 ss.; SALA G., *Imparzialità dell’amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1984, pp. 433 ss.



così nuovamente aperta la questione del giusto procedimento. Nell'agire d'istinto, taluni sono caduti nella fragile convinzione che bastasse fare leva sulla sola somiglianza semantica e fonetica per affermare che la norma contenuta nell'art. 111 Cost. si prestasse, per sua stessa natura, ad una interpretazione analogico-estensiva idonea ad autorizzare l'operatore giuridico ad affermare che la riforma costituzionale avesse riguardato esplicitamente il processo, implicitamente il procedimento amministrativo<sup>331</sup>. Ecco che allora, nella comune convinzione che il fondamento del giusto procedimento amministrativo andasse rinvenuto nell'art. 111 Cost., la dottrina ha recentemente ritenuto che gli elementi più validi per sostenere la riconducibilità del procedimento amministrativo all'art. 111 Cost. sono offerti dalla storia del diritto amministrativo e dalla teoria generale dello Stato: da essi emergerebbe che la funzione amministrativa (esercitata con il procedimento) e la funzione giurisdizionale (esercitata con il processo) formano, nel più dei casi, una endiadi indissolubile<sup>332</sup>.

Sotto il versante storiografico, è stato giustamente evidenziato che l'esperienza istituzionale compresa tra il basso medioevo e i primi lustri dell'età moderna disvelano che «negli antichi Stati europeo-continentali non si rinviene una concreta distinzione, né organica né tanto meno funzionale, tra la *jurisdictio* e l'*administratio*. In particolare, l'età del tardo diritto comune rappresentò compiutamente la stagione dell'amministrare giudicando in cui i "magistrati", accanto alla tradizionale attività giudicante (il c.d. *officium mercenarium* della canonistica medievale) esercitavano anche l'*officium nobile* dell'*imperium*, vale a dire le funzioni materialmente riconducibili all'amministrazione attiva. Per quella via il "processo" e con esso il "contraddittorio" (il c.d. *ordo iudiciarius* che del processo costituiva la forma essenziale) divennero lo schema naturale anche per la cura immediata degli interessi pubblici, a tal punto che la coeva dottrina giuspolitica percepiva l'attività amministrativa nello Stato giurisdizionale come un epifenomeno della sfera processuale»<sup>333</sup>. Nella stessa direzione spingono le riflessioni di teoria generale dello Stato, dalle quali, prendendo le mosse dai postulati della *Stufentheorie* di Kelsen, si ricava che «tra giustizia ed amministrazione non esistono differenze funzionali, in quanto entrambe possono essere concepite come individualizzazione e concretizzazione di norme

<sup>331</sup> In questo senso si è espresso in CAVALLARO M. C., Il giusto procedimento come principio costituzionale, in *Il Foro amm.*, III, 2001, pp. 1845 ss.

<sup>332</sup> BUFFONI L., op. cit., p. 25.

<sup>333</sup> In proposito, anche per ampi riferimenti bibliografici, si v.: BUFFONI L., Il rango costituzionale del principio del giusto procedimento e l'archetipo del processo, cit., pp. 308 ss.

legislative ed entrambe agiscono mediante la tecnica del comando giuridico; tra le due funzioni vi sono solo differenze tecnico-organizzative, collegate alla posizione di indipendenza dei tribunali ed a quella di subordinazione gerarchica dei funzionari amministrativi: differenze che, spiegandosi soltanto sul terreno storico, ma anche non su quello concettuale conducono ad affermare che l'assenza di una linea di demarcazione teoreticamente fondata tra giurisdizione ed amministrazione non può non legittimare l'assimilazione della procedura amministrativa al processo giurisdizionale»<sup>334</sup>.

Quella della riconducibilità del giusto procedimento all'art. 111 Cost. sembra essere la tesi – a nostro avviso – di maggior pregio giuridico. Si tratta di considerazioni che sono ulteriormente suffragate dalla «neutralità» della nozione di amministrazione (intesa come sinonimo di burocrazia), la quale ben si attaglia all'esercizio della funzione amministrativa strictu sensu come pure all'esercizio della funzione giurisdizionale; qualunque sia il potere dello Stato da doversi esercitare, non è dubbio che l'amministrazione si configura come elemento inestricabilmente legato all'esercizio di qualsivoglia potere. Per vero, secondo una celeberrima definizione «l'amministrazione pubblica considerata nella sua realtà, cioè fatta astrazione delle persone che governano, altro non è che quella serie di azioni interessanti tutta la società politica, eseguite per autorità sovrana o propria o delegata sopra le materie appartenenti e interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima»<sup>335</sup>. Ma ulteriori elementi tesi a suffragare la impossibilità di distinguere, con nettezza, l'amministrazione dalla giurisdizione, quindi idonei a disvelare la fondatezza di quanti vogliono ricondurre il giusto procedimento amministrativo all'art. 111 Cost., provengono addirittura dalle Sacre Scritture e, in particolare, dal libro dell'Esodo. È da questo libro che desumersi come Mosè esercitasse indistintamente le funzioni amministrative e quelle giurisdizionali: fu lui che, nelle vesti di “amministratore” incaricato di guidare il popolo d'Israele nel suo esodo dall'Egitto verso la terra promessa, «stese la mano sul mare. E il Signore durante tutta la notte, risospinse il mare con un forte vento d'oriente, rendendolo asciutto; le acque si divisero. Gli Israeliti entrarono nel mare sull'asciutto, mentre le acque erano per loro una

<sup>334</sup> Kelsen H., *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates, Justiz und Verwaltung*, 1929, (trad. it.) Geraci C., *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato, Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 1982, pp. 94 ss.. Interessanti spunti ricostruttivi sono contenuti, anche, in: Spuntarelli S., *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007.

<sup>335</sup> Romagnosi G. D., *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Firenze, 1844, p. 7.

muraglia a destra e a sinistra»<sup>336</sup>. Così come fu sempre lo stesso Mosè, che nelle vesti di giudice, sedeva a render giustizia ai membri del popolo, con riguardo ai quali il affermava che quando hanno qualche questione, vengono da me e io giudico le vertenze tra l'uno e l'altro e faccio conoscere i decreti di Dio e le sue leggi»<sup>337</sup>.

A prescindere da quale sia l'impostazione dottrinale alla quale si intenda accordare prevalenza, è indubbio che dal quadro offerto dalla scienza giuspubblicistica italiana emerge un dato irrefutabile: accordare rango costituzionale al «diritto ad un giusto procedimento amministrativo». E dal momento che i diritti aventi rilevanza costituzionale sono da considerarsi tutti dotati del carattere dell'inviolabilità di cui all'art. 2 Cost., anche il «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» (la cui più pertinente copertura costituzionale si ritiene essere l'art. 111 Cost.) gode della protezione giuridica che è propria di questi. Segnatamente, poiché si è avuto modo di scrivere che tra le “guarentigie” che connotano i diritti inviolabili deve farsi rientrare anche quella della atemporalità (da intendersi come pretesa al soddisfacimento anche retroattivo), si intuisce che, in tale prospettiva, non ha alcuna valenza la distinzione operata dalla giurisprudenza di legittimità tra procedimenti amministrativi anteriori posteriori all'entrata in vigore della L. n. 241/1990. Rilevato che il «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» comprende, al suo interno, la pretesa che la pubblica amministrazione concluda il procedimento entro un termine ragionevole, la natura di diritto inviolabile di cui lo stesso si connota (quindi, la sua atemporalità) si profilano come il sostrato giustificativo dell'applicazione retroattiva dell'art. 2 della L. n. 241/1990. La natura costituzionale del «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» fa sì che la pretesa ad una durata ragionevole del procedimento amministrativo sia giustiziabile, oltre che – com'è ovvio – per le fattispecie venute occasionandosi quando era

<sup>336</sup> Bibbia, Esodo 15,2, ove viene narrato il “Miracolo del Mare” con il quale Dio consentì al popolo di Israele, nella sua fuga dall'Egitto, di attraversare all'asciutto le acque del Mar Rosso, inondando, quindi condannando alla morte, il popolo egiziano che lo inseguiva. L'episodio, nello specifico, viene così descritto: «Allora Mosè stese la mano sul mare. E il Signore durante tutta la notte, respinse il mare con un forte vento d'oriente, rendendolo asciutto; le acque si divisero. Gli Israeliti entrarono nel mare sull'asciutto, mentre le acque erano per loro una muraglia a destra e a sinistra. Gli Egiziani li inseguirono con tutti i cavalli del faraone, i suoi carri e i suoi cavalieri, entrando dietro di loro in mezzo al mare.

Ma alla veglia del mattino il Signore dalla colonna di fuoco e di nube gettò uno sguardo sul campo degli Egiziani e lo mise in rotta. Allora gli Egiziani dissero: “Fuggiamo di fronte a Israele, perché il Signore combatte per loro contro gli Egiziani!”.

Il Signore disse a Mosè: “Stendi la mano sul mare: le acque si riversarono sugli Egiziani, sui loro carri e i loro cavalieri. Mosè stese la mano sul mare e il mare, sul far del mattino, tornò al suo livello consueto, mentre gli Egiziani, fuggendo, gli si dirigevano contro. Le acque ritornarono e sommersero i carri e i cavalieri di tutto l'esercito del faraone, che erano entrati nel mare dietro Israele: non né scampò neppure uno».

<sup>337</sup> Bibbia, Esodo 19,2.

già entrata in vigore la legge sul procedimento amministrativo, anche quando l'obbligo della pubblica amministrazione di concludere tempestivamente i procedimenti di sua competenza non era ancora espressamente contemplato a livello normativo.

Pure a voler guardare la questione da una diversa angolazione prospettica, attenta alla ragionevole durata del procedimento come obbligo della pubblica amministrazione, la situazione non cambia. La giurisprudenza amministrativa, infatti, non ha mancato di segnalare che «può sussistere l'obbligo di provvedere della p.a., e il conseguente inadempimento in caso di inerzia della stessa, nel caso in cui l'istanza del privato sia volta a ottenere un provvedimento sfavorevole (repressivo, inibitorio, sanzionatorio) nei confronti dei terzi, sempre che in capo all'istante sia ravvisabile uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella generalizzata della collettività; e ciò anche nei casi in cui l'obbligo di provvedere (tempestivamente) non sia normativamente sancito, ma vi siano ragioni di giustizia ed equità che impongono l'adozione di un provvedimento in ossequio al dovere di correttezza e buona fede (art. 97 cost.)»<sup>338</sup>. Come si vede, si mettono in evidenza quelle che sono le ragioni che possono imporre alla pubblica amministrazione, pur in assenza di espressa prescrizione normativa, l'obbligo di provvedere tempestivamente: ragioni di giustizia e di equità. E non pare possa essere refutato in dubbio che la proposizione di una domanda ex L. n. 89/2001 al fine di ottenere la riparazione dei pregiudizi patiti a causa della lungaggine di un processo sul quale abbia inciso la lungaggine di un prodromico procedimento amministrativo sia corroborata di siffatte ragioni.

**10. L'applicazione diretta dell'art. 6 CEDU da parte dei giudici nazionali e la necessità di seguire le indicazioni interpretative della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: la tutela multilevel dei ditti fondamentali. Dalle prime incertezze all'unanimità di vedute da parte della dottrina e della Corte costituzionale italiana nelle sentenze nn. 348/2007 e 349/2007. I primi più importanti casi di applicazione diretta dell'art. 6 CEDU ad opera dei giudici ordinari e amministrativi.**

L'opzione interpretativa che, considerando il «diritto ad un giusto procedimento amministrativo» come una situazione giuridica avente rilievo costituzionale, ammette l'applicazione retroattiva

<sup>338</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in Foro it., 2009, p. 165.

dell'art. 2 della L. n. 241/90 è indubbiamente articolata. Per questo è verosimile ritenere che la stessa possa prestare il fianco a valutazioni critiche più o meno fondate. Quello che sembra certo è che, quand'anche non si intendesse considerare meritevole di accoglimento la tesi sulla retroattività, il legislatore nazionale non sarebbe comunque autorizzato ad ignorare la irragionevolezza della durata di un processo sommata a quella del procedimento amministrativo al primo collegato.

Perché? Semplicemente in quanto, nell'attuale contesto giuridico ed istituzionale, l'ordinamento amministrativo è di tipo duale, cioè a dire sviluppato tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale e, per quel che ivi rileva maggiormente, a livello europeo. Da qui il frequente impiego della formula «tutela multilivello dei diritti» al fine di descrivere la circostanza che «ormai da tempo ai processi di “stratificazione” dei poteri a più livelli, da quelli internazionali e sopranazionali a quelli infrastatali, fanno riscontro crescenti differenziazioni del regime dei diritti, con l'affermazione di diversi livelli di tutela che segnano sempre più il superamento del dogma del costituzionalismo classico del monopolio statale in materia di diritti»<sup>339</sup>. Per spiegare il fenomeno del multilevel, autorevole dottrina ha saggiamente ritenuto di ricorrere alle caratteristiche proprie dell'ordinamento nell'età medievale, così da rimarcare che, al pari di quanto accade oggi, ove allo Stato si sovrappone un ordinamento sovranazionale, come quello comunitario, «l'ordine giuridico medievale si caratterizzava dalla presenza di più ordinamenti generali (cioè non limitati a determinate materie e padroni dei propri fini), nessuno dei quali era totalizzante e monopolista. Esso si presentava come una rete di relazioni tra corpi,

<sup>339</sup> BARBERA A., *Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti*, in BILANCIA P. – DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano 2004, p. 98.

Per un inquadramento generale della tutela multilivello, MONTANARI L., *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002; BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004; D'ATENA A. - GROSSI P., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati Nazionali*, Milano, 2004; CARLETTI C., *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato - Costituzione*, Milano, 2005; CARTABIA M., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee*, Bologna, 2007; BRONZINI G. - PICCONE V., *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto 2007; GAMBINO S., *Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2008, pp. 1144 ss.; ID., *La protezione multilevel dei diritti fondamentali (fra Costituzione, Trattati comunitari e giurisdizione)*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, Napoli, 2008, II, pp. 1007 ss.; DEMURO G., *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti. Lezioni*, Torino, 2009; GAMBINO S., *Diritti e diritto dell'Unione Europea (fra nuovi trattati, Costituzione e giudici)*, in *Periferia*, 2011, III, pp. 9 ss.; D'IGNAZIO G., *Multilevel Constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011; GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra “trattati” (di Lisbona) e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2011, pp. 29 ss.; CARDONE A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.

reciprocamente autolimitantisi. I processi di decisione erano fluidi. Dominava il pluralismo»<sup>340</sup>. In un contesto nel quale l'interferenza tra diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale è continua ed incessante, il legislatore nazionale non ha potuto far a meno di introdurre una norma che sancisse, in modo definitivo, il collegamento tra essi. E così, con la L. n. 15/2005 è stato modificato l'art. 1, comma 1, della L. n. 241/90, ai sensi del quale «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Con la novella del 2005, è stato introdotto, quindi, il richiamo (prima inesistente) ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali vi rientrano le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che hanno occasionato particolari problemi quanto alla loro diretta applicabilità nel nostro ordinamento giuridico.

A fronte di un orientamento disfattista, secondo cui «a causa del carattere meramente programmatico delle norme CEDU era impedito alla Convenzione di trovare applicazione diretta sui rapporti giuridici interni, avendo essa natura pattizia e, quindi, efficacia vincolante per le sole parti contraenti, e non anche per i relativi sudditi, nonostante che l'oggetto della convenzione e dei corrispondenti obblighi internazionali riguardi proprio costoro ed i loro diritti fondamentali»<sup>341</sup>, è venuta ad emergere una diversa impostazione in ossequio alla quale «le norme della Convenzione europea sui diritti dell'uomo non sono state dotate di efficacia meramente programmatica. Esse, infatti, impongono agli Stati contraenti, veri e propri obblighi giuridici immediatamente vincolanti e, una volta introdotte nell'ordinamento statale interno, sono fonte di diritti ed obblighi per tutti i soggetti»<sup>342</sup>. In un primo tempo, la stessa giurisprudenza costituzionale, dopo aver chiarito che «alle norme comunitarie (in forza dell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni) deve essere riconosciuta piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e di adattamento»<sup>343</sup>, ha precisato che analoghe

<sup>340</sup> CASSESE S., Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali, in CHITI M. P. – GRECO G. (a cura di), op. cit., pp. 2 ss.

<sup>341</sup> Cass., Sez. I, 22 gennaio 1983, n. 616, in Giust. civ. Mass., 1983, p. 22.

<sup>342</sup> Cass., Sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672, in Foro. it, II, p. 449.

<sup>343</sup> Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

considerazioni non possono essere sviluppate con riguardo alle norme CEDU, che differiscono dalle norme comunitarie, in quanto «non è individuabile, con riferimento alle norme pattizie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alcuna limitazione della sovranità nazionale»<sup>344</sup>; specificamente «la distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto»<sup>345</sup>.

Successivamente, però, la stessa giurisprudenza costituzionale, nel chiarire il ruolo dei giudici

<sup>344</sup> Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 188, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>345</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), con la quale si è stabilito che «con l'art. 117, primo comma, Cost. si è realizzato un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione. In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU). In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale. Questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri. A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, come infondatamente preteso dalla difesa erariale nel caso di specie, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa».



nazionali e della Corte di Strasburgo, ha affermato (sia pure incidentalmente) la diretta applicazione delle norme EDU. Una applicazione diretta che – beninteso - si profila come «corretta» soltanto qualora abbia luogo nel rispetto delle indicazioni interpretative promananti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; si è, infatti, stabilito che «l'applicazione e l'interpretazione del sistema delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è attribuito, in prima battuta, ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste dalla medesima»<sup>346</sup>. La necessità di sostenere l'applicazione diretta delle norme EDU, pur subordinandola all'inevitabile rispetto degli indirizzi interpretativi della giurisprudenza europea, fu peraltro avvertita, con un significativo anticipo rispetto agli approdi a cui poi è giunta la giurisprudenza costituzionale, da un'attenta dottrina che, trovandosi di fronte a due posizioni estreme (l'una tesa a negare l'altra ad affermare - sempre e comunque – una generalizzata applicazione diretta delle norme EDU, poté evidenziare che «per la verità, nessuna di tali prese di posizione generalizzanti è condivisibile, risultando viceversa corretto valutare caso per caso la diretta applicabilità della singola norma; e ciò, alla stregua del noto canone interpretativo del precetto compiuto e non condizionato, ossia del precetto espresso «in termini chiari, precisi e non condizionati»<sup>347</sup>. È evidente che il riferimento ai caratteri della «chiarezza», della «precisione» e della «incondizionatezza» postula un inevitabile richiamo all'interpretazione: in tanto i giudici nazionali potranno dare applicazione diretta alle norme EDU, in quanto la Corte di Strasburgo abbia potuto specificarne la portata con la sua giurisprudenza.

Com'è noto l'interpretazione della legge è sorretta anche dal canone ermeneutico “in claris non fit interpretatio”, che, in sostanza, suggerirebbe all'operatore giuridico di astenersi dal sottoporre ad attività esegetica tutte le norme che si presentano, ex se, chiare e perspicue<sup>348</sup>. La validità operativa di questo canone ha invero suscitato la critica da parte della dottrina, la quale ha rilevato

<sup>346</sup> C. Cost., n. 349/2007, cit.

<sup>347</sup> GRECO G., La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, p. 31.

<sup>348</sup> MASUELLI S., «In claris non fit interpretatio». Alle origini del brocardo, in Riv. dir. rom., II, 2002, pp. 401 ss.

che la formula (intesa nel senso che se il testo della norma è chiaro non deve essere interpretato) «è falsa, poiché non esiste alcuna possibilità di applicare una norma senza interpretare il testo che la pone. La ‘chiarezza’ non è un a priori: l’enunciato è ‘chiaro’ non in sé ma soltanto in un determinato contesto e in una determinata applicazione. La ‘chiarezza’ è il risultato dell’interpretazione non la sua premessa»<sup>349</sup>. Se così è, ci si accorge che – come già scritto – l’applicazione diretta delle norme CEDU è possibile soltanto nella misura in cui la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ne abbia definito e circoscritto il significato e, per riflesso, l’ambito di applicazione.

Ecco che allora, sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte, occorre comprendere se l’art. 6 CEDU possa essere, effettivamente, considerata una norma idonea ad essere applicata direttamente nell’ordinamento giuridico italiano. Ribadendo che, secondo il ragionamento seguito dalla Corte costituzionale, le norme della CEDU possono essere applicate direttamente dai giudici nazionali soltanto se abbiano formato oggetto di una privilegiata attività interpretativa della Corte di Strasburgo, capace di scolpirne il significato, bisogna chiedersi: la portata dell’art. 6 CEDU è stata precisata dalla giurisprudenza europea? quindi, l’art. 6 CEDU può essere applicato direttamente dai giudici nazionali?

La prima domanda ha già ricevuto un’ampia risposta quando si è chiarito che, malgrado il suo tenore letterale, la norma in questione (per il tramite dell’interpretazione elaborata dalla Corte di Strasburgo) è stata considerata idonea: a) ad essere applicata anche al procedimento amministrativo; b) a ricomprendere le più disparate situazioni soggettive (diritti potestativi, diritti soggettivi, facoltà, interessi legittimi, etc.); c) a dover essere rispettata da qualsiasi soggetto dotato di una potestà pubblica il cui esercizio incida su situazioni soggettive (giudici ordinari, giudici amministrativi e contabili, autorità amministrative indipendenti, etc.).

Alla seconda domanda, invece, permette di fornire una risposta positiva l’analisi delle dinamiche giurisprudenziali, le quali dimostrano che il giudice italiano (anche se non con troppa frequenza) ha ritenuto di applicare direttamente l’art. 6 CEDU sulla base delle indicazioni interpretative della Corte di Strasburgo. Sono emblematiche le sentenze rese dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con le quali, propria in tema di irragionevole durata del processo, si è stabilito che «l’art. 2 della L. n. 89/2001 (c.d. legge Pinto), nel prevedere l’obbligo dello Stato di corrispondere

<sup>349</sup> PERLINGIERI P., op. cit., 2014, p. 94 ss.

una equa riparazione in favore di chi ha subito un danno per effetto di una violazione dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (in conseguenza del mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo) contiene una 'relata perfecta' all'art. 6 della citata Convenzione; ne consegue che, per accertare se vi sia stata o meno violazione della suddetta Convenzione, il giudice italiano deve applicare i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>350</sup>. Taluni esempi di applicazione diretta dell'art. 6 CEDU si rinvencono anche nella giurisprudenza amministrativa, che, con indubbia originalità, ha accordato misure cautelari ante causa sulla base dell'art. 6 CEDU al fine di assicurare una tutela celere delle situazioni soggettive qualora vi sia la verosimile fondatezza che dal "ritardo" (sebbene minimo e fisiologico) inestricabilmente connesso dal solo inevitabile decorso del tempo necessario per portare a

<sup>350</sup> Sent., 26 gennaio 2004, n. 1339, in Giur. it., 2004, p. 944, in cui, più specificamente, è stato affermato che «[Ove] la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia già accertato che il ritardo non giustificato nella definizione di un processo, in violazione dell'art. 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha prodotto conseguenze non patrimoniali in danno del ricorrente, e abbia quindi riconosciuto in suo favore un'equa riparazione ex art. 41 della convenzione, da tale pronuncia deriva che il giudice nazionale adito ai sensi della (sopravvenuta) l. 24 marzo 2001 n. 89 - una volta che abbia accertato, con riferimento allo stesso processo presupposto, il protrarsi della medesima violazione nel periodo successivo a quello considerato dai giudici di Strasburgo - non può non indennizzare, in applicazione della citata legge, l'ulteriore danno non patrimoniale subito dalla medesima parte istante, e liquidarlo prendendo come punto di riferimento la liquidazione già effettuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (dalla quale è peraltro consentito differenziarsi, sia pure in misura ragionevole). Né detta indennizzabilità può essere esclusa sul rilievo dell'esiguità della posta in gioco nel processo presupposto: sia perché trattasi di ragione resa, nel caso, non rilevante dal fatto che la Corte europea ha ritenuto sussistente il danno non patrimoniale per il ritardo nello stesso processo; sia perché, più in generale, l'entità della posta in gioco nel processo ove si è verificato il mancato rispetto del termine ragionevole non è suscettibile di impedire il riconoscimento del danno non patrimoniale, dato che l'ansia ed il patema d'animo conseguenti alla pendenza del processo si verificano normalmente anche nei giudizi in cui sia esigua la posta in gioco, onde tale aspetto può avere un effetto riduttivo dell'entità del risarcimento, ma non totalmente escludente dello stesso».

Nello stesso senso, sentt., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1340 e 1341, in Foro it., 2004, p. 693 ove si è stabilito che «in tema di equa riparazione ai sensi dell'art. 2 l. 24 marzo 2001 n. 89, il danno non patrimoniale è conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: sicché, pur dovendo escludersi la configurabilità di un danno non patrimoniale 'in re ipsa' - ossia di un danno automaticamente e necessariamente insito nell'accertamento della violazione - il giudice, una volta accertata e determinata l'entità della violazione relativa alla durata ragionevole del processo secondo le norme della citata legge n. 89 del 2001, deve ritenere sussistente il danno non patrimoniale ogniqualvolta non ricorrano, nel caso concreto, circostanze particolari che facciano positivamente escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente. Siffatta lettura della norma di legge interna - oltre che ricavabile dalla ratio giustificativa collegata alla sua introduzione, particolarmente emergente dai lavori preparatori (dove è sottolineata la finalità di apprestare in favore della vittima della violazione un rimedio giurisdizionale interno effettivo, capace di porre rimedio alle conseguenze della violazione stessa, analogamente alla tutela offerta nel quadro della istanza internazionale) - è imposta dall'esigenza di adottare un'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo (alla stregua della quale il danno non patrimoniale conseguente alla durata non ragionevole del processo, una volta che sia stata dimostrata detta violazione dell'art. 6 della convenzione, viene normalmente liquidato alla vittima della violazione, senza bisogno che la sua sussistenza sia provata, sia pure in via presuntiva), così evitandosi i dubbi di contrasto con la Costituzione italiana, la quale, con la specifica enunciazione contenuta nell'art. 111, tutela il bene della ragionevole durata del processo come diritto della persona, sulla scia di quanto previsto dalla norma convenzionale».

compimento il procedimento amministrativo di notificazione del ricorso introduttivo possa derivare al ricorrente un danno grave e irreparabile<sup>351</sup>.

In definitiva, l'ormai consacrata indole dell'art. 6 CEDU ad essere applicato direttamente dal giudice nazionale e la nota circostanza che lo stesso contempla un diritto fondamentale che, in quanto tale è atemporale, conducono, pur sempre, alla conclusione che il diritto ad una ragionevole durata del processo (viziato a causa di procedimenti amministrativi eccessivamente lunghi) debba essere, comunque, garantito senza distinzione tra procedimenti amministrativi iniziati prima ovvero dopo l'entrata in vigore della L. n. 241/1990. Attraverso la legge Pinto, le "vittime" delle lungaggini burocratiche che affettano tanto l'esercizio della funzione amministrativa quanto quello della funzione giurisdizionale potranno incanalare (in forza dell'art. 6 CEDU) dinanzi alla competente autorità giudiziaria la loro pretesa ad ottenere la riparazione dei pregiudizi, patrimoniali e non patrimoniali, che siano stati costretti a sopportare.

### 11. Considerazioni conclusive.

La misura adottata dall'Italia per porre rimedio alla situazione di un sistemico ritardo nella conclusione dei processi è stata la legge n. 89/2001 (c.d. legge Pinto), la quale deve ritenersi applicabile anche al procedimento amministrativo, così come desumibile dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti e delle libertà fondamentali. È noto che l'art. 6 CEDU, per evitare di rimanere un'enunciazione teorica, necessitava di una concreta attuazione negli ordinamenti dei singoli Stati membri; occorre, cioè, che alla già ammissibile proponibilità di un ricorso diretto alla Corte di Strasburgo venisse affiancandosi un preliminare rimedio esperibile all'interno dell'ordinamento nazionale. Tant'è vero che lo stesso giudice europeo ha stabilito che «l'articolo 6 CEDU impone agli Stati contraenti l'obbligo di organizzare i propri sistemi giudiziari in modo tale che i loro possano soddisfare ciascuno dei suoi requisiti, compreso l'obbligo di trattare i casi in tempo ragionevole; laddove il sistema giudiziario è carente in questo senso la soluzione più efficace è quella di un mezzo di ricorso inteso a snellire il procedimento per evitare che questo diventi eccessivamente lungo. Un tale mezzo di ricorso offre un'innegabile

<sup>351</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 27 ottobre 1997, n. 727, in Foro amm., 1998, p. 1157.

vantaggio rispetto ad un mezzo di ricorso che fornisca solo un indennizzo, in quanto evita anche di constatare violazioni successive rispetto al medesimo tipo di procedimento e non ripara meramente la violazione a posteriori come fa, ad esempio, il tipo di mezzo di ricorso risarcitorio previsto dalla legge italiana. Appare inoltre chiaro che per i Paesi dove esistano già violazioni legate alla durata del procedimento, un mezzo di ricorso inteso ad accelerare il procedimento per quanto auspicabile per l'avvenire potrebbe non essere adeguato a riparare una situazione in cui il procedimento stesso è già stato palesemente troppo lungo. Sebbene taluni Stati abbiano optato per l'introduzione di un ricorso acceleratorio e di uno risarcitorio, resta ferma la possibilità per gli Stati di introdurre soltanto mezzi di ricorso risarcitori, così come fatto dall'Italia<sup>352</sup>. A ben vedere, la Convenzione ha quindi riconosciuto ai singoli Stati un'ampia margine di libertà nello scegliere il tipo di rimedio interno attraverso il quale tutelare le situazioni di irragionevole durata del processo. Nello sciogliere tale opzione, l'Italia ha ritenuto che fosse maggiormente rispondente al proprio ordinamento l'introduzione di un rimedio risarcitorio: è stata così approvata la legge n. 89/2001.

Di talché, posto che la ragionevole durata del processo prevista dall'art. 6 CEDU (dunque anche il rimedio previsto dalla L. n. 89/2001) è estendibile non solo al processo, ma anche al procedimento amministrativo<sup>353</sup>, occorre rispondere al quesito finale che guida l'intera ricerca: la legge Pinto (come novellata nel 2012) è il rimedio più idoneo a garantire il rispetto dell'art. 6 CEDU?

La risposta che ci si sente di dare è positiva: la strada imboccata dall'Italia sembra essere quella giusta. Tuttavia continuare ad introdurre rimedi volti a snellire la struttura del processo amministrativo rischierebbe di alimentare - più di quanto già non sia - il fenomeno della c.d. «deriva verso una prevalenza del processo breve sul processo giusto». È stato ben scritto che «il legislatore è venuto gradualmente introducendo moduli processuali che, sotto la demagogica bandiera della semplificazione, costituiscono un gravissimo attentato al diritto di difesa (dei privati, ma anche e soprattutto delle pubbliche amministrazioni, limitate nella capacità di reazione dalla necessità di mettere in moto una macchina sicuramente più lenta e complessa, se non altro per gli orari e l'organizzazione degli uffici), inaccettabilmente sacrificando un diritto fondamentale dello Stato costituzionale alle logiche dell'economia e all'insegna di una sicurezza

<sup>352</sup> CEDU, 29 marzo 2006, ric. 36813/97, causa Scordino c. Italia, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu).

<sup>353</sup> C. Edu, 26 febbraio 1993, ric. 64757/89, causa Salesi c. Italia, in [www.osservatoriocedu.it](http://www.osservatoriocedu.it)

evidentemente fallace, quale soltanto può essere il conseguimento di una definizione affrettata e per ciò stesso sostanzialmente meno “vera” e dunque meno “certa” del rapporto. Con effetti tanto più gravi in quanto essa incide sulla corretta gestione degli interessi pubblici e, dunque, in ultima analisi sulla collettività. Se la Costituzione ha sentito il bisogno di garantire una tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti amministrativi, lo ha fatto per garantire che la valutazione dei contrapposti interessi sia effettuata da un giudice, che, per la funzione che riveste e per l’impegno e le responsabilità che si è assunto, si presume equo e attento. Ma queste condizioni sono difficilmente compatibili con tempi che non consentono un completo esame della controversia e che rischiano di spingere a trovarne la soluzione più rapida, invece di quella più giusta»<sup>354</sup>.

Dunque, se la semplificazione del procedimento e del processo amministrativo è la strada ad oggi preferita dal legislatore, si ritiene che una siffatta impostazione (portata alle estreme conseguenze) non sia quella più corretta per risolvere il problema dei ritardi nel procedimento amministrativo e nel processo. Qualora i meccanismi semplificatori non dovessero funzionare, si è convinti che lo Stato, anziché continuare a prediligere la strada delle semplificazioni ad oltranza (ad es., favorendo l’imposizione di termini più stretti di conclusione del procedimento ovvero del processo, estendendo l’istituto della s.c.i.a. ad attività economiche che incidono su settori particolarmente sensibili, etc.), bene farebbe a riservarsi di intervenire dopo che l’irragionevole durata (malgrado tutto) sia avvenuta; occorre, cioè, che non assuma i panni dello Stato-correttore, bensì quelli dello Stato-riparatore. Sarebbe più opportuno, in altri termini, prediligere un tipo di intervento che, diretto a rendere più consistente il ristoro economico spettante alla parte privata pregiudicata dai ritardi procedurali e processuali (eliminando i limiti dell’indennizzo da mero ritardo ex art. 2 bis, comma 1 bis, della L. n. 241/1990 e nell’equo indennizzo di cui all’art. 6 della L. n. 89/2001 e rimettendo la determinazione di essi al prudente e discrezionale convincimento del giudice), sia in grado di assolvere una più efficace funzione deterrente. E non v’è dubbio che tra le misure rientri anche il riconoscimento della cumulabilità dei ritardi del procedimento amministrativo con quelli del processo; una cumulabilità che amplierebbe il novero delle ipotesi nelle quali ammettere l’equa riparazione, tra le quali rientrerebbero anche i casi nei quali il processo, pur non superando ex se i limiti di durata fissati

<sup>354</sup> SANDULLI M. A., *Il tempo*, cit., p. 50.

dalla L. n. 89/2001, viene portato, comunque, tardivamente a conclusione per via dell'irragionevole durata di un connesso procedimento amministrativo.



## PUBBLICA PER UNA DIMENSIONE EUROPEA\*

di Vincenzo Coccozza\*\*

**Sommario:** 1. Porti italiani e traffico internazionale. – 2. Il decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169. – 3. Nuovi modelli di *governance*. Il ruolo del Consiglio di Stato. – 4. Alcuni aspetti rilevanti della nuova disciplina. – 5. In particolare il partenariato pubblico-privato.

147

### 1. Porti italiani e traffico internazionale.

Uno degli snodi più rilevanti dell'economia nazionale è rappresentato dal traffico marittimo e dal ruolo dei porti nella rete di tale traffico, sia europeo che internazionale.

Come è stato segnalato nelle analisi tecniche di settore, l'Italia ha mostrato un differenziale negativo nell'area del Mediterraneo, tenendo conto del numero assai elevato, ed in crescita, del traffico in tale area.

Tale trend negativo ha portato il Paese a posizionarsi al 49° posto a livello mondiale e al 26° per qualità ed efficienza del sistema portuale, registrando una posizione del tutto marginale rispetto a tutti gli altri paesi dell'area mediterranea.

Certo vi sono ragioni collegate alle caratteristiche specifiche della realtà italiana che non favoriscono la competitività, giacché vi è una costa molto estesa con la distribuzione dei porti su tali aree che non agevolano la concentrazione per ottenere le migliori economie di scala. Così come vi sono ragioni che attengono alla collocazione dei porti che risultano per lo più posizionati in prossimità di grandi centri storici urbani che influenzano le aree portuali e la loro utilizzazione. Ma c'è stato, soprattutto, ed è questo l'aspetto che merita, in questa sede qualche considerazione, un impianto normativo datato con la previsione in esso contenuta di uno schema organizzativo non allineato con la più recente realtà.

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

\*\* Professore ordinario di diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico II”.

Una progettazione di reale inserimento dell'economia marittima e l'interlocuzione con la rete dei grandi armatori, dei terminalisti e una idonea ed avanzata realizzazione di interventi infrastrutturali, richiede una adeguata capacità decisionale tanto rapida quanto capace di cogliere la trama degli interessi e delle esigenze.

## 2. Il decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169.

148

Come è noto, per ottenere tali risultati, è stato approvato il decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169 ("Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124") che costituisce un momento importante di disciplina nel più ampio disegno di riorganizzazione e semplificazione dell'amministrazione, per potenziare l'efficienza, contenere la spesa e prefigurare una *governance* nazionale ed efficace.

Una disciplina che è stata definita attraverso un complesso procedimento, nel quale sono intervenuti in fase consultiva la Conferenza Stato-Regioni, la Conferenza unificata, il Consiglio di Stato, le Commissioni parlamentari. E, quindi, un processo decisionale sviluppato attraverso l'adeguamento delle disposizioni contenute nel testo del decreto per fornire risposta a quanto segnalato dai vari organi intervenuti.

Naturalmente, i motivi di interesse, che l'analisi del testo propone, sono tanti, dal momento che l'intervento riformatore racchiude le numerose problematiche che un disegno di riorganizzazione della pubblica amministrazione comporta, essendo scontato il ruolo strategico del settore e l'ampio coinvolgimento di aspetti economici e di ruolo del sistema-mare Italia, collegato alla collocazione geografica. Uno, in maniera specifica, per la sua possibile valenza di carattere più ampio e generale, viene qui considerato, soffermando l'attenzione sul modo per le autorità portuali il processo decisionale è stato definito, in uno con la nuova organizzazione.

In questa valutazione, come si avrà modo di notare, ha assunto un ruolo assai significativo la Commissione speciale del Consiglio di Stato, che sta svolgendo una funzione centrale nella rinnovata visione delle amministrazioni pubbliche perché lo Stato possa essere al centro di un'azione complessiva tesa alla crescita, allo sviluppo e alla competitività.

### 3. Nuovi modelli di governance. Il ruolo del Consiglio di Stato.

Individuata nella dimensione mono-scalo dei porti tipica del modello *city-port* un elemento di debolezza del sistema per la non efficiente collocazione di risorse ed investimenti, la scelta è stata quella di un accorpamento delle autorità portuali istituendo, quindi, autorità di sistema in luogo dei 54 porti nazionali.

149

In questa logica è stato ripensato il modello di *governance* e sono stati ampliati gli spazi dell'intervento.

Il punto è colto con estrema chiarezza dal Consiglio di Stato, quando così si esprime: «Un dato sembra indiscusso: l'aspettativa del ruolo strategico della riforma per conferire snellezza e agilità all'attività pubblica dei porti e connetterla con il mondo economico, produttivo e sociale, con l'azione imprenditoriale dei privati e le istanze delle comunità locali». Ed ancora: «È convinzione del Consiglio di Stato che il superamento della fase di 'crisi' attuale necessiti della visione di una pubblica amministrazione che sia in grado di attrarre capitali privati di investimento e di utilizzare sinergie di competenze, e a tal fine tenga conto dell'apporto costruttivo degli operatori economici, dei lavoratori del settore e degli utenti dei servizi, valorizzando punti di 'audizione' all'interno delle istituzioni, unica garanzia di reale 'servizio' dell'apparato rispetto ai bisogni della società, nonché garanzia di 'modernizzazione permanente' dell'apparato pubblico».

Meritevole di opportuna valorizzazione è la conferma, da parte della Commissione speciale del Consiglio di Stato, dell'esigenza di una rinnovata visione dell'amministrazione pubblica che deve distaccarsi dall'esercizio di funzioni di carattere autoritativo e gestionale per promuovere crescita, sviluppo e competitività.

In una visione così ampia, si può dire, di carattere progettuale, c'è il superamento della cultura tesa ad ottenere risultati parziali, quali semplificazione del procedimento o correzione dello schema di *governance* per proiettarsi in una logica di ricerca di tutto quanto necessario per la crescita e lo sviluppo, attraverso una serie di interventi, che considerino l'intera platea dei destinatari - cittadini, imprese, operatori economici - nei confronti dei quali si verifichi l'impatto concreto.

Efficacemente per il settore d'intervento, si è utilizzata l'espressione "sistema mare" per individuare un ambito certamente fatto di una pluralità di elementi caratterizzanti l'intervento per costruire uno schema d'azione che deve tenere in conto una serie di componenti.

Nell'analisi di impatto della regolamentazione si può, così, parlare di una "catena del valore" rappresentata dal porto, territorio circostante, territorio nazionale, relazioni con il Mediterraneo, relazioni con il resto del mondo. La crescita di un tale composito sistema, con il rafforzamento dei meccanismi decisionali, è un fondamentale banco di prova e necessita di spazi nuovi per pervenire alle decisioni.

Ecco la ragione per la quale il "sistema-mare" può essere indicato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato come cantiere di nuovi modelli dell'azione amministrativa. È, infatti, inevitabile utilizzare sinergie di competenza con l'apporto di operatori economici, lavoratori del settore, utenti dei servizi.

#### **4. Alcuni aspetti rilevanti della nuova disciplina.**

La nuova disciplina portuale opera, dunque, su più versanti per ottenere questa ambiziosa finalità. Ne costituiscono punti forza, così, una riduzione del numero di Autorità con l'accentuazione delle funzioni di raccordo e di coordinamento, una più dettagliata disciplina degli strumenti di intervento, con una attenzione al piano regolatore del sistema portuale e alle varianti che vengono semplificate nel procedimento. Ma, soprattutto, la rivisitazione della struttura organizzativa, con l'interessante introduzione di modelli decisionali nuovi rispetto al passato.

In tale direzione viene accentuato un ruolo propulsivo del Presidente dell'Autorità di sistema portuale. Ciò viene ottenuto con una più dettagliata disciplina delle funzioni di coordinamento, con la funzione di promozione dei programmi di investimento infrastrutturale, con la promozione di conferenze di servizio per lo sviluppo del sistema portuale e l'utilizzo di conferenze istruttorie per l'attività di coordinamento. Ma, soprattutto, viene diversamente connotato l'organo di gestione.

Qui è il punto meritevole di particolare osservazione per future e più approfondite valutazioni sulla resa del meccanismo immaginato.

Il Comitato di gestione non è più, come in precedenza, un Collegio rappresentativo della pluralità degli interessi pubblico-privato, con tutte le problematiche di composizione di interessi molto differenti, ma è sostanzialmente composto da esponenti designati dagli enti locali senza le categorie socio-produttive che, in precedenza, vi erano nel Comitato portuale.

Una composizione che la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha subito segnalato come sbilanciata, nel parere sulla bozza del decreto, a fronte della quale era necessario, esplicita l'organo di consulenza, definire con maggiore chiarezza ruoli partecipativi e consultivi. Come quello del Tavolo di partenariato, espressione delle realtà economiche, fuori dal Collegio (Comitato di gestione) ma funzionale alla decisione. Quest'ultimo era l'originario nome dell'organismo oggi disciplinato dall'art. 14 del d.lgs. 169/2016 ed indicato come Organismo di partenariato della risorsa mare.

Al riguardo, la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha avuto modo di osservare come l'apporto consultivo del Tavolo di partenariato nei confronti delle nuove autorità portuali si estrinsechi nel «confronto ascendente e discendente» relativo al processo di pianificazione di competenza di queste ultime (piano regolatore di sistema portuale e piano operativo triennale), oltre che – secondo l'ordine di elencazione della norma – alla determinazione dei livelli dei servizi resi dall'Autorità, all'organizzazione di lavoro nel porto e al progetto di bilancio.

Il punto interessante è che il Consiglio di Stato ritiene chiaro e condivisibile il modello organizzativo che separa gli organi decisionali dagli organismi di consultazione. Ma, naturalmente, in questo schema è necessario che il confronto debba, in concreto, svolgersi secondo modalità esplicite, funzionali ed efficaci. C'è una particolare valorizzazione, così, dell'efficacia della funzione consultiva che si trasmette a tutta la policy nel settore. La consultazione pubblica assume il ruolo di integrazione della pianificazione di competenza delle Autorità di sistema portuale, con una presenza di rilievo nel processo di elaborazione delle decisioni di competenza di quest'ultima. Il disegno, proprio per tale finalità, deve essere adeguatamente definito e strutturato, nei presupposti, negli strumenti e nelle forme. Emergono i punti fondamentali: identificazione chiara e 'selettiva' dei componenti del "Tavolo"; dibattito reale e forme di circolazione e pubblicazione degli esiti; definizione delle modalità partecipative degli *stakeholders* e dei relativi esiti.

In tale contesto emerge un elemento di novità per capire il processo decisionale: espressione e computo del consenso, non necessariamente irrigidito nella formazione aritmetica, ritenuta di dubbia funzionalità, di 'maggioranze' formate con la somma di componenti eterogenei dal punto di vista qualitativo e quantitativo. Insomma, una consultazione in grado di fornire alle autorità amministrative, titolari di funzioni decisionali aventi significativi impatti sul comportamento di operatori privati in specifici settori dell'economia, elementi istruttori e/o motivazionali ulteriori e comunque rilevanti per la definizione dell'intervento regolatorio. Uno schema di azione, ormai diffuso presso le Autorità indipendenti, diviene modulo della partecipazione all'esercizio della funzione di governo dei porti. Si assiste al passaggio dalla partecipazione organica alle autorità del settore ad un apporto delle categorie degli operatori economici, esterno ma più efficace.

Lo snodo organizzativo è che un procedimento efficace di decisione deve essere aperto e trasparente, e deve basarsi su una partecipazione che apporti elementi fattuali e motivazionali che «trasformino la sua decisione discrezionale in una *evidence-based decision*, una decisione ben motivata sulla base di una istruttoria ampia e strutturata».

In definitiva, la fase consultiva assume un carattere di centralità per la formazione della volontà perché deve fornire tutto quanto necessario per la decisione frutto di partecipazione, trasparenza, consapevolezza dei fondamenti.

### 5. In particolare il partenariato pubblico-privato.

Tutti questi elementi vanno ricercati nel modello costruito con la definitiva formulazione dell'art. 14 della legge richiamata.

L'organismo di partenariato della risorsa mare, sebbene non sia un organo dell'Autorità di sistema portuale, è attore essenziale dei processi decisionali. Esso ha funzioni di confronto partenariale ascendenti e discendenti nonché funzioni consultive di partenariato economico-sociale in ordine a tutti gli ambiti decisionali dell'Autorità.

L'utilizzo della formula partenariato pubblico-privato, di matrice europea, ben coglie il *proprium* di un ruolo teso alla cooperazione pubblico-privato per ottenere l'efficace perseguimento degli

interessi pubblici anche con l'utilizzo di competenze private. Si tratta di formula aperta per favorire una regolazione amministrativa ispirata a parità di trattamento e sussidiarietà orizzontale. Se si tiene conto che la Commissione europea ha definito il partenariato come forma di cooperazione tra autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione e la manutenzione di una infrastruttura o la fornitura di un servizio, sembra di poter cogliere nella previsione di un partenariato istituzionalizzato, quale è quello dell'indicato art. 14, un potenziale applicativo di notevole spessore. Non sembra dubbio che sono, così, create le premesse per un nuovo modo di proporsi dell'interesse pubblico e dell'azione pubblica.

Una novità che trova un suo completamento nell'obbligo di motivazione in caso di non accoglimento del parere reso dall'organo di partenariato, in quanto per dare effettività al contributo consultivo di tale organismo è fissato, appunto, l'obbligo di adeguata motivazione qualora ci si voglia discostare dal parere reso.

La motivazione, per rigettare, sembra, infatti, svolgere un ruolo ancora più importante dovendo confermare una volontà anche a fronte di elementi ad essa contrari.

In definitiva, il *novum*, richiesto ed auspicato, sembra essersi trasferito in un modello organizzativo-procedimentale fissato in formule normative che hanno dato risposta ad esigenze prospettate in varie sedi. È una tappa importante. E lo è ancora di più considerando che si colloca all'interno di un processo in svolgimento, che ammette correzioni ed adattamenti in funzione dell'inveramento di quel valore costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 che mostra sempre di più quanta potenzialità possieda.

## Bibliografia

- O. Baccelli – A. Tedeschi, Il ruolo delle autorità portuali: scenari per la promozione dell'intermodalità e l'autonomia finanziaria, in Quad. regionali, 2009
- M. Calabrò, *La disciplina dei porti in Italia: caratteri, criticità e prospettive*, in Nuove Auton., 2013.
- A.M. Citrigno, *Autorità portuale. Profili organizzativi e gestionali*, Milano, 2003
- D. Maresca, *La natura giuridica dell'autorità portuale alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in Il Dir. mar., 2014



A. Romagnoli, *L'autorità Portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, 2003

S. Siragusa, *Le autorità portuali come figura ibrida di gestione e regolazione*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 4

G. Sirianni, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981

M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, in *Foro. amm. T.A.R.*, 2007

A. Xerri Salamone, *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998

**Abstract:** In Italia il “sistema mare” costituisce inopinabilmente uno degli snodi più importanti dell'economia nazionale.

Ciononostante, ragioni tra l'altro di carattere normativo, legate ad un sistema datato in ragione dello schema organizzativo in esso contenuto e non allineato con la recente realtà, ed incompatibile con la necessità di processi decisionali tanto rapidi quanto capaci di cogliere la trama degli interessi e delle esigenze sottese al sistema, hanno a lungo inciso negativamente sulla competitività del settore.

A soddisfare tali esigenze, prospettando in ambito un nuovo modello di *governance* nazionale ed efficace, è da ultimo intervenuto il d.lgs. n. 169 del 4 agosto 2017, che riorganizza, razionalizza e semplifica la disciplina delle Autorità portuali attraverso una corposa modifica della legge sul sistema portuale, n. 84 del 28 ottobre 1994.

Di tale nuova disciplina, indubbiamente molti sono i singoli profili meritevoli di specifica attenzione.

Più in generale, però, essa si segnala per la rispondenza dei suoi contenuti ad una rinnovata visione della pubblica amministrazione, non più spinta al solo esercizio di funzioni a carattere autoritativo, ma portata a promuovere crescita, sviluppo e creatività.

Additata quale “cantier” di nuovi modelli dell'azione amministrativa, la normativa de qua, in effetti, opera non solo un'importante rivisitazione della struttura organizzativa, ma incide altresì sul piano dei meccanismi decisionali, attraverso una più chiara demarcazione degli organi decisionali da quelli cui sono attribuiti ruoli partecipativi e consultivi. In questa prospettiva, in particolare attraverso l'organismo di partenariato della risorsa mare, essa quindi accentua la centralità che la fase consultiva assume nella formazione della decisione dell'Autorità, che, solo

previa adeguata motivazione, potrà infatti discostarsi dal parere che, attraverso la cooperazione pubblico – privato, le viene reso ai fini del più efficace perseguimento degli interessi pubblici sottesi alla sua azione.

**Abstract:** In Italy the "sea system" indisputably constitutes one of the major hubs of the national economy.

Nevertheless, among other reasons normative nature, linked to a dated system on the basis of the organizational scheme contained therein and not aligned with the recent reality, and incompatible with the need for such rapid decision-making processes because they are able to grasp the weft of interest and the requirements underlying the system, have long negatively affected the competitiveness of the industry.

To meet those needs, prospecting in the area a new and effective national governance model has recently intervened d.lgs. n. 169 of August 4, 2017, the reorganization, streamlines and simplifies the regulation of port authorities through a substantial amendment of the Law on the port system, n. 84 of 28 October 1994.

Of this new discipline, no doubt there are many individual specific profiles deserving attention. More generally, however, it is notable for the compliance of its contents to a new vision of public administration, not only pushed to the exercise of authoritative character functions, but capacity to promote growth, development and creativity.

Singled out as a "building site" of new models of administrative action, the legislation in question, in fact, work is not only an important review of the organizational structure, but also impacts on the level of decision-making mechanisms, through a clearer demarcation of the governing bodies of those who perform participatory and consultative roles. In this perspective, in particular through the partnership body of maritime resources, so it accentuates the centrality that the consultation phase assumes the formation of the Authority's decision, that only with proper motivation, will in fact ignore the opinion that, through public cooperation - private, it is made for the purpose of more effective pursuit of the public interest underlying its action.

## DEI MOLTEPLICI RACCORDI TRA FORME DI ORGANIZZAZIONE POLITICA E TUTELA DEI DIRITTI NELLO SPAZIO PUBBLICO EUROPEO: OLTRE LA VICENDA OMT<sup>355</sup>

di Giuliano Vosa\*

**Sommario:** 1. Introduzione. Separazione dei poteri e garanzia dei diritti: tentazioni stato-centriche e derive centrifughe nello scenario post-statale. - 2. Prima lo Stato: breve storia di una presunzione assoluta. - 3. Whatever it takes: Gauweiler, ovvero la curvatura teleologica del mandato della BCE. - 4. Il Bundesverfassungsgericht e OMT: la pretesa razionalizzazione dell'ordine giuridico europeo. - 5. Nuove rotte per la tutela dei diritti sul piano sovranazionale: Ledra e i suoi indefinibili approdi.

156

### 1. Introduzione. Separazione dei poteri e garanzia dei diritti: tentazioni stato-centriche e derive centrifughe nello scenario post-statale.

L'articolo 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, prima pietra della *Révolution* del 1789, poneva una clausola generale tanto famosa quanto, forse, inesplorata nelle sue pieghe più profonde.<sup>356</sup> Che ogni società in cui non si dia separazione dei poteri né garanzia dei diritti non abbia una costituzione, è infatti formula di rito per definire i tratti caratteristici di una carta costituzionale. Nondimeno, si fa fatica a ricavare da questa formula le conseguenze più radicali, che paiono turbinosamente ruotare attorno a un buco: quello dell'assenza, in questa definizione, della parola "Stato". Se si vuole tener fede a un convincimento diffuso, per cui siffatta formula racchiude in un senso ampio il campo operativo di una costituzione, occorre prendere atto di questa mancanza, al cui seguito emergono due passaggi alquanto significativi. Primo, che fra costituzione e Stato vi è un nesso solo eventuale, e che ben può l'una sopravvivere all'assenza dell'altro, espandendo al di là dei confini nazionali

---

<sup>355</sup><sup>355</sup> Sottoposto a referaggio.

\* Ph.D., assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, LUISS Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza.

<sup>356</sup> Questa la celeberrima formulazione in lingua originale : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

la mappatura della produzione giuridica e dei connessi rapporti fra potere e individuo.<sup>357</sup>

Secondo, che esistono mutue connessioni fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti, e che tali connessioni non cessano di operare là dove la società di cui si parla non assuma quella forma di organizzazione politica cui si dà nome Stato.<sup>358</sup>

Se si accetta che tali due passaggi segnano risposte non banali al dilemma dei rapporti in cui si articola il potere pubblico, diviene impossibile prescindere da un breve esame delle questioni che squadernano, là dove si presti attenzione alle più recenti vicende della tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo.<sup>359</sup> Con questo termine oggi si usa

<sup>357</sup> Un'ipotesi ormai accettata dalla dottrina, ancorché intrecciata per numerosi fili al dibattito sulla natura dell'Unione e sul *deficit* democratico che la affliggerebbe. Il tema si è posto in termini specifici per i costituzionalisti britannici, che hanno incentrato la loro analisi sulla svalutazione del concetto di sovranità come formula descrittiva del potere statale: cfr. N. Mc CORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, OUP, 1999, in part. p. 133ss., 137ss., ove, illustrate le vie del superamento, nell'epoca attuale, del concetto di sovranità nel suo duplice risvolto politico e giuridico, giunge a sostenere che una via democratica attraverso la *sussidiarietà* può conferire al "Commonwealth europeo" un assetto di tipo costituzionale. Dall'angolo visuale dei giuristi continentali, il dibattito – della cui amplissima portata è senz'altro impossibile rendere qui una sintesi anche superficiale – si è sovente concentrato sulla utilizzabilità di una nomenclatura costituzionalistica per il fenomeno dell'integrazione europea; se ne danno ipotesi distinte, sulle quali M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una Costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e Diritto*, 2/2003, 80s., anche in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 26 luglio 2003, traccia un'ideale dicotomia fra quelli che legano l'idea di Costituzione alla nazione, e quelli che ne prescindono (84-85). Sulla distanza fra il progetto di Trattato costituzionale e una Costituzione, A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in A. D'ATENA, E. LANZILLOTTA (cur.), *Da Omero alla Costituzione europea*, Tored, 2003, 330s. Sotto l'aspetto metodologico. L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2001, 405s., in part. 411s., chiarisce che "[l]a parte più attraente e duratura del paradigma statale non sta ... tanto e solo nella connessione fra un popolo, uno Stato e una Costituzione, ma sta, piuttosto, nel monismo che caratterizza ciascuno di questi termini e che consente quindi di porre la sequenza come internamente coerente e congruente, di modo che ciascun termine rafforzi e legittimi l'altro"; tuttavia "[l]'approccio monista incorre, peraltro, in inevitabili contraddizioni se applicato all'ordinamento europeo". Che una visione della Costituzione come imprescindibilmente legata al paradigma statale appaia "angusta" lo ribadisce A. CANTARO, *Europa sovrana: la costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Dedalo, 2003, p. 42.

<sup>358</sup> Sugli esiti cui perviene la teoria della c.d. *Verfassungsverbund* (I. PERNICE, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, WHI Working Papers, 8/2008, 1-29, 22s.) cfr. N. WALKER, *Looking beyond the German Debate*, anche in *LSE Working Papers*, 8/2009, 1-30, p. 3 e note relative, nonché p. 20s. Cfr. anche l'approccio che vede la sovranità nazionale come *condivisa* a partire dall'auto-limitazione dello Stato (ad es. P. SERRA, *Il problema dello Stato*, in *Democrazia e diritto*, 2/2008, 29s.) Del resto, che i confini concettuali dell'unità costituzionale europea fossero alquanto problematici emerge altresì in J. E. FOSSUM, A. J. MENÉNDEZ, *The Constitution's Gift: A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Rowman & Littlefield, 2011, in part. p. 45s. e 163s., ove il problema della capacità di legittimazione delle strutture statali in un ordine non stato-centrico appare, se così vuol dirsi, in tutta la sua evidenza.

<sup>359</sup> La riflessione sullo spazio pubblico europeo, restando alla dottrina italiana, è tracciata finemente da P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo spazio pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, 2009, 31s., in part. 34s., ove se ne ricostruiscono le origini a partire dalle ricostruzioni di R. SMEND, *Zum Problem des öffentlichen und der Öffentlichkeit* (1955), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1957, 462s., che ragiona di integrazione in ambito statale. Di qui, il concetto di *spazio pubblico* è stato riferito in un senso ristretto ai soggetti non istituzionali, nonché, in un senso più ampio, alle interazioni fra tali soggetti e quelli istituzionali. Tale ultimo significato, ai limitati scopi di cui nel testo, pare il più corretto, poiché segue il progressivo dispiegarsi degli spazi per l'espressione del diritto-dovere all'auto-determinazione come corollario della centralità della persona nella gestione del potere

indicare il luogo di riferimento per lo sviluppo delle forme organizzative del potere che alla tutela dei diritti sono strumentali: il campo operativo delle istituzioni deputate alla produzione giuridica, in uno scenario che ha visto poco a poco smantellarsi l'armamentario dogmatico a presidio della sovranità dello Stato.

Tale scenario si popola oggi di concetti specifici, fra cui l'identità costituzionale appare forse il più notevole.<sup>360</sup> Questo concetto, adoperato dalle Corti in funzione oppositiva rispetto a uno spostamento di poteri normativi su assi sovra-statali, presenta a ben vedere un potenziale applicativo dai confini ancora inesplorati.

In controtluce ai percorsi *multilivello* di tutela dei diritti, fin qui battuti nel contesto europeo, l'identità costituzionale pare condurre a una riedizione, sotto spoglie mutevoli ma non nuove, della contesa fra tutela dell'unità statale e riconoscimento della (mera) strumentalità di quest'ultima alla garanzia dei diritti dei singoli. In questo senso, riveste un'importanza sistematica non trascurabile, poiché si volge ad illuminare un nuovo passo dell'eterna vicenda dei rapporti di potere. Nel frangente che oggi si attraversa, pare infatti stagliarsi, in controtendenza rispetto al paradigma *multi-livello*, il ritorno all'identificazione fra Costituzione e Stato, in uno alla sovrapposizione di quest'ultimo con la sede naturale di una Costituzione – dunque, col luogo di riferimento per la produzione giuridica, in cui si svolgono separazione dei poteri e tutela dei diritti. Una linea che, a livello politico, pare ormai tracciata – complice il naufragio del Trattato

---

pubblico. Si veda a proposito la *Introduzione* di J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1962, Luchterhand, ed. it., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, 2006, 3s.

<sup>360</sup> Il concetto di identità costituzionale è venuto formandosi dall'art. 6, par. 3, del Trattato UE *post-Maastricht*, a tenore del quale l'Unione europea avrebbe dovuto "rispettare le identità nazionali degli Stati membri" (cfr. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, 2013, 190s). Dopo il Trattato di Lisbona, a voce dell'art. 4, par. 2, TUE, "[l']Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale ...". Sembra allora delinearsi una zona di competenza statale *rinforzata*, nell'ambito della quale si conferiscono ai giudici nazionali argomenti per eludere o ritardare l'impatto del diritto europeo. Tale clausola parrebbe esigere una cooperazione tra i vari livelli (cfr. L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, 6-3, 36s., 45) e altresì indicherebbe una regola di massima per una composizione preventiva di tali conflitti in via politica (P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2016, 197s., in part. 205s).

costituzionale – e che si rafforza nelle strategie perseguite dai governi degli Stati membri, prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona.<sup>361</sup>

L'identità costituzionale appare allora funzionale ad un consolidamento di tale linea sotto il profilo giuridico: il potenziale assiologico che vi si cela, a una lettura sistematica dei rapporti tra organi della costellazione *post*-nazionale, non è privo di carica dinamica.<sup>362</sup> Non può trascurarsi infatti che la (ri-)affermazione della centralità dello Stato nella tutela dei diritti pone questi ultimi in rapporto diretto con il rafforzamento dello Stato stesso. Le virtualità interpretative che naturalmente innesca un simile rapporto potrebbero assumere tendenze perniciose, ove assestassero una traiettoria simile a quella che all'alba del Novecento condusse non pochi Stati liberali alle forme organizzative del totalitarismo.<sup>363</sup> Non è superfluo, infatti, ricordare che una simile giuntura concettuale è venuta storicamente risolvendosi in una torsione *monistica* della separazione dei poteri – a mera descrizione delle funzioni svolte dallo Stato – e nel parallelo ripiegamento dei diritti dell'individuo, pure collocati in posizione ancillare rispetto allo Stato; così rovesciandosi quel rapporto di strumentalità che invece porrebbe questo al servizio di quello.<sup>364</sup> Allora, un processo siffatto riporterebbe a galla,

<sup>361</sup> Cfr. A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (eds.) *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona: nuovi studi sulla Costituzione europea*, prefaz. G. Tesaurò, in part. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista*, 13s. Cfr. M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo "decostituzionale"*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 205s.; nonché le osservazioni di J. M. de AREILZA, *Lisbon Treaty: a Dadaistic legal drafting*, in <http://grahnlaw.blogspot.it> [v. 21 aprile 2017].

<sup>362</sup> La citazione è tratta da J. HABERMAS, *Die Post-nationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*, in ID., *Die Post-nationale Konstellation: Politische Essays*, Suhrkamp, 1998, in part. 91s., e pare assai opportuna poiché evidenzia una netta cesura tra le forme organizzative del potere nel paradigma della statualità – che involge le forme organizzative nazionali, disciplinate dal diritto costituzionale di ciascuno Stato, e quelle internazionali, disciplinate dal diritto internazionale – e il multiforme scenario in cui si agitano oggi i poteri normativi. Cfr. C. JOERGES, *Constitutional in Post-National Constellation: Contrasting social regulation in the EU and in the WTO*, in C. JOERGES, E.-U. PETERSMANN (eds.) *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart, 2006, 491s., in part. 494s.

<sup>363</sup> Il paradigma identitario dello Stato sembra aver preso piede come (contro-)reazione alle spinte individualistiche che scaturirono dalla temperie culturale della Rivoluzione francese: cfr. K. W. SWART, *'Individualism' in the Mid-Nineteen Century (1826-1860)*, in *Journal of the History of Ideas*, 23/1, 1962, 77s. La dissoluzione di tale paradigma, su cui nel Novecento si fondava l'assolutezza "sovra" della decisione politica, ha comportato la dissoluzione dell'unitarietà statale; tuttavia, oggi sembra necessario rivedere tale modello, per volgersi ad un'accettazione *inclusiva* del pluralismo. Cfr. G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Laterza, 2005, in part. 26s., 42s., 121s.

<sup>364</sup> Una torsione "che discende direttamente dallo sfumare delle tecniche di limitazione del potere forgiate nell'ambito del costituzionalismo moderno" (A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Giuffrè, 2006, 169-170). Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti*



mercé la forza assiologica dell'identità costituzionale, il profilo tradizionale e carismatico che storicamente ha fondato l'identificazione fra Stato e suddito; gradualmente confinando in un limbo d'irrilevanza il fondamento razionale della legittimazione del potere.

Una simile evoluzione dello scenario europeo parrebbe foriera di turbolenze non lievi, poiché avrebbe luogo con modalità disordinate e tempi imprevedibili; per di più, in seno a una *Gemeinschaft* articolata, percorsa da fili d'interazione sociale ormai non più districabili, indisponibili ad una recisione netta. Una società *aperta*,<sup>365</sup> tesa verso un pluralismo multinazionale e cosmopolita; eppure percorsa da venti dubbiosi, a fatica tenuta in pugno dai governi statali e regolata, non senza affanni, da quelle forme organizzative del potere – talora indecifrabili nella struttura, spesso imprevedibili e asimmetriche negli esiti – che continuamente vengono a generarsi a partire da questi.

366

A tale deriva, certo rischiosa per le sorti complessive dell'Unione, potrebbe contribuire l'abuso, sul piano sovranazionale, della legittimazione *tecnica* delle decisioni pubbliche, che sempre più spesso viene contrapponendosi ad assetti marcatamente

---

*costituzionali*, vol. I, Giappichelli, 2001, 3s., in part. 19s.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, 2007, in part. 35s. per la significativa evoluzione del concetto di separazione dei poteri.

<sup>365</sup> Da ultimo, l'evoluzione della teoria della società aperta nella Costituzione tedesca è ripercorsa da R. C. Van OYEN, *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Springer (e-book) 2017, ove per un commento alle opere di K. Popper (91s.) e a quelle di P. Häberle (181s.) nonché per il loro risvolto pratico nella giurisprudenza del BVerfG (285s). Sul ruolo della cultura nella costruzione europea, cui in tempi turbolenti più che mai va prestata attenzione, P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (Schriften zum Öffentlichen Recht)*, II ed., Duncker & Humblot, 1998; v. 7s., sul concetto di *Kulturverfassungsrecht*. Sul tema, la II ed. di *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, a cura di D. VALADÉS, edita da UNAM – México, 2017.

<sup>366</sup> P. SERRA, *Il problema dello Stato*, cit., si serve della teoria degli ordinamenti giuridici di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917-1918) ed. Sansoni, 1977, in part. 102s., per spiegare come la *auto-limitazione* dello Stato porti ad un sistema fondato su una concezione della sovranità come *spazio condiviso*, che si ritiene la migliore per fondare una teoria dell'ordinamento giuridico europeo. A tale ricostruzione va apposta tuttavia una postilla critica, su cui si avrà modo di tornare: il *paradigma multilivello*, che l'A. stesso contrappone a quello *monista* (cfr. 38-39), si fonda sulla *cooperazione* tra diversi livelli, come del resto quello della sovranità condivisa (33s.); presuppone dunque un accordo politico di fondo tra le rispettive componenti istituzionali della *dialettica orizzontale* tra Europa e Stati (B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida, 2002, p. 182, cit. dall'A. n. 22). Ove tale accordo faccia difetto, occorre rivisitare i postulati teorici di una ricostruzione siffatta. Essa, infatti, pare in tutto dipendente dall'accordo fra istituzioni, che ricalca moduli giusprivatistici e ad essi riconduce la propria validità (cfr. S. ANASTASIA, *L'appello ai diritti. Diritti e ordinamenti, nella modernità e dopo*, Giappichelli, II ed. 2008, p. 76, cit. dall'A. n. 29). La dimensione unitaria della *polity* europea non è dunque un presupposto, ma una conseguenza, un orizzonte successivo ed eventuale rispetto alle vicende della produzione giuridica; la quale, su questa linea, appare de-costruita lungo sfere asimmetriche rispetto al perimetro della sovranità statale (G. TEUBNER, *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law & Society Review*, 1997, 31-4, 763s).



intergovernativi.<sup>367</sup> Tale criterio si assume capace di reperire soluzioni *ottimali* per tutti in materie d'interesse comune; è allora impiegato in chiave centripeta, quale surrogato di una rappresentanza politica malferma. Nondimeno, *tecnico*, vale ribadirlo, è qualifica ancipite, che racchiude in sé due figure distinte: quella della complessità scientifica, e quella di una scarsa sensibilità politica. Per l'operatività di tale legittimazione, quindi, entrambe queste figure devono sussistere; per contro, là dove all'una non corrisponda l'altra, la legittimazione tecnica nasce gracile, incapace di fornire alla decisione un supporto non effimero.

Non è banale infatti rammentare che la legittimazione tecnica ha storicamente svolto una funzione strumentale rispetto al tema dell'unità giuridica dello Stato, cui contribuiva con la *spoliticizzazione* di talune questioni potenzialmente divisive.<sup>368</sup> Occorre però dire che oggi un processo di tal fatta, letto dalla prospettiva dei titolari dei diritti sacrificati dal decisore *tecnico*, si risolverebbe in un inarrestabile fattore di disgregazione: non v'è difatti unità politica sotto le insegne di uno Stato, cui approntare alla bisogna una veste giuridica, ma uno scenario dagli esiti incerti, segnato da cariche elettriche ad alta polarizzazione, le cui tensioni reciproche verrebbero ad esacerbarsi in modo difficilmente contenibile.

La decisione fondata sulla legittimazione tecnica di chi la assume ha infatti una caratteristica congenita: si rivela massimamente restia ad una riconsiderazione critica,

---

<sup>367</sup> Cfr. *ex plurimis* K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, CUP, 2013, in part. 221-231. Sulla legittimazione tecnica, e sui suoi rapporti con un'indebolita rappresentanza politica, cfr. G. PASTORELLA, *Technocratic Governments in Europe: Getting the Critique Right*, in *Political Studies*, 2016, 948s.

<sup>368</sup> Nel celebre discorso *L'era delle spoliticizzazioni e delle neutralizzazioni* del 1922, ora in C. SCHMITT, *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, ed. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, 1972, 167s., il giurista di Plettemberg ripercorre le dinamiche della lotta politica, che migrando da un settore all'altro ora soggiacciono a tentativi di neutralizzazione, ora invece si colorano di sensibilità. La tecnica, a tal uopo, pare indicare "una sfera di pace, comprensione e riconciliazione" sottratta all'invasione della politica (*ibid.*, 178); in realtà, ponendosi al servizio di una decisione presa altrove, semplicemente risulta strumentale alla politica che se ne serve. In tal senso, il rapporto fra l'una e l'altra si dispiega solo "quando appare chiaro quale tipo di politica è abbastanza forte da impadronirsi della nuova tecnica e quali sono i reali raggruppamenti amico-nemico che crescono su questo terreno" (182). Volendo trarre un insegnamento dalla lezione schmittiana, dunque, nel caso OMT l'affidamento al campo della tecnica della materia economica non dispensa dall'epifania del *politico*, che subentra con la decisione ultima nello stato di eccezione (C. SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, 1922, ed. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del politico*, cit., 27s). Tale decisione si manifesterebbe in tutto il suo potenziale divisivo, d'un colpo squadernando tutta la carica di sensibilità politica che percorre la materia economica. Sul punto, con forza, L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso decisivo*, in *Riv. AIC*, 2/2016, in part. 3-5 e note relative.

anche qualora si palesi altamente controversa. Tale decisione, infatti, postulando la superiore capacità dei decisori, difficilmente può ammettere reconsiderazione nel merito se non da parte dello stesso consesso; ovvero, più raramente, di consessi riconosciuti come parimenti legittimi, e solo se *ad hoc* abilitati.<sup>369</sup> Ergo, astraendo il discorso a legittimazione della decisione ad un livello più alto di quello accessibile alla generalità dei consociati, la qualifica di *tecnico* – ove si addentri in una materia ad alta sensibilità politica – tende a relegare ai confini dell'irrilevanza – non meno di un appello *identitario* allo Stato in quanto tale, magniloquente, ma vacuo nel merito – il fondamento razionale discorsivo del potere, affidandosi ad una *ragione* espressa per bocca di aruspici designati, e solo per queste vie modificabile.

Tutte queste questioni, intricate di per sé, e ancor più imprevedibili nelle conseguenze che ne scaturiscono, si ritrovano fra le chiavi di lettura della vicenda OMT e nello scenario che si apre dopo di essa. Le ampie argomentazioni apprestate all'uopo dalle Corti, infatti, gettano un fascio di luce vivida sulle vicende della produzione giuridica nello spazio pubblico europeo, imponendo allo studioso di scrutare l'orizzonte con sguardo attento. Al crocevia fra separazione dei poteri e tutela dei diritti, tali vicende sembrano quasi ripiegare su se stesse, come appesantite dalle volute barocche di un pluralismo ormai esuberante. Interrogandosi sulla legittimazione della produzione giuridica nelle sue scaturigini più profonde, esse ne ripercorrono il filo, avventurandosi nei meandri complessi di un edificio *post-statale*.<sup>370</sup>

<sup>369</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1984, in part. 22s., ripreso anche da M. VOLPE, *Tecnocrazia e crisi della politica*, in Aa. Vv., *Governi tecnici e tecnici al Governo*, Giappichelli, 2017, 1s., 3-4, ove si delinea l'antitesi fra i re-filosofi di Platone – “politici” al massimo livello – e il ricorso alla “tecnica” nell'accezione che se ne fa oggi, che tende a mettere in parentesi la sensibilità politica di una data questione, affidandola a “chi ne capisce”. Non sfugge all'A. che entrambe queste visioni appaiono antitetichhe al concetto di democrazia (5s).

<sup>370</sup> Circola, nella letteratura giuridica e politologica, un'idea di *post-* rispetto al costituzionalismo imperniato sulla statualità, ad indicare un frangente in cui le categorie del pensiero fin qui sviluppate paiono esaurire la loro capacità di catturare la realtà e giustificarla, senza che se ne scorgano all'orizzonte di nuove. Si vedano a tal proposito numerose opere critiche in merito ai caposaldi del costituzionalismo statualista: il parlamentarismo (S. S. ANDERSEN, T. S. BURNS, *The European Union and the Erosion of Parliamentary Democracy: A Study of Post-Parliamentary Governance*, in S. S. ANDERSEN, K. A. ELIASSEN, *The European Union: How Democratic is it?*, Sage – London 1996, 227s.); la sovranità (N. Mc CORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., in part. 123s. (*On Sovereignty and Post-Sovereignty*)) il positivismo giuridico (K. PETROSKI, *Is Post-Positivism Possible?*, in *German Law Journal (Special Issue: The Many Fates of Legal Positivism)* 12-2, 2011, 663s.) i processi costituenti (A. ARATO, *Post Sovereign Constitutional Making: Learning and Legitimacy*, 2016, OUP, spec. Part I) e la stessa democrazia (C. CROUCH, *Coping with Post-Democracy*, Fabian Society, 2000, dal 2012 <http://www.fabians.org.uk/wp->

Nel torno di tempo che si attraversa, la dinamica delle relazioni tra forme *post*-statali di organizzazione del potere e tutela dei diritti rinviene nello spazio giuridico europeo ulteriori, poliedriche soluzioni per la produzione di norme. Tali soluzioni, pur non inedite, si svolgono in una dimensione in qualche modo nuova per il diritto costituzionale, là dove gli Stati si trovano nella chiara impossibilità di intitolarsi un monopolio nomopoietico. Guardando a ritroso, per leggerne l'evoluzione, l'intreccio di tali relazioni segue la parabola della legittimazione dei poteri europei, inoltrandosi lungo quel sentiero accidentato che unisce il costituzionalismo liberale di fine Ottocento a quello *sociale* del secolo XX.<sup>371</sup> Preso atto delle non lievi differenze che separano il contesto odierno da quello in cui si affermarono concetti e strumenti che pure oggi si ripropongono, non pare inutile ripercorrerne le modalità operative, per saggiarne l'effettiva potenzialità nell'assicurare una decisione legittima.

## 2. Prima lo Stato: breve storia di una presunzione assoluta.

Un unico ordito tiene insieme separazione dei poteri e garanzia dei diritti, estremi della dialettica sottostante alla produzione giuridica, sin dall'alba del costituzionalismo; e l'intreccio fra l'uno e l'altro estremo dà la cifra della legittimazione del potere che domina nella società di riferimento. Allo scopo di ritrovare nel dibattito di oggi i fili di un discorso che prende le mosse da scenari lontani, è buona regola conferire all'analisi una pur minima profondità storica. È d'uopo allora ripercorrere a volo d'angelo i passaggi che, nell'esperienza occidentale, hanno visto mescolarsi l'uno all'altro questi concetti, e segnalarne le reciproche interazioni.

Nell'anticamera del costituzionalismo, l'irrevocabilità del patto sociale con cui i cittadini rinunciano alla facoltà di decidere del loro destino fonda l'irretrattabilità del

---

content/uploads/2012/07/Post-Democracy.pdf [v. 22 aprile 2017]; a p. 6s. la denuncia impietosa dei "sintomi della *post*-democrazia".

<sup>371</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 35s.; P. CARETTI, A. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, 2011, cap. I.

potere, consentendo al sovrano di porsi ad *anima dello Stato*, uno e indiviso.<sup>372</sup> A queste condizioni, i diritti non sussistono se non *nello* Stato stesso; giacché non ve ne sarebbe alcuno oltre l’abbraccio paternalistico del Re, fuori dal quale l’individuo, come soggetto di diritti, semplicemente *non è*.

Fondamento di tale ricostruzione è una precomprensione di carattere antropologico, che si trasforma in una presunzione giuridica: lo Stato, inteso come apparato operativo, secondo le forme di organizzazione politica che gli sono proprie, agisce *per il bene dei suoi sudditi*, considerati nel loro *insieme*. A tali sudditi, ove considerati singolarmente – dunque, quali individui – non è dato apporre una *propria* valutazione del *loro stesso* bene contro quella operata dallo Stato: tale valutazione resta, in ultima istanza, nella disponibilità del potere pubblico.<sup>373</sup>

Questa presunzione è insita in una’idea che si direbbe *organicistica*, poiché considera “il popolo” quale parte di un tutto, come gli organi di un corpo unico, e non già come insieme di singoli nelle loro irripetibili caratteristiche.<sup>374</sup> Non occorre dire, dunque, che gli spazi per un discorso razionale a legittimazione del potere scompaiono dinanzi alla figura del Re, che brilla di luce carismatica e si ammantava di tradizioni immutabili.<sup>375</sup>

La rivendicazione del diritto di resistenza traccia una prima divaricazione fra i diritti dell’individuo e l’azione dello Stato, per cui al singolo residua una facoltà di scelta che si contrappone alla volontà del Re.<sup>376</sup> Tale facoltà indica un mutamento di tipo

<sup>372</sup> Così in G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 3s., in part. 13s., anche in ID., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluralistiche*, Giappichelli, 2005, 3s.

<sup>373</sup> “Ma se il Sovrano domanda o toglie qualche cosa in virtù del suo potere, in tal caso nessuna azione di legge è possibile, poiché tutto ciò, che egli fa in virtù del suo potere, è fatto con l’autorità di ogni suddito, e per conseguenza colui, che agisce contro il sovrano, agirebbe contro sé stesso”. Così T. HOBBS, *Leviathan* (1651) Part II, Chap. XXI “Of the Liberty of Subjects”, nella trad. it a cura di M. Vinciguerra, *Leviatano*, Laterza, 1976, 194s., altresì citata da G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, n. 26. Si manifesta per tal via il fondamento culturale di un regime politico, cogliendosene l’evoluzione in controtipo al mutamento di paradigma nella comprensione di sé della persona: cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, cit., in part. 28s.

<sup>374</sup> Nel celebre passo di K. F. von GERBER, *Über öffentliche Rechte* (1852), trad. it. di P.L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in ID., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1971, 67s., i diritti fondamentali radicano nella stessa esistenza della legge, e non esistono se non per effetto dell’auto-limitazione dello Stato, di cui costituiscono meri “effetti di diritto pubblico”; cfr. l’analisi che di quel passo svolgono L. FERRAJOLI, E. VITALE, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Laterza, 2001, ed. digit. 2015, cap. I e note 8-9.

<sup>375</sup> Doveroso rimandare a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Mohr Siebeck, 1922, Parte I, Cap. III (*Die Typen der Herrschaft*) anche online a [www.textlog.de](http://www.textlog.de) (v. 9 maggio 2017).

<sup>376</sup> Il diritto di resistenza sembra affondare le sue radici nell’etica luterana e calvinista, là dove si affermava il principio per cui al sovrano potesse disobbedirsi, se non altro passivamente, qualora ordinasse qualcosa

antropologico, uno scatto qualitativo nella comprensione di sé della persona, che si aggrappa a tal facoltà per rivendicare il diritto-dovere all'auto-determinazione, quale condizione irrinunciabile per perseguire la propria felicità.

Il nesso fra rivendicazione del diritto alla felicità e pretesa alla costruzione di forme di organizzazione politica fondate sul discorso razionale fra eguali emerge fra le correnti del Seicento inglese e trova nella Costituzione nordamericana la sua più alta formulazione, distendendosi sia lungo la direttrice dei rapporti tra organi federali, sia sull'asse delle relazioni fra potere centrale e autonomie locali.<sup>377</sup> Si segnala allora, in questo frangente, la crescente rilevanza assegnata alla legittimazione razionale del potere nella produzione giuridica. Ne è testimonianza la dottrina della *force and effect of law*, che si studiava di mantenere alla deliberazione emanata dai rappresentanti dei cittadini il posto d'onore nel processo di produzione del diritto, mediante un atto poi sottoponibile al vaglio del giudice sul metro dei principi costituzionali.<sup>378</sup> Tale insegnamento prendeva vigore all'interno di un ordinamento che, votato al pluralismo istituzionale per *rispecchiamento* con le strutture della società in cui operava, forgiava su quello stampo la separazione dei poteri.<sup>379</sup>

---

“contro Dio”. Tale convincimento si poneva a giustificazione delle lotte politiche nell'Inghilterra del Cinquecento, e giungeva a spogliare della legittimazione teologica “il Re tiranno” sicché potesse essere giudicato come un privato cittadino qualsiasi. Placatesi col regno di Enrico VIII e di Elisabetta I, le tensioni politiche e ideologiche che conducevano al diritto di resistenza vennero ad innestarsi nell'acceso dibattito sulla supremazia della *fundamental law* e sulla teoria del governo misto. Cfr. L. D'AVACK, *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Giuffré, 2000, 48s., 201s.; A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., 122s.

<sup>377</sup> Sul nesso tra federalismo e separazione dei poteri, J. BULMAN-POZEN, *Federalism as a Safeguard of the Separation of Powers*, in *Columbia Law Review*, 112-3, 4/2012, 459s., in part. 478s., analizza le molteplici linee d'interazione fra stati e federazione, nel quadro di un *cooperative federalism* di cui coglie i segni di un decisivo influsso nell'ordinamento statunitense degli ultimi decenni (cfr., della stessa A., *Executive Federalism comes to America*, in *Virginia Law Review*, 102, 2016, 953s., in part. 994s., 1016s).

<sup>378</sup> Tale dottrina, nel quadro dei limiti alla potestà di delega normativa del Congresso al potere esecutivo, mirava ad istituire un principio di legalità sostanziale, ricollegando il *nomen* di un atto giuridico agli effetti da esso prodotti. La c.d. *nondelegation doctrine*, sulla quale si sono costruiti taluni limiti sostanziali al potere di delegare, distingueva – sia pure in modo alquanto confuso – fra regole di condotta, e regole *quasi-legislative*, rafforzando per queste ultime l'obbligo di densità precettiva a carico del legislatore. Sul punto, K. C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 1958, I, 79ss.; nella dottrina italiana, l'analisi di M. PATRONO, *Sistema dei “Regulatory Powers” e Corte Suprema federale*, Giuffré, 1974, 150s., 229s.

<sup>379</sup> È significativo, a tal scopo, che nella dottrina costituzionalistica – prevalentemente non italiana – del Novecento si sia tracciata la differenza tra sistemi a supremazia della legge e sistemi a separazione dei poteri. Nel primo caso, forse meglio, la supremazia potrebbe ascriversi al legislatore parlamentare, poiché fondata sulla superiore legittimazione che la rappresentanza generale conferisce al Parlamento. Cfr. ad es., I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, University of London Press, 1963, in part. 23s.; B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Essai synthétique à Les Constitutions européens*, Paris-Presses Universitaires de France,

Altrove, come nel nascente *Reich* guglielmino, nel medesimo tempo prevalgono forme di organizzazione politica diverse, ove il principio monarchico seguita a riflettere di un potere carismatico e tradizionale, che si esprime col decreto regio; l'ambito applicativo della legge – adottata col mero *intervento* del Parlamento<sup>380</sup> – si ritrova in una posizione laterale. La separazione dei poteri, mera suddivisione descrittiva, strumentale all'esercizio del potere sovrano, resta priva di contenuto precettivo, e afona con riguardo al pluralismo della società.<sup>381</sup> I diritti degli individui nascono così limitati in ampiezza, poiché compressi nell'area di *Eigentum und Freiheit*; e rimangono altresì asfittici in profondità, poiché non riguardano che una fascia ristretta della società – quella che al Gabinetto del *Kaiser*, ovvero alle istituzioni parlamentari, riusciva a conseguire l'accesso. Per gli altri, la presunzione che si è detta organicistica, di riassumere cioè nello Stato l'interesse degli individui nella loro totalità – senza che questi possano, *uti singuli*, contribuire a determinarlo – permane incontestata.

In altri ordinamenti ancora, come nella Francia rivoluzionaria, la proclamazione degli ideali illuministici si traduceva nella sovranità del Parlamento, e nella conseguente centralità della legge – opera dei rappresentanti e quindi espressione della *volonté générale* – in aperta rottura con le forme di organizzazione politica del recente passato.<sup>382</sup> Tuttavia, anche negli Stati che avevano accolto e anzi alimentato la scintilla

1951, vol. I, p. 10s. Per la dottrina italiana, cfr. M. PATRONO, *Sistema dei "Regulatory Powers"*, cit., in part. 21s.

<sup>380</sup> Significativamente, nell'ordinamento tedesco del *Reich* la riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*) si identificava con la c.d. *riserva di intervento* (*Eingriffsvorbehalt*) incentrata sulla tutela della proprietà e della libertà personale (cfr. G. ANSCHÜTZ, *Gesetz*, in K. F. von STENGEL, M. FLEISCHMANN (cur.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2vol., II ed., 1913, 212s). Nella dottrina italiana, S. FOIS, *La riserva di legge: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, 1963 (ed. provv.), anche in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, 2010, 1s., in part. 25s. e 35-36, ove sul significato politico e giuridico della riserva. Cfr. inoltre G. SCACCIA, *La riserva di legge. L'esperienza tedesca*, 2002 (ed. provv.), 15s.

<sup>381</sup> Secondo M. NIGRO, *Il "segreto" di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 293s., 304-305, Gerber completa la sua svolta "organicistica" in *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, Leipzig, 1865 (I ed.), ed. it. K. F. von GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Diritto pubblico*, cit., 103s., ove si legge che nello Stato il popolo assurge nel suo insieme alla coscienza e alla capacità di volere che il diritto esige, acquistando personalità giuridica. Sul punto, M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, CUP, 2001, II ed. 2004, in part. 182s. e note relative, ben illustra che i limiti al potere dello Stato, pur esistenti, provenivano "from inside the State's will, and not from the history or interests of autonomous communities (*Genossenschaften*) or an independent theory of subjective rights" (p. 184).

<sup>382</sup> Sulla supremazia della legge parlamentare, da cui dipendono i confini del potere esecutivo, e sul fatto che «il regolamento non può far niente senza autorizzazione legislativa, può invece far tutto con simile autorizzazione» R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920, Sirey, 585 e nota 9, (cit. anche da S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., p. 179 e note relative). Cfr. anche *Contribution*, cit.,



dell'89, la sovranità dell'Assemblea gradualmente lasciava campo all'intervento di un esecutivo sempre più forte. Gli spazi per la normazione del Governo irrimediabilmente venivano ad ampliarsi, a spese di quelli del Parlamento; e con essi gli strumenti per demandare ad esso la facoltà di determinare in concreto precetti giuridici, pur assente una disposizione costituzionale che lo abilitasse in tal senso – anzi, talvolta, malgrado espliciti vincoli di segno avverso.<sup>383</sup> La corrispondenza tra forma di legge e contenuto precettivo volto ai destinatari di tale legge appariva così sbiadire; restringendosi la garanzia partecipativa dell'individuo attorno all'intervento giudiziale, tarato sul caso singolo e sulle concrete rivendicazioni che il privato aveva da opporre al potere statale. Nondimeno, il privilegio che si accordava all'azione dello Stato affievoliva finanche il potere di sindacato del giudice; lasciando così, in un numero non irrilevante di casi, campo libero all'azione debordante della *Macht* statale.<sup>384</sup>

Sacrificata sull'altare dell'unità dello Stato, tesa a una coesione necessaria per far fronte ai nemici della Rivoluzione, la separazione dei poteri smorzava la sua carica

p. 288s., sulla generalità della legge come sua presunta caratteristica sostanziale, in realtà da confutare; 326s. sulla nozione formale di legge. Sull'itinerario scientifico del celebre studioso, M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, 335s., ove se ne mette in luce sia la centralità nell'evoluzione del pensiero costituzionalistico francese, sia il suo rapporto privilegiato – anche in quanto alsaziano – con la cultura giuridica tedesca (339-341).

<sup>383</sup> Sulla prassi delle c.d. *lois-cadre* nella *III République*, nonché sulla legge c.d. *Andre Marie* (17 agosto 1948) che consentiva all'*Assemblée* di delineare gli ambiti di competenza della legge e quelli di competenza del regolamento, in sostanziale aggiramento dell'art. 13 della Costituzione del 1948 (*IVème République*) cfr. M. LASCOMBE, G. TOULEMONDE, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, 13ème éd., L'Harmattan, 2015, 267s.; R. PINTO, *L'effacement du législateur souverain. La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1948, 64-4, 517s. Nella dottrina italiana, P. PICIACCHIA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale francese*, Giuffrè, 2005, 13s., nonché 33s. (sul controllo giurisdizionale del riparto tracciato) e 48s.

<sup>384</sup> R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution*, cit., 602s. sulla facoltà piena, per il Parlamento di «s'en remettre au règlement d'administration publique su toute matière quelconque»; 609-610, ove si nega la sussistenza di un sindacato di costituzionalità delle leggi («il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des actes du Corps législatif»); *ibid.*, 717s., ove si descrive come confinato alla mera esegesi della legge l'esercizio della funzione giurisdizionale negli anni successivi alla *Révolution*; 720s., ove l'A., benché riconosca alla funzione giurisdizionale «une certaine puissance initiale de création du droit» (721) ne traccia il limite nel divieto di esercizio di funzione legislativa (741s.) ossia di «donner à ses décisions la forme et la valeur de règles générales» (745). Quanto al controllo di legalità dell'azione amministrativa, si ricorda che il *Conseil d'Etat* (1 maggio 1822, n. 5363, *Laffitte*, e 9 maggio 1867, n. 39621, *Duc d'Aumale*) elaborava la teoria dell'*acte politique*, per cui taluni atti del Governo, identificabili per il loro motivo politico (*mobile politique*) esulavano dal controllo giudiziale; tale nozione, inizialmente concepita in maniera assai ampia, è venuta restringendosi poco a poco, con l'elaborazione della teoria degli *actes gouvernementaux* – i soli a sfuggire al sindacato giurisdizionale – che prende le mosse dall'*arrêt Napoléon*, (*Conseil d'Etat*, 18 febbraio 1875, n° 46707, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ème éd., 2009, 16s). Cfr. G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Dupont – Paris, 1906, 124s.



pluralistica, che pure Montesquieu le aveva sostanzialmente riconosciuto, per sfumare nel dogma dell'organicismo.<sup>385</sup>

Il soffocamento del pluralismo istituzionale generava conseguenze restrittive in tema di garanzia dei diritti. Dalla marginalità che, in simile contesto, assumeva la persona quale titolare del diritto-dovere all'auto-determinazione, origina la torsione statalistica dei diritti individuali, che da presupposto *ideale* e *politico* per il sovvertimento dell'Antico Regime diventavano merce di scambio per la sopravvivenza del nuovo, come rientrando all'ovile dopo il miraggio della *Révolution*. Parcheggiandosi all'ombra di un rassicurante, benché angusto, paternalismo statalista, la vicenda della tutela dei diritti veniva da ultimo riaffermando la presunzione organicistica di cui sopra; e cioè che lo Stato provvede al bene degli individui *come insieme*, senza che sia loro realmente data la possibilità di provvedervi da soli, ciascuno per sé.<sup>386</sup>

All'esito di questa pur superficialissima rassegna, si palesa nitida una vocazione anti-pluralistica in quei regimi che, malgrado l'impronta del parlamentarismo, non si disfiniscono dell'eredità dello statalismo autoritario. Tali regimi, costruendo la separazione dei poteri come mera articolazione di funzioni predeterminate dallo Stato, faticano a separare da esso i diritti, poiché non apprestano all'individuo adeguati spazi per partecipare alla produzione delle norme che gli si applicano; in altre parole, al fine di

<sup>385</sup> Nella lettura del pensiero montesquieuiano emergono gli influssi delle teorie britanniche del governo misto, in uno alla profonda consapevolezza storica del ruolo giocato dai corpi intermedi – i *Parlements*, in prima battuta – che avevano popolato l'orizzonte sociale e giuridico francese, pur ostacolando l'unificazione amministrativa dello Stato. Cfr. M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund – Indianapolis, 1967, II ed. 1998, 83s. A riprova, V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, 1889, 60-61, riconoscendo la carica pluralistica insita nella separazione dei poteri di Montesquieu, la bolla come un “errore sostanziale, che è stato causa non ultima di molti errori e incertezze della scienza nostra. Tutta quella teorica, infatti, contraddice a un principio essenziale, che vede nello Stato un *organismo*, per quanto *sui generis*, in cui tutte le parti sono connesse, tutte le funzioni coordinate, sino a fondersi tutte in una grande unità”.

<sup>386</sup> Come annota M. LA TORRE, *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, 2006, in part. 93s., esiste un cospicuo filone del pensiero filosofico e giuridico tedesco che, sviluppando un organicismo più o meno deciso, finisce per ricondurre i diritti allo Stato: tale filone parte da Gerber e Laband e prosegue con G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, II ed., Mohr Siebeck, 1905, 86s., cit. dall'A. n. 83. Di qui l'incrocio col filone dello stato di necessità come fonte del diritto, donde lo Stato agisce in ultima istanza per il fine di pura auto-conservazione (cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, cit.) che giocoforza include la conservazione degli assetti di potere consolidati al suo interno. A tale autoconservazione, che tutela la stabilità al potere dei gruppi dirigenti, incidentalmente si fanno ricondurre le posizioni soggettive di diritto. Emerge allora la dimensione “sacra” della sovranità, per cui essa, da concetto teologico secolarizzato, sembra ripiegare verso una dimensione insondabile, quasi trascendente, che in uno avvolge lo Stato e chi ne regge le istituzioni: cfr. F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituyente*, in *Archivio Rivista AIC*, 30 aprile 2007, par. 2 e note 11s.

proteggere la propria sopravvivenza quali ordinamenti unitari, di fatto non consentono che i propri componenti, in quanto persone, dispongano degli strumenti adeguati per decidere del proprio destino. Giacché costretti, in ultimo, a poggiare le forme organizzative del potere su pilastri diversi da quelli del discorso razionale, tali ordinamenti perdono il filo da ricollegare, mercé la separazione dei poteri, al diritto-dovere all'auto-determinazione; nella pretesa di costruire i diritti da una prospettiva eteronoma rispetto all'individuo, finiscono per imporre ad esso la supremazia dello Stato.<sup>387</sup>

Il primato dello Stato sull'individuo appare un'ineluttabile conseguenza anche qualora si affermi la centralità della rappresentanza politica – manifesto della supremazia del discorso razionale – a criterio univoco di legittimazione del potere. Appare infatti che, in assenza di adeguati spazi per un pluralismo istituzionale a salvaguardia della separazione dei poteri, la proclamazione della centralità dell'Assemblea eletta abbia finito egualmente per ridurre gli spazi di auto-determinazione dell'individuo. Mercé il primato della rappresentanza, infatti, si è finito per conferire alla *volonté générale* virtù taumaturgiche smisurate rispetto alle sue forze. Per lungo tempo le si è strumentalmente attribuita – in un crescendo *para-fideista* verso “la legge della ragione e la ragione della legge” – la capacità di rinvenire un compromesso ottimale per *tutti* i consociati; così riducendo al minimo, in nome dell'unità dello Stato, gli spazi di replica interni all'ordinamento.<sup>388</sup> Ergo, a dispetto della posizione cardinale assegnata al Parlamento,

<sup>387</sup> L'auto-limitazione dello Stato, infatti, appare in ultima istanza il vettore per l'affermazione del suo primato contro le pretese di libertà individuale: cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, Giuffrè, 1996, in part. 132s. Tale auto-limitazione in Italia segue la scia di un organicismo à la Savigny, vincolato al diritto che promana dalla società di riferimento, e di cui tuttavia lo Stato resta l'unico legittimo aruspice, pur ammettendosi in principio un diritto di resistenza (V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., in part. 112-114). Tale organicismo, proprio perché in ultima battuta tutto interno allo Stato-persona, finisce per ritorcersi in una svalutazione della legalità come argine per la tutela dei diritti (O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1899), in *Scritti giuridici scelti*, vol. I – *Lo Stato*, Jovene, 1992, in part. 202) aprendo il varco all'epifania della *Macht* statale. La parabola della torsione statualistica dei diritti di libertà in nome di un organicismo anti-legalitario nell'opera dei giuristi italiani di inizio Novecento è finemente ripercorsa da G. FILIPPETTA, *Legge diritto necessità: i diritti di libertà dall'auto-limitazione dello Stato-persona allo stato di diritto di eccezione*, in *Riv. AIC*, 4/2011, 1-15, in part. 6s., 9s. e note relative.

<sup>388</sup> Nelle celebri pagine di R. CARRÉ de MALBERG *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey, 1931, 17s., il principio rappresentativo alla base della legittimazione del *Corps législatif* fa sì che “*toutes les citoyens concourent, par l'intermédiaire des représentants nationaux, à l'adoption de la loi, qui, par suite, reste susceptible d'être qualifiée produit de la volonté générale*”. Il razionalismo positivista dello studioso francese si ispira al pensiero kelseniano, per cui i fondamenti di legittimazione dello Stato dovevano sottrarsi all'organicismo e trasferirsi in un sistema di

la legittimazione della produzione giuridica restava come a metà del guado, impantanata in tratti d'imprevista vischiosità; non così lontana in fondo da quell'afflato carismatico e tradizionale che rivestiva un tempo il sovrano di Hobbes.<sup>389</sup>

A corollario di quest'impostazione, che racchiude in un medesimo tratto filoni assai diversi del pensiero costituzionalistico moderno, accomunati dalla tendenza a risolvere nello Stato la centralità della persona, sta una concezione *classica*, meramente difensiva dei diritti individuali.<sup>390</sup> Tali diritti, ove non restino soffocati dal dogma dell'organicismo, equivalgono a posizioni private che il singolo mira a preservare dal potere pubblico, sottraendole all'arbitrio del sovrano. Non sfugge peraltro che, lungo questa via, è breve il passo verso l'affermazione dei totalitarismi del Novecento, che su tale impostazione – ossia, sulla presunzione assoluta che lo Stato faccia l'interesse di tutti, senza che alcuno di essi, *uti singulus*, possa avere a dolersene – hanno appoggiato la legittimazione carismatica dei rispettivi capi.<sup>391</sup>

Nelle carte costituzionali del dopoguerra, di contro, prevale una concezione rinnovata del rapporto fra diritti e Stato, in virtù della quale si forgiavano le basi per riscrivere la

---

norme oggettivate ed ordinate in senso gerarchico. Dal vertice di tale sistema, ovvero la norma fondamentale – piuttosto che dall'autorità sovrana – veniva a legittimarsi la manifestazione di volontà dello Stato (cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, Mohr Siebeck, in part. 48s). Tale sistema, nondimeno, ha pagato cara la sua dichiarata incapacità di apporre limiti contenutistici al volere del sovrano. Secondo C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, 1932, ed. it., *Legalità e legittimazione*, in ID, *Le categorie del politico*, cit., 211s., l'unica garanzia della legittimazione della produzione giuridica parlamentare è la reale possibilità per le minoranze di subentrare al potere; se tale garanzia viene meno, parimenti svanisce la legittimazione dello stato legislativo parlamentare (240). Ora, se la maggioranza può annientare, fin tanto che si trovi al potere, le minoranze, anche fisicamente, non può negarsi che tale possibilità si tramuti in fittizia, eventuale, fino a dissolversi.

<sup>389</sup> L'impossibilità di ricondurre alle categorie del discorso razionale la decisione rappresentativa, per la quale la maggioranza era abilitata a decidere per la totalità senza che alle minoranze residuassero ulteriori spazi per la difesa delle proprie posizioni, appare fatalmente ricalcare lo schema organicistico, che in radice parimenti considera la voce del Sovrano come la voce di tutto il popolo. Sui concetti di diritto e di legge, il cui fondamento giustificativo appare decostruirsi secondo linee indecifrabili, la riflessione originale di J. DERRIDA, *Force de loi. Le "Fondement mystique de l'autorité"*, Galilée, 1994. Un affascinante intreccio tra diritto e letteratura, sugli stessi temi, si legge in M. CRÉPON, *Kafka e Derrida: l'origine della legge*, in *MicroMega – Il rasoio di Occam*, 3 maggio 2013.

<sup>390</sup> *Abwehrrechte*, per la dottrina tedesca: cfr., *ex plurimis*, R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, 2003, 15s., 107s.; sulle libertà personali, con riguardo alla religione e alla libertà di coscienza in generale, M. BOROWSKI, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, 2006, 216s., 354s.

<sup>391</sup> Cfr. M. WEBER, *Politik als Beruf*, 1919, ed. it., ne *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, trad. A. Giolitti, pref. D. Cantinori, Einaudi, 1948, 79s. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism* (1951) Harcourt, Brace & Co., III ed. rist. 1973, esprime con forza il ruolo della propaganda nei totalitarismi del Novecento, caratterizzata da una "*scientificity*" capace di presentare come messianico il ruolo dei capi agli occhi delle masse e giustificando in tal modo il terrore quale forma di esercizio del potere (341s.; 344-345).

separazione dei poteri in guisa di un'inderogabile pluralità di organi istituzionali.<sup>392</sup> Entro tali organi, destinatari di attribuzioni costituzionali, può esplicarsi l'azione politica del singolo nella produzione di diritto, quale parte della generale libertà di auto-determinarsi, a sua volta limite reciproco di un'eguale libertà altrui.<sup>393</sup>

Se si getta uno sguardo alle costituzioni italiana e tedesca, praticamente coeve e segnate da esperienze storiche non troppo dissimili, vi si scorgono i segni di una svolta antropologica prima che giuridica, che lega separazione dei poteri e garanzia dei diritti nell'ordito della *nomopoiesi*, conferendo un significato nuovo al principio personalista.<sup>394</sup> Nella rottura programmatica col passato, non sfugge l'intento di promuovere un modello di società innovativo, in larga parte inedito per la storia d'Occidente, in cui il diritto-dovere all'auto-determinazione fondi, per il tramite degli organi istituzionali, e grazie alla loro azione ordinata quale disciplinata nella Costituzione, le premesse per tutelare i diritti non più *contro*, ma *attraverso* lo Stato. Da *Leviatano* minaccioso, il potere si farebbe utile *strumento* dei diritti; essi si concretizzerebbero per il tramite degli organi che gestiscono il potere pubblico, alla cui composizione i titolari di tali diritti sono chiamati a partecipare *in primis* come elettori, ed alle cui attività, lungo circuiti sempre più fitti di *sfere comunicative*, sono invitati a reagire.<sup>395</sup>

<sup>392</sup> Entro tali organi, la produzione del diritto è non più un atto del sovrano, irreversibile e compiuto, modificabile soltanto con un nuovo atto del sovrano; ma un processo interminato, aperto alla partecipazione di soggetti diversi, tutti compartecipi della sovranità, riconducibile in via ultimale alla Costituzione che di tali soggetti fissa le attribuzioni. È forse in questo senso che potrebbe leggersi l'intuizione di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, 1996, ora in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, 2002, 3s., ad avviso del quale "le norme che prevedono uno speciale procedimento per la revisione costituzionale non costituiscono il "fondamento" della sua rigidità costituzionale, ma ne rappresentano la "conferma" (p. 11) Nel senso di cui nel testo, proprio l'esistenza di siffatti, ulteriori spazi istituzionali per la partecipazione consentirebbe agli interessati di tenere aperta, per così dire, la vicenda della produzione giuridica prima che la norma prodotta debba applicarsi, penetrandone la sfera personale. Emerge allora il ruolo sistematico delle Corti nel vaglio di merito delle scelte legislative. Sulla funzione *counter-majoritarian* in cui si colloca la produzione giudiziale del diritto, con riferimento alla vicenda OMT, v. F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2016, 23s., 30.

<sup>393</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia: dall'Unità ai giorni nostri*, Donzelli, 1997, in part. 102s.

<sup>394</sup> Cfr. N. URBINATI, *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Laterza, 2011, in part. 4-5.

<sup>395</sup> Un agire comunicativo, che J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 voll., Suhrkamp Verlag, 1981 (ed. it. a cura di G. E. Rusconi, Il Mulino, 1986) riconduce all'interazione fra soggetti capaci di linguaggio e di relazione, contrapponendolo ad un agire strategico (cfr. S. BELARDINELLI, *Il progetto incompiuto: agire comunicativo e complessità sociale*, FrancoAngeli, 1996, 11s., 29s). Scaturisce da tali interazioni, esercizio di potere comunicativo, la produzione giuridica (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag,

Il nesso fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti si apre così ad una dimensione nuova, realizzatasi in ambito statale, ove il diritto-dovere di autodeterminazione appresta alla produzione giuridica un percorso lineare, funzionale alla prima e quindi alla seconda. Attraverso il voto, a un tempo diritto e dovere civico, i cittadini di uno Stato eleggono i rappresentanti in Parlamento; e questi, a mezzo delle leggi, tracciano il perimetro concreto dei diritti e dei doveri dei consociati. Tali leggi infatti assegnano diritti e impongono doveri, primo fra tutti il dovere contributivo; demandano ad autorità amministrative, vincolate alla legalità e sorrette dalla relazione fiduciaria che sostiene il Governo, il compito di tradurli in precetti applicativi; conferiscono infine ai giudici, indipendenti dal legislatore ma sottoposti alla legge, la funzione di reinterpretarli risolvendo casi concreti.<sup>396</sup> Pertanto, i cittadini, esercitando il diritto di voto, si volgono a comporre il Parlamento, rafforzando la legittimazione della rappresentanza; quindi, attraverso i meccanismi di funzionamento di questa; mercé l'azione ordinata degli organi istituzionali previsti dalla Costituzione, godono dei diritti loro riconosciuti e a un tempo adempiono ai doveri correlativi, che si traducono – gli uni e gli altri – in concrete vicende di vita.<sup>397</sup>

Attraverso un simile schema, la relazione fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti riceve una cornice teorica perfetta, realizzandosi per il tramite del diritto di voto una

---

1992, ed. ingl. a cura di W. Rehg, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Massachusetts, 1996, in part. 151s).

<sup>396</sup> Sul rapporto fra diritto legislativo e giurisprudenziale R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, 2013, in part. 27s., 69s.

<sup>397</sup> E' noto che, nella giuspubblicistica almeno italiana, la tematica dei doveri abbia suscitato meno interesse di quella dei diritti; nondimeno, i doveri stanno a completamento dei diritti, affinché il potere statale integri questi con quelli, in nome del principio personalista sancito dalle Costituzioni del dopoguerra. Cfr. *ex plurimis* N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, 53s.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, 1967, 5s., 48s. A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 20 aprile 2015, p. 3, ben individua la posizione centrale, nell'ordito costituzionale, del principio *solidarista*, che si esprime in termini politici, economici e sociali (*ibid.*, 6s.) e viene a secolarizzarsi dalle proprie origini etico-religiose, ponendosi a chiusura necessaria del riconoscimento dei diritti inviolabili (F. POLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (cur.), *Diritti e doveri*, Giappichelli, 2013, 227s., 228; della stessa A., cfr. *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, BUP, 2017, in part. 150s.) Con chiarezza, F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, Relazione al Gruppo di Pisa, *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria, 9-10 giugno 2006*, 3s., 7 e nota 18, ricorda che il principio *solidarista* si impernia "... sul riconoscimento della dignità e libertà umana come valore oggettivo ed universale, che deve orientare l'azione sociale al fine di rendere effettivo il nucleo dei diritti fondamentali preesistenti ad ogni ordinamento politico e costituenti il fondamento di legittimità del potere pubblico". Cfr., *ibid.*, p. 462s., A. SPADARO, *Sul necessario carattere «globale» (e non solo interno) dei doveri nello stato costituzionale contemporaneo*, ove (ad es. 465) sulla "necessità" di prevedere "forme di giustizia distributiva internazionale".

corrispondenza tendenziale fra governanti e governati – condizione basilare per una ricostruzione integrata del rapporto fra diritti individuali e potere statale – secondo le vie del discorso razionale. Ora, però, non può nascondersi che tale schema celi in sé i germi del proprio stesso superamento, per ragioni che possono schematicamente riassumersi in due filoni.

Per un verso, è fin troppo ovvio che il tramonto dello Stato quale monopolista della produzione giuridica abbia causato la rottura del paradigma *autarchico* della normazione domestica, sfumandone irrimediabilmente i contorni. L'istituzione del centro normativo comunitario, esterno alle forme organizzative del potere statale, ne rimodula le strutture: assegnando facoltà nomopoietiche a soggetti non statali, cui riconosce *capacità istituzionale* e *autonomia politica*, irrimediabilmente rinuncia alla propria stessa autarchia. Tali soggetti popolano un ordinamento strutturalmente non unitario, che non realizza *una tantum* il bene dei suoi sudditi ma si limita ad additare un obiettivo ultimo, che descrive con la celebre formula “unione sempre più stretta di Stati e popoli”.<sup>398</sup> In tale scenario, l'orizzonte si mostra libero, punteggiato di obiettivi di settore, fitti e irregolari come arcipelaghi, eppure tutti concettualmente disposti in funzione di una “unione sempre più stretta”, *tèlos* ultimale rispetto al raggiungimento degli obiettivi di settore indicati nei Trattati.

In un ordinamento giuridico siffatto, ove il pluralismo colloca l'unitarietà nel cielo dei *Grenzbegriffen*, sono gli organi della costellazione *post-nazionale*, secondo le basi giuridiche dei Trattati (e quelle secondarie) a determinare in concreto, volta per volta, le modalità con le quali i rispettivi obiettivi di settore debbano essere perseguiti. Corollario, la separazione dei poteri, nata al di qua dell'orizzonte dello Stato, resta libera dal postulato unitario che inquadrava l'azione degli organi corrispettivi e che tutti li indirizzava a realizzare il bene dei sudditi intesi come collettività unica. Le forme di organizzazione del potere, in siffatto contesto, valorizzano in massima parte

---

<sup>398</sup> Cfr. J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, 1-3, 1995, 219s. Dello stesso A., v. *La tesi dello Stato europeo e la sua critica: uno scambio con F. Mancini*, in ID., *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, 2003, 576-577, e *In defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg*, in J. H. H. WEILER, M. WIND (eds.) *European Constitutionalism Beyond the State*, CUP, 2003, 7s., in part. 9, ove si ricorda che non esiste alcuna presupposizione di autorità riferibile al popolo sovrano per l'Unione europea, a differenza che negli Stati – ancorché federali. Cfr. P. SERRA, *Il problema dello Stato*, cit., 41s.



l'autonomia politica di tali organi; essa, tuttavia, poggia in ultima analisi su una capacità istituzionale che i Trattati ricostruiscono solo sommariamente, e i cui fondamenti effettivi di legittimazione restano lontani da una verifica approfondita.

Per altro verso, un'ulteriore deriva centrifuga sta sul piano concettuale, ricollegandosi alla vocazione universale che la rappresentanza politica acquista una volta liberata dei suoi presupposti stato-centrici.<sup>399</sup> Fondata sulla centralità della persona, la rappresentanza politica è generale, ed investe la persona in quanto tale: dunque, mal tollera distinzioni artificiali, suscettibili di fondare *status* discriminatori, come quelle basate sui confini statali. A riguardo, un caso lampante è la graduale estensione dei diritti fondamentali anche a coloro che non godono del titolo di cittadino: un tema che impegna tutti gli Stati occidentali, sotto il profilo pratico non meno che sotto l'aspetto teorico.<sup>400</sup> Non occorre infatti ricordare che, nel modello fin qui tracciato, i cittadini di un certo Stato si vedono garantiti i diritti in virtù della centralità della persona, che fonda sul riconoscimento della dignità umana il loro diritto-dovere all'autodeterminazione. Perciò, sembrerebbe irrimediabilmente contraddittorio se, in nome della medesima centralità, costoro si arrogassero la facoltà di negare quegli stessi diritti a un'altra persona, cui sarebbe disconosciuta un'eguale dignità. Tale discriminazione avrebbe fondamento solo qualora si premettesse che, per il diritto costituzionale di uno Stato, il *non-cittadino* è "*non-persona*". Ma un simile postulato farebbe discendere la "qualifica" di persona da uno *status* fondato dal diritto dello Stato, che pertanto in concreto disegnerebbe il perimetro di tutti i diritti individuali che sulla persona si fondano. Si tornerebbe così all'interno dell'antico solco, ove lo Stato ha priorità sull'individuo; riviverebbe cioè la presunzione organicistica sopra richiamata,

---

<sup>399</sup> F. BILANCIA, *Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione*, in Aa. Vv., *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Editoriale Scientifica Napoli, 2013, 135s. Sul disorientamento che tale deriva universalistica comporta per le istituzioni rappresentative statali, che si trovano a rappresentare soggetti le cui relazioni non ricalcano i confini statali (H. LINDHAL, *Sovereignty and Representation in the European Union*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, 2003, 87s., 103) cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, cit., 109s., 117.

<sup>400</sup> Su cui si perdoni il riferimento a G. VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Diritto Pubblico*, 2/2016, 721s., spec. par. 2, ove ulteriore bibliografia.



per cui esso provvede al bene dei suoi sudditi presi nel loro insieme, restando precluso all'individuo *uti singulus* il provvedervi da sé.<sup>401</sup>

In ultima istanza, la rottura del paradigma autarchico dello Stato nazionale ha causato l'erosione delle categorie concettuali su cui sono venute a poggiarsi le forme organizzative del potere statale. Spalancatesi quindi praterie *sconfinare*, le vie della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti paiono avventurarsi in territori inesplorati;<sup>402</sup> da un lato aspirando a una dimensione universale che nei fatti resta asfittica, dall'altra tenendosi abbarbicate alle strutture statali. È questa la dimensione complessa dello spazio pubblico europeo odierno: derivata dal modello stato-centrico, ad esso successiva e conseguente, e pur tuttavia irriducibile alla *classica* dicotomia fra diritto internazionale e diritto costituzionale.<sup>403</sup>

Di conseguenza, nello spazio pubblico europeo, il rapporto tra separazione dei poteri – o, se si preferisce, forme di organizzazione politica – e tutela dei diritti assume una duplice connotazione. Per un verso, sembra orientarsi verso strati *ultra*-nazionali, arricchendosi di tendenze eccentriche rispetto al figurino statale; a queste però gli Stati stessi hanno apprestato argini solidi, riconducendo ad una dimensione intergovernativa gli snodi che ritengono cruciali della produzione giuridica europea. Per altro verso, la rassicurante cornice dell'ordinamento statale può dirsi indebolita, se non definitivamente sgretolata, nei suoi presupposti teorici; in netta difficoltà là dove si

---

<sup>401</sup> Prima dell'affermazione delle Costituzioni del dopoguerra, vincolata all'organicismo statale, la rappresentanza si trovava invero a negare il fondamento razionale del proprio nesso rappresentativo, modellando se stessa in base a talune caratteristiche di *status*: cfr. V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 74s. (ove per i “temperamenti” del suffragio universale relativamente a talune “classi”, per le quali si ritiene “non adattabile la forma rappresentativa”: 75-76) e 81s. (ove la esplicita derivazione statale del diritto elettorale, “conferito dallo Stato, conformemente ai suoi fini”). Cfr. L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. ZANON, F. BIONDI (cur.) *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 21s., ove per la “svalutazione del rapporto rappresentativo” (36s.) che origina dalla presunzione per cui “gli eletti rappresentano la «nazione» senza legame con gli elettori”, sottolineando come il mandato imperativo, nella Francia rivoluzionaria, si affermi parallelamente all'ascesa delle classi “che tendono a gestire globalmente il potere”.

<sup>402</sup> M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2006, 107s.

<sup>403</sup> L'interazione dei due modelli, entrambi riconducibili allo Stato, se ha condotto il diritto costituzionale ad interrogarsi sulle scaturigini della propria legittimazione, ha parimenti richiesto agli studiosi di diritto internazionale di riflettere sull'oggetto della propria indagine. Cfr. la Relazione a cura dello *Study Group della International Law Commission*, finalizzato da Martti KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Expansion of International Law*, UN General Assembly Document A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pubbl. dall'Erik Castrén Institute di Helsinki, 21 aprile 2007, in part. 30s. Da ultimo, cfr. A. JAKUBOWSKI, K. WIERCZYŃSKA (eds.), *Fragmentation vs. Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, Routledge, 2016.

tratti di motivare con le categorie del discorso razionale scelte politiche che si ripercuotono, come ormai pare inevitabile, entro uno spazio pubblico non meramente nazionale.<sup>404</sup>

Le perturbazioni che interessano il modello statale della produzione giuridica, in un all'incompiutezza di quello sovranazionale, spingono all'impiego di forme alternative di legittimazione rispetto a quella tradizionalmente basata sulla centralità del Parlamento, onde l'ordinamento che sorge nello spazio pubblico europeo non cessi di essere tale, ma possa volgersi al perseguimento degli obiettivi politici indicati.

Da un canto, allora, emerge il ruolo cardinale delle Corti, nazionali e sovranazionali: decisori legittimati dal dominio di una ragione artificiale e tendenzialmente asettica come il diritto, sempre più spesso arbitri di ultima istanza in vece di una politica balbettante – ove non del tutto inesistente, per statuto o per forza – quale esibita dagli organi rappresentativi.<sup>405</sup>

D'altro canto, spicca la crescente valorizzazione di criteri di legittimazione tecnica per la gestione di politiche complesse, affidate ad organi dotati di *expertise* scientifico che si suppone adeguato. Di tali organi, la Banca Centrale Europea – istituzione indipendente per eccellenza, *domina* della politica monetaria – costituisce forse

<sup>404</sup> È questo un tema che impegna gli studiosi del diritto internazionale e costituzionale. Per i limitati fini di cui al presente scritto, possono ascriversi da un lato i contributi di chi si interroga sulle categorie di un costituzionalismo globale (A. PETERS, *The Merits of Global Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Legal Studies*, 19, 2007, 397s.; per un diverso approccio M. ROSENFELD, *Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?*, in *European Journal of International Law*, 2014, 25-1, 177s.; cfr. altresì U. K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, OUP, 2016, 23s). D'altro canto, è oggetto d'analisi il versante della costituzionalizzazione del diritto internazionale: ora sotto il profilo della legittimazione delle fonti (M. KUMM, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *EJIL*, 15-5, 2004, 907s., in part. 909s.) ora sotto quello della forza espansiva di concetti come democrazia, trasparenza, *judicial review* e rispetto dei diritti fondamentali (J. KLABBERS, *Constitutionalism Lite*, in *International Organizations Law Review*, 1/2004, 31s., 33) ora ancora dall'ottica "rovesciata" della *de-nazionalizzazione* del diritto costituzionale (A. von BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal*, 47, 2006, 223s., dinanzi alla quale ci si chiede se possa parlarsi di istituzionalizzazione di un *ordine federale internazionale* (230). Per un riepilogo delle diverse posizioni, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Riv. AIC*, 4/2014, in part. 24s. Peraltro, lo stesso Klabbers segue un filone di ricerca sul diritto istituzionale internazionale, per il quale cfr. J. KLABBERS, *The Paradox of International Institutional Law*, in *International Organizations Law Review*, 5, 2008, 1–23; cfr. anche A. VON BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in light of competing paradigms*, in *German Law Journal (Special Issue: The Kantian Project of International Law)* 10-1, 2009, 5s; per la crisi dei modelli monistici della produzione giuridica, 17s.

<sup>405</sup> Su cui cfr. M. DAWSON, *The Political Face of Judicial Activism: Europe's Law-Politics Imbalance*, in *Maastricht Working Papers*, 2012-1, in part. 5s.

l'esempio più luminoso, per la sua visibilità istituzionale e per la delicatezza delle decisioni che è chiamata ad assumere.<sup>406</sup>

Tale scenario, caratterizzato da un certo *disordine* nelle intersezioni fra ordinamenti, ha per un periodo trovato nella dottrina del *costituzionalismo multilivello* un'immagine conciliante.<sup>407</sup> Questa ricostruzione, in estrema sintesi, descrive un'integrazione virtuosa tra forme di organizzazione politica nazionali e sovranazionali, assegnando un ruolo chiave alla tutela dei diritti, costruita su di una "unione di costituzioni" (*Verfassungsverbund*) e materialmente attuata mediante l'azione coordinata dei giudici

<sup>406</sup> Cfr., da ultimo, O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, 2016, in part. 265s., 331s., e R. IBRIDO, *L'Unione bancaria. Profili costituzionali*, Giappichelli, 52s., 111s.; cfr. inoltre, in generale, M. P. CHITI, V. SANTORO (cur.) *L'Unione bancaria europea*, Pacini editore, 2016.

<sup>407</sup> Tale ricostruzione si deve principalmente a I. PERNICE, di cui cfr. *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. BIEBER, P. WIDMER (eds.), *The European constitutional area*, 1995, Schultless, 225s., 261, e *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, in *Europarecht*, 31, 1996, 27s. e ancora *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, 703s. Cfr. altresì le ricostruzioni che preferiscono parlare di costituzione *composita*, nel quadro di una sovranità non già raccolta a livello europeo ma condivisa – sovrana l'UE, sovrani gli Stati – valorizzando uno scritto di I. PERNICE, F. C. MAYER, *De la constitution composée de l'Europe*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 623s. Singolare che da questo stesso scritto, tradotto in italiano col titolo *La Costituzione integrata dell'Europa*, in *WHI Papers* 7/2003, 3-28, pubbl. in G. ZAGREBELSKY (cur.) *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, 2003, 43s., abbia preso le mosse un dibattito (italiano ma non solo) sulla natura sovrana dell'Unione, a seguito del quale si tende ad attribuire alla tesi multilivello una tendenza gerarchizzante, a causa, tra l'altro, della terminologia forse imprecisa della traduzione (cfr. "federazione costituzionale, ovvero la Costituzione composita dell'Europa": *ibid.*, p. 48). Si veda, sul punto, L. BESSELINK, *The Place of National Parliaments within the European Constitutional Order*, in N. LUPO, C. FASONE, *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Bloomsbury, 2016, 23s., in part. 24-26. Invero, accenti più vicini ad una concezione federalista echeggiano in A. von BOGDANDY, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Law Journal*, 2000, 6-1, 27s., in part. 28 e n. 6, ove si legge "The central thesis of this article states that the external nature of the Union has, to a large extent, developed along the lines of federalism". Cfr., successivamente – con posizioni meno nette – ID., *Founding Principles*, in A. von BOGDANDY, J. BAST (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Hart-Beck, 2011, ad es. ove individua "norms of primary law having a normative founding function for the whole of the Union's legal order" (21-22). Più sfumata, sul punto, la posizione di D. CURTIN, I. DEKKER, *The EU as a "Layered" International Organisation: Institutional Unity in Disguise*, in P. CRAIG, G. de BURCA (eds.) *The Evolution of EU Law*, OUP, 1999, 83s.; successivamente, delle stesse A., *The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity*, in P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (eds.) *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, 2002, 59s., ove si nota che un approccio kelseniano (65s.) risulta fuorviante, ancorché si individui una regola di unità, e che il principio di cooperazione tra i vari strati, "involving a dialogue among the various levels of governance" (72) tenuto conto delle differenziazioni settoriali, si colloca alle fondamenta dell'ordinamento europeo. Cfr. sul punto G. TUSSEAU, *Theoretical Deflation: The Question of Competence and Power-Confering Norms Theory*, in L. AZOULAI (ed.) *The Question of Competence in the European Union*, OUP, 2014, 39s. Sul disordine che caratterizza l'ordinamento europeo, N. WALKER, *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 6, 373s., e poi in ID., *The EU Unresolved Constitution*, in *University of Edinburgh School of Law Working Paper* 15/2011, 1-18.

nazionali ed europei. Benché d'indubbia eleganza, tale dottrina si rivela minata da una contraddizione logica, giacché muove da un presupposto che invece dovrebbe dimostrare: la complementarietà tra i due livelli è un dato di fatto non immutabile, giacché dipende dalla volontà politica concorde, o almeno non apertamente discorde, dei partecipanti.<sup>408</sup> Tale concordia potrebbe assumersi a postulato del discorso se fosse il corollario di una pre-esistente unità politica; ma tale unità non esiste nel cielo dei concetti, e anche sul terreno della prassi appare, oggi più che mai, revocata in dubbio. Non sembra potersi negare che, ove tale presupposto venga meno, un'aperta discordia tra i soggetti in campo indurrebbe tale ricostruzione – pure fin qui tesa a reggere l'ordito tra forme organizzative del potere e tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo – a interrogarsi, e non superficialmente, sulla propria stessa esistenza.

Nella vicenda OMT, che si dispiega in un *batti e ribatti* fra Karlsruhe e Lussemburgo, le contraddizioni cui si è fatto cenno mostrano il loro potenziale dirompente. Vengono così alla luce, come venature lungo un corpo in tensione, le tormentate linee di forza del potere pubblico, quale si esercita nello spazio giuridico europeo durante il tempo turbolento che si attraversa.

Lo scritto cui qui ci si appresta vuol mettere in relazione le forme di organizzazione politica entro cui si è ramificata la separazione dei poteri – che includono il conferimento di poteri normativi alle istituzioni dell'Unione, nonché il (*sub*-)conferimento a istituzioni legittimate in via tecnica di poteri altrettanto rilevanti – con la garanzia dei diritti. Obiettivo di tale esame è scandagliare la tenuta costituzionale del sistema, sperimentandone le giunture al crinale dei rapporti fra Stati e Unione, nonché fra gli stessi organi istituiti dal Trattato.

---

<sup>408</sup> Da cui deriva la complessità del ruolo di giudice di più ordinamenti, su cui ad es. G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, 2013, 105s. Può qui rileggersi un passo di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Archivio Rivista AIC*, 17 luglio 2006, par. 5, ad avviso del quale “[i]l costituzionalismo multilivello presenta una visione armonica dei rapporti tra le varie istanze decisionali che non corrisponde alla realtà ... e occulta la dimensione dello scontro”. Sul punto, cfr. D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, 18-5, 2012, 667s., ad es. 669s. Come afferma O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, 2014, 597 (segnalando peraltro di dover riconsiderare in un senso meno ottimistico le proprie posizioni) la costituzione europea che si dava per vigente “identificava troppo sbrigativamente l'ordine dei diritti con l'ordine dei mercati concorrenziali”.

In vista di tale percorso, che da una succinta analisi del contesto muove alla lettura critica della giurisprudenza, ed ambisce a formulare alcune riflessioni generali sulla scorta delle argomentazioni ivi dispiegate, è opportuno anticipare una considerazione, sul metro della quale si verranno ad articolare osservazioni ulteriori.

La legittimazione politica del diritto dell'Unione possiede un duplice risvolto, che segue le formule scolpite da ciascuna base giuridica: l'uno, verticale – nei rapporti Stati-Unione – l'altro orizzontale, concernente le relazioni fra istituzioni europee. Il primo si condensa nel principio del conferimento, che vincola l'azione delle istituzioni alle competenze attribuite. Il secondo tende a valorizzarne i profili operativi, tramite i quali riconosce l'esistenza di un ordinamento sovranazionale ormai in via di razionalizzazione; viene così incrementandosi là dove il Parlamento europeo sia associato alla produzione giuridica, in specie nella procedura legislativa ordinaria. Inoltre, secondo il settore di intervento, può rafforzarsi in virtù dell'azione dei Parlamenti nazionali, ovvero là dove siano previste altre forme di democrazia partecipativa – che restano però ancillari a quella rappresentativa, a mente del Trattato di Lisbona.<sup>409</sup>

A corollario, la legittimazione tecnica – lo si è premesso – s'intreccia sovente con quella di matrice politica, tagliando il campo di numerose istituzioni; di norma disponendosi, come si è detto, in funzione centripeta, quindi dallo *strato* sovranazionale. Si pensi ad esempio alla Commissione, cui è riconosciuta la capacità di raccogliere ed elaborare dati giuridici e fattuali, giustificandone il c.d. diritto di iniziativa legislativa.<sup>410</sup> Alla Banca centrale europea, di seguito BCE, che il Trattato (art. 130 TFUE) rende

<sup>409</sup> Sulla base degli articoli 10-11 del TUE *post*-Lisbona, la c.d. democrazia partecipativa ha conosciuto una evoluzione teorica e pratica consistente, evidenziando non di rado le lacune nel processo di legittimazione degli atti giuridici dell'Unione. Cfr., ad es., J. MENDES, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, OUP, 2011, 26s., 449s. Per un inquadramento generale, anche sulle differenze terminologiche tra i vari ambiti semantici riconducibili alla partecipazione, cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. Dir.*, *Annali IV*, Giuffrè, 2006, 271s. Sui rapporti fra democrazia partecipativa e rappresentativa, cfr. P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *ID, Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 323s.

<sup>410</sup> Nei termini specificati, da ultimo, in CGUE, *Consiglio c. Commissione*, C-409/13, 14 aprile 2015, ECLI:EU:C:2015:217, su cui M. STARITA, *Sul potere della Commissione europea di ritirare una proposta legislativa e sui suoi riflessi sugli equilibri istituzionali nel diritto dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 17, 16 settembre 2015; si perdoni inoltre, tra gli altri, il rinvio a G. VOSA, *The Power to Withdraw a Legislative Proposal: Commission's Space of Autonomy in a Poly-centric Law-making*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1/2016, 217s.



indipendente dai governi nazionali, se ne riconosce una quota sostanziosa, in virtù della quale le è richiesto di risolvere problemi complessi grazie al proprio *expertise*.

Sotto il profilo politico, inoltre, la BCE è legittimata per lo più in senso verticale, ossia dall'ambito operativo fissato dal principio del conferimento.<sup>411</sup> Infatti, non opera praticamente mai in procedura legislativa ordinaria, ed il controllo parlamentare – tanto del Parlamento europeo, quanto dei Parlamenti nazionali – si limita di fatto a una verifica *ex post* del suo operato, per lo più sulla base di documenti che essa stessa fornisce, nel quadro del c.d. dialogo monetario.<sup>412</sup>

<sup>411</sup> L. GORMLEY, J. De HAAN, *The Democratic Deficit of the European Central Bank*, in *European Law Review*, 21, 1996, 95s.

<sup>412</sup> Su cui, diffusamente, R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, 2016, Giappichelli, 221s., e da ultimo ne *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5/2017, in part. 7s. L'A. ravvisa la possibilità, per la BCE, di giustificare eventuali "sconfinamenti" (5s.) della BCE dalle proprie competenze, "per così dire, ordinarie" attraverso l'istituzione di meccanismi di controllo parlamentare. Tale controllo, soggiunge, potrebbe rivestire le forme di un mero "controllo-verifica" e non di un "controllo-ingerenza" a mente del principio di indipendenza della BCE sancito all'art. 130 TFUE [sulle differenze fra i due tipi di controllo cfr. J. GARCÍA ROCA, R. IBRIDO, *El control parlamentario en Italia: un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas*, in F. PAU i VALL (cur.) *El control del gobierno en democracia. Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Tecnos, 2013, 105s., cit. dall'A.]. Va detto, nondimeno, che l'A. riconduce alla parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'UE un significato *debole*, giacché ritiene "assai più persuasiva" (n. 12) la tesi di coloro che rifiutano di confrontarsi con le implicazioni del parlamentarismo a livello nazionale, disconoscendo la tesi *forte* che farebbe coincidere il parlamentarismo europeo con la nascita di una forma di governo parlamentare. Da quest'ultima affermazione – senz'altro condivisibile, poiché l'UE non può essere assimilata al parlamentarismo statale – sorge, tuttavia, un corto circuito logico difficilmente districabile: in diritto interno, parlamentarizzazione implica parlamentarismo, ossia primato del Parlamento nella legittimazione della produzione giuridica, e dunque – proprio in virtù di questa equivalenza – democrazia. Non si vede allora come, per i sostenitori della tesi *debole*, parlamentarizzazione possa implicare democrazia saltando, per così dire, il passaggio teorico del parlamentarismo, ossia senza che il Parlamento sia collocato al vertice della legittimazione della produzione giuridica. È questo salto logico all'apparenza ingiustificato ad indebolire la tesi di coloro che vedono nell'*empowerment* del Parlamento europeo un sicuro fattore di democrazia, senza analizzarne le circostanze pratiche e senza valutare l'eventualità per cui sia più democratico il livello nazionale (secondo un'analisi detta dei *costs of non-Europe*, su cui lo Studio del Servizio di Ricerca del Parlamento europeo (European Added Value Unit), *Mapping the Costs of Non-Europe 2014-2019*, Aprile 2015, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), v. 28 aprile 2017). Nel caso della BCE, tale passaggio teorico si traduce in un dato pratico di rilievo non trascurabile, che peraltro non sfugge all'A. (10s.): il decisore parlamentare, in un sistema statale, può da solo far valere gli effetti di un disaccordo con la Banca centrale rispettiva a seguito di un controllo *ex post*, semplicemente modificandone lo *status* di autonomia. Una simile modifica, per contro, è ampiamente al di là delle competenze del Parlamento europeo, richiedendo senz'altro una modifica dei Trattati. A questo proposito, la tesi riportata dall'A. (10) per cui "una valutazione dell'efficacia dei meccanismi di controllo parlamentare sulla BCE non può essere operata in astratto, ma deve altresì muovere da un confronto con il livello di *accountability* cui erano sottoposte le banche centrali degli Stati membri prima delle istituzioni dell'Unione Monetaria" viene sviluppata constatando che, mentre in alcuni Stati membri il controllo risultava "particolarmente penetrante" (come in Svezia) in altri Stati (come l'Italia) tale controllo si era di fatto affievolito, peraltro col consenso delle Camere stesse. Nondimeno, tale prassi risultava criticabile, e viene criticata dallo stesso A. (e non solo: cfr. R. IBRIDO, *op. ult. cit.*, p. 11 e note relative). Non si vede allora come potrebbe, una ricostruzione che si assume in partenza criticabile, prendersi a parametro per valutare "comunque migliore" il controllo del Parlamento europeo sulla BCE, e come quest'opinabile valutazione

Ora, se in generale la legittimazione politica dipende dal rispetto dei limiti del conferimento – in senso verticale; nonché, in chiave orizzontale, dall’associazione di vettori di democrazia rappresentativa e partecipativa alla produzione giuridica che ne scaturisce – la legittimazione tecnica funziona tanto meglio quanto meno politicamente sensibili siano le materie per le quali ci si volge a produrre diritto. Solo in quel caso, infatti, i due significati riconducibili a *tecnico* vengono a coincidere, senza che la proclamata complessità nasconda un’indebita sterilizzazione di questioni politicamente controverse.

In che modo tutti questi principi di legittimazione siano stati sollecitati nel lancio del programma OMT, e in qual misura siano stati rispettati i postulati teorici che presiedono al loro rispettivo funzionamento, è appunto il tema che occuperà le prossime pagine di questo scritto.

### **3. Whatever it takes: Gauweiler, ovvero la curvatura teleologica del mandato della BCE.**

*“But there is another message I want to tell you. Within our mandate – within our mandate – the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the Euro. And believe me, it will be enough”.*<sup>413</sup>

La frase di Mario Draghi, Presidente della BCE, alla conferenza di Londra sui *Global Investments* fa in un lampo il giro del mondo, diventando d’un colpo emblema del ruolo assunto dalla BCE quale ultimo baluardo per la difesa della moneta unica. Se si ricorda quanto forte spirassero, in quel torno di tempo, i venti di tempesta sull’Eurozona, sia quanto alla sua tenuta, sia con riguardo alla sopravvivenza stessa dell’Euro, si coglie appieno il senso politico altissimo della posizione maturata da Draghi, a dispetto dell’informalità della sede in cui è stata raccolta.

---

valga a conferirgli in tal guisa una patente di conformità a standard democratici che, nel contesto *post-nazionale*, dovrebbero ad ogni modo essere riformulati. Cfr. L. VIELLECHNER, *The Limits of Law (and Democracy) in the Euro Crisis: An Approach from Systems Theory*, in *German Law Journal (Special Issue - Democracy and Financial Order—Legal Perspectives)* 2016, 17-5, 748 ss., in part. 760s.

<sup>413</sup> Discorso del Presidente della BCE Mario Draghi alla *Global Investment Conference*, Londra, 26 luglio 2012, verbale in inglese a <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>



A strettissimo giro – 2 agosto 2012 – un comunicato stampa della BCE annuncia il lancio di un programma di operazioni monetarie definitive (*Outright Monetary Transactions*, OMT) di cui vari comunicati successivi (si vedano fra gli altri quelli del 6 e del 9 settembre 2012) puntualizzano i dettagli tecnici.

Il programma OMT consiste, a dirla brevemente, in una promessa, e cioè che la BCE acquisterà titoli del debito pubblico di uno Stato in difficoltà, a condizione che il Governo dello Stato in questione abbia sottoscritto un *Memorandum of Understanding* (Protocollo d'Intesa) con le autorità di governo del MES – Meccanismo Europeo di Stabilità, entrato in vigore nel luglio 2012 – nel quadro di un programma di aiuti sottoscritto a norma del relativo trattato, e che di tale Protocollo le autorità competenti abbiano verificato l'adempimento.

A precisa domanda – formulata da un cronista durante una conferenza stampa a Francoforte il 2 settembre 2012 – se vi fossero limiti quantitativi o temporali al programma OMT, Draghi rispose in modo netto: “ ... *there are no ex-ante limits on the amount of Outright Monetary Transactions. And the size – as I think it said in the first press release or the introductory statement – is going to be adequate to meet our objectives*”.<sup>414</sup>

Alla luce di una risposta tanto perentoria, l'espressione *whatever it takes* appare in tutto il suo potenziale dirompente: “un bazooka”, com'è stato definito dalla stampa, ossia un'arma in principio illimitata per capacità penetrativa e portata operativa, capace di dissuadere gli operatori finanziari da speculazioni suscettibili di danneggiare gli Stati più deboli dell'Eurozona e mettere a repentaglio la tenuta stessa di quest'ultima.<sup>415</sup>

È dunque il caso di rileggere brevemente l'intera frase del Presidente Draghi, che si compone di tre parti. Alla più famosa di esse, il celebre *whatever it takes*, si appongono due ulteriori locuzioni, non meno importanti: l'*incipit*, ossia *within our mandate* – ribadito due volte, a premessa del discorso – e la chiusura, il cui senso sta nell'eco

<sup>414</sup> Verbale della Conferenza stampa tenuta da Mario Draghi e da Vítor Constâncio, Vice-Presidente della BCE, Frankfurt am Main, 6 settembre 2012, <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2012/html/is120906.en.html>

<sup>415</sup> Così nei titoli di numerose testate. A titolo di esempio, cfr. *OMT: The ECB Launches Its Bazooka*, editoriale di Ed CONWAY, *Skynews*, 6 settembre 2012, <http://news.sky.com/story/omt-the-ecb-launches-its-bazooka-10470801>; *Mario Draghi: ECB bond-buying bazooka 'ready'* [redazione online] *The Telegraph*, 4 ottobre 2012, <http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/9587648/Mario-Draghi-ECB-bond-buying-bazooka-ready.html>.

planetaria che quelle parole avrebbero ricevuto, e che è stata pensata appositamente per rivolgersi non solo all'uditorio del momento, bensì a tutti gli attori politici ed economici interessati: *believe me, it will be enough*.

La portata complessiva di quest'affermazione si legge allora nel quadro della dialettica fra i poteri europei, tesi a preservare la zona-Euro ma divisi quanto alle modalità con cui concedere agli Stati in difficoltà eventuali aiuti. In particolare, può dirsi che *whatever it takes* appare rafforzato dall'enfatica chiusura, il cui significato – far passare forte e chiaro il messaggio per cui la BCE si sarebbe schierata senza esitare a difesa dell'Euro – è nitido, rimarcato dal tono suadente dell'oratore. La premessa, allora – *within our mandate* – appare porsi come riconoscimento necessario della capacità istituzionale della BCE, che trova quale campo di legittima esplicazione il solco tracciato dal principio del conferimento.

In parole semplici, Draghi dice al mondo intero che la BCE avrebbe fatto tutto quel che il diritto dell'Unione le avrebbe consentito, pur di proteggere la moneta unica. Dà così per assunto che, nella valutazione della BCE, il salvataggio della moneta unica si identifica con gli obiettivi del suo stesso mandato; e che l'istituzione è pronta a perseguirlo, secondo i poteri che le sono conferiti.

Resta dunque da stabilire se lanciare il programma OMT sia attività rispettosa del diritto dell'Unione; vale a dire, se rimanga tutta interna al mandato cui la BCE è vincolata in nome del principio del conferimento, e se non violi alcuna ulteriore norma di diritto europeo.

Ecco allora stagliarsi gli estremi della legittimazione del potere nello spazio pubblico europeo. Da un lato, alla BCE sono attribuite capacità istituzionale e autonomia decisionale amplissime nel campo della politica monetaria: è questo il risultato di un riconoscimento di legittimazione tecnica, in nome della quale si presume che la BCE “sappia cosa deve fare” per attuare tale politica. D'altro lato – come il suo Presidente avverte di dover ribadire con l'espressione *within our mandate* – non può certo disconoscersi la presenza, nell'ancoraggio costituzionale che sostiene la BCE, di un solido principio di legittimazione politica, inquadrabile nell'ambito dei rapporti Stati-Unione, in virtù del quale la BCE deve attenersi alle competenze conferite.

Il raccordo fra l'uno e l'altro estremo determina che, per non sganciarsi dal proprio ancoraggio costituzionale, la BCE deve sapientemente miscelare entrambi gli argomenti a suffragio della propria legittimazione; ad esempio, aggrappandosi a un solido fondamento politico là dove venga ad indebolirsi quello tecnico – nella fattispecie, perché la materia di cui si verte è altamente controversa, dunque politicamente sensibile; oppure viceversa, in caso contrario.

È proprio sulla sussistenza di una forma di legittimazione a sostegno dell'azione della BCE che verte la questione pregiudiziale sollevata dal *Bundesverfassungsgericht* (BVG).<sup>416</sup> I giudici di Karlsruhe, infatti, interrogano la Corte di Giustizia dell'Unione (CGUE) con riguardo alla legittimità del programma OMT sotto due punti: 1) se la BCE ha ecceduto i limiti del suo mandato lanciando il programma OMT, e 2) se tale programma è compatibile con il diritto dell'Unione europea in una sua norma qualificante, e cioè il divieto di aiuti finanziari da parte dell'Unione agli Stati, di cui all'art. 123 TFUE.

La risposta alla prima domanda richiede di discernere il sottile crinale che distingue politica monetaria e politica economica: un distinguo non certo agevole, ma fondamentale per il diritto dell'Unione, che dalla pertinenza di una certa misura alla politica monetaria fa dipendere, a voce degli articoli 118-120 TFUE, la competenza stessa della BCE. In altre parole: se le OMT sono materia di politica monetaria, la risposta alla domanda è no, poiché la BCE ha per compito istituzionale proprio quello di svolgere la politica monetaria, e tutte quelle attività che fanno parte della politica monetaria ricadono automaticamente nel suo mandato.<sup>417</sup>

La risposta alla seconda domanda sta nell'accertamento di una violazione, da parte della BCE, di una norma imperativa del diritto dell'Unione: quella che vieta forme di

<sup>416</sup> BVG, ordinanza del 14 gennaio 2014 (c.d. OMT – I) 2 BvR 2728/13, in inglese a [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114\\_2bvr272813en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114_2bvr272813en.html). Se ne veda il commento, fra gli altri, di A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfGe*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4, 19 febbraio 2014, 1-15.

<sup>417</sup> Con riguardo alla natura artificiale, se si vuole, della divisione tra i due ambiti, I. FEICHTNER, *Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money: What Might Legal Analysis of Money Become?*, in *German Law Journal (Special Issue Democracy and Financial Order—Legal Perspectives)* 17-5, 2016, 875s., interrogandosi sul potere del denaro di stravolgere dall'interno gli equilibri costituzionali, arguisce che (879) “it should be the objective of legal analysis, informed by political economy research, to propose reforms of monetary institutions to enable democratic experimentalism”.

finanziamento agli Stati, codificata all'art. 123 TFUE. Pertanto, se l'acquisto di titoli di Stato sul mercato privato da parte della BCE è considerato alla stregua di un aiuto finanziario allo Stato in questione, il programma OMT è illegittimo; se invece si configura in modo diverso, sì da non ricadere nel divieto di finanziamento monetario ai bilanci statali, ciò significa che la BCE, lanciando il programma OMT, non ha violato il diritto dell'Unione.

Entrambe le domande, a dire il vero, rilevano della stessa matrice, e cioè se la BCE stia agendo all'interno dei propri poteri, quali delimitati dal diritto vigente, nell'annunciare il programma OMT.<sup>418</sup> Nel primo caso, il vizio paventato è l'incompetenza, ossia l'eccedenza di tali attività rispetto ai limiti scolpiti dal principio del conferimento. Nel secondo caso, tale vizio si avvicina ad una violazione di legge; giacché il giudice tedesco si chiede se l'eccedenza del mandato, da parte della BCE, non riverberi nella violazione dell'art. 123 TFUE, in virtù del quale sono proibite forme di finanziamento monetario, da parte dell'Unione, ai bilanci degli Stati.

Già a prima lettura, balza all'occhio un punto di evidenza empirica, che vieppiù illumina la delicatissima natura politica dell'intera vicenda.<sup>419</sup> A tenore dell'art. 267 TFUE, la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione di *atti* compiuti dalle istituzioni, o da altri organi dell'Unione. Tuttavia, fino a prova contraria, nessun atto giuridico ha fatto seguito al lancio del programma, che in via di fatto non ha mai visto la luce – né al

<sup>418</sup> Il caso della BCE assume dunque valenza paradigmatica della legittimazione dei poteri pubblici nello spazio europeo. Che la posta in gioco fosse più ampia dell'effettiva questione sul tappeto, ampliandosi verso il delicatissimo tema dei rapporti fra ordinamenti – collocandosi peraltro nel solco della ben nota, cospicua giurisprudenza del BVG – appare ben chiaro già ai commentatori dell'ordinanza di rinvio, fra i quali non mancano le posizioni critiche. Sottolinea ad es. U. DI FABIO, *Karlsruhe makes a Referral*, in *German Law Journal*, 2/2014 (*Special Issue*), 107s., 109 che il rinvio pregiudiziale “...is no submissive genuflection. It is also not a coercive imposition. It is an example of the openness towards Europe mandated by the Basic Law” ponendo così la questione: “How would it be if the national courts submissively ignored European institutions' clear transgressions of their competences, even though the Member States remain the masters of the Treaties?”. Altri, nondimeno, ne ravvisano la portata quasi impositiva, sollevando argomenti altrettanto radicali: per R. D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23-1, 2016, 136s., 140 e 148, la pretesa del BVG di scrutinare gli atti dell'Unione e dichiararli inapplicabili in Germania sarebbe “*untenable*”.

<sup>419</sup> F. C. MAYER, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, 2/2014, 111s., 135-136, chiaramente segnala che “... the reality of the Euro crisis is that constitutional law arguments replace political arguments, which goes far beyond an attempt to respect the constitutional framework”.

momento del lancio, né, a dir il vero, nel tempo in cui si scrive – e non si è mai tradotto in *atti* di diritto dell’Unione. L’unico atto di tal guisa esistente è il verbale del comunicato stampa della BCE, e si dubita radicalmente che possa rientrare in senso proprio nell’ambito applicativo dell’art. 267 TFUE.

A rigore, dunque, la CGUE avrebbe potuto – forse dovuto – dichiarare la propria incompetenza, giacché non è posto alla sua attenzione un atto, né una vicenda giuridica concreta.<sup>420</sup> Tale possibilità, tuttavia, non è stata considerata dalla Corte, che non ha ritenuto di rinunciare alla pronuncia di merito, sostenendo che nel comunicato vi erano tutti gli *elementi essenziali* che consentivano di identificare gli estremi della domanda. Ora, il fatto che dal documento fossero desumibili gli *elementi essenziali* delle OMT, non varrebbe a distinguerlo da una comunicazione ufficiale, ovvero da qualunque atto di un’istituzione che, non producendo immediatamente effetti giuridici, resterebbe fuori dall’ambito dell’art. 267 TFUE. Tale punto, tuttavia, viene trascurato dalla Corte di Giustizia.<sup>421</sup>

Ogni considerazione critica sul protagonismo giudiziale, pur validamente imperniata sulla constatazione per cui non v’è un’autentica *res ad oggetto* della controversia, ma

<sup>420</sup> Come sottolinea, fra gli altri, A. HINAREJOS, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union*, in *European Constitutional Law Review*, 11/ 2015, 563s, 566, la Corte ha rigettato la questione per la quale il programma OMT sarebbe un mero atto preparatorio, privo di effetti giuridici, “without going into its merits”. A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo*, cit., 7, nota d’altro canto un analogo atteggiamento da parte del BVG, “... perché la questione, nel merito, appariva davvero decisiva per le sorti del processo di integrazione”. Cfr. K. F. GÄRDITZ, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, 183s., in part. 190s. Mette conto di notare come le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale Pedro Cruz VILLALÓN, depositate il 14 gennaio 2015, ECLI:EU:C:2015:7, sottolineino l’abbondanza “peculiare” (par. 30s.) di riferimenti al diritto nazionale operata dal BVG, in particolar modo con riguardo alla giurisprudenza sui limiti al processo di integrazione. Sul punto, a suo avviso, “[e]merge ... tutta l’ambiguità con cui la Corte di Giustizia si trova a dover fare i conti nel presente procedimento pregiudiziale: da un lato, un tribunale costituzionale nazionale che accetta in definitiva la propria condizione di giudice nazionale di ultima istanza ai sensi dell’articolo 267 TFUE, e ciò come espressione di uno speciale rapporto di cooperazione e di un principio generale di apertura al cosiddetto «programma di integrazione»; dall’altro lato, però, questo stesso tribunale che pretende di rivolgersi alla Corte – mettendolo in bella evidenza – senza rinunciare alla propria responsabilità ultima di dichiarare il diritto per quanto riguarda le condizioni e i limiti costituzionali dell’integrazione in Europa del suo Stato di appartenenza” (par. 49).

<sup>421</sup> Sul punto, le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale, cit., par. 70s., ammettono che ‘in linea di principio’ (72) la giurisprudenza della Corte potrebbe far propendere per la irricevibilità del ricorso; tuttavia, in nome di un ‘approccio antiformalistico’ (76) ritengono di poter sindacare nel merito l’atto, pur trattandosi ‘di una misura dai tratti atipici’ (82), ‘tenuto conto non solo del suo contenuto, e degli effetti reali che può produrre, ma anche delle circostanze nelle quali è stato adottato’ (90).

un'astratta questione di diritto – per cui l'attività della Corte par scivolare oltre il *proprium* della giurisdizione, verso una funzione quasi-consultiva, preventiva e suprema – deve allora fare i conti con un'esigenza avvertita come impellente da tutte le parti coinvolte, in un frangente tanto delicato quanto incerto negli esiti: cioè, rivestire di una credibilità massima il programma OMT tal come lanciato, quindi con la potenza di un bazooka, affinché potesse conservare, ed anzi accrescere, l'efficacia dissuasoria che già aveva iniziato ad esercitare nei riguardi dei mercati finanziari.

Nel merito, la replica della Corte, nella ormai celebre sentenza *Gauweiler*, traccia con una certa puntualità i passaggi su cui si costruisce la legittimazione del potere della BCE nello spazio giuridico europeo.<sup>422</sup>

La Corte si intrattiene dapprincipio sulla struttura delle norme che regolano il conferimento di poteri alla BCE, ossia sui paletti che delimitano la “politica monetaria” di cui la BCE, quale vertice del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) è responsabile. Analizza quindi per primo, se vuole seguirsi lo schema finora condotto, il principio di legittimazione politica che sostiene la BCE: il rispetto delle competenze attribuite. Nel disporsi a siffatta analisi, indugia sulla peculiare disposizione delle norme in cui esso si concretizza, imprimendo loro una forte impronta teleologica, mercé una lettura evolutiva, il cui propulsore è il riconoscimento della legittimazione tecnica della BCE.

Procedendo ad una lettura di tali norme, infatti, pare evidente la loro frammentarietà, cui corrisponde un naturale intreccio tra i rispettivi ambiti di competenza, che si rivela assai arduo da districare. In prima battuta, occorre menzionare l'art. 282, par. 1, TFUE, a voce del quale la BCE (in uno al SEBC) conduce la politica monetaria. In base a tale indicazione, si rende necessario capire quali misure facciano parte della politica monetaria; in particolare, quale sia la linea di confine fra politica monetaria e politica economica, atteso che quest'ultima rientra, al contrario della prima, nelle competenze degli Stati.

A tal scopo, è necessario procedere all'esame delle norme preposte all'individuazione dell'uno e dell'altro campo d'azione. Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione si

---

<sup>422</sup> CGUE, C-62/14, *Gauweiler et alt. v. Deutscher Bundestag*, 16 giugno 2015, ECLI:EU:C:2015:400.

prevede un Titolo VIII, rubricato “Politica economica e monetaria”, di cui fanno parte gli articoli 119 e ss. Rilevano ai fini qui esplicitati, in particolare, l’art. 127, par. 1, e l’art. 119.

L’art. 127 TFUE, che inaugura il Capo II – destinato alla politica monetaria – esordisce disponendo al primo paragrafo che “[l]’obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali ... è il mantenimento della stabilità dei prezzi”. Il paragrafo 2 soggiunge che il primo dei “compiti fondamentali” cui il SEBC deve “assolvere” è “definire e attuare la politica monetaria dell’Unione”.

L’art. 119 TFUE, che apre il Titolo e sta a premessa sia del Capo I – *Politica economica*, che del Capo II – *Politica monetaria*, recita che “[a]i fini enunciati dall’art. 3 TUE, l’azione degli Stati membri e dell’Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l’adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.<sup>423</sup>

Seguitando, così soggiunge l’art. 119, al secondo paragrafo:

“[p]arallelamente, alle condizioni e secondo le procedure previste dai trattati, questa azione comprende una moneta unica, l’euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l’obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell’Unione conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.

Leggendo le varie norme in un’ottica di sistema, e ribadito che il SEBC è di fatto guidato dalla BCE, se ne deduce a tutta prima che: 1) la BCE conduce la politica monetaria (art. 282, par. 1, TFUE); 2) la BCE ha l’obiettivo principale della stabilità dei prezzi (art. 127, par. 1, TFUE); 3) la politica monetaria ha l’obiettivo principale della stabilità dei prezzi (art. 119, par. 2, TFUE, prima parte).

<sup>423</sup> I fini enunciati dall’art. 3 TUE sono quelli generali dell’Unione. Si noti pertanto che sia la politica economica, sia quella monetaria si situano nel medesimo orizzonte interpretativo: un orizzonte aperto, all’interno del quale agiscono le istituzioni dell’Unione cui i Trattati hanno conferito poteri normativi. Interessante il raccordo fra principio del conferimento e principio di proporzionalità operato dal par. 6, che la Corte non manca di valorizzare in *Gauweiler*, e l’incrocio fra conferimento e obiettivi dell’Unione, tra i quali (par. 4) vi sono la politica monetaria e l’istituzione dell’euro.



Non appare, dunque, che la politica monetaria riceva *definizioni* fondate su standard contenutistici precettivi, tali da assurgere a vincolo per la BCE medesima: al contrario, la politica monetaria è presentata come oggetto da *definire e condurre*, quindi in sé generico nel contenuto e sfumato nei suoi confini, collocato nell'orizzonte teleologico della stabilità dei prezzi. Non pare, insomma, che le formule dei Trattati si prestino a interpretazioni tali da fornire indicazioni precettive su quali possano o debbano essere le misure di politica monetaria. Difatti, non pare potersi ricavare dalla lettera dei Trattati un vincolo abbastanza denso da fungere da parametro per sanzionare anche in via giudiziale l'eccedenza di eventuali misure siffatte rispetto al mandato. Al contrario, gli unici vincoli che sembrano porsi rispetto all'azione della BCE sono di natura finalistica: consistono in obiettivi, in indicazioni di risultato, là dove pare di poter ascrivere alla BCE un'ampia facoltà di scelta quanto alle modalità per raggiungerli.<sup>424</sup>

Il paragrafo 3 dell'art. 119, a dir il vero, sembra dettare talune prescrizioni di contenuto; tali prescrizioni, tuttavia, risultano inadatte a tal scopo, e ciò sotto un duplice profilo. Primo, perché riguardano sia la politica economica che quella monetaria, e non possono dunque valere per distinguere il campo proprio dell'una da quello riservato all'altra; attesa, peraltro, la necessità di uno "stretto coordinamento" delle politiche economiche nazionali, cui si aggiunge il ruolo di supporto che a tali politiche appresta il SEBC. Secondo, perché anch'esse – pur battezzate "principi direttivi" – sono null'altro che indicazioni teleologicamente orientate, traguardi da raggiungere piuttosto che obblighi di contenuto da rispettare.<sup>425</sup>

Perciò, in assenza di vincoli contenutistici sufficientemente corposi, l'interprete è autorizzato a ritenere che rientri nel campo della politica monetaria tutto ciò che abbia per obiettivo la stabilità dei prezzi. Il passo è allora breve, e il ragionamento elementare: se (a) la BCE conduce la politica monetaria, e (b) la BCE ha l'obiettivo della stabilità dei prezzi, nonché (c) la politica monetaria ha come obiettivo principale la stabilità dei

<sup>424</sup> Cfr. T. BEUKERS, *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program: "In the ECB We Do Not Trust. What About You?", in German Law Journal (Special Issue: The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court)*, 2014, 15-2, 343s., 345.

<sup>425</sup> "Queste azioni degli Stati membri e dell'Unione implicano il rispetto dei seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile". Può dirsi, con R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria*, cit., 5, che politica economica e politica monetaria sono concetti "a fisarmonica" e non già "due grandezze certe, predeterminabili in astratto e una volta per tutte".

prezzi, ne risulta che (d) è politica monetaria tutto ciò che nell'apprezzamento della BCE abbia per obiettivo la stabilità dei prezzi. Pertanto, in assenza di ulteriori indicazioni, è la BCE a decidere che cosa sia politica monetaria e che cosa no, perché è la BCE che decide che cosa sia strumentale alla stabilità dei prezzi e che cosa invece ne sia estraneo. Corollario, è la BCE che, decidendo su quali siano in concreto i confini della politica monetaria, sostanzialmente disegna i confini del proprio mandato.<sup>426</sup> La formula *within our mandate*, premessa e ribadita dal Presidente Draghi, avrebbe allora il valore di una mera clausola di stile.

Tale deduzione, logicamente inoppugnabile, ha tuttavia un riverbero costituzionalistico non secondario sui rapporti fra Stati ed Unione. Come si legge all'art. 119, par. 3, TFUE, infatti, la politica economica e la politica monetaria devono tendere agli stessi obiettivi, il primo dei quali è “prezzi stabili”. Ora, l'identità di orizzonte teleologico fra l'una e l'altra politica rende possibile, anzi addirittura auspicabile, che la BCE, conducendo la politica monetaria, adotti misure che abbiano un'influenza in politica economica. Tale interazione pare confermata sia dall'art. 120 TFUE – che richiama gli obiettivi generali dell'Unione, di cui all'art. 3 TUE, al pari dell'art. 119 TFUE – sia dall'art. 127, par. 1, a voce del quale “[f]atto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea”.

Secondo lo schema previsto dai Trattati, insomma, è congenito un certo intreccio fra politica monetaria e politica economica, che del resto non potrebbero che svolgersi tramite azioni coordinate “degli Stati membri e dell'Unione”, a mente dell'art. 119, par. 1. Sussiste dunque un rapporto di mutua compenetrazione fra politica economica e politica monetaria, che rende estremamente porosi i confini fra l'una e l'altra, disegnati in chiave reciprocamente strumentale. In tale contesto, la BCE – tributaria di una

---

<sup>426</sup> Secondo A. MANZELLA, C. PINELLI, L. GIANNITI, *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, Astrid, 2016, 3s., i poteri della BCE si espanderebbero verso il campo della politica economica là dove tale sconfinamento fosse necessario per salvaguardare l'oggetto medesimo della politica monetaria, ossia la stessa esistenza di una moneta unica. Appare, pertanto, come tale condizionalità sia nel pieno sindacato della BCE medesima, che può affermare senza tema di smentite i limiti imposti da tale necessità. Sul punto, cfr. J. MENDES, *Discretion, Care and Public Interests in the EU Administration: Probing the Limits of Law*, in *Common Market Law Review*, 2016, 53-2, 419s.

legittimazione tecnica autorevole, in virtù della quale possiede capacità istituzionale e autonomia decisionale – potrebbe, nell’esercizio dei suoi poteri di definizione e conduzione della politica monetaria (*within its mandate*) influenzare la politica economica degli Stati membri. Nel portare avanti gli obiettivi di politica monetaria, la BCE si troverebbe naturalmente ad invadere, per naturale conseguenza delle proprie condotte, il campo della politica economica; di tal guisa che gli Stati in ipotesi dissenzienti rispetto alle decisioni della BCE si vedrebbero di fatto privati di talune competenze concrete, anche assai rilevanti, senza che il principio del conferimento ne risulti formalmente violato, e senza poter opporre alla BCE (per statuto indipendente dai Governi, e legittimata tecnicamente) alcuna ulteriore obiezione.<sup>427</sup>

La Corte, pur nelle volute eleganti del ragionamento che conduce, di fatto segue senza tentennamenti questa linea argomentativa.<sup>428</sup> Riconosce da un lato che il SEBC deve sottostare ai limiti del diritto primario, in virtù del principio del conferimento;<sup>429</sup> tuttavia, non ha difficoltà ad ammettere che “il Trattato FUE non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria” ma ne definisce gli obiettivi e i mezzi;<sup>430</sup> e che i primi, più che i secondi, sono canone ermeneutico privilegiato per ritagliarne l’ambito applicativo.<sup>431</sup> Degno di nota il passaggio per cui “risulta dal comunicato stampa” che il programma OMT ha come obiettivo l’unicità della politica monetaria, dunque è ovvio che contribuisca a realizzare tale politica “nella misura in cui questa ... deve essere unica”.<sup>432</sup> Una tautologia vera e propria, giacché l’unico parametro che si adduce per ricondurre alla politica monetaria il programma OMT “risulta dal comunicato” stesso con cui la BCE ne annuncia il lancio; ma quel comunicato (pur non

<sup>427</sup> Secondo alcuni, sarebbe questo un effetto delle innovazioni apportate al quadro istituzionale europeo come conseguenza della crisi economica. F. W. SCHARPF, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, in *Max Planck IfG Discussion Paper 11/11*, 2011, 1s., si chiede (p. 35) se non vi sia “a hidden agenda of EMU reforms”, dal momento che il successo del nuovo regime “seems to depend on the capacity of the Commission to prevent macroeconomic imbalances by issuing precise policy instructions (named “recommendations”) to member-state governments”.

<sup>428</sup> Come peraltro suggerisce l’Avvocato Generale: cfr. *Conclusioni*, cit., par. 125s.; cfr. la differenza tra “... competences based on aims (*zielbezogene Kompetenzen*) as opposed to competences based on fields (*sachbezogene Kompetenzen*)”, in J. BAST, *Don’t Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court’s Ultra Vires Review*, in *German Law Review*, 2014, 15-2, 169s., 175.

<sup>429</sup> CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 41.

<sup>430</sup> *Ibid.*, par. 42.

<sup>431</sup> *Ibid.*, par. 46.

<sup>432</sup> *Ibid.*, par. 47.

essendo atto giuridico) è oggetto del giudizio, e non può esserne contemporaneamente il parametro, a meno di non ammettere che la BCE sia a un tempo fonte e misura delle proprie azioni.

In parole semplici, è proprio questo il succo dei passi successivi, in cui la Corte, volgendosi a sindacare il merito della decisione della BCE, di fatto ne replica i passaggi argomentativi, avallandone le conclusioni. In breve: la BCE, lanciando il programma OMT, non ha violato il diritto dell'Unione.

Quanto alla selettività del programma, infatti, occorre dire che OMT “ha come obiettivo quello di rimediare alle perturbazioni del meccanismo di trasmissione della politica monetaria ...”; ora, poiché tale obiettivo è strumentale alla politica monetaria – in quanto anch'esso strumentale alla stabilità dei prezzi – “risulta che” vi rientri.<sup>433</sup> È appena il caso di notare che l'accertamento di tutti questi nessi di strumentalità è rimesso all'apprezzamento della BCE, sul quale il giudice tralascia di soffermarsi oltre. Parimenti, “[la] circostanza che l'attuazione di tale programma sia subordinata al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento macroeconomico del FESF o del MES non vale a modificare tale conclusione”;<sup>434</sup> giacché OMT persegue obiettivi di politica monetaria indipendenti dagli obiettivi del MES – che ne persegue di propri, sicuramente esterni all'ambito della politica monetaria – e tali obiettivi sono strumentali all'obiettivo principale della stabilità dei prezzi, nonché a quello, ad esso ancillare, di sostenere le politiche economiche generali dell'Unione. Essi rientrano dunque nel raggio d'azione del SEBC; fanno parte cioè della politica monetaria.<sup>435</sup>

Così argomentando, la Corte valorizza il ruolo strumentale del SEBC con riferimento alle misure di politica economica:<sup>436</sup> nelle parole dei giudici di Lussemburgo, “... non è escluso che un programma di acquisto di titoli di Stato che presenti una caratteristica del genere possa rafforzare, in modo incidentale, l'incitamento al rispetto di tali programmi di aggiustamento e favorisca così, in una certa misura, la realizzazione degli obiettivi di politica economica che tali programmi perseguono”.<sup>437</sup>

---

<sup>433</sup> *Ibid.*, par. 56.

<sup>434</sup> *Ibid.*, par. 57.

<sup>435</sup> *Ibid.*, par. 57-65.

<sup>436</sup> *Ibid.*, par. 59.

<sup>437</sup> *Ibid.*, par. 58.

Ora però, giacché la competenza per le politiche economiche è degli Stati e non dell'Unione, l'uso del verbo "favorire" rivela una pre-comprensione in ordine al nesso fra politiche monetarie e economiche, che mostra inequivocabilmente la matrice unitaria dalla quale procedono le valutazioni sull'una e sull'altra. Siffatta unitarietà, ove le valutazioni di merito in ordine alla prima (da parte della BCE) ed alla seconda (da parte degli Stati) si trovassero a divergere, pare a rigore impraticabile; poiché dalla questione controversa potrebbe inferirsi la contrarietà, anche radicale, fra ciò che si prefigge la BCE e ciò che si prefiggono (taluni fra) gli Stati.<sup>438</sup> Al posto di "favorire", dunque, spingendo oltre il caso concreto l'*iter* argomentativo della Corte, potrebbe ben starci "ostacolare": che l'una favorisca l'altra, ovvero la ostacoli, dipende dal particolare punto di vista dei soggetti competenti a svolgere l'una e sviluppare l'altra. Tali soggetti, giova ripeterlo, sono distinti e contrapposti: da un lato la BCE, indipendente per statuto da ogni influenza statale, dall'altro gli Stati stessi. Il giudizio della Corte risulta allora schiacciato sul caso concreto; sostenibile soltanto in via empirica, in considerazione della sua natura anticipata rispetto a ogni concreto utilizzo del programma OMT, che impedisce il sorgere di contrasti di merito nonostante la

<sup>438</sup> È noto, peraltro, che taluni fra gli Stati che hanno invitato i dirigenti della BCE ad esporre, in quel frangente, le misure annunciate davanti ai propri Parlamenti nazionali si sono visti opporre uno sgradevole, quanto insuperabile rifiuto; le cui motivazioni, a vederle dall'esterno ed in assenza di ogni ulteriore evidenza, non riescono a scrollarsi di dosso la polvere di una studiata selezione degli interlocutori "più malleabili". Come annota R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria*, cit., 21s., il Presidente Mario Draghi ha tenuto audizioni presso i Parlamenti tedesco (*Bundestag*: ottobre 2012) spagnolo (*Congreso de los Diputados*: febbraio 2013) francese (*Assemblée Nationale*: giugno 2013) finlandese (novembre 2014) e italiano (Senato: marzo 2015). Al contrario, il vicepresidente della BCE Vitor Constancio, adducendo motivi formali, ha rifiutato un invito non dissimile da parte del Parlamento portoghese (cfr. N. COELHO, D. FROMAGE, *The ECB in check: a case from Portugal on the new Single Supervisory Mechanism*, in *Blogdroiteuropéen*, 2016. In generale, l'illusione di un *gioco di squadra* fra Parlamento europeo e parlamenti nazionali sembra tramontare proprio là dove servirebbe, ossia nelle materie di maggior sensibilità politica: poiché il PE, trascinato in una contesa che non ha il potere di controllare né quello di orientare, rischia di fare quel che altrove è stato identificato come l'interesse dell'Unione, a qualunque costo, talvolta trascurando le questioni di metodo. La posizione assunta da Martin Schultz, allora Presidente del Parlamento europeo, contro le determinazioni del Parlamento greco nella crisi finanziaria, con special riguardo al *referendum* del 5 luglio 2015, resta a tal proposito crudamente esemplificativa. Cfr. in primo luogo l'intervista a *Der Spiegel*, ed. online, *'Greek Voters Should Be Realistic'*, 3 febbraio 2015, di N. Blome e C. Schult, e poi quella concessa a *Handelsblatt*, 1 luglio 2015, ove si augurava la sconfitta del *no* al *referendum* (caldeggiato dalla maggioranza che sosteneva il governo di Tsipras, regolarmente eletta mesi prima); tale risultato avrebbe dato il la ad un governo tecnocratico transitorio, con cui si sarebbe raggiunto un accordo. Schultz avrebbe detto testualmente, "[i]f this transitional government reaches a reasonable agreement with the creditors, then Syriza's time would be over". Se ne vedano i commenti nei vari *media*, ad es. [www.theparliamentmagazine.eu](http://www.theparliamentmagazine.eu), nell'art. di B. Johnson, 6 luglio 2015, *Greek debt crisis: Parliament president censured over controversial remarks* [v. 4 aprile 2017]. Cfr., in merito, B. CARAVITA di TORITTO, *Parlamentarizzare, semplificare, razionalizzare i percorsi decisionali europei*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), editoriale – 15 luglio 2015, 1-5.

materia appaia *prima facie* controversa. Per contro, a volerlo leggere in astratto, un siffatto itinerario argomentativo appare poco condivisibile; poiché consente l'interferenza fra ambiti che il Trattato affida a due soggetti contrapposti, e motiva tale interferenza dall'ottica soggettiva di uno solo dei due contendenti, peraltro legittimato in via *tecnica*. Per questa via, come si intuisce, l'altro contendente non ha alcuna possibilità di ribattere.

Lo stesso principio opera con riferimento alla violazione del divieto di finanziamento monetario degli Stati, da parte dell'Unione; facendosi, se così può dirsi, ancor più evidente il *favor* per la prospettiva della BCE e il riconoscimento della sua autonomia decisionale. La Corte ammette che tale divieto riveste carattere assoluto e copre “qualsiasi assistenza finanziaria”;<sup>439</sup> né potrebbe il SEBC “validamente acquistare titoli di Stato sui mercati secondari in presenza di condizioni che conferiscano, in pratica, al suo intervento un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli del debito pubblico presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri”.<sup>440</sup> Tuttavia, in base al consueto argomento teleologico, l'assolutezza del divieto è di colpo stemperata in un obbligo, per la BCE, di “circondare il proprio intervento di garanzie sufficienti per conciliarlo con il divieto di finanziamento monetario risultante dall'articolo 123, paragrafo 1, TFUE” e tale divieto, interpretato teleologicamente a sua volta, si traduce in un più blando vincolo a non adottare misure che dissuadano gli Stati da una sana gestione finanziaria.<sup>441</sup>

Proseguendo nel suo ragionamento, la Corte ammette che il programma OMT potrebbe avere un effetto equivalente ad un finanziamento monetario illecito; si affida però ai “chiarimenti” forniti dalla BCE per inferire che sarebbe comunque circondato di garanzie adeguate, tali da scongiurare il pericolo che si tratti di una misura idonea “a sottrarre gli Stati membri di cui trattasi all'incitamento a condurre una sana politica di bilancio”.<sup>442</sup>

Il giudice di Lussemburgo apertamente sostiene che “il suddetto programma prevede l'acquisto di titoli di Stato soltanto nella misura necessaria per preservare il

---

<sup>439</sup> CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 93-95; 95.

<sup>440</sup> *Ibid.*, par. 97.

<sup>441</sup> *Ibid.*, par. 102.

<sup>442</sup> *Ibid.*, par. 109.

meccanismo di trasmissione della politica monetaria e l'unicità di tale politica e che detti acquisti cesseranno una volta raggiunti tali obiettivi".<sup>443</sup> Nell'enunciare quel che a suo dire sarebbe un limite a garanzia di legalità dell'operazione, in realtà espressamente arma il bazooka annunciato da Draghi con il celebre *whatever it takes*, poiché nei fatti rimette alla BCE ogni valutazione, anche in corso d'opera, sulla durata e sulla portata del programma OMT. Se si ricorda la risposta fornita da Draghi alla domanda del giornalista, riportata *supra*, in ordine ai *limits in size* del programma, non vi sono più dubbi sull'*endorsement* che la Corte appresta al Presidente della BCE: i giudici di Lussemburgo di fatto avallano le intenzioni di Draghi, comunicando ai mercati che le OMT saranno legittimamente disposte, se del caso, in misura "*adequate to meet our objectives*".

Resta dunque inteso che, per quel che attiene al rispetto del principio del conferimento – fondamento di legittimazione politica per la BCE, come premesso in avvio – Francoforte possa sostanzialmente tracciare con la propria azione il campo della politica monetaria, curvandosi quello della politica economica per effetto del proprio apprezzamento. Tale curvatura, inseguendo il *télos* della stabilità dei prezzi, circoscrive l'ambito di competenza degli Stati rispetto a quello di pertinenza della BCE:<sup>444</sup> senza che agli Stati stessi, pur in ipotesi privati di ambiti importanti della loro facoltà di deliberare in politica economica, residui possibilità di replica nel merito.

Può dirsi, in definitiva, che OMT poggi su un fondamento di legittimazione politica alquanto fragile; di cui, per motivi teorici e pratici, ben si avvertono gli scricchiolii. Resta dunque da illuminare l'aspetto della legittimazione tecnica, che strettamente si lega a quella politica, e che si illumina del requisito della motivazione a supporto del programma in questione. Se spetta in buona sostanza alla BCE, in forza del principio del conferimento, di definire e condurre la politica monetaria – occupando con la propria azione spazi di fatto conquistati alla politica economica, cioè alla competenza

---

<sup>443</sup> *Ibid.*, par. 112.

<sup>444</sup> Secondo M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, cit., 265s., l'attuazione di politiche monetarie deve essere sottoposta ad un mero "rationality-check" (266) dal momento che, fra le altre cose, "*Monetary policy is not just any administrative activity that requires being subjected to full judicial review in order to ensure respect for individual rights. Rather, the making of monetary policy resembles that of any other economic policy*" (269) di fatto obliterando l'inesistenza di un confine precettivo fra l'uno e l'altro settore.



degli Stati – ci si aspetta che la motivazione alla base delle scelte relative sia corposa, al punto da risultare inattaccabile. È bene ricordare, infatti, che la legittimazione tecnica funziona solo se le due accezioni di *tecnico* – scientificamente complesso e politicamente poco sensibile – combaciano all’esito della scelta che su tale legittimazione ambisce a poggiarsi. Se così è, infatti, la motivazione alla base della decisione è tanto solida da essere condivisibile, almeno nei punti salienti, da *tutte* le parti in causa. Diversamente, una motivazione che lasci controversa la questione è spia di sensibilità politica; il decisore tecnico non è attrezzato a trattarla, giacché la sua soluzione non sarebbe più quella universalmente riconoscibile come *la migliore*, ma una delle possibili alternative sul tavolo, la scelta fra le quali meglio spetterebbe a un decisore legittimato in via politica.

Di qui il legame tra il vettore di legittimazione tecnica e quello di legittimazione politica, basata sul principio del conferimento e creata strutturalmente *debole* poiché costruita secondo un’ispirazione teleologica. Difatti, qualora vi fosse una condivisione delle linee generali, il nesso tra politica economica e monetaria ne uscirebbe rafforzato in positivo. Se non vi fosse conflitto, l’azione della BCE in politica monetaria effettivamente “favorirebbe” e non “ostacolerebbe” la politica economica dei singoli Stati; né potrebbero mai questi ultimi considerare tale azione come un’invasione di competenze altrui, giacché vi sarebbe a monte accordo sulle linee di fondo fra l’una e gli altri.<sup>445</sup> In tal modo, la legittimazione tecnica della BCE andrebbe a corroborare il nucleo della legittimazione politica basata sul principio del conferimento; apprestando infine un sostegno adeguato all’azione congiunta “degli Stati membri e dell’Unione”, come dispone l’art. 119, par. 1, TFUE, nel quadro di una sostanziale cooperazione.

Ci si aspetterebbe dunque che la motivazione sul lancio di OMT da parte della BCE sia oggetto di uno scrutinio accurato da parte della Corte; non tanto, forse, sotto il profilo strettamente tecnico – di cui al giudice non è dato, potrebbe inferirsi, di conoscere nello specifico<sup>446</sup> – quanto sotto l’aspetto della (scarsa) sensibilità politica, mediante

---

<sup>445</sup> Sul nesso tra dimensione politica e tecnica dell’identità costituzionale (ma analogo discorso può farsi per l’*ultra vires*) rispetto alle quali svariati meccanismi di integrazione differenziata si collocano a rimedio preventivo, insiste P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell’identità costituzionale*, cit., 225s.

<sup>446</sup> Cfr. ad es. M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics?*, cit., 265s., 266-268; J. BAST, *Don’t Act Beyond Your Powers*, cit., in part. 176s.

un'indagine non superficiale dell'effettivo consenso raccolto dalla misura in questione e dei correlativi interessi in gioco. Tale scrutinio potrebbe costituire un presupposto alla base di uno degli elementi del giudizio di proporzionalità – quello che indaga la natura del sacrificio imposto alle parti in causa per raggiungere gli obiettivi posti dalla misura in questione. Non occorre ricordare, del resto, che una verifica di proporzionalità deve accompagnare – a mente dell'art. 3, par. 6, TUE – la valutazione sul rispetto del principio del conferimento. Sarebbe allora proprio un controllo di proporzionalità a svelare se la BCE, nel lancio di OMT, abbia ecceduto i limiti del mandato.

Un simile scrutinio, nondimeno – benché se ne riconosca la pertinenza<sup>447</sup> – di fatto manca: di più, è apertamente escluso dalla Corte, la quale pone solo la prima delle due accezioni di *tecnico* a suffragio della relativa legittimazione, disconoscendo la seconda. Nelle parole dei giudici, "... poiché il SEBC è chiamato, quando elabora e attua un programma di operazioni di mercato aperto quale quello annunciato nel comunicato stampa, a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, occorre riconoscergli, in tale contesto, un ampio potere discrezionale".<sup>448</sup> La Corte non nega che tale potere debba essere circondato da garanzie procedurali, e che tali garanzie risiedano nell'obbligo "... per il SEBC di esaminare, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi pertinenti della situazione di cui trattasi, e di motivare le proprie decisioni in modo sufficiente".<sup>449</sup> Tuttavia, soggiunge, ad onta dell'obbligo di cui all'art. 296 TFUE, per cui ogni atto giuridico dell'Unione dev'essere motivato affinché ne risulti "... in maniera chiara e inequivoca l'iter logico seguito dall'autore dell'atto di cui trattasi, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni della misura adottata e alla Corte di esercitare il proprio controllo, non è però necessario che essa contenga tutti gli elementi di fatto o di diritto pertinenti".<sup>450</sup> In aggiunta, "[l]'osservanza dell'obbligo di motivazione deve, peraltro, essere valutata

<sup>447</sup> CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 67: "... occorre ricordare che il principio di proporzionalità esige, per consolidata giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa in questione e non eccedano i limiti di quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi".

<sup>448</sup> *Ibid.*; non diversamente, l'Avvocato Generale: cfr. *Conclusioni*, cit., par. 187.

<sup>449</sup> CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 69.

<sup>450</sup> *Ibid.*, par. 70.

alla luce non soltanto del tenore letterale dell'atto, ma anche del suo contesto e dell'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione".<sup>451</sup>

In sostanza, riducendo all'osso l'obbligo di motivazione, la Corte giunge nuovamente alla legittimazione dell'operato della BCE; esplicitando peraltro tale sua argomentazione in maniera palese, là dove apertamente soggiunge che l'operato della BCE può essere sindacato soltanto in base a un "manifesto errore di valutazione" che nel caso, a suo avviso, non sussiste.<sup>452</sup> Coerentemente, allora, la Corte elide l'accezione di *tecnico* quale "non politicamente sensibile": la sensibilità politica della questione non è mai fatta oggetto di esame, anzi viene abilmente circumnavigata in ragione della preminenza del significato (unico) di *tecnico* quale scientificamente complesso.<sup>453</sup>

Raccolta allora la valutazione della BCE, per la quale il programma OMT risultava idoneo a raggiungere il proprio scopo, la Corte rammenta che è necessario stabilire "se un siffatto programma non vada manifestamente oltre quanto è necessario per raggiungere i suddetti obiettivi". Si svolge in questo passo un'analisi di mero fatto, argomentata ora sulla falsariga delle conclusioni della BCE stessa, ora in base a una constatazione del tutto contingente, che ancor di più evidenzia la stretta attinenza delle argomentazioni preposte al caso concreto e la loro sostanziale incapacità di assurgere a regola generale. Soggiungono infatti i giudici di Lussemburgo, nello sviluppo dell'analisi, che "... a più di due anni dall'annuncio del programma controverso nei procedimenti principali, quest'ultimo non è stato attuato, avendo il Consiglio direttivo ritenuto che la sua applicazione non fosse giustificata dalla situazione economica della zona euro".<sup>454</sup>

In definitiva, la Corte avalla l'operato di Draghi, evitando, con prudente *self-restraint*, che il monito lanciato ai mercati finanziari dal Presidente della BCE esca sostanzialmente svilito da una pronuncia del giudice dell'Unione. Tuttavia, a margine

---

<sup>451</sup> *Ibid.*

<sup>452</sup> *Ibid.*, par. 74.

<sup>453</sup> "A questo proposito, la circostanza, menzionata dal giudice del rinvio, che la suddetta analisi motivata sia oggetto di contestazioni non può bastare, di per sé sola, a rimettere in discussione tale conclusione, dato che, alla luce del carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria, e dell'ampio potere discrezionale del SEBC, da quest'ultimo non può esigersi altro se non l'utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone al fine di effettuare la medesima analisi con la diligenza e la precisione necessarie" (*ibid.*, par. 75).

<sup>454</sup> *Ibid.*, par. 84.

di tale pronuncia, è doveroso riflettere sui due interrogativi anticipati in premessa. In che modo i principi di legittimazione politica e tecnica siano stati sollecitati nella vicenda relativa al lancio del programma OMT, e in qual misura siano stati rispettati i postulati teorici che presiedono al loro rispettivo funzionamento, sono questioni delicate eppure ineludibili. Ora, dalla prospettiva della Corte di Giustizia, non potrebbe che asseverarsi la superiorità del principio di legittimazione tecnica, ascrivibile alla BCE in virtù della sua capacità istituzionale e autonomia decisionale basate sull'*expertise* scientifico dei suoi componenti. Tale superiorità è adoperata in chiave funzionale a giustificazione dello sconfinamento teleologicamente orientato da parte della BCE verso le competenze degli Stati in politica economica. In forza di tale legittimazione tecnica, *si presume* che l'azione della BCE "favorisca" la politica economica degli Stati; e ciò anche se presupposti e strumenti di tale azione fossero contestati proprio da quegli Stati la cui politica economica risulta "favorita" da siffatte misure. Agli Stati, in sostanza, non residuerebbe il diritto di opporre alla BCE una *propria* valutazione del *proprio* interesse in politica economica. Se tale valutazione fosse divergente, l'azione della BCE in politica monetaria non "favorirebbe", ma ostacolerebbe o addirittura stroncherebbe sul nascere le azioni degli Stati medesimi; e potrebbe farlo, per quel che asserisce la Corte di Giustizia, senza violare il diritto dell'Unione.<sup>455</sup>

Tracciato il campo dell'organizzazione dei poteri, i percorsi della tutela dei diritti appaiono parimenti segnati. L'operatività della presunzione organicistica che un tempo si ascriveva agli Stati verso i rispettivi sudditi sembra qui replicarsi *contro* gli Stati, dall'ottica sovranazionale; a ben vedere, tuttavia, marciando in direzione contraria

---

<sup>455</sup> Si manifesta così tutta la vena paternalistica che permea l'azione delle istituzioni della *governance* europea, in specie per la materia economica, e che nella suggestiva immagine di J.-P. FITOUSSI, *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell'Europa*, Il Mulino, 1998, 7s., pare riecheggiare suggestioni di assolutismo illuminato – del resto, non estranee al pensiero politico dell'Illuminismo e in qualche misura serpeggianti già nel variegato scenario filosofico del Settecento. Cfr. inoltre W. EASTERLY, *The Tyranny of Experts. Economists, Dictators, and the Forgotten Rights of the Poors*, Perseus Books Group – New York, 2013, ed. it. a cura di F. Galimberti, *La tirannia degli esperti. Economisti, dittatori e diritti dimenticati dei poveri*, Laterza, 2015, in part. 429s. Che una componente elitista sia dunque in qualche modo ricompresa nell'evoluzione di quel filone di pensiero che ha condotto alla proclamazione della superiorità del discorso razionale a legittimazione del potere, è allora un dato storico da cui non deve prescindersi per una comprensione più ampia delle dinamiche che agitano i poteri pubblici europei. Cfr. M. KOSKENNIEMI, *Declaratory legislation. Toward a genealogy of neoliberal legalism*, in R. LIIVOJA, J. PETMAN (eds.) *International Law-making – Essays in honour of Jan Klabbers*, Routledge, 2014, 27s.

rispetto a quella percorsa dalla Corte di Giustizia sui diritti.<sup>456</sup> In questo caso, infatti, *contro* lo Stato non sta il riconoscimento del diritto individuale, ma la competenza tecnica *presunta* della BCE, senza che gli (*ex?*) sudditi possano giovare di uno scrutinio nel merito a sostegno di una decisione tanto delicata.<sup>457</sup>

È questo un corollario della legittimazione tecnica della BCE, che astrae il discorso razionale ad un livello rarefatto, frequentato soltanto da decisori parimenti legittimati in via tecnica, e non assoggettabile che ad un controllo *ex post*. Tuttavia, giova ripeterlo, la legittimazione tecnica può validamente surrogare la rappresentanza politica solo se opera in materie non sensibili sotto il profilo politico. Viceversa, se a *tecnico* si associa soltanto l'accezione di “scientificamente complesso” e non anche quella di “politicamente poco sensibile”, si innesca un processo di *spoliticizzazione* coatta cui consegue la soppressione del dissenso. Le posizioni contrarie, infatti, non potrebbero elaborarsi e contrapporsi efficacemente al decisore tecnico, ma dovrebbero studiare il modo di insinuarsi al suo interno per influenzarne le decisioni, dopo averle contestate sotto un profilo scientifico. Tale influenza, infatti, ove si manifestasse sotto forma di ingerenze politiche dirette, cancellerebbe quell'autonomia ed indipendenza che ogni decisore tecnico – in primo luogo la BCE, a voce dell'art. 130 TFUE – non può che possedere.<sup>458</sup>

<sup>456</sup> Ex multis, C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa tra politica e giurisprudenza*, in *Pol. Dir.*, 1/2008, 45s.

<sup>457</sup> Una simile conclusione offre argomenti a coloro che, rinvenendo nella stabilità dei prezzi il valore inderogabile della *Costituzione economica europea*, hanno inteso la BCE come “custode” di quest'ultima, in funzione *counter-majoritarian*, a protezione del meta-valore della credibilità della moneta unica (F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca centrale europea (BCE)*, Pisa, ETS, 2014). Tale ricostruzione, a ben vedere, non fa mistero dell'esigenza di eliminare ogni possibilità di dissenso attorno alle vie per le quali tracciare i confini tra politica monetaria ed economica, giacché taccia di “cortocircuito inflazionista/populistico” le eventuali richieste di aggiustamenti all'azione della BCE, bollandole come frutto dell'incrocio tra domanda di consenso e offerta illimitata di moneta per procacciarsene. Cfr. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale e pareggio di bilancio*, Jovene, 2016, 265s., 292s. Sulla natura assolutizzante degli -ismi, che tendono a semplificare tematiche complesse, celando le peculiarità di posizioni critiche eterogenee rispetto ad una linea che si assume univoca, cfr. A. LOVEJOY, *The Great Chain of Being. A Study of the History of an Idea*, Harvard University Press, 1936, 5-6.

<sup>458</sup> Solo in questo senso pare quindi sostenibile, con R. IBRIDO, *Il controllo parlamentare sulla politica monetaria*, cit., p. 26 e nota 80, che il concetto di potere neutrale di derivazione schmittiana possa applicarsi alla BCE “esaltandone, e non già minimizzandone, la natura politica”. Si cela infatti in quest'ambiguità il travaglio della legittimazione della BCE, che si trova a dover prendere scelte politicamente sensibili, suscettibili cioè di sacrificare arbitrariamente interessi in gioco, senza garantire alcuna possibile replica e senza offrire alcuna certezza – se non la presunzione di competenza scientifica che avvolge la sua legittimazione tecnica – circa l'effettiva convenienza per tutti, in ultima istanza, della propria decisione. Appare allora, nel caso di specie, che la rottura del paradigma cooperativo fra Stati e Unione abbia

Pare scorgersi, tra le righe di questa pronuncia, un preciso disegno di politica istituzionale, che conduce al rafforzamento del livello sovranazionale nel settore *de quo* e a tal scopo scientemente sacrifica il rispetto degli equilibri costituzionali, per come articolati lungo il duplice asse sovranazionale (potere-individuo) e intergovernativo (Stati-Unione). In questo senso, la compressione degli spazi per il diritto-dovere di auto-determinazione apre a una torsione della separazione dei poteri – secondo fogge nuove solo all'apparenza, poiché in realtà di stampo antico – che non manca di far pesare i propri effetti sul piano della garanzia dei diritti.

#### 4. Il Bundesverfassungsgericht e OMT: la pretesa razionalizzazione dell'ordine giuridico europeo.

Di fronte allo scenario assai problematico disegnato dalla Corte di Giustizia, la replica del BVG si legge sotto una duplice prospettiva. Dapprima riafferma la centralità dello Stato nella tutela dei diritti, là dove questi appaiano minacciati dalla traballante legittimazione dei processi decisionali comunitari: il collegamento tra forme organizzative del potere statale, che gravitano attorno alla rappresentanza politica, e diritti fondamentali è sancito a chiare lettere, e vale a ribadire il nesso fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti, la cui sede primaria si ricolloca in ambito statale. Così facendo, in seconda battuta, segna il confine della *razionalizzazione* dell'ordinamento dell'Unione, contrapponendo la propria lettura a quella della CGUE.<sup>459</sup> In tale contesto,

---

smascherato la politicità di una decisione che si assumeva *tecnica*, e che si riscopre d'elevatissima sensibilità politica, dunque indebolita nei suoi presupposti di legittimazione.

<sup>459</sup> Nella dottrina del diritto costituzionale degli Stati, il termine *razionalizzazione* è sinonimo di riduzione in forme predeterminate di una realtà politico-sociale magmatica e dunque cangiante. Tale operazione si muove nell'orizzonte di senso di una precomprensione ben definita: quella per cui la "forma" è capace di in-formare la realtà cui inerisce e quindi *con-formarla*. Cfr. R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel processo di risoluzione dei casi regolamentari*, Franco Angeli, 2014, 19-20 e nota 7. Muovendo da siffatte premesse, appare che, con riguardo all'ordinamento europeo, lo iato tra il quadro normativo formalizzato attributivo di poteri giuridici ed i reali rapporti di forza fra gli organi istituzionali fa sì che le regole sulla produzione di diritto – le c.d. *meta-norme* – si muovano in una dimensione *dinamica*, il cui parametro di riferimento è la valutazione sulla *essenzialità* dei punti di merito difesi da ciascuna istituzione (G. VOSA, "Nuovi elementi essenziali", ovvero del posto degli atti delegati nella sistematica delle fonti del diritto europeo, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3/2014, 681s). Tale osservazione, oltre a sconsigliare l'uso della nozione di forma di governo per l'Unione (R. IBRIDO, G. VOSA, "Forma" e "forme" negli assetti di organizzazione costituzionale dell'Unione europea, in *Il*

le forme di organizzazione del potere nello spazio pubblico europeo, delineatosi con la fine del monopolio statale sulla produzione giuridica, si dispiegano in un caratteristico *non-finito*, sviluppandosi in un ambiente per il quale l'unità politica è inavvicinabile *noumeno*, invece che presupposto indefettibile. È proprio questa tipica *non-finitudine* a lasciar scorrere, forse, in secondo piano il tema del decisore di ultima istanza, che affligge invece ogni modello per il quale l'unità politica sia un presupposto, in guisa dell'ordinamento statale.<sup>460</sup>

Il punto di partenza dei giudici tedeschi è il diritto di voto, protetto dall'art. 38 del *Grundgesetz* (GG). Nelle parole del Tribunale, il diritto di voto “*ensures the political self-determination of citizens and guarantees the possibility of their participating freely and equally in legitimating the state power exercised in Germany*”.<sup>461</sup> Il diritto di voto, dunque, è il fulcro di ogni forma organizzativa politica che voglia dirsi politicamente legittima, poiché tende a ricondurre ai destinatari le relative decisioni attraverso i meccanismi della rappresentanza. Di conseguenza, è parte di quel nucleo di diritti che, per il combinato disposto degli articoli 23, par. 1, e 79, par. 2, GG, vanno considerati intangibili sia dal legislatore domestico, sia dalle istituzioni dell'Unione.

Statuisce il BVG, tale diritto è violato là dove le istituzioni o altri organi dell'Unione “*exercise sovereign powers of their own accord*”; in tal caso infatti la rottura del principio del conferimento vedrebbe pregiudicato il principio della sovranità popolare (art. 20 GG) giacché non potrebbero da ultimo ricondursi al Parlamento le decisioni assunte a livello europeo. Tale principio è parte dell'identità costituzionale

---

*Filangieri – Quaderno 2014*, 187s.) se non in un senso meramente descrittivo (come, al plurale, si usa il termine *forme* in questo scritto) induce a considerare l'ordinamento europeo sotto il duplice punto di vista degli Stati – dunque, muovendo dal principio del conferimento dei poteri – e delle istituzioni medesime, valorizzandone cioè l'autonomia decisionale, e valutandone i rapporti come se ci si muovesse dentro un ordinamento giuridico originario. Il conflitto fra queste due *anime* si mostra con icastica potenza nel caso OMT, ove tali posizioni si stagliano l'una contro l'altra, senza peraltro che l'inconciliabilità di principio tra le due sfoci nello scontro politico.

<sup>460</sup> Cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, 2013, in part. 5-6.

<sup>461</sup> BVG, 16 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, par. 81ss.; 133ss.; in inglese a [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621\\_2bvr272813en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621_2bvr272813en.html)



dell'ordinamento tedesco, “*which mandates that all public authority exercised in Germany must have a basis of legitimation by the voter*”.<sup>462</sup>

Nel ribadire la centralità del modello statale nella legittimazione del potere in Europa, seguendo peraltro una lunga giurisprudenza culminata nel *Lissabon Urteil*,<sup>463</sup> il BVG pone l'accento sul principio delle competenze attribuite, il quale manterrebbe agli Stati il diritto a rivedere il giudizio della CGUE sull'ambito applicativo del diritto dell'Unione, mediante un sindacato di *ultra vires* volto a ridefinire la *Kompetenz-Kompetenz*. Pur affermando il nesso fra tale principio e la legittimazione politica elettorale, il BVG prende atto che, entrando a far parte del diritto dell'Unione, l'ordinamento tedesco ha accettato l'esistenza di fondamenti di legittimazione delle decisioni pubbliche diversi da quello politico elettorale (“*other strains of legitimation*”) che si collocano a sostegno dell'azione degli organi dell'Unione.<sup>464</sup> Nondimeno, soggiunge, siffatte forme di legittimazione alternative a quella politica elettorale si ritengono valide solo se il conferimento delinea “un'autorizzazione sufficientemente specifica” tale da ricondurre alla legittimazione politica elettorale, in ultima istanza, la decisione su aspetti sensibili. Altrimenti, le forme di organizzazione del potere nello spazio pubblico europeo ne risulterebbero alterate al punto da configurare l'indebita espansione delle competenze attribuite, a mo' di tacito mutamento degli assetti costituzionali individuati dal Trattato.<sup>465</sup> Ove ciò si realizzasse, aggiunge il BVG, non sarebbe in contraddizione col principio di *Europafreundlichkeit* l'annullamento delle misure che ne derivassero, mediante uno scrutinio fondato (non sul modello *ultra vires*, ma) sull'identità costituzionale.

È interessante notare che, nelle parole del BVG, lo scrutinio di identità costituzionale si pone, in casi siffatti, a salvaguardia estrema delle forme organizzative del potere statale; asseconda allora una presunzione, invero non nuova alla luce di quanto fin qui elaborato, eguale e contraria a quella che emerge dalla pronuncia della CGUE.

<sup>462</sup> *Ibid.*, par. 82. Sulla valenza sistematica di quest'affermazione, con riferimento ai canali d'accesso che il diritto tedesco appresta al BVG, con forza F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 46s., 51s.

<sup>463</sup> Su cui, *ex plurimis*, F. SCHORKOPF, *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal (Special Section: The Federal Constitutional Court's Lisbon Case)*, 2009, 10-8, 1219s., e *ibid.* per altri contributi.

<sup>464</sup> BVG, *ult. cit.*, par. 118ss.; 131.

<sup>465</sup> *Ibid.*, 131.

Nell'ottica di quel giudice, gli Stati sottostanno alla presunzione di una conduzione *oggettivamente* ottimale, da parte della BCE, della politica monetaria. In base alla lettura propugnata dal BVG, di contro, i diritti degli individui si vogliono protetti per il tramite dei rispettivi Stati là dove la Corte costituzionale ritenga di opporre una propria lettura dei limiti del conferimento all'interpretazione della CGUE, che di tali limiti resta tuttavia – a tenore dell'art. 267 TFUE – l'unico giudice competente.<sup>466</sup>

Per contro, lo scrutinio *ultra vires* interviene a sanzionare lo sconfinamento delle istituzioni europee dal perimetro delle competenze attribuite; dunque, l'azione che, pur condotta oltre i limiti tracciati dal conferimento, non invada la *sfera d'identità* di un certo Stato, a presidio della quale si forma l'argomento *identitario*. Che dalla difesa di tale sfera derivi la tutela dei diritti individuali nello spazio pubblico europeo, è presunzione non revocabile in dubbio; e ogni Stato può tracciare a piacimento i confini della *sua* sfera, malgrado, giova ribadirlo, lo spazio pubblico europeo nel suo complesso, superando la dicotomia fra diritto costituzionale ed internazionale, sfugga per definizione al monopolio degli Stati in quanto tali.<sup>467</sup>

Così concepito, il sindacato sull'identità costituzionale richiama argomenti volti a ricondurre presso gli Stati talune fattispecie che essi vedono come massimamente restie all'integrazione europea.<sup>468</sup> Per tali fattispecie, mercé il giudice nazionale, la tutela

---

<sup>466</sup> Con efficacia F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 54s., 58-59, riconduce lo scrutinio *ultra vires* ad un "vaglio di tipo procedurale o tecnico, ovvero di tipo non sostanziale" mentre ricollega al c.d. *Identitätskontrolle* la valutazione di tipo materiale sui limiti dell'integrazione, che – a tenore dell'art. 23, par. 1, terzo alinea, GG – sono sottoposti alla disciplina di cui all'art. 79 GG. La distinzione, nitida in principio, nella pratica sfuma considerevolmente, attesa la natura materiale del vizio di incompetenza in un quadro segnato dal policentrismo istituzionale.

<sup>467</sup> Tale implicazione, si deve ritenere, vale per la Germania come per gli altri Stati membri, ciascuno per loro conto. F. C. MAYER, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, cit., 143, mette in risalto "the German Paradox" e nota: "Some would even detect a lack of constitutional empathy here, considering the fact that concepts the German Constitutional Court invokes quite naturally such as self-determination, budgetary autonomy, etc., are not available to all other Member States anymore; subito dopo chiedendosi, con una certa carica di drammaticità, "[w]hat is actually left of selfdetermination or the free will of a people in a country that had to join an ESM program and the harsh "conditionalities" attached to it?". Cfr., *ibid.*, D. MURSWIEK, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, 147s.

<sup>468</sup> *Ibid.*, par. 141; cfr. 136ss.; 138 per l'esame dello scrutinio sull'identità costituzionale; 142ss. per un breve esame di diritto comparato in ordine a tale scrutinio; 145ss. Per un parallelo esame del diverso ambito del controllo *ultra vires*, che ha ad oggetto la violazione delle competenze attribuite, cfr. par. 145ss. Il fatto che sia un giudice nazionale (e per di più un giudice costituzionale, in luogo del legislatore) ad esercitare un simile controllo, se ribadisce in chiave stato-centrica la presunzione che si definiva organicistica – giocandola sul piano sovranazionale – d'altro canto risulta coerente con l'evoluzione delle forme organizzative del

delle forme organizzative statali torna a sovrapporsi alla tutela dei diritti; benché la Corte di Giustizia – giudice dell’interpretazione del diritto dell’Unione – ha ascrivito a quest’ultima la competenza a produrre norme giuridiche in quelle medesime fattispecie.<sup>469</sup>

Se dalla prospettiva dell’Unione è centrale l’autonomia decisionale di cui gode la BCE, in base ai poteri ad essa conferiti, con l’obiettivo di tenere salda la barra dell’integrazione, per il BVG il punto di partenza sta nella dimensione costituzionale del principio del conferimento (“... *the constitutional dimension of the principle of conferral*”) che deve guidarne la lettura.<sup>470</sup> “Generosamente”, il BVG dice di reputare accettabile, in nome della supremazia del diritto dell’Unione, che lo scrutinio su misure quali quelle sottoposte all’esame della Corte si limiti all’errore manifesto; purché però la legittimazione politica di tali misure, lungo la direttrice dei rapporti Stati-Unione, venga saldamente assicurata dal collegamento con il corpo elettorale nazionale, mercé una lettura restrittiva dei limiti del conferimento.<sup>471</sup> Ove tale legittimazione politica in qualche modo si indebolisca, le decisioni assunte dalle istituzioni devono appoggiarsi ad altri parametri di legittimazione che possano surrogarla; tali parametri devono essere assunti in maniera adeguatamente stringente, valutandone in teoria e in pratica l’effettiva capacità di porsi a complemento della rappresentanza politica elettorale.<sup>472</sup>

---

potere nello spazio pubblico europeo, che di fronte all’eclissi della rappresentanza sempre più di frequente tendono a spostare in sede giurisdizionale il momento compositivo degli interessi in gioco.

<sup>469</sup> *Ibid.*, par. 177. Occorre quindi sottolineare che, a seguito fra l’altro dell’interpretazione spregiudicata delle norme sulla competenza – orientata dalla CGUE in senso teleologico e sistematico – dall’ottica del BVG il controllo *ultra vires* non basta più a proteggere gli Stati dall’invasione di quegli ambiti per cui opera la presunzione appena riportata. È proprio sull’impostazione del giudizio della CGUE, imperniato su di un canone ermeneutico spiccatamente teleologico, che si appuntano i rilievi mossi dal giudice costituzionale tedesco. Il BVG procede ad una lettura critica della sentenza *Gauweiler*, il cui risultato è “*at least tenable*”; giusta – è opportuno anticiparlo – l’apposizione, che ad arte si riconduce alla pronuncia della medesima Corte di Giustizia, di limiti vincolanti (*binding limits*) alle eventuali OMT lanciate in base al programma. Tuttavia, non è affatto certo che tali limiti siano proprio come li descrive il BVG; secondo la CGUE, essi si risolvono piuttosto nell’esplicazione dell’autonomia decisionale della BCE, fondata sulla sua legittimazione tecnica. Secondo F. C. MAYER, *Rebels Without a Cause?*, cit., ove davvero vi fossero siffatte restrizioni, “*the OMT would be a different program, crippled and ineffective*”.

<sup>470</sup> BVG, ult. cit., par. 184.

<sup>471</sup> La posizione del BVG, che svaluta sostanzialmente la legittimazione politica sovranazionale, sembra far passare in secondo piano la possibilità che tali decisioni conoscano diverse ed ulteriori forme di legittimazione. Contesta con fermezza questa linea R. IBRIDO, *Il controllo della politica monetaria*, cit., 6s., però riconoscendo che tale approccio è “perfettamente coerente” con la giurisprudenza costituzionale tedesca.

<sup>472</sup> Per l’esattezza, come il BVG evidenzia, nel settore in questione “*the independence granted to the European Central Bank (Art. 130 TFEU) leads to a noticeable reduction in the level of democratic legitimation of its actions and should thus lead to a restrictive interpretation, as well as to a particularly strict judicial review, of the mandate of the European Central Bank*”. Cfr. BVG, ult. cit., par. 187.

Un'affermazione che suona come un monito secco, pur temprata dall'esame successivo, col quale il BVG giunge a valutare positivamente, rispetto al diritto costituzionale tedesco, il programma OMT. Tale valutazione positiva, difatti, si regge sul fondamentale assunto sopra anticipato: vale a dire, che le condizioni cui tale programma è sottoposto costituiscano altrettanti vincoli giuridici per la legittimità del programma, sicché il mancato rispetto di queste ne renderebbe illegittima l'applicazione. Nondimeno, che tale assunto corrisponda ad una realtà empirica, a leggere la sentenza della Corte di Giustizia, non appare certo inoppugnabile; tale sentenza, come si è fin qui provato a dimostrare, piuttosto lascia margini amplissimi alla BCE di realizzare il programma OMT in modo "*adequate to meet our objectives*". In altre parole, i giudici di Karlsruhe si ingegnano a rinvenire gli estremi di un vincolo *ex ante* rispetto all'azione della BCE senza contraddire la CGUE, anzi vidimandone la decisione, malgrado tali limiti appaiano assai più evanescenti a guardarli da Lussemburgo.

Appare allora con chiarezza, dietro quest'apparente incongruenza, tutta la delicatezza del ruolo politico giocato dalle Corti, europea e tedesca, nell'elaborazione di argomenti giuridici tesi a regolamentare, in uno alla validità di future OMT, la legittimità delle forme organizzative del potere nello spazio pubblico europeo. Dalla prospettiva della CGUE, tali forme si ricostruiscono secondo la traiettoria che imprime loro l'autonomia decisionale riconosciuta alle istituzioni che lo compongono; al contrario, dall'ottica del BVG, a tale autonomia si impongono dei limiti costituzionalmente preordinati, ristabilendo il primato del principio del conferimento e quindi della legittimazione degli Stati.

Ecco allora che il programma OMT, come interpretato dalle due Corti contrapposte – l'una operativa nella dimensione europea, l'altra attiva in un'ottica nazionale – nel battere i nuovi percorsi della separazione dei poteri all'incrocio con la tutela dei diritti, marca il confine della *razionalizzazione* in meta-norma delle forme di organizzazione politica nello spazio pubblico europeo, evidenziandone la strutturale incompiutezza. La lettura della Corte di Giustizia squaderna un ordinamento aperto, in cui le forme di organizzazione politica si sottopongono alla curvatura teleologica segnata dalle istituzioni dotate di autonomia decisionale, che riceve la massima valorizzazione. Di

contro, il BVG, passando al setaccio gli argomenti della Corte, si fa alfiere di una lettura costituzionalistica basata sul primato degli Stati: asserisce che il principio del conferimento è misura di tutte le azioni degli attori istituzionali, lasciando intendere che altre forme di legittimazione si misurano sul rigoroso parametro della capacità di surrogare la rappresentanza politica generale.

Due visioni agli antipodi, che però convergono nella valutazione di merito: l'equilibrio è stato per il momento rispettato, e dovrà essere parimenti rispettato – previa vigilanza delle istituzioni nazionali sui processi decisionali relativi – là dove il programma OMT riceva materiale attuazione.<sup>473</sup> Pur lasciando sullo sfondo la questione pratica, che di fatto non si è mai presentata, sarebbe tuttavia un errore sottovalutare la portata giuridica delle norme la cui esistenza la CGUE, da un lato, e il BVG, dall'altro, sostengono. Tali norme infatti, ove una controversia sugli OMT dovesse sorgere in concreto, servirebbero da base di partenza per ulteriori, più sottili argomentazioni, volte con ogni probabilità ad ospitare di nuovo, mediante finissimi *distinguo*, entrambe le posizioni. Perché è il diritto europeo, nella sua irriducibile dualità di matrici, ad essere di per sé *non-finito*; teso ad un obiettivo per definizione irraggiungibile, pensato esattamente per accogliere, in barba ad Aristotele, uno e il suo contrario.<sup>474</sup>

Trascinata fuori dal recinto del diritto domestico, la separazione dei poteri si allarga a forme di organizzazione politica prive dell'orizzonte conchiuso dell'unità dello Stato. Tali forme appaiono di nebulosa decifrazione quanto al loro riverbero sulla tutela dei diritti: esse da un lato ammiccano alla vocazione universalistica della rappresentanza, di cui però subiscono la congenita debolezza; d'altro canto, tuttavia, restano intrappolati nelle pieghe stato-centriche dello spazio pubblico europeo, che vanno facendosi via via più spesse in un'epoca regressiva sotto l'aspetto dell'integrazione.

<sup>473</sup> *Ibid.*, par. 195; 220. È questa la c.d. responsabilità per l'integrazione, intesa come esercizio del diritto-dovere di auto-determinazione (F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 62s., 71).

<sup>474</sup> Come annota F. SAITTO, *op. ult. cit.*, 41, la sentenza del BVG da un lato dà “slancio al principio democratico” e dall'altro salvaguarda “per certi versi da se stessa, la democrazia rappresentativa ... confermando così, pur nella sua non univocità sul piano teorico, la sopravvivenza del *constitutional pluralism* come *ordo ordinans* delle relazioni ordinamentali in Europa. Occorrerebbe allora domandarsi, alla luce di questa conferma, se lo slancio al principio democratico nn sia meramente nominale, ovvero meramente auto-riferito (*ibid.*, 71-73) abbarbicato su quel patriottismo costituzionale che talvolta si è rimproverato al BVG (*ibid.*, 18) e che potrebbe rivelarsi foriero di ineguaglianze sul piano europeo.

Il piano europeo, ove mira a realizzarsi la dimensione integrata descritta dalla dottrina del *multilevel constitutionalism*, appare segnato da crepe evidenti: costretto a ricorrere a un decisore tecnico, nelle cui stanze ovattate si ottunde la sensibilità degli interessi sacrificati, paga all'attitudine euro-unitaria della decisione il prezzo di una legittimazione fragile. Tuttavia, se lo si guarda dall'ottica delle sovranità statali – ritenendole perduranti, a torto o a ragione – le conseguenze dell'auto-limitazione degli Stati a premessa del conferimento appaiono egualmente fosche.

Difatti, lungo i tornanti più scoscesi del cammino dell'Unione, l'identità costituzionale appare lo strumento per spostare sul piano nazionale, in ultima istanza, quel raccordo fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti che le Costituzioni avevano assicurato nell'ambito di un modello stato-centrico. Mediante l'identità costituzionale, in aggiunta allo scrutinio *ultra vires*, gli Stati tutelano così quegli ambiti della produzione giuridica che ritengono indispensabili alla loro sopravvivenza, e che vanno blindati là dove dal piano europeo si avanzino *inaccettabili* pretese di tal fatta. In tali ambiti, le forme organizzative del potere sorte nello spazio pubblico europeo ripropongono, senz'altra specificazione, quella presunzione organicistica che identifica infine i diritti dell'individuo con l'azione dello Stato.

Ora, se si assume che in ultima istanza il richiamo all'identità costituzionale di uno Stato faccia prendere alla tutela dei diritti la direzione delle capitali domestiche, si rischia non solo di ripudiare lo spazio pubblico europeo come *luogo* di un progetto comune, ma anche di revocare in dubbio il primato della legittimazione razionale della produzione giuridica. Difatti, che ciascuno Stato sia capace, in base alle norme del diritto costituzionale interno, di far sì che la presunzione organicistica si fondi sul diritto-dovere di auto-determinazione della persona – secondo il modello tracciato dalle Costituzioni moderne – è questione insondabile da un punto di vista che non sia interno a ciascuno Stato, poiché afferente al solo diritto costituzionale nazionale.<sup>475</sup> Per esser chiari: qualora, diversamente dal BVG, un giudice nazionale ritenesse di difendere con l'arma identitaria principi *altri* dal diritto di voto, sarebbe impresa ardua opporgli

---

<sup>475</sup> Una questione che pare forse sottovalutata: cfr. D. MURSWIAK, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, 143 ss., in part. 158-159.



argomenti fondati sull'esegesi dell'art. 4, par. 2, TUE. Pare difficile, infatti, che tali argomenti, comunque forgiati, non si volgano a rivendicare una certa pretesa di discernere razionalmente l'altrui identità. Ma l'identità, per definizione, non appartiene a nessuno se non al suo titolare; e certamente non spetta che a questi, se lo ritiene, permettere che si disveli secondo percorsi razionali.<sup>476</sup>

L'abbandono della prospettiva europea della tutela dei diritti, allora, costituirebbe un fattore di disuguaglianza tra (cittadini di) Stati membri, per cui ciascun europeo si porterebbe appresso un patrimonio di diritti e doveri commisurato al suo *status* di cittadino tedesco, svedese, italiano o polacco – vale a dire, alla sua *appartenenza* statale – e, in base alla rivendicazione identitaria che dagli organi di tale Stato promana, non potrebbe accedervi se non in base alle norme di diritto interno di quello Stato. Un fattore non altrimenti giustificabile, se non con uno strumento antico ma duro a morire: il primato dello Stato sull'individuo.

Dunque, seguendo la linea evolutiva dello spazio pubblico europeo come germinato dal tramonto del modello stato-centrico, le forme di organizzazione del potere vengono sviluppandosi lungo percorsi multiformi ed irregolari, asimmetrici rispetto ai confini nazionali, ove la vocazione universale della rappresentanza politica pare distorcere i confini della legittimazione del diritto interno, e l'uso massiccio della legittimazione tecnica a supporto di scelte pur molto delicate restringe anche sul piano sovranazionale

---

<sup>476</sup> Appare questo un meccanismo che scatta indipendentemente dalla qualità delle posizioni giuridiche in gioco; operando, ad esempio, anche di fronte a diritti degli individui, cui le Corti nazionali potrebbero opporre un atteggiamento meno *Europafreundlich* (magari su diritti collegati a questioni eticamente sensibili, soggette alle tentazioni conservatrici di non pochi Stati). L'identità costituzionale verrebbe a possedere un valore difensivo, soffocando il proprio potenziale di integrazione, e le Corti rischierebbero di trasformarsi in "cani da guardia della statualità" (P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e "integrazione costituzionale" in Europa. Tra passato e futuro: Questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 199s., 209); e ciò a discapito di altri interessi, o finanche diritti, che resterebbero irrimediabilmente intrappolati fra le pieghe della *identity claim*. Difatti, finché il *discrimen* tra riconoscere o negare il diritto controverso si gioca sull'interpretazione delle competenze conferite, si resta pur sempre nell'ambito degli argomenti giuridici, spendibili nel quadro del "dialogo fra le Corti". Ove, di contro, tale decisione dipendesse dalla riconducibilità del caso ad un ambito identitario, appare che, qualsiasi sia la scelta, ripercorrerne la motivazione secondo percorsi razionali dipenderebbe in ultima istanza dal giudice nazionale, che potrebbe limitarsi a una motivazione assertiva, segnando una battuta d'arresto nella tutela dei diritti. Tale motivazione, inoltre, potrebbe limitarsi a ricalcare i motivi politici alla base di talune scelte operate a livello nazionale, che però – oltre ad imporsi ai cittadini di quegli Stati senz'altra possibilità di replica – risulterebbero difficilmente giustificabili, in ottica europea, per i cittadini degli altri Stati. Una prospettiva, peraltro, da valutare anche alla luce del dato per cui le garanzie di terzietà e indipendenza dei giudici nazionali – in specie, dei giudici costituzionali – dipendono *in toto* dal diritto interno di ciascuno Stato.



gli spazi per un discorso razionale a fondamento della produzione giuridica.<sup>477</sup> Di qui l'incerto dispiegamento della tutela dei diritti, che vede ostruirsi i canali europei dal decisore tecnico, per definizione incontestabile, e che parimenti – ove ripiegasse verso la dimensione nazionale – dovrebbe dar conto di una strutturale, forse irreversibile torsione verso moduli statualistici che parevano archiviati.

## 5. Nuove rotte per la tutela dei diritti sul piano sovranazionale: Ledra e i suoi indefinibili approdi.

210

Ai tempi dello Stato assoluto, la concezione difensiva dei diritti individuali, per mezzo dei quali il sovrano si collocava ad *anima* del mondo elidendo nella sua carismatica figura ogni fondamento razionale del potere, si realizzava attraverso una presunzione che si è detta organicistica. In base ad essa, lo Stato, mercé le forme di organizzazione politica che gli sono proprie, agisce *per il bene dei suoi sudditi*, considerati nel loro *insieme*; mentre a tali sudditi, ove considerati singolarmente, dunque quali individui, non è dato apporre una *propria* valutazione del *loro stesso* bene che diverga da quella operata dallo Stato.

Contro una simile presunzione, nell'evoluzione dei rapporti fra potere e individuo, sono state battute strade molteplici, allo scopo di realizzare un'integrazione dei diritti *attraverso* lo Stato. Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, i diritti sono venuti a saldarsi ai meccanismi di funzionamento della rappresentanza politica, segno del diritto-dovere di autodeterminazione fondato sulla centralità della persona. Se ne è così assicurato lo sviluppo, almeno nel cielo dei concetti, all'interno di un modello statale autarchico, legittimato sulle categorie del discorso razionale, capace di realizzare la tutela dei diritti attraverso una separazione dei poteri fondata sul pluralismo istituzionale.

---

<sup>477</sup> Va infatti chiarito che l'indipendenza della BCE, fondata sulla presunzione di legittimazione tecnica che le si ascrive, non è in alcun modo fondata su dati pacifici, ma è piuttosto il risvolto giuridico di un dibattito economico assai lungo ed intenso. Su tale dibattito, che ha percorso negli ultimi decenni la storia dell'Occidente, cfr. ad es. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., in part. 49s., 69s.

Tale modello, tuttavia, da un lato non può tenere a freno la vocazione universalistica cui la centralità della persona inevitabilmente lo chiama; dall'altro non regge all'impatto con la crescente dimensione globale della produzione giuridica, il cui monopolio è sottratto, probabilmente per sempre, al controllo degli organi statali. Questo duplice assunto, ormai poco contestabile, convive col dato – di evidenza empirica altrettanto incontrovertibile – per cui gli Stati si prefiggono l'obiettivo politico di mantenere presso la loro disponibilità le leve ultime del potere legittimo, relegando le strutture sovranazionali dell'Unione a una posizione subalterna. A contraltare, per trattenere ad un livello regolativo sovranazionale quei settori che gli Stati hanno ritenuto di mettere in comune, ad una legittimazione politica europea claudicante – poiché geneticamente limitata dal primato statale – si sono affiancati altri criteri di legittimazione: quello tecnico, che domina l'intero ambito della politica monetaria e si esprime attraverso il Sistema Europeo di Banche Centrali, a capofila delle quali sta la BCE, ne è un esempio cardinale.

Il simultaneo interagire di criteri molteplici, assortiti in una disordinata combinazione, appare nel complesso sottrarre terreno al discorso razionale quale fondamento delle decisioni pubbliche; mettendosi a repentaglio, per questa via, la corrispondenza tra forme organizzative dei poteri e garanzia dei diritti. Se la BCE, nella sentenza *Gauweiler*, appare un decisore tecnico privo di robusta legittimazione, giacché teso a sbrogliare una matassa politicamente sensibile interpretando con spregiudicatezza i limiti del proprio mandato, il modello per cui si batte il BVG, benché esemplare sotto il profilo dogmatico, parimenti non soddisfa.

Appare allora che l'eterna vicenda fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti nei rapporti autorità-libertà affronti un tornante assai aspro. Lo spazio pubblico europeo, difatti, ha sin qui operato secondo uno schema *multilivello*, grazie al quale il cittadino europeo si vedeva riconosciute proprie posizioni giuridiche soggettive sia *nell'inerzia* del proprio Stato, sia *contro* di esso; senza che però a tale contrarietà si opponesse, da parte dello Stato medesimo, un vincolo teso a restaurare il proprio ruolo di decisore di ultima istanza. Tale scenario costituiva un prolungamento naturale, benché dogmaticamente insoddisfacente, del modello autarchico stato-centrico: trascinando la contesa fra potere e individuo oltre le barriere statali, apprestava un rimedio empirico

alla perdita del monopolio statale sulla produzione giuridica, e assecondava le tendenze universalistiche della rappresentanza senza mettere in discussione quella legittimazione originaria di cui gli Stati faticavano a privarsi. In tal modo, questo modello consentiva di procedere verso un'integrazione tra forme organizzative del potere e diritti individuali; e riusciva nell'intento, pur abbracciando una realtà sociale estremamente eterogenea, senza che la legittimità delle forme organizzative del potere statale ne fosse revocata in dubbio.

Che si trattasse di un quadro in fondo illusorio, è dimostrato dalle circostanze attuali, ove la complementarietà *virtuosa* fra nazionale e sovranazionale appare bruscamente interrotta.<sup>478</sup> Si è ora infatti, al contrario, in una fase in cui ad una tutela scarnificata a livello europeo, sovente orientata a vidimare l'operato di decisori *tecnici*, gli Stati rispondono riaffermando la propria centralità quali decisori di ultima istanza. Per conseguenza, dinanzi alla restrizione degli spazi per una tutela dei diritti su scala europea, il piano nazionale affila l'identità costituzionale quale strumento teso ad organizzarne la salvaguardia attraverso le proprie forme di organizzazione politica – vale a dire, secondo i *propri* meccanismi di separazione dei poteri, interni al diritto di ciascuno Stato.

Ciò nondimeno, tali meccanismi, sgretolati dalla perdita del monopolio statale sulla produzione giuridica, non appaiono punto in grado di assicurare la garanzia di tali diritti in via uniforme nello spazio pubblico europeo. Nella prospettiva del discorso razionale, infatti, la valorizzazione dell'identità costituzionale da parte del giudice di uno Stato per un verso rischia di appigliarsi ad argomenti che tale discorso rifiutano, per altro

---

<sup>478</sup> Segnala L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità*, cit., 16s., 30s., la decisione OMT avrebbe natura eccezionale rispetto ai postulati del pensiero economico ordoliberal, che ha ispirato e strutturato l'intera architettura economico-monetaria dell'Unione. In tal caso, non si tratterebbe un mero riappropriarsi del potere di decisione ultima da parte degli Stati a guisa di un mutamento meramente quantitativo nella diversificazione degli strumenti giuridici dell'Unione – come per le misure straordinarie di risposta alla crisi dei debiti sovrani, costruite secondo moduli esterni al quadro giuridico comunitario: B. de WITTE, *Euro-Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Constitutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *EU Const. Law Review*, 11-3, 2015, 434s., 448. Al contrario, la frattura della legalità verificatasi sarebbe il segno di un mutamento qualitativo, forse reversibile e non definitivo, nei rapporti fra potere e individuo nello spazio giuridico europeo; da un lato, un decisore sovranazionale che replica posizioni parziali ammantandole di una legittimazione tecnica, dall'altro Stati nazionali che rivendicano propri spazi di autonomia rivestendoli dell'identità costituzionale. Nell'uno e nell'altro caso, non può fare a meno di notarsi la recessività degli argomenti per un dibattito fondato sui presupposti del discorso razionale.

verso reca conseguenze sul nesso fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti in altri Stati. La tutela dei diritti verrebbe infatti aggrappandosi al funzionamento interno di ciascun ordinamento nazionale, e alla sua capacità di resistere alle perturbazioni provenienti dall'esterno – quindi anche da parte di altri Stati membri, nell'ambito di un'Unione sempre più disunita – mantenendo intatta la capacità di realizzare diritti *attraverso* di esso, e senza pregiudicare, in egual misura, quella degli altri Stati membri. Non occorre dire che, là dove tale capacità dovesse venire meno anche in un solo punto, sia pure per effetto di prevalenti interessi di Stati membri politicamente più robusti, si avrebbe un ripiegamento, asimmetrico per materia e per nazione, dei rapporti fra potere e individuo; riaffermandosi, per vie non nuove ma certo rinnovate, quella presunzione organicistica che la storia aveva consegnato allo Stato, e contro cui si è combattuto nei secoli in nome della centralità della persona.<sup>479</sup>

Ad un simile flusso, volto a configurare su piani nazionali irregolari il rapporto tra forme di organizzazione politica e tutela dei diritti fondamentali, la Corte di Giustizia ha di recente cercato di porre un argine, dalle potenzialità evidenti ma non ancora nitide, con una pronuncia in tema di responsabilità *extra-contrattuale* dell'Unione – e conseguente obbligo di risarcimento del danno – a fronte di un Protocollo d'intesa siglato dalla Repubblica di Cipro e dalle autorità di governo del MES il 26 aprile 2013, relativo a specifiche condizioni di politica economica a fronte della concessione degli aiuti alla stabilità della Repubblica cipriota.<sup>480</sup>

Con tale sentenza, si è posto il problema della compatibilità col diritto dell'Unione dei protocolli d'intesa stabiliti ai sensi del MES, demandandosi alla Corte di Giustizia il compito di verificare se dalla violazione dei diritti fondamentali, come garantiti dal diritto dell'Unione, potesse scaturire tale responsabilità. La Corte ha asserito in primo luogo che la Commissione, pur firmataria e promotrice, in uno alla BCE, dei negoziati con Cipro, non si considera parte di tale Protocollo, che impegna direttamente il solo

---

<sup>479</sup> Non sembra superfluo notare che i sostenitori della teoria *multilevel* abbiano reso una valutazione negativa, talora estremamente dura, della posizione assunta dal BVG in sede di rinvio pregiudiziale: cfr. F. C., MAYER, *Rebels without a cause?*, cit; lo stesso paragone cinematografico è adoperato (nello stesso volume del *German Law Journal*!) da M. KUMM, *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It*, *ibid.*, 203s.

<sup>480</sup> CGUE, C-8/15 (casi riuniti), 20 settembre 2016, *Ledra Advertising and Mallis*, ECLI:EU:C:2016:701.

MES.<sup>481</sup> Tuttavia, smentendo sul punto il giudice di prima istanza, ha altresì affermato che la Commissione non può esimersi, nella sua qualità di *guardiana* dei Trattati, dal vagliare la compatibilità fra lo strumento che si appresta a firmare e il diritto dell'Unione; emergendo, in caso di contrasto, profili di responsabilità *ex art.* 340 TFUE, suscettibili di obbligare al risarcimento del danno.<sup>482</sup>

Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto il potenziale contrasto fra l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – che tutela il diritto di proprietà – e la condotta delle istituzioni dell'Unione nel firmare il Protocollo d'intesa con Cipro.<sup>483</sup> Nel merito, tuttavia, ha ritenuto che tale contrasto non assumesse i toni di una violazione qualificata, tale da far sorgere profili di responsabilità della Commissione e da obbligarla ad un risarcimento; poiché le misure sancite col Protocollo "... non costituiscono un intervento sproporzionato e inammissibile che pregiudica la sostanza stessa del diritto di proprietà dei ricorrenti".<sup>484</sup>

Si noti tuttavia come, a dispetto di una conclusione negativa per i ricorrenti – cui è negato il diritto al risarcimento – le aperture della Corte sul terreno dei diritti appaiano significative, sia per quel che attiene al valore obbligatorio della Carta dei diritti per le istituzioni – anche fuori del quadro giuridico dell'Unione – sia per quel che comporta l'ammissione, in linea di principio, di un diritto al risarcimento per violazione di siffatti diritti.<sup>485</sup>

Sembra stagliarsi allora, attraverso le strade appena aperte dalla Corte, una possibilità di riscatto del livello sovranazionale sul terreno dei diritti, benché fievole e ancora asfittica nelle sue potenzialità applicative. Si ricondurrebbe così verso una faticosa

---

<sup>481</sup> *Ibid.*, par. 52-53.

<sup>482</sup> *Ibid.*, par. 58-60. La questione era stata lasciata aperta, da CGUE, C-370/12, 27 novembre 2012, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, par. 179, per cui le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione "si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Per contro, in base alla sentenza *Ledra*, la Commissione deve rifiutarsi di firmare un atto regolato dal MES se ritiene che violi il diritto dell'Unione, ivi compresa la Carta stessa. Cfr. A. HINAREJOS, *Bailouts, Borrowed Institutions, and Judicial Review: Ledra Advertising*, in *www.euanalysis.blogspot*, 25 settembre 2016 [v. 2 maggio 2017].

<sup>483</sup> *Ibid.*, par. 67 "... per quanto gli Stati membri non attuino il diritto dell'Unione nell'ambito del Trattato MES, cosicché la Carta non gli si applica in tale quadro ... la Carta si applica nondimeno alle istituzioni dell'Unione, compreso quando queste ultime agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione".

<sup>484</sup> *Ibid.*, par. 74.

<sup>485</sup> A riprova del fatto che tale pronuncia costituisca una "vittoria", sia pure prospettica, per i diritti di cui i ricorrenti si facevano latori, si noti la statuizione della Corte sulle spese, che restano divise fra le parti (*ibid.*, par. 78).

unità, sul piano della garanzia dei diritti, quel che lo sgretolarsi delle forme di organizzazione politica ha messo a rischio di frammentazione. Con questa sentenza, da Lussemburgo si annuncia uno schema ulteriore, per ora ancora quiescente, ma di grande forza suggestiva, per la ricostruzione dei rapporti tra forme organizzative del potere politico e tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo, che tiene insieme autonomia decisionale riconosciuta alle istituzioni e vincolo ai poteri conferiti. In forza di tale approccio, le istituzioni dell'Unione sarebbero chiamate a rispettarne i vincoli giuridici anche là dove operino al di là del quadro giuridico dell'Unione stessa; foss'anche, se necessario, schierandosi *contro* l'operato del (governo del)lo Stato *de quo*.

Quale direzione prenderanno gli avvenimenti, e quali soluzioni si disporranno per farvi fronte, è l'interrogativo con cui il presente lavoro non può che concludersi; senza cioè realmente concludersi, poiché l'orizzonte, ora cupo, ora sereno, appare ancora spalancato dritto all'asta di prua.

**Abstract:** Nello spazio pubblico europeo, il modello statale della produzione giuridica, legittimato dal discorso razionale e imperniato sul raccordo fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti, si sgretola in una *costellazione* di più istituzioni, cui i Trattati hanno riconosciuto autonomia decisionale in competizione con gli Stati medesimi. L'Unione europea, nei suoi eterogenei assetti di organizzazione costituzionale, traccia nuove vie sia per la separazione dei poteri – declinata nelle formule di equilibrio istituzionale descritte dalle basi giuridiche – sia per la garanzia dei diritti, che si articola in un sistema *multilivello*; l'una e l'altra, entro uno scenario che pone l'unità politica ad inafferrabile traguardo, e a un tempo elide nel *paradigma cooperativo* il problema giuridico della sovranità, cioè del decisore di ultima istanza. Qualche anno dopo, ripercorrere il caso OMT, esemplare nella sua complessità, mostra con icastica potenza le crepe che percorrono tale ricostruzione. Sotto il profilo della separazione dei poteri, infatti, denuncia l'insufficienza del piano euro-unitario – costretto ad affidarsi a un decisore tecnico in materie di altissima sensibilità politica – e di quello nazionale, cui non resta possibilità di replica. Sotto il profilo della garanzia dei diritti, vede le Corti statali affilare l'arma dell'identità costituzionale per sottrarsi a un'interpretazione spregiudicata dei limiti del conferimento da parte della Corte di Giustizia – nondimeno,

l'unica competente a tracciarli, secondo il diritto dell'Unione. Un simile scenario, oltre a pregiudicare l'integrazione politica, mette a repentaglio il primato della legittimazione razionale del potere, corollario della centralità della persona, nel cui nome si è combattuta in Occidente una battaglia culturale altissima, che costituisce il vero patrimonio comune dell'Europa. In un siffatto, preoccupante orizzonte, una recente giurisprudenza della Corte di Giustizia autorizza tuttavia a coltivare nuovi percorsi per riconsegnare a separazione dei poteri e garanzia dei diritti la tutela del discorso razionale a legittimazione dell'autorità.

**Abstract:** The State-based model for law-making, securing the tie between separation of powers and protection of rights, has turned into a *post-national constellation* of multiple bodies. Within the European public sphere, States have recognised institutional capacity to a number of such bodies, whose political autonomy curtails their own law-making monopoly. Separation of powers and protection of rights are pursued according to the variable formula of institutional balance enshrined in each legal basis and unfold within a multi-level framework. While denying unity as the political postulate, the Union follows a *cooperative paradigm* to avoid being confronted with the sovereignty dilemma, 'who decides in the last instance'. In the aftermath of the *OMT* case, the incongruencies of such a system seem to emerge in a clearer fashion. As for the separation of powers, the supranational level is prompted to endow a technical organ with the power to decide on highly politically sensitive matters, while national States are given little chance to reply. As for the protection of rights, national Courts make use of the constitutional identity as a tool to counter the broad reading of the conferral carried by the Court of Justice, i.e. the competent judge under Union law. Such situation endangers the integration process, and poses a consistent threat to a rational-based legitimation of the authority – yet the core cultural heritage of Europe, as a consequence of the self-determination principle rooted in the human dignity. However, a recent ruling by the Court of Justice appears to open new paths for the safeguard of the tie between the separation of powers and the protection of rights, perhaps enhancing rational discourse in the European public sphere.



**Parole chiave:** Unione europea - separazione dei poteri - garanzia dei diritti E.U.

**Key word:** separation of powers - the protection of rights

# SIMBOLI RELIGIOSI E LAICITÀ: UNA POSSIBILE COMPOSIZIONE? PERPLESSITÀ SU ALCUNE RECENTI PRONUNCE\*.

di Eilsabetta Palici di Suni\*\*

**Sommario.** . Libertà religiosa e laicità. – 2. La sentenza Achbita della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Confronto con alcune decisioni della Corte Europea dei Diritti Umani - 3. La recente sentenza della Corte di Cassazione: chiusura totale. - 4. Un diverso approccio: il caso Multani di fronte alla Corte Suprema canadese.

218

## 1. Libertà religiosa e laicità.

Con un libro pubblicato nel 1895<sup>486</sup>, Georg Jellinek sostiene che la celebre Declaration francese del 1789 deriva dalle costituzioni adottate dagli stati americani dopo la dichiarazione di indipendenza del 1776 molto più che dalle idee dell'illuminismo e in particolare dal Contratto sociale di Rousseau. Ciò che si pone alla base delle prime costituzioni americane e dei cataloghi dei diritti in esse contenute è la libertà religiosa. In molti casi i primi coloni inglesi erano infatti puritani o comunque persone perseguitate nella madre Patria per motivi religiosi. La libertà religiosa e di coscienza acquista perciò un ruolo fondamentale ed è riconosciuta con forza fin dai cosiddetti patti di piantagione del '600 e poi appunto nelle prime costituzioni americane, quali quelle della Virginia, del Maryland e del New Hampshire, approvate nel 1776 subito dopo la dichiarazione di indipendenza.

L'art. V della Costituzione del New Hampshire così stabiliva:

«Ogni individuo ha un diritto naturale ed inalienabile di venerare Dio, in accordo ai dettami della sua coscienza e ragione, e nessun individuo deve essere danneggiato, molestato o impedito nella sua personalità, libertà e proprietà per aver venerato Dio nella maniera e nel

---

\* Su invito della direzione.

\*\* Professore ordinario di Diritto pubblico comparato - Università di Torino.

<sup>486</sup> Il libro di Jellinek (*Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*) è disponibile in due versioni italiane: Georg Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, a cura di G. Bomgiovanni, Laterza, Bari, 2002; Id., a cura di D. Nocilla, Giuffrè, Milano, 2002.

momento più gradito ai dettami della sua coscienza, o nella sua professione religiosa, nei suoi sentimenti o persuasione; purché egli non disturbi la tranquillità pubblica e non disturbi altri nella loro pratica religiosa».

La libertà religiosa è dunque alla base della libertà di coscienza e di ogni libertà, e questo valeva in passato, ma mi sembra valga, e molto, anche oggi.

La libertà religiosa deve confrontarsi con il concetto di laicità.

A questo proposito Roberto Mazzola, in un recente convegno a Milano, ha insistito su una distinzione che mi sembra fondamentale: quella tra *Laïcité de combat* alla francese (antireligiosa) e laicità più inclusiva o tollerante<sup>487</sup>.

Io sono convinta che la laicità debba essere intesa in questo secondo senso, perché la rigidità alimenta il fanatismo e la violenza, mentre la tolleranza spinge al dialogo, al rispetto del pluralismo culturale e religioso e ad una convivenza pacifica, con vantaggi per tutti.

Sono quindi contraria a rigidi divieti di portare simboli religiosi, a soluzioni drastiche e sono invece favorevole a soluzioni più flessibili, che cerchino di volta in volta una composizione ragionevole dei diversi interessi.

## **2. La sentenza Achbita della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Confronto con alcune decisioni della Corte Europea dei Diritti Umani.**

Con la sentenza Achbita del 14 marzo 2017 (C-157/15), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che il datore di lavoro può vietare il velo alle dipendenti. Il caso riguardava una società con sede in Belgio che fornisce servizi di ricevimento e di accoglienza a privati nel settore pubblico e privato. La società aveva posto ai propri dipendenti il divieto di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose in forza di una regola non scritta, inserita il 29 maggio 2006 nel regolamento interno ed entrata in vigore il 13 giugno 2006. La sig.ra Achbita aveva comunicato ai propri superiori nell'aprile 2006 che intendeva indossare il velo, aveva ricevuto una risposta negativa ma aveva ribadito la sua intenzione il 12 maggio, dopo

---

<sup>487</sup> La relazione di R. Mazzola, Libertà religiosa, pluralismo e uso violento delle religioni, è in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno su "Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale", Milano Bicocca, 12-13 dicembre 2016.

un'assenza per malattia. Secondo la Corte di Giustizia il divieto di indossare un velo islamico, derivante da una norma interna di un'impresa privata, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

In questo modo la Corte di Giustizia segue un orientamento che mi sembra si possa qualificare da "laicità alla francese".

All'inizio della motivazione si fanno riferimenti agli artt. 10 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali e 9 della Convenzione Europea dei Diritti Umani sul diritto alla libertà di coscienza e religione, ma nel resto della sentenza la Corte di Giustizia si sofferma solo sul problema dell'esistenza o meno di una discriminazione diretta o indiretta

Secondo la Corte è legittima la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa; tale volontà rientra nella libertà d'impresa.

In questo modo mi sembra che il fine economico, di mercato prevalga sui diritti individuali, il riferimento alla libertà d'impresa sulla libertà di coscienza e di religione

La Corte richiama un caso deciso dalla Corte Europea dei Diritti Umani nel 2013, *Eweida e altri c. Regno Unito*, per dimostrare che la libertà d'impresa "consente, entro certi limiti, di apportare una restrizione alla libertà di religione".

Il caso *Eweida*<sup>3</sup> riguardava una hostess della British Airways che indossava al collo una collanina con una croce. Con la divisa precedente la croce era nascosta dal colletto, ma con il cambio di divisa, più scollata, era divenuta visibile. Ciò che la Corte di Giustizia non dice è che in questo caso la Corte Europea dei Diritti Umani era arrivata a conclusioni opposte rispetto alla decisione *Achbita*.

Nel caso *Eweida*<sup>488</sup> si sottolinea innanzi tutto che la libertà di religione è una libertà individuale di pensiero e di coscienza alla base di una società democratica e che quest'ultima debba tollerare e sostenere il pluralismo e le diversità. Applicando il criterio di proporzionalità la Corte EDU considera, da un lato, il desiderio della sig.ra Eweida di manifestare il suo credo religioso e, dall'altro, il desiderio dell'impresa di proiettare all'esterno una certa immagine. La Corte osserva che la croce indossata dalla sig.ra Eweida era un simbolo discreto e non c'è prova che simboli indossati in passato da altri dipendenti

---

<sup>488</sup> Cfr. E. Sorda, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *forumcostituzionale.it*, 14 novembre 2013.

abbiano avuto un impatto negativo sull'immagine della British Airways<sup>489</sup>. La Corte rileva dunque una violazione dell'art. 9 della

CEDU (libertà di coscienza e religione) e afferma che non è necessario esaminare il profilo della violazione dell'art. 14 (non discriminazione).

La Corte di Giustizia segue un percorso opposto: nega che ci sia discriminazione e non prende in considerazione il diritto alla libertà di coscienza e religione.

In questi anni la Corte Europea dei Diritti Umani ha adottato molte altre decisioni in materia di libertà religiosa e di simboli religiosi in particolare, arrivando a conclusioni anche diverse rispetto a quelle adottate nel caso Eweida.

Nel caso Dalhab v. Svizzera del 2001 la Corte EDU ha ritenuto che il divieto di portare il velo, imposto ad un'insegnante di scuola primaria, fosse giustificato dal principio di neutralità dell'insegnamento nelle scuole pubbliche. Nel caso Leyla Sahin v. Turchia del 2005, la Corte ha riconosciuto che vietare ad una studentessa di medicina di portare il velo all'università rientrasse entro il margine di apprezzamento dello Stato, secondo il criterio di proporzionalità, e non implicasse una violazione della Convenzione Europea dei Diritti Umani.

Nel 2014 la Corte Europea dei Diritti Umani, nel caso S.A.S v. Francia (43835/11), ha ritenuto che la legge francese dell'ottobre 2010, vietando l'occultamento del volto in luogo pubblico, non viola la CEDU, perché il velo integrale pone problemi di sicurezza, rispetto ai quali c'è un margine di apprezzamento da parte degli Stati. Secondo l'opinione dissenziente di due giudici (Nussberger e Jäderblom), però, si tratta di un motivo proporzionato solo in un contesto in presenza di una minaccia alla sicurezza pubblica, ma una proibizione così ampia non è necessaria in una società democratica.

---

<sup>489</sup> In motivazione si legge: «the Court has reached the conclusion in the present case that a fair balance was not struck. On one side of the scales was Ms Eweida's desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image. The Court considers that, while this aim was undoubtedly legitimate, the domestic courts accorded it too much weight. Ms Eweida's cross was discreet and cannot have detracted from her professional appearance. There was no evidence that the wearing of other, previously authorised, items of religious clothing, such as turbans and hijabs, by other employees, had any negative impact on British Airways' brand or image. Moreover, the fact that the company was able to amend the uniform code to allow for the visible wearing of religious symbolic jewellery demonstrates that the earlier prohibition was not of crucial importance. The Court therefore concludes that, in these circumstances where there is no evidence of any real encroachment on the interests of others, the domestic authorities failed sufficiently to protect the first applicant's right to manifest her religion, in breach of the positive obligation under Article 9».

A maggior ragione, nel caso Achbita deciso dalla Corte di Giustizia, sembra che una ditta possa restare ed apparire neutra dal punto di vista religioso anche se un suo dipendente indossa un velo islamico, così come altri potranno indossare un crocifisso o una medaglietta con l'immagine della Madonna o altro. La neutralità religiosa di una ditta non pare compromessa se i suoi dipendenti sono di orientamenti e religioni diverse.

Si tratta di un approccio più accomodante e tollerante, secondo me preferibile.

Purtroppo in Europa e anche in Italia sembra tuttavia prevalere un'impostazione più rigida e chiusa.

### **3. La recente sentenza della Corte di Cassazione: chiusura totale.**

Un esempio di approccio rigido è quello della recentissima decisione della Corte di Cassazione depositata il 15 maggio 2017. Un indiano Sikh era stato condannato ad una pena di duemila euro perché trovato dalla polizia locale in possesso di un coltello, portato alla cintola. L'indiano aveva obiettato che indossare un turbante e il pugnale (Kirpan) rientra nelle prescrizioni della sua religione. Va ricordato che secondo i Sikh ogni uomo deve portare il Kirpan e utilizzarlo solo se si trova nella necessità di difendere una persona più debole minacciata.

La Corte di Cassazione afferma "il principio per cui nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti a offendere".

La Cassazione cita a sostegno della sua decisione la Convenzione Europea dei Diritti Umani e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani. Cita anche la sentenza Eweida, ma la cita in modo errato!

Secondo la Cassazione, cito alla lettera, «nella causa Eweida e altri contro Regno Unito del 15 gennaio 2013, la Corte ha ritenuto la legittimità delle limitazioni alle abitudini di indossare visibilmente collane con croci cristiane durante il lavoro e ha suffragato l'opinione ricordando che, nello stesso ambiente lavorativo, dipendenti di religione Sikh avevano accettato la disposizione di non indossare turbanti o Kirpan (in questo modo dimostrando che l'obbligo religioso non è assoluto e può subire legittime restrizioni)».

Come si è visto, però, la Corte EDU afferma, al contrario, che applicando il principio di proporzionalità si deve riconoscere il diritto della sig.ra Eweida di indossare la croce nel

suo lavoro di hostess alla British Airways.

Ma c'è un secondo errore clamoroso: nel caso Eweida la Corte Europea ricorda che la British Airways aveva ammesso la possibilità di indossare i turbanti e i braccialetti d'argento dei Sikh, così come l'hijab delle musulmane, in deroga al codice di vestiario, che pure non ammetteva alcun simbolo religioso: non è l'obbligo religioso a non essere assoluto, ma il codice di vestiario!

Si tratta di errori molto grossolani e mi chiedo come siano possibili in una sentenza pronunciata dalla nostra Corte Suprema. Possibile che non siano in grado di leggere e capire una sentenza scritta in inglese e francese?

A parte problemi di comprensione linguistica, è comunque l'impostazione rigida che mi sembra da respingere<sup>490</sup>. Un indiano Sikh che cammina indossando il costume tradizionale con turbante e pugnale alla cintola non costituisce, a mio avviso, un problema per la sicurezza pubblica, non attenta alla sicurezza. Non più di una signora che abbia appena comprato un coltello per tagliare il pane o l'arrosto, o di un pensionato che abbia comprato un'accetta per tagliare la legna e la stia portando a casa.

#### 4. Il caso Multani di fronte alla Corte Suprema canadese.

Un orientamento opposto a quello seguito dalla nostra Corte di Cassazione si trova in un caso famoso, il caso Multani, risolto dalla Corte Suprema del Canada nel 2006<sup>491</sup>. La questione riguardava uno studente Sikh che per la sua fede era tenuto ad indossare anche a scuola un pugnale (il Kirpan). La Corte accoglie il ricorso del ragazzo e ritiene illegittimo il divieto assoluto di indossare il Kirpan a scuola (limitazioni proposte dal Consiglio scolastico erano state accettate dal ragazzo, ma in un secondo tempo i commissari della scuola avevano rifiutato l'intesa e vietato il Kirpan in assoluto). Rispetto alle esigenze di sicurezza nella scuola si sottolinea che lo studente non ha mai avuto problemi di comportamento a scuola, né ha mai avuto atteggiamenti violenti. La religione Sikh predica

---

<sup>490</sup> In senso opposto, per un commento favorevole alla sentenza, v. M. Mantello, Niente pugnale sacro in pubblico. La giusta sentenza della Cassazione, in *MicroMega*, 3/2017.

<sup>491</sup> R.W. Bauman, *Multiculturalism and religion in Canada: the Kirpan Case*, in D. Amirante e V. Pepe (cur.), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Giappichelli, Torino, 2011.



il pacifismo. In 100 anni da quando i Sikh frequentano le scuole in Canada non ci sono mai stati episodi di violenza legati alla presenza del Kirpan nelle scuole. Tutto ciò induce a ritenere sproporzionato un divieto assoluto di indossare il Kirpan a scuola. Un valore molto importante della società canadese è la tolleranza religiosa. Anche a livello educativo occorre promuovere il multiculturalismo, la diversità e il rispetto dei diritti degli altri.

Una impostazione dunque opposta rispetto a quella della nostra Corte di Cassazione.

Io credo che un orientamento più tollerante e rispettoso del pluralismo e della libertà religiosa sia da preferire, perché favorisce un clima più disteso e stempera atteggiamenti di fanatismo e di violenza, che sono invece alimentati proprio da chiusure e rigide contrapposizioni.

**CORTE GIUST. SENT. ULLENS DE SCHOOTEN DEL 15  
NOVEMBRE 2016: LA RESPONSABILITÀ  
EXTRACONTRATTUALE DELLO STATO PER LA VIOLAZIONE  
DEL DIRITTO UE TRA GIUDIZIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA  
DELL'UNIONE EUROPEA E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI  
DELL'UOMO\*.**

di Ilaria Rivera\*\*

225

1. La pronuncia in commento pone in evidenza la problematica relativa all'insorgenza della responsabilità extracontrattuale dello Stato belga per la lesione dei diritti dei cittadini dovuta alla normativa nazionale e alle pronunce emesse dai giudici interni, tali da comportare la violazione del diritto dell'Unione europea.

La disciplina nazionale che dà origine al caso è l'art. 3, par. 1, r.d. 30 dicembre 1983, n. 143, che prevede le qualifiche professionali richieste ai soggetti chiamati a gestire i laboratori di biologia clinica per ottenere l'apposita autorizzazione dal Ministero della Salute e per beneficiare dell'intervento dell'Istituto nazionale di assicurazione malattia-invalidità INAMI. Prima di esaminare nel dettaglio i passaggi procedurali che hanno portato al rinvio dinnanzi al giudice europeo, è utile rammentare che con la sentenza 9 luglio del 1987, Commissione/Belgio, la Corte europea di giustizia ha affermato che ogni Stato, purché rispetti la parità di trattamento, è libero, in mancanza di normativa comunitaria in materia, di disciplinare nel proprio territorio l'attività dei laboratori di biologia clinica. Ha precisato, inoltre, che la legge belga richiamata non vietava a medici o farmacisti cittadini di altri Stati membri di stabilirsi in Belgio e di gestire un laboratorio di analisi cliniche, applicandosi, quindi, in maniera indistinta ai cittadini belgi e a quelli degli altri Stati membri.

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Assegnista di ricerca in Juridical Sciences – LUISS “Guido Carli”.

Venendo al merito, la questione pregiudiziale deriva dal ricorso proposto dal sig. Ullens de Schooten, che veniva sottoposto a processo penale per aver dissimulato illegalmente la gestione di un laboratorio di analisi mediche, fattispecie vietata ai sensi del suddetto articolo 3 del r.d. n. 143/1983, e veniva condannato alla pena della reclusione e al pagamento di un'ammenda.

A seguito dell'impugnazione ain sede d'appello – con la quale il ricorrente si doleva del fatto che la disciplina interna non trovasse applicazione ai fatti commessi perché entrata in vigore successivamente - la Cour d'appel de Bruxelles annullava la sentenza di primo grado, escludendo che la sentenza facesse «in alcun modo riferimento» ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della normativa nazionale.

Una volta accertato che i fatti di causa fossero stati commessi dopo l'entrata in vigore della citata disposizione, la Cour d'appel de Bruxelles respingeva anche la censura dedotta dal sig. Ullens de Schooten vertente sulla non conformità della normativa interna al diritto dell'Unione europea (in particolare, artt. 43, 49 e 56 CE), rifiutando di proporre rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

Parimenti, la mancata conformità della norma con il diritto UE veniva esclusa anche dalla Cour d'appel de Mons – interpellata dopo il rinvio da parte della Cour de cassation, dinnanzi alla quale era giunta la controversia.

Nel frattempo, la Commissione di biologia clinica disponeva la sospensione dell'autorizzazione al laboratorio BIORIM di gestire l'attività di analisi mediche per un periodo di dodici mesi, prorogato poi per altri dodici mesi.

Chiamato a pronunciarsi sul provvedimento amministrativo, il Conseil d'Etat belga aveva proposto rinvio al Consiglio costituzionale belga circa la conformità del suddetto art. 3 (nella formulazione antecedente alla modifica medio tempore intervenuta) con la Costituzione.

Questi, dopo averne escluso l'incompatibilità, giungeva alla constatazione che i rapporti giuridici del laboratorio BIORIM «si colloca[va]no interamente nell'ambito interno di uno

Stato membro» e che quindi il laboratorio non poteva avvalersi degli articoli 43<sup>492</sup>, 49<sup>493</sup> e 56<sup>494</sup> CE (ora, 49, 53 e 56 TFUE).

Parallelamente, il sig. Ullens de Schooten aveva proposto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo facendo valere la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU ("diritto ad un equo processo"), esclusa però dal giudice di Strasburgo.

A seguito della decisione del giudice costituzionale belga, il ricorrente aveva adito il Tribunale di primo grado «...per essere tutelato, in primo luogo, da ogni conseguenza finanziaria della condanna pronunciata a suo carico dalla sentenza della Cour d'appel de Mons (Corte d'appello di Mons) del 23 novembre 2005, in secondo luogo, da ogni conseguenza di eventuali condanne pronunciate a suo carico su richiesta del laboratorio BIORIM o del suo precedente gestore e, in terzo luogo, da ogni conseguenza di una condanna pronunciata a suo carico nell'ambito delle controversie fiscali», chiedendo, peraltro, al giudice di proporre rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE circa l'applicazione del diritto dell'Unione europea al caso di specie.

Proposto appello dal sig. Ullens de Schooten avverso la decisione di rigetto del giudice di prime cure, la Cour d'appel de Bruxelles aveva sottoposto alla Corte di giustizia questione interpretativa in via pregiudiziale, sostanzialmente volta ad ottenere una pronuncia che chiarisse se «gli articoli 43 CE, 49 CE e 56 CE e la nozione di "situazione puramente interna", che può limitare l'invocazione di dette disposizioni da parte di un singolo nell'ambito di una controversia dinanzi a un giudice nazionale, debbano essere interpretati nel senso che ostano all'applicazione del diritto europeo in una controversia tra un cittadino belga e lo Stato belga diretta al risarcimento dei danni causati dalla prospettata violazione del diritto dell'Unione».

---

<sup>492</sup> Art. 43, par. 1, CE: «Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro».

<sup>493</sup> Art. 49, par. 1, CE: «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

<sup>494</sup> Art. 56, parr. 1 e 2, CE: «Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi».

2. Per inquadrare e definire le fitte trame che compongono la vicenda all'attenzione del giudice europeo, si chiarisce preliminarmente che ciò che costituisce il nucleo del quesito interpretativo sottoposto alla Corte è se gli articoli 43, 49 e 56 CE (ora, 49, 56 e 63 TFUE) siano applicabili ad una situazione “puramente interna”<sup>495</sup>, come quella di specie.

Nel tessuto argomentativo della pronuncia assume importanza la posizione del governo belga, il quale lamenta l'incompetenza dei giudici di Lussemburgo in ragione del fatto che la questione presenta un carattere puramente interno e che non ha, quindi, una portata “transfontaliera”<sup>496</sup>, tale da escludere una violazione del diritto dell'Unione europea<sup>497</sup>.

Infatti, nell'esame della fattispecie concreta, emerge che la doglianza del soggetto interessato riguarda esclusivamente l'ambito dello Stato membro, senza inverare una violazione dei parametri europei.

Ad ogni modo, la Corte di Lussemburgo chiarisce che non sono mancati casi<sup>498</sup> in cui sono

<sup>495</sup> Ad ogni modo, F. Lajolo Di Cossano, *Un altro caso di discriminazione a rovescio?*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2009, 469, sottolinea che nella giurisprudenza europea la Corte di giustizia ha progressivamente incluso nel campo di applicazione del diritto europeo anche fattispecie con un rilievo comunitario solo potenziale.

<sup>496</sup> In letteratura, cfr. B. Nascimbene, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Dir.Un.eur.*, 2007, 717 ss.; A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe*, in *Leg.Iss.Ec.Int.*, 2009, 43 ss.

<sup>497</sup> In senso contrario, F. Micheli, *Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europea*, in *Osservatorio AIC*, 2017, 23, sottolinea che «... alcune pronunce in tema di cittadinanza europea mostrano invece come il diritto dell'Unione sia in grado, in circostanze eccezionali, di raggiungere ...» anche situazioni puramente interne.

<sup>498</sup> Interessanti sono, al riguardo, le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl nella causa Davide Gullotta e Farmacia di Gullotta Davide (C-497/12) del 12 marzo 2015, il quale evidenzia che «... numerose pronunce della Corte sembrano indicare un maggiore rigore nella valutazione da parte di quest'ultima della sua competenza ai sensi dell'articolo 267 TFUE quando, benché la controversia sia puramente interna, un giudice nazionale chiede che vengano interpretate le disposizioni del Trattato in materia di libertà fondamentali» (p.to 37) e che «... La Corte ha seguito un approccio simile in altri casi, non vertenti sulle libertà fondamentali, ma che, per mancanza di un qualsiasi collegamento con il diritto dell'UE, sono stati considerati meramente interni allo Stato membro interessato» (p.to 41). D'altra parte, la Corte di giustizia dell'Unione europea, nella sentenza *Crono Service scrl. e a. (cause riunite C.419/12 e C.420/12)* del 13 febbraio 2014, chiarisce che «Riguardo, più in particolare, all'articolo 49 TFUE, risulta dalla giurisprudenza della Corte che tale disposizione non può essere applicata ad attività le quali non presentino nessun elemento di collegamento con una qualsivoglia situazione prevista dal diritto dell'Unione ed i cui elementi rilevanti rimangano confinati, nel loro insieme, all'interno di un unico Stato membro (v. in tal senso, in particolare, sentenze dell'8 dicembre 1987, *Gauchard*, 20/87, Racc. pag. 4879, punto 12; del 20 aprile 1988, *Bekaert*, 204/87, Racc. pag. 2029, punto 12; del 1° aprile 2008, *Governo della Comunità francese e Governo vallone*, C.212/06, Racc. pag. I.1683, punto 33, nonché del 21 giugno 2012, *Susisalo e a.*, C.84/11, punto 18 e la giurisprudenza ivi citata)» (p.to 36); tuttavia «... come risulta dalla giurisprudenza susseguente alla citata sentenza *Guimont*, una risposta a questioni vertenti sulle libertà fondamentali del diritto dell'Unione potrebbe essere comunque utile al giudice del rinvio anche in una situazione puramente interna, segnatamente nell'ipotesi in cui il diritto nazionale gli imponesse di riconoscere ad un cittadino nazionale gli stessi diritti di cui, nella stessa situazione, il cittadino di un altro Stato membro beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenze del 1° luglio 2010, *Sbarigia*, C.393/08, Racc. pag. I.6333, punto 23, nonché *Susisalo e a.*, cit., punto 20 e la giurisprudenza ivi citata)» (p.to 38).

state dichiarate ricevibili questioni aventi ad oggetto controversie circoscritte all'ambito puramente interno<sup>499</sup> (orientamento inaugurato con Corte cost. sent, 5 dicembre 2000, Guimont<sup>500</sup>, e, più di recente, ribadito con la sentenza 1 giugno 2010, Blanco Pérez), giungendo alla conclusione che, nel caso in questione, «non poteva escludersi che i cittadini stabiliti in altri Stati membri fossero stati o fossero interessati ad avvalersi di siffatte libertà per esercitare attività sul territorio dello Stato membro che ha emanato la normativa nazionale in discussione (...)» (p.to 50).

Pertanto, la Corte sottolinea che «ai singoli lesi è attribuito un diritto al risarcimento, a titolo di siffatta responsabilità, in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire loro diritti, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e che esista un nesso causale diretto tra detta violazione e il danno subito dai soggetti lesi (v., in tal senso, sentenze del 19 novembre 1991, Francovich e a., C 6/90 e C 9/90, EU:C:1991:428, punto 35, e del 5 marzo 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame, C 46/93 e C 48/93, EU:C:1996:79, punti 31 e 51)» (p.to 41).

Alla luce di queste riflessioni la Corte riconduce la possibile configurabilità della responsabilità extracontrattuale dello Stato membro<sup>501</sup> nell'ambito della propria

<sup>499</sup> Sul punto, si vedano, nel ricco dibattito dottrinario, E. Minozzi, *Norme nazionali di rinvio al diritto comunitario per la disciplina di situazioni puramente interne e competenza della Corte di giustizia*, in *Dir.prat.trib.*, 1998, 1091 ss.; E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie discriminazioni «a rovescio»*, in *Dir.Un.eur.*, 1996, 351 ss.; I. Zoppi, *Le discriminazioni a rovescio*, in *Dir.comm.scam.inter.*, 2006, 795 ss.; A. Arena, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: il caso Sbarigia*, in *Dir.Un.eur.*, 2011, 201 ss., in particolare par. 206, laddove analizza la differenza tra “assenza di transnazionalità materiale” e “assenza di transnazionalità normativa”. Sottolinea, inoltre, l'A. che, sebbene il caso di specie non presenti una portata transnazionale, “... una risposta ai quesiti formulati dal giudice remittente potrebbe risultare utile qualora il diritto nazionale gli imponga di riconoscere ad un cittadino italiano gli stessi diritti di cui godrebbe un cittadino di un altro Stato membro, in base al diritto dell'Unione, nella medesima situazione” (p. 204). Per un'analisi della giurisprudenza europea sull'evoluzione del concetto di “situazione puramente interna” e della sua eventuale individuazione in relazione alle libertà stabilite dai Trattati europei, si veda S. Pelleriti, *Situazioni puramente interne e certezza del diritto*, in *Dir.comm.int.*, 139 ss.

<sup>500</sup> «... In linea di principio, spetta unicamente ai giudici nazionali valutare, tenuto conto della peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale per essere posti in grado di statuire nel merito, sia la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte. Il rigetto da parte di quest'ultima di una domanda presentata da un giudice nazionale è possibile solo laddove appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario chiesta dal detto giudice non ha alcuna relazione con l'effettività o l'oggetto della controversia nella causa principale (v. sentenza 6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, Racc. pag. I-4139, punto 18)» (p.to 22).

<sup>501</sup> Per una riflessione sulla questione della possibile insorgenza della responsabilità extracontrattuale statale con riguardo all'ordinamento europeo, si veda, di recente, J.H. Hucló, *La responsabilité des Etats membres du fait des violations du droit communautaire comises par les juridictions nationales: un autre regard*, in *Gazet du Palais*, 1/2004, 34-44; F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008; Id., *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Dir.Un.eur.*, 1/2007, 55 ss.; R. Bifulco, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Dig.disc.pubbl.*, Torino, 2010.

competenza.

Superando, a questo punto, l'apparente preclusione a pronunciarsi nel merito, la Corte europea aggiunge che spetta al giudice del rinvio indicare se la situazione, pur presentando una portata squisitamente interna, presenti un collegamento con le disposizioni del diritto dell'Unione che si ritengono lese, tale da rendere «l'interpretazione in via pregiudiziale richiesta necessaria alla soluzione di tale controversia» (p.to 55). La conseguenza pratica di una tale interpretazione è che nella normativa nazionale, allorché gli elementi sono tutti collocati all'interno dello Stato membro, non sono in alcun modo ravvisabili legami diretti ed immediati tra l'oggetto o le circostanze della controversia e il diritto europeo<sup>502</sup>.

La pronuncia esclude la sussistenza della responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto UE – che è ravvisabile nel caso in cui questo attribuisce ai singoli diritti direttamente azionabili, sempre che vi sia un nesso di causalità tra l'azione statale e la lesione dei diritti – nella circostanza in cui gli elementi identificativi della vicenda si strutturino nel perimetro statale, non coinvolgendo cittadini di altri Stati<sup>503</sup> o predisponendo normative discriminatorie rispetto a questi ultimi.

<sup>502</sup> Cfr. F. Montanaro, *Impacto Azul*: la Corte afferma la compatibilità della normativa portoghese in materia di gruppi di società con l'articolo 49 TFUE, in *Dir.comm.int.*, 2013, 1134, chiarisce che «la differenza fra una situazione puramente interna ed una avente una dimensione intracomunitaria risiede essenzialmente nella presenza di un elemento c.d. transfrontaliero, ossia un elemento che renda rilevante una certa fattispecie ai fini dell'esercizio di una delle libertà fondamentali e, di conseguenza, ai fini della costruzione del mercato interno».

<sup>503</sup> Ad ogni modo, è possibile osservare che proprio il perseguimento di un orientamento restrittivo sulla portata del concetto di “situazione puramente interna” potrebbe determinare un vuoto irrinunciabile nel sindacato della Corte di Lussemburgo, rischiando di consentire “discriminazioni a rovescio”, laddove la circoscrizione nell'ambito nazionale della fattispecie non permettere l'applicazione delle disposizioni europee più favorevoli rispetto a quelle di altri Stati (ad es. in materia di tutela dei diritti fondamentali). Per contrastare tali possibili condizioni discriminatorie – osserva A. Arena, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: il caso Sbarigia*, cit., 210 – gli Stati potrebbero ricorrere a due modalità, ossia l'estensione per legge alle fattispecie puramente interne del regime cui sono soggette le situazioni con carattere transnazionale o l'equiparazione in via giudiziale delle diverse fattispecie in ragione dell'applicazione del principio di uguaglianza.



Come anticipato, seppur con orientamenti oscillatori<sup>504</sup>, che hanno portato talvolta<sup>505</sup> a ricomprendere nell'alveo del diritto dell'Unione situazioni che hanno una connessione solo potenziale con l'ambito europeo, la Corte mantiene la linea di sviluppo secondo la quale sarebbe "l'interesse transfrontaliero" a comportare l'attrazione della fattispecie nel proprio giudizio.

Il ragionamento della Corte si muove nella prospettiva di individuare le interazioni tra la normativa interna e quella europea, in considerazione dell'esigenza di assicurare la prevalenza del diritto UE. Non può sottacersi che l'allargamento della competenza della Corte di giustizia anche a situazioni che non presentino elementi di transnazionalità deriva dalla volontà della Corte europea di mantenere un dialogo aperto con i giudici di rinvio<sup>506</sup>, al fine di consentire l'applicazione e, prima ancora, la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali.

In quest'ottica, potrebbe ragionevolmente osservarsi che la nozione di "situazione puramente interna" pare essere un elemento duttile di giudizio cui la Corte europea fa ricorso per conoscere o meno situazioni che possano pregiudicare l'applicazione del diritto europeo e, in questo modo, che potrebbero creare effetti discriminatori nel trattamento tra cittadini europei.

Una volta incardinata la vicenda nel giudicato europeo, ad ogni modo, la Corte di

---

<sup>504</sup> Come evidenzia A. Arena, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: il caso Sbarigia*, cit., 210, la giurisprudenza della Corte di giustizia non sembra essere perfettamente coerente negli approdi ermeneutici. Infatti, sarebbe possibile rinvenire due possibili orientamenti, rispettivamente uno "tradizionale" e l'altro "espansivo" circa la competenza della Corte di Lussemburgo a conoscere di situazioni puramente interne. In particolare, esemplificativo dell'approccio restrittivo che adotta la Corte è il caso Saunders (C-175/78) del 28 marzo 1979 della Corte di giustizia; al contrario, si inserisce nel tracciato dell'orientamento espansivo la sentenza Dassonville (C-8/74) del 11 luglio 1974. L'A., peraltro, al fine di delimitare la competenza del giudice europeo sulle controversie che difettino di elementi di transnazionalità, richiama il "test della fattispecie transfrontaliera analoga", concludendo nel senso che sussiste la cognizione del giudice europeo a condizione che le norme europee invocate trovino applicazione in una fattispecie transfrontaliera analoga a quella oggetto della questione principale sottoposta.

<sup>505</sup> In senso analogo, cfr. D. Diverio, *La Corte di giustizia ancora alla prova delle situazioni puramente interne: gli articoli 43 e 49 del Trattato CE sono applicabili agli appalti pubblici di servizi non prioritari*, in *Dir.pubbl.comp.eur.*, 2008, 435, che ricostruisce la nascita della questione della Corte di giustizia a sindacare le situazioni puramente interne, che è sorta inizialmente in riferimento alla libera circolazione delle merci per addivenire anche alla libertà di circolazione di servizi. Peraltro, l'A. sottolinea che, se si escludono talune eccezioni, «la Corte non ha mai veramente assunto una chiara posizione di merito circa la rilevanza comunitaria di tali particolari situazioni ...». Sul punto, A. Arena, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: la sentenza Sbarigia*, cit., 213, chiarisce che proprio la materia del ricongiungimento familiare risulta strumentale per l'attrazione della questione nella competenza del giudice europeo pur in presenza di "... elementi di transnazionalità materiale molto tenui o artificiosi".

<sup>506</sup> Cfr., A. Arena, cit., 217.

Lussemburgo giunge – come anticipato – ad escludere la sussistenza in capo allo Stato belga di una responsabilità di tipo extracontrattuale per violazione del diritto europeo, non influenzando quest'ultimo sulla definizione della fattispecie.

3. Così delineata la questione nel panorama europeo, sia consentito brevemente un cenno al percorso giurisdizionale che ha portato alla pronuncia della Corte di giustizia e che rileva nelle maglie relazionali tra le Corti sovranazionali, nel quale si è inserito in via incidentale anche il sindacato della Corte di Strasburgo (Corte EDU, sent. Ullens de Schooten, del 20 settembre 2011). Quest'ultima, adita dal ricorrente per asserita violazione dell'art. 6 CEDU ("diritto ad equo processo") per mancato rinvio pregiudiziale da parte della Cour de Cassation, in prima battuta, e a seguire del Conseil d'Etat, ha negato la violazione del diritto convenzionale, argomentando nel senso di ritenere che il mancato rinvio fosse stato adeguatamente motivato dai giudici interni.

Nella delineata prospettiva globale, è possibile notare che la fattispecie concreta sembra determinare un allineamento tra le due Corti sovranazionali, le quali addivengono ad escludere una qualche rilevanza in sede europea.

Da una parte, la Corte EDU ha dichiarato la non violazione del diritto CEDU per mancato rinvio pregiudiziale da parte della Corte di cassazione in quanto «it found that the question whether the principle of the primacy of Community law should prevail over that of the authority of res judicata had already been settled by the Court of Justice» (par. 64); analogamente, ha escluso la violazione dell'art. 6 CEDU con riguardo al Consiglio di Stato, sulla base della considerazione che «there was no reasonable doubt as to the inapplicability of Article 86 of the Treaty to the laboratories referred to in Article 3 of Royal Decree no. 143, and that an answer by the Court of Justice as to the interpretation of the other above-mentioned provisions of the Treaty "could not affect the outcome of the present dispute"» (par. 65).

Dall'altra, come ampiamente evidenziato, la Corte di giustizia è giunta a ritenere che la questione interpretativa sollevata non attenga al diritto dell'Unione europea, rientrando interamente nell'ambito nazionale e non comportando un trattamento differenziato tra cittadini belgi e cittadini provenienti da altri Stati UE.

In sostanza, le due Corti sembrano arrivare, seppur con approdi argomentativi diversi

(senz'altro dovuti ai diversi parametri normativi invocati), ad una conclusione simile, ossia che il rinvio pregiudiziale non sarebbe sostenuto da ragioni sufficienti per delineare una potenziale violazione delle disposizioni europee, nell'un caso (Corte di Strasburgo) giustificando l'operato dei giudici interni e, nell'altro (Corte di giustizia) respingendo l'ipotesi della lesione del diritto UE per la connotazione concreta del caso.

In conclusione, sembra ragionevole in qualche modo affermare che quella che, in linea di principio, avrebbe potuto dar luogo ad una situazione conflittuale nei rapporti dialogici tra giudici sovranazionali, sembra risolversi in una decisione composita e, in qualche modo, condivisa.

**Abstract:** Il presente contributo mira a mettere in evidenza come il sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea non trovi applicazione nell'ipotesi in cui la questione pregiudiziale sollevata abbia ad oggetto una situazione puramente interna, tale da escludere la responsabilità extracontrattuale dello Stato membro per la violazione delle disposizioni europee. Inoltre, la pronuncia è significativa perché si inserisce nel dialogo tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, che sembrano convergere sugli stessi principi di diritto.

**Abstract:** The paper aims to clarify how the European Court of Justice doesn't judge on the cases that are related to an internal situation, and consequently without the non-contractual liability of the Member State for the violation of European law. However, this pronouncement is significant because it is part of the dialogue between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, that seems to converge to the same juridical principles.

**Parole chiave:** Situazione puramente interna – responsabilità extracontrattuale dello Stato membro per danni causati all'individuo per violazione del diritto europeo.

**Key words:** Situation confined in single Member State — Non-contractual liability of a Member State for damage caused to individuals by breaches of EU law.

## LA MATERNITÀ SURROGATA TRA COPPIE SAME-SEX E COPPIE ETERO. UN ESAME DELLA GIURISPRUDENZA (ULTIMA) INTERNA E DELLA CORTE EDU\*

di Luigi Ferraro\*\*

**Sommario:** 1. La più recente giurisprudenza interna tra divieto di maternità surrogata e interesse del minore, con particolare riguardo alle coppie dello stesso sesso. – 2. La Corte EDU e le novità della *Grande Chambre* sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia (24 gennaio 2017). – 3. Alcuni degli aspetti problematici: il divieto di maternità surrogata e il principio dell'ordine pubblico. – 4. ... (segue) Il tema della *stepchild adoption* e l'interesse superiore del minore nelle coppie *same-sex*. – 5. La *stepchild adoption* e la GPA: un legislatore che decide...di non decidere.

234

### 1. La più recente giurisprudenza interna tra divieto di maternità surrogata e interesse del minore, con particolare riguardo alle coppie dello stesso sesso.

La decisione ultima della Corte di Appello di Trento del 23 febbraio 2017, con cui per la prima volta viene riconosciuta direttamente la genitorialità di padre ad uno dei membri di una coppia *same-sex* in concorso con il padre biologico, rappresenta un nuovo tentativo della giurisprudenza teso ad individuare rinnovati punti di equilibrio tra il divieto di maternità surrogata e l'interesse del minore. Esiste un recente indirizzo giurisprudenziale – di merito, di legittimità e della Corte EDU, di cui si proverà a dare conto, seppure brevemente, in questo contributo – che affronta i tentativi, tanto delle coppie *same-sex* quanto di quelle etero, di eludere il divieto di maternità surrogata recandosi negli Stati in cui questa pratica di procreazione assistita è permessa dall'ordinamento. Ciò è conseguenza della nota sanzione penale prevista in Italia dalla legge 40, del 19 febbraio 2004, art. 12, 6° co., per cui «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza [...] la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Ricercatore di Diritto pubblico comparato – Università della Campania “Luigi Vanvitelli”.

Come si accennava, l'ordinanza della Corte di Appello di Trento acconsente la trascrizione di un provvedimento giudiziale straniero in cui si riconosce il legame genitoriale tra due minori gemelli e il padre non genetico, partner del loro padre biologico<sup>507</sup>. Per la prima volta è ammessa subito, senza ricorrere all'istituto dell'adozione, la genitorialità al padre sociale, affettivamente legato al padre biologico, dopo essere stata esperita all'estero una maternità surrogata o gestazione per altri (da ora in poi anche GPA) nel rispetto dell'ordinamento del luogo.

Tra gli aspetti problematici affrontati nella decisione quello relativo all'ordine pubblico è risolto accogliendo l'indirizzo ultimo della Corte di cassazione (sent. n. 19599/2016), secondo cui la nozione di ordine pubblico si sostanzia nei principi supremi della nostra Costituzione, sicché il giudice non potrà considerare violato quel principio nell'ipotesi di mero contrasto tra la norma straniera e la legislazione nazionale vigente, dal momento che quest'ultima rappresenta la sola discrezionalità del legislatore ordinario in una specifica contingenza storica. Ne consegue che il divieto di GPA posto dalla legge 40/2004 – peraltro non contestato dalla Consulta nella pronuncia sulla fecondazione eterologa<sup>508</sup> – non è sufficiente per negare gli effetti al suddetto provvedimento giudiziale straniero, poiché tale disciplina interna è da considerarsi «non già espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati, ma piuttosto come il punto di equilibrio attualmente raggiunto a livello legislativo» sulla materia (Corte App. Trento)<sup>509</sup>.

Richiamandosi a quanto affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 162/2014)<sup>510</sup>, la stessa Autorità Giudiziaria trentina sancisce la legittimità del progetto familiare sottoposto alla sua attenzione, in quanto si deve «escludere che nel nostro ordinamento vi sia un modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il

---

<sup>507</sup> La suddetta ordinanza è rinvenibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/02/Ordinanza.pdf>, con un primo commento a cura di A. SCHILLACI, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, 28 febbraio 2017.

<sup>508</sup> Il richiamo è alla nota sent. n. 162/2014, in particolare al punto 9 del *Considerato in diritto*, che sarà ripreso più avanti nel corso del contributo.

<sup>509</sup> Corte App. Trento, ordinanza, 16.

<sup>510</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 6 del *Considerato in diritto*, laddove si afferma «che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli [...]. Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori [...] rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa». Sul punto v. A. SCHILLACI, *ult. op. cit.*

nato»<sup>511</sup>. Pertanto, diviene essenziale per tale modello di famiglia il principio di responsabilità procreativa a carico della coppia.

L'altro profilo problematico che rileva è quello dell'interesse del minore che la Corte di Appello rinviene nel diritto dei due bambini a conservare lo *status* di figli acquisito nel Paese che ha emesso il provvedimento giudiziario, determinandosi in caso contrario un evidente pregiudizio dei bambini per tutti i diritti connessi allo *status filiationis* (il Collegio accoglie ancora l'indirizzo della Corte di cassazione, sent. n. 19599/2016). Il giudice adito riconosce che il principio del supremo interesse del minore non possiede una valenza assoluta, potendosi bilanciare con altri interessi di rango costituzionale, ma non di meno evidenzia come essi non emergano nella legge 40/2004, poiché tale disposto legislativo – si ribadisce – non è «espressione di principi fondamentali costituzionalmente obbligati»<sup>512</sup>. Il giudice trentino di secondo grado nelle motivazioni dell'ordinanza si è richiamato in più occasioni alla sent. n. 19599/2016 della Corte di cassazione. In questa decisione il giudice della legittimità ha affrontato il caso di una coppia lesbica, sposata in Spagna e poi divorziata, in cui una delle donne, quella italiana, ha donato l'ovulo fecondato da donatore esterno attraverso procreazione medicalmente assistita (anche PMA), mentre l'altra, la partner spagnola, ha ricevuto l'ovulo ed ha portato avanti felicemente la gestazione, per cui l'oggetto della controversia ha riguardato la trascrizione dell'atto spagnolo di nascita. Questa fattispecie per la Cassazione non è pienamente configurabile come GPA, quanto piuttosto assimilabile da un lato alla fecondazione eterologa per l'intervento di un donatore esterno, dall'altro ad una fecondazione omologa per l'apporto genetico fornito da uno all'altro dei componenti della stessa coppia.

Anche in questo caso, tuttavia, uno dei profili più rilevanti della sentenza ha riguardato la nozione di ordine pubblico. Secondo la Cassazione per «ordine pubblico internazionale» deve intendersi il «complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, [...] ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. [...] Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione [...], ma anche [...] dai Trattati fondativi e dalla Carta dei

<sup>511</sup> Corte App. Trento, ordinanza, 17.

<sup>512</sup> Corte App. Trento, ordinanza, 16.

diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». La trascrizione dell'atto di nascita non è in questo caso contraria all'ordine pubblico, «trattandosi di materia [quella della PMA] in cui è ampio il potere regolatorio e, quindi, lo spettro delle scelte possibili da parte del legislatore ordinario», per cui «se è ampia la discrezionalità del legislatore [...], ciò significa che non esiste un vincolo costituzionale dal punto di vista dei contenuti, ed allora non si può opporre l'ordine pubblico per impedire» la trascrizione in oggetto<sup>513</sup>. In breve, per ciò che interessa, il divieto di maternità surrogata non è costituzionalmente obbligato, come poi ha ripetuto anche la Corte di Trento, bensì è il frutto di una scelta del legislatore rappresentativa di un equilibrio politico in un determinato momento storico<sup>514</sup>.

Quest'indirizzo giurisprudenziale, però, sembra difforme da quanto aveva sostenuto la stessa Cassazione appena due anni prima. Difatti, nella sent. n. 24001/2014 la Suprema Corte, pur riconoscendo che l'ordine pubblico si identifica con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ha ritenuto che «il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali» quali «la dignità umana della gestante» e «l'istituto dell'adozione»<sup>515</sup>.

Alla luce di ciò appare allora piuttosto evidente come la Corte di cassazione nel suo più recente indirizzo del 2016 parta dal medesimo presupposto della precedente decisione del 2014, cioè l'identificazione dell'ordine pubblico con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ma pervenendo poi ad una ben diversa conclusione per cui il

<sup>513</sup> Le diverse citazioni sono della Corte cass., sent. n. 19599/2016, in <http://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=32673&dpath=document&dfile=24102016101456.pdf>, 22 s. e 40. Sulla nozione di ordine pubblico internazionale, in senso confermativo a quanto sostenuto dalla Cassazione, v. anche Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017, in <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/06/mi-appello-2017-adozione-Ordinanza.pdf>

<sup>514</sup> Per ciò che riguarda la specifica fattispecie all'attenzione della Corte di cassazione nella sent. n. 19599/2016 i divieti che rilevano sono quelli dell'art. 5, legge 40/2004, a mente del quale «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi», e dell'art. 12, 2° co., per cui «chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie [...] che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro».

<sup>515</sup> Corte di cass., sent. n. 24001/2014, in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/571-cassazione-surrogata>, 14. La Suprema Corte avanza anche una definizione di surrogazione di maternità, «ossia della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna» (sent. n. 24001/2014, 13 s.). Per un commento alla sent. n. 24001/2014, in cui si condivide la qualificazione del divieto di maternità surrogata come limite di ordine pubblico internazionale, v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *il Corriere giuridico*, n. 4, 2015, 479.



divieto di maternità surrogata non può considerarsi di ordine pubblico in quanto la legge che lo sancisce non è espressione di principi fondamentali<sup>516</sup>. La ragione di questo mutamento di indirizzo è da rinvenire nel supremo interesse del minore che nella sent. n. 19599/2016 è considerato «sul piano assiologico» di «rilievo costituzionale primario», quindi prevalente rispetto alle regole poste dalla legge 40/2004. Ne consegue che questo interesse – relativamente al divieto di surrogazione – si configura quale diritto a conservare lo *status* di figlio avuto a seguito di GPA, mentre nella sent. n. 24001/2014 il *best interest of the child* si ritiene realizzato «proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando [...] all'istituto dell'adozione [...] la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico»<sup>517</sup>. In questo secondo caso, cioè, il divieto di maternità surrogata sembra esso stesso funzionale alla tutela dell'interesse del minore.

L'indirizzo espresso dalla Cassazione nella sent. n. 19599/2016 sembra essere accolto da una parte della giurisprudenza di merito, come dimostra la Corte di Appello di Milano che ha dovuto giudicare sulla trascrizione degli atti di nascita di gemelli nati in California in seguito a maternità surrogata in favore di una coppia omosessuale. In questa decisione la Corte meneghina non solo richiama la nozione di ordine pubblico come prospettata in quella sentenza della Cassazione, ma ribadisce esplicitamente «che la difformità della legge straniera (che consente la gestazione per altri) da quella italiana, non è causa di per sé sola, di violazione dell'ordine pubblico»<sup>518</sup>.

Relativamente poi alla possibilità per le coppie *same-sex* «di accogliere e anche generare figli», la Corte di cassazione è esplicita sempre nella sent. n. 19599/2016: non vi sarebbe al riguardo alcun divieto di carattere costituzionale dal momento che il rapporto di filiazione dovrebbe considerarsi quale fattore di sviluppo della personalità dei membri di

<sup>516</sup> Per B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 58, «la nozione di ordine pubblico (internazionale) esprime la “sintesi” di molteplici valori e principi considerati come “irrinunciabili” dall'ordinamento (principi e valori tanto di fonte interna quanto esterna, tanto di rango ordinario quanto costituzionale), destinati ad integrarsi in un “sistema” armonico nel quadro di un ragionevole temperamento di beni e valori giuridici concorrenti e, talora, contrapposti».

<sup>517</sup> Anche C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, in *Genius*, n. 1, 2016, 7, ritiene che la Corte di cassazione con la sent. n. 19599/2016 «sembrerebbe invertire il precedente indirizzo».

<sup>518</sup> La decisione della Corte di Appello di Milano, (proc. n. 345/2016+346/2016 V.G.), del 28 ottobre 2016, è reperibile sul sito <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/01/Corte-app-Milano-trascrizione-nascita-gemelli.pdf>. Relativamente alla fattispecie in questione si trattava di due uomini che hanno fecondato con il proprio seme due distinti ovuli, così da generare un legame genetico con i due gemelli.

una coppia omosessuale, intesa quale formazione sociale *ex art. 2 Cost.*, oltre che espressione della libertà di autodeterminazione delle persone.

In proposito è interessante richiamare anche una recente sentenza passata in giudicato del Tribunale di Roma che affronta oltre al tema della GPA per una coppia di uomini, anche quello della *stepchild adoption*. Si trattava di una coppia *same-sex* che in Canada ha proceduto ad una maternità surrogata senza finalità commerciali, come consentito dall'ordinamento di quel Paese. Anche l'Autorità Giudiziaria capitolina si è confrontata con il concetto di ordine pubblico internazionale e ha sostenuto – attingendo dalla Corte EDU<sup>519</sup> – che quel principio «trova un limite nella prevalenza dell'interesse superiore del minore, indipendentemente dalla sussistenza di una relazione genitoriale genetica o di altro genere»<sup>520</sup>; pertanto, la tutela di tale interesse si antepone rispetto a qualunque valutazione sulla liceità di ricorrere all'estero a tecniche di PMA.

Ebbene, proprio il *best interest of the child* giustifica la richiesta del ricorrente, ai sensi della legge 184/1983, art. 44, 1° co., lett. *d*, di adottare il minore in quanto convivente con il padre del bambino nell'ambito di un progetto procreativo consentito anche alle coppie *same-sex*. Questa ipotesi è un tipo di adozione differente da quella legittimante – per la quale invece sarebbe necessario un rapporto matrimoniale all'interno della coppia – e viene definita quale adozione in casi particolari, cioè «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo» (art. 44, lett. *d*). Il Tribunale ha inteso quest'ultima condizione non come una mera impossibilità di procedere all'affidamento in relazione ai fatti concreti posti alla sua attenzione, dove comunque deve sussistere lo stato di abbandono del bambino (c.d. impossibilità di fatto), ma come una c.d. impossibilità giuridica, nel senso che non è presente lo stato di abbandono del minore quale presupposto giuridico per l'adozione legittimante (in cui vi rientrerebbe l'affido preadottivo), poiché il piccolo è comunque accudito dalla coppia in questione.

Il *best interest of the child* supporta anche questa interpretazione del Tribunale di Roma – seppure non sempre seguita in giurisprudenza – le cui ragioni specifiche di interesse si concentrano sulla possibilità di adozione all'interno della coppia omosessuale, quando al

<sup>519</sup> Corte EDU, Paradiso e Campanelli c. Italia (27 gennaio 2015), di cui si tratterà a breve.

<sup>520</sup> Trib. Roma, 23 dicembre 2015, in <http://www.articolo29.it>, 14.

contrario il Parlamento aveva deciso di stralciare dal c.d. d.d.l. Cirinnà (ora legge 76/2016) tale soluzione tesa a favorire un progetto di tipo familiare per le coppie *same-sex*<sup>521</sup>.

## 2. La Corte EDU e le novità della Grande Chambre sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia (24 gennaio 2017).

Sul tema del divieto di maternità surrogata previsto nel nostro Paese si è espressa anche la Corte EDU, come dimostra il caso Paradiso e Campanelli c. Italia richiamato dalla sentenza del Tribunale di Roma. Si tratta di una giurisprudenza contrastata dal momento che di recente la *Grande Chambre* (24 gennaio 2017) ha autorevolmente modificato l'orientamento espresso dalla stessa Corte EDU in prima istanza (27 gennaio 2015)<sup>522</sup> cui rinvia il giudice capitolino.

La fattispecie riguarda questa volta una coppia eterosessuale che ha fatto ricorso in Russia alla tecnica della GPA. In seguito ad esplicito assenso della donna che portò a termine la gestazione del bambino, nell'atto di nascita furono inseriti direttamente i nominativi dei due genitori committenti, pur non essendovi alcun legame genetico tra questi ultimi e il neonato come invece richiesto dalla legge russa almeno con riferimento ad uno dei genitori<sup>523</sup>. Al loro rientro in Italia, perciò, fu rifiutata la trascrizione dell'atto di nascita perché ritenuto falso, per cui la coppia italiana fu indagata per questa ipotesi di reato, oltre che per alterazione dello stato civile. Dopo un tormentato *iter* giudiziario fu accertata per l'appunto la insussistenza di legami genetici tra il bambino e i ricorrenti, insieme al pagamento di una consistente somma di denaro da parte della coppia, sicché il giudice

<sup>521</sup> Legge 76/2016, rubricata «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze». In senso diverso rispetto all'indirizzo del Tribunale di Roma, si veda quanto sostenuto dal Tribunale di Milano, 17 ottobre 2016, n. 261, in [http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Tribunale-per-i-minorenni-di-Milano-Sentenza-261\\_2016.pdf](http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Tribunale-per-i-minorenni-di-Milano-Sentenza-261_2016.pdf). Tale ultima pronuncia è stata recentemente riformata dalla Corte d'appello di Milano con la sentenza del 9 febbraio 2017, commentata da M. GATTUSO, *Anche da Milano, dopo la Cassazione, Roma e Torino, semaforo verde per l'adozione coparentale*, 8 maggio 2017, entrambi i documenti in <http://www.articolo29.it/2017/anche-da-milano-dopo-la-cassazione-roma-e-torino-semaforo-verde-per-ladozione-coparentale/>. Per un'interpretazione del richiamato art. 44 cfr. G. ZACCARO, *Adozione da parte di coppie omosessuali, stepchild adoption e interesse del minore*, 4 settembre 2014, 2 ss., e per un commento alla legge 76/2016 cfr. G. CASABURI, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, 17 maggio 2016, entrambi i contributi in <http://www.questionegiustizia.it>

<sup>522</sup> Corte EDU, 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

<sup>523</sup> Sul punto cfr. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionaliprivatistici*, cit., 55.

decise per l'allontanamento del minore in quanto la sua tenera età e soprattutto il breve periodo di convivenza con i genitori committenti suggerivano la possibilità di adottare questo tipo di soluzione<sup>524</sup>.

Come si è accennato il caso in questione è stato risolto diversamente in seconda istanza dalla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo rispetto alla decisione precedente della stessa autorità, avutasi nel gennaio 2015. Uno dei profili di maggiore rilievo riguarda la configurabilità, in un'ipotesi di questo tipo, della vita familiare ex art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare). Mentre la sentenza di primo grado ha ritenuto sussistente una vita familiare *de facto* in ragione della presenza dei ricorrenti nelle prime tappe di vita del bambino, che li ha visti impegnati come veri e propri genitori, al contrario la *Grande Chambre* ha valutato insussistente tale requisito, seppure *de facto*, innanzitutto per la breve durata della convivenza tra gli interessati e il minore (8 mesi), cui si aggiungono l'assenza del legame genetico e la precarietà giuridica della situazione a seguito della condotta illecita tenuta dagli stessi committenti (parr. 151-158)<sup>525</sup>.

Per la sentenza di seconda istanza il rapporto che si è instaurato tra i ricorrenti e il minore è, invece, qualificabile come semplice «vita privata», in quanto è comunque emerso alla base un progetto genitoriale che la coppia da tempo stava portando avanti con convinta determinazione<sup>526</sup>. La diversa qualificazione di tale relazione ha prodotto conseguenze

---

<sup>524</sup> Il profilo penalistico del problema è evidenziato da C. RAGNI, *Gestazione per altri e riconoscimento dello status di figlio*, cit., 8 s. Per tutte le diverse ipotesi di maternità surrogata, tenendo conto anche della «variante delle coppie omosessuali», cfr. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 2 ss.

<sup>525</sup> Al riguardo, secondo C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2 marzo 2017, 4, «non dovrebbe [...] essere la durata del rapporto l'elemento determinante la nozione di vita familiare, e dunque la sua tutela. La tradizione civilistica – e di certo non solo quella italiana – insegna che ciò che rende una situazione di fatto meritevole di tutela è l'affidamento legittimamente nutrito nella sua stabilità. È dunque la legittima aspettativa nutrita dalle parti nella stabilità e definitività della situazione quale si è venuta a creare e si è consolidata nel tempo. L'estensione temporale gioca certamente un ruolo, ma non è il semplice scorrere dei mesi che fa la differenza, quanto il fatto che il prolungarsi della situazione contribuisce a rafforzare l'elemento soggettivo delle parti che confidano nella sua stabilità. Per questo la vita familiare, per essere riconosciuta sul piano del diritto come tale, deve essere pubblica, nota ai terzi e vissuta in modo palese».

<sup>526</sup> La Corte EDU ricorda, in proposito, come la coppia avesse inizialmente optato per una fecondazione in vitro, passando poi per l'adozione e arrivando infine alla maternità surrogata (par. 163). Relativamente all'art. 8 CEDU, B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, 7, evidenzia come nella formulazione della CEDU la vita privata sia «più schiettamente individualistica [e] riguarda, quanto al minore, il diritto alla sua identità (genetica, biologica e giuridica), e quanto all'aspirante genitore (naturale, biologico o giuridico) il principio di autodeterminazione». La vita familiare invece «salvaguarda

rilevanti circa il giudizio sulle misure che sono state adottate dall'autorità giudiziaria italiana nei riguardi del bambino, tra cui l'allontanamento di quest'ultimo dai coniugi Campanelli, e sono proprio queste misure a rappresentare il vero oggetto di valutazione della Corte EDU<sup>527</sup>.

Difatti, a differenza di quanto statuito in primo grado per cui il *best interest of the child* non può giustificare misure, seppure legittime, come quelle adottate in Italia, poiché risultano sproporzionate rispetto agli interessi coinvolti, invece nella sentenza della Grande Camera tale livello di sproporzione non è più evidenziato in relazione a misure che – si sottolinea nella pronuncia – riaffermano la competenza dello Stato nel riconoscere il legame di filiazione, avendo il potere centrale come fine ultimo quello di preservare i minori (parr. 175-178).

La decisione della Grande Camera, in particolare, sottolinea come il divieto di maternità surrogata stabilito dalla legge 40/2004 intenda perseguire *l'interesse pubblico* a tutelare le donne e i bambini «potenzialmente interessati da pratiche [...] altamente problematiche da un punto di vista etico» (par. 203)<sup>528</sup>. Se a tale interesse pubblico si aggiungono la condotta *contra legem* dei ricorrenti che – oltre a violare la legge russa – hanno tentato di eludere il divieto italiano di GPA e la breve durata del rapporto vissuto dalla coppia con il bambino, la cui precarietà è stata ancora di più accentuata dall'assenza di ogni legame biologico, ne deriva che le autorità italiane hanno mantenuto nelle misure adottate un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco, anche in considerazione dell'ampio margine di apprezzamento di cui godevano. Dunque, secondo la *Grande Chambre* non c'è stata violazione dell'art. 8 CEDU (parr. 200-216).

Appare evidente dal caso in questione il mutamento di indirizzo della Corte EDU. Nella decisione di primo grado, infatti, il giudice di Strasburgo aveva considerato prevalente l'interesse del minore soprattutto sotto il profilo dell'identità personale, di cui il bimbo era rimasto privo per oltre due anni con inevitabili conseguenze sulla cittadinanza e sul diritto

---

la dimensione *relazionale* tra minore e genitore (o aspirante tale) *sociale*, sotto il profilo del riconoscimento all'esterno di detta relazione».

<sup>527</sup> Cfr. C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, cit., 1.

<sup>528</sup> Per B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 3 s., la Corte EDU ritiene che lo Stato italiano nel fissare il divieto di GPA «persegue l'interesse generale della protezione delle donne e dei minori soprattutto allorché in gioco vi siano contratti commerciali».

al nome<sup>529</sup>. Al contrario, nella pronuncia della Grande Camera si registra «l'assenza di [...] riferimento al superiore interesse del minore», per cui nel bilanciamento non si contrappone più all'interesse pubblico l'aspetto familiare, bensì «il più 'leggero' interesse dei ricorrenti a vedere rispettata la loro vita privata, ovvero il diritto a manifestare e sviluppare la propria personalità, quale si esprime (anche) nel desiderio di allevare un minore come proprio figlio»<sup>530</sup>. In questo contesto, allora, risulta prevalente l'interesse generale, prima richiamato, teso a tutelare le donne e i bambini, escludendosi pertanto ogni violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Anche in altre precedenti decisioni (*Labassee e Mennesson c. Francia*)<sup>531</sup> riguardanti la maternità surrogata, la Corte EDU ha affrontato il tema dell'interesse superiore del minore sotto il profilo dell'identità personale. Si tratta di casi in cui per la negata trascrizione dell'atto di nascita da parte delle autorità francesi, a seguito del divieto di GPA anche in questo Paese, si è determinata un'incertezza in termini di cittadinanza del minore con un'ovvia conseguenza sull'identità della persona. In questi casi il giudice di Strasburgo, attraverso il principio del *best interest of the child*, ha sottolineato «la necessità di rispettare il diritto all'identità personale dei minori nati da maternità surrogata», soprattutto in queste fattispecie in cui, a differenza del caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, sussisteva il legame biologico tra i minori interessati e il padre<sup>532</sup>. È evidente che la parentela biologica incide sull'identità della persona, così che rientra nel superiore interesse del minore il

<sup>529</sup> In tal senso cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 1, 2015, 208, la quale precisa che il periodo in cui il minore è rimasto privo di identità va «dalla nascita, alla sentenza della Corte d'appello di Campobasso dell'aprile 2013». In termini critici su tale decisione di prima istanza della Corte EDU v. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 484 s.

<sup>530</sup> Ancora C. HONORATI, *Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di "vita familiare" e ribalta la sentenza precedente*, cit., 1 e 5, mentre S. PENASA, *Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari "a geometria variabile"?*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2017, 3, sempre in riferimento alla pronuncia della Grande Camera, preferisce parlare di «depotenziamento del principio del *best interest of the child*».

<sup>531</sup> Corte EDU, 26 giugno 2014, ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, e ricorso n. 65942/11, *Mennesson c. Francia*.

<sup>532</sup> Cfr. S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 204 s., la quale continua evidenziando che «dal diritto all'identità personale discendono anche complesse conseguenze successive, dal momento che in presenza del divieto di surroga di maternità nell'ordinamento francese la situazione dei figli nati da tali pratiche viene regolata secondo le indicazioni del *Conseil d'État* in data 9 aprile 2009 [...] meno favorevolmente di quanto previsto per altri figli».

«riconoscimento giuridico del rapporto di parentela quando tale rapporto corrisponde alla realtà biologica»<sup>533</sup>.

Le sentenze ora citate, pur nella peculiarità della loro fattispecie, e soprattutto quella di primo grado del caso Paradiso e Campanelli c. Italia mettono in risalto il cambio di prospettiva stabilito dalla recente pronuncia della Grande Camera, nel momento in cui essa non ha evidenziato il *best interest of the child* ritenendo prevalente l'interesse generale alla tutela delle donne e dei bambini come si ricava dal divieto di GPA. Ciò però rende problematica l'individuazione di un preciso indirizzo giurisprudenziale della Corte EDU su questo tipo di problematiche, soprattutto alla luce di quanto affermato recentemente dalla nostra Corte costituzionale nella nota sent. n. 49/2015 secondo cui «è [...] solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»<sup>534</sup>. Sicuramente è significativo che la *Grande Chambre* non abbia avallato l'indirizzo della decisione di prima istanza, ma è altrettanto certo che in questo modo i nodi problematici si sono ulteriormente intricati sul tema della maternità surrogata, così da rendere più difficoltosa anche un'interpretazione convenzionalmente orientata.

### 3. Alcuni degli aspetti problematici: il divieto di maternità surrogata e il principio dell'ordine pubblico.

Le diversità di orientamenti giurisprudenziali, invero, non hanno riguardato solo la Corte EDU, ma come si è visto anche la nostra Corte di cassazione e uno degli aspetti più controversi riguarda la qualificazione del divieto di GPA quale principio di ordine pubblico. Qualora si volesse seguire l'orientamento espresso dal nostro giudice della legittimità nella sent. n. 24001/2014, il divieto di maternità surrogata sarebbe da considerare come principio di ordine pubblico, espresso da una norma penale a tutela di un principio costituzionale quale la dignità umana della gestante. In questa prospettiva il

---

<sup>533</sup> Così B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionaliprivatistici*, cit., 53 ss.

<sup>534</sup> Corte cost., sent. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.



divieto di GPA sarebbe perciò direttamente funzionale a tutelare un principio fondamentale, con un ulteriore riscontro, seppure di rango legislativo, nell'art. 269, 3° co., cod. civ., a mente del quale «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere *madre* (corsivo nostro)»<sup>535</sup>.

Al contrario, nel caso in cui si volesse preferire l'altra pronuncia della Cassazione (sent. n. 19599/2016) il divieto di maternità surrogata non sarebbe da configurare quale principio di ordine pubblico, in quanto la legge 40/2004 che lo prevede non avrebbe un contenuto costituzionalmente vincolato, per cui non sarebbe espressione di principi fondamentali bensì di scelte politiche contingenti del legislatore.

A fronte di questi diversi indirizzi giurisprudenziali della Corte di cassazione, il nuovo orientamento della Corte EDU consente di avanzare qualche riflessione. Nel momento in cui il giudice di Strasburgo evidenzia come l'obiettivo del divieto di surrogazione di maternità sia in realtà quello di perseguire l'interesse generale delle donne e dei bambini, sembrerebbe esprimere un indirizzo più vicino a quello della sent. n. 24001/2014, che per l'appunto ritiene la legge 40/2004 – che sancisce tale divieto – espressione di un principio costituzionale quale la dignità della gestante. Nella valutazione effettuata dalla Grande Camera sembra, cioè, che, pur partendo dalla fattispecie concreta, si voglia recuperare il valore dell'interesse *generale* e *astratto* a favore delle donne e dei bambini, che per le prime si sostanzia nella tutela del loro diritto alla salute, nel divieto di sfruttamento del loro corpo e nella protezione della propria libertà personale da accordi di GPA invasivi della loro libertà<sup>536</sup>, mentre per i secondi si concretizza nel voler evitare al neonato «l'esperienza

<sup>535</sup> Sul punto cfr. C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, I, 2015, 243.

<sup>536</sup> In tal senso B. SGORBATI, *Maternità surrogata, dignità della donna e interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 124 ss., considera «che la *surrogacy* espone la gestante ad una serie di rischi non irrilevanti per la sua salute», con un'ulteriore valutazione per cui «anche nei Paesi più sviluppati, dove le condizioni della donna sono migliori e dove sono meno probabili casi estremi di sfruttamento, si deve rilevare che vi è, in genere, una disparità socio-economica non irrilevante tra committenti e gestanti». Allo stesso tempo l'A. paventa anche il rischio, in questo caso di PMA, «di strumentalizzazione e mercificazione del corpo femminile», senza dimenticare infine «che gli accordi di maternità surrogata non si limitano a prevedere la «messa a disposizione» dell'utero della gestante, ma regolano in modo molto pervasivo la sua vita nel corso della gravidanza, giungendo a limitarne la libertà personale con modalità che appaiono poco compatibili con la dignità della donna». Per S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2015, 45, il divieto di GPA «esprime una doppia, congiunta valenza: esso afferma l'insostituibilità della figura materna e si oppone alla contrattualizzazione-mercificazione della maternità e della filiazione».

del distacco dalla partoriente (per lui prima madre) a cui è costretto, [...] il pericolo di mercificazione di cui può diventare oggetto nonché [...] la possibilità di trovarsi al centro di conflitti, anche violenti, tra madre sostituta e genitori committenti sulla spettanza della potestà genitoriale»<sup>537</sup>.

In breve, alla presenza di determinati requisiti che caratterizzano la fattispecie all'esame della Corte di Strasburgo, come l'assenza di legame genetico tra i ricorrenti e il neonato e la breve durata del loro rapporto di convivenza, l'interesse concreto del singolo minore non sembra più prevalente, tanto da non essere messo in risalto dalla *Grande Chambre*, e la fattispecie tende a non assumere più i caratteri della vita familiare, ma della vita privata ex art. 8 CEDU, sicché nel bilanciamento complessivo di tali interessi il percorso argomentativo della Corte EDU mette in luce quell'interesse generale e astratto delle donne e dei bambini ora illustrato<sup>538</sup>.

Sulla vincolatività di tale orientamento della Corte EDU – anche se espresso dalla Grande Camera – si devono ribadire, tuttavia, le perplessità prima emerse a seguito della sent. n. 49/2015 della nostra Corte costituzionale, soprattutto in considerazione del fatto che «è [...] la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra»<sup>539</sup>. Ebbene, *rebus sic stantibus* non sembra che si sia arrivati, almeno al momento, ad alcun indirizzo definitivo proprio per i contrasti presenti all'interno della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ciò naturalmente comporta un ulteriore carico di responsabilità per l'interprete, principalmente i giudici, che devono operare con la consapevolezza di affrontare una materia gravida di interessi contrapposti, com'è tipico che accada nelle tematiche bioetiche in cui l'approccio di base non può che essere caratterizzato dalla «“ricerca di un [ragionevole] bilanciamento”» all'interno di un modello costituzionale ispirato al pluralismo assiologico. In tale criterio metodologico si rinviene «la principale soluzione

<sup>537</sup> Cfr. B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionaliprivatistici*, cit., 69 s.

<sup>538</sup> Per J. LONG, M. NALDINI, *“Turismo” matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche*, in *Genius*, n. 2, 2015, 167, il principio del superiore interesse del bambino può anche essere inteso «non con riferimento concreto a un singolo bambino, ma a tutti i bambini che potrebbero essere astrattamente lesi nel loro diritto a una famiglia migliore possibile qualora si aprisse un canale indiscriminato per il loro procacciamento a opera di aspiranti genitori».

<sup>539</sup> Corte cost., sent. n. 49/2015, punto 7 del *Considerato in diritto*.

alle questioni giuridiche poste dalle bioetiche», mentre risulta «incompatibile con l'ordinamento pluralista qualsiasi “ritorno a forme di monolitismo etico”»<sup>540</sup>. In particolare il divieto di maternità surrogata va allora valutato con grande attenzione alla luce di una «bioetica costituzionale»<sup>541</sup>, che deve adottare quale criterio guida il ragionevole bilanciamento di principi e interessi costituzionali eventualmente confliggenti.

In via preliminare, è utile richiamare la Corte costituzionale che nella sent. n. 162/2014 si è espressa sul divieto di maternità surrogata, ritenendolo di «perdurante validità ed efficacia». La valutazione è importante se si considera che nella decisione la Consulta, pur trattando di disposizioni legislative sul diverso tema della fecondazione eterologa, ha avvertito comunque la necessità di esprimere questo tipo di giudizio sul divieto di GPA, nonostante la «prescrizione [normativa di divieto] non [fosse stata] censurata e [...] in nessun modo ed in nessun punto [...] incisa dalla [...] pronuncia»<sup>542</sup>.

L'esame complessivo del tema richiede, in ogni caso, di soffermarsi sulla differenza tra maternità surrogata a titolo oneroso e quella a titolo gratuito. Per ciò che concerne la prima, la valutazione non può prescindere dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo, secondo cui «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto»<sup>543</sup>. A tale disposto va poi aggiunto l'art. 3, 2° co., lett. c, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per il quale «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: [...] c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Esiste, dunque, un limite assoluto alla possibilità di disporre del proprio corpo per fini lucrativi in ossequio al (pur complesso) principio costituzionale di dignità della persona umana<sup>544</sup>: come è stato efficacemente evidenziato in dottrina «una

<sup>540</sup> Ci si richiama all'approccio metodologico, condivisibile, espresso da A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 2.

<sup>541</sup> Cfr. L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XVI ss., secondo cui «nella contrapposizione tra più modi di intendere le più controverse questioni della vita umana, l'interprete dovrà [...] sforzarsi di rinvenire il giusto punto di equilibrio fra tutti i beni di rilievo costituzionale ritenuti meritevoli di analoga considerazione».

<sup>542</sup> Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 9 del *Considerato in diritto*. Per un commento a tale pronuncia della Consulta cfr., *ex multis*, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014, e A. D'ALOIA, *Quel che resta della legge 40*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, 1 ss.

<sup>543</sup> Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 4 aprile 1997.

<sup>544</sup> Cfr. C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2016, 180 s., la quale evidenzia come la Convenzione di Oviedo sia stato «il “primo strumento giuridico internazionale obbligatorio che protegge la dignità, i diritti e le libertà dell'essere umano contro ogni abuso di progressi della biologia e della medicina”». Tuttavia, C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009, 57 ss., non manca di sottolineare la problematicità del concetto di dignità umana nel

tale obbligazione strumentalizza il corpo femminile, perché degrada la donna ad esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui»<sup>545</sup>.

Più problematica, invece, appare la valutazione nell'ipotesi in cui si abbia una gestazione per altri a titolo gratuito, quindi per fini soltanto solidaristici. In questo caso vi sarebbe lo spirito di piena solidarietà da parte della donna surrogata, il cui fine esclusivamente altruistico escluderebbe l'illiceità di tipo commerciale, unitamente alla «libertà fondamentale [...] di formare una famiglia con dei figli», come recentemente è stato precisato dal giudice delle leggi relativamente al caso della fecondazione eterologa<sup>546</sup>. Pertanto, questi due aspetti sembrerebbero evidenziare la conformità a Costituzione di tale pratica surrogatoria sotto più profili, quello della solidarietà *ex art. 2 Cost.*, quello della libertà di autodeterminazione della coppia nel voler procreare, ai sensi dell'*art. 13 Cost.*, e quello, infine, del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, dal momento che, secondo la Consulta, «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*» può «incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia» dal punto di vista psichico<sup>547</sup>.

Dall'altro lato, tuttavia, permangono talune obiezioni già considerate per la GPA a titolo oneroso, come ad esempio la constatazione che nella pratica della maternità surrogata la donna – anche nell'ipotesi di libera e gratuita autodeterminazione – rimarrebbe comunque «un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri»<sup>548</sup>. Soprattutto, però, nella

---

biodiritto, che rappresenta «spesso un elemento controproducente, potente catalizzatore di *Weltanschauungen* lontane e fra loro complessivamente incompatibili».

<sup>545</sup> Così si esprime A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 480. Sulla distinzione della maternità surrogata in funzione della natura del rapporto negoziale che si instaura tra i soggetti interessati v. R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, cit., 4.

<sup>546</sup> Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 13 del *Considerato in diritto*. In tema di diritto alla procreazione cfr. F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2015, 345 ss. È significativo quanto sostenuto da L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, in *federalismi.it*, n. 21, 2015, 16, il quale riporta un passo di una pronuncia del Tribunale di Milano (Sez. V civ., sent. 21 maggio 2013, n. 7085) per cui il «diritto al concepimento [...] fa parte delle fondamentali estrinsecazioni della persona umana riconosciute dalla Costituzione, catalogabili come diritti inviolabili (art. 2 e art. 29 Cost.), in ragione della basilare inerenza al nucleo dell'individuo (così come sancito dalla Suprema Corte a proposito del diritto alla sessualità – Cass. n. 13547/09)».

<sup>547</sup> Ancora Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 7 del *Considerato in diritto*. Per questi aspetti sulla GPA a titolo gratuito cfr. A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 142 ss. Considera conforme a Costituzione la GPA a titolo gratuito, soprattutto in caso di «profonde ragioni di oblatività endofamiliare», S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2016, 216 s. Circa la difficoltà nel verificare il titolo gratuito e il puro spirito di solidarietà in questo tipo di maternità surrogata v. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, in *il Corriere giuridico*, n. 10, 2016, 1222 s.

<sup>548</sup> Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 480.

GPA a titolo gratuito si evidenzia la necessità di tutelare l'interesse costituzionale del minore, nel senso di preservarlo nella sua salute psichica che potrebbe essere compromessa dall'interruzione dei «legami di tipo epigenetico» che sorgono tra la madre gestante e il nascituro, condizionandone lo sviluppo psicologico<sup>549</sup>. Inoltre, e sempre nell'ottica del *best interest of the child*, è utile rammentare quanto sostenuto dalla Cassazione relativamente all'istituto dell'adozione, «con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato»<sup>550</sup>. Naturalmente, il giudice della legittimità quando richiama i profili di garanzia dell'istituto dell'adozione si riferisce al relativo procedimento giurisdizionale e alla «valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice», sulla genitorialità disgiunta dal legame biologico, «alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto»<sup>551</sup>.

Come si vede in un contesto così problematico di principi e interessi costituzionali contrapposti è veramente difficile riuscire ad individuare una soluzione opportunamente bilanciata, anche in considerazione del fatto che i ragionevoli punti di equilibrio possono essere diversi, tutti rimessi *ab initio* alla valutazione del legislatore. Perciò, partendo dalla tutela del minore sarebbe forse opportuno tenere conto dell'evidenza scientifica circa il problema dei risvolti psicologici conseguenti alla interruzione del rapporto tra madre gestante e neonato. Dinanzi a «chiare ed incontestabili prove di evidenza» scientifica che attestino sul punto una ripercussione negativa sulla nascente struttura psichica del bambino, dovrebbe propendersi per la legittimità del divieto di maternità surrogata, seppure a titolo

---

<sup>549</sup> Sul punto cfr. C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, cit., 183 s., la quale richiama (nota 36) dottrina scientifica a supporto della tesi relativa al danno psicologico, mentre B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, cit., 43, avanza qualche dubbio laddove afferma che «non sappiamo con certezza come la maternità di sostituzione possa influire sullo sviluppo psicologico del bambino». Riguardo al rapporto unitario tra madre gestante e bambino, cfr. N. LIPARI, *La maternità e sua tutela nell'ordinamento giuridico italiano: bilancio e prospettive*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, 572, che evidenzia come «il legame madre-figlio si esprime nella sua insopprimibile corporeità, per esaurirsi con lo svezzamento». Infine, relativamente al profilo psichico, il suo rilievo nello sviluppo del bambino è stato da ultimo evidenziato da Corte di cassazione, sent. n. 7762/2017, secondo cui «il prioritario interesse del minore va in ogni caso temperato con il diritto del genitore che trova tutela nell'articolo 30 Cost. e che può essere sacrificato soltanto in presenza del rischio della compromissione dello sviluppo psicofisico del minore».

<sup>550</sup> Corte cass., sent. n. 24001/2014, 14.

<sup>551</sup> Ancora Corte cass., sent. n. 24001/2014, 16.

gratuito<sup>552</sup>. In tal caso, infatti, il divieto sarebbe non irragionevolmente giustificato dalla necessità di tutelare il minore, ex artt. 30, 1° co., Cost., e 31, 2° co., Cost., quale soggetto debole dei rapporti giuridici: «il biodiritto» troverebbe «nella scienza, che non può però sostituirsi al ruolo ineliminabile della politica, una sede idonea a fondare ragionevolezza, e quindi, anche legittimità, delle scelte legislative»<sup>553</sup>.

In attesa di verificare la sussistenza o meno di prove di evidenza scientifica, in una direzione o in un'altra<sup>554</sup>, rimane ovviamente il problema più urgente della differente disciplina a livello internazionale del divieto di maternità surrogata, come provano i diversi casi giurisprudenziali prima esaminati. La soluzione forse più opportuna potrebbe essere quella di attenersi al principio di precauzione, nel senso di garantire la salute soprattutto del bambino affidando alla magistratura, in relazione al caso concreto, la verifica del rischio di un possibile danno grave e irreversibile conseguente alla interruzione del rapporto tra madre gestante e neonato<sup>555</sup>. Il giudice dovrà, cioè, valutare alla luce di tutte le circostanze della fattispecie la soluzione più favorevole per il piccolo, che non necessariamente deve coincidere con la permanenza del minore presso la coppia committente come dimostra la decisione della *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo. Insomma, il giudice dovrebbe sindacare caso per caso le tre possibili soluzioni per il minore, quindi quella della genitorialità sociale della coppia committente, della genitorialità sociale in seguito ad adozione o della genitorialità biologica<sup>556</sup>.

<sup>552</sup> Sulle «ambiguità delle innovazioni tecnologiche» e sulle «prove di evidenza scientifica», cfr. L. CHIEFFI, *I paradossi della medicina contemporanea*, in Id. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003, 9 ss. e 27 ss.

<sup>553</sup> Di recente, cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 17 s. Sul tema del bilanciamento e della ragionevolezza nei giudizi di costituzionalità, cfr. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Torino, 2014, e F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007. Sulle disposizioni costituzionali a tutela dei minori, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, Milano, 2016, 37 s.

<sup>554</sup> Al momento sembra difficile acquisire prove incontestabili di evidenza scientifica. Si tenga conto, infatti, che il danno psicologico cui ci si richiama può essere verificato soltanto nel periodo adolescenziale e di prima giovinezza di coloro che ora sono ancora neonati o, comunque, lontani da tali fasi di crescita.

<sup>555</sup> Sul principio di precauzione v. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il principio di precauzione – Profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18 giugno 2004, in [http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/principio\\_precauzione.pdf](http://presidenza.governo.it/bioetica/pdf/principio_precauzione.pdf). Per A. ZEI, *Principio di precauzione (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 2008, 671, «il principio di precauzione nasce per offrire una risposta al problema della gestione dei rischi (corsivo nostro) per la salute delle persone e per l'ambiente quando neppure la più seria istruttoria scientifica sia in grado di fornire delle certezze riguardo ai pericoli, agli oneri e agli effetti collaterali connessi ad una determinata attività».

<sup>556</sup> Cfr. A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, cit., 482 ss. L'importanza dell'intervento della magistratura, seppure con maggiore riguardo alle ipotesi di inerzia del legislatore, è bene evidenziata da L. CHIEFFI, *Introduzione. Prospettive di dialogo tra Scienza e Diritto*, in Id. (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Bari, 2016, 13.



È evidente che la soluzione prospettata di constatare attraverso la scienza l'esistenza di una unitarietà tra la madre gestante e il nascituro, con le possibili conseguenze sotto il profilo della formazione psicologica del bambino, rimarrebbe valida a prescindere dalla natura etero o *same-sex* della coppia committente la maternità surrogata, proprio in virtù di una scelta che sarebbe dettata da ragioni scientifiche, prive di alcuna pregiudizialità legata all'orientamento sessuale.

#### **4. ...(segue) Il tema della *stepchild adoption* e l'interesse superiore del minore nelle coppie *same-sex*.**

Il carattere omosessuale delle coppie diviene, invece, centrale riguardo alla loro possibilità di adottare un bambino, anche a seguito di maternità surrogata, come dimostrato dalla richiamata sentenza del Tribunale di Roma. Seppure nel presente contributo l'argomento dell'adozione da parte di una coppia *same-sex* è limitato alle ipotesi di GPA, non di meno una riflessione sull'omogenitorialità non può prescindere da quanto sostenuto in termini generali dalla Corte di cassazione nella recente sent. n. 12962/2016.

Il dato normativo di partenza sulle adozioni è rappresentato dalla legge 184/1983, art. 44, 1° co., lett. *d* (adozione in casi particolari), secondo cui «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7», cioè pur non sussistendo lo stato di abbandono che invece è il presupposto indispensabile per l'adozione tipica, quale quella «legittimante». Secondo la Cassazione l'art. 44, 1° co., va interpretato nel senso che «l'accertamento di una situazione di abbandono [...] non costituisce [...] una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari»<sup>557</sup>. Del resto, questa interpretazione trova riscontro anche nella Corte costituzionale, per la quale «l'art. 44 della legge n. 184 del 1983 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante"»<sup>558</sup>.

<sup>557</sup> Corte cass., sent. n. 12962/2016, in <https://www.personaedanno.it/attachments/article/49846/SENTENZA%20CORTE%20DI%20CASSAZIONE.pdf>, 31. Va precisato che l'art. 7, 1° co., legge 184/1983, prevede lo stato di adottabilità per i minori e, ai sensi del successivo art. 8, 1° co., «sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono».

<sup>558</sup> Corte cost., sent. n. 383/1999, punto 2 del *Considerato in diritto*.



Nella specifica fattispecie esaminata dalla Suprema Corte una delle ipotesi di adozione ‘particolare’ in cui è possibile fare a meno dell’accertamento dello stato di abbandono è quella rappresentata dalla lett. *d* dello stesso art. 44, 1° co., cioè «quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo». L’insieme di queste due condizioni – assenza di un contesto di abbandono e impossibilità di affido preadottivo – può aprirsi «alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda [...] tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l’interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatasi con altri soggetti, che se ne prendono cura»<sup>559</sup>. È evidente, cioè, che se vi sono già persone che si occupano del minore non sussistono né l’abbandono né la condizione per l’affidamento preadottivo, per cui si avrebbe – a giudizio della Cassazione – l’ipotesi della c.d. impossibilità di diritto a tale tipo di affidamento, integrandosi gli estremi della diversa adozione in casi particolari. In tal modo la Cassazione ha confermato quanto sostenuto dal Tribunale di Roma nella sentenza prima illustrata, laddove il giudice capitolino aveva individuato nell’art. 44, 1° co., lett. *d*, un’ipotesi di impossibilità giuridica nei termini ora descritti, escludendo al contrario una mera impossibilità di fatto semplicemente legata a singole circostanze che non consentano l’affidamento preadottivo<sup>560</sup>.

Tale indirizzo interpretativo della Corte di cassazione è in sintonia, ancora, con quanto sostenuto dalla Consulta, secondo la quale «a differenza di quella “legittimante”, la particolare adozione del citato art. 44 non recide i legami del minore con la sua famiglia di

<sup>559</sup> Corte cass., sent. n. 12962/2016, 40. In ragione di tale interpretazione ne consegue che tra le persone che possono occuparsi di un minore si potrebbe annoverare anche una coppia omosessuale, per cui secondo S. CELENTANO, *Non più figli di un diritto minore*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 30 giugno 2016, la Corte di cassazione con la sent. n. 12962/2016 «statuisce in via definitiva che sussiste un diritto fondamentale dei minori cresciuti in coppie omogenitoriali, a mantenere una relazione familiare legalmente riconosciuta anche con il c.d. genitore sociale». Di diverso avviso è G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 1340 s., per il quale la formulazione dell’art. 44 «è tale da escludere di per sé stessa un’interpretazione della lettera *d*) volta a consentire l’adozione anche al convivente del genitore dell’adottando: il fatto che questi abbia un genitore e non si trovi in «stato di abbandono», infatti, è di per sé tale da impedire la «constatazione» dell’impossibilità di un suo affidamento preadottivo e, dunque, da vanificare il presupposto previsto dalla disposizione in esame. [...]». Quindi, sul piano strutturale, il sistema adozionale italiano prevede l’adozione della coppia genitoriale come la regola e quella del singolo come l’eccezione, sicché le disposizioni di cui all’art. 44 paiono dettare altrettante norme eccezionali, insuscettibili di interpretazione estensiva». Infine, per una valutazione sulla idoneità di una coppia *same-sex* alle funzioni genitoriali v. A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 18 dicembre 2013.

<sup>560</sup> Sulle c.d. impossibilità di fatto e di diritto cfr. V. MONTARULI, *La creazione della ‘stepchild adoption’ tra evoluzione normativa e interpretazioni giurisprudenziali*, in <http://questionegiustizia.it>, 11 luglio 2016, 2 s. Sul punto cfr. ancora A. SCHILLACI, *La sentenza perfetta. Paternità omosessuale e diritti del bambino*, in <http://www.articolo29.it/2016>, 23 marzo 2016, 2.

origine, ma offre allo stesso la possibilità di rimanere nell'ambito della nuova famiglia che l'ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno effettivamente occupando di lui: i parenti o le persone che hanno con lui rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore»<sup>561</sup>.

Di poi, poiché possono accedere alla adozione in casi particolari tanto le persone singole quanto le coppie di fatto, il giudice della legittimità ritiene – per completare l'illustrazione della sent. n. 12962/2016 – che per ragioni antidiscriminatorie non può essere dato «rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio *partner*», per cui l'applicazione dell'art. 44 può essere estesa anche alle coppie omosessuali<sup>562</sup>.

Naturalmente l'indirizzo interpretativo ora illustrato e teso a consentire l'adozione del minore anche a favore delle coppie *same-sex*, attraverso l'art. 44, 1° co., lett. *d*, fa leva sul principio del *best interest of the child* che permette di garantire la continuità affettiva e educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando. Tale contesto normativo non si è modificato con l'entrata in vigore della legge 76/2016 che riconosce le unioni civili tra persone del medesimo sesso, in quanto l'art. 1, 20° co. – dopo aver sancito che le disposizioni relative al matrimonio si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile – stabilisce poi che questo principio non riguarda le «disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 [legge sulle adozioni]. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

In questo modo la legge 76/2016 non è intervenuta sul tema delle adozioni, lasciando tutto inalterato come si evince chiaramente dalla formula normativa ora richiamata, per cui «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Ciò significa che il legislatore ha inteso affidare, con l'unica scelta che ha effettuato, la

<sup>561</sup> Corte cost., sent. n. 383/1999, punto 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>562</sup> Corte cass., sent. n. 12962/2016, 43. Sul punto la Suprema Corte richiama anche la Corte EDU, 19 febbraio 2013, ricorso n. 19010/07, *X ed altri c. Austria*. Relativamente al «paradigma antidiscriminatorio» cui si richiama la sent. n. 12962/2016, cfr. S. CELENTANO, *Non più figli di un diritto minore*, cit. Per S. PRISCO, M. MONACO, *L'Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale. Un panorama di problemi e di possibili soluzioni*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2014, 278 s., «la giurisprudenza italiana di merito – e ormai anche quella della Corte di Cassazione – è comunque orientata a non ritenere rilevante la circostanza dell'orientamento sessuale, nei casi di affidamento di figli minori, anche in via esclusiva [...], dovendosi semmai valutare la capacità educativa e di relazione del genitore o della genitrice rispetto all'equilibrio psicologico dei figli e al loro benessere complessivo, essendo insomma essenziale tenere conto del primario interesse di questi ultimi».

soluzione del problema della *stepchild adoption* alla magistratura, la quale potrebbe ricorrere in modo decisivo per la conclusione delle controversie – come nei casi delle pronunce illustrate – al principio del superiore interesse del minore il cui perimetro di applicazione, però, non sempre appare chiaro.

### 5. La *stepchild adoption* e la GPA: un legislatore che decide...di non decidere.

Com'è noto uno dei punti più controversi dell'originario d.d.l. Cirinnà era per l'appunto la previsione dell'adozione del figlio del partner a favore dell'altro membro di una coppia *same-sex*. Su questa specifica disposizione normativa non si è riusciti a coagulare una maggioranza parlamentare, in quanto da una parte del Parlamento era sensibilmente avvertito il rischio di favorire con la *stepchild adoption* le pratiche all'estero di maternità surrogata; pertanto, si decise per lo stralcio dell'originaria disposizione all'interno del d.d.l. senza però prendere alcuna posizione sul punto, affidando la soluzione del problema – si ribadisce – alla magistratura, attraverso la formula normativa sopra citata del comma 20, art. 1, dell'attuale legge 76/2016<sup>563</sup>. In breve, il Parlamento ha deciso...di non decidere, almeno direttamente!

Questo indirizzo parlamentare che tende sostanzialmente a rinviare le soluzioni legislative è purtroppo frequente in molti campi del biodiritto (come ad esempio il fine vita o l'inizio vita, almeno sino all'adozione della legge 40/2004)<sup>564</sup>, sicché i giudici devono farsi carico – in ragione del gravoso divieto di *non liquet* – del compito di sciogliere i nodi problematici

<sup>563</sup> È sintomatico, sullo stralcio in oggetto, quanto sostenuto da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, cit., 1217, secondo cui «era subito parso ad alcuni osservatori che con la disposizione sottoposta all'ultimo momento al voto di fiducia la politica avesse rilasciato alla giurisdizione, con una “strizzatina d’occhio” invece che con una norma, l'autorizzazione a realizzare fuori del Parlamento quel medesimo disegno normativo [...] cui l'organo legislativo aveva nel frattempo deciso di dire, formalmente, di no». In termini generali sui ‘silenzi’ del legislatore è interessante la tesi di S. PRISCO, *La musica della vita*, Napoli, 2015, 110 s., quando rileva che «si è parlato [...] di tolleranza attraverso la scelta consapevole del “silenzio repressivo” del legislatore, o quantomeno [...] della volontà che le opzioni più incisive in merito siano affidate all'evoluzione del costume, senza che questo implichi dunque necessariamente uno sfavore verso soluzioni più “aperte”, ma lasciandone la responsabilità di dividerle al progressivo e necessariamente lento formarsi di un consenso sociale diffuso verso le differenti pratiche, prima (o in luogo di) di tradurne gli equilibri e le mediazioni raggiunte in formali disposizioni normative».

<sup>564</sup> Sull'assenza, ma anche sui ritardi e inadeguatezze del legislatore nelle principali tematiche della bioetica, cfr. da ultimo A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., spec. 129 ss. È opportuno comunque rammentare che il 20 aprile 2017 è stato approvato, in prima lettura, alla Camera dei deputati il d.d.l. n. 2801 sul c.d. biotestamento.

che il Parlamento ha omesso di affrontare. Tuttavia, non meno evidenti sono gli aspetti egualmente problematici che conseguono a tale tipo di soluzione sotto il profilo della certezza del diritto, dell'unitarietà dell'ordinamento nel caso di contrastanti indirizzi giurisprudenziali e della possibilità di differenti giudicati in ragione delle diverse sensibilità dei giudici, in palese contrasto con l'art. 3 Cost.<sup>565</sup> A ciò si aggiunga che la scelta giurisprudenziale di acconsentire alla *stepchild adoption* sembrerebbe generare una sorta di corto circuito democratico su questo specifico punto, a prescindere dalle opzioni di merito, poiché si è registrato un implicito diniego del Parlamento che ha portato a stralciare dall'originario d.d.l. questo tipo di soluzione, a fronte però della disposizione di cui al ripetuto comma 20, art. 1, che permette al giudice in concreto la possibilità di ricorrervi<sup>566</sup>. Allo stesso tempo è stato evidenziato in dottrina, a carico della magistratura, che se da un lato il suo intervento suppletivo – in termini generali – non può che essere funzionale agli equilibri di sistema, dall'altro lato è altrettanto verosimile immaginare la possibilità «“[...] di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, [del]la manipolazione arbitraria del testo normativo», quando non «lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero”»<sup>567</sup>.

Ciò è tanto più significativo se si tiene conto della genericità di cui soffre il principio del *best interest of the child*<sup>568</sup>, che rappresenta la principale giustificazione alla *stepchild*

<sup>565</sup> In relazione all'intervento dei giudici in termini di supplenza cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 3 ss., e nota 64; cfr. anche R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013, 73, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014. Non va dimenticato come C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., 70 ss., distingue tra due linee di indirizzo degli ordinamenti: «una di segno interventista ed una di segno astensionista». L'esperienza italiana, secondo l'A., rappresenta «una versione patologica del modello astensionista», i cui caratteri «potrebbero indicarsi nell'assenza prolungata ed estesa di regole normative di riferimento» con «conseguenze insostenibili sia per la garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti, sia per le difficoltà dei giudici di reperire norme atte a orientare la loro attività, sia, infine, per la certezza nel comportamento da adottare da parte dei medici e della prevedibilità delle relative conseguenze».

<sup>566</sup> È significativo come la Corte d'appello di Milano, con la sentenza del 9 febbraio 2017, proprio prendendo spunto dal sopra citato comma 20, abbia dichiarato che «non emerge affatto una volontà del Legislatore di delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari ma, semmai, emerge la volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44 d)» (il richiamo è a Corte App. Torino, 27 maggio 2016).

<sup>567</sup> Così si esprime, richiamandosi alla Corte di cassazione, L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2016, 208 s., il quale evidenzia ancora la possibilità «di una “negligenza inescusabile” determinata “da una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e da una trascuratezza così marcata ed ingiustificabile da apparire espressione di una vera e propria mancanza di professionalità, concretizzantesi in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico”».

<sup>568</sup> In tal senso cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., 73.

*adoption*. Va precisato innanzitutto che questo principio ha avuto una sua traduzione normativa nell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>569</sup>, il che gli consente «di integrare in via interpretativa», ex art. 2 Cost., il catalogo dei nostri diritti costituzionali, oltre a rappresentare un vincolo internazionale per il legislatore ex art. 117, 1° co., Cost. Ciò nonostante, però, una parte della dottrina ne ha evidenziato la «sua indeterminatezza», le «ambiguità semantiche e la deriva retorica del principio», paventando il pericolo, in caso di suo utilizzo, «[del]l'arbitrio dei giudici o degli organi amministrativi»<sup>570</sup>.

Sembra allora opportuno sottolineare come il principio del 'superiore interesse del minore', nonostante la sua formula, non presenti alcun carattere di sicura preminenza tra i principi costituzionali, essendo ragionevolmente bilanciabile con gli altri diritti costituzionali<sup>571</sup>. In caso contrario, diversamente, lo si dovrebbe qualificare come un principio tiranno, aumentando il rischio di veicolare attraverso di esso diritti che in realtà sono degli adulti o della coppia, come il diritto alla genitorialità o il diritto alla non discriminazione, egualmente meritevoli di tutela, ma non in modo surrettizio e sempre nell'ambito di un ragionevole bilanciamento con eventuali diritti contrapposti<sup>572</sup>.

A fronte di tale stato di cose appare chiaro come non possa condividersi la scelta del Parlamento di non decidere o, quanto meno, di affidare ogni soluzione alla magistratura, in

<sup>569</sup> L'art. 3, 1° co., della Convenzione sui diritti del fanciullo, New York 20 novembre 1989, ratificata in Italia con la legge 176/1991, dispone che «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Tra i riferimenti normativi a tutela dell'interesse del minore è opportuno ricordare altresì l'art. 24, 2° co., Carta dei diritti UE, secondo cui «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente». Sul tema Corte cost., sent. n. 31/2012.

<sup>570</sup> Ci si richiama in queste citazioni alla posizione recentemente espressa da E. LAMARQUE, *ult. op. cit.*, 71 ss., 77 ss.

<sup>571</sup> Cfr. ancora E. LAMARQUE, *ult. op. cit.*, 83 ss. In termini diversi si esprime B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 9, per la quale questo principio «opera [...] alla stregua di una clausola generale, piuttosto che come una regola di giudizio o come un valore giuridico assoluto o da bilanciare», come conferma anche Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017. Sembra, invece, assegnare «priorità ai "superiori" bisogni del bambino» C.M. LENDARO, *Omogenitorialità e minori*, in <http://www.questionegiustizia.it>, 26 settembre 2014, 7 s. La Corte di cassazione, molto recentemente, nella sent. n. 7762/2017, ha confermato che l'interesse del minore va valutato in relazione alle specifiche circostanze, in particolare sottolineando la necessità di «un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano [...] in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale».

<sup>572</sup> Su tale pericolo si esprime G. MIOTTO, *Adozione omoparentale e preminente interesse del minore*, cit., 1345 ss., 1360 s., nonché B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 10 ss. Di questo rischio sembra consapevole ancora Corte App. Milano, ordinanza del 9 giugno 2017.

ragione degli aspetti problematici ora illustrati. Sarebbe utile, dunque, una legge – pur aperta alle diverse opzioni, benché condivise – di ‘tipico stampo bioetico’ nell’ambito di uno Stato costituzionale ispirato al pluralismo, nel senso di un intervento regolatorio limitato ai principi e rispettoso, entro specifici margini, della libertà di autodeterminazione dei soggetti interessati, così da rendere facoltizzanti i loro comportamenti<sup>573</sup>. Invero, se si fosse adottato uno specifico e stringente divieto di *stepchild adoption*, questo, al limite, si sarebbe coordinato con il divieto di GPA, ma dall’altro lato sarebbe stato, ad esempio, potenzialmente pervasivo per le scelte di una coppia *same-sex* relative ai figli avuti da un precedente rapporto di tipo eterosessuale.

In conclusione, il Parlamento italiano ha inteso non decidere per non assumersi la responsabilità politica di qualunque scelta eventualmente adottata, tuttavia in questo modo ha omesso di considerare – forse volutamente – che la mancata decisione legislativa è essa stessa una forma, anche più grave, di responsabilità politica.

**Abstract:** La Corte di Appello di Trento, con ordinanza del 23 febbraio 2017, consentendo la trascrizione di un provvedimento giudiziale straniero in cui si riconosce il rapporto genitoriale tra due gemelli e il padre non genetico, ha ammesso per la prima volta la genitorialità al padre sociale, partner del padre biologico, senza il ricorso all’istituto dell’adozione. Prestando particolare attenzione alle coppie *same-sex*, il contributo analizza tale decisione alla luce della più recente giurisprudenza interna, a partire da quella della Cassazione, che si muove tra il divieto di maternità surrogata e l’interesse del minore. L’indagine si sofferma, altresì, sulla pronuncia della *Grande Chambre* della Corte EDU

<sup>573</sup> Si aderisce alla tesi espressa da A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., 25, laddove afferma che «una buona norma in bioetica è una norma che, in genere, ponga principi, disciplini semmai facoltizzando le condotte, bioeticamente rilevanti, lasciando margini alle scelte individuali dei soggetti coinvolti». Anche B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, cit., 13, auspica «un legislatore capace di scrivere leggi facoltizzanti, quelle che Elia invocava a salvaguardia della società plurale e multiculturale, ma anche capace di declinare principi a garanzia dell’umano che è comune». È interessante, in proposito, quanto sostiene A. RUGGERI, *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, cit., relativamente al tema dell’affido dei minori a coppie dello stesso sesso, per cui «la soluzione maggiormente adeguata è insomma [...] quella che prende forma per effetto di una sana, “leale cooperazione” del legislatore da un canto, dei giudici dall’altro: all’uno spettando di far luogo al primo intervento, tracciando con statuizioni di principio, connotate da strutturale duttilità e capacità di adeguatezza al mutare dell’esperienza, il solco e fissando gli argini entro i quali possono svolgersi gli interventi degli altri, ai quali le discipline legislative dovranno pur sempre rimettersi conferendo le “deleghe” di volta in volta più congrue ai bilanciamenti in concreto che solo nelle sedi in cui si amministra giustizia possono convenientemente farsi».



(24 gennaio 2017) che in tema di gestazione per altri (GPA) ha modificato l'orientamento espresso dalla stessa Corte di Strasburgo in prima istanza (27 gennaio 2015). Seppure limitatamente alle ipotesi di maternità surrogata, il contributo prova ad avanzare qualche riflessione sul tema della *stepchild adoption* in relazione alla recente legge 76/2016.

**Abstract:** The Court of Appeal of Trento, with ordinance of February, 23<sup>rd</sup> 2017, having consented to the transcription of a foreign judicial action in which parental relationship between two twins and a non genetic father is recognized, has admitted for the first time parenthood to a social father, partner to the genetic father, without any recourse to the Institute of Adoption. By paying specific attention to same-sex couples, the contribution analyses this decision as it is within the most recent internal case-law, starting with that of the Cassation, which moves between the deviation of surrogacy and the interest of the child. Investigation reflects also on the pronouncement of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (January 24<sup>th</sup>, 2017) which, dealing with the theme of surrogacy had modified orientation expressed by the same Court of Strasbourg in the first instance (January 27<sup>th</sup>, 2015). Although limited within the hypothesis of surrogacy, the contribution takes into consideration the theme of stepchild adoption in relation to the recent law 76/2016.

**Parole chiave:** maternità surrogata; interesse superiore del bambino; coppie omosessuali; *stepchild adoption*.

**Key words:** surrogacy; best interest of the child; same-sex couples; stepchild adoption.



## GIUDICE AMMINISTRATIVO E INTEGRAZIONE GIURIDICA EUROPEA\*.

Relazione al Seminario “Il ruolo dei giudici nazionali nell’integrazione giuridica europea”, Roma, Consiglio superiore della Magistratura, 22 giugno 2017.

di Filippo Patroni Griffi\*\*

**Sommario.** 1. Premessa - Ruolo dei giudici nazionali e influenza del diritto giurisprudenziale europeo sugli ordinamenti nazionali: una sinergia inscindibile nel processo europeo di integrazione giuridica. 2. Integrazione giuridica europea e giudice amministrativo. 3. Le convergenze: diritti fondamentali e principi comuni. 4. Le criticità. Interpretazione conforme e nomofilachia. La stabilità del giudicato. 4. Le criticità. Interpretazione conforme e nomofilachia. La stabilità del giudicato.

259

### **1. Premessa - Ruolo dei giudici nazionali e influenza del diritto giurisprudenziale europeo sugli ordinamenti nazionali: una sinergia inscindibile nel processo europeo di integrazione giuridica.**

Il ruolo dei giudici nazionali nell’integrazione giuridica europea va esaminato e compreso in relazione simmetrica al grado di influenza che il diritto europeo ha svolto e svolge sui sistemi di giurisdizione nazionali; e, poiché, come è noto, il diritto europeo che trova pratica applicazione è frutto in larga prevalenza dell’opera giurisprudenziale delle due grandi Corti –la Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia dell’Unione europea-, viene a costituirsi un diritto giurisprudenziale che è espressione di un diritto europeo “vivente” che è alla base di quella che potremmo definire una relazione biunivoca tra giudici nazionali e giudici europei. In altri termini, il ruolo del giudice nazionale nel processo europeo di integrazione giuridica non può andare disgiunto dalla consapevolezza del ruolo e dall’influenza del diritto europeo nei sistemi giuridici nazionali.

Quello del diritto giurisprudenziale è il terreno privilegiato per il meccanismo cd. di triangolazione tra diritto europeo e diritti nazionali: un istituto o un principio di diritto

---

\* Su invito della rivista.

\*\* Presidente Aggiunto del Consiglio di Stato.

nazionale, comune a più Stati membri, viene dalle Corti assunto a principio comune o ricondotto alle tradizioni costituzionali comuni, per poi essere riversato, come principio di diritto europeo (“comunitario” o convenzionale che sia), negli ordinamenti nazionali. Questo processo di omogeneizzazione è il terreno privilegiato –come dicevo- nel processo di integrazione giuridica europea, sia perché si muove sul piano dei principi, che meno degli istituti risente della legislazione positiva nazionale, sia in quanto realizza in definitiva un dialogo tra ordinamenti “concreto, perché originato da “casi”, tra giudici, i quali danno vita, sul terreno apparentemente “tecnico” e neutrale delle tecniche di sindacato, ma in realtà su quello assai meno tecnico delle forme di tutela, a un circuito virtuoso di valori comuni.

Il dato è ricco di implicazioni teoriche che non possiamo trattare, ma solo enunciare; una su tutte: la soggezione del giudice alla “legge”, propria del nostro come di altri ordinamenti nazionali, va riletta con riferimento piuttosto al “diritto”, unitariamente considerato ma che si svolge su due piani, e cioè: a) in un sistema multilivello, in cui si intrecciano più fonti di produzione legislativa sia all’interno dell’ordinamento nazionale sia nella proiezione sovranazionale e internazionale (o “globale”); b) alla luce della diversificazione delle fonti di produzione normativa, che include in maniera massiccia la fonte di natura giurisprudenziale. E bisogna tener conto anche del diverso operare, nelle istituzioni europee, di quei meccanismi di legittimazione democratica su cui si fonda storicamente la soggezione del giudice “soltanto alla legge” negli ordinamenti nazionali. Ora vorrei dare qualche spunto di riflessione su come giudici nazionali ed europei concorrano (e possono concorrere) a favorire il processo di integrazione giuridica in Europa, pur nella consapevolezza dei punti critici.

I settori di maggiore convergenza mi sembrano quelli dei diritti fondamentali e dei principi comuni. Per contro, quelli della nomofilachia e della interpretazione conforme, nonché il tema della stabilità del giudicato (nazionale), in qualche modo tutti tra loro collegati, vanno delineandosi come gli ambiti di maggiore criticità.

## **2. Integrazione giuridica europea e giudice amministrativo.**

L’influenza del diritto europeo sul sistema giurisdizionale italiano e il correlativo ruolo che

il giudice è chiamato a svolgere nel processo di integrazione giuridica europea si muovono su due piani: quello di singoli istituti giuridici a rilevanza processuale (con ampie ricadute sostanziali) e quello della valenza dei principi europei nel sindacato giurisdizionale. Ci si riferirà ovviamente al processo amministrativo, ma tale angolo di visuale risulta particolarmente appropriato, e ciò per due considerazioni: a) 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 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; b) 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. Non può quindi stupire –sono dati del 2015- che l'Italia risulti al secondo posto, dopo la Germania, nelle rimessioni pregiudiziali alla Corte di giustizia; e che la massima parte dei rinvii avvenga ad opera dei Tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato.

Vi è però una terza ragione 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).

Se il dato di partenza di questa riflessione è la rilevanza del diritto europeo sui sistemi nazionali delle tutele, lo spunto conclusivo potrà riguardare il ruolo del giudice, anzi dei

giudici, nel processo di integrazione europea. Le tutele, infatti, possono essere riguardate dal punto di vista della proiezione processuale delle situazioni sostanziali: ed è l'ottica tradizionale dei sistemi di civil law, specie a livello dottrinario e delle Corti civili, secondo cui a un diritto (soggettivo) si accompagna un diritto di azione che assume una valenza in qualche misura autonoma, sì da essere a sua volta fonte di ulteriori diritti sub specie di risarcimento del danno; oppure nell'ottica "rimediale" propria dei sistemi anglosassoni, per cui, quanto meno nella impostazione "pura", l'esistenza di una situazione sostanziale giuridicamente rilevante si desume proprio dall'esistenza di uno strumento di tutela riconosciuta dal giudice (remedies precede rights). Vedremo che quest'ottica rimediale si coniuga con l'approccio delle Corti europee, perché, nelle sue implicazioni pragmatiche, consente di lasciare una maggiore autonomia agli Stati membri evitando teorizzazioni eccessive; ma si coniuga anche con l'approccio e l'evoluzione storica del nostro sistema di giustizia amministrativa, se lo si ritiene caratterizzato sul piano storico – come è stato osservato (Clarich)- da una singolare "inversione logica" per cui prima nasce lo strumento di tutela e poi la situazione tutelata

### **3. Le convergenze: diritti fondamentali e principi comuni.**

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 che ha consentito, ad opera delle stesse Corti, una "ri-lettura", aggiornata ai nostri tempi, dei diritti della Convenzione. Quello dei diritti fondamentali è da sempre riconosciuto come un settore a forte vocazione giurisprudenziale, per vari motivi: perché i diritti proclamati trovano attuazione davanti alle Corti; ma soprattutto perché è compito delle Corti individuare ("inventare" o

“riconoscere” a seconda della teoria cui si aderisca) storicamente le situazioni soggettive che trovano tutela: situazioni che talvolta trovano tutela negli ordinamenti nazionali pur in mancanza di una previsione legislativa proprio sulla base del richiamo a principi costituzionali o sovranazionali.

E così, attraverso il ricorso ai principi generali del diritto, si è allargato l’ambito di tutela dei diritti fondamentali nell’attività delle Corti europee, ma sempre più anche dei giudici nazionali

In tale ottica, è stato addotto a esempio proprio l’articolo 47 della Carta dei diritti, che, sotto la formula del diritto a un “rimedio effettivo”, ha consentito di venire incontro a due visioni diverse dell’accesso al giudice, tanto da essere definita una sintesi appropriata del dialogo tra le due famiglie europee del diritto (Trocker): il diritto di accedere ai tribunali (non scontato negli ordinamenti anglosassoni), che garantisce il principio di azionabilità dei singoli diritti, e il fair trial, inteso come giusto processo. Da cui la Corte di giustizia ha elaborato il diritto a strumenti processuali idonei a ottenere una garanzia effettiva dell’ordinamento comunitario e dei “diritti” da esso garantiti.

Ma i principi generali del diritto sono stati utilizzati dalla Corte anche per valutare la legittimità dei comportamenti delle istituzioni comunitarie e delle istituzioni degli Stati membri. E tra i principi generali è stato inserito dalla Corte il rispetto dei diritti fondamentali, sul rilievo che “i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l’osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti la Corte è tenuta d’ispirarsi alle tradizioni comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni degli Stati” (sent.13 dicembre 1979, 44/79, Hauer; ma affermazioni simili si rinvencono già in precedenti sentenze). Oltre che nelle Costituzioni nazionali, la Corte ha presto rinvenuto tali diritti, idonei a diventare principi generali UE, nella Cedu. Il riferimento a questa, anzi, ha consentito alla Corte di giustizia di spostare il baricentro della sua attenzione “dal commercio ai diritti”, affermando che la tutela dei diritti fondamentali può costituire una legittima attenuazione degli obblighi imposti dall’Unione ancorché derivanti da una libertà fondamentale quale la libera circolazione delle persone e delle merci, pur nel rispetto del canone di proporzionalità. Al tempo stesso, la Corte di giustizia ha operato una “ri-lettura” aggiornata ai tempi nostri dei diritti della Convenzione.

In questo settore è evidente il ruolo giocato dalle due Corti europee. Meno evidente, ma non meno importante, il ruolo dei giudici nazionali. Questi, al pari dei colleghi europei, sono senz'altro impegnati nella individuazione di nuove situazioni soggettive fondamentali, nel riconoscimento di “nuovi diritti”, spesso fondati –come si è detto- sulle pronunce delle Corti europee. Ma il ruolo del giudice nazionale può giocare un delicato ruolo di segno opposto con riferimento alla teoria dei controlimiti. E' chiaro che un tema del genere si pone, almeno nel nostro ordinamento, con riferimento al giudice costituzionale, che il giudice comune nazionale è tenuto a investire qualora ritenga che dall'applicazione di una sentenza della Corte europea discenda una violazione di principi fondamentali della nostra Costituzione (un esempio si rinviene in una recente ordinanza della Quarta Sezione, che, nel rimettere alla Corte costituzionale la questione della legittimità del divieto legislativo per i militari di costituire sindacati per contrasto con la giurisprudenza Cedu, ha espressamente demandato alla Corte il compito, ove ritenga, di verificare la coerenza di tale giurisprudenza con valori portanti della nostra Costituzione sulla neutralità delle Forze armate).

E' chiaro però che il ricorso ai controlimiti dovrebbe essere ispirato a particolare cautela e al principio del rispetto dell'unità nella diversità (Cartabia). In particolare, si è sottolineato che “non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro” e “non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza”.

Infine, in tema di diritti fondamentali, vorrei segnalare, alcuni esempi, tra i tanti, di dialogo tra giudice amministrativo e Corti europee.

Consiglio di Stato, III, n.4004/16, vieta il respingimento in Ungheria di profughi, facendo leva sul trattamento inumano o degradante che questi potrebbero subire in quel Paese, ai sensi dell'articolo 4 della Carta.

Un dialogo proficuo è quello tra Consiglio di Stato e Corti europee in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica: IV, n.4449/13, utilizza il parametro di riferimento del diritto alla buona amministrazione per sorreggere il sindacato giurisdizionale su fatti e valutazioni tecniche in termini di “maggiore attendibilità” delle valutazioni tecniche e di “non arbitrarietà” della scelta amministrativa, in materia di paesaggio. Più in generale la giurisprudenza della CEDU e del Consiglio di Stato, rispettivamente, impone e consente

un sindacato “pieno ed effettivo” sugli atti delle autorità indipendenti esteso al fatto e alle valutazioni tecniche; area questa contigua a quella del merito amministrativo, il cui confine col sindacato pieno di legittimità andrebbe rimeditato dalla Corte di cassazione in sede di controllo sull’eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato.

Una estensione del valore e dell’efficacia della Carta mi sembra possa rinvenirsi in VI, n.3037 del 2014, che tratta il caso di un italiano vissuto in Usa che si vede negare il tesseramento alla Federazione italiana pallacanestro, quale “atleta di formazione italiana” perché la norma regolamentare richiedeva a tal fine che questi si fosse formato in vivai italiani e avesse partecipato a campionati giovanili italiani per almeno quattro stagioni. Il Consiglio di Stato ha ritenuto il regolamento FIP illegittimo per una “discriminazione alla rovescia”. E ha precisato che la materia non poteva essere definita puramente “interna” perché l’istante veniva privato di un diritto che ineriva al suo status di cittadino europeo, statuto di cittadinanza che la sentenza contribuisce a delineare nella sua portata sopranazionale.

Ma il dialogo tra ordinamenti attraverso i suoi Giudici si sviluppa non poco anche sul piano delle tecniche di tutela attraverso il ricorso a principi e clausole generali.

Da questo punto di vista mi limito a richiamare il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata, spesso utilizzati dai giudici comuni per sanzionare comportamenti processuali delle parti che si ritengano meramente dilatori.

Il principio di effettività è stato inteso sia come accesso al giudice sia come diritto ad avere una tutela soddisfattiva del bene della vita. A tale principio si è fatto ricorso spesso in materia di ottemperanza, per assicurare in sede esecutiva le ragioni del vincitore, in materia di “pienezza” del sindacato giurisdizionale, in materia di “pienezza” degli strumenti di tutela (in forma specifica, risarcitoria). A tale principio si è fatto ricorso dalla giurisprudenza amministrativa perché si introducesse per “via comunitaria

” nel nostro ordinamento, prima del c.p.a., la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo.

Lo strumento di raccordo, di passaggio, mi sembra sia costituito dalla elaborazione del diritto ad avere negli ordinamenti nazionali una tutela equivalente a quella fornita dall’ordinamento europeo, il che concorre - a mio avviso - a definire uno standard minimo di tutela al di sotto del quale i sistemi processuali nazionali non possono scendere. La teoria dell’equivalenza ha un contenuto in qualche modo “negativo” (la normativa nazionale non



deve frapporre ostacoli all'accesso al giudice né può offrire una tutela minore di quella assicurata dall'ordinamento europeo). Acquista vieppiù una valenza positiva nelle sentenze Kudla (1997) e soprattutto Hornsby (2000) della CEDU, in cui l'effettività viene estesa dalla fase dell'accesso al giudice e della cognizione a quella "esecutiva", intesa quest'ultima come appropriatezza e satisfattività del "rimedio riparatorio". La Corte di giustizia, sulla stessa linea, a partire dal caso Zuckerfabrik, pone l'accento sull'effettività come garanzia della tutela individuale, sicché la verifica di effettività va estesa alla esistenza di rimedi restitutori o risarcitori idonei a soddisfare la "riparazione" della situazione soggettiva lesa.

Ma il punto di maggiore contatto tra esperienza giurisprudenziale amministrativa e diritto giurisprudenziale europeo è costituito dall'uso del "test" di proporzionalità nel sindacato sugli atti dei pubblici poteri. La strumentazione tradizionale di talune figure sintomatiche di eccesso di potere si è affinata prima nel sindacato sulla ragionevolezza del provvedimento e poi nell'uso del test di proporzionalità, volto a verificare nella scelta amministrativa, secondo la nota impostazione trifasica dell'ordinamento tedesco, l'idoneità rispetto al fine perseguito; la sua necessità, intesa come non superamento del limite strettamente necessario anche rispetto a un'alternativa meno incisiva sul privato; la proporzionalità in senso stretto, in cui si verifica, ai limiti col merito amministrativo, la "proporzione" o ponderazione tra mezzo e fine e quindi tra rilevanza dell'interesse pubblico e sacrificio imposto al privato.

### **3. Le criticità. Interpretazione conforme e nomofilachia. La stabilità del giudicato.**

Il ruolo del giudice nazionale nel rapporto con le Corti nazionali è sicuramente influenzato dal diversificato mezzo costituzionale di "recepimento", di operatività, dei due sistemi – quello "comunitario" e quello convenzionale- nel nostro ordinamento: più complesso quello convenzionale, basato sul noto meccanismo della norma interposta ai sensi degli articoli 11 e 117 della Costituzione, che però impedisce l'applicazione diretta del diritto convenzionale e delle sentenze della Corte di Strasburgo; più lineare quello "comunitario", almeno per la normativa autoapplicativa e per le sentenze della Corte di giustizia, in virtù

dell'efficacia diretta loro riconosciuta e al conseguente meccanismo della disapplicazione (non molto dissimile, quanto a conseguenze, dalla più prudente teoria della non-applicazione) della norma interna in contrasto con la disciplina comunitaria.

Un elemento che sembra peraltro accomunare la considerazione che dall'interno muove i giudici comuni nazionali verso il diritto europeo è costituito dalla tecnica dell'interpretazione conforme, che riguarda entrambi i parametri di riferimento, della normativa dell'Unione e di quella convenzionale, nell'ambito della quale i giudici nazionali concorrono in misura per certi versi "diretta" (e diffusa) alla costruzione del diritto giurisprudenziale europeo.

Va peraltro evidenziato - come punto di criticità - che la tecnica dell'interpretazione conforme genera profili di frizione nei rapporti tra giudici comuni e tribunali costituzionali, i quali ultimi, pur a fronte di recenti aperture, vivono da sempre una relazione complicata con le due Corti europee. La cosa non deve stupire perché Tribunali costituzionali e Corti europee occupano "spazi comuni" di giurisdizione - in cui il conflitto è naturale e la cui composizione richiede il dialogo se non si vuole la rottura.

Questa, del resto, è un'area di criticità che mi sembra destinata a estendersi anche ai rapporti tra Corti europee e Corti supreme nazionali.

E siamo, in effetti, al secondo punto di criticità. E' noto che di recente, nel nostro ordinamento processuale, sono state introdotte disposizioni volte a rafforzare il ruolo nomofilattico proprio delle Giurisdizioni superiori, e segnatamente delle Sezioni unite della Cassazione, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni riunite della Corte dei conti, prevedendosi che la Sezione semplice che voglia andare di contrario avviso a una pronuncia delle stesse, debba nuovamente deferire la questione alla predetta sede, che altro non è che lo stesso organismo giudiziario supremo in una particolare composizione. Non è questa la sede per valutare il merito di questa scelta legislativa, volta all'evidenza a incrementare il tasso, per la verità basso, di prevedibilità delle decisioni giudiziarie e quindi di certezza nell'applicazione del diritto. Ma il meccanismo è stato messo in seria difficoltà dalla sentenza Puligenica (provocata da un rinvio pregiudiziale della Corte di giustizia per la Sicilia, sezione del Consiglio di Stato), in cui si afferma che, pur andando in difformità da una pronuncia dell'Adunanza plenaria, la Sezione semplice può direttamente adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia. E la situazione mi pare

aggravarsi a fronte di un nuovo rinvio pregiudiziale della VI Sezione, che, dopo aver chiesto e ottenuto dall'Adunanza plenaria la decisione su un punto di diritto controverso (Ad. plen. n. 3 del 2016, sulla competenza Antitrust in tema di pratiche commerciali scorrette), ha, nel medesimo giudizio, operato un rinvio pregiudiziale sul medesimo punto deciso dalla Plenaria nel medesimo diritto: il che pone qualche interrogativo sul concetto di giudicato interno che non sembrerebbe impedire il rinvio pregiudiziale e che sarebbe anch'esso "cedevole", al pari della pronuncia della Plenaria "in sospettato contrasto col diritto eurounitario".

La sentenza Puligienica sembra in qualche modo pesantemente interferire con l'organizzazione interna del processo e dell'autorità giudiziaria nazionale. Così come, su di un diverso piano, suscita perplessità quell'orientamento minoritario della Corte di cassazione che sembra ricondurre a questione di giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso o del diniego, ricorribile ex art. 111 la violazione del diritto dell'Unione europea: in tal modo trattando alla stregua di una questione di giurisdizione una questione di denunciato errore di diritto e incidendo, ancora una volta, per "via comunitaria" sull'assetto interno della giurisdizione e sullo stesso regime di responsabilità gravante – come è noto- sul "giudice di ultima istanza", che finirebbe con l'essere la Corte di cassazione anche in materie devolute alla giurisdizione amministrativa.

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.

Ma è evidente che questo della nomofilachia è un elemento di sicura criticità nel dialogo tra Corti.

E siamo, infine e brevemente, alla questione della stabilità del giudicato.

La questione riguarda, sia pure con logiche differenti, sia la Corte di giustizia sia la Corte EDU.

Per quest'ultima, la questione è più semplice, ma interessante. E' noto che la Corte costituzionale ha ammesso una nuova ipotesi di revisione in sede penale per riaprire un processo ritenuto "ingiusto", per violazione delle "garanzie procedurali", dalla Corte EDU. Nella stessa logica, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte

costituzionale la questione di legittimità costituzionale della normativa (comune al processo civile) sulla revocazione, nella parte in cui non consente di riaprire un processo amministrativo a seguito di condanna della Corte EDU. La Corte, però, ha dichiarato infondata la questione sostanzialmente rilevando come non vi sia un principio comune che imponga lo strumento della “riapertura” del giudicato, cioè la sua modificabilità in via revocatoria, e che altri ordinamenti hanno in via legislativa strumenti ad hoc (sent. n. 123 del 2017).

Per quanto riguarda la Corte di giustizia, questa procede con interventi non sempre tra loro coerenti con il ripetuto valore della stabilità del giudicato. La Corte, in particolare, ora afferma il principio della stabilità del giudicato come manifestazione dell'esigenza anche comunitaria della certezza del diritto (sent. Kapferer), ora introduce significative limitazioni al principio. Si richiamano solitamente la sentenza Lucchini, in cui il principio viene contraddetto in presenza di un affidamento ingenerato dall'amministrazione, ma soprattutto la sentenza Olimpiclub. In quest'ultima, relativa alla materia tributaria, la Corte, per la verità, procede piuttosto a una ridefinizione del giudicato, che si ritiene non esteso alle annualità successive del medesimo tributo non coperte dal giudicato, in disaccordo con la Cassazione; l'atteggiamento della Cassazione, la quale ricomprende nell'area del giudicato, insieme con il tributo oggetto di contestazione, anche le annualità successive dello stesso, sembra volto a non costringere il contribuente a inseguire per ogni annualità il Fisco; mentre l'orientamento della Corte è volto a salvaguardare formalmente il principio del giudicato ma a consentire la riapertura della questione per le annualità successive, in modo da consentire di rimediare all'errata applicazione del diritto UE: un modo di ragionare, questo, forse più comprensibile dal giudice amministrativo, propenso a ragionare in termini di novità nella riedizione del potere (ammesso e non concesso però che quello tributario sia un potere amministrativo in senso tecnico).

Che sul tema del giudicato la Corte di giustizia sembri non volere affrontare fino in fondo le relative implicazioni problematiche si evince dalla più recente sentenza Pizzarotti 2014, in cui la Corte afferma ancora una volta l'intangibilità del giudicato ma invita il giudice a verificare l'esistenza di rimedi interni che consentano di tornare sulla decisione. Mentre nel giudizio nazionale, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sia in sede di ottemperanza, sia in sede di revocazione sulla stessa) non ha affrontato espressamente la questione ritenendo che all'esecuzione della sentenza residuassero spazi ai quali andava

applicato il diritto europeo sopravvenuto in virtù della sentenza della Corte.

## 5. Conclusioni.

Il discorso sin qui svolto - inevitabilmente schematico e lacunoso - induce a ritenere che la tutela giurisdizionale costituisce, 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. Nel quale il ruolo dei giudici si carica di opportunità e, conseguentemente, di responsabilità.

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" (Alberto 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 (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 contesto giuridico (e non solo) 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 almeno capiscono sempre ciò di cui parla l'altro.

Per la 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, volta 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; 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.

Ma non è solo questione giuridica. Come è stato osservato “la costruzione dell'edificio europeo non impone semplicemente una limitazione del vecchio concetto di sovranità, chiusa dall'orgoglio nazionalistico, ma implica una sovranità statale nuova, che presuppone e contemporaneamente richiede l'inserimento dello Stato in più vaste comunità internazionali e sovranazionali» (R. Caponi, La tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'U.E. nella cooperazione tra le corti: addio ai «controlimiti»? , in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 915 ss.).

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. 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 (Grossi).

La “crisi della fattispecie” (Irti) e la necessità di porgere un argine alla prorompente “fattualità” del diritto costituiscono così un problema non limitato a un singolo ordinamento nazionale. Mi sembra, infatti, evidente la rilevanza del fenomeno nella prospettiva del processo di integrazione giuridica europea: un noto storico belga del diritto, 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” che sappia finalmente risolvere nella prevedibilità il dilemma tra certezza e fattualità e che dia nuovo, e più concreto, impulso al processo di integrazione europea.



## LE PROSPETTIVE DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA TRA INTERVENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI\*

di Andrea Napolitano\*\*

273

**Sommario:** 1. Il ruolo dello Stato nell'economia. 2. L'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali. 2.1. Gli interventi normativi successivi alla sentenza della Corte Costituzionale n° 199/12. 3. La Legge 7 agosto 2015 n. 124. 4. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. 5. La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251 6. Brevi conclusioni.

### 1. Il ruolo dello Stato nell'economia.

L'intervento pubblico dell'economia inteso quale processo all'interno del quale forme giuridiche ed economiche si intersecano in un rapporto di reciproca dipendenza, può essere analizzato, in uno Stato costituzionale<sup>574</sup>, sia con riferimento alle attività ed alle organizzazioni pubbliche pensate per disciplinare, indirizzare e controllare dall'esterno i vari momenti del sistema economico, sia in relazione all'insieme delle strutture organizzative e funzionali utilizzate dai pubblici poteri grazie alle quali, gli stessi, partecipano in maniera diretta, o tramite ausiliari, ai processi di produzione e distribuzione della ricchezza<sup>575</sup>.

A differenza del primo modello, basato su un ruolo esterno del soggetto pubblico, nel secondo caso lo Stato agisce in maniera attiva diventando imprenditore cercando quindi di condizionare in maniera decisiva il mercato<sup>576</sup>.

---

\* Sottoposto a referaggio.

\*\* Dottore di ricerca in "Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli studi di Napoli "Parthenope".

<sup>574</sup> Cfr. P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

<sup>575</sup> Cfr. B. Cavallo, G. Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1983. 50.

<sup>576</sup> Cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; P. Barcellona, *Stato e mercato tra monopolio e democrazia*, Bari, 1976; F. Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, 105; V. Ottaviano, *Il governo dell'economia: i principi giuridici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, 185.

Come è noto, il ventesimo secolo è stato caratterizzato da un intenso intervento pubblico nell'economia che, in alcune fasi, è stato talmente rilevante e determinante da essere considerato una caratteristica dello Stato stesso.

Inoltre tale presenza ha accompagnato, senza soluzione di continuità, il susseguirsi dei periodi storici (liberale, totalitario e democratico) che hanno caratterizzato la storia italiana del secolo scorso.

Non essendo possibile in questa sede soffermarsi sulla presenza dello Stato nell'economia negli anni precedenti l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ci si limita ad evidenziare come tale periodo abbia influenzato in maniera determinante i processi che si sono avuti in un periodo successivo<sup>577</sup>.

Con l'approvazione della Costituzione italiana e l'affermarsi del principio di uguaglianza sostanziale, il ruolo dello Stato nell'economia si è inquadrato nella più ampia realizzazione dello Stato sociale di diritto<sup>578</sup>, in quanto considerato uno strumento volto ad eliminare gli squilibri economici oltre che sociali<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> Il primo significativo ingresso dello Stato italiano nell'economia si è avuto verso la fine del XIX secolo anche in considerazione dei profondi mutamenti sociali e dell'esigenza di garantire l'accesso a servizi pubblici in modo diffuso e accessibile. Per questi motivi viene quindi utilizzato un nuovo modello organizzativo, l'impresa pubblica, caratterizzata da un nucleo organizzativo e funzionale di beni e persone, volto alla gestione, in forma imprenditoriale, di una attività economica. Attraverso l'impresa pubblica lo Stato si prefiggeva un obiettivo limitato non tanto al conseguimento di utili economici quanto, piuttosto, alla direzione politica ed al controllo di un settore economico, quali, ad esempio, la conservazione dei livelli di occupazione, l'eliminazione degli squilibri e lo sviluppo economico generale. Per la parte che qui interessa si ricorda inoltre come l'avvento del periodo fascista possa essere ricordato per l'introduzione di una serie di strumenti di disciplina e di controllo dell'economia, caratterizzato da una forte limitazione dell'iniziativa economica dei privati in favore di un massiccio interventismo pubblico grazie anche alle nazionalizzazione ed all'utilizzo dell'ente pubblico economico, modello molto diverso dall'impresa organo precedentemente prevista in epoca giolittiana. La bibliografia su questi aspetti è molto ampia. Cfr., tra gli altri, G. Treves, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950; M.S., Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958; G. Amato, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Politica del dir.*, 1970, 448; V. Ottaviano, voce *Impresa pubblica*, in *Enc. Del dir.*, vol. XX, 1970; S. Valentini, *L'impresa pubblica. Lineamenti giuridici*, Milano, 1980

<sup>578</sup> Sul punto parte della dottrina ha osservato che “il concetto di Stato sociale non avrebbe nessun significato se isolato da quello di Stato di diritto, che è la linfa vitale della Costituzione. Lo Stato sociale è strettamente legato allo Stato di diritto, del quale costituisce l'ultima evoluzione, sul quale si fonda. La garanzia dello Stato sociale è costituita dallo Stato di diritto”, Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 30. Cfr. inoltre A. VILLANI, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula*, Macerata, 1966, secondo il quale “Lo Stato di diritto ha oggi, in questa nostra epoca, senso e possibilità solo se esso è, nel contempo, Stato sociale” e ancora che “Lo Stato sociale ha oggi, in questa epoca, senso e possibilità solo nella misura in cui sa nel contempo essere Stato di diritto”.

<sup>579</sup> Per un'analisi più approfondita della materia Cfr. G. DE MARIA, *Lo Stato sociale moderno*, Milano, 1946; A. M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc.dir.* II, Milano, 1964, 802, 8; P.G. GRASSO, *Osservazioni sullo Stato sociale nell'ordinamento italiano*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1965; M.S. GIANNINI, *Stato Sociale: nozione inutile*, in *Scritti in onore di Constantino Mortati*, Milano, 1977; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione Italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755; A. BALDASSARRE, *Lo Stato sociale, una formula in evoluzione*, Bari, 1982, 25; M. LUCIANI,

Come è noto, l'intervento pubblico dell'economia si presenta come un “*tipico e fruttuoso prodotto*” affermatosi negli Stati europei dalla diversa tradizione e civiltà giuridica, grazie al quale si è avuta una profonda trasformazione di istituti giuridici finalizzati propri a scopi sociali.

Nella Costituzione italiana del 1948 questa concezione trova la propria sistematizzazione negli articoli 2 e 3 ed in quelli che compongono e definiscono la Costituzione economica italiana<sup>580</sup>.

L'elemento che caratterizza tale impostazione è senza dubbio il principio di uguaglianza, punto cardine della nozione di Stato sociale, che nella Costituzione italiana trova formalizzazione nell'articolo 3, considerato una delle disposizioni più elaborate ed “*oggetto di esaltazioni e di critiche*”, all'interno del quale occorre volta per volta individuare il giusto punto di equilibrio tra divieto di discriminazione e necessità di differenziare le situazioni e gli *status*<sup>581</sup>.

Infatti, come viene da più parti sottolineato, l'intervento pubblico nell'economia può quindi rivenirsi nella ricerca degli strumenti volti a rimuovere o almeno attenuare le disuguaglianze derivanti da situazioni economiche e sociali, e nella eliminazione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana<sup>582</sup>.

---

*Sui diritti sociali*, Padova, 1995, 103; S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello Stato sociale*, in *Dir. soc.*, 1999, 163; P. BILANCIA - E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004; A. GIORGIS, *Diritto sociali*, in *Dizionario diritto pubblico*, Milano, 2009.

<sup>580</sup> Si rinvia sul punto al paragrafo 2. di questo capitolo.

<sup>581</sup> Cfr. sul punto G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 53. Cfr. inoltre C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La costituzione italiana*. Padova, 1954, 37, 66; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 422; V. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 147; ; L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 546; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 331; B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984, 150; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 483; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro. it.*, 1996, I, 1961; A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Polo dir.*, 2001, 168; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2005, I; M. MANETTI, *La libertà eguale nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. pubbl.*, 2009, 3, 635; C. PINELLI, *Il discorso nei diritti sociali tra Costituzione e diritto europeo*, in *Europea e dir. priv.*, 2011, 3, 401; U.G. ZINGALES, *Cronache costituzionali 2012*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 3, 781; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2015 ,1 , 89.

<sup>582</sup> Cfr. G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 54 secondo cui “*il diritto pubblico dell'economia studia pertanto la prima e l'ultima parte del I comma dell'art. 3, laddove si dice che “ tutti i cittadini hanno pari dignità sociale” e che “ sono eguali davanti alla legge senza distinzione.....di condizioni... sociali, formule di identico significato. Studia inoltre il secondo comma dell'art. 3 per la parte che recita “ è compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori dell'organizzazioni economica e sociale del paese”*. Cfr. inoltre sul punto F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1946; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; P.

Il ruolo dello Stato nell'economia ha subito, negli anni, un rilevante mutamento dovuto all'influenza della disciplina europea, che, già nei primi anni della Comunità Europea, si è prefissato l'obiettivo di tutelare la concorrenza e combattere le posizioni monopolistiche ed oligopolistiche, guardando quindi con sfavore ai possibili interventi pubblici nell'economia<sup>583</sup>.

L'ordinamento europeo, infatti, partendo da un'impostazione fondata sull'indifferenza in merito alla proprietà pubblica o privata delle imprese ha nel tempo spostato la sua attenzione verso una sempre maggiore affermazione del principio concorrenziale ed al conseguente ridimensionamento delle funzioni politiche di governo dell'economia.

Oltre ai dettati europei ed alle urgenti esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, un ulteriore elemento che ha influenzato il ruolo dello Stato nell'economia è stato, senza dubbio, la crescente utilizzazione dei capisaldi della teoria del c.d. *new public management* al processo di riorganizzazione del settore pubblico volti al miglioramento dell'efficienza della stessa amministrazione<sup>584</sup>.

Questo processo di “riordino” ha investito – si potrebbe dire “nuovamente”, dopo la fase di ridefinizione degli anni ‘90 – anche il settore delle imprese pubbliche, all’interno del quale, nel tempo, la differenza sostanziale tra società a totale e società a parziale

---

BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998; E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 6; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma- Bari, 2002;

<sup>583</sup> Cfr. G. Bognetti, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in AA.VV. *La Costituzione economica*, Padova, 1997; F. Coccozza, *Il diritto pubblico dell'economica nell'integrazione europea*, Roma, 2001; ID, *Incidenza del diritto delle Comunità europee sul diritto pubblico nazionale dell'economia*, in AA.VV., *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002; A. Papa, *Le imprese pubbliche tra Costituzione ed ordinamento comunitario*, in S. Labriola – A. Catelani (a cura di), *La costituzione materiale: percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, 2001; G. Tesaro, *Influenza della Comunità europea nei rapporti tra Stato ed economia*, in *Stato ed economia all'inizio del 21° secolo*, Bologna, 2002.

<sup>584</sup> Sul punto si ricorda inoltre che l'utilizzo di strumenti privatistici è stato previsto anche per sopperire alle inefficienze riscontrabili nelle prestazioni offerte da enti “mascherati” da aziende ma sostanzialmente pubbliche e per limitare la spesa pubblica in riferimento alla gestione e ai bilanci delle stesse amministrazioni pubbliche. Cfr. sul punto M.T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; E. MELE, *Procedimento amministrativo, i segni di una crisi*, in *Foro amm.*, 1991, 1855; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995 16 ss.; S. CASSESE, *La riforma amministrativa in Europa e in Italia*, in *La modernizzazione dello Stato*, Milano, 2002, 13.E. MELE, *Le società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003; S. DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000; E. PICOZZA, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010.

partecipazione pubblica si è manifestata in modo sensibile anche grazie alla definizione di ipotesi differenziate per categorie specifiche di esse<sup>585</sup>.

Negli stessi anni, il fenomeno delle privatizzazioni, caratterizzato non solo dalla vendita di alcune imprese pubbliche, ma soprattutto dalla prima sistematizzazione della materia<sup>586</sup>, ha definitivamente obbligato all'utilizzo della forma societaria quale strumento necessario per definire il ruolo dello Stato nell'economia<sup>587</sup>.

Infine, nonostante vi sia stata nel tempo l'introduzione di nuovi istituti idonei volti a disciplinare specifici aspetti della materia<sup>588</sup>, si è formato un generale orientamento, confermato dai recentissimi interventi legislativi, basato su una forte limitazione alla costituzione di società da parte di soggetti pubblici e sulla dismissione di quelle già detenute dalle amministrazioni<sup>589</sup>.

<sup>585</sup> Il riferimento è ad una normativa complessa caratterizzata da un modello di natura privatistica limitato da specifici limiti o deroghe imposte dal diritto amministrativo a garanzia delle esigenze della sfera pubblica. Cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2009, 794. Secondo l'Autore “la disciplina speciale dettata per le società pubbliche non ha assunto, almeno per ora, le caratteristiche di un sistema conchiuso e a se stante, ma continua ad apparire come un sistema di deroghe alla disciplina generale, se pur con ampio ambito di applicazione. Non a caso la disciplina generale viene riaffermata per le società quotate, per le quali la natura di soggetti sottoposti interamente al mercato funge da diaframma contro l'intrusione delle regole pubblicistiche. Anche per le altre società le norme impongono, in ogni caso, specifici obblighi e non un regime giuridico completo e autosufficiente e, per l'appunto, occorre una norma che imponga l'obbligo in deroga alla generale disciplina codicistica”; C. IBBA, *Le società pubbliche*, Torino, 2011, 5; F. LUCIANI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Giustamm.it*, 2012, 16.

<sup>586</sup> Il riferimento è al Decreto Legge 5 dicembre 1991 n° 386, *Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni patrimoniali suscettibili di gestione economica*, convertito in legge 29 gennaio 1992 n° 35.

<sup>587</sup> Decreto Legge 5 dicembre 1991 n° 386, *Trasformazione degli enti pubblici economici, dismissione delle partecipazioni statali ed alienazione di beni suscettibili di gestione economica*, convertito senza modificazioni in legge 29 gennaio 1992 n° 35.

<sup>588</sup> Per un'analisi accurata ed esaustiva degli istituti di cui sopra, si rinvia, tra gli altri, a G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. delle società*, 2005, 999; G. CORSO - P. SAVONA, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2, 2006, 197; M. CAMMELLI - M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 29.

<sup>589</sup> Infatti, da un'analisi delle disposizioni degli ultimi anni si evidenzia il “radicale mutamento di indirizzo” secondo cui “il principio ordinatore della materia deve essere quello non già della libertà – rectius, della capacità generale dell'ente pubblico ad assumere la qualità di socio bensì quello opposto della preclusione all'utilizzazione della forma societaria salve limitate eccezioni predeterminate dalla legge”<sup>589</sup>, idoneo a segnare il “tramonto delle partecipazioni pubbliche Cfr. C. IBBA, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in G.C. FERONI (a cura di) *Il partenariato pubblico- privato*, Torino, 2011, 94. Come si avrà modo di evidenziare in seguito, si tratta di un'affermazione che potrebbe essere contraddetta dal panorama giuridico attuale, caratterizzato da un definitivo ritorno allo strumento delle imprese pubbliche e dalla considerazione secondo cui le società a partecipazione pubbliche, nonostante abbiano vissuto momenti di declino, non sono mai del tutto “tramontate”.

La distinzione tra società pubbliche e quelle private è proporzionalmente marcata in riferimento all'ipotesi in cui l'attività economica dell'ente sia finalizzata in via diretta alla cura di interessi generali. Si tratta, infatti, di una società che, agendo nella sfera pubblica in veste di amministrazione pubblica ma in forma privatistica, condiziona gli interessi commerciali della società fino ad annullarli in favore degli obiettivi di natura



## 2. L'evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali.

L'utilizzo dello strumento societario da parte di soggetti pubblici ha avuto una prima e decisiva legittimazione a livello locale grazie alla legge n. 142 del 1990<sup>590</sup> che ha segnato, senza dubbio, un importante passo, confermato successivamente<sup>591</sup>, verso una significativa trasformazione degli strumenti di gestione dei servizi pubblici locali attraverso la definizione del modello della società per azioni a capitale pubblico maggioritario<sup>592</sup>.

pubblicista perpetrati dal socio pubblico, senza però limitare in maniera eccessiva il carattere economico dell'azione svolta. Questa ipotesi si avvicina alle definizioni europee di organismo di diritto pubblico e di impresa privata, all'interno delle quali rientrano le società che agiscono in ambito pubblicistico ed, essendo qualificata quale amministrazione pubblica in senso sostanziale, sono disciplinate dalla disciplina speciale in materia di contratti pubblici quali amministrazioni pubbliche aggiudicatrici o enti aggiudicatori. Cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 273; F. LUCIANI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, cit. Al contrario, questa differenza tende ad attenuarsi nei casi di società di diritto privato a partecipazione pubblica che agiscono al confine con la sfera privatistica, ipotesi in cui le stesse utilizzano risorse pubbliche ma i cui obiettivi di interesse generale non risultano prevalenti rispetto a quelli economici della società. Cfr. tra i tanti: D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del ventunesimo secolo*, cit., 1; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.* 2010, 313; G. DI GASPARÉ, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2010; R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 315 ss.

<sup>590</sup> Legge 8 giugno 1990, n° 142, "Ordinamento delle autonomie locali". Cfr. P. POLIMANTI, *Le principali novità nei servizi pubblici locali. Alcuni aspetti problematici della riforma*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)

<sup>591</sup> Come è noto, infatti, il legislatore intervenuto successivamente sul punto con l'articolo 12 della legge n° 498/92 aggiungendo al modello societario già previsto, quello caratterizzato dal capitale pubblico di minoranza e dalla maggioranza assoluta detenuta da un socio privato, stabilendo, per questo motivo, una procedura ad evidenza pubblica idonea all'individuazione dello stesso. Cfr. Legge 23 dicembre 1992, n° 498, "Interventi urgenti in materia di finanza pubblica". Al riguardo si ricorda inoltre come il legislatore abbia inoltre previsto, con la legge n° 127/97, la possibilità di costituire società a responsabilità limitata, l'affidamento diretto del servizio a società costituite *ad hoc* o già preesistenti ed al tempo stesso una espressa scelta compiuta in favore del societario a discapito delle aziende speciali Cfr. Legge 15 maggio 1997, n° 127 "Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo".

<sup>592</sup> Al riguardo si ricorda inoltre la trasformazione delle società municipalizzate in aziende speciali o in enti pubblici economici funzionalmente legati all'amministrazione ma dotati, al tempo stesso, di propria personalità giuridica. Nello specifico, l'articolo 23 della legge n° 142/90 ha definito l'azienda speciale quale "ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto approvato dal Consiglio comunale o provinciale". La strumentalità dell'azienda speciale è indicativa del fatto che l'ente locale si serve della stessa per la gestione del servizio, e quindi, per la soddisfazione delle esigenze della collettività. L'attribuzione della personalità giuridica rende l'azienda speciale un soggetto a sé stante, in quanto essa non è più un organo dell'Ente locale, come lo era l'azienda municipalizzata, poiché l'autonomia imprenditoriale di cui è dotata consente all'azienda di non essere più organo d'esecuzione ma una vera e propria azienda soggetta alle disposizioni del codice civile. Infatti, agli Enti locali è stata attribuita la facoltà di decidere se gestire i servizi pubblici mediante esternalizzazione a privati "quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale", in economicità "per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio", attraverso l'azienda speciale, "anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale" ed infine attraverso società di capitali a prevalente partecipazione pubblica.

La materia ha poi subito, verso la fine degli anni '90, una successiva evoluzione dettata dalle prime decisioni della Corte di Giustizia e dall'approvazione del c.d. Testo Unico degli Enti locali<sup>593</sup>, che nel definire le forme di gestione dei servizi pubblici, ha previsto l'affidamento diretto del servizio, la possibilità di concentrare in un unico soggetto la proprietà e la gestione dello stesso, ed, infine l'utilizzo del modello societario da parte delle amministrazioni locali.

Nello specifico, infatti, l'art. 113 del Testo unico, ha affidato ai Comuni ed alle Province la facoltà di provvedere alla gestione dei servizi pubblici anche *“a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati”*<sup>594</sup>.

Si tratta di una disposizione che ha segnato un sostanzioso distacco con la precedente impostazione vista la concreta apertura del settore al mercato concorrenziale<sup>595</sup>.

Nonostante l'elemento innovativo, il legislatore è dovuto intervenire nel 2003<sup>596</sup>, in conseguenza dei dubbi sollevati dalle istituzioni europee sulla mancata conformità delle disposizioni nazionali a quelle europee in materia di appalti e concessioni di pubblico servizio.

Sul punto parte della dottrina ha sottolineato come l'affidamento diretto non sia stato in grado di sortire gli effetti sperati, rinvenibili nella volontà di indirizzare la materia verso una liberalizzazione del settore<sup>597</sup>, dal momento che era consentita ad un'amministrazione pubblica la possibilità affidare la gestione di un servizio in via diretta a società a capitale

<sup>593</sup> Decreto Legislativo, 18 agosto 2000, n° 267, *“Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”*.

<sup>594</sup> Com'è noto questa disposizione è stata poi abrogata dall'articolo 12 comma 1 lettera a del Decreto del Presidente della Repubblica, 7 settembre 2010, n° 168.

<sup>595</sup> Cfr. G. PITALIS, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in *Gius. Amm.*, 2002, 1476. Sul punto si ricorda, inoltre, l'atto di messa in mora 8 novembre 2000 n° 2184/1999 inviato dalla Commissione allo Stato italiano con il quale si è sindacato la legittimità dell'ampiezza degli affidamenti diretti presenti nella disciplina interna relativa alla gestione dei servizi pubblici locali, Cfr. inoltre I. SECCO, *La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it).

<sup>596</sup> Legge 24 novembre 2003, n. 326 *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici”*. Legge 24 dicembre 2003, n. 350, *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)”*

<sup>597</sup> Cfr. sul punto G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Napoli, 2005, 81, secondo cui la normativa in esame, oltre a segnare un vero e proprio passo indietro, risulta anche contraria alle disposizioni europee e V. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, 185, il quale evidenzia come queste disposizioni fossero contrarie alla corposa elaborazione giurisprudenziale, che ha permesso di circoscrivere progressivamente i monopoli e ha consentito di subordinare la legittimità degli interventi pubblici diretti ad occupare e precludere interi spazi di mercato al rispetto dei principi di proporzionalità e residualità, quali strumenti di tutela dei valori e delle libertà dell'Unione.



interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale avessero esercitato sulla società *“un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'Ente o con gli Enti pubblici che la controllano”*<sup>598</sup>.

Proprio la consacrazione del modello dell'*in house* nell'ordinamento nazionale è stata considerata il vero punto *dolens* della riforma del 2003 poichè, mentre la giurisprudenza europea considerava l'affidamento diretto, in quel periodo storico, l'eccezione alla regola della procedura ad evidenza pubblica, il legislatore italiano lo intendeva quale ipotesi da preferire allo strumento della gara pubblica.

Inoltre, le procedure di infrazione aperte nei confronti dell'Italia per la lesione della tutela della concorrenza e le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica hanno spinto il legislatore nazionale ad inaugurare un'impostazione fortemente restrittiva dello strumento societario da parte dei soggetti pubblici che sembrerebbe aver trovato il proprio punto di approdo nei recentissimi provvedimenti normativi di cui si avrà modo di parlare.

Il primo intervento che ha inaugurato questo filone legislativo è senza dubbio l'articolo 13 del D.L. n°223/06<sup>599</sup> con il quale si è limitato l'utilizzo delle società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate da parte delle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali<sup>600</sup>, differenziando, quindi, tali società da quelle indirizzate verso l'esercizio di attività di impresa in favore del mercato<sup>601</sup>.

<sup>598</sup> Cfr. Articolo 113 comma 5 T.U.E.L. come modificato dall'articolo 14, decreto legge n°269/03 convertito in legge n°326/03.

<sup>599</sup> Decreto Legge, 4 luglio 2006, n° 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n° 248. Per un'analisi più approfondita si rinvia a B. CARAVITA DI TORITTO, *È veramente pro- concorrenziale l'art 13 del decreto Bersani I?* in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2007; A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del Decreto Bersani ed art. 23-bis del d.l. 112/08*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 741.

<sup>600</sup> Per il Consiglio di Stato si può parlare di strumentalità *“allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo”* Cfr. Consiglio di Stato, 7 luglio 2009, n° 4346, *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1727.

<sup>601</sup> Tale disposizione, introdotta allo scopo di tutelare la concorrenza ed evitare ingiustificate distorsioni del mercato, ha previsto, ai fini di una effettiva efficacia della stessa, che decorso un ampio termine dalla sua entrata in vigore, sarebbero dovute cessare tutte le attività non consentite e che i contratti stipulati in violazione delle nuove regole sarebbero stati colpiti da nullità. La scelta, in questo caso, si è dimostrata più restrittiva di quanto previsto dalla normativa europea (che non chiedeva l'esclusività dell'attività svolta in favore dell'amministrazione di riferimento, ma la sola prevalenza), inducendo, per questo motivo, parte della dottrina a ritenere tale disposizione ai limiti della costituzionalità. Cfr. A. BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del “ decreto Bersani” e art. 23 bis del d.l. 112/08*, in *Urb., e app.*, Padova, 2009, 6, 741, secondo cui tale disposizione potrebbe ritenersi ai limiti della legittimità costituzionale in considerazione di questa irragionevole limitazione che si pone in contrasto con le regole europee.

Dello stesso periodo è la c.d. Legge Finanziaria per il 2008<sup>602</sup>, improntata verso un importante contenimento dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, giustificato dalla necessità di tutelare la concorrenza evitare una “ fuga verso il privato” da parte degli enti pubblici<sup>603</sup>.

Nell’analizzare gli interventi del legislatore in materia non può non tenersi conto dell’articolo 23 bis del decreto legge n°112/08<sup>604</sup>, una delle disposizioni e controverse con la quale si è limitato l’utilizzo dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche a casi strettamente tipizzati<sup>605</sup>.

Come è noto l’impianto normativo è stato oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale, che si è occupata della questione prima nella sentenza n° 325/2010, che ha stabilito la conformità dello stesso con i principi europei riferiti alla realizzazione di uno

<sup>602</sup> Legge 24 dicembre 2007 n° 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato ( legge finanziaria 2008)*.

<sup>603</sup> Cfr. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253; A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 79 ss. S. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica: i riflessi sistematici dell’art. 3, comma 27 e ss. della l. 24 dicembre 2007 n.° 244 in materia di attività di impresa e di gruppo, partecipazione sociale e responsabilità degli amministratori*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>604</sup> Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria” convertito con Legge 6 agosto 2008, n. 133 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”.

<sup>605</sup> La disposizione ha come è noto stabilito che “Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società di qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità del socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%”. Per questo motivo, quindi, la deroga rappresentata dal modello dell’ *in house providing* era utilizzabile nei casi di particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali o geografiche del contesto territoriale di riferimento che non consentivano “ un efficace e utile ricorso al mercato”. Il quarto comma dell’articolo 23 bis ha stabilito che, in tali circostanze, l’ente avrebbe dovuto “dare adeguata pubblicità della scelta, motivandola in base ad un’analisi di mercato e trasmettendo una relazione contenente gli esiti della suddetta verifica all’ Antitrust e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l’espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro 60 giorni dalla ricezione della predetta relazione”. Si è trattato di uno strumento previsto per limitare il potere discrezionale affidato all’amministrazione, idoneo alla definizione di una “deroga illimitata”. Non avendo natura vincolante, in caso di parere negativo da parte dell’autorità di riferimento, l’ente locale sarebbe potuto ricorrere ugualmente all’affidamento diretto senza poter essere sanzionato.

mercato unico basato sulla concorrenza<sup>606</sup> e, successivamente, con la sentenza n°24/11<sup>607</sup> con cui ha dichiarato la legittimità costituzionale del quesito referendario del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 che, come è noto, ha portato all'abrogazione del già ricordato articolo 23 bis<sup>608</sup>.

In conseguenza dell'esito referendario, al fine di colmare il vuoto normativo creatosi in materia, il legislatore ha approvato l'articolo 4 del decreto legge n° 138/11<sup>609</sup> con il quale ha però riproposto quanto già previsto dalla disposizione abrogata, basata sull'esternalizzazione del servizio a privati e sull'affidamento dello stesso a società miste, relegando ad ipotesi strettamente residuali l'utilizzo del modello *in house*.

Per questo motivo, la stessa è stata oggetto di sindacato da parte della Corte Costituzionale che, con sentenza n° 199/12<sup>610</sup>, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione

<sup>606</sup> Corte Costituzionale, 17 novembre 2010, n° 325, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1774. Cfr. A. LUCARELLI, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it). Secondo i giudici le disposizioni in esame erano caratterizzate dalla limitazione di casi di affidamenti diretti, che non impedivano “*del tutto all'ente pubblico la gestione di un servizio locale di rilevanza economica, negandogli ogni possibilità di svolgere la sua “speciale missione” pubblica (come si esprime il diritto comunitario), ma trova, tra i molti possibili, un punto di equilibrio rispetto ai diversi interessi operanti nella materia in esame*”. I giudici inoltre hanno ritenuto ragionevole, nonché proporzionale e giustificata alla finalità perseguita, la normativa più rigorosa di quella europea non essendo per questo illegittima, intendendo contemperare la regola della tutela della concorrenza con le eccezioni riconducibili al perseguimento della speciale missione pubblica da parte dell'ente locale. Sul punto si ricorda, inoltre, come la Corte si sia soffermata anche sulla condizione che al socio privato era attribuita “una partecipazione non inferiore al 40%” ritenendola pienamente compatibile con la disciplina europea stabilendo come “tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, come sopra ricordato, ma neppure vietata), si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue, anche in questo caso, la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria”.

<sup>607</sup> Corte Costituzionale 26 gennaio 2011, n° 24, in *Giur. Cost.*, 2011, I, 247, con nota di A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*.

Come è noto, in quell'occasione i giudici di legittimità costituzionale hanno evidenziato che l'abrogazione della norma suddetta non avrebbe comportato una *vacatio legislativa* in quanto sarebbe risultata applicabile la normativa e i principi europei idonei a garantire la regolazione della materia ed il rispetto del principio della concorrenza.

<sup>608</sup> In conseguenza dell'esito referendario si è, quindi, nuovamente attribuita alle amministrazioni locali, in piena conformità con l'ordinamento europeo, la facoltà di scegliere, senza restrizioni o limitazioni, lo strumento ritenuto più idoneo per la gestione di un servizio pubblico. Cfr. sul punto G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA, S. RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 5 febbraio 2010.

<sup>609</sup> Decreto Legge, 13 agosto 2011, n° 138 convertito con Legge 14 settembre 2011, n. 148, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*.

<sup>610</sup> Corte Costituzionale, 20 luglio 2012, n°199, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 2900.

dell'articolo 75 della Costituzione vista la riproposizione della normativa abrogata dal referendum del 2011<sup>611</sup>.

In quella occasione, il giudice delle leggi non si è limitato a sindacare la violazione della norma costituzionale ma ha affrontato nel merito la questione in riferimento alla *ratio* del legislatore, indirizzata verso un drastico contenimento ed, in alcuni casi, soppressione di società pubbliche, contrastante con la volontà espressa dai cittadini nel 2011.

Secondo i giudici, infatti, la disposizione sindacata è risulta essere collegata ad una *“una normativa generale di settore inerente a quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica”* volta a *“restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto, e in particolare, di gestione in house dei servizi consentite solo in casi eccezionali o al ricorrente di specifiche condizioni”*.

Nello stesso modo la Corte ha sottolineato la volontà di ridurre le ipotesi di affidamento diretto oltre i limiti prescritti dalla normativa europea che *“consente anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la speciale missione dell'ente pubblico alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria”*.

Da un'attenta analisi dell'evoluzione normativa sul punto può quindi sottolinearsi come la *ratio* degli stessi sia indirizzata verso un'eccessiva tutela e rispetto di principi di derivazione europea<sup>612</sup> che vada a discapito della disposizioni costituzionali in materia<sup>613</sup>.

---

<sup>611</sup> Sul punto la stessa Corte si è pronunciata per affermare il divieto del sostanziale ripristino della normativa abrogata con referendum nelle sentenze n° 32 e 33/ 1993, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). La Corte sul punto ha sottolineato che *“un simile vincolo derivante dall'abrogazione referendaria si giustifica alla luce di un'interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'articolo 75 Cost. venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto”*.

<sup>612</sup> Nella stessa tutela dei principi europei in materia, si evidenzia come il legislatore interno abbia deciso di anteporre i principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi a discapito di quello di coesione economico - sociale e territoriale ex artt. 14 e 106 TFUE, disposizioni che nell'art. 23 bis non risultano essere neanche menzionate.

<sup>613</sup> Parte della dottrina ha definito tale scelta idonea a contribuire *“alla caratterizzazione più profonda del nostro modello di Stato sociale”*. A. LUCARELLI, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 3-4, 2008, 389.

Per questo motivo, attenta dottrina ha evidenziato la palese strumentalizzazione del principio della concorrenza da intendersi quale strumento per il perseguimento di un interesse generale e non come sinonimo del principio della c.d. coesione sociale e degli altri diritti fondamentali coinvolti in materia<sup>614</sup>.

Analizzate le disposizioni di cui sopra, la stessa dottrina ha definito queste ultime frutto di “un’ipocrisia legislativa”, puntando l’attenzione sulla circostanza secondo cui la normativa europea non impone agli Stati membri soluzioni come quella italiana che invece risulta essere basata su un progressivo indebolimento del diritto pubblico e sul tradimento dei principi pensati dal nostro Costituente<sup>615</sup>.

## 2.1. Gli interventi normativi successivi alla sentenza della Corte Costituzionale n° 199/12.

Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n°199/12, al fine di colmare il vuoto legislativo in materia, il legislatore è intervenuto nuovamente, anche se in maniera indiretta, con l’emanazione dell’articolo 34 del c.d. Decreto *Crescita bis*<sup>616</sup>, convertito con modificazioni dalla legge n° 221/12<sup>617</sup>

La disposizione in esame, in attuazione e nel rispetto della disciplina europea della parità degli operatori nonché del principio di economicità della gestione e di adeguata informazione, ha previsto che l’affidamento di un servizio pubblico ed il possibile utilizzo dello strumento societario da parte dell’amministrazione per la gestione dello stesso

<sup>614</sup> Parte della dottrina, sottolinea, inoltre, una notevole differenza anche da un punto di vista simbolico tra la nozione di “servizi pubblici essenziali” e “livelli essenziali di prestazioni” riconducibili a servizi pubblici di rilevanza economica, in considerazione del fatto che, solo nel primo caso il principio della essenzialità appare effettivamente riconducibile al servizio a differenza della seconda ipotesi, in cui lo stesso può essere ritenuto derogabile e mutevole. Cfr. L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 143.

<sup>615</sup> A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma, 2013, 32; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 141. Gli interventi legislativi hanno messo in crisi l’idea tradizionale dello Stato, in quanto improntati su un eccessivo allontanamento dello stesso da funzioni di responsabilità in settori strategici, visto anche l’eccessivo strapotere delle ragioni di mercato e profitto, ritenuti quali elementi fondamentali dal legislatore per soddisfare i diritti fondamentali. Si è trattato di un nuovo periodo di privatizzazioni caratterizzato da un’importante dismissione di spazi e competenze tradizionalmente rientranti nella sfera pubblica a benefici di interessi privati

<sup>616</sup> Decreto Legge, 18 ottobre 2012, n° 179.

<sup>617</sup> Legge 17 dicembre 2012, n. 221, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese.*

dovessero avvenire sulla base di un'apposita relazione da pubblicare sul sito internet dell'ente affidante<sup>618</sup>.

Si tratta di una scelta improntata sulla volontà di assicurare, agli enti locali, la facoltà di scegliere le modalità del servizio da utilizzare per l'affidamento e la gestione di un pubblico servizio, nel rispetto dei principi europei di concorrenza, libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi come pure quelli di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Il fenomeno delle società partecipate dallo Stato per la gestione dei servizi pubblici è stato inoltre oggetto di attenzione dal legislatore per quel che riguarda i costi e la ricaduta del loro funzionamento sulle risorse pubbliche<sup>619</sup>.

Nello specifico, con la legge n° 147/2013<sup>620</sup> il legislatore ha preso in considerazione ed ha accomunato alcune tipologie di soggetti sottoposti a differenti regimi giuridici quali sono società di diritto privato come le società e soggetti pubblici come le aziende speciali o

<sup>618</sup> Il legislatore ha previsto che questa relazione debba essere redatta dall'autorità o dall'ente di governo e debba risultare idonea a definire i requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la scelta del modello prescelto, motivare la scelta della forma di affidamento prescelto, con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonchè contenere un piano economico-finanziario idoneo ad assicurare la realizzazione degli interventi strutturali necessari da parte del soggetto affidatario.

<sup>619</sup> Il riferimento è ad esempio, tra i tanti, al Decreto Legge 24 gennaio 2012 n°1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n°27, *Conversione in legge, con modificazione, del decreto legge, 24 gennaio 2012, n°1 recante Disposizioni per urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*. Un altro intervento normativo la cui ricaduta può essere collegata alle società a partecipazione pubblica (in modo particolare sull'aspetto finanziario del loro funzionamento) è stato il c.d. Decreto *Spending Review*, con il quale è stata prevista una singolare procedura di scioglimento per le c.d. *società controllate direttamente o indirettamente dalle Pubbliche amministrazioni* con fatturato, da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni, superiori al 90% dell'intero fatturato. Decreto Legge 6 luglio 2012 n°95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misura di rafforzamento patrimoniale delle imprese nel settore bancario* convertito con modificazioni con legge 7 agosto 2012 n° 135. Per un'analisi completa di vedano sul punto: S. FANTINI, *Le novità della spending review*, in *Urb. e app.*, 2012, 11, 1115; G. GUZZO, *La disciplina dei spl di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni*, 28 novembre 2012, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

<sup>620</sup> Legge, 27 dicembre 2013, n° 147, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, (Legge di Stabilità 2014). L'ambito soggettivo previsto dalla disposizione, in particolare all'articolo 1, comma 550, risulta più ampio anche di quello di società partecipata in considerazione del fatto che si riferisce "alle aziende speciali, alle istituzioni e alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni locali indicate nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n° 196". Il riferimento è all'elenco annuale dell'Istat che ha natura meramente ricognitiva e non esaustiva delle stesse, all'interno del quale sono inserite tra le amministrazioni pubbliche locali, non solo le province e i comuni ma anche le regioni e le province autonome, nonché le regioni a statuto speciale e gli enti locali presenti in queste ultime. Cfr. sul punto L. CIMBOLINI, *Legge di stabilità. Le nuove regole. Perdite, platea da ridefinire per vincoli sulle partecipate*, in *Norme e tributi*, Milano, 2013; G. TROVATI, *La legge di stabilità. Partecipate, dismissioni addio. Enti obbligati ad accantonare riserve se la società è in perdita*, Milano, 2013.



soggetti dotati di autonomia giuridica e privi di qualsiasi autonomia giuridica, come le istituzioni.

Inoltre, con tale disposizione il legislatore ha offerto, alle amministrazioni pubbliche vincolate dalle stringenti normative precedenti, una transitoria e straordinaria opportunità per “uscire” dalle compagini societarie, ritenute non strettamente necessarie per il conseguimento delle finalità istituzionali<sup>621</sup>.

In continuità con la *ratio* degli ultimi interventi legislativi volti alla razionalizzazione delle società partecipate, si ricordano, inoltre, il decreto legge n° 90/14<sup>622</sup>, con il quale si è data parziale attuazione al *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, il c.d. Piano Cottarelli, e la “legge di Stabilità per il 2015”<sup>623</sup>, strumento normativo piuttosto articolato, volto alla riorganizzazione ed al riordino dei servizi pubblici locali sul territorio.

Nel primo caso il legislatore, è ritornato ad occuparsi delle società partecipate, sulla base di quanto previsto dal “Piano Cottarelli”, differenziandosi da quest’ultimo da un punto di vista soggettivo, in relazione alle amministrazioni pubbliche, agli enti, e agli organismi strumentali su cui intervenire<sup>624</sup>.

In riferimento, invece, alla c.d. Legge di stabilità per il 2015, la *ratio* di tale normativa può rinvenirsi, non solo nel coordinamento della finanza pubblica, in quello di contenimento della spesa, di buon andamento dell’azione amministrativa e di tutela della concorrenza e

---

<sup>621</sup> Si tratta di una disposizione che non è immune da criticità, tanto da parte delle amministrazioni pubbliche, quanto da parte delle società partecipate. Il comma 569 ha disposto, infatti, che il termine previsto dalla normativa precedente per la dismissione della partecipate fosse prorogato oltre i quattro mesi successivi dalla data di entrata in vigore della legge n° 147/2013. La società partecipata, inoltre, nei successivi dodici mesi dalla cessazione era obbligata a liquidare in denaro il valore della quota del socio cessato, in base ai criteri stabiliti ex art. 2473 *ter* comma 2. Si tratta dei casi di recesso dalle s.p.a., che prendono in considerazione la “consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell’eventuale valore di mercato delle azioni”. Cfr. M. ROSSI, *Società partecipate, la legge di stabilità rafforza l’obbligo di dismissione di cui alla legge n° 244707 tra luci ed ombre*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 1, 2014.

<sup>622</sup> Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*. convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, *Conversione in legge, con modificazione, del decreto legge 24 giugno 2014, n° 90 recante misure urgenti per la semplificazione la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari*. Cfr. F. DI CRISTINA, *Un programma di razionalizzazione delle società partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2014, 1174.

<sup>623</sup> Legge 23 dicembre 2014, n° 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*.

<sup>624</sup> In modo particolare, mentre nella disposizione iniziale si faceva riferimento alle “amministrazioni locali”, nella legge di stabilità il novero dei soggetti interessati è stato fortemente esteso essendo state ricomprese anche “Le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, gli Enti locali, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali”. Al contrario, la stessa normativa ha ristretto il proprio raggio d’azione esclusivamente alle società ed alle partecipazioni societarie a differenza di quella precedente destinata non solo alle società partecipate, anche in via diretta, ma anche alle istituzioni ed alle aziende speciali.



del mercato, ma anche e soprattutto nell' espressa volontà di razionalizzare le società a partecipazione pubblica, perseguendo, per questo motivo, migliori condizioni di efficienza nel settore dei servizi pubblici<sup>625</sup>.

Infine si ricorda come i commi 611<sup>626</sup> e 612<sup>627</sup> dello stesso provvedimento normativo, il legislatore abbia inoltre disciplinato i criteri informativi che devono essere seguiti dalle amministrazioni locali in fase di razionalizzazione delle proprie partecipazioni societarie, basati su previsioni normative specifiche indirizzate verso un utilizzo ancora più rigoroso dello strumento societario<sup>628</sup>.

<sup>625</sup> Al fine di dare attuazione a tali obiettivi il legislatore ha individuato in modo analitico gli strumenti idonei al perseguimento di tale scopo riscontrabili nella: eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni; aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, con l'obiettivo di accrescere la dimensione e di favorire il conseguimento di economie di scala ed infine il contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali e la riduzione delle relative remunerazioni. Cfr. M. ROSSI, *Partecipate, nuove disposizioni dalla legge di stabilità*, in *Le società partecipate dagli Enti locali dopo la legge di stabilità 2015*, Rimini, 2015, 102.

<sup>626</sup> Da un'analisi attenta delle previsioni normative si evidenzia come il comma 611 individui le finalità perseguite, affermando la necessità di avviare un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute in modo da prevederne una loro riduzione. Tale azione, deve tenere conto dei cinque criteri previsti dalla norma rinvenibili nella 1) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali anche mediante messa in liquidazione o cessione; 2) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiori a quello dei dipendenti; 3) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni o di internalizzazione delle funzioni; 4) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica; 5) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

<sup>627</sup> In quest'occasione il legislatore ha sostenuto come la razionalizzazione delle partecipazioni societarie, debba essere realizzata attraverso un processo che tenga conto della scadenza del 31 marzo 2015, data in cui dovranno essere predisposti i relativi piani di razionalizzazione delle partecipazioni dirette ed indirette, con l'indicazione dei tempi e delle modalità nonché i relativi risparmi da conseguire. I prospetti dovranno essere successivamente trasmessi alla sezione di controllo competente della Corte dei Conti che dovrà valutarne la correttezza sotto il profilo contabile, finanziario ed economico.

Nello stesso modo, entro il 31 marzo 2016 dovranno essere predisposte delle relazioni aventi ad oggetto i risultati conseguiti, da inviare ai giudici contabili competenti ad intervenire con tempestività ed efficacia, in caso di possibili inadempimenti.

<sup>628</sup> La scelta di utilizzare lo strumento societario deve quindi essere dettagliatamente motivata, individuandone le ragioni complessive, tenendo conto della convenienza e delle conseguenze sulla gestione economico- finanziaria e patrimoniale degli enti proprietari e della loro conformità alla normativa europea.

### 3. La Legge 7 agosto 2015 n° 124.

La disciplina riguardante le società a partecipazione pubblica è stata di recente fortemente influenzata da quanto previsto dalla c.d. Legge Madia<sup>629</sup>, avente ad oggetto non solo un'ampia riorganizzazione della Pubblica amministrazione statale della disciplina del lavoro pubblico, ma anche, per la parte che qui interessa, la ridefinizione di materie oggetto di “stratificazioni normative” tra cui rientra a pieno titolo quella in esame.

Nello specifico, dall'analisi del testo della stessa può infatti evidenziarsi come tra gli obiettivi prefissati rientri il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare, inoltre, la chiarezza, la semplificazione normativa e la tutela e la promozione della concorrenza (articolo 18)<sup>630</sup>.

<sup>629</sup> Legge 7 agosto 2015, n° 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*. Si tratta di una legge delega con la quale si obbliga il Governo all'adozione di Decreti legislativi aventi ad oggetto il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e i connessi profili di organizzazione amministrativa, le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale. L'articolo 16 dispone inoltre che il Governo dovrà attenersi a determinati principi e criteri generali, quali l'elaborazione di un Testo Unico in ciascuna materia, l'eliminazione di eventuali incompatibilità tra norme che disciplinano la medesima fattispecie, l'aggiornamento delle procedure attraverso l'utilizzazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione al fine di agevolare anche i cittadini e le imprese oltre al rispetto dei principi e criteri previsti per i tre settori specifici.

<sup>630</sup> Nello specifico, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della disposizione il Governo avrebbe dovuto adottare il decreto legislativo tenendo conto della: 1) distinzione tra tipi di società per attività svolta, misura e qualità della partecipazione, modalità di affidamento ed individuazione della relativa disciplina; 2) ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione, assunzione e mantenimento di società da parte della P.A. in attuazione della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche; 3) definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate, nonché dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli Organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, nonché dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli Organi di amministrazione e controllo delle società; 4) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisiti ed il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, rapportando, inoltre, la determinazione del compenso economico variabile degli Amministratori ai risultati positivi o negativi raggiunti; 5) del consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari con possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo e regolazione dei flussi finanziari tra amministrazione pubblica e società partecipate; 6) della promozione della trasparenza e dell'efficienza e coordinamento tra disciplina pubblicistica e privatistica al fine di eliminare inutili sovrapposizioni. Nella stessa disposizione il legislatore ha inserito specifici criteri di delega anche con riferimento alle sole società partecipate dagli enti locali per i quali dovranno essere previsti: 1) per le società strumentali criteri per la scelta del modello societario e limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni; 2) per le società che gestiscono “servizi pubblici di interesse economico generale”, criteri volti a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico e la tutela del mercato, nonché il numero massimo di esercizi in perdita, stante l'obbligo di liquidazione delle partecipazioni; 3) razionalizzazione delle partecipazioni per garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità; 4) pubblicazione su sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessate dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza per un'adeguata trasparenza; 5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzioni, prevedendo la riduzione dei trasferimenti statali alle amministrazioni interessate; 6) previsione di strumenti volti a favorire la tutela dei livelli

A fronte di una indubbia stringatezza della rubrica ( *Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*), il contenuto dell'articolo contenente la delega evidenzia la volontà del legislatore di procedere ad una ampia ridefinizione della materia.

Nello specifico si evidenzia l'individuazione delle tipologie di società a cui le pubbliche amministrazioni possono partecipare, la definizione dei fini che le stesse sono legittimate a perseguire e le attività che possono realizzare.

Al tempo stesso possono dedursi regole in materia di *governance* riferite all'attivazione di una specifica funzione volta alla razionalizzazione e riduzione delle società già esistenti e non rispondenti a criteri che vengono contestualmente stabiliti, nonché al monitoraggio sulla stessa attività e sulla specificazione della rilevanza della gestione di servizi di interesse economico generale.

Sono inoltre previste disposizioni per la definizione del regime di responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, dei dipendenti e degli organi di gestione e controllo delle stesse società, richiedendo il possesso di requisiti di onorabilità per i componenti degli organi di amministrazione e controllo.

Infine si evidenzia la volontà di ristabilire i criteri pubblicistici per gli acquisti, il reclutamento del personale, le politiche retributive, e la definizione di strumenti volti a garantire la promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali.

Di rilevante importanza può essere considerata un'ulteriore disposizione della legge in esame, avente ad oggetto la delega al Governo per il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale secondo i principi previsti<sup>631</sup> ( art.19) .

---

occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate; 7) revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli Enti locali soci, per rafforzare il sistema dei controlli interni.

<sup>631</sup> Nello stesso modo il Governo avrebbe dare attuazione alla : 1) individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali; 2) soppressione dei regimi di esclusiva non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e determinazione della disciplina generale per la regolazione e organizzazione dei *Sieg* in ambito locale, con particolare riferimento alle società del “ servizio idrico”; 3) definizione dei criteri per l'organizzazione territoriale ottimale dei “ servizi pubblici locali di rilevanza economica”; 4) individuazione delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo; 5) definizione dei regimi tariffari che tengano conto degli incrementi di produttività e correlati meccanismi di premialità; 6) previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale degli utenti, disciplinando forme di consultazione dei cittadini; 7) armonizzazione e coordinamento della disciplina generale con le discipline di settore, anche per la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro; 8) distinzione tra le funzioni di regolazione e controllo e le funzioni di gestione dei servizi

In questo caso il riferimento è ad un intervento organico orientato a rendere i comuni e le città metropolitane soggetti responsabili per l'individuazione dell'adeguata perimetrazione e del controllo delle attività di interesse generale ed, al tempo stesso, della predisposizione di un quadro normativo finalizzato alla valorizzazione dei benefici del regime concorrenziale di mercato.

Al riguardo, nei casi in cui la normativa in materia di concorrenza non consenta la realizzazione dei c.d. obiettivi di interesse generale previsti dalle amministrazioni locali, è stata inoltre prevista l'imposizione di obblighi di servizio fino all'attribuzione di esclusive nella gestione degli stessi, considerata quale *extrema ratio*, disciplinata da meccanismi *ad hoc* di regolazione economica del monopolio<sup>632</sup>.

#### 4. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica

Dando attuazione alla delega ricevuta il legislatore delegato ha approvato il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica<sup>633</sup>, che, da una prima analisi sembrerebbe rispondere alle esigenze individuate dal Parlamento.

Nello specifico, il Governo ha definito in maniera chiara ed in un contesto unitario, le più importanti fattispecie riconducibili alle società a partecipazione pubblica, precisandone l'ambito di applicazione ed indicando i tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica e prevedendo, inoltre, le condizioni ed i limiti per la costituzione, acquisizione o mantenimento delle partecipazioni pubbliche ed, infine, il rafforzamento degli oneri motivazionali della scelta di costituire società a partecipazione pubblica.

Degne di nota risulta il coordinamento delle disposizioni vigenti in tema di responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, l'introduzione della struttura competente per il controllo ed il monitoraggio sull'attuazione

---

e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le Autorità indipendenti, con la revisione della disciplina dei regimi di proprietà e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni; 9) previsione di termini e modalità per l'adeguamento degli attuali regimi alla nuova disciplina e definizione del regime sanzionatorio; 10) definizione di strumenti per la trasparenza e la pubblicazione dei contratti di servizio e per la rilevazione dei dati economici e industriali, degli obblighi di servizio pubblico imposti e degli *standard* di qualità.

<sup>632</sup> Cfr. A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, Roma, 2016,

<sup>633</sup> Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

del decreto e quello tra la disciplina nazionale in materia di *in house providing* e quella europea riconducibile alle Direttive del 2014 in materia di appalti pubblici<sup>634</sup>.

L'intervento normativo appare per di più volto alla promozione di una efficiente gestione amministrativa, all'eliminazione degli sprechi e ad un tendenziale restringimento della presenza dei soggetti pubblici nel mercato con un conseguente *favor* nei confronti di entità private.

Nell'importante intento di rendere la norma di facile applicazione da parte dell'operatore pubblico, il legislatore delegato ha inoltre specificato come tali disposizioni dovranno applicarsi, in modo funzionale, non solo ai fini di un'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche ed alla tutela della promozione della concorrenza e del mercato ma anche per esigenze di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica<sup>635</sup>.

Altro aspetto positivo è senza dubbio la definizione di alcune nozioni fondamentali in materia<sup>636</sup> in un unico contesto normativo grazie al quale viene facilitata l'azione degli operatori del diritto e fornito un punto di riferimento anche per i futuri atti normativi e regolamentari in materia.

Come si legge nella relazione di analisi tecnico normativa del Governo, infatti, tale elenco *“consentirà al legislatore di fare riferimento, in futuro a uno spettro di definizioni di diversa ampiezza e portata che consentiranno di evitare il proliferare del quadro*

<sup>634</sup> A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 13.

<sup>635</sup> Nell'ultimo comma dell'articolo 1 il legislatore stabilisce che si applicheranno alle società quotate ed alle loro partecipate le sole norme inerenti la condotta dell'azionista pubblico piuttosto che quelle riconducibili all'organizzazione o all'attività della società partecipata. Come è noto, inoltre, l'articolo 2 del testo unico, precisamente alla lettera p) del comma 1 definisce società quotate quelle *“società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni quotate in mercati regolamentati e le società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”*. Nella versione definitiva del testo unico, in coerenza con quanto suggerito dal Consiglio di Stato nel parere del 16 marzo 2016 è stata eliminata la previsione secondo quale il Consiglio dei Ministri avrebbe potuto decretare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle norme del decreto a singole società a partecipazione pubblica tenendo conto di criteri riconducibili alla misura ed alla qualità della partecipazione e dell'attività svolta ed al relativo interesse pubblico.

Tale ipotesi è stata sostituita dal comma 9 dell'articolo 4 del decreto con il quale si attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la facoltà di escludere con proprio decreto totalmente o parzialmente singole società partecipate dall'applicazione del testo unico, tenendo conto del tipo di partecipazione, degli interessi pubblici connessi ed all'attività svolta dalla società che dovrà sempre rispettare il vincolo di scopo previsto dal legislatore.

<sup>636</sup> Il riferimento è a quella di amministrazioni pubbliche, controllo analogo e controllo analogo congiunto, servizi di interesse economico generale, società, società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica, *in house* e società quotate.

*definitorio in materia di partecipazioni societarie e il ricorso a definizioni dettate per scopi specifici*<sup>637</sup>”.

Per quanto riguarda invece la natura giuridica delle società a partecipazione pubblica, le nuove disposizioni hanno stabilito l'utilizzo “*esclusivamente*” di società, anche consortili, costituite quali società per azione o a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa, limitando, quindi, la scelta soltanto tra questi tipi societari<sup>638</sup>.

Pertanto nel Testo Unico viene definito anche l'ambito in cui le società pubbliche possono operare, attraverso la previsione di condizioni e limiti per la costituzione di società a partecipazione pubblica e per l'acquisizione ed, al tempo stesso, per il mantenimento delle singole partecipazioni. (art.4)<sup>639</sup>.

<sup>637</sup> Analisi tecnico normativa dal titolo: schema di decreto legislativo recante “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*”.

<sup>638</sup> Sul punto si è evidenziato come tale disposizione abbia previsto una forte limitazione nel tipo e nella forma giuridica del gestore, circoscritto nella sostanza a soggetti di diritto privato, ancorchè a capitale pubblico, rilevando come tale scelta risulti antinomica rispetto al diritto europeo in forza del quale resta irrilevante la natura e la forma giuridica dell'ente gestore. (articolo 345 TFUE) Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *federalismi.it*, Editoriale, 2 novembre 2016

<sup>639</sup> Nello specifico si stabilisce che soggetti pubblici possono direttamente o indirettamente costituire società ed acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per la produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; la progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato con un imprenditore selezionato attraverso una procedura ad evidenza pubblica; l'autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; per svolgere servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestate a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici secondo quanto previsto dalle nuove norme sui contratti pubblici. Sul punto attenta dottrina rinviene correttamente un *fil rouge* tra questa norma quelle in materia di gestione del servizio idrico integrato e la bozza di testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale che, come è noto, è stato ritirato dal Governo all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n° 251/16. Dall'analisi combinata dei tre testi è possibile evincere un modello politico-legislativo fortemente proiettato verso l'esaltazione del principio della concorrenza e sulle privatizzazioni indirizzato, inoltre, anche per esigenze di natura finanziaria, verso una forte riduzione degli spazi ai soggetti pubblici, alle società pubbliche e conseguentemente agli affidamenti diretti. Il ricorso al mercato viene quindi interpretato quale criterio preferenziale per l'attribuzione di risorse pubbliche. Nei testi normativi in questione si riscontra un chiaro modello privatistico volto a ripristinare la preferenza per l'affidamento di un servizio pubblico tramite gara ad evidenza pubblica, impostazione già rifiutata dal corpo elettorale con il referendum del 2011. Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, cit. 2. Per una più approfondita analisi della bozza i Testo unico in materia di servizi pubblici locali si rinvia a F. Fracchia, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione*, in *federalismi.it*, Editoriale, 13 luglio 2016. Al riguardo si ricorda inoltre come il Consiglio dei Ministri, nell'approvare in esame preliminare, due decreti legislativi aventi ad oggetto disposizioni integrative e correttive, tra gli altri, anche del Decreto Legislativo n° 175/16, abbia stabilito “*che sono ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili e che le università possono costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche*”



Dando attuazione alla *voluntas* legislativa indirizzata verso un'importante limitazione dello strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche, il Testo Unico ridefinisce il processo decisionale e gli obblighi motivazionali necessari per la costituzione di una nuova società a partecipazione pubblica e per l'acquisizione di partecipazioni, prevedendo ipotesi più complesse e rigorose rispetto a quelle del passato, anche attraverso il coinvolgimento della Corte dei Conti e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>640</sup>.

Un ultimo, ma non meno rilevante, aspetto disciplinato è quello relativo all'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica alle procedure concorsuali.

Nello specifico, infatti viene previsto che le *“società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese”* (art.14).

Su questo aspetto la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo confrontate dapprima in modo problematico e successivamente in maniera sempre più condivisa facendo una netta distinzione tra le società a partecipazione pubblica e le c.d. società *in house providing*<sup>641</sup>.

La norma, infatti, risolvendo il dibattito nato sul punto, ha stabilito l'assoggettamento delle società a partecipazione pubblica al regime del fallimento e del concordato preventivo a prescindere dalla tipologia delle società non prevedendo per questo motivo regimi differenti tra società miste e società *in house providing*, che, quindi, a differenza del passato possono essere assoggettate, ove ne ricorrano i presupposti, alle procedure concorsuali<sup>642</sup>.

---

<sup>640</sup> L'art. 5 della T.U. prevede che l'atto deliberativo dovrà tener conto della necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali; delle ragioni e delle finalità che giustificano tale scelta sia sotto il profilo della convenienza economica, sia sotto il profilo della sostenibilità finanziaria; della possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impegnate; della possibilità della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato; della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa; della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei, ed, in particolare, con la materia degli aiuti di stato alle imprese. Cfr. A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 73.

<sup>641</sup> Cfr. *ex multis* Corte di Cassazione, 6 dicembre 2012, n° 2199, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) e Corte di Cassazione, 27 settembre 2013, n°22209, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

<sup>642</sup> Da un'accurata analisi dell'intero percorso che ha portato all'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, può evidenziarsi come la versione definitiva risulti essere contraria alle prime bozze del decreto, basata su una maggiore *“amministrativizzazione”* del procedimento.

Nello specifico, nello stesso documento era stata immaginata la costituzione di un'Autorità di vigilanza con potere di ispezione ai sensi dell'articolo 2409 c.c., che, così come previsto per le crisi delle banche in caso di irregolarità, avrebbe potuto decidere di commissariare la società o prevedere la liquidazione coatta amministrativa.

Tale modello sarebbe stato senza dubbio più equilibrato ed idoneo a soddisfare, in maniera più efficiente, quanto previsto nella legge delega, basata sul rispetto del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina societaria e su una chiara distinzione tra le varie realtà societarie.



Strettamente legata al punto appena trattato è la disciplina della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Al riguardo il Testo Unico ha previsto che i componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società siano soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina in materia di società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti della società *in house providing*.

Anche in questo caso la norma ha definito il dibattito giurisprudenziale sorto sull'individuazione della sede della giurisdizione, accogliendo gli ultimi orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto.

Nelle pronunce della Corte di Cassazione che si sono interessate alla questione può evidenziarsi infatti una impostazione basata sulla natura giuridica delle società partecipate, idonea a dichiarare la giurisdizione ordinaria e, dall'altra, la natura delle risorse impiegate dalle società, che legittima, quindi, la giurisdizione del giudice contabile<sup>643</sup>.

Come è noto i giudici di Piazza Cavour hanno recentemente stabilito un criterio generale per la ripartizione della giurisdizione, limitando il sindacato della Corte dei Conti alla mera cognizione dei danni subiti dal socio pubblico, mentre all'operato del giudice ordinario il danno patito dalla società<sup>644</sup>.

Il legislatore delegato ribadendo l'assoggettamento per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate alle azioni civilistiche di responsabilità e confermando la giurisdizione della magistratura contabile sulla *mala gestio* di amministratori e dipendenti di società a totale partecipazione pubblica, sembrerebbe far riferimento ad giurisdizione contabile concorrente anche per le società miste nei casi in cui sia riscontrato un danno erariale patrimoniale.

---

Al riguardo si ricorda inoltre la decisione del Consiglio di Stato che, in sede consultiva, ha sottolineato come, sempre nel rispetto di quanto previsto dalla legge delega, si sarebbe potuto introdurre un regime *ad hoc*, in modo particolare per le società *in house providing*, differenziando, quindi, questo modello da quello delle società miste, soluzione non accolta dal Governo in quanto ritenuta “*contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi ravvisabile nel testo unico in esame*”.

<sup>643</sup> Sul punto i giudici di Piazza Cavour hanno evidenziato come, ai fini della legittimazione della giurisdizione contabile, risulta irrilevante la veste formale societaria poiché, in tema di riparto di giurisdizione “*il baricentro si è spostato dalla qualità del soggetto (privato o pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti*”. Cfr. Corte di Cassazione 3 marzo 2010 n° 5019, in *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3101.

<sup>644</sup> Cfr. Corte di Cassazione 19 dicembre 2009 n° 26806, in *Giustizia civile*, 2010, 11, I, 2497, Corte di Cassazione 15 gennaio 2010 n° 519, in *Foro it.*, 2010, 11, 1, 3101.

Sul punto parte della dottrina ha evidenziato come la volontà di confermare la precisazione di danno erariale (così come previsto dallo schema del testo unico quale danno esclusivamente patrimoniale o non patrimoniale *direttamente* subito dal socio pubblico) possa, di fatto, legittimare un'interpretazione estensiva della giurisdizione contabile anche per i danni indiretti subito dall'amministrazione per la *mala gestio* dei soggetti a ciò preposti<sup>645</sup>.

## 5. La sentenza della Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251.

La legge Madia è stata come è noto oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale che con la sentenza n° 251 del 2016<sup>646</sup> ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune sue disposizioni per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost<sup>647</sup>.

<sup>645</sup> Al riguardo parte della dottrina ha sottolineato come “*resta aperta la possibilità di intervento del giudice contabile per i danni che, ponendo in una situazione di sofferenza il patrimonio societario, solo indirettamente, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della quota di partecipazione sociale si ripercuotono sul patrimonio dell'ente partecipante.*”. Cfr. C. D'Aries, S. Glinianski, T. Tezzaro, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del Dlgs 19 agosto 2016 n° 175*, Rimini, 2016, 122.

<sup>646</sup> Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n° 251, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>647</sup> Come è noto la nostra Carta Costituzionale riconosce e promuove, sempre nel rispetto dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica, un'organizzazione policentrica di autonomie territoriali caratterizzate da funzioni e poteri autonomi costituzionalmente garantiti. Con l'entrata in vigore delle disposizioni statutarie delle regioni, prima a statuto speciale e successivamente di quelle ad autonomia ordinaria, questa impostazione si è rivelata insufficiente o quantomeno inadeguata, comportante le conseguenti difficoltà applicative. Sul punto, la Corte Costituzionale, investita della questione, ha da sempre affermato la necessaria esigenza di una stretta collaborazione fra lo Stato e le autonomie regionali, che da mero meccanismo è stato, nel tempo, timidamente innalzato a principio costituzionale. Dopo un primo periodo, caratterizzato da una giurisprudenza costituzionale generica ed ambigua sulla natura di *necessaria collaborazione*, il giudice delle leggi ha nel tempo specificato e definito in maniera inequivocabile il contenuto del principio ed il suo ancoraggio all'articolo 5 della Costituzione, stabilendo che “*il principio di leale collaborazione deve governare i rapporti tra Stato e Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrono o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi. Tale regola (...) va al di là del mero riparto delle competenze per materia ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze esclusive, ripartite o integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate*”. Cfr. Corte Costituzionale 18 luglio 1997 n°242, in *Dir. Trasporti*, 1998, 421. In seguito, grazie alla riforma del Titolo V della Costituzione il principio di leale collaborazione ha ricevuto la giusta rilevanza costituzionale nell'articolo 120 della Carta grazie al quale si afferma come lo Stato possa esercitare i poteri sostitutivi “nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione”. Il testo costituzionale del 2001, nonostante possa essere definito innovativo per la parte che qui rileva, risulta al tempo stesso limitato sotto il profilo delle forme di raccordo interistituzionale, caratteristica che, ad oggi, non permette una piena e completa attuazione quel modello di regionalismo cooperativo insito nella Costituzione. Cfr. sul punto S. Bartole, *Spunti in tema di collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970; A. Barbera,

Nello specifico, i giudici sindacando alcune norme inerenti la disciplina del pubblico impiego, delle società partecipate, dei servizi pubblici e della dirigenza hanno stabilito che i decreti dovevano essere adottati sulla base di una forma di raccordo con le Regioni che deve rinvenirsi non nella forma del parere (ritenuto inidoneo a realizzare un autentico confronto con le autonomie regionali) ma attraverso lo strumento dell'intesa.

Si tratta di una decisione che “*non lascia indifferenti*”<sup>648</sup> vista la ricaduta che potrebbe avere su una possibile ridefinizione della funzione delle intese in riferimento al ruolo delle Conferenze e sul possibile impatto sulle fonti del diritto<sup>649</sup>.

Deve infatti sottolinearsi come, nonostante la Corte avesse inizialmente confermato il proprio orientamento sul punto secondo cui “*il principio di leale collaborazione non si impone al procedimento legislativo*”, abbia al tempo stesso ritenuto opportuno allargare il proprio sindacato sulla legge delega nel caso in cui la stessa non preveda adeguate forme di accordo con le autonomie territoriali, sottolineando, inoltre, come “*là dove, tuttavia il legislatore delegato si accinge a riformare istituti che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse, sorge la necessità del ricorso all'intesa*”<sup>650</sup>.

Sul punto parte della dottrina ha ricordato che nelle precedenti decisioni del giudice delle leggi si fosse valutata la mera conformità del decreto delegato nei confronti dei c.d. limiti ulteriori previsti dalla legge delega, tra i quali è possibile annoverare non soltanto l'acquisizione del parere da parte delle commissioni parlamentari competenti in materia,

---

*Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1974; G. D'Orazio, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977; S. Cassese, D. Serrani, *Regionalismo moderno: la cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni in Italia*, in *Le Regioni*, 1980; A. Anzon, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra competenze statali e competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986; T. Martines, *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo, un percorso accidentato*, in AA.VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986; A. Gratteri, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione nel quadro costituzionale*, in *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003, E. Bettinelli, F. Rigano, Torino, 2004, 426, C. Salerno, *Note sul principio di leale collaborazione prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 22 luglio 2008.

<sup>648</sup> Così R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 3, 2017

<sup>649</sup> Si tratta di una decisione che è stata oggetto di accese critiche da parte della dottrina secondo cui “*con questa sentenza, la Corte, innovando profondamente la propria giurisprudenza su importanti punti di diritto processuale e sostanziale, ha colpito al cuore una delle più importanti riforme del Governo in carica, delimitando in termini assolutamente nuovi la potestà legislativa dello Stato. Insomma, un colpo duro e inaspettato*”. Cfr. John Marshall, *La Corte Costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016, 705.

<sup>650</sup> Punto 3 del *Considerato in Diritto* della sentenza.

ma anche il coinvolgimento delle realtà territoriali attraverso l'utilizzo di particolari strumenti di raccordo, quale può essere il c.d. sistema delle Conferenze<sup>651</sup>.

Per questo motivo, quindi, nei casi in cui fossero sopraggiunti interessi riconducibili a materie di competenza regionale, il Parlamento, in veste di legislatore delegante, sarebbe stato chiamato a stabilire gli strumenti “*del confronto tra i diversi sistemi ordinamentali della Repubblica*” al fine di raggiungere “*soluzioni concordate di questioni controverse*”<sup>652</sup>.

Nel caso in esame, invece, la Corte sembrerebbe aver operato invece una vera e propria sostituzione procedurale, obbligando il legislatore delegato a ristabilire il coinvolgimento delle realtà territoriali attraverso lo strumento dell'intesa per l'adozione del decreto legislativo, spostando, quindi, la sede dell'accordo dalla Conferenza unificata alla Conferenza

Stato-Regioni.<sup>653</sup>

Per questo motivo, quindi, potrebbe sostenersi come tale decisione sia da considerare un importante precedente volto ad ampliare il sindacato della Corte anche ad ipotesi in cui leggi delega prevedano strumenti ritenuti non adeguati o irragionevoli tenendo conto degli interessi coinvolti, evidenziando, quindi, come il controllo sugli strumenti di accordo basati sulla tutela del principio di leale collaborazione possa aversi qualsiasi sia la natura legislativa o sub-legislativa dell'atto impugnato.

Per la parte che qui rileva si ricorda come al punto 9 del *Considerato in Diritto*, la Corte si sia preoccupata di limitare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità statuendo che “*le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n° 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle*

<sup>651</sup> Cfr. A. Poggi, G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, in *federalismi.it*, 25, 2016.

<sup>652</sup> Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006 n° 31, in *Giur. cost.*, 1, 2006, 256, con nota di M. Michetti, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*.

<sup>653</sup> Al riguardo, parte della dottrina ha ricordato come la Corte avesse fatto uso di tale “sostituzione procedurale” già in riferimento all'adozione di fonti secondarie. A. Poggi, G. Boggero, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte Costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto*, cit. 6. Sul punto si ricordano, tra le tante Corte Costituzionale 14 ottobre 2005 n° 383, in *Giur. it.*, 2006, 8, 1583; Corte Costituzionale 31 marzo 2006 n° 134, in *Foro amm CDS*, 2006, 3, 742; Corte Costituzionale 23 maggio 2008 n° 168, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2026; Corte Costituzionale 10 aprile 2014 n° 88, in *Foro it.*, 2015, 2, 1, 401.

*soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”.*

I contenuti di questa decisione sono stati ripresi dal Consiglio di Stato nel parere fornito il 9 gennaio 2017 in merito alle questioni interpretative sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri sull’attuazione di tre decreti già emanati, tra i quali il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

In questa occasione, facendo rientrare la pronuncia della Corte nell’alveo della categoria delle sentenze manipolative di tipo sostitutivo, i giudici di Palazzo Spada hanno confermato la validità e l’efficacia dei tre provvedimenti fino ad un’eventuale pronuncia *ad hoc* della Corte.

Tenendo conto anche di quanto detto al riguardo dalla Corte si è quindi consigliata l’adozione di decreti correttivi idonei a sanare il vizio procedimentale di illegittimità costituzionale e possano intervenire in maniera diretta tenendo conto della disciplina della delega così come riscritta dalla Corte.

In assenza di un rapido intervento da parte del legislatore, infatti, potrebbe essere dichiarata l’illegittimità degli stessi in quanto adottati in assenza di intesa con le autonomie territoriali e, per questo, in difformità con quanto previsto dalla legge delega ridefinita dalla sentenza costituzionale.

Al riguardo attenta dottrina ha sottolineato come il testo normativo si trovi in *una sorta di limbo* caratterizzato da previsioni legislative formalmente vigenti ma nella sostanza potenzialmente inefficaci e, quindi, a rischio di una definitiva pronuncia di illegittimità<sup>654</sup>. Al fine di risolvere tale incertezza il Consiglio dei Ministri, in data 17 febbraio 2017, ha approvato seppur in via preliminare, due decreti legislativi aventi ad oggetto disposizioni integrative e correttive ai decreti di attuazione della c.d. Legge Madia ed al già ricordato Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Nello specifico, per la parte che qui interessa, tra le principali novità si ricordano l’ammissione di partecipazioni pubbliche in società aventi per oggetto sociale la produzione di energia da fonti rinnovabili, la possibilità per le Università di costituire

---

<sup>654</sup> Cfr. C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope allo specchio*, in *rivistaaic*, 1, 2017. Cfr. Legge 5 giugno 2003 n° 131, *"Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.*

società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche ed, infine, la definizione di un'intesa in Conferenza Unificata per la definizione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto la determinazione dei requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia dei componenti degli organi amministrativi e di controllo di società a partecipazione pubblica.

Al tempo stesso viene prevista la proroga del termine per la ricognizione in funzione della revisione straordinaria di tutte le partecipazioni possedute, del personale in servizio e l'adeguamento delle stesse società alle norme in tema di *governance* societaria.

Come è noto, il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha espresso parere favorevole sullo schema di decreto legislativo recante “ *Disposizioni integrative e correttive al Decreto legislativo 19 agosto 2017 n° 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*”.

Ricordando quanto già espresso in un altro parere, il Collegio ha sottolineato la straordinaria importanza e necessità dei decreti correttivi che il Governo sarà chiamato ad adottare per dare attuazione alla recente sentenza della Corte.

I giudici hanno infatti evidenziato come l'adozione del decreto correttivo non possa limitarsi alla mera necessità di “sanare il deficit partecipativo” così come sindacato dalla Corte ma deve considerarsi uno strumento capace ad apportare tutti quegli accorgimenti necessari per un completo ed efficace funzionamento delle norme introdotte nel Testo Unico.

Nello specifico il parere analizza non solo le disposizioni del correttivo ma anche le previsioni normative del Testo Unico che non vengono modificate e che, invece, secondo i giudici amministrativi, dovrebbero essere sottoposte all'attenzione del legislatore al fine di eliminare le incertezze e i dubbi emersi in dottrina, nonché le disfunzioni già sottolineate e che ancora risultano prive di correzione<sup>655</sup>.

---

<sup>655</sup> Nello specifico i giudici di Palazzo Spada confermano le criticità già sollevate in un precedente parere in riferimento alla norma avente ad oggetto il Decreto del Presidente del Consiglio idoneo ad escludere totalmente o parzialmente l'applicazione della normativa del TU per singole società a partecipazione pubblica. (articolo 4 comma 9 TU). Il collegio ritiene sindacabile tale disposizione in relazione alla possibile violazione del principio di legalità ed alla dubbia sussistenza di un fondamento nella legge delega. Al tempo stesso viene fortemente censurata l'estensione di tale potere derogatorio anche ai Presidenti delle Regioni, ipotesi che consentirebbe ad un'autorità regionale di derogare, con un suo provvedimento, ad una disciplina statale generale propria dell'ordinamento civile. La Commissione speciale si occupa inoltre anche della disposizione avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori delle società partecipate (articolo 12 TU), la quale, nonostante abbia suscitato un ampio dibattito dottrinario, non è stata modificata dallo schema del decreto correttivo, sottolineando la necessità di una maggiore chiarezza nella definizione delle regole che

## 6. Brevi conclusioni.

L’emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazioni pubblica è senza dubbio uno degli elementi più importanti e più attesi dell’intera riforma della pubblica amministrazione tutt’ora in corso, la cui concreta ed efficace attuazione è suscettibile di avere un impatto particolarmente rilevante nel panorama giuridico.

Si tratta di un intervento legislativo che, visto il susseguirsi intensivo, compulsivo e frammentario degli interventi normativi analizzati in precedenza, è stato da più parti ritenuto inevitabile e fondamentale per risolvere alcune delle problematiche più rilevanti riguardanti le società stesse.

La volontà legislativa rinvenibile nello stesso sembra, senza dubbio, essere indirizzata verso una drastica riduzione delle partecipazioni statali, visto anche lo sfavore mostrato nei confronti dell’impresa pubblica in forma societaria, ritenuta da parte della dottrina ancora oggi di grande importanza nel panorama giuridico nazionale. Nel disegno tracciato dal legislatore quest’ultima dovrebbe svolgere finalità di interesse pubblico e non attività di impresa, con la conseguente interpretazione pubblicistica delle società partecipate idonea

---

presiedono il riparto tra società *in house providing* e società miste, e, quindi, tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile. In riferimento invece alla norma che disciplina il modello delle società *in house providing* (articolo 16 TU), i giudici evidenziano la necessità di un intervento di coordinamento di questa disposizione con la disciplina contenuta nell’articolo 5 del D.lgs. n° 50/16. Tale correttivo risulta, inoltre, ancora più urgente in ragione del fatto che nel Testo Unico non vi sia il riferimento, per non incorrere in un eccesso di delega, all’ipotesi di enti *in house* non aventi forma societaria disciplinata dal nuovo codice dei contratti pubblici. Viene inoltre sottolineata l’opportunità di adottare una disposizione idonea a regolare in maniera dettagliata il caso delle società *in house providing* miste, ossia la partecipazione di capitali privati nei limiti indicati dalla stessa disposizione, chiarendo gli strumenti idonei per la scelta del socio privato, che, a differenza delle società miste può rivestire solo la qualità di socio. Infine viene inoltre segnalato come nel correttivo non vengano superati i problemi di compatibilità tra il modello in esame e quello azionario.

Le società *in house providing* sono inoltre oggetto di attenzione anche in riferimento ad un’altra disposizione, quella avente ad oggetto la fallibilità delle società a partecipazione pubblica. (articolo 14 TU). In riferimento a questa norma, chiarito il principio generale della fallibilità delle società a partecipazione pubblica, il Consiglio di Stato ritiene necessario un intervento idoneo a chiarire il rapporto tra quest’ultima e quelle finanziarie sulle società a partecipazione pubblica (art. 21 TU), allo scopo di evitare l’eventuale impossibilità per la società *in house providing* di fallire in virtù dell’accantonamento in bilancio di un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato che potrebbe risolversi in un (possibile) indebito aiuto di Stato. Infine, il Collegio si occupa della disposizione sull’attività di monitoraggio indirizzo e coordinamento sulle società a partecipazione pubblica (articolo 15 TU), ribadendo le criticità già formulate riconducibili all’esigenza che la struttura prevista con Decreto del Ministero dell’economia e delle finanze debba essere dotata di poteri di intervento più incisivi rispetto a quelli già previsti al fine di assicurare la corretta attuazione delle prescrizioni contenute nel Testo Unico.



a giustificare un importante regime di regole e vincoli che le allontanano, anche concettualmente, da quelle private<sup>656</sup>.

Ne deriva, pur senza nascondere le criticità sottolineate da più parti, che con questo testo unico il settore delle società a partecipazione pubbliche abbia finalmente acquisito “ *il bene prezioso di una disciplina unitaria* ”<sup>657</sup>, capace di esaltare, con una previsione organica ed idonea ad eliminare le storture, le inefficienze e gli abusi dell'utilizzo del modello societario, il ruolo dello Stato nell'economia, che, vista l'attuale crisi finanziaria, risulta essere ancora più rilevante e fondamentale<sup>658</sup>.

Per questo motivo può ritenersi certamente positivo il tempestivo intervento del Governo di correzione del T.U., in ossequio alla già citata sentenza della Corte Costituzionale<sup>659</sup>, auspicando che il decreto correttivo sia in grado di recepire le istanze migliorative invocate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.

---

<sup>656</sup> Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione al volume G. Meo, A. Nuzzo, ( a cura di) Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016

<sup>75</sup> A. Lalli, M. Meschino ( a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit,

<sup>658</sup> Sul punto si ricorda infine attenta dottrina secondo cui l'impostazione del legislatore, proiettata verso una limitazione del principio europeo della libertà di definizione assegnata alle amministrazioni locali, e dei principi costituzionali ( articoli 5, 43, 114,117,118) potrebbe comportare l'apertura di importanti forme di contenzioso. Inoltre, ricordando come le disposizioni nazionali risultino essere eccessivamente restrittive rispetto a quelle europee, viene inoltre sottolineata la possibilità di appellarsi all'istituto della c.d. *preemption* europea, che prevede, nella sua forma più estrema, un effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme alla normativa europea avente una portata tale da vietare norme statuali che si dimostrino più rigide o più permissive. Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, cit, 16. Per un'analisi più approfondita dell'istituto della *preemption* Cfr. A.Arena, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, 52

<sup>659</sup> Si tratta di una scelta volta a scongiurare una futura impugnazione dello stesso dinanzi al giudice delle leggi, liberando il testo dalla sorta di limbo in cui si trova attualmente R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, cit.

*Notizie sugli Autori*

Stefania Cavaliere – Dottore di ricerca in Diritto pubblico dell’economia, Università di Bari  
“Aldo Moro”

Giampiero Buonomo – Consigliere parlamentare

Vincenzo Coccozza – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Napoli  
“Federico II”

302

Domenico Andracchio – Cultore di Giustizia amministrativa, Università della Calabria

Giuliano Vosa – Assegnista di ricerca di Diritto costituzionale, LUISS “Guido Carli”

Elisabetta M. Palici di Suni – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università  
di Torino

Ilaria Rivera – Assegnista di ricerca in Juridical Sciences, LUISS “Guido Carli”

Luigi Ferraro – Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università della Campania “luigi  
Vanvitelli”

Filippo Patroni Griffi – Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

Andrea Napolitano – Dottore di ricerca in “Il diritto dei servizi nell’ordinamento italiano ed  
europeo”, Università degli studi di Napoli “Parthenope”  
”