

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 1/2021

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

| | |
|--------------------------|------------------------|
| Marino Breganze | Fabio Merusi |
| Paolo Carnevale | Jorge Miranda |
| Giuseppe de Vergottini | Alejandro Saiz Arnaiz |
| Michele Della Morte | Dian Schefold |
| Thierry Di Manno | Franco Gaetano Scoca |
| Laurence Folliot Lalliot | Gaetano Silvestri |
| Pietro Giuseppe Grasso | Karl-Peter Sommermann |
| Natalino Irti | Federico Sorrentino |
| Anne-Marie Le Pourhiet | Mario Rosario Spasiano |
| Stelio Mangiameli | Aldo Travi |

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffrè
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 1/2021

saggi

- Eduardo Gianfrancesco, *Un approccio costituzionalistico alla Commissione europea. Alcuni profili rilevanti* 1
- Angelo Giuseppe Orofino, *Les actes numériques d'organisation du service public: la perspective italienne* 47

osservatorio

- Annalaura Giannelli, *Gli accordi amministrativi (ancora) in cerca di identità: riflessioni sull'ipotesi della connotazione doverosa* 59

attualità

- Valentina Capuozzo, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale nella costruzione costituzionale europea: recenti tendenze nel dialogo orizzontale e verticale fra le Corti* 89
- Francesca Proietti, Francesco Severa, *Giurisdizione, Costituzione e Corti: retrospettiva e prospettiva. A proposito di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea* 109

recensioni

- Andrea Longo, Dario Martire, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana, Napoli 2020* 137
- Antonino Spadaro, Beniamino Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo strano caso della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale, Torino 2021* 145

SAGGI

Eduardo Gianfrancesco

UN APPROCCIO COSTITUZIONALISTICO ALLA COMMISSIONE EUROPEA. ALCUNI PROFILI RILEVANTI

SOMMARIO: 1. Una premessa condizionante: il sistema istituzionale dell'Unione come "comunità di diritto". – 2. L'utilizzabilità della nozione generale di "forma di governo" e di "indirizzo politico" con riferimento all'Unione europea. – 3. Il frammentato potere esecutivo europeo e la Commissione al suo interno. – 4. La Commissione tra Unione e Stati membri. – 5. La Commissione e la sua articolazione interna: Presidente e Commissari. – 5.1. *Segue*: L'articolazione dell'organizzazione interna: I Vice-Presidenti ed i Gruppi di lavoro. – 6. La Commissione come organo collegiale. – 7. La Commissione ed il Parlamento europeo. – 7.1. Elementi riconducibili alla forma di governo parlamentare. – 7.2 Elementi non decisivi in ordine alla riconducibilità alla forma di governo parlamentare. – 7.3 La mozione di censura alla Commissione. – 8. Una conclusione (provvisoria?).

1. *Una premessa condizionante: il sistema istituzionale dell'Unione come "comunità di diritto"*

Una riflessione sulla posizione della Commissione europea nel sistema istituzionale dell'Unione che cerchi di utilizzare alcune categorie costituzionalistiche come quelle che verranno in rilievo nelle pagine seguenti richiede di giustificare preliminarmente la pertinenza e l'utilizzabilità di tali categorie, elaborate storicamente con riferimento agli ordinamenti statali, per un'organizzazione che di natura statale non è¹.

¹ E non appare possibile affrontare al momento in termini scientificamente controllabili la questione se in futuro l'Unione sia destinata ad un'evoluzione nel senso di uno Stato federale ovvero sia destinata a mantenere una irriducibilità rispetto a modelli preesistenti e caratteri di un *unicum* dal punto di vista costituzionale (se non a regredire verso tipologie di organizzazioni internazionali a struttura complessa...). Certo è che in ogni caso essa sarà destinata a confrontarsi con i quesiti di fondo di ogni ragionamento costituzionalistico sul potere pubblico: spettanza della sovranità; fondamento di legittimazione del potere politico; criteri di distribuzione delle competenze tra l'Unione e gli Stati che la compongono...

Occorre, in altri termini, chiedersi se l'articolazione istituzionale dell'Unione si presenti, nella sua natura ultima, esclusivamente come un "fatto organizzativo" che, al di là di quanto puntualmente imposto da – indubbe – prescrizioni giuridiche quali quelle dei trattati istitutivi, risponde a regole appartenenti al campo concettuale della scienza della politica – e, quindi, dei "rapporti di forza" variamente intesi – oppure sia possibile individuare una serie di vincoli giuridici *di sistema* che consentano di ragionare di una forma giuridica *complessiva* dell'Unione – e delle sue articolazioni interne – con la conseguenza di poter trarre indicazioni e conseguenze giuridiche ulteriori rispetto agli specifici poteri e limiti che le norme dei trattati pongono, come è tipico dell'approccio costituzionalistico.

Se lo "Stato" rappresenta ancora, per la nostra sensibilità, la forma giuridica in cui tali vincoli di sistema, frutto delle relazioni tra i soggetti che danno vita all'ordinamento statale (inteso in senso ampio, con riferimento agli elementi che lo costituiscono, od in senso stretto, come Stato-persona), raggiungono la massima evidenza, l'ordinamento internazionale – che pure assume i caratteri di un ordinamento giuridico in senso proprio – si pone all'estremo opposto di una ideale banda di oscillazione, essendo ben complicato parlare in esso di vincoli giuridici di sistema al di là delle prescrizioni giuridiche più o meno puntuali che lo configurano². Ciò comporta, per essere più chiari, che applicare le categorie costituzionalistiche della "forma di stato" e della "forma di governo" all'ordinamento internazionale ed alla sua articolazione organizzativa appare, nonostante l'evoluzione del diritto internazionale nella seconda metà del XX secolo³, incongruo e velleitario.

² Tali non appaiono i principi generali dell'ordinamento internazionale (ed i più risalenti e discussi "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili") che appaiono comunque principi ricavati mediante astrazione dalle norme internazionali vigenti e non già norme-principio desumibili da un'organizzazione distinta (e sovraordinata agli Stati) sufficientemente strutturata. Sulla comunità internazionale come "comunità di coordinamento e non di subordinazione", cfr., per tutti, N. RONZITTI, *Diritto internazionale*⁵, Torino 2016, 9. È in un certo senso inevitabile, in un ottica costituzionalistica statualista, che la condizione paritaria dei soggetti costitutivi dell'ordinamento internazionale condizioni pesantemente il grado di sviluppo di tale ordinamento: cfr., infatti, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*¹⁴, Bologna 2012, 116.

³ Ed i riflessi di questa evoluzione sullo stesso diritto costituzionale. Si veda, a questo proposito, con riferimento a quella peculiare area di intersezione tra i due ordinamenti rappresentata dalla Cedu, la trattazione di R. SPANO, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, 1 ss. con una sottolineatura – significativa,

Così non è con riferimento all'ordinamento dell'Unione, che si distacca ampiamente dall'ambito delle organizzazioni internazionali ed entra in un ambito denso di implicazioni costituzionalistiche. Del resto, l'ordinamento dell'Unione rappresenta l'esempio paradigmatico di applicazione delle (od almeno di alcune) categorie del costituzionalismo liberal-democratico, pur in assenza di una costituzione formalmente definita come tale e di una forma-Stato in senso proprio⁴. La previsione di un "quadro istituzionale" unitario⁵, secondo la formulazione dell'art. 13.1 Tue e, da un punto di vista ancor più sostanziale, il riconoscimento dei principi *democratico*, *di libertà* e dello *Stato di diritto* come principi fondamentali per l'Unione ex art. 2 Tue permettono di muoversi all'interno dei principi di struttura familiari per il costituzionalista e gravidi di conseguenze nella definizione dei rapporti giuridici orizzontali tra le Istituzioni dell'Unione⁶ oltre che nei rapporti verticali tra Unione e Stati membri.

È in particolare il principio dello Stato di diritto, nel suo nucleo fondamentale essenziale ed originario, in senso non solo storico, di separazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* ad assumere rilievo nella prospettiva delle riflessioni che seguono⁷, consentendo ed anzi imponendo un

vista la posizione istituzionale dell'A. – della relazione simbiotica tra Corte di Strasburgo e Corte di Giustizia dell'Unione europea nel cruciale tema della indipendenza degli organi giudiziari (13 ss.)

⁴ Per l'individuazione nell'Unione europea di un esempio paradigmatico di costituzionalismo pur in assenza di uno Stato e di una costituzione in senso formale, cfr. per tutti, A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in AA.VV. (a cura di A. D'ATENA), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012, 119 ss. Per la sottolineatura che "per tradizione il diritto costituzionale non si identifica con lo *Staatsrecht* (anche se in alcuni momenti può essere sembrato vero il contrario)", cfr. A.A. CERVATI, *Elementi di indeterminatezza e di conflittualità nella forma di governo europea*, in *Annuario Aic* 1999. *La costituzione europea*, Padova 2000, 75. Il carattere meritorio ed in qualche misura necessario dell'operazione di "applicare gli schemi concettuali propri del diritto costituzionale alle dinamiche istituzionali in atto nell'Unione europea" è ora sottolineato da N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta on-line*, 2020, 2.

⁵ Per l'esigenza di prendere sul serio tale affermazione dei trattati istitutivi, cfr. G.G. FLORIDIA, *La forma di governo nel progetto della Convenzione*, in *Dem. Dir.*, 2003 ed ora in ID., *Scritti minori*, Torino 2008, 1067. Mi ero già espresso in tal senso in E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione: una ricognizione*, in *Forumcostituzionale.it. – Forum Rassegna* (4 ottobre 2012), 2.

⁶ Solo in questa prospettiva, del resto, assume un significato rilevante lo stesso principio di attribuzione posto dall'art. 13.2 Tue a fondamento dell'azione delle diverse Istituzioni dell'Unione.

⁷ Per il richiamo a questa accezione originaria e fondante del principio in questione,

approccio costituzionalistico ai rapporti tra le Istituzioni dell'Unione: la possibilità di un controllo giurisdizionale da parte di un giudice in senso proprio su eventuali violazioni delle regole giuridiche che disciplinano i rapporti tra le Istituzioni dell'Unione consente di porre in termini di “dover essere” e non soltanto di “modo di essere” il tema delle relazioni tra tali Istituzioni.

È appena il caso di osservare come il principio dello Stato di diritto si presenti al momento attuale il principio strutturale⁸ forse maggiormente significativo, caratterizzante ed identificante l'Unione come comunità di diritto⁹. Ciò anche e soprattutto con riferimento alla sua proiezione ver-

cfr. J. M. PORRAS RAMÍREZ, *Art. 10*, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2013, 427. Tale dicotomia strutturale degli ordinamenti ispirati al valore/principio della *rule of law* è rimarcata di recente anche da M. CARTABIA, *The Rule of Law and the Role of Courts*, in *Italian Journal of Public Law*, 2018, 2. Con ampi riferimenti alla riflessione costituzionalistica tedesca in tema, cfr. V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018. Il problematico confronto con i modelli di “democrazie illiberali” nelle quali vengono ad essere compromesse l'effettiva separazione dei poteri e l'equilibrio istituzionale è rimarcato da R. TONIATTI, *Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?*, in *Dpce on line*, n. 3/2020, 3949. Va rimarcato come solo in presenza di un'effettiva divisione dei poteri e, quindi, di un Giudice separato dall'Esecutivo, assume un significato sostanziale il principio di legalità come fondamento dell'azione dei pubblici poteri. Sulla riconduzione di tale principio nell'alveo del modello dello Stato di diritto, cfr. S. MANGIAMELI, *Art. 2*, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, cit., 132.

⁸ Per un richiamo alla nozione dei “principi di struttura”, con riferimento ai valori positivizzati negli articoli 2 e 7 TUE e 269 TFUE, cfr. recentemente R. BARATTA, *La «communauté de valeurs» dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, n. 1/2018, 89.

⁹ In senso più ampio, per la condivisione del *rule of law* come elemento caratterizzante la *western legal tradition*, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in *Rivista Aic*, n. 4/2020, 303, sottolineando opportunamente la valenza difensiva della adeguata messa a fuoco delle categorie che compongono la nozione di *rule of law* nei confronti dei rischi del globalismo giuridico. Cfr. anche R. TONIATTI, *Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico*, cit., 3945 ss. In senso diverso, per l'affermazione del carattere non limitato alle esperienze delle democrazie liberali occidentali della *rule of law*, cfr. R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights*, cit., 4, che richiama il preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite.

Tutto ciò non deve, comunque, far dimenticare le ambiguità insite nella nozione che può essere costantemente richiamata ed accompagnare anche processi involutivi di esperienze costituzionali, come l'esperienza italiana durante il Fascismo ben insegna. Sul punto, cfr. M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016, Capitoli III-V. Di recente, per la sottolineatura dei persistenti margini di ambiguità nella costruzione della *European rule of law*,

ticale, nei confronti degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri che dell'Unione fanno parte; proiezione insita nell'art. 2 Tue. Se il principio democratico, come è da tempo noto alla scienza costituzionalistica europea, può assumere molteplici volti, alcuni dei quali totalizzanti ed in grado di porsi in contrapposizione ai caratteri del costituzionalismo liberal-democratico¹⁰, è il rispetto del principio dello Stato di diritto e della fondamentale separazione dei poteri in esso implicita ad assicurare il mantenimento dell'equilibrio tra le due polarità liberale e democratica alle quali l'ordinamento dell'Unione si ispira e non possono non uniformarsi gli ordinamenti statali che ne fanno parte¹¹. In ciò opera una fondamentale ed insopprimibile clausola di omogeneità che solo in una prospettiva giuridica e costituzionalistica può essere apprezzata¹².

Le recenti tormentate vicende della fedeltà a tale condizione essen-

cfr. G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi. it*, n. 19/2020.

¹⁰ È evidente il riferimento ad un'idea di "democrazia assoluta" per la quale resta centrale l'analisi di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, 1928, cap. III (tr. it. [a cura di A. CARACCILO], *Dottrina della costituzione*, Milano 1984). In particolare si ricordi l'osservazione secondo cui in un tale modello il popolo sovrano "può violare l'intero sistema della normativa legislativo-costituzionale e decidere un processo, così come il principe in una monarchia assoluta potrebbe decidere i processi. Esso è il supremo giudice come il supremo legislatore" (p. 362 dell'edizione italiana). Sono parole che evocano quelle pronunciate da M. Robespierre nel suo discorso alla Convenzione del 3 dicembre 1792 "Sul processo al re" (pubblicato in Italia in U. CERRONI, *La rivoluzione giacobina. Robespierre*, Roma 1967, 91 ss).

¹¹ La tensione dialettica tra democrazia e Stato di diritto che attraversa le liberaldemocrazie (e le mantiene tali...) è ribadita di recente da A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Annuario Aic 2017, Democrazia, oggi*, Napoli 2018, 684 ss. Sul principio dello Stato di diritto nell'ordinamento europeo e sui suoi molteplici filoni di alimentazione, seguendo le tradizioni costituzionali nazionali, rinvio all'analisi svolta in E. GIANFRANCESCO, *Il principio dello stato di diritto e l'ordinamento europeo*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *L'ordinamento europeo – I principi dell'Unione*, Milano 2006, 235 ss.

¹² Per una valorizzazione della natura prescrittiva della clausola di omogeneità nell'ordinamento dell'Unione, cfr. S. MANGIAMELI, *La clausola di omogeneità nel trattato dell'Unione europea e nella costituzione europea*, in AA.VV. (a cura di S. MANGIAMELI), *L'ordinamento europeo – I principi dell'Unione*, cit., 1 ss., sottolineandone la natura di principio federale e dinamico. Recentemente la bilateralità (dall'Unione verso gli Stati e viceversa) della clausola di omogeneità, applicata al principio dello Stato di diritto, è evidenziata da G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli 2017, 247 ss., sottolineando la relazione dialettica tra gli artt. 2 e 7 Tue, dai quali il principio di omogeneità è tratto, da un lato, e l'art. 4, secondo comma, Tue sul principio del rispetto dell'identità costituzionale degli stati membri, dall'altro (278 ss.). Sui rischi della strumentalizzazione "populista" del principio di rispetto dell'identità nazionale ex art. 4.2 Tue, cfr. G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *Dpce online*, n. 3/2020.

ziale di partecipazione all'Unione¹³ da parte di Polonia ed Ungheria sono ben note¹⁴. La circostanza per cui è soprattutto attraverso la via giudiziale che sino ad oggi tale clausola di omogeneità sembra essersi fatta valere¹⁵,

¹³ L'utilizzazione del requisito del rispetto della *rule of law* nel processo di allargamento dei confini orientali dell'Unione è analizzato da T. CERRUTI, *Lo stato di diritto nel processo di allargamento ai Balcani occidentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 137 ss.

¹⁴ Cfr., nella letteratura scientifica italiana per l'inquadramento del tema, M.A. ORLANDI, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 167 ss.. Con particolare riferimento alla posizione del potere giudiziario nei due Stati, cfr. S. BARTOLE, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2018, 295 ss., con la sottolineatura delle due strade percorribili per la risoluzione del conflitto: quella *politica ex art. 7 TUE* e quella, non meno rilevante, *giudiziaria*, su ricorso della Commissione *ex art. 258 TFUE* (301); ID., *La crisi della giustizia polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer*, in *Quad. cost.*, 2018, 921 ss. Per la valorizzazione dello strumento del ricorso *ex art. 258 TFUE* cfr. anche K. GRANAT, *Political and Legal Enforcement of the Rule of Law in Poland*, in *Quad. cost.*, 2018, 924 ss.; P. MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte della violazione dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2018, 363 ss. A. V. BOGDANDY, P.P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *Un possibile "momento costituzionale" per lo Stato di diritto europeo. L'importanza delle linee rosse*, in *Forumcostituzionale.it* (12 luglio 2018), sottolineando che attraverso le proprie pronunce la Corte di Giustizia è chiamata a rendere "operativo" il principio dello Stato di diritto (4) ed a tracciare essenziali "linee rosse" per la salvaguardia dell'effettività dell'intero sistema giuridico dell'Unione (8). Per un'analisi attenta anche ai passaggi procedurali di applicazione della procedura *ex art. 258 TFUE* alla materia organizzativa qui in rilievo, cfr. M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: how to make effective User of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2018, 1061 ss. In una diversa prospettiva, sui limiti strutturali della via giudiziaria *ex art. 258 TFUE* e la maggiore efficacia di sanzioni economiche attraverso l'introduzione di criteri di condizionalità degli aiuti economici al rispetto del principio dello Stato di diritto, cfr. G. HALMAI, *How the Eu Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in *Quad. cost.*, 2018, 313 ss.; ID., *Launching Article 7 against the Hungarian Government*, in *Quad. cost.*, 2018, 927 ss. Nella medesima direzione cfr. anche P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi.it*, n.8/2020, 209; N. PISCLAVINO, *C'era una volta la separazione dei poteri a Varsavia: i provvedimenti provvisori come argine all'erosione dello Stato di diritto in Polonia?* (nota a Commissione c. Polonia, causa C-791/19), in *Osservatorio Aic*, n. 1/2021, 2. È questa la via che sembra essere stata intrapresa, tra molte difficoltà e non poche cautele (cfr. il considerando n. 26 con la possibilità di un rinvio della decisione sull'applicazione ad un momento successivo ad una discussione nel Consiglio europeo) con il Regolamento Ue 2020/2092 del 16 dicembre 2020 "relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione".

¹⁵ La via del ricorso per inadempimento *ex art. 258 TFUE* è stata recentemente in più occasioni percorsa dalla Commissione a proposito delle riforme dell'organizzazione giudiziaria adottate in Polonia: cfr. C-192/18 (*Commission v. Poland*); C-619/18 (*Commission v. Poland*); C-791/19 (*Commission v. Poland*). All'interno di quest'ultimo procedimento è stato adottato un inedito provvedimento interinale sospensivo dell'applicazione

trovando non poche difficoltà l'attivazione della via della sanzione politica delineata dalla procedura delineata dall'art. 7 Tue¹⁶, se da un lato sembra rassicurare sulla tenuta del principio dello Stato di diritto come istituto giuridico¹⁷, dall'altro non può non destare più di una preoccupazione poiché la sua garanzia e salvaguardia dovrebbe essere avvertita come questione politica primaria di identità dell'Unione, da far valere ad opera di tutte le Istituzioni dell'Unione, oltre (e forse prima ancora) che questione giuridica da far valere innanzi e da parte del Giudice dell'Unione stessa...¹⁸.

della disciplina impugnata. Su tale decisione “*both significant and unprecedented*” cfr. L. PECH, *Protecting Polish judges from Poland's Disciplinary “Star Chamber”*: Commission v. Poland (Interim proceedings), in *Common Market Law Review*, 2021, 137 ss.; N. PISCIANO, *C'era una volta la separazione dei poteri a Varsavia*, cit..

¹⁶ Sui profondi limiti della matrice internazionalistica e del (conseguente) approccio unanimistico per l'affermazione di responsabilità ex art. 7, secondo comma, Tue ad opera del Consiglio europeo, cfr., per tutti, M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari 2020, 40 ss. Sulla natura sostanzialmente politica dell'art. 7 Tue nel quale il sindacato giurisdizionale assume un carattere residuale cfr. C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello Stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi.it.*, n. 12/2016, 7 s. Ciononostante, proprio profili procedurali che chiamano in gioco l'applicazione dell'art. 269 Tfe sembrano venire in rilievo nella recente attivazione da parte del Parlamento europeo in data 12 settembre 2018 della procedura ex art. 7, primo comma, Tue di invito al Consiglio a constatare un evidente rischio di violazione da parte dell'Ungheria dei valori fondanti l'Unione (P8_TA(2018)0340). Su tale vicenda, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando per tutelare lo “Stato di diritto” si viola la regola di diritto*, in *Federalismi.it.*, n. 18/2018. L'esigenza di una riforma del meccanismo previsto dall'art. 7 Tue è ora ribadita da M. DANI, *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2021, 212.

¹⁷ La profonda valorizzazione – se non addirittura l'arricchimento di significato prescrittivo – delle previsioni dell'art. 19 Tue e 47 Cdfue, una volta poste in connessione sistematica con il principio dello Stato di diritto ex art. 2 Tue sono evidenziate da alcuni studiosi. Sul “triangolo” costituito dalle disposizioni in questione, cfr. N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli «anticorpi» dei trattati?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 18; M. FERRARA, *Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della Rule of Law*, in *Dpce on line*, n. 1/2020, 904; L. MONTANARI, *La garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali*, in *Dpce online*, n. 1/2020, 965, pur sottolineando i limiti dell'approccio giudiziario (966). Per una sottolineatura dell'ampliamento di operatività della garanzia dell'art. 47 Cdfue (rispetto ai limiti dell'art. 51 Cdfue) grazie alla connessione sistematica con l'art. 19 e, prima ancora, 2 Tue, cfr. anche M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, cit., 226 e 239; N. CANZIAN, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quad. cost.*, 2020, 470.

¹⁸ Il rischio è quello di una crisi dell'intero sistema giuridico (e politico) europeo, in primo luogo per il venir meno della fiducia reciproca tra gli Stati membri che costitui-

A questo proposito, centrale appare comunque la posizione della Commissione, coinvolta attraverso il potere di attivazione della “via politica” *ex art. 7 Tue*, ancorché in modo non esclusivo¹⁹, quanto attraverso l’attivazione della “via giuridica” sulla base del potere di impugnazione *ex art. 258 Tdue*. Si tratta di una posizione di snodo che, attraverso le di-

sce un presupposto essenziale di legittimazione dell’ordinamento dell’Unione. In questa prospettiva devono vedersi come segnali da non sottovalutare i rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia da parte di Autorità giudiziarie di Stati membri chiamate a dare esecuzione a provvedimenti giudiziari (specialmente mandati di arresto europei) di Giudici di Stati in cui la garanzia di indipendenza nei confronti del potere esecutivo è a rischio: cfr. C-216/18 PPU ed ancora più di recente C-354/20 PPU o, addirittura, casi in cui la proposizione di un rinvio pregiudiziale da parte di un Giudice di uno Stato “a rischio”, può portare a provvedimenti sanzionatori nei confronti del medesimo... (C-585, 624 & 625/18) nell’ordinamento di appartenenza. Pur nella sua apprezzabilità (cfr., in merito, C. PINELLI, *Violazioni sistemiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia fra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High Court d’Irlanda*, in *Quad. cost.*, 2018, 507 ss.), non bisogna trascurare i limiti per così dire strutturali del meccanismo del rinvio pregiudiziale, che rimette necessariamente al giudice del rinvio la concreta valorizzazione della pronuncia della Corte. Tali limiti sono evidenti nella recente decisione del marzo 2021 nella causa C-824/18, pure caratterizzata da affermazioni molto decise della Corte di Giustizia sulla garanzia di indipendenza dei giudici in Polonia. Il diverso carattere delle pronunce rese dalla Corte di Giustizia in sede di impugnazione *ex art. 258 Tdue* (più esplicito e deciso) ed a seguito di rinvio pregiudiziale (più timido) è sottolineato da S. PLATON, *Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence of national courts: Miasto Lowicz*, in *Common Market Law Review*, 2020, 1865 s., a commento delle pronunce rese nei casi C-558/18 & 563/18.

Sul rischio di regressione della componente costituzionalistica dell’Unione, con conseguente trasformazione dell’“ermafrodito europeo” in un “caleidoscopio di mini organizzazioni internazionali”, cfr. lucidamente G. AMATO, *L’integrazione europea come problema costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2018, 563 s.

¹⁹ Sulla recente iniziativa della Commissione di attivazione della procedura *ex art. 7 Tue* nei confronti della Polonia, cfr. M. TABOROWSKI, *The European Commission launches Art. 7 TEU proceedings against Poland for breach of Rule of Law*, in *Quad. cost.*, 2018, 238 ss. Sul ruolo attivo del Parlamento europeo in materia, cfr. la risoluzione del 12 settembre 2018 di invito al Consiglio a constatare, *ex art. 7*, paragrafo 1, *Tue* l’esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell’Ungheria dei valori su cui si fonda l’Unione già ricordata a nota 16. Si consideri anche la rivendicazione di un proprio ruolo attivo da parte dell’Istituzione parlamentare nelle procedure previste dal sopra ricordato Regolamento Ue 2020/2092 del 16 dicembre 2020 “relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell’Unione”: risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 (P9_TA2020/0360). L’art. 6.2 del regolamento in questione prevede, del resto, la possibilità dell’instaurazione di un “dialogo strutturato” tra Commissione e Parlamento, su invito di quest’ultimo, nella procedura di applicazione delle misure nei confronti degli Stati membri. Sulla posizione “marginale anche se non assente” del Parlamento in tale regolamento e sulla limitazione invece del ruolo della Commissione, cfr. C. FASONE, *Crisi dello Stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell’Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quad. cost.*, 2021, 214 ss.

verse alternative consentite ed il loro possibile intreccio²⁰, consente all'Istituzione in questione l'elaborazione di una propria linea di azione non priva di rilievo politico ed in questo senso in grado di evocare la categoria dell'indirizzo politico sulla quale ci si soffermerà nel paragrafo seguente.

Anche con riferimento alla dimensione interna all'organizzazione istituzionale dell'Unione il principio dello Stato di diritto, coesistente ad un quadro istituzionale unico in termini giuridicamente significativi, è chiamato a svolgere un ruolo significativo ed in effetti sono da evidenziare alcune sue rilevanti valorizzazioni. In questa sede si può accennare all'assenza – significativa per l'osservatore italiano... – della problematica dell'autodichia per il Parlamento europeo²¹ e, per quanto riguarda l'Istituzione che qui maggiormente interessa, la tendenza alla generale giustiziabilità degli atti della Commissione, ivi compresi quelli relativi alla modalità di funzionamento dell'organo collegiale che, in una prospettiva meno sensibile alla concreta attuazione del principio in esame, potrebbero essere considerati risucchiati in una sfera di *interna corporis*²².

Anche la mancata utilizzazione della categoria dell'"atto politico" – allorché gli organi di giustizia dell'Unione hanno dovuto confrontarsi con questioni ad alta caratterizzazione politica come la richiesta di dimissioni *ex art. 17.6 TUE* del Presidente della Commissione ad un Commissario ed i margini di potenziale sovrapposizione di tale richiesta con la fattispecie a maggiore rilievo giuridico dell'*art. 247 TUE* – sembra muoversi nella stessa direzione²³.

²⁰ Cfr., a questo proposito, la comunicazione della Commissione *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto* (COM(2014) 158 final) e, ancora più di recente, la comunicazione *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione – Programma di azione* (COM(2019)0343). Non sono mancate, comunque, analisi critiche nei confronti della Commissione che avrebbe comunque continuato a praticare, attraverso gli atti appena menzionati, con Stati come l'Ungheria e la Polonia un approccio di "*soft political dialogue*" inadeguato alla gravità della situazione: cfr. M. SMITH, *Staring into the abyss: A crisis of the rule of law in the EU*, in *European Law Journal*, 2019, 561 ss. Cfr. anche M. DANI, *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, cit., 212.

²¹ A titolo meramente esemplificativo, si vedano alcune delle decisioni recenti della Corte di Giustizia in merito a controversie che vedevano coinvolto personale amministrativo del Parlamento europeo: C-570/18 del 25 giugno 2020; C-390/17 del 30 maggio 2018.

²² Si vedano a questo proposito le decisioni richiamate *infra* a nota 89 di valorizzazione della rilevanza giuridica esterna del principio di collegialità che regge l'attività della Commissione.

²³ Viene in rilievo soprattutto il "caso Dalli" affrontato dagli organi giurisdizionali dell'Unione (in particolare la decisione del 12 maggio 2015 del Tribunale di primo

2. *L'utilizzabilità della nozione generale di "forma di governo" e di "indirizzo politico" con riferimento all'Unione europea*

Solo a partire dalla configurazione dell'Unione come "comunità di diritto" caratterizzata da un "quadro istituzionale" unico ispirato al principio di separazione dei poteri è possibile porsi il problema se la nozione di *forma di governo* sia applicabile all'Unione ed, in caso positivo, quale sia il modello utilizzabile, già noto o nascente dalla combinazione di modelli storicamente invernati od inedito²⁴.

Sembra a chi scrive che una volta sganciata la nozione in esame dall'attributo della sovranità²⁵, non sussistano ostacoli di principio al tra-

grado (T-562/12), confermata dalla sentenza del 14 aprile 2016 della Corte di Giustizia (C-394/15): la corretta valorizzazione che il Tribunale ha compiuto della natura politica della valutazione e della decisione del Presidente della Commissione di esercitare il potere attribuitogli dall'art. 17.6 TUE non sembra giungere, infatti, al riconoscimento di una "zona franca" dell'ordinamento dell'Unione, come sembra dimostrato dall'attenta istruttoria e ricostruzione dei fatti che il Tribunale medesimo ha condotto prima di arrivare alla soluzione del caso. La persistente – e non ristretta – operatività della nozione di atto politico nell'ordinamento italiano emerge dalla ricostruzione di A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne 'tensione' tra scienza costituzionalistica ed amministrativa*, in *Nomos*, n. 1/2020.

²⁴ La circostanza per cui è la presenza di un quadro istituzionale unico a consentire di superare positivamente i dubbi relativi all'utilizzabilità della nozione di forma di governo è evidenziata da G.G. FLORIDIA, *La forma di governo nel progetto della Convenzione*, cit., 1067. La connessione tra forme di governo nazionali e forma di governo europeo discendente dall'art. 10 TUE è sottolineata da N. LUPO, *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in *Federalismi.it*, n. 28/2020, 3 e 5, richiamando anche la sent. n. 239 del 2018 della Corte costituzionale italiana.

Per il nesso tra principio di separazione di poteri e tematica della forma di governo, cfr. J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Art. 10*, cit., 427; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir. Annali*, Milano 2010, 545; C. PINELLI, *Forme di stato e di governo*, in *Rivista Aic.*, n. 2/2020, 285. Sul nesso del principio di separazione dei poteri con quello dell'equilibrio e della leale collaborazione tra le Istituzioni nell'ordinamento dell'Unione, cfr. S. ILLARI, *Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione europea*, in *Nomos*, n. 3/2018, 6 s.

²⁵ Il condizionamento che il tema della sovranità continua ad esplicitare sulla riflessione relativa alla configurabilità di una forma di governo europea è evidenziato da R. IBRIDO, N. LUPO, «*Forma di governo*» e «*indirizzo politico*»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea, in AA.VV. (a cura di R. IBRIDO, N. LUPO), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna 2018, 10 ss. Si è già richiamato (nota 4), a questo proposito, il monito a non identificare *Staatsrecht* e diritto costituzionale, proprio al fine "di non tagliare i ponti con la cultura europea del diritto costituzionale": A.A. CERVATI, *Elementi di indeterminazione e di conflittualità nella forma di governo europea*, cit., 75 s. In senso contrario all'utilizzazione della nozione per l'Unione europea, come è noto, cfr.

pianto della categoria interpretativa in questione al quadro istituzionale dell'Unione. Costituisce, anzi, un oggetto di naturale e primario interesse per il costituzionalista esaminare come le norme che definiscono gli organi fondamentali di un ente politico rappresentativo determinino le relazioni giuridiche tra gli stessi, facendo così che tali relazioni non siano dominate solo dai rapporti di forza ma anche, e prima di tutto, da un "dover essere" giuridico²⁶. Il carattere "aperto" o dinamico della forma di governo europea²⁷ potrà costituire un elemento in grado di rendere più complessa la qualificazione della medesima ma non compromettere la pertinenza della nozione al caso in esame.

Costituisce un'interessante riprova dell'importanza di questa prospettiva la rilevazione, riferibile alle istituzioni dell'Unione e specificamente alla Commissione, di una significativa e problematica alterazione del proprio ruolo, se non della propria natura, allorché l'Istituzione viene ad essere "caricata" di attribuzioni non in linea con la ripartizione di funzioni delineata nel quadro istituzionale dei trattati, come l'esperienza successiva alla crisi finanziaria del 2008 dimostra²⁸. In questa prospettiva,

M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 540, ritenendo che la nozione sia utilizzabile "solo per ellissi" con riferimento all'Unione europea (nota 15). Per un'utilizzazione in senso "convenzionale" della stessa, cfr. L. ELIA, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 757. Nella stessa direzione, mi sembra, P. COSTANZO, *Oscillazioni della «forma di governo» dell'Unione europea nel «Traité simplifié compliqué»*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, tomo II, Napoli 2008, 636 (anche in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008); R. MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino 2004, 31, s. Nonostante il paradosso dell'assenza della "forma Stato", la sussistenza di molteplici condizioni per ragionare di forma di governo con riferimento all'Unione sono sottolineate da S. MANGIAMELI, *La forma di governo europea*, in *Id.*, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma 2008, 223.

²⁶ Il che non significa affatto rinunciare ad avvalersi degli apporti della scienza politica per una visione più organica e matura degli istituti giuridici pertinenti. Per la rilevazione, invece, di "un basso grado di coerenza" delle regole concernenti gli assetti istituzionali dell'Unione che comporta la sostituzione della nozione di "forma di governo" con quella, a basso grado di prescrittività, di "assetti organizzativi" di rilievo soprattutto politologico, cfr. R. IBRIDO, *Oltre le "forme di governo". Appunti in tema di "assetti di organizzazione costituzionale" dell'Unione europea*, in *Rivista Aic*, n. 1/2015.

²⁷ A.A. CERVATI, *Elementi di indeterminazione e di conflittualità nella forma di governo europea*, cit., 74.

²⁸ C. CALLIES, *The Governance Framework of the Eurozone and the Need for a Treaty Reform*, e C. ANTPOHLER, *Enhancing European Democracy in Times of Crisis? – The Proposal to politicise the Election of the European Commission's President*, entrambi in F. FABBRINI, E.H. BALLIN, H. SOMSEN (Eds.), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, Oxford and Portland 2016, con riferimento al mutamento di posizione istituzionale della Commissione conseguente ai due regolamenti c.d. "Six-Pack" e "Two-Pack" e formalizzato con il "Fiscal Compact"; S. MANGIAMELI, *Il sistema*

si comprende l'auspicio di una riscoperta e valorizzazione della nozione di forma di governo per evitare i rischi di snaturamento complessivo dell'edificio istituzionale comunitario²⁹.

Quadro istituzionale unico, comunità di diritto e nozione di forma di governo europea appaiono quindi dimensioni intrecciate tra loro. Incorporare l'ultima di queste per abbandonarla alle sole regole della scienza della politica rischia di compromettere la tenuta delle dimensioni precedenti, oltre che precludere una chiave di lettura rilevante delle trasformazioni della stessa forma di governo nazionale, come il caso italiano paradigmaticamente evidenzia³⁰.

Un passaggio ulteriore e suscettibile di soluzioni molto differenziate tra loro è rappresentato dalla riferibilità della nozione di *indirizzo politico* all'ordinamento della forma di governo dell'Unione. Anche se paradossalmente il carattere finalistico di promozione ed affermazione dei valori dell'Unione iscritti nei trattati consentirebbe di accogliere ed utilizzare la nozione più impegnativa ed esigente di indirizzo politico, elaborata nella riflessione costituzionalistica italiana con riferimento a "fini di sistema" precedenti e determinanti l'azione degli organi di governo³¹, sembra possibile applicare all'esperienza europea anche varianti assiologicamente meno condizionanti ed impegnative³². Attesa la capacità di selezione

europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?, in *Diritto e Società*, 2016, 27 ss.; ID., *Stato, integrazione europea e globalizzazione. Le nuove sfide del costituzionalismo*, in *Diritto e Società*, 2020, 21 ss. Per un giudizio decisamente meno critico sul ruolo assegnato alla Commissione dal "Fiscal Compact", cfr., invece, N. NUGENT, M. RHINARD, *The European Commission*, 2th Ed., London 2015, 389.

²⁹ Per la sottolineatura dell'esigenza "*to bring back the topic of the form of government of the EU at the centre of the scholarly analysis*", ove l'accezione di "*form of government*" è da intendersi in senso non solo politologico ma anche giuridico, cfr. F. FABBRINI, E.H. BALLIN, H. SOMSEN, *Introduction: A New Look at the European Form of Government of The European Union and the Eurozone*, in F. FABBRINI, E.H. BALLIN, H. SOMSEN (Eds.), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, cit., 3 s.

³⁰ Sul punto, cfr. specialmente N. LUPO, *La forma di governo italiana nella forma di governo dell'Unione europea*, in *Il Politico*, 2018, 41 ss.; ID., *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella costituzione "composita"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019; ID., *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, cit.

³¹ Per una nozione di "indirizzo di sistema" che unificherebbe le diverse esperienze nazionali di forme di governo, riconducendole ad una forma unitaria, cfr. A. MANZELLA, *Indirizzo politico di sistema e forma di governo*, in AA.VV. (a cura di R. IBRIDO, N. LUPO), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., 468.

³² Si pone ai limiti estremi della rilevanza giuridica e prescrittiva della nozione (e forse anche oltre tali confini) la definizione di "attività politica di governo" proposta recentemente da A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso*

autonoma degli obiettivi politici da perseguire quali fini dell'Unione, da parte degli organi che definiscono la forma di governo della stessa³³, in questa prospettiva "pragmatica" ciò su cui ci si deve interrogare è il tipo di opzioni operate dai trattati istitutivi in ordine a chi spetti la selezione di tali obiettivi.

È il caso di rimarcare come una scelta totalmente rinunciataria in merito indebolirebbe al minimo la prescrittività e la stessa rilevanza autonoma della nozione di forma di governo europea ed è probabilmente questo il retroterra concettuale delle impostazioni critiche circa la utilizzabilità della nozione di indirizzo politico all'ambito qui considerato: l'Unione non avrebbe forma di governo poiché a nessuna delle sue Istituzioni è assegnata una funzione di indirizzo politico.

È altrettanto vero, occorre però aggiungere, che l'inquadramento della funzione di indirizzo politico nell'ordinamento europeo risulta non poco problematico in ragione dell'ambiguità delle disposizioni dei trattati ad essa riferibili, in conseguenza di quelli che Carl Schmitt avrebbe definito "compromessi dilatori" in ordine a decisioni politiche fondamentali inerenti la configurazione dell'ordinamento costituzionale dell'Unione³⁴. La stessa delineazione della forma di governo europea, tra modelli noti e nuove configurazioni possibili, ne risulta chiaramente condizionata, come è facile intuire.

di ricostruzione teorica, in *Quad. cost.*, 2018, 27 ss., in esplicita opposizione alle concezioni definite "archetipe" dell'indirizzo politico (9 ss.), per le quali centrale resta, nell'esperienza italiana, la riflessione di C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, 1931, 9 ss. (della ristampa a cura di E. CHELI, Milano 2000).

³³ Nella dottrina costituzionalistica italiana, per lo sganciamento della nozione in esame dalla sola dimensione statale e la riferibilità agli enti territoriali infrastatali, merita di essere ricordato T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano 1971, par. 15. La circostanza per cui l'autonomia politica di un ente comporta una potestà propria (non la libertà) di indirizzo politico-amministrativo è sottolineata da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*², vol. I, Milano 1988, 302. Sul tema, cfr. recentemente, T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, Napoli 2020, difendendo la riferibilità della nozione agli enti regionali. Per il riconoscimento che una pur limitata discrezionalità nell'attuazione delle finalità espresse dai Trattati istitutivi consente di utilizzare la nozione anche nell'ordinamento dell'Unione europea, cfr. R. MANFRELOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, cit., 36 s.

³⁴ Per un richiamo alla riflessione schmittiana sulla spettanza della sovranità in un ordinamento di tipo federale e la sua trasposizione all'esperienza europea, cfr. S. MANGIAMELI, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, cit., 54.

3. *Il frammentato potere esecutivo europeo e la Commissione al suo interno*

Costituisce un dato da tempo acquisito alla riflessione costituzionalistica – oltre che a quella politologica – il carattere frammentato della nozione di potere esecutivo europeo³⁵, il quale deriva da un processo genetico ben diverso da quello di formazione degli Stati e che volutamente si vuole tenere distinto da questo. Con riferimento a quanto qui principalmente interessa, costituisce un riflesso di tale approccio la presenza nelle disposizioni dei Trattati relative alle Istituzioni dell’Unione di una pluralità di espressioni riferibili alla nozione di indirizzo politico.

Minore generalità ed al tempo stesso intensità – e, conseguentemente, minore interesse – caratterizza l’attribuzione *ex art. 16 TUE* al Consiglio dell’esercizio di “*funzioni di definizione delle politiche e di coordinamento alle condizioni stabilite dai trattati*”. Se da un lato il riferimento alla “definizione delle politiche” evoca un ambito non indifferente alla fissazione di scelte di indirizzo, dall’altro la precisazione che ciò avviene “alle condizioni stabilite dai trattati” contestualizza tale potere in quadro normativamente predefinito che ne deprime la valenza politica generale³⁶.

³⁵ Cfr. già S. FABBRINI, *Oltre Lisbona: l'enigma costituzionale dell'integrazione europea*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2009, 349 ss, sull’assenza nell’Unione di un “un governo inteso come singola istituzione autorizzata ad esercitare la decisione definitiva” (358). Sul carattere frammentato del potere esecutivo europeo, del quale la Commissione rappresenta solo una componente, cfr., per tutti, V. EDJAHARIAN V., *Art. 15*, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (Eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, cit., p. 624, con particolare riferimento al Consiglio europeo; D. CURTIN, *Challenging Executive Dominance in European Democracy*, in *The Modern Law Review*, 2014, 6; ID., *Democratic Accountability of the EU Exeutive Power: A Reform Agenda for Parliaments*, in F. FABBRINI, E.H. BALLIN, E. SOMSEN (Eds.), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, cit., 175; S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, in *Journal of European Integration*, 2015, 9; R. IBRIDO, N. LUPO, *Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all’Unione europea*, cit., 22. La “distorsione istituzionale” di un sistema con due esecutivi (Commissione e Consiglio europeo) uno dei quali (il Consiglio europeo) non si sa a chi risponda è icasticamente evidenziata da G. AMATO, *Prefazione* in S. FABBRINI, *Prima l’Europa. È l’Italia che lo chiede*, Milano 2020, IX. Il rilievo è tanto più penetrante se si considera il cronico problema della “dispersione delle autorità di governo che caratterizza l’Unione”, della quale anche la Commissione subisce le conseguenze negative in termini di responsabilità verso le opinioni pubbliche: cfr. C. PINELLI, *Il doppio cappello dei governi tra Stati e Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, par. 4.

³⁶ Per l’inidoneità del Consiglio a svolgere le funzioni di esecutivo comunitario mentre “*la Commission est sans doute la plus proche de la notion d’exécutif, ou de gouvernement*”, pur all’interno di un modello di “*quadripartisme institutionnel*”, cfr. già P. PESCATORE, *L’exécutif communautaire: justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome*, in *Cahiers de droit européen*, 1978, 392.

Come è noto, è principalmente all'art. 15 ed all'art. 17 Tue che occorre fare riferimento nel tentativo di trovare un ideale filo di orientamento nel frammentato esecutivo europeo. Se la formulazione letterale delle disposizioni dei trattati sembrerebbe valorizzare, nell'art. 15 Tue, una funzione di indirizzo del Consiglio europeo³⁷, non si possono tacere i limiti, se non le contraddizioni, dell'affidamento all'organo di massima proiezione degli Stati membri nell'Unione di tale primaria dimensione di affermazione dell'Unione in quanto tale^{38 39}.

Né la figura del Presidente del Consiglio europeo è riuscita ad affermarsi, almeno fino al momento presente, come dotata di un carisma tale da renderla il soggetto in grado di imporre – da una posizione sicuramente nevralgica di reale snodo tra Stati membri ed Unione quale è quella delineata dall'art. 15.6 Tue – un impulso in grado di costituire un vero e proprio indirizzo politico dell'Unione⁴⁰. La “felice” posizione

³⁷ Sottolineata da R. IBRIDO, N. LUPO, *Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, cit., 34. Per il rilievo della formulazione dell'art. 15 Tue, cfr. anche N. LUPO, *La forma di governo italiana nella forma di governo dell'Unione europea*, cit., 47.

³⁸ Finendo tale istituzione per essere responsabile solo nei confronti degli Stati membri stessi o, più realisticamente, alla luce della sua composizione, nei confronti di se stessa. Si consideri la critica di G. Amato riportata supra a nota 35. È questa la ragione – sia detto incidentalmente – che rende difficilmente accettabile la configurazione della forma di governo europea in termini affini alle esperienze dei semi-presidenzialismi, pure non poco diffusi negli Stati membri: uno dei due “poli” dell'Esecutivo (nel nostro caso il Consiglio europeo, appunto) appare complessivamente irriducibile ad una nozione di Esecutivo dell'Unione unitariamente inteso, la sua derivazione dagli Esecutivi degli Stati membri rischiando, sotto questo punto di vista, di essere fuorviante.

³⁹ La crescita di rilievo del Consiglio europeo “*as the power-house of the EU institutional structure*”, nonché l'incremento di conflitti politici all'interno dello stesso sono evidenziati, non senza preoccupazioni per l'efficienza e legittimazione complessiva dell'Unione, dallo studio *Possible Avenues for Further Political Integration in Europe. A Political Compact for a More Democratic and Effective Union?* commissionato dalla Commissione Affari costituzionali del Parlamento europeo (PE 651.849 – Maggio 2020).

⁴⁰ Sulle aspettative riposte su tali figura (“la più audace invenzione del progetto franco-tedesco” del 2003 posto alla base dei lavori della Convenzione sull'avvenire dell'Europa), cfr., ad esempio, G.G. FLORIDIA, *La forma di governo nel progetto della Convenzione*, cit., 1073, anche se in una prospettiva non leaderistica ma unificante e di affermazione dei valori dell'Unione. Sui rischi per la posizione istituzionale della Commissione ed, in particolare, per il suo Presidente avevo espresso qualche preoccupazione (a quanto pare superata...) in E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione: una ricognizione*, cit., 35 s. Per un'analisi dell'esperienza maturata durante la Presidenza van Rompuy, cfr. I. TÖMMEL, *The standing president of the European Council: intergovernmental or supranational leadership*, in *Journal of European Integration*, 2017, 175 ss. e D. DINAN, *Leadership in the European Council: an assessment of Herman van Rompuy's*

istituzionale dell'organo costituisce anche una sorta di “gabbia” per una sua possibile evoluzione, dalla quale è ben difficile evadere assumendo posizioni che non siano la sintesi ed il punto di equilibrio tra quelle fatte proprie dai Capi di stato e di governo degli Stati membri...⁴¹

Il baricentro alternativo nella promozione di un indirizzo proprio dell'Unione non può, quindi, che essere rappresentato dall'affidamento alla Commissione della promozione dell'*interesse generale* dell'Unione, secondo quanto espresso dall'art. 17 TUE⁴². E, del resto, indipendenza della Commissione dagli Stati⁴³; rapporto politico prioritario di essa con il Parlamento europeo, organo politico per eccellenza dell'Unione⁴⁴; suo ruolo di *agenda setting* nella determinazione delle politiche europee⁴⁵ contribuiscono ad accreditare tale opzione ricostruttiva, anche se occorre prendere atto di un'indeterminatezza sul punto dei trattati, probabilmente voluta e finalizzata a consentire più di una via evolutiva dell'Unione come organizzazione costituzionale.

Il riferimento ad una nozione apparentemente anodina come quella di “interesse generale” dell'Unione probabilmente allude, in questa prospettiva, alla inevitabile duplice natura della Commissione, organo politico ed amministrativo al tempo stesso⁴⁶. Ma come è evidente, non si

presidency, in *Journal of European Integration*, 2017, 157 ss. con valutazioni differenziate, anche se accomunate dalla rilevazione del carattere *transactional* e non *transforming* della *leadership* di tale presidenza. Per le categorie della “*transactional*” or “*transformative*” *leadership*, anche se riferite al Presidente della Commissione, cfr. I. TÖMMEL, *The President of the European Commission: Transactional or Transforming Leaders?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, 793.

⁴¹ Al momento attuale, il massimo che si può dire è che le potenzialità di *leadership* politica della figura del Presidente del Consiglio europeo restino “dormienti” in relazione ai caratteri di indeterminatezza delle decisioni fondamentali sulla fisionomia costituzionale dell'Unione richiamate nella conclusione del par. 2 del presente lavoro.

⁴² Avevo già espresso questo orientamento in E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione: una ricognizione*, cit., 2.

⁴³ Anche se l'indipendenza non implica separazione integrale nei confronti degli Stati membri. Cfr., infatti, il paragrafo seguente.

⁴⁴ Un rapporto che per molti osservatori assume i caratteri di una vera e propria relazione fiduciaria. Sul punto, cfr., comunque, *infra*, par. 7 e seguenti del presente lavoro.

⁴⁵ Come recentemente ribadito da H. MÜLLER, *Setting Europe's agenda: the Commission presidents and political leadership*, in *Journal of European Integration*, 2017, 129 ss., N. NUGENT, *The Government and Politics of the European Union*, 8th ed, London 2017, evidenziando le funzioni di “*proposer and developer of policies and legislation*” (122) e, conseguentemente di “*mediator and conciliator*” della Commissione (134); R. IBRIDO, N. LUPO, *Forma di governo e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, cit., 38 ss. Ma cfr. anche quanto osservato *infra* alla nota 51.

⁴⁶ Come evidenziato sin dagli albori dell'esperienza comunitaria: cfr. esemplar-

tratta di un *unicum* di tale figura, rinvenendosi nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri la compresenza di tali due dimensioni in capo all'organo "Governo", profondamente legate all'evoluzione storica, senza che ciò induca a mettere in discussione la spettanza del potere di indirizzo politico in capo al governo stesso.

4. *La Commissione tra Unione e Stati membri*

Nell'inquadramento generale della Commissione si evidenzia in genere la sua necessaria indipendenza dagli Stati membri e dalle direttive di questi. Si tratta di un requisito fondamentale, valorizzato dall'art. 17.3 TUE e dall'art. 245 TFUE, con specifico riferimento ai membri della Commissione, che permette di riempire di significato la promozione dell'interesse generale dell'Unione sopra ricordato. Siamo del resto "al cuore" del metodo comunitario che sull'indipendenza della Commissione e sul

mente D. COOMBES, *Politics and Bureaucracy in the European Community*, London 1970, 234. In epoca recente, cfr. M. HARTLAPP, J. METZ, C. RAUH, *Which Policy for Europe? Power and Conflict inside the European Commission*, Oxford 2014, 4. Sui diversi modelli di compresenza in seno alla Commissione della natura politica e di quella più propriamente amministrativa (secondo i diversi punti di equilibrio rappresentati dai modelli di "coesistenza", "complementarietà" e "predominio") interessante risulta l'analisi di V. TARDITI, *Vecchi e nuovi equilibri nella Commissione europea*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2014, 255 ss.

Per una recente riaffermazione della lettura "politica" dell'espressione "interesse generale" dell'art. 17 TUE cfr. N. NUGENT, M. RHINARD, *The 'political' roles of the European Commission*, in *Journal of European Integration*, 2019, 208, sulla base dell'esperienza degli ultimi anni ed in particolare della Commissione Juncker. Sul rafforzamento del carattere politico della Commissione Juncker e sulle conseguenti soluzioni organizzative interne, cfr. J. PETERSON, *Juncker's political European Commission and an EU in crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, 349 ss.; H. KASSIM, B. LAFFAN, *The Juncker Presidency: the 'Political Commission' in Practice*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, 49 ss.; S. RUSSACK, *How is Juncker's 'last-chance Commission' faring atm id-term?*, in *European Policy Analysis*, n. 4/2017, in www.sieps.se; Id., *Institutional Rebalancing: the 'Political' Commission* (5 marzo 2019), in www.ceps.eu.

Non mancano comunque le preoccupazioni in ordine ai rischi insiti nella politicizzazione della Commissione – ed in particolare del suo Presidente – per ciò che concerne i rapporti con il Parlamento e gli Stati membri (specie quelli di piccole dimensioni). Cfr. a questo proposito per tutti la recente critica alla configurazione in termini "governativi" della Commissione di A. KOCHAROV, *In the Image of State: Constitutional Complexities of Engineering a European Democracy*, in F. FABBRINI, E.H. BALLIN, E. SOMSEN (Eds.), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, cit., 233 ss.

suo ruolo centrale nel sistema si è venuto costruendo sin dalle origini del processo di integrazione⁴⁷.

Ma la Commissione non può essere ridotta al ruolo di una “maxi – Autorità amministrativa indipendente”⁴⁸ in una prospettiva di valorizzazione della natura costituzionale – e, quindi, inevitabilmente, politica – dell’Unione. La Commissione, infatti, fermo restando il principio basilare della indipendenza dei suoi componenti e dell’organo nel suo complesso dalle influenze esterne, non può non costituire un interlocutore fondamentale per ciascuno Stato membro dell’Unione. La letteratura scientifica ha da tempo evidenziato questa funzione di *gatekeeper*⁴⁹ che, si badi, può portare ad un’evoluzione che va ben oltre un modello di rapporti *principal/agent*⁵⁰ tra Stati membri e Commissione e valorizzare i margini che la stessa può utilizzare in tali rapporti per affermare propri indirizzi ed un ruolo di *network broker*⁵¹, piuttosto che di esecutore. Ci

⁴⁷ Cfr. P. PESCATORE, *L’executif communautaire*, cit. Sul “metodo comunitario” di perseguimento – ed al tempo stesso di definizione – dell’interesse generale dell’Unione da parte della Commissione, cfr., per una visione di sintesi, i contributi in R. DEHOUSSE (Ed.), *The ‘Community Method’. Obstinate or Obsolete?*, London 2011 ed in particolare G. MAJONE, *Is the Community Method still Viable?*, 16 per la messa in evidenza della progressiva emersione di elementi di crisi di tale metodo di evoluzione dell’ordinamento dell’Unione.

⁴⁸ Per tale accostamento, cfr. L. ELIA, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l’Europa*, cit., 759.

⁴⁹ T. CHRISTIANSEN *Tensions of European governance: politicized bureaucracy and multiple accountability in the European Commission*, in *Journal of European Public Policy*, 2011, 82.

⁵⁰ Per l’applicazione di tale modello ai rapporti Stati membri/Commissione, cfr., tra gli altri, A. WONKA, *Technocratic and independent? The appointment of European Commissioners and its policy implications*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, 170; S. BAILER, *An Agent Dependent on the EU Member States? The Determinants of the European Commission’s Legislative Success in the European Union*, in *European Integration*, 2014 p. 41, opportunamente accentuando i margini di autonomia dell’Agent; R. DECKARM, *The countries they know best: how national principals influence European commissioners and their cabinets*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, 451, pure evidenziando una serie di elementi (ampiezza della Commissione; ruolo del Presidente) che alterano non poco la logica *principal/agent*.

⁵¹ Cfr. S. BORRAS, *The European Commission as Network Broker*, in *European Integration online Papers* (Eiop), 2007. Sul ruolo centrale svolto dal potere di *agenda setting* della Commissione nel processo decisionale europeo, cfr. R. IBRIDO, N. LUPO, «*Forma di governo*» e «*indirizzo politico*»: la loro discussa applicabilità all’Unione europea, cit., p. 38. Con particolare riferimento all’iniziativa nel procedimento legislativo, F. MARTINES, *La funzione d’iniziativa della Commissione nel processo legislativo dell’Unione europea*, Napoli 2019. La progressiva assunzione del ruolo di “*important player*” da parte del Parlamento europeo, unitamente alla Commissione, in tema di *agenda-setting* è evidenziata

troviamo di fronte al *purposeful opportunism*⁵² che ha segnato la fortuna istituzionale dell'Istituzione, tanto nella dimensione verticale (Commissione/Stati Membri) che orizzontale (Commissione/altre Istituzioni)⁵³.

In questa prospettiva i criteri di composizione dell'Istituzione in esame ed, *in primis*, la soluzione del problema del numero dei Commissari rispetto al numero degli Stati membri assume un ruolo centrale e la decisione del Consiglio europeo del dicembre 2008⁵⁴ di mantenere un numero di componenti della Commissione pari al numero degli Stati membri, utilizzando la clausola derogatoria prevista dall'art. 17.5⁵⁵ Tue può apparire sotto una diversa luce.

Essa rappresenterebbe non già una manifestazione di indebolimento

da A. MAURER, M.C. WOLF, *Agenda-Shaping in the European Parliament and the European Commission's right of legislative initiative*, in J. EGE, M.W. BAUER, S. BECKER (Eds.), *The European Commission in Turbulent Times. Assessing Organizational Change and Policy Impact*, Baden Baden 2018, 80 s.

⁵² Per una riaffermazione del *purposeful opportunism* della Commissione in tempi recenti, cfr. N. NUGENT, M. RHINARD, *Is the European Commission Really in Decline?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, 1201. Per una posizione più problematica, cfr. I. CAMISÃO, M.E. GUIMARÃES, *The Commission, the Single Market and the Crisis: The Limits of Purposeful Opportunism*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, p. 235.

⁵³ In particolare sul *link* che si può determinare tra Commissione e Consiglio nel procedimento legislativo, in funzione della nazionalità (ma anche dell'orientamento politico) del Commissario, cfr. K. KILLERMANN, *Loose Ties or Strong Bonds? The Effect of a Commissioner's Nationality and Partisanship on Voting in the Council*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, 1369 ss. Più in generale, con riferimento ai rapporti tra Consiglio e Commissione, i limiti dell'approccio *principal-agent* e la valorizzazione di un assetto di "*joint agenda setting*" e di "*competitive co-operation*" tra le due Istituzioni sono sottolineati da P. BOCQUILLON, M. DOBBELS, *An elephant on the 13th floor of the Berlaymont? European Council and Commission relations in legislative agenda setting*, in *Journal of European Public Policy*, 2014, 20 ss. Per l'esistenza di una "*relation of partnership*" tra le due Istituzioni, con esclusione del modello *principal-agent*, cfr. anche M. ECKHARDT, W. WESSELS, *The European Commission – Agent, Principal and Partner to the European Council*, in J. EGE, M.W. BAUER, S. BECKER (Eds.), *The European Commission in Turbulent Times*, cit., 49.

⁵⁴ Consiglio europeo, 11 – 12 dicembre 2008 (doc. 17271/1/08 Rev 1) e 18-19 giugno 2019 (doc 11225/2/09). Per la formalizzazione finale della decisione, cfr. la decisione del Consiglio europeo 2013/272/EU del 22 maggio 2013.

⁵⁵ Chi ha risentito maggiormente di tale non semplice compromesso è stato l'art. 244 Tdue, che resta al momento una disposizione priva di concreta prescrittività, a meno di non ipotizzare un futuro *contrarius actus* rispetto alle deliberazioni del Consiglio europeo appena richiamate; un'opzione che consentirebbe al "sistema di rotazione" da esso previsto di diventare operativo. Va osservato, a questo proposito, che per quanto "derogata", la norma posta dall'articolo 244 Tdue (e, prima ancora, la previsione "principale" dell'art. 17.5 Tue) resta in vigore e non è mai stata presa in considerazione l'ipotesi di una sua abrogazione.

della posizione istituzionale della Commissione e di cedimento ad una logica, per così dire, diplomatico/internazionalistica, aggravata dai problemi di funzionalità di un collegio di ragguardevoli dimensioni quantitative, ma piuttosto un “prezzo da pagare” affinché la sopra ricordata funzione di *gatekeeper*, con tutto ciò che ne consegue, possa continuare ad operare. E, del resto, l’abbandono della presenza integrale degli Stati membri in seno al Collegio non sembra imprescindibile per una caratterizzazione della Commissione come organo in grado di esprimere un proprio originale indirizzo in ordine all’interpretazione ed attuazione dell’ “interesse generale dell’Unione”: la Commissione resta un collegio all’interno del quale l’unanimità non è certo la regola decisionale e, pertanto, anche in presenza di Commissari provenienti da tutti gli Stati membri, la decisione maggioritaria resta la regola ordinaria di funzionamento (come ribadito nell’art. 250 Tfu). Conseguentemente, la formazione di maggioranze e di minoranze in ordine alle singole decisioni costituisce evenienza ordinaria di funzionamento del collegio. Ciò che più conta è che in relazione alla enorme varietà degli affari trattati, spesso di rilievo tecnico più che “politico”, la combinazione delle maggioranze e delle minoranze non sembra definibile in termini statici e predefiniti e, quindi, una logica di tipo diplomatico/internazionalistico faticherebbe non poco ad affermarsi.

Non si può, inoltre, fare a meno di riconoscere una significativa attenuazione – se non un vero e proprio *vulnus* – al principio di parità degli Stati membri che deriverebbe dalla mancata contemporanea presenza di un Commissario proveniente da ciascuno di essi all’interno del collegio della Commissione. Si tratta di un’attenuazione/*vulnus* particolarmente sensibile per gli Stati membri di piccola dimensione (geografico e/o demografica), per evidenti ragioni di sensibilità politica⁵⁶.

⁵⁶ Per le differenze di comportamento tra Stati di piccole e grandi dimensioni nella designazione dei Commissari europei, cfr. H. DÖRING, *The Composition of the College of Commissioners. Patterns of Delegation*, in *European Union Politics*, 2007, 224. Cfr anche J. TEMPLE LANG, *How much do the Smaller Member States need the European Commission? The Role of the Commission in a changing Europe*, in *Common Market Law Review*, 2002, 319: “And it is naïve and wrong to imagine that a large State with no Commissioner is in a position equal to that of a small State with no Commissioner”. Il punto era evidente anche nella prima fase dell’esperienza comunitaria: cfr. K. VAN MIERT, *The Appointment of the President and the Members of the European Commission*, in *Common Market Law Review*, 1973, 261. Per un’analisi di come la provenienza nazionale operi, insieme ad una serie di altre variabili, nella determinazione dei comportamenti dei componenti della Commissione, in relazione alle varie tematiche affrontate, cfr. M. EGEGERG, *Executive politics as usual: role behaviour and conflict dimensions in the College of European Commis-*

In questa prospettiva la decisione del Consiglio europeo di non attivare le potenzialità offerte dagli artt. 17 TUE e 244 TFUE in tema di composizione dell'organo appare forse maggiormente comprensibile anche se la conseguenza è stata una linea di continuità nella designazione nazionale dei singoli Commissari⁵⁷, risultando limitati i margini di autonomia del Presidente della Commissione in tale processo⁵⁸, salvo che insorgano eventuali problemi nella fase parlamentare degli *hearings* dei candidati commissari⁵⁹.

È piuttosto su altri fronti che è chiamata a giocare la partita del recupero di funzionalità del collegio al suo interno e nelle relazioni con Stati membri ed altre Istituzioni dell'Unione ed a questo proposito occorre concentrare l'analisi sulla Commissione in sé e per sé considerata.

5. La Commissione e la sua articolazione interna: Presidente e Commissari

Nella considerazione della struttura della Commissione occorre necessariamente prendere le mosse dagli esiti del processo di differenziazione delle diverse figure che la compongono; processo che da tempo ha superato l'idea di un collegio perfetto di pari⁶⁰.

tioners, in *Journal of European Public Policy*, 2006. Pur riconoscendo la rilevanza di tale fattore, mette in guardia da sue applicazioni troppo meccaniche A. SMITH, *Why European Commissioners Matter*, in *Journal of Common Market Studies*, 2003, 143 ss.

⁵⁷ Un residuo legame con lo Stato di provenienza si manifesta anche in ipotesi, per così dire, patologiche come le dimissioni del Commissario Phil Hogan nella attuale Commissione von der Layen, a seguito di uno scandalo “domestico” (mancata osservanza delle misure anti-contagio Covid-19 in una riunione pubblica) dimostrano.

⁵⁸ Sottolineano tale linea di continuità, anche dopo il ricorso all'opzione degli *Spitzenkandidaten* per l'individuazione del Presidente della Commissione, T. CHRISTIANSEN, *After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU's political system?*, in *West European Politics*, 2016, 1002; R. DECKARM, *Assessing the effect of the European election's Spitzenkandidaten procedure on the constitution of the European Commission*, in *European Politics and Society*, 2017, 208.

⁵⁹ Per il “*gaming process*” relativo alla nomina dei Commissari della Commissione Juncker, cfr. H. KASSIM, *What's new? A first appraisal of the Juncker Commission*, in *European Political Science*, 2016, 20 ss. Sulla procedura degli *hearings* del Parlamento europeo sui candidati commissari, cfr. *infra*, le osservazioni nel par. 7.2.

⁶⁰ Per la sottolineatura di un persistente deficit di “responsabilità politica” e, quindi, di “legittimità democratica e trasparenza” nell'ordinamento istituzionale dell'Unione, anteriormente al processo di riforma dei trattati che ha condotto al Trattato di Lisbona ed al rafforzamento della figura del Presidente della Commissione, cfr., per tutti, G. BONVICINI, G.L. TOSATO, R. MATARAZZO, *I partiti politici europei e la candidatura del Presidente della Commissione*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, 182 ss.

Analogamente a quanto avviene nell'organizzazione costituzionale del Governo in molti ordinamenti costituzionali, diverse ispirazioni e principi di funzionamento sono chiamati a confrontarsi e coesistere, secondo una molteplicità di punti di equilibrio possibili. A questo proposito utilmente è stata richiamata la compresenza ed operatività del principio di primazia presidenziale, del principio di collegialità nonché del principio di attribuzione individuale dei singoli Commissari⁶¹.

L'art. 17 TUE ed in particolare l'art. 248 TFUE definiscono in termini chiari la diversa posizione del Presidente rispetto agli altri commissari ed all'interno del collegio, a partire dal processo di nomina⁶². È da sottolineare, poi, la previsione dell'art. 248 TFUE ove si afferma che il Presidente ripartisce fra i membri le competenze che spettano alla Commissione, specificandosi in questo modo la appena più generica previsione dell'art. 17.6 TUE secondo la quale il Presidente "*decide l'organizzazione interna della Commissione*". Il potere di assegnazione delle competenze implica, poi, il potere presidenziale di modificare le stesse, in corso di mandato⁶³. È evidente come tale potere di *reshuffling* si presenti – potenzialmente e comunque inteso nei suoi appropriati limiti – come un elemento che sembrerebbe suffragare una sovraordinazione del Presidente della Commissione che va oltre la preminenza politica di un *primus inter pares* avvicinandolo, piuttosto, alla posizione di un Primo Ministro di ispirazione britannica.

Vero è che in non pochi casi, la problematicità politica del *reshuffling* è notevolmente ridotta: così, ad esempio, nel caso di spostamenti di portafogli legati all'uscita di alcuni componenti del Collegio, ovvero in conseguenza dell'allargamento dell'Unione od anche del suo restringimento, come avvenuto in conseguenza della Brexit⁶⁴. Ci possono essere dei casi in cui, invece, l'utilizzazione dello strumento assume una rilevanza e deli-

⁶¹ Cfr., sul punto, R. BÖTTNER, *The size and structure of the European Commission: legal issues surrounding project teams and a (future) reduced College*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 37 ss; ID., *Project Teams in the European Commission – A fair balance between efficiency and politics?*, in J. EGE, M.W. BAUER, S. BECKER (Eds.), *The European Commission in Turbulent Times*, cit., 113 ss.

⁶² Per delle ulteriori considerazioni sul punto, cfr. *infra*, par. 7.2.

⁶³ Ben differente si presenta l'ipotesi di spostamenti di portafogli anteriormente all'immissione della Commissione nell'esercizio delle sue funzioni, specialmente in conseguenza dell'esito negativo degli *hearings* di taluni Commissari. In questo caso il potere presidenziale si esercita in posizione non di forza quanto di debolezza, conseguente al veto parlamentare nei confronti del candidato proposto dal Presidente.

⁶⁴ Come ricordato da N. NUGENT, *The Government and Politics of the European Union*, cit., 137.

catezza politica maggiore. Prima di giungere, infatti, all'opzione estrema della richiesta di dimissioni *ex art.* 17.6 Teu o dell'attivazione dei meccanismi di responsabilità previsti dall'art. 247 Tfeu, è possibile ritenere che lo spostamento di portafoglio possa offrire una *way out* meno traumatica anche per l'equilibrio interno e la serenità del Collegio. Anche in questo caso i poteri presidenziali sono però chiamati a confrontarsi con la natura collegiale dell'organo e la necessità di rispettare equilibri politici, prima che giuridici, insiti in tale dimensione. Per questa ragione è opportuno precisare che non è detto che i poteri di *reshuffling* siano sempre esercitabili dal Presidente con piena discrezionalità e non si possano determinare, in ordine alla loro possibile attivazione, conflitti politici nel Collegio in grado perfino di metterne in discussione la sopravvivenza.

La seconda previsione a venire in rilievo, sempre all'interno dell'art. 248 Tfeu, precisa che “*i membri della Commissione esercitano le funzioni loro attribuite dal presidente, sotto la sua autorità*”. In questo caso sembra pertinente il riferimento a quanto previsto dall'art. 17.6 Tue secondo la quale “*un membro della Commissione rassegna le dimissioni se il presidente glielo chiede*”. La posizione del Presidente rispetto agli altri Commissari risulta così notevolmente rafforzata, andando anche oltre quanto era già stato sancito dalla cosiddetta “legge Prodi”, all'indomani dell'ingloriosa fine della Commissione *Santer*, nei rapporti in via convenzionale tra Presidente della Commissione e Parlamento europeo⁶⁵.

Risulta però eccessivo, anche in questo caso, ragionare di una superiorità quasi-gerarchica del Presidente nei confronti dei Commissari⁶⁶, trattandosi di un potere che il Presidente deve esercitare *all'interno* di un collegio nel quale gli orientamenti politici sono presenti e valorizzati e con riferimento ai quali l'orientamento alla “revoca” di un Commissario può incontrare un'opposizione anche forte di altri componenti del collegio, in grado, al limite, di minare la sopravvivenza dello stesso⁶⁷. La fluidità delle relazioni intra-governative di non poche forme di governo parlamentari, in grado di oscillare – anche all'interno della singola esperienza nazionale

⁶⁵ Sulla “*lex Prodi*” come esempio di convenzione costituzionale, rinvio a quanto espresso in E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione: una ricognizione*, cit., 719 ed ivi ulteriori riferimenti.

⁶⁶ Nel medesimo senso R. BÖTTNER, *The size and structure of the European Commission*, cit., 49.

⁶⁷ Per non parlare poi dei condizionamenti esterni al collegio, ma non meno rilevanti per il Presidente: quelli derivanti dai legami politici tra Commissario “sotto accusa” e Gruppi politici del Parlamento europeo e quello tra Commissario e Stato membro di designazione (ed eventualmente altri Stati ad esso vicini).

– tra governi caratterizzati da una notevole preminenza del primo ministro e governi a spiccata impronta collegiale, se non a “direzione plurima dissociata”⁶⁸, può costituire un utile termine di riferimento per districarsi in ordine alla concreta configurazione dei poteri in esame ad opera della prassi negli anni a venire.

5.1. Segue: L'articolazione dell'organizzazione interna: I Vice-Presidenti ed i Gruppi di lavoro

È con riferimento all'organizzazione dei metodi di lavoro della Commissione che il Presidente è riuscito nel tempo a guadagnare un suo spazio decisionale che ne ha rafforzato notevolmente il ruolo all'interno del Collegio. Del resto, soltanto una ripartizione innovativa dei compiti all'interno dell'Istituzione poteva permettere di superare i problemi legati al progressivo aumento del numero dei Commissari, conseguente all'allargamento dell'Unione e la tendenza (già presente ma accentuata) in conseguenza dell'allargamento) all'emersione di un “*silo problem*” nell'approccio tra i Commissari e le Direzioni generali alle quali essi sono preposti⁶⁹, rievocando un modello organizzativo ed operativo di tipo “ministeriale” non consono alla Commissione⁷⁰.

La convergenza di ragioni di opportunità politica e di efficienza amministrativa hanno così costituito, conformemente alla già ricordata duplice natura politica ed amministrativa sempre presente nell'Istituzione, la chiave per una svolta nella vita interna dell'organo.

⁶⁸ Per utilizzare l'espressione felicemente coniata con riferimento all'esperienza italiana da E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in AA.VV. (a cura di S. RISTUCCIA), *L'Istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Milano 1977, 41 ss. La formula è stata recentemente rievocata, con riferimento all'esperienza dei Governi italiani fino ai primi anni Ottanta del Novecento da N. LUPO, *Il Governo italiano*, in *Giur. cost.*, 2018, 934.

⁶⁹ Per una definizione del “*silo problem*”, cfr. M. W. BAUER, *Introduction: Organizational Change, management reform and EU policy-making*, in M.W. BAUER (Ed.), *Reforming the European Commission*, London and New York 2009, 15. Per il nesso inevitabile tra allargamento del collegio e rafforzamento dei poteri del Presidente, perseguito dalla Presidenza Barroso in poi, cfr. H. KASSIM, S. CONNOLLY, R. DEHOUSSE, O. ROZENBERG, S. BENDJABALLAH, *Managing the house: the Presidency, agenda control and policy activism in the European Commission*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, 660; J. PETERSON, *Juncker's political European Commission and an EU in crisis*, cit., 352.

⁷⁰ Per l'esclusione dell'applicabilità del modello di competenza ministeriale (*Ressortprinzip*) alla Commissione, cfr. N. NUGENT, M. RHINARD, *The European Commission*, cit., 135; R. BÖTTNER, *The size and structure of the European Commission*, cit., 50 ed ivi ulteriori riferimenti.

Anche se dei precedenti si rinvergono nell'esperienza del passato⁷¹ è con la "Commissione politica" di Juncker⁷² che la nomina di sette Vice-Presidenti – individuati secondo criteri di equilibrio delle diverse ispirazioni politiche presenti nella Commissione, di genere e di provenienza geografica⁷³ – che si assiste ad un salto di qualità nel ruolo della figura, soprattutto poiché i Vice-Presidenti sono chiamati a guidare "project teams" di Commissari. Anche l'individuazione di un *First Vice-President* di notevole peso politico⁷⁴ ha rafforzato la posizione della Commissione e del suo Presidente nelle relazioni con il Parlamento europeo e, conseguentemente, con il Consiglio⁷⁵.

Non dovrebbe sfuggire che in questo modo un risultato rilevante in termini di verticalizzazione e semplificazione del processo decisionale

⁷¹ Per l'evoluzione nel tempo della figura del Vice-Presidente, cfr. N. NUGENT, M. RHINARD, *The European Commission*, cit., 99.

⁷² Sul rafforzamento dell'elemento politico nella Commissione presieduta da Jean Claude Juncker, cfr. gli studi citati a nota 46. Per una diretta testimonianza del principale protagonista di questa esperienza, cfr. l'intervista a Jean Claude Juncker *Europe is a world power and unaware of it*, in *Fondation Robert Schuman/European Interview n. 100* (19th October 2020).

⁷³ Di "matrix system", a proposito della ripartizione dei compiti tra Vice-Presidenti, Commissari e *Project Teams* scrive D. DINAN, *Governance and Institutions: The Year of the Spitzenkandidaten*, in *Journal of Common Market Studies*, 2015, 100. Cfr. anche J. PETERSON, *Juncker's political European Commission and an EU in crisis*, cit., 353 ss.

⁷⁴ Nella persona di Frans Timmermans. Il carattere di *senior politicians* della generalità dei Vice-Presidenti della Commissione Juncker è sottolineato da S. BECKER, M.W. BAUER, S. CONNOLLY, H. KASSIM, *The Commission: boxed in and constrained, but still an engine of integration*, in *West European Politics*, 2016, 9 i quali sottolineano l'obiettivo perseguito da Juncker attraverso tale soluzione organizzativa di "overcome silo-mentalities". La persistenza di problemi di collegamento tra Vice-Presidenti e loro Gabinetti, da un lato, e le Direzioni generali che non sono poste alle loro dipendenze, dall'altro, sono comunque evidenziati da S. RUSSACK, *How is Juncker's 'last-chance Commission' faring at mid-term*, in *Steps European Policy Analysis*, 2017, 5, che conclude per una funzione di "process-steering functions" più che di "policy-shaping" per le nuove figure.

Anche nella Commissione presieduta da Ursula Von der Leyen Frans Timmermans ha assunto l'incarico di Vice-Presidente esecutivo chiamato a sovrintendere il Gruppo di Commissari sul *Green Deal* europeo, che sembra assumere un ruolo centrale nell'indirizzo politico della Presidente. È inoltre da sottolineare come nella Commissione Von der Leyen la stessa categoria dei Vice-Presidenti non si presenti omogenea al suo interno, poiché tre dei sette Vice-Commissari cumulano tale funzione con quella di Commissari. A questo proposito D. GROS, S. BLOCKMANS, *Von der Leyen's Commission: more balanced, less impartial?*, in *Ceps.eu* (11.09.2019) ragionano dell'introduzione di un nuovo livello (il triumvirato dei Vice-Presidenti esecutivi) nella struttura gerarchica della Commissione.

⁷⁵ A. BÜRGIN, *Intra – and Inter-Institutional Leadership of the European Commission President: An Assessment of Juncker's Organizational Reforms*, in *Journal of Common Market Studies*, 2018, 838.

della Commissione viene raggiunto; risultato non inferiore, nelle sue potenzialità, alla differenziazione del rango formale dei Commissari all'interno dell'organo o ad una sua composizione ridotta.

6. *La Commissione come organo collegiale*

I profili di “verticalizzazione” della Commissione sopra ricordati non possono giungere, però, a minare il principio fondamentale di organizzazione dell'Istituzione che è e resta organo collegiale. Sin dalla fondazione dell'Unione appariva chiaro che se la Commissione doveva rappresentare il “motore dell'integrazione” europea, chiamata a promuovere l'interesse generale dell'Unione, essa, dal punto di vista funzionale, non poteva che basarsi su di un principio che precludesse gerarchie tra i suoi componenti – indipendenti dagli Stati membri, ma pur sempre da essi designati ed in un certo senso rappresentanti dei medesimi⁷⁶ – ovvero asimmetrie di posizioni assimilabili ad una gerarchia “di fatto”, foriera di problemi giuridici oltre che difficilmente sostenibile da un punto di vista politico.

Il principio di collegialità dell'organo ha costituito la soluzione più idonea a soddisfare tale esigenza fondamentale: esso garantisce la pari dignità tra gli Stati membri dell'Unione ed al contempo l'indipendenza e la coesione dell'organo⁷⁷, nonché la responsabilità collettiva dei suoi componenti per le decisioni prese⁷⁸, prevedendo come suo corollario applicativo il principio di deliberazione a maggioranza dei suoi membri all'interno del collegio. Tanto appare importante tale previsione che si è sentita l'esigenza di fissarla nei trattati istitutivi, nell'articolo 250 Tfu, sottraendola alla disponibilità del regolamento interno della Commissione al quale, invece, viene affidato il pure importante aspetto della fissazione del numero legale di validità delle riunioni.

Prevedere la maggioranza assoluta come criterio generale di votazione significa impedire la formazione di “minoranze di blocco”, che in un collegio di pari (ivi compreso, sotto questo punto di vista, il Presidente)

⁷⁶ Nel senso che si è cercato di evidenziare nel par. n. 4.

⁷⁷ Cfr., per tutti, N. NUGENT, M. RHINARD, *The European Commission*, cit., 96, che sottolineano come, sotto questo punto di vista, la Commissione rappresenti a “*unique body in international politics*”. Cfr. anche R. BÖTTNER, *The size and structure of the European Commission*, cit., 49.

⁷⁸ Per la sottolineatura di questo aspetto, cfr. H. KASSIM, J. PETERSON, M.W. BAUER, S. CONNOLLY, R. DEHOUSSE, L. HOOGHE, A. THOMPSON, *The European Commission of the Twenty-First Century*, Oxford 2013, 154 e nota 11 per la sua esplicazione.

non avrebbero ragione di essere. A questo proposito, si può riprendere e sviluppare l'osservazione di chi ha evidenziato come la garanzia di "poter votare" costituisce una garanzia centrale dell'indipendenza della Commissione⁷⁹, aggiungendo che la prevalenza della volontà della maggioranza (dei componenti)⁸⁰ assicura la pari posizione – in partenza – di tutti i componenti dell'organo e diventa parte integrante della garanzia di indipendenza dell'Istituzione.

Un punto di osservazione privilegiato in ordine all'operatività del principio di collegialità è rappresentato dal regolamento interno della Commissione⁸¹ previsto dall'art. 249 Tfeue che, non casualmente, ribadisce all'art. 1 l'operatività del principio in questione. Anche l'art. 3.2 del suddetto regolamento interno finalizza l'azione ed i poteri del Presidente della Commissione alla garanzia della "collegialità del suo operato", ri-

⁷⁹ D. SPENCE, *The President, the College and the Cabinets*, in D. SPENCE, G. EDWARD (Eds.), *The European Commission*, 3rd Ed., London 2006, 48. Cfr. anche M. MISTÒ, *La collegialité de la Commission européenne*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2003, 219 e T. LÜBBIG, *Die Europäische Kommission: Auch in Zukunft ein Kollegialorgan*, in *Frankfurter Newsletter zum Recht der Europäischen Union* (19.09.2014), 3. Cfr. ECJ, 23.09.1986 Case C-5/85, *Akzo Chemie v. Commissione*, par. 30 per la sottolineatura della responsabilità politica collettiva dei componenti del collegio conseguente all'operatività del principio di collegialità delle decisioni della Commissione.

⁸⁰ Si noti un leggero "indurimento" della regola maggioritaria rispetto alla sua versione basica, per la quale sarebbe sufficiente per l'adozione di una deliberazione la maggioranza dei voti dei presenti e non quella dei componenti (come, ad esempio, avviene per le deliberazioni delle Camere italiane ex art. 64 Cost., salvo che la Costituzione non stabilisca una maggioranza diversa). Tale elevazione della maggioranza di deliberazione può essere vista come un punto di equilibrio tra adozione della regola maggioritaria e natura "sovranazionale" dell'organo. Soprattutto essa appare opportuna in considerazione del fatto che l'articolo in commento rinvia al regolamento interno della Commissione la fissazione del numero legale delle riunioni (a differenza, sempre per rimanere nell'esempio, dell'art. 64 Cost. italiana che lo fissa direttamente).

⁸¹ Sul rapporto di circolarità che lega previsioni del trattato Ue e regolamento interno, per quanto riguarda la Commissione, rinvio a quanto già esposto in E. GIANFRANCESCO, *La Commissione nel quadro istituzionale dell'Unione: una ricognizione*, cit., 719. L'importanza dello studio del regolamento interno della Commissione e dei *President's Working Methods for the Commission* è sottolineata da H. KASSIM, S. CONNOLLY, *Still Standing. The European Commission After a Decade of Turbulence*, in J. EGE, M.W. BAUER, S. BECKER (Eds.), *The European Commission in Turbulent Times*, cit., 238, i quali osservano come si tratti di atti "often overlooked by scholars but are essential to understanding how the Commission functions in practice". L'invito a considerare i "President's Working Methods for the Commission", adottati autonomamente dal Presidente, come la fonte principale per comprendere *design and functioning* dei *project teams* è espresso da R. BÖTTNER, *Project Teams in the European Commission*, cit., 122. L'ultima versione di tale atto è stata adottata il 1° dicembre 2019 – P(2019) 2. Cfr., in particolare, ai fini qui rilevanti, il n. 1 del cap. II – *Political ownership of the Commission's decisions*

prendendo la funzionalizzazione già richiamata dell'art. 17.6 lett. b) Tue. È alla luce di tale previsione di principio che devono essere letti i (sicuramente rilevanti) poteri presidenziali di organizzazione dei lavori del collegio e dei suoi componenti specificati nello stesso n. 2 e poi nei nn. 3 e 4 dello stesso articolo⁸².

Per quanto riguarda il punto centrale della fissazione dell'ordine del giorno delle riunioni della Commissione, è da segnalare come il punto di equilibrio tra poteri presidenziali (in via di principio valorizzati dal n. 1 della disposizione) e poteri dei singoli componenti dell'organo di provocare la deliberazione del collegio (a maggioranza dei suoi componenti, come si è visto) è registrato nell'art. 6 del regolamento, il quale, con riferimento al punto centrale della possibilità per i membri diversi dal Presidente di iscrizione di argomenti all'ordine del giorno, rinvia alle "modalità d'applicazione" di cui all'art. 28 del regolamento medesimo⁸³. Viene comunque ribadito il potere decisionale della Commissione nella sua collegialità, su proposta del Presidente, in ordine alla deliberazione su argomenti non iscritti all'ordine del giorno (art. 6.5) e, soprattutto, con il carattere di una sorta di norma di chiusura, il potere di ogni componente del collegio di richiedere una votazione (art. 8 del regolamento)⁸⁴.

È il caso di sottolineare che anche nel caso di ricorso a procedimenti decisionali diversi da quello ordinario⁸⁵, il principio di collegialità e di decisione sostanzialmente maggioritaria resta salvaguardato: nel caso di procedura mediante decisione scritta *ex art.* 12 del regolamento interno,

⁸² Cfr. comunque il giudizio di H. KASSIM, J. PETERSON, M.W. BAUER, S. CONNOLLY, R. DEHOUSSE, L. HOOGHE, A. THOMPSON, *The European Commission of the Twenty-First Century*, cit., 156 per i quali "the powers granted to the President under the College's Rules of Procedure are important, but limited".

⁸³ Secondo H. KASSIM, J. PETERSON, M.W. BAUER, S. CONNOLLY, R. DEHOUSSE, L. HOOGHE, A. THOMPSON, *The European Commission of the Twenty-First Century*, cit., 156 comunque "members of the College may request the addition of an issue to the agenda and can call for discussion of a particular dossier to be postponed".

⁸⁴ Di un "Eskalationsmechanismus" che dovrebbe consentire un voto collegiale ad iniziativa dei singoli componenti del Collegio ragiona T. LÜBBIG, *Die Europäische Kommission: Auch in Zukunft ein Kollegialorgan*, cit. 4, richiamando tale disposizione.

⁸⁵ La compatibilità, in via di principio e non senza limiti, di procedure decentrate di adozione di atti di amministrazione con il principio di collegialità della Commissione è stato da tempo affermato dalla giurisprudenza comunitaria: cfr., in particolare ECJ, 13.06.1958 Case-9/56, *Meroni & Co. v. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, spec. par. 41 ss.; ECJ, 23.09.1986 Case C-5/85, *Akzo Chemie v. Commissione*, spec. par. 36 e 37; ECJ 21.09.1989 Case C-46/87 e 227/88 riunite, *Hoechst AG v. Commissione*, spec. par. 46 e 48; CFI 02.10.2009 Case T-324/05 *Republic of Estonia and Republic of Latvia v. Commissione*, spec. par. 67 e 68.

attraverso la richiesta di esame collegiale da parte dei singoli commissari (art. 12.3)⁸⁶; nel caso di procedure di abilitazione e di delega, attraverso una deliberazione “a monte” della procedura da parte del collegio *ex* artt. 13 e 14 del regolamento.

Va conclusivamente osservato come il principio di collegialità all'interno della Commissione non resti confinato in un'area di limitata rilevanza giuridica, affidata essenzialmente al senso di equilibrio istituzionale, se non ai rapporti di forza politici, tra le componenti dell'organo.

Non sembrano in particolare applicabili, a questo proposito, categorie di limitata giustiziabilità degli *acta interna corporis* che sono presenti in talune esperienze costituzionali degli Stati membri, le quali, anche se elaborate soprattutto con riferimento ai Parlamenti, potrebbero ancora più agevolmente applicarsi ad organi esecutivi ed a maggiore omogeneità politica interna, quali nelle esperienze nazionali sono i Governi degli Stati membri e, nel nostro caso, sarebbe la Commissione. Al contrario, Tribunale di Primo Grado e Corte di Giustizia hanno nel tempo valorizzato la rilevanza giuridica esterna del principio di collegialità. Sia che ci si trovi di fronte ad un'applicazione rigorosa del “principio dello Stato di diritto”, oggettivamente considerato⁸⁷ oppure di una considerazione della natura amministrativa, oltre che costituzionale, di molte delle attribuzioni dell'organo, destinate a produrre effetti giuridici diretti nei confronti di una molteplicità di soggetti⁸⁸ (che costituisce, peraltro, una forma di manifestazione del principio dello Stato di diritto...) resta il fatto che un cospicuo filone giurisprudenziale ha nel tempo confermato la giustiziabilità del principio di collegialità⁸⁹, confermando al tempo stesso la piena natura di fonte del diritto del regolamento interno della Commissione.

⁸⁶ Si osservi come nel caso specifico di procedure scritte in materia di coordinamento e sorveglianza delle politiche economiche di bilancio, ove è esplicitato un potere di diniego della richiesta di sospensione da parte del Presidente della Commissione, l'art. 12.5 del Regolamento richiede comunque la necessaria verifica da parte del Segretario generale del rispetto del numero legale di cui all'art. 250 T_{UE} ed il potere del Presidente di “iscrivere il punto all'ordine del giorno della successiva riunione della Commissione, affinché sia approvato”.

⁸⁷ Come si è in precedenza accennato: cfr. par. 1.

⁸⁸ Per una sottolineatura di questo aspetto, cfr. CFI 17.12.2009, Case T-57/01 *Solvay SA v. Commissione*, spec. par. 152. Nella riflessione scientifica, cfr. recentemente M. PATRIN, *The legal nature of the principle of collegiality: a general principle of Eu law?*, in *CERiM Online Paper Series*, Paper 11/2018, 16.

⁸⁹ Si consideri, tra le diverse questioni affrontati dai Giudici dell'Unione: 1) CFI 30.11.2009, Case T-427/04 e T-17/05, *Repubblica Francese v. France Telecom*, spec. para 116 – 119 sulla natura dell'atto con cui la Commissione si pronuncia sull'esistenza di

7. *La Commissione e il Parlamento europeo*

Attingendo all'esperienza dei costituzionalismi liberal-democratici, decisiva appare la delineazione dei rapporti tra esecutivo e legislativo per il compiuto inquadramento della forma di governo europea in esame.

Alla luce di quanto premesso nelle pagine precedenti sul “quadro istituzionale unico” che lega le Istituzioni dell'Unione e sulla speciale posizione della Commissione nel perseguimento dell'interesse generale dell'Unione, che si concretizza in un indirizzo politico della stessa, diventa cruciale definire il rapporto giuridico tra Commissione e Parlamento.

La premessa sostanzialmente indiscussa – e che qui si dà per presupposta – è che nella storia dell'Unione il rapporto della Commissione con il Parlamento è stato fondamentale per l'affermazione della prima come soggetto politico a pieno titolo e non come una sorta di Autorità (amministrativa) indipendente sovranazionale⁹⁰. Al tempo stesso, la valorizzazione di tale rapporto preferenziale ha permesso alla Commissione di emanciparsi dal Consiglio (ed in un secondo momento dal Consiglio europeo) e, più in generale, da un'accezione estensiva del modello dell'esecutivo bicefalo nel quale, ancora una volta, il rischio sarebbe stato quello di vedersi relegata in una dimensione sostanzialmente amministrativa.

Va sottolineato, peraltro, anche il rilievo della circostanza simmetrica: l'interlocuzione privilegiata con la Commissione ha costituito un passaggio fondamentale per l'affermazione del Parlamento europeo come di un organo dotato di uno dei caratteri naturali dei Parlamenti: il “controllo”

un aiuto di stato come atto eccedente la natura di atto di amministrazione, richiedente, pertanto, la pronuncia del collegio (par. 117), salva la possibilità di affidare ad uno dei Commissari la stesura del provvedimento e fatta salva la verificabilità giudiziale della regolarità della delega (par. 119). In precedenza, in questo senso, già CFI 27.04.1995, Case T-435/93, *Aspec e A v. Commissione*, spec. par. 102 e 107; ECJ 15.06.1994, Case 137/92 P, *Commissione v. BASF AG*, per i procedimenti sanzionatori, con una particolare sottolineatura del nesso inscindibile tra motivazione e dispositivo del provvedimento (par. 67); CFI 06.04.1995 Case T-80/89 (ed altre riunite) *BASF AG v. Commissione*, para 80 ss. (spec par. 89); CFI 15.12.2005 Case T-33/01 *Infront WM AG v. Commissione*, spec. par. 177 e CFI 09.09.2008 Case T-403/05 *MyTravel Group plc v. Commissione*, tutte con attenta analisi dei passaggi del procedimento decisionale interno della Commissione, 2) ECJ 13.12.2001, Case 1/00, *Commissione v. Regno Unito*, spec. par. 79 e 84, sulla necessità di una pronuncia collegiale per proporre ricorso per inadempimento nei confronti di uno Stato membro (ed ivi il rinvio a ECJ 29.09.1998, Case C-191/95, *Commissione v. Repubblica Federale di Germania*, anche con riferimento all'adozione di un parere motivato in un procedimento contenzioso); 3) ECJ 06.04.2000, Case C-286/95 P, *Commissione v. Imperial Chemical Industries plc*, in tema di autenticazione degli atti della Commissione.

⁹⁰ Secondo l'alternativa proposta da L. Elia già ricordata a nota 48.

politico sull'operato dell'Esecutivo, fino ad arrivare ad uno *ius vitae ac necis* nei confronti di questo nel caso della forma di governo parlamentare. Il rafforzamento politico-istituzionale della Commissione ha rappresentato, quindi, innanzi tutto un fattore di rafforzamento del Parlamento stesso⁹¹, consentendo allo stesso lo sganciamento dai modelli delle "assemblee plenarie", presenti in molteplici organizzazioni internazionali; rischio che neanche l'elezione diretta del Parlamento stesso avrebbe del tutto scongiurato.

Per chi si avvicina al tema dei rapporti Commissione-Parlamento con le categorie del diritto costituzionale, il punto nodale è rappresentato dal "grado di intensità" del vincolo politico che lega la Commissione al Parlamento: se esso sia riconducibile al modello ampiamente diffuso – anche se non unanimemente accolto negli Stati membri dell'Unione – del vincolo fiduciario della forma di governo parlamentare (vincolo presente anche in quella, pur ben diversa, di tipo semi-presidenziale⁹²) o si assesti su di un grado di coordinamento meno intenso o, ancora, costituisca un *quid novum*.

Le ragioni del "fascino" della forma di governo parlamentare da ap-

⁹¹ Per una sottolineatura della progressiva emancipazione del Parlamento europeo dalla Commissione, cfr., tra i molti, R. DEHOUSSE, *The 'Community Method' at Sixty*, in R. DEHOUSSE (Ed.), *The 'Community Method'. Obstinate or Obsolete?*, cit., 11; C. FASONE, N. LUPO, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 329 ss.; R. IBRIDO, *Oltre le "forme di governo". Appunti in tema di "assetto di organizzazione costituzionale" dell'Unione europea*, cit., 26, sottolineando il quadro non uniforme di tale rafforzamento; M. SHACKLETON, *Transforming representative democracy in the EU? The role of the European Parliament*, in *Journal of European Integration*, 2017, 191 ss.; R.D. KELEMEN, *Towards a New Constitutional Architecture in the Eu?*, in F. FABBRINI, E.H. BALLIN, H. SOMSEN (Eds.), *What Form of Government for the European Union and the Eurozone?*, cit., 203. Per la messa in evidenza dell'ampliamento delle ipotesi di iniziativa autonoma del Parlamento in campo non legislativo (art. 16 dell'Accordo quadro interistituzionale sulle relazioni tra Parlamento europeo e Commissione) e legislativo (*ex art. 225 Tfu*), con conseguente riequilibrio del potere di *agenda setting* richiamato alle note 45 e 51, cfr. A. MAURER, M.C. WOLF, *Agenda-Shaping in the European Parliament and the European Commission's right of legislative initiative*, cit., 53 ss.; A. DE FEO, *Il processo di Empowerment del Parlamento europeo*, in AA.VV. (a cura di R. IBRIDO, N. LUPO), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., 237 ss.; A. HÉRITIER, K.L. MEISSNER, C. MOURY, M.G. SCHOELLER, *Part II – The European Parliament's Institutional Empowerment*, in A. HÉRITIER, K.L. MEISSNER, C. MOURY, M.G. SCHOELLER, *European Parliament Ascendant. Parliamentary Strategies of Self-Empowerment in the Eu*, London 2019.

⁹² Sulle ragioni della inutilizzabilità, per chi scrive, del modello della forma di governo semi-presidenziale per inquadrare la forma di governo dell'Unione, cfr. *supra* le sintetiche osservazioni espresse nella nota 38.

plicare all'esperienza dell'Unione sono intuibili: oltre a ragioni storiche legate alla genesi di uno dei modelli archetipi del costituzionalismo liberal-democratico sul continente europeo⁹³, la forma di governo parlamentare consente di ricomprendere al suo interno modelli notevolmente differenziati⁹⁴: per usare nozioni note, da quelle in cui il Gabinetto si pone come “*comité executif*” del Parlamento a quelle in cui esso assume i ruoli di “*comité directif*” dello stesso. Una duttilità quindi in grado di soddisfare, non irrigidendola *a priori*, la volontà di affermazione istituzionale sia di un Parlamento europeo alla ricerca di una piena legittimazione politico-istituzionale, sia di una Commissione che si muove nella stessa direzione⁹⁵.

Ciò che si intende analizzare sinteticamente nelle osservazioni che seguono è quali tratti tipici della forma di governo parlamentare siano presenti nella delineazione dei rapporti istituzionali tra Parlamento e Commissione, tra fonti formali e fonti integrative di quelle formali, in questa materia sempre rilevanti. Se cioè la forma di governo dell'Unione sia effettivamente riconducibile al modello delle forme di governo parlamentari.

7.1. Elementi riconducibili alla forma di governo parlamentare

Per le ragioni che si espliciteranno a breve⁹⁶, non sembrano risolutivi i

⁹³ E nonostante il paradosso dell'abbandono dell'Unione da parte dello Stato che ha dato vita a tale archetipo...

⁹⁴ Per la riflessione costituzionalistica italiana, il riferimento naturale è a L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano 1970, parr. 7 ss. La difficoltà di trapiantare in ambito europeo una nozione tutt'altro che omogenea nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri è comunque sottolineata da E. GRIGLIO, *I circuiti e i «buchi neri» del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione europea*, in AA.VV. (a cura di R. IBRIDO, N. LUPO), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., 210.

⁹⁵ Sulla “*special relationship*” che, sin dagli esordi del “triangolo istituzionale” ha legato Commissione e Parlamento in posizione antagonista rispetto al Consiglio, cfr. P. MAGNETTE, *Appointing and Censuring the European Commission: The Adaption of Parliamentary Institutions to the Community Context*, in *European Law Journal*, 2001, 294, il quale mette comunque in guardia dai rischi del “*mirage of Community Parliamentarism*” derivanti dalla trasposizione meccanica dei caratteri della forma di governo parlamentare all'esperienza europea. Mette argutamente in guardia da un approccio al tema della forma di governo europea caratterizzato da “un'ossessione parlamentare” volta rinvenire necessariamente tali caratteri nell'ordinamento dell'Unione, T.E. FROSINI, *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, in *Federalismi.it* (7 marzo 2012), 4.

⁹⁶ Cfr. il paragrafo seguente.

due istituti ai quali verrebbe “istintivamente” da pensare: né il voto di approvazione iniziale del Parlamento nei confronti della Commissione nel suo complesso *ex art. 17.7 TUE* (e, precedentemente, la separata elezione del Presidente della Commissione sulla base della medesima disposizione), né – soprattutto – il potere di costringere la Commissione alle dimissioni attraverso l’approvazione di una mozione di censura alle condizioni previste dall’*art. 17.8 TUE*.

Gli istituti sui quali opportuno concentrarsi sono piuttosto altri, in buona parte meno espliciti ed univoci nell’affermare la dipendenza funzionale della Commissione dal Parlamento.

È il caso, innanzitutto, del potere – di qualità indubbiamente costituzionale, tipico dei sistemi democratici e di valenza indubbiamente ed altamente politica⁹⁷ – previsto dagli artt. 314 e 318-319 TUE in base ai quali, rispettivamente, Il Parlamento europeo ed il Consiglio approvano il progetto di bilancio annuale dell’Unione proposto dalla Commissione ed il Parlamento “dà atto alla Commissione dell’esecuzione del bilancio”⁹⁸. Si tratta di attribuzioni assimilabili all’approvazione del bilancio preventivo e del rendiconto consuntivo degli ordinamenti statali, in relazione alle quali, come è noto, si sono combattute battaglie politico-costituzionali fondamentali per affermare la centralità dei parlamenti⁹⁹. Occorre però non dimenticare che tali attribuzioni non sono esclusive delle forme di governo parlamentari, ricorrendo anche in esperienze costituzionali che si ispirano a differenti modelli di forma di governo, come l’*art. 1, sezione 9, numero 7 della Costituzione U.S.A del 1787* ben testimonia¹⁰⁰.

⁹⁷ Questi aspetti sono sottolineati recentemente da C. FASONE, N. LUPO, *The Union Budget and the Budgetary Procedure*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (Eds.), *Oxford Principles of European Union Law. The European Union Legal Order*, vol. I, Oxford 2018, 844. Cfr. anche M.L. SÁNCHEZ-BARRUECO, *At the Crossroads of a Frozen Conflict: Political Oversight of the Council’s Administrative Budget by the European Parliament*, in *Common Market Law Review*, 2021, 333 ss. Non va trascurata l’importanza in materia del Regolamento Ue 2018/1046 del 18 luglio 2018 “che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell’Unione”.

⁹⁸ In entrambi i casi è richiesta, peraltro, una presa di posizione del Consiglio sulla proposta della Commissione prima dell’approvazione parlamentare (cfr. artt. 314.3 e 319.1 TUE). Per la sottolineatura del rilievo del rafforzamenti di tali poteri sul bilancio europeo (in un quadro generale caratterizzato da non pochi “buchi neri” del controllo democratico complessivo sull’esecutivo europeo), cfr. E. GRIGLIO, *I circuiti e i «buchi neri» del controllo parlamentare sull’esecutivo frammentato dell’Unione europea*, cit., 221.

⁹⁹ Cfr. ora le esperienze storiche richiamate da E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell’esperienza costituzionale italiana*, Napoli 2020, cap. I.

¹⁰⁰ “If the President’s is the power of the sword, then at least in theory the power of

Si tratta, infatti, di un'attribuzione che sembra collegarsi maggiormente ad un carattere della forma di stato effettivamente ispirata al principio di separazione dei poteri e dello Stato di diritto applicato alla materia del bilancio statale piuttosto che ad un elemento caratterizzante della forma di governo basata sul rapporto fiduciario governo-parlamento.

Ciò non toglie che nell'esperienza europea il potere parlamentare di vigilanza sulla gestione del bilancio e di approvazione *a posteriori* di esso sia talvolta richiamato in atti di indirizzo del Parlamento, quasi a marcare una sua utilizzabilità in chiave di condizionamento e di valutazione dell'operato politico della Commissione¹⁰¹ ed in questo senso si inserisca in un alveo di rapporti Commissione – Parlamento analogo a quello della forma di governo parlamentare, fino a porre il dubbio che la reiezione parlamentare di approvazione del bilancio preventivo o del rendiconto consuntivo equivalga ad un'approvazione di mozione di censura nei confronti della Commissione *ex art. 234 Tfue*¹⁰². Non sembra, peraltro, a chi scrive, che sia però sostenibile, alla stregua dei trattati, un obbligo giuridico di dimissioni della Commissione in tali casi, ovvero una revoca implicita del mandato di questa, soprattutto alla luce della maggioranza di approvazione della mozione di censura *ex art. 234 Tfue* sulla quale ci si soffermerà tra breve. Ferma restando la gravità politica del rifiuto di approvazione del bilancio preventivo e del conto consuntivo e le possibili conseguenze in termini di responsabilità giuridico-contabile nel secondo caso, l'unica via per giungere ad affermare un obbligo di dimissioni della Commissione in tale evenienza sembra quella della formazione di una convenzione e poi di una consuetudine costituzionale integrativa dei trattati. Non sembra che ad oggi ci si trovi di fronte ad una ipotesi di questo tipo.

La circostanza per cui molto più incerta e problematica appare la riferibilità degli articoli 318-319 Tfue ad Istituzioni diverse dalla Com-

the purse belongs to Congress". Così icasticamente L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd Ed., New York 1988, 256 ss. che illustra l'evoluzione del significato della previsione costituzionale nell'esperienza costituzionale U.S.A. del Ventesimo secolo.

¹⁰¹ Cfr. il "monito" contenuto al punto E della Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 P9_TA(2021)0103 sull'applicazione del già richiamato (nota 14) Regolamento Ue 2020/2092 del 16 dicembre 2020 sul meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto. In precedenza, cfr. il n. 8 della Risoluzione del Parlamento europeo del 17 dicembre 2020 – P9_TA-(2020)0360. Nella riflessione scientifica, cfr. C. FASONE, N. LUPO, *The Union Budget and the Budgetary Procedure*, cit., 843 ss..

¹⁰² Gli effetti della mancata approvazione del rendiconto consuntivo sulla vita della Commissione restano in realtà ancora sostanzialmente indefiniti ("*unknown*"), secondo quanto osservato da C. FASONE, N. LUPO, *The Union Budget and the Budgetary Procedure*, cit., 841.

missione, ed in particolare al Consiglio¹⁰³, va collegata al già ricordato carattere frammentato dell'esecutivo comunitario. Anzi, con un'interpretazione appena maliziosa si potrebbe sostenere che nonostante le sue disfunzionalità tale operatività parziale dell'obbligo stabilito dalle disposizioni appena ricordate confermi implicitamente come sia la Commissione il vero organo esecutivo dell'Unione, promotore dell'interesse generale/indirizzo politico dell'Unione, rispetto al quale il Parlamento – anche attraverso l'istituto qui considerato – opera quale sede di controllo se non di codeterminazione.

Anche se si è sottolineato il carattere lacunoso della disciplina del controllo politico del Parlamento nei confronti del frammentato esecutivo europeo¹⁰⁴, nel senso della instaurazione di una responsabilità politica della Commissione nei confronti del Parlamento opera la previsione di istituti quali le interrogazioni, scritte ed orali (art. 230.2 Tfu)¹⁰⁵ ed il potere di richiedere alla Commissione proposte finalizzate all'adozione di atti dell'Unione (art. 225 Tfu), anche se il trattato fa salva comunque la possibilità di disattendere motivatamente tale invito. Benché l'istituto possa avere un oggetto più ampio delle responsabilità politiche della Commissione, anche il potere di istituire Commissioni di inchiesta (art. 226 Tfu) può essere letto in chiave "parlamentaristica".

Elementi di un certo interesse ai fini dell'affermazione di un nesso fiduciario tra Parlamento e Commissione possono derivare dall'implementazione del diritto della Commissione di partecipare alle sedute del Parlamento e di essere ascoltata a sua richiesta (art. 230.1 Tfu). Si tratta di un ambito notevolmente sviluppato dall'*Accordo quadro sulle relazioni tra il Parlamento europeo e la Commissione europea*¹⁰⁶, che costituisce

¹⁰³ Sulla quale ampiamente si sofferma M.L. SÁNCHEZ-BARRUECO, *At the Crossroads of a Frozen Conflict*, cit., 338 ss. la quale sconsiglia la via "giudiziaria" di soluzione del problema attraverso la pronuncia della Corte di Giustizia, auspicando quella degli accordi interistituzionali (353 ss.), se non la via maestra della revisione dei trattati (355 ss.). Tutto ciò nella – condivisibile – convinzione che "the discharge procedure contributes to a broader democratic accountability in EU finances through four successive layers: transparency, scrutiny, criticism, and liability" (358).

¹⁰⁴ Cfr. E. GRIGLIO, *I circuiti e i «buchi neri» del controllo parlamentare sull'esecutivo frammentato dell'Unione europea*, cit., 212 ss. ed ivi il richiamo all'importanza della cooperazione interparlamentare in materia.

¹⁰⁵ Cfr. anche gli artt. 136-141 del Regolamento del Parlamento europeo. Si segnala, peraltro, una certa eccentricità, nella configurazione delle interrogazioni parlamentari quali strumento di controllo politico sull'esecutivo, della previsione, all'art. 140 del Regolamento, di interrogazioni dirette alla Banca centrale europea...

¹⁰⁶ Nella versione modificata nel febbraio 2018 (G.U.C.E. del 17 febbraio 2018).

un significativo esempio di atto chiamato ad inserirsi negli (ampi) interstizi lasciati aperti dalle previsioni dei trattati¹⁰⁷. In particolare il n. III dell'Accordo, nel delineare un "partenariato speciale" tra Parlamento e Commissione, prevede un raccordo tra Presidente della Commissione (o vice-presidente per le relazioni inter-istituzionali) ed organi della programmazione parlamentare (Presidente del Parlamento europeo; Conferenza dei Presidenti di Commissione; Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari), mentre il n. V specifica le modalità di partecipazione della Commissione ai lavori parlamentari, ivi compreso il potere di proposta di inserimento di punti all'ordine del giorno di una tornata parlamentare (n. 49).

Si tratta di previsioni che fanno facilmente venire in mente la partecipazione del Governo alla programmazione dei lavori parlamentari tipica delle forme razionalizzate (o tendenzialmente tali...)¹⁰⁸ di governo parlamentare.

¹⁰⁷ La caratteristica di "incomplete contracts" dei trattati istitutivi e la conseguente importanza delle "regole interstiziali" (informali e formali) è stata da tempo sottolineata nella riflessione scientifica e, del resto, non dovrebbe stupire particolarmente i costituzionalisti. Per l'ordinamento dell'Unione, cfr., al riguardo, per tutti, H. FARREL, A. HERITIER, *Introduction: Contested Competences in the European Union*, in *West European Politics*, 2007, 228; J. JUPILLE, *Contested Procedures: Ambiguities, Interstices and EU Institutional Change*, in *West European Politics*, 2007, 301 ss. In particolare, per il ruolo degli accordi interistituzionali nella soluzione dei conflitti tra Istituzioni dell'Unione, cfr. L. SBOLCI, *Conflitti tra istituzioni dell'Unione europea e accordi interistituzionali*, in *Rivista Diritto internazionale*, 2007, 344 ss. Nella letteratura costituzionalistica italiana, cfr., in particolare, L. RONCHETTI, *Gli accordi interistituzionali nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 1 ss.

¹⁰⁸ L'assestamento della forma di governo europeo, "all'interno delle tante varianti che i regimi parlamentari conoscono", verso una "forma di governo propriamente parlamentare, per certi aspetti persino con qualche venatura assembleare" è rilevata da N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, cit., 10. Una forma di governo parlamentare, caratterizzata da una "doppia fiducia" della Commissione nei confronti del Parlamento e del Consiglio europeo, è rinvenuta nelle recenti vicende che hanno portato alla formazione della Commissione Von der Leyen da A. MANZELLA, *Nell'emergenza, la forma di governo dell'Unione*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020. In passato, per la sottolineatura del rilievo dei poteri di nomina e controllo del Parlamento nei confronti della Commissione, fino ad individuare gli elementi essenziali di un modello costituzionale parlamentare, cfr. M. WESTLAKE, *The European Commission and the European Parliament*, in D. SPENCE, G. EDWARD (Eds), *The European Commission*, cit., 263 ss. Per l'affermazione di una embrionale forma di governo parlamentare dell'Unione, successivamente alle elezioni del 2014, cfr. anche M. SHACKLETON, *Transforming representative democracy in the EU? The role of the European Parliament*, cit., 196 ss. Per un'accurata analisi degli elementi di possibile accostamento con la forma di governo parlamentare, ma anche degli elementi problematici, tali da rendere impegnativa la stessa utilizzabilità

Occorre aggiungere conclusivamente che un forte contributo alla definizione di una forma di governo parlamentare dell'Unione basata su di un rapporto fiduciario tra Commissione e Parlamento sarebbe venuta (o, ad essere ancora ottimisti, potrebbe venire) da un radicamento della soluzione degli *Spitzenkandidaten* in termini di vincolo giuridico e non più solo politico per il Consiglio europeo a proporre quale Presidente della Commissione il "candidato di punta" vincente in sede di elezioni europee e per il Parlamento a concedere o rifiutare l'investitura di *quel* candidato e della Commissione intorno a lui formata¹⁰⁹. Ciò sulla base di una convenzione in grado di tramutarsi in consuetudine costituzionale¹¹⁰. È appena il caso di osservare che, dal punto di vista dei poteri del Parlamento, si tratterebbe di una convenzione/consuetudine dal notevole impatto sulla lettera dei trattati che prevedono esplicitamente la possibilità della bocciatura del candidato Presidente e la formulazione da parte del Consiglio europeo di una proposta alternativa (art. 17.7 TUE).

In un'accezione particolarmente rigorosa del metodo in questione, ci si sarebbe potuto (ci si potrebbe...) chiedere, inoltre, se, in corso di legislatura, sarebbe consentito al Parlamento sostituire il Presidente della Commissione così individuato con un altro non legittimato da analogo investitura elettorale, giungendosi in questo modo ai margini estremi (se non oltre) della forma di governo parlamentare nell'accezione classica¹¹¹.

Sennonché, come è ben noto, questa ipotesi, discussa anche con riferimento alla sua applicazione di successo del 2014¹¹², è stata ampiamente

della nozione di forma di governo e le categorie costituzionalistiche di matrice statualista, cfr. S. ILLARI, *Sulla nozione di forma di governo e sull'ordinamento dell'Unione europea. Aspetti problematici del difficile cammino verso un nuovo ordine politico*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli 2010, 1537 ss.

¹⁰⁹ Negli ultimi anni, l'esperienza degli *Spitzenkandidaten* è stata letta in termini di rafforzamento degli elementi favorevoli alla forma di governo di tipo parlamentare. Cfr., in questa prospettiva, recentemente E. RAFFIOTTA, *Gli Spitzenkandidaten e il necessario rafforzamento politico dell'Ue*, in *Federalismi.it*, n.11/2019, 8. Per l'utilità degli *Spitzenkandidaten* al fine di contrastare la tendenza alla de-politicizzazione della Commissione e, più ampiamente, dell'Unione, cfr. C. ANTPÖHLER, *Enhancing European Democracy in Times of Crisis?*, cit., 230 ss.

¹¹⁰ Il passaggio cruciale delle elezioni del 2019 per comprendere se il modello degli *Spitzenkandidaten* fosse in grado di determinare l'insorgere di una consuetudine costituzionale o restare un mero precedente era stato evidenziato da C. CURTI-GIARDINO, *L'elezione del nuovo presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali*, in *Il diritto dell'Unione europea* 2015, 193 ss., anche con riferimento al ruolo del Parlamento europeo.

¹¹¹ Cfr. infra, par. 7.3.

¹¹² Su alcuni dubbi sulla replicabilità del meccanismo del 2014 in occasione del-

contraddetta in occasione delle elezioni del Parlamento europeo e della formazione della Commissione del 2019¹¹³, sicché le potenzialità di sviluppo in senso parlamentaristico insito in tale metodo di individuazione del Presidente della Commissione restano meramente teoriche¹¹⁴.

le elezioni del 2019, J. MÜLLER GÓMEZ, W. WESSELS, *The Spitzenkandidaten Procedure: Reflecting on the Future of an Electoral Experiment*, in *Iai Working Papers*, 2016. Le ambiguità di tale procedura nei rapporti tra Parlamento e Commissione, con un netto rafforzamento del primo nei confronti della seconda, erano state sottolineate sin dal 2014 da B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *Forumcostituzionale.it* (10 ottobre 2014), par. 4. Per una valutazione decisamente critica di tale esperienza, basata anche sulla rilevata assenza di una reale rappresentazione dei conflitti sociali nel Parlamento europeo e di una inidoneità della Commissione ad essere il "Governo" dell'Unione, cfr. M. GOLDONI, *Politicizing EU Lawmaking? The Spitzenkandidaten Experiment as a Cautionary Tale*, in *European Law Journal*, 2016, 279 ss.

¹¹³ La presa d'atto del fallimento della "convenzione costituzionale" (ed a maggior ragione di una consuetudine costituzionale) sull'individuazione del Presidente della Commissione mediante il ricorso al metodo degli *Spitzenkandidaten*, anche a causa una certa ambiguità dello stesso è operata da N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, cit., 3 s. Cfr. anche, per la rilevazione del fallimento del meccanismo in questione, pur in quadro di accentuata politicizzazione delle elezioni del Parlamento europeo, G. E. VIGEVANI, *Dalle elezioni europee alla scelta del presidente della Commissione: brevissime note sull'evoluzione della forma di governo europea*, in *Quad. cost.*, 2019, 917 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Dopo un difficile compromesso, fumata bianca al Consiglio europeo sui principali posti apicali nell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, sottolineando l'assenza di vincolatività giuridica del sistema degli *Spitzenkandidaten* (15). Va peraltro sottolineato come il *cleavage* politico di divisione dell'elettorato nel 2019 sia stato incentrato sull'alternativa "sovranisti-europeisti", più che su quella "destra-sinistra" in relazione alla quale gli *Spitzenkandidaten* erano stati pensati e concretamente individuati. Cfr. sul punto, S. FABBRINI, *Prima l'Europa. È l'Italia che lo chiede*, cit., 45, il quale ritiene più in generale il metodo degli *Spitzenkandidaten* una risposta "irrealistica" ad un problema reale che attiene alla natura duale del potere esecutivo europeo e che andrebbe direttamente affrontato (79).

¹¹⁴ Per la sottolineatura del carattere "in evoluzione" del sistema di relazioni interistituzionali europeo, all'indomani delle elezioni del 2019 e del fallimento del sistema degli *Spitzenkandidaten*, cfr. comunque T. CHRISTIANSEN, M. SHACKLETON, *Spitzenkandidaten 2.0: From experiment to routine in European elections?*, in L. DE SIO, M.N. FRANKLIN, L. RUSSO (Eds.), *The European Parliament Elections of 2019*, Rome 2019; JHR-LB, *Editorial. Spitzenkandidaten and the European Union's System of Government*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, 609 ss., affermando, da un lato, la durezza – anche se non essenziale – della vicenda del 2019, per la posizione della Commissione nell'Unione, dall'altro, cogliendo nelle elezioni del 2019 "a predominant legitimacy of member state politics in the governmental system" (618). Sotto questo punto di vista, l'esperienza della Commissione von der Leyen, costituirà un interessante banco di prova dell'effettività o meno del legame tra metodo degli *Spitzenkandidat* e legittimazione e forza politica del Presidente della Commissione... mentre nuove e più stimolanti prospettive potrebbero sorgere dall'"ancoraggio" degli *Spitzenkandidaten* a liste transnazionali per le elezioni del Parlamento euro-

7.2. Elementi non decisivi in ordine alla configurabilità di una forma di governo parlamentare

Molteplici appaiono gli istituti di collegamento tra Commissione e Parlamento europeo presenti ma non esclusivi delle forme di governo parlamentare. Si tratta di un elemento che merita di essere valorizzato in sede di valutazione complessiva della “forma di governo dell’Unione” alla quale si accennerà in conclusione del presente lavoro.

È il caso del parallelismo di durata tra Commissione e Parlamento, che comporta che la conclusione della legislatura ed il rinnovo della composizione del Parlamento porta con sé il rinnovo della composizione della Commissione. Va però rimarcato che questa dipendenza in ordine alla durata in carica – in senso monodirezionale, dal Parlamento alla Commissione, si badi¹¹⁵ – non appare esclusivo delle forme di governo parlamentari, presentandosi anche in altre esperienze di rapporti “legislativo-esecutivo”, tra le quali di particolare interesse per il discorso che qui si conduce appare quella direttoriale¹¹⁶.

Anche l’investitura iniziale della Commissione da parte del Parlamento, nella forma dell’elezione del Presidente della Commissione a maggioranza dei membri del Parlamento e dell’approvazione della Commissione nel suo complesso *ex art. 17.7 Tue*, si presta ad una lettura in senso “parlamentaristico”. Tuttavia, da un lato, occorre ricordare che consolidate forme di governo parlamentare “presuppongono” la sussistenza del rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento, senza necessità di un esplicito voto di fiducia iniziale¹¹⁷, dall’altro che, ancora una volta,

peo, anziché ai “*Potemkin parties*” attuali, secondo quanto suggerito da A. DUFF, *How to govern Europe better: Reflections on reform of the European Parliament, Commission and Council*, in *European Policy Centre – Discussion paper*, 13 febbraio 2018, 4.

¹¹⁵ L’assenza della possibilità di uno scioglimento anticipato del Parlamento europeo da parte di altra Istituzione dell’Unione, è sottolineata da S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, cit., 8 come uno degli elementi che smentiscono la presenza di una forma di governo parlamentare nell’Unione.

¹¹⁶ Anche se il riferimento al modello direttoriale è stato valorizzato, da parte di alcuni studiosi, soprattutto in relazione al carattere di democrazia consensuale e non maggioritaria dell’Unione (e, quindi, sotto questo profilo, esposto alle trasformazioni del sistema politico dell’Unione stessa...): cfr., per i caratteri del paradigma elvetico, U. KLÖTI, *Consensual Government in a Heterogeneous Polity*, in *West european Politics*, 2001, 19 ss. Per l’esperienza dell’Unione, cfr. R.D. KELEMEN, *Towards a New Constitutional Architecture in the Eu?*, cit., 207 e nota 43. Nella riflessione italiana cfr. T. E. FROSINI, *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, cit., 5.

¹¹⁷ Sulla presunzione, a base convenzionale, del rapporto fiduciario tra Governo no-

la forma di governo direttoriale prevede questo “rapporto genetico”, senza poi prevedere il rapporto funzionale della fiducia che si manifesta nella possibilità di interrompere il rapporto fiduciario stesso.

La previsione di istituti volti a dare concretezza ai rapporti politici tra Commissione e Parlamento quali la relazione annuale del Presidente della Commissione al Parlamento europeo *ex art.* 249 T^{fu}e e, soprattutto, le audizioni dei candidati alla carica di Commissario, affermatesi, pur in assenza di un fondamento puntuale nei trattati, sulla base dell’art. 125 del Regolamento del Parlamento europeo¹¹⁸, sono leggibili in termini di compatibilità e valorizzazione di una forma di governo parlamentare, anche se la prassi degli *hearings* reca con sé il rischio di minare la compattezza della Commissione ed in ultima analisi la sua dimensione collegiale, pur all’esito di un accordo tra Stati membri che effettuano la selezione dei candidati e Consiglio e Presidente della Commissione che individuano i proponenti.

Come è noto, tali istituti sono però conosciuti in modelli anche molto diversi, come l’esperienza del discorso sullo Stato dell’Unione e degli *hearings* statunitensi dimostra, e possono trovare giustificazione in una logica di separazione e controllo tra poteri, senza arrivare a richiedere una relazione fiduciaria dell’istituzione “esecutiva” nei confronti di quella parlamentare. L’esperienza concreta delle audizioni dei candidati commissari negli ultimi anni rafforza poi la sensazione che, oltre ai casi in cui a venire in gioco elementi legati alla personalità individuale del candidato, il vero destinatario dei rilievi e delle valutazioni negative espresse dalle Commissioni del Parlamento non sia stata la Commissione in sé ma altre Istituzioni, se non il Governo dello Stato membro di appartenenza del candidato¹¹⁹.

minato e Camera dei Comuni, cfr. F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul governo nel Regno unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Milano 2012, 11.

¹¹⁸ Il fondamento originario in termini di convenzione costituzionale e, successivamente, la codificazione dell’istituto degli *hearings* dei candidati commissari nell’allegato VII del Regolamento europeo, richiamato dall’art. 125 del Regolamento stesso, sono ricordati da N. LUPO, *La forma di governo dell’Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, cit., 8.

¹¹⁹ Per il richiamo dei “casi problematici” presentatisi nel corso della formazione della Commissione von der Leyen, cfr. F. FURLAN, *La formazione della Commissione Von der Leyen, tra tradizione e innovazione*, in *Quad. cost.*, 2020, 164. In tale esperienza, il caso della bocciatura della candidata Sylvie Goulard si presenta come il più interessante: la natura “partigiana” nelle relazioni tra Istituzioni alla base della bocciatura, nel senso di reazione del Parlamento nei confronti della scelta del Consiglio europeo di abbandonare il metodo degli *Spitzenkandidaten*, è avanzata, da un punto di vista post-funzionalista, da

Conclusivamente sul tema degli elementi non decisivi ai fini della configurabilità di una forma di governo di tipo parlamentare nei rapporti Commissione-Parlamento, vanno ricordati una serie di elementi che attengono alla configurazione della Commissione quale Istituzione in sé considerata e che presentano, pertanto, un rilievo indiretto sul tipo di rapporto che si instaura con il Parlamento. Si tratta di caratteri che sono stati oggetto di considerazione nei paragrafi precedenti e che, quindi, possono essere qui richiamati in modo sintetico.

Il riferimento è al bilanciamento interno all'organo dei principi di collegialità, preminenza del Presidente dell'organo esecutivo e garanzia delle competenze dei singoli membri del collegio. Come è noto, la compatibilità con la forma di governo parlamentare si può affermare tanto di modelli organizzativi ispirati al principio della *premiership* che a quello della collegialità, più o meno accentuata e, quindi, non è data al riguardo una soluzione necessitata.

La stessa distinzione tra un'attività "*pleno jure*" ed un'attività di ordinaria amministrazione della Commissione *ex art.* 246 Tfeue in caso di dimissioni di tutti i componenti della Commissione testimonia la natura politico-costituzionale, oltre che amministrativa, dell'organo ma non presuppone una peculiare opzione in tema di rapporto della stessa con il Parlamento europeo. La sua positivizzazione, quale corollario del principio di continuità istituzionale¹²⁰, appare in ogni caso opportuna, anche per superare i dubbi presentatisi in passato in occasione delle dimissioni collettive dei componenti della Commissione *Santer*¹²¹. Semmai appare

O. COSTA, *Le rejet de la candidature de Sylvie Goulard à la Commission: exercice démocratique ou règlement de comptes. Ce qu'en disent les théories*, in www.eutalk.eu (15 ottobre 2019). Cfr. anche S. FABBRINI, *Prima l'Europa. È l'Italia che lo chiede*, cit., 117. Non sarebbe, peraltro, la prima volta che ciò avviene: cfr. L. RONCHETTI, *Colpire la Commissione per punire il Consiglio europeo. Cronaca di una crisi annunciata: la Commissione Barroso dinanzi al Parlamento europeo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2004.

¹²⁰ Per quanto riguarda le altre Istituzioni politiche dell'Unione, una evidente applicazione del principio di continuità è rilevabile, con riferimento al Parlamento europeo, in base a quanto previsto dall'art. 11.4 dell'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo del 20 settembre 1976. Cfr. anche l'art. 31 del regolamento del Parlamento europeo. Il problema non sembra porsi per Consiglio e Consiglio europeo, in ragione della loro natura che ne assicura comunque la continuità.

Sull'operatività del principio di continuità nel diritto amministrativo italiano all'interno del sistema del diritto pubblico, cfr. l'indagine di O. PINI, *Il principio di continuità nel diritto amministrativo. Profili ricostruttivi generali e possibili prospettive ermeneutiche*, Milanofiori Assago 2016.

¹²¹ Cfr. CFI 17.12.2003, Case 219/99, *British Airways v. Commissione*, specialmente par. n. 51-53, nel quale il Tribunale considerò le dimissioni collettive alla stregua di un fa-

non poco problematica la compatibilità con il modello delle forme di governo parlamentari sufficientemente sviluppate della possibilità che la procedura di sostituzione individuale *ex art. 246* T^{fue} in caso di dimissioni volontarie, d'ufficio o di decesso si applichi alla stessa figura unificante e tendenzialmente preminente del Presidente della Commissione singolarmente considerato.

7.3. *La mozione di censura alla Commissione*

Rilievo assolutamente centrale per la configurabilità della opzione parlamentare della forma di Governo appare la revocabilità della fiducia nei confronti dell'esecutivo, manifestandosi in ciò una preminenza dell'organo più ampiamente rappresentativo – e, più concretamente della sua maggioranza¹²² – rispetto all'organo chiamato ad esprimere (o selezionare¹²³) l'indirizzo politico¹²⁴.

E appena il caso di aggiungere che, anche per chi scrive, sembra costituire una conseguenza necessaria del rapporto fiduciario della forma di governo parlamentare propriamente intesa l'esclusione di una causa automatica di scioglimento dell'assemblea parlamentare in conseguenza dell'approvazione di una mozione di sfiducia, collocandosi, pertanto, al di fuori del modello stesso tutte le ipotesi di “governo di legislatura”¹²⁵.

scio di dimissioni individuali. Non meno discutibile appare la soluzione in base alla quale Il Tribunale, nella decisione appena sopra ricordata, ha ritenuto che nel caso di dimissioni volontarie, ancorché collettive, dei componenti della Commissione non operasse il limite dell'ordinaria amministrazione che l'art. 201 Tec prevedeva nel caso di dimissioni conseguenti all'approvazione di una mozione di censura nei confronti dell'intera Commissione. Cfr., sul punto, i par. 55 e 56 della sentenza.

¹²² In tutte le sue accezioni, compresi, cioè, ove possibili, i governi di minoranza che si reggono sull'astensione determinante (dal voto o nel voto) di una parte dei componenti dell'Assemblea politica.

¹²³ Ad accogliere l'impostazione recentemente avanzata da A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo*, cit., richiamata a nota 32.

¹²⁴ Sul rapporto di “emanazione permanente (mediante il rapporto fiduciario)” del titolare del potere esecutivo dal collegio o dai collegi titolari del potere legislativo, quale requisito essenziale ed imprescindibile della forma di governo parlamentare, cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 642. Il punto è stato opportunamente ribadito, recentemente, da M. VOLPI, *Le forme di governo nel pensiero di Leopoldo Elia*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, numero speciale 2019, 828.

¹²⁵ Con riferimento al modello del *simul-simul* delineato per le Regioni italiane dalla l. cost. n. 1 del 1999 mi ero espresso in questi termini in E. GIANFRANCESCO, *La forma di governo regionale nella recente esperienza italiana*, in *Issirfa. Studi e interventi* (aprile 2008), par. 4. Tale conclusione mi sembra debba valere a prescindere dal giudizio sulla desiderabilità o meno di tali modelli od altri difetti in essi insiti. In senso critico nei con-

Sotto questo ultimo punto di vista, il rapporto Commissione-Parlamento europeo sembra inserirsi nell'alveo del modello parlamentare, in ragione della già ricordata asimmetria per cui il rinnovo del Parlamento comporta il rinnovo della Commissione ma l'anticipata cessazione dalle funzioni della Commissione non comporta scioglimento anticipato del Parlamento europeo.

Sennonché, è nel momento in cui si esamina la concreta configurazione della pure esplicitamente prevista mozione di censura nei confronti della Commissione che emergono non pochi dubbi sulla coerente trasposizione del modello parlamentare nell'ordinamento dell'Unione.

Nonostante i requisiti *ex art. 234 Tfu* di un intervallo temporale di tre giorni e di uno "scrutinio pubblico" in occasione del voto parlamentare si inseriscano nella tradizione classica dei meccanismi di razionalizzazione (debole) della forma di governo parlamentare, la previsione di una maggioranza di *due terzi dei voti espressi* per l'approvazione della mozione di sfiducia sembra interrompere la coerenza del quadro complessivo. Una maggioranza qualificata di tale tipo – ancorché calcolata sui voti espressi e non sui componenti dell'organo – fuoriesce dalla ordinaria dialettica tra Governo (e forze parlamentari che lo sostengono) ed Opposizione/i parlamentari che si regge sul principio di maggioranza (in questo senso applicativo del principio democratico). Altro, poi, è configurare correttivi in funzione di stabilizzazione dell'esecutivo in carica, come nel caso del requisito della maggioranza assoluta dei componenti per l'approvazione della mozione di sfiducia, come nel caso dell'art. 126 Cost. italiana, altro è prevedere una soglia di approvazione della mozione di sfiducia talmente elevata da porsi al di fuori della dialettica maggioranza-opposizione¹²⁶.

In termini costituzionalistici sembra di trovarsi di fronte a soglie minime richieste per l'attivazione di meccanismi di responsabilità che trascendono la dimensione della "semplice" contrapposizione politica e che evocano responsabilità per atti contrari alla costituzione ma probabil-

fronti del merito del modello del "Governo di legislatura" e del "*simul-simul*", cfr. invece M. VOLPI, *op. ult. cit.*, 836 s.

¹²⁶ L'anomalia di una maggioranza assai elevata di approvazione della mozione di censura nei confronti della Commissione "regola inconsueta per i Parlamenti nazionali" è rilevata da S. ILLARI, *Sulla nozione di forma di governo e sull'ordinamento dell'Unione europea*, cit., 1547. La conclusione per cui il potere di censura del Parlamento nei confronti della Commissione si basa "*only on the basis of moral and not political reasons*" è operata da S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, cit., 8, anche senza richiamare espressamente il *quorum* di approvazione.

mente sembra qui avere avuto rilievo una preoccupazione, per così dire internazionalistica, volta a rendere più difficile la configurazione di un rapporto maggioranza-opposizione nella dimensione tradizionale degli ordinamenti costituzionali statali.

Si tratta di una preoccupazione analoga a quella che ha condotto ad escludere nei trattati la previsione di meccanismi di sfiducia nei confronti di singoli Commissari, per il timore del venire in rilievo della nazionalità del Commissario in questione. L'aspirazione costituzionalistica dell'ordinamento dell'Unione sembra però tornare a manifestarsi, a questo proposito, non solo mediante le procedure di *hearing* "in ingresso" dei Commissari¹²⁷, ma anche nell'affermazione, in via convenzionale, della c.d. *lex Prodi* in base alla quale il Presidente della Commissione è chiamato a prendere in considerazione – ma non vincolato – la richiesta di revoca dell'incarico proveniente dal organo parlamentare, salva l'applicazione dell'art. 247 Tfu e qualora si ritenga che ricorrano le condizioni dallo stesso previste¹²⁸.

8. *Una conclusione (provvisoria?)*

A voler continuare ragionare in termini costituzionalistici, e, quindi, continuando a porsi il quesito di quale sia la forma di governo dell'Unione, se occorre prendere atto che il "contesto complessivo" delineato dai trattati in termini di forma di governo parlamentare è contraddetto per ciò che concerne l'elemento centrale e fondamentale di tale modello, ovvero la risoluzione del rapporto fiduciario ad opera del Parlamento¹²⁹,

¹²⁷ Procedure alle quali occorre comunque riconoscere, nonostante i limiti osservati *supra* nel testo, di essersi dimostrate "*much more effective than the sledgehammer power to dismiss the entire Commission*", come rilevato alcuni anni fa da M. HORSPOOL, M. HUMPHREYS, *European Union Law*, 5th Ed., Oxford 2008, 50.

¹²⁸ Va sottolineato, peraltro, come l'art. 247 Tfu – pur presentando margini di indeterminazione suscettibili di interpretazione in senso politico, specie nel collegamento con i doveri di "indipendenza" ex art. 245 – prevede comunque la decisione della Corte di Giustizia e pone in ciò un notevole argine ad una utilizzazione in chiave di mera sanzione politica.

¹²⁹ Critico nei confronti dell'inquadramento negli schemi della forma di governo parlamentare – pure considerati "*patrimoine constitutionnel commun aux Etats membres*" (26) – sulla base di considerazioni che vanno oltre la sussistenza o meno della relazione fiduciaria appare O. COSTA, *Les relations entre la Commission et le Parlement européen au prisme di parlamentarisme*, in *Politique européenne*, 2001, 25 ss. Cfr. anche B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo*, cit.,

vero è che ciò non comporta necessariamente un atteggiamento complessivamente rinunciatario e di “regressione” verso un approccio internazionalistico.

La storia costituzionale di più di un ordinamento statale, soprattutto in ambito europeo¹³⁰, evidenzia come nella fase iniziale della vita dello stesso ad una chiara derivazione dell'esecutivo dall'investitura parlamentare non sia corrisposta un altrettanto definita disciplina delle cause di rimozione dell'esecutivo stesso da parte del Parlamento. Ciò talvolta si è affermato in via convenzionale e poi saldamente consuetudinaria, come nel caso dell'archetipo britannico, mentre in altri casi, valorizzando il principio di separazione tra legislativo ed esecutivo, una volta esaurito il rapporto genetico iniziale ognuno dei due poteri ha mantenuto una legittimazione autonoma. È il caso della forma di governo direttoriale del 1795 in Francia e, ancora a noi oggi visibile, della Confederazione elvetica.

Come è stato osservato, “le forme di governo delle democrazie nascenti” volutamente si sono caratterizzate in alcuni casi per questa ambiguità iniziale, rimettendo all'evoluzione successiva la possibilità o meno di un mantenimento dei caratteri originari o di una trasformazione in senso monista¹³¹. Costituirebbe tutto sommato un apprezzamento della dimensione costituzionale dell'esperienza europea riconoscere nella attuale forma di governo dell'Unione questi caratteri di indeterminatezza, o per usare la nota espressione di Giuliano Amato, di ermafroditismo¹³².

La dimensione “aperta” dei trattati, il ruolo rilevante delle fonti di

par. 3, evidenziando il carattere fuorviante, sotto questo punto di vista, dell'esperienza degli *Spitzenkandidaten*.

¹³⁰ Diverso sembra essere stato il percorso seguito dal costituzionalismo statunitense, preoccupato sin dall'inizio di accentuare, a fini garantistici, il principio di separazione strutturale tra Legislativo ed Esecutivo. Di qui “la felice invenzione” della forma di governo presidenziale... Sembra peraltro piuttosto difficile rinvenire nella forma di governo dell'Unione i caratteri di separazione strutturali propri di tale esperienza, come invece proposto da J. SONNICKSEN, *Democratising the separation of powers in EU government: The case for presidentialism*, in *European Law Journal*, 2017, 509 ss.

¹³¹ Cfr. E. ROTELLI, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna 2005, nel quale tutte queste esperienze – nonché quella statunitense – sono analizzate. Particolarmente interessante, ai nostri fini, il cap. IV *La repubblica non parlamentare della Rivoluzione francese* dedicata alla costituzione direttoriale del 1795. Cfr. anche il riferimento all'esperienza inglese nell'evoluzione dalla forma costituzionale a quella parlamentare operato da S. ILLARI, *Sulla nozione di forma di governo e sull'ordinamento dell'Unione europea*, cit., 1552 s.

¹³² Definizione da ultimo richiamata da G. AMATO, *L'integrazione europea come problema costituzionale*, cit., 563.

integrazione dei medesimi, scritte e convenzionali, non escludono affatto un'evoluzione in senso parlamentaristico dei rapporti tra Commissione e Parlamento. Ma anche interpretando e facendo valere restrittivamente la capacità di incidenza delle fonti subordinate sulla configurazione concreta del rapporto esecutivo-legislativo il consolidamento di un modello maggiormente ispirato alla separazione dei poteri quale è quello di tipo direttoriale potrebbe comunque dirsi costituzionalmente soddisfacente, dovendo ricercarsi nel sistema politico sottostante il “collante” in grado di assicurare il coordinamento tra Commissione e Parlamento¹³³. La circostanza per cui la forma di governo dell'Unione si assesti sul modello abitualmente identificato con l'esperienza di uno Stato che dell'Unione non ha mai fatto parte rappresenterebbe, dopo tutto, uno dei tanti paradossi che attraversano la – fin qui tutto sommato di successo – storia costituzionale dell'Unione.

¹³³ La tendenza “consensuale” e non “competitiva” del sistema politico svizzero era sino a pochi anni fa considerata un elemento centrale per la comprensione della locale forma di governo direttoriale: cfr. U. KLÖTI, *Consensual Government in a Heterogeneous Polity*, cit., 24. Recentemente, cfr. L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino 2017, 368, i quali sottolineano la difficile esportabilità di tale assetto. Non vanno sottovalutate, tuttavia, le tensioni cui sembra sottoposta negli ultimi anni la forma di governo della Confederazione: sulla crisi della “formula magica” che da un punto di vista politico ha per lungo tempo assicurato la funzionalità del sistema di governo, cfr. A. ZEI, *Svizzera*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO), *Ordinamenti federali comparati – I – Gli stati federali classici*, Torino 2010, 38 ss. Per la permanenza di un carattere “singolare” e “complesso” di tale sistema politico, che finisce comunque per condizionare le modalità di funzionamento della forma di governo, cfr. comunque S. GEROTTO, *Svizzera*, Bologna 2011, 55 ss.

SAGGI

Angelo Giuseppe Orofino

LES ACTES NUMÉRIQUES D'ORGANISATION DU SERVICE PUBLIC: LA PERSPECTIVE ITALIENNE

1. En Italie, les ordinateurs sont utilisés depuis longtemps comme une aide dans la conduite des procédures administratives, en différentes situations et avec différents résultats et effets.

Déjà à la fin des années 80 et au début des années 90 ont été promulguées des lois qui autorisaient l'emploi de l'automatisation pour le paiement des salaires et des pensions ou pour l'adoption des certificats d'état civil, et permettaient l'utilisation de formes d'automatisation pour certains actes émis par les autorités locales¹.

Un pas important dans cette direction a été accompli en 1993 avec la promulgation d'un décret législatif qui contenait une première discipline embryonnaire sur l'utilisation des systèmes informatisés par les organismes publics, et disposait que les actes administratifs adoptés par toutes les administrations publiques étaient normalement préparés au travers de systèmes informatisés².

La norme, dont certains ont trop souligné l'importance³, a été initialement interprétée de manière très restrictive par ceux qui l'ont considérée comme applicable uniquement aux certifications administratives ou aux actes administratifs en série, ne nécessitant pas de motivation spéci-

* Testo della relazione tenuta in occasione del convegno « La transformation numérique du service public : une nouvelle crise ? » organizzato dall'Università di Paris Nanterre il 14 e 15 gennaio 2021. Occorre sottolineare che sia il titolo del convegno che quello del presente contributo fanno riferimento alla nozione francese di service public, sulla quale cfr. G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, Issy-les-Moulineaux 2016, 105.

¹ U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Bologna 1993.

² Cf. l'art. 3 du décret législatif n. 39 du 12 février 1993.

³ G. DUNI, *L'illegittimità diffusa degli appalti d'informatica pubblica*, dans *Dir. inf. e inf.*, 1995, 35.

fique⁴. Au contraire, il a été dit que les ordinateurs n'auraient pu être légitimement utilisés que pour des activités de documentation et de soutien de l'activité des organismes publics⁵, et à condition que la décision finale reste dans la prérogative des hommes : les seuls à pouvoir effectuer une analyse et expliquer des motivations de l'acte, calibrées par rapport aux particularités des différentes situations⁶.

Mais, une autre partie de la jurisprudence a appliqué une règle plus souple, en légitimant le recours à des décisions robotisées lorsqu'il s'agit de gérer des procédures très complexes, pour lesquelles la conduite serait grandement accélérée et rationalisée par l'utilisation des technologies de l'information : on fait référence aux actes d'appel au service militaire obligatoire⁷, ou à ceux de mobilité au sein de grandes administrations centrales⁸, voire à la correction des épreuves de concours rédigées par la préparation de test à choix multiple lisible par lecture optique ou par la réalisation d'épreuves pratiques de dactylographie et de calcul, acquises grâce à un lecteur optique relié d'une part à un terminal et d'autre part à des machines mécaniques individuelles⁹.

On peut dire, dans un certain sens, que l'orientation jurisprudentielle de plus grande fermeté a été inspirée par le scepticisme et la méfiance à l'égard de la révolution télématique, tandis que l'orientation caractérisée par une plus grande ouverture peut être considérée comme motivée par des inspirations pragmatiques liées aussi à la nécessité de légitimer l'existant, sans intervenir de manière déstabilisante sur des pratiques procédurales administratives qui étaient en train de se consolider déjà avant que le législateur n'intervienne avec la discipline embryonnaire de 1993¹⁰.

⁴ Cour de cassation, sec. I, 28 décembre 2000, n° 16204.

⁵ Cons. État, sec. IV, 1 février 2001, n° 367.

⁶ Cons. État, Ad. Gen., 24 février 1994, n° 1438.

⁷ Tar Campanie, Naples, sec. II, 7 juillet 2003, n° 8031 ; Tar Campanie, Naples, sec. II, 10 décembre 2003, n° 15175 ; Tar Latium, Rome, sec. I bis, 9 mars 2004, n° 2228.

⁸ A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, dans *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1371, v. notamment la note 10.

⁹ A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, dans *Foro amm.*, 2002, 2256.

¹⁰ Selon A. PREDIERI, *Gli elaboratori elettronici nell'amministrazione dello Stato*, Bologna 1971, 14, au début des années 70, le pourcentage d'ordinateurs introduits dans l'administration de l'État italien était le plus élevé d'Europe. Voir aussi à ce sujet les réflexions développées dans le « Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato », présenté en 1979 par le ministre de la fonction publique Massimo Severo Giannini (le Rapport est publié dans *Foro italiano*, 1979, V, 289).

2. L'utilisation croissante des outils informatiques décisionnels par les administrations italiennes, légitimée également par les premières interventions législatives, a justifié l'attention croissante des tribunaux.

Avec de nombreux arrêts, ayant pour objet les concours publics organisés à la fin des années 80, la jurisprudence administrative a été appelée à évaluer les erreurs éventuelles commises par les machines à travers lesquelles la correction des épreuves était effectuée, et a ainsi pu aborder le sujet de l'automatisation et procéder à l'indication laborieuse et troublée d'un premier noyau de solutions aux problèmes liés à l'utilisation d'algorithmes par l'administration publique : il s'agit de solutions qui conservent encore leur intérêt et actualité aujourd'hui¹¹.

Les tribunaux ont eu l'opportunité de se prononcer sur ce sujet à l'occasion de certaines procédures judiciaires concernant la correction des épreuves de concours effectuée par des systèmes automatisés.

L'occasion a permis à la jurisprudence de revenir sur une question jamais totalement résolue : celle relative à la légitimité de l'utilisation de l'ordinateur comme instrument qui accompagne ou remplace l'homme dans la réalisation des processus de décision publique.

Et, bien qu'avec quelques incertitudes et perplexités¹², a été portée dans la sphère du pouvoir discrétionnaire de l'administration, incontestable par le juge, la décision de s'en remettre entièrement à l'informatique pour l'exercice de l'activité d'évaluation des épreuves dont la correction ne suppose que l'appréciation mécanique de la justesse ou de l'inexactitude de la réponse offerte, comme dans le cas de la rédaction des questionnaires à choix multiples¹³.

Le contrôle juridictionnel de la décision de recourir à des systèmes informatiques ne peut être effectué, donc, que dans le cas où le choix est manifestement illogique, comme ce serait le cas lorsque l'évaluation des preuves nécessite des processus logiques complexes de traitement de la pensée, puisque ces derniers ne sont pas programmables dans un ordinateur, mais sont seulement réalisables par le cerveau humain¹⁴.

Après avoir légitimé l'utilisation de l'ordinateur, même si c'est dans un nombre limité de cas, d'autres problèmes intéressants sur le terrain,

¹¹ G. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata. Profili giuridici*, Sant'Arcangelo di Romagna 2005.

¹² A. USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, dans *Dir. inf. ed inf.*, 1993, 163.

¹³ Cons. État, sec. VI, 26 juin 1998, n° 1027.

¹⁴ Tar Campanie, Naples, sec. I, 26 octobre 1992, n° 333.

étaient : *a)* celui relatif à l'éventuelle nécessité de motiver les actes automatiques ; *b)* celui inhérent aux garanties participatives à reconnaître aux citoyens intéressés par les actes d'élaboration électronique ; *c)* celui relatif à la nécessité que l'homme contrôle toujours et intégralement le résultat des évaluations effectuées par l'ordinateur ; *d)* celui relatif à la subsistance éventuelle d'une obligation de corriger les erreurs commises par l'ordinateur ; *e)* celui sur le devoir des administrations de vérifier le fonctionnement des programmes informatiques réalisés par des entreprises privées ; *f)* celui visant à concrétiser un devoir de contrôle sur l'exactitude et l'intégrité des informations utilisées par l'ordinateur pour l'adoption de mesures robotiques ; *g)* celui sur les modalités d'exercice du contrôle juridictionnel sur les actes administratifs automatiques.

Ce sont toutes des questions sur lesquelles la jurisprudence a continué à s'interroger ces dernières années en rendant des décisions parfois plus mûres et plus conscientes, aussi parce qu'elles se sont formées dans la comparaison et le dialogue avec la doctrine qui *medio tempore* a abordé ces questions¹⁵.

Même la jurisprudence la plus récente, cependant, montre que les profils de criticité que présente l'informatique décisionnelle n'ont pas changé de manière décisive au cours des dernières années : malgré l'évolution évidente qu'ont connu les systèmes de technologie, on peut certainement affirmer que les questions les plus actuelles restent celles indiquées par la doctrine et la jurisprudence qui se sont exprimées au tournant du siècle dernier et au début du siècle actuel, auxquelles se sont ajoutés des nouveaux points problématiques, inhérents : *a)* à la transparence des logiciels ; *b)* à la possibilité d'utiliser des systèmes neuronaux et le *deep learning* qui, grâce aux technologies d'auto-apprentissage utilisées, peuvent aboutir à des solutions qui ne pouvaient pas être prévues au moment de la programmation ; *c)* à la nature juridique des algorithmes : actes juridiques ou simples outils ?

3. Bien que les enjeux en la matière soient restés les mêmes, les solu-

¹⁵ Pour une revue de la doctrine et de la jurisprudence italiennes, voir A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, prec., *passim* ; ID., *The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration*, dans *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1-2, Issue 1, 2020, 123.

tions offertes par les premières jurisprudences qui ont traité de la question ont été partiellement remaniées.

En particulier, une nouvelle réflexion a récemment été effectuée par le tribunal administratif régional du Latium, concernant la possibilité d'utiliser des techniques informatiques pour conduire des procédures automatiques¹⁶.

En revenant sur les orientations jurisprudentielles antérieures, le Tar a adopté une position très dure et a nié la possibilité d'utiliser l'automatisation administrative, parce que : a) elle ne permettrait pas de garantir la participation des parties intéressées aux procédures administratives ; b) elle dérogerait au principe inéluctable de la relation personnelle des citoyens avec le responsable de la procédure et avec les organes de l'administration en charge de la procédure ; c) elle ne pourrait pas exercer l'activité d'acquisition des représentations et des circonstances factuelles des destinataires de la mesure finale, en les comparant avec d'autres situations et intérêts vers lesquels l'activité de l'administration est orientée ; d) elle ne pourrait satisfaire à l'obligation de motiver les décisions administratives ce qui conduirait à une frustration aussi des garanties processuelles, lesquelles sont affectées chaque fois que l'absence de motivation ne permet pas au citoyen de contester (et au juge de contrôler) les arguments suivis par l'administration pour parvenir à une certaine mesure.

Les arguments utilisés par le Tar, moyennant une position de clôture nette, semblent être le résultat d'un préjugé idéologique¹⁷, alors que l'approche aux thèmes de l'informatique administrative devrait être caractérisée par un plus grand équilibre et une plus grande sérénité¹⁸, afin de permettre aux administrations publiques d'utiliser les outils mis à leur disposition par l'innovation technologique, comme le font déjà les opérateurs privés.

Ceci, évidemment, sans renoncer aux garanties qui doivent caractériser les relations des particuliers avec les administrations publiques¹⁹.

¹⁶ Tar Latium, Rome, sec. 3 *bis*, 10 septembre 2018, n° 8224. Dans le même sens, voir aussi Cons. État, sec. VI, 8 avril 2019, n° 2270.

¹⁷ M. BOYD, N. WILSON, *Rapid Developments in Artificial Intelligence how might the New Zealand government respond?*, dans *Policy Quarterly*, vol. 13, n. 4, 2017, 36.

¹⁸ J.-B. AUBY, *Contrôle de la puissance publique et gouvernance par algorithmes*, dans D.-U. GALETTA, JACQUES ZILLER (coord.), *Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Informations- und Kommunikationstechnologien jenseits des Datenschutzes*, Baden Baden 2018, 155.

¹⁹ C. DJEFFAL, *Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung*, dans *Berichte des*

Cette dernière approche semble être celle récemment adoptée par le Conseil d'État, qui a précisé que l'administration doit être en mesure de profiter elle aussi des potentialités offertes par la révolution numérique, puisque l'utilisation de programmes informatiques peut entraîner un gain en termes d'efficacité et d'impartialité de l'action menée, de sorte que leur utilisation pourra être mise en œuvre, également dans l'hypothèse de l'exercice de fonctions discrétionnaires. Rappelant le principe de bonne administration prévu par l'article 97 de la Constitution italienne, le Conseil d'État affirme aussi qu'il existe une obligation pour les administrations utiliser toutes les ressources, y compris technologiques, afin d'atteindre leurs objectifs en dépensant le moins possible de moyens et de ressources et en rationalisant et en accélérant le processus de procédure²⁰.

Toutefois, selon ce qui a été affirmé par le Conseil d'État, ces programmes peuvent être légitimement utilisés s'ils satisfont à certaines exigences fondamentales qui ont toujours caractérisé l'action des pouvoirs publics : a) celles qui se réfèrent à la pleine intelligibilité des opérations effectuées par l'ordinateur ; b) celles qui sont inhérentes à l'imputabilité des choix effectués par l'ordinateur et des responsabilités qui dépendent de ces choix.

4. Il faut bien commencer par l'analyse de cette dernière perspective : de l'imputabilité des choix.

L'opacité des algorithmes²¹ pose de nouveaux défis au juriste : l'un d'eux concerne l'identification des instruments pour attribuer les décisions²².

Historiquement, le problème de l'imputabilité des actes écrits a été résolu par le droit moderne grâce à l'utilisation d'instruments de sous-

NEGZ, n. 3 2018, 1 ; L. VALERO TORRIJOS, *Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración*, dans *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 58, 2019, 82.

²⁰ Cons. État, sec. VI, 13 décembre 2019, n° 8472.

²¹ F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Cambridge-London, 2015. Affirme que « ce "pouvoir opaque de la technique", génère fascination et inquiétude » L. CLUZEL-METAYER, *Calculer. L'influence des algorithmes sur l'édition des décisions administratives*, dans AA.VV., *Les méthodes en droit administratif*, Paris 2018, 251.

²² J.A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E.W. FELTEN, J.R. REIDENBERG, D.G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, dans *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, n. 3, 2017, 633.

cription, nécessaires pour assurer l'attribution à l'auteur de la signature du contenu de l'acte, ainsi que l'intégrité du document par lequel l'acte est manifesté : l'attention des juristes s'est donc focalisée sur le moment de l'émission de l'acte par lequel se manifeste la volonté de l'agent.

En revanche, dans le cas de l'adoption d'actes automatiques, le moment final d'imputation du contenu du document perd beaucoup de son importance, dans la mesure où ce contenu sera influencé de manière déterminée : a) par les instructions offertes dans la phase de programmation ; b) par les données sur la base desquelles l'ordinateur, appliquant les critères contenus dans le programme, fait ses choix.

Le moment final de l'adoption de l'acte devient donc un moment de ratification, parfois même inconscient, de solutions identifiées en croisant les instructions fournies par le programmeur et les données introduites par l'ordinateur.

Il est donc nécessaire d'accorder la plus grande attention à ces deux moments (celui de la programmation et celui de la saisie des données) afin de garantir l'imputabilité²³.

Il n'est donc pas possible pour l'administration de transposer de façon inconsciente des programmes préparés par des opérateurs privés²⁴, et il est nécessaire d'adopter un acte dans lequel sont indiqués les paramètres selon lesquels le logiciel doit être programmé et on clarifie la façon de fonctionnement²⁵.

Il est également nécessaire de laisser une trace, grâce à des outils tels que les *log files*, de toutes les opérations effectuées par ceux qui accèdent à la base de données, en pouvant saisir ou modifier les informations qui y sont contenues²⁶.

Aux fins de l'attribution des responsabilités, sont importants le moment de la formalisation des règles de programmation et celui de la saisie des données sur la base desquelles, en appliquant les instructions fournies au moment de la préparation du programme, ou celles assumées de manière autonome par des programmes d'intelligence artificielle plus développés, l'ordinateur prend la décision finale.

Au contraire, le moment final d'adoption de la décision robotique,

²³ A.G. OROFINO, R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, dans *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1300.

²⁴ D. KEATS CITRON, *Technological Due Process*, dans *Washington University Law Review*, vol. 85, issue 6, 2008, 1249 et notamment 1260.

²⁵ De contraire avis Cons. État, sec. VI, 24 octobre 1994, n° 1561.

²⁶ Tar Latium, Rome, sec. III *bis*, 20 juillet 2016, n° 8312.

revêt une importance mineure et secondaire, puisque ce moment finit par être influencé de manière décisive par ce qui s'est passé au début dans la procédure informatisée.

En cela, il y a une nette différence avec ce qui se passe dans la prise de décision « traditionnelle » des administrations publiques où le moment de l'imputation à l'organe administratif du contenu de la décision revêt une importance fondamentale.

Le rôle de l'homme revient à être important lorsque l'ordinateur a commis des erreurs, pour lesquelles il est nécessaire que l'administration intervienne avec la vérification autonome de la régularité de ses propres actes (en Italie, dans ce cas on parle de « *autotutela* ») pour en assurer la correction.

Cela peut se produire spontanément lorsque l'administration elle-même se rend compte qu'elle a commis des erreurs qui doivent être corrigées, ou à l'initiative des citoyens concernés qui demandent une forme d'auto-contrôle qui, dans ce cas, doit être considérée comme obligatoire.

Normalement, on considère que l'administration n'est pas obligée de revenir sur ses propres actes pour rectifier ses erreurs : l'absence d'obligation de revenir sur ses propres décisions est fondée aussi sur la nécessité d'éviter de surcharger les structures publiques avec des demandes répétées des citoyens.

Dans ce cas, cependant, il est nécessaire de contrebalancer les erreurs et les rigidités qui peuvent dériver de l'utilisation de l'automatisation par la nécessité de surmonter ces rigidités en recourant à la figure humaine.

Et ce, non pas tant en application du principe de non-exclusivité de la prise de décision algorithmique (évoqué par certains), mais de la règle selon laquelle *cuius commoda eius et incommoda*, de sorte que les administrations qui recourent à l'automatisation, gagnant en temps et en simplification, doivent contrebalancer ces avantages par l'activation de pouvoirs de contrôle et de vérification de la justesse de l'action menée²⁷.

5. On doit aborder l'autre question qui a été posée : comme on l'a déjà écrit, l'attention de la jurisprudence récente du Conseil d'État s'est portée sur le profil relatif à l'intelligibilité des choix effectués par l'ordinateur.

²⁷ A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, dans *Giur. it.*, 2020, 1738.

On ne s'attardera pas à analyser l'aspect de l'accessibilité de l'algorithme, sur lequel beaucoup de choses ont déjà été dites et écrites, notamment avec la contribution d'importants tribunaux européens²⁸.

Le thème de la compréhension et du contrôle (y compris juridictionnel) des choix algorithmiques administratifs a toutefois suscité des débats²⁹.

La nécessité de comprendre les raisons des choix faits par les administrations a, jusqu'à présent, été satisfaite par l'externalisation de la motivation³⁰.

L'examen de la motivation a permis d'évaluer la justesse et la légitimité des décisions administratives, notamment celles discrétionnaires.

Toutefois, en raison de problèmes de limitations technologiques, il semble difficile d'exiger une justification aussi par les actes automatiques.

Cela a conduit certains à émettre l'hypothèse que les systèmes algorithmiques ne peuvent être utilisés que dans le cas de l'adoption d'actes non discrétionnaires ou d'actes en série : la limite de l'administration algorithmique serait donc une limite intrinsèque découlant de l'incapacité des systèmes automatiques à garantir des formes adéquates de contrôle des mécanismes par lesquels – en croisant les instructions de programmation et des informations – ils arrivent à des décisions finales.

Cette limitation a conduit des pays comme l'Allemagne à interdire l'utilisation de l'automatisation dans le cas de procédures discrétionnaires³¹.

Dans d'autres pays comme l'Italie, aucune limite de ce type n'a été prévue dans la législation.

Cela a fait naître différentes idées à ce sujet.

²⁸ E. MOURIESSE, *L'opacité des algorithmes et la transparence administrative*, dans *Revue française de droit administratif*, 2019, 45 ; C. COGLIANESE, D. LEHR, *Transparency and Algorithmic Governance*, dans *Administrative Law Review*, vol. 71, 2019, 1 ; A.G. OROFINO, *The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration*, *precit.*, *passim*.

²⁹ A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, *prec.*, *passim* ; E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La validez del acto administrativo electrónico*, dans F.J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach*, vol. 1, tomo 2, Cizur Menor 2018, 445 ; J. TOMLINSON, *Justice in Automated Administration*, dans *Oxford Journal of Legal Studies*, volume 40, issue 4, 708.

³⁰ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

³¹ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Fully digitalized administrative procedures in the German legal system*, dans *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, issue 1-2, 2020, 105 ; E. BUOSO, *Fully automated administrative acts in the German legal system*, *ivi*, 113.

Certains considèrent que la motivation est toujours et de toute façon nécessaire, y compris pour les décisions algorithmiques³², sauf dans l'éventualité de l'exercice de fonctions non discrétionnaires, puisque dans ce cas l'indication précise de la manière dont les pouvoirs administratifs doivent être exercés est déjà contenue directement dans la loi.

Il y a, cependant, certains qui ont considéré que la mécanisation des fonctions administratives était en soi une garantie d'impartialité : et par conséquent, il ne serait pas nécessaire que l'administration robotisée (contrairement à l'administration traditionnelle) justifie ses choix³³.

Il existe aussi une troisième idée : celle selon laquelle la motivation de chaque acte automatisé n'est pas requise, à condition qu'il soit adopté dans le respect de critères et de directives établis à l'avance par l'administration qui, au moment où elle indique faire cela, limite ses propres pouvoirs discrétionnaires³⁴.

Les trois solutions énoncées ci-dessus, lient donc l'utilisabilité de l'informatique décisionnelle à la plus ou moins grande amplitude du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration publique par rapport à chaque procédure automatisée.

Toutefois, même s'il est incontestable que la réalisation d'activité en compétence liée rend plus agile le recours à des algorithmes administratifs, l'admissibilité de l'élaboration robotique de l'acte administratif ne doit pas être corrélée à l'amplitude (plus ou moins grande) du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration, autant qu'à la possibilité (qui, toutefois, est *scientifique* et non juridique), de reconstruire le parcours logique sur la base duquel l'acte a été déterminé par l'ordinateur ou, alternativement, de disposer d'instruments de contrôle sur le fonctionnement du programme qui offrent des garanties appropriées quant à l'adéquation et la vérifiabilité des choix assumés au moyen de systèmes électroniques.

La nature interdisciplinaire de la matière³⁵ semble suggérer une prudence particulière dans les affirmations sur les possibilités de fonc-

³² Tar Latium, Rome, sec. 3 *bis*, 10 septembre 2018, n° 8224, précité. Dans la doctrine, voir D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, précité, 124.

³³ Cons. État, sec. IV, 18 octobre 2002, n° 5758, ou, jugeant une mesure d'appel au service militaire, il est affirmé que le manque de motivation de la carte-précepte est justifié par la mécanisation du service, puisqu'il est toujours et uniquement possible de vérifier le contenu du précepte et des relevés de bureau, mis à la disposition des intéressés dans les districts de levier.

³⁴ Cons. État, sec. IV, ord. 29 septembre 1998, n° 1537.

³⁵ B.W. WIRTZ, J.C. WEYERER, C. GEYER, *Artificial Intelligence and the Public Sector*.

tionnement de l'ordinateur et sur son mode de travailler : il s'agit plutôt d'affirmations qui devraient être faites par ceux qui ont les compétences nécessaires, avant tout techniques, pour évaluer un tel aspect, qui ne peut être résolu par des juristes.

Il semble hasardeux aujourd'hui de dire dans quelle mesure l'ordinateur pourra « administrer » et si, comme on l'a affirmé, il ne pourra le faire que dans le domaine de l'exercice d'activités purement certificatives, ou également dans celui d'activités, éventuellement discrétionnaires, ou dans le domaine des achats publics³⁶.

Ce qui ne semble pas faire de doute, c'est que les systèmes d'information décisionnels ont un potentiel énorme, qui doit être exploré de manière adéquate au moyen d'une synergie très étroite qui doit être mise en œuvre entre juristes, informaticiens et experts de la science de l'administration, loin des nombreux préjugés idéologiques qui caractérisent aujourd'hui le sujet.

Le chemin à parcourir est donc encore long et articulé de nombreuses opportunités mais aussi d'inconnues et d'incertitudes.

Applications and Challenges, dans *International Journal of Public Administration*, vol. 42, 2018, 596.

³⁶ C. PREBISSY-SCHNALL, *Marchés publics et logiciel libre*, dans *Contrats concurrence consommation*, 2011, comm. 265 ; G. GALLONE, *Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione*, dans *Dir. econ.*, n. 3, 2019, 187.

OSSERVATORIO

Annalaura Giannelli

GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI (ANCORA) IN CERCA DI IDENTITÀ: RIFLESSIONI SULL'IPOTESI DELLA CONNOTAZIONE DOVEROSA*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La stagione della tipicità “in senso stretto”: la riserva di legge in materia di accordi sostitutivi – 3. La determinazione anteriore all'accordo – 4. *Segue*: La mancanza o l'incompletezza della determinazione – 5. La motivazione dell'accordo – 6. La nuova declinazione “doverosa” degli accordi – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'art. 11 della legge n. 241 del 1990, dedicato agli accordi amministrativi tra privati e pubblica amministrazione, compie ufficialmente trent'anni¹. Nella vita di un istituto giuridico, ma lo stesso potrebbe dirsi, in fondo, anche per la parabola esistenziale di un essere umano, siamo dunque in una fase di relativa giovinezza, nella quale, tuttavia, sarebbe lecito attendersi il raggiungimento di quel minimo di stabilità che dovrebbe connotare l'“età adulta”.

Che questo traguardo sia stato raggiunto è assai dubbio.

La norma di riferimento, pur entusiasticamente accolta come vessillo di una inedita visione collaborativa e paritetica dell'esercizio della funzione, ha presto svelato uno dei suoi principali punti deboli: la clamorosa indeterminazione sulla natura giuridica dell'istituto e, conseguentemente, sul regime giuridico ad esso applicabile². L'unico elemento di certezza,

* Il presente contributo è destinato agli studi in onore di Bruno Cavallo, di prossima pubblicazione.

¹ L'anniversario della legge n. 241 del 1990, oltre ad essere celebrato in numerose occasioni convegnistiche, coincide con la pubblicazione di opere di commento che dimostrano un persistente interesse al tema. Si v., ad esempio, la 3^a ed. dell'opera collettanea *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2020.

² Sulla natura giuridica degli accordi la lettura è vastissima. Senza pretesa di esausti-

racchiuso nella versione originaria dell'art. 11, consiste nella clausola di devoluzione alla giurisdizione esclusiva, oggi transitata all'art. 133 c.p.a., il cui scopo dovrebbe consistere proprio nel sollevare l'interprete da delicate valutazioni in merito alle situazioni giuridiche coinvolte, elemento decisivo ai fini della giurisdizione.

Anche questo vantaggio si è, tuttavia, rivelato esile. La giurisprudenza costituzionale che subordina la legittimità delle clausole di giurisdizione esclusiva alla rintracciabilità, nella fattispecie sindacata, del potere autoritativo³ ha, di fatto, invertito i termini della questione: la clausola in esame, anziché "pacificare" gli animi in tema di qualificazione delle situazioni soggettive, ha orientato il dibattito sulla natura giuridica degli accordi in favore di soluzioni dogmatiche di ispirazione pubblicistica.

vià si segnalano i seguenti contributi: in termini favorevoli all'inquadramento pubblicistico: G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano 1984; F. FRACCHIA, *Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Torino 1998; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003. In giurisprudenza si veda: Cons. St., Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1988 III, 34, in cui afferma che «gli accordi qui in esame – caratterizzati dalla presenza di volontà che non sono sullo stesso piano – risentono necessariamente del contenuto e delle finalità del provvedimento che vanno a sostituire, sicché è logico che la legge assicuri all'amministrazione una qualche posizione di supremazia in relazione al contesto pubblicistico in cui l'accordo viene ad inserirsi». In favore della tesi privatistica: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino 1997; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino 2001; B. CAVALLO, *Procedimento e attività pattizia*, in AA.Vv., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino 2001, 119. In termini critici rispetto alla bipartizione netta tra lettura pubblicistica e lettura privatistica si veda: R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano 1985, 19. Ovviamente anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 11 il dibattito sulla possibilità di ricorrere al contratto per lo svolgimento dell'attività amministrativa era molto vivace. In senso contrario rispetto a tale possibilità si esprimeva F. LEDDA, *Il problema del contratto di diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino 1964; ID., *Nuove note sugli accordi di diritto pubblico e su altri temi contigui*, in *Giur. it.*, 1998, 394; ID., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, II, 1273; ora tutti in *Scritti giuridici*, Padova 2002. Altra parte della dottrina, invece, riteneva possibile il ricorso al contratto, relegando tuttavia lo stesso ad una condizione accessoria rispetto al provvedimento, quale sede autentica di assunzione della decisione amministrativa: F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965, 284; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1972, 140; M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma 1962; sempre in favore della teoria del doppio livello, ma con il riconoscimento di una posizione di primazia al momento consensuale: F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469.

³ Il riferimento, ovviamente, è alla sentenza n. 204 del 6 luglio 2004.

2. La stagione della tipicità “in senso stretto”: la riserva di legge in materia di accordi sostitutivi

Anche a distanza di trent'anni dall'entrata in vigore della norma sugli accordi la sensazione di un sostanziale fallimento degli intenti ad essa sottesa – quelli di una sorta di progressivo transito in favore di una amministrazione tendenzialmente consensuale – non è venuta meno.

A ridosso degli anni novanta sul banco degli imputati, di questo riscontrato fallimento dell'istituto in analisi, sedeva soprattutto la riserva di legge, che nell'originario dettato dell'art. 11 rappresentava un forte limite alle potenzialità degli accordi sostitutivi, attraverso i quali l'avvicendamento tra un modello di amministrazione unilaterale e autoritativa in favore di una amministrazione consensuale avrebbe dovuto massimamente realizzarsi.

Invero, anche la portata della riserva di legge si prestava a diverse interpretazioni.

La prima, che potremmo definire più “rigorista”, riteneva che la clausola in questione avrebbe consentito di ricondurre al paradigma dell'art. 11 solo quegli accordi per i quali vi fossero specifiche norme settoriali che, per l'appunto, esplicitassero la riconducibilità al suddetto modello, con le annesse conseguenze in punto di regime applicabile e sottoposizione alla giurisdizione esclusiva⁴.

La seconda⁵, più duttile, riteneva invece che la riserva di legge potesse ritenersi soddisfatta a condizione che vi fosse una norma di settore che espressamente prevedesse, per una determinata fattispecie, la possibilità di concludere il procedimento mediante un accordo (senza, quindi, che fosse necessaria un'espresa riconduzione, per via legislativa, al modello dell'art. 11).

È chiaro che le due visioni prendono spunto da una diversa lettura della riserva di legge, che nel primo caso sembra abbinata al concetto di tipicità. La lettura rigorista, in altre parole, non si accontentava che ci fosse una norma di legge che individuasse lo strumento convenzionale come fonte di disciplina di una certa fattispecie, ma pretendeva che questa norma di legge operasse la riconduzione al prototipo dell'art. 11. In assenza di tale esplicita riconduzione, la norma settoriale non sarebbe di certo

⁴ B. CAVALLO, *Procedimento e attività pattizia*, cit., 123.

⁵ S. FANTINI, *Gli accordi in materia di espropriazione*, in *Giust. civ.*, 1999, 59; in giurisprudenza si veda Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1615; Cons. St., Sez. 4 agosto 2013, n. 359.

stata priva di effetti, ma non avrebbe ricondotto la fattispecie nel modello dell'art. 11, che quindi veniva riconosciuto come “modello/tipo”.

Come noto, nel 2005 la riserva di legge in questione è stata abrogata, con l'intento di incentivare il ricorso all'istituto degli accordi, rimuovendo quello che (forse un po' ingenuamente) si riteneva uno dei principali ostacoli all'affermarsi di un auspicato scenario di fungibilità, nell'esercizio dell'azione amministrativa, di moduli consensuali e moduli autoritativi. Non solo. Il superamento della riserva di legge è coinciso con l'introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241/90, che avrebbe dovuto contribuire a rendere il ricorso agli accordi amministrativi un'opzione non solo “ordinaria” ma perfino contrassegnata da una venatura di doverosità.

Il fatto di aver finora parlato al condizionale non è casuale. L'eliminazione della riserva di legge non ha, infatti, conferito agli accordi amministrativi alcun connotato di atipicità: ad essere praticati sono stati, infatti, quasi esclusivamente gli accordi previsti dalla legislazione di settore⁶, la quale di per sé rende scarsamente utile la presenza “sullo sfondo” della cornice dell'art. 11.

In determinati settori questo dato è particolarmente tangibile. È il caso della materia urbanistica, rispetto alla quale la giurisprudenza ritiene preclusa la possibilità di condizionare i poteri di pianificazione mediante la sottoscrizione di accordi *ex art.* 11, posto che l'art. 13 della legge sul procedimento, dedicato alla partecipazione, sancirebbe una sostanziale incompatibilità tra la pianificazione urbanistica ed il ricorso ad accordi non puntualmente tipizzati dalla disciplina di settore⁷. Ancor

⁶ M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 695; P.L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 147 ss.

⁷ Cass. civ., SS. UU., 11 agosto 1997, n. 7452; id., 15 dicembre 2000, n. 1262; Cons. St., Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6685; id., Sez. IV, 1 giugno 2011, n. 331, in cui si afferma che «non trova riscontro nell'ordinamento» l'ipotesi di «una generale ed atipica potestà del Comune di dare vita a forme non tipizzate di urbanistica contrattata» posto che l'ordinamento «individua esattamente ed univocamente ambiti e limiti entro i quali tali negoziazioni possono avere vita». Nella giurisprudenza di prime cure l'accento sulla necessaria rintracciabilità della normativa di settore si abbina alla puntualizzazione relativa al fatto che l'art. 13 della l. n. 241/90 non avrebbe «l'angusto significato emergente dallo stretto tenore letterale, ossia di precludere l'impiego degli strumenti della partecipazione e degli accordi con i privati nell'ambito dei procedimenti di approvazione degli atti di pianificazione urbanistica, ma ha, piuttosto, la funzione di rinviare la verifica circa l'ammissibilità di tali strumenti alla sede propria della disciplina dettata dalla legislazione urbanistica (statale e regionale)» Tar Sardegna, Sez. II, 18 gennaio 2017, n. 33; in termini

più complesso risulta poi il dibattito sull'inquadramento degli accordi nella fase di riscossione dei tributi, e in particolare sulla configurabilità di tali accordi al di fuori delle fattispecie espressamente previste dalla legge tributaria. Anche in questo caso è l'art. 13 della legge sul procedimento a fornire spunti per una lettura improntata ad un regime di stretta tipicità, assieme al principio della indisponibilità del credito tributario⁸. Un problema simile si pone, infine, anche per il controverso istituto degli impegni, rispetto ai quali il dibattito sulla riconducibilità al (debole) modello dell'art. 11 è estremamente vivace, anche se non deriva da norme come l'art. 13 in tema di pianificazione, ossia da norme recanti una esplicita esclusione delle fattispecie *de qua* dal predetto modello⁹, quanto piuttosto sulla constatazione delle peculiarità, anche procedurali, della fattispecie speciale rispetto al modello generale¹⁰.

analoghi anche Tar Lombardia, Sez. II, 21 novembre 2019, n. 2338; id, Sez. II, 18 giugno 2018, n. 1525.

⁸ *Ex multis*: A. PERRONE, voce *Discrezionalità amministrativa* (dir. trib.), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, III, 2003; L. DEL FEDERICO, *Procedimento amministrativo e procedimento tributario: le prospettive di revisione della l. n. 241/90*, in AA.VV., *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, a cura di S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, Bologna 2004, 87. Da ultimo sul tema: M. GOLISANO, *La transazione fiscale fra giurisdizione e "merito"*. *Commento a SS. UU. n. 8504/2021*, in *giustiziainsieme.it*.

⁹ La portata escludente dell'art. 13, con riguardo agli atti pianificatori, non è unanimemente condivisa: se da un lato la giurisprudenza prevalente ritiene che la norma in questione preveda, per determinati ambiti di azione amministrativa, la sperimentabilità dei soli accordi tipizzati da norme settoriali (cfr. nota precedente), dall'altro si registrano in dottrina posizioni meno nette, secondo le quali la norma in questione implicherebbe solo «che le amministrazioni, pur non essendo tenute, possono decidere di estendere gli istituti del titolo II, tra cui gli accordi, ai procedimenti dell'art. 13. Spetterà alle pubbliche amministrazioni decidere in tal senso», così F. GIGLIONI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 2019, 34 – 35 e dottrina ivi citata.

¹⁰ La giurisprudenza tende a non ricondurre gli impegni al modello dell'art. 11. In questo senso si veda Cons. St., Sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307, in cui si afferma che «la valutazione rimessa all'Autorità, lungi dal configurare un accordo tra le parti, integra, piuttosto, un provvedimento unilaterale, che valuta positivamente e rende giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte. La dottrina è, invece, incline a ritenere gli impegni ascrivibili alla categoria degli accordi; in questo senso si esprimono: MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Atti del convegno di Trento del 7-8 giugno 2012, a cura di G.D. Falcon, B. Marchetti, Padova 2013, 123; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano 2012, 179 e 180; M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12/2006, 1283; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007, 173; W. GIULIETTI, *L'amministrazione per accordi un modello ancora attuale?*, in *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino 2016, 113.

Su ciascuna di queste situazioni l'analisi potrebbe essere approfonditamente coltivata. Il dato che, però, rileva nell'economia del presente contributo, concerne la parabola che la nozione di tipicità ha conosciuto nel settore degli accordi amministrativi. I termini della questione sembrano, nel volgere degli ultimi decenni, essersi riposizionati: da un iniziale contesto in cui il vincolo di stretta tipicità era posto dalla legge generale, risultando quindi il principale responsabile del fallimento dello strumento consensuale, si è passati ad uno scenario in cui l'atipicità degli accordi, pur formalmente ammessa, non è ancora molto praticata in forma "pura", ossia sperimentando contenuti pattizi non previsti da alcuna normativa di settore.

Ciò è dovuto, in parte, all'"interventismo" del legislatore, che ha tipizzato un numero crescente di fattispecie consensuali (si pensi, ad esempio, ai contratti di partenariato sociale, o alle sponsorizzazioni). Questa tendenza alla creazione di fattispecie tipiche non ha avuto l'impatto che ci si potrebbe aspettare dalla tipizzazione, ossia l'irrigidimento della disciplina applicabile alla fattispecie. Ciò in ragione del fatto che, come si avrà modo di riferire, è la norma generale di cui all'art. 11 ad essersi negli anni arricchita di regole "formali/procedimentali" da cui le fattispecie di settore, in forza della specialità acquisita con la tipizzazione, si sono sottratte: la regola sul necessario atto di determinazione pre-accordo e quella dell'obbligatoria motivazione a corredo dell'accordo stesso. In parole povere: la conclusione di un accordo atipico, in quanto tale riconducibile solo al macro-modello di cui all'art. 11, assoggetta l'accordo medesimo a regole ulteriori rispetto a quelle previste dalla disciplina di settore per le fattispecie "speciali", verso le quali dunque l'amministrazione è maggiormente incoraggiata ad indirizzarsi.

Di qui lo scarso successo dell'accordo "puro", ossia qualificabile come accordo *ex art. 11* e "nulla di più".

Inoltre, il limitato ricorso agli accordi atipici si spiega anche in forza di un persistente atteggiamento di prudenza, frutto del crescente spazio riconosciuto al valore della concorrenza anche in ambiti in cui esso tradizionalmente non trovava spazio di espressione. L'accordo concluso con un privato rischia, cioè, di essere letto come una sorta di privazione di *chance* ai danni di ipotetici terzi, anche laddove questi ultimi non abbiano intrapreso alcuna iniziativa volta al raggiungimento di pattuizioni mirate a massimizzare, oltre al proprio individuale interesse, anche l'interesse pubblico. La stessa norma sul partenariato sociale¹¹, a ben vedere, si pre-

¹¹ Il riferimento è all'art. 190 del d. lgs. n. 50/2016, rubricato «baratto amministrati-

sta ad una lettura riduzionistica rispetto all'ampiezza delle estrinsecazioni possibili dell'istituto degli accordi amministrativi: nel riconoscere per gli enti territoriali la possibilità di praticare, nel rispetto di determinate condizioni, il baratto amministrativo la norma implicitamente revoca in dubbio la possibilità di sperimentare pattuizioni che per qualche ragione (ad esempio per il tipo di intervento prefigurato dai cittadini) non rientrino nel modello che la norma disciplina. In estrema sintesi: la creazione di un tipo, nel delicato terreno dell'attività amministrativa consensuale, rischia di assumere un significato "autorizzatorio/legittimante" che, inevitabilmente, proietta un'ombra sulla praticabilità di fattispecie che in quel tipo non possono essere ricondotte.

Ecco, dunque, che la realtà degli accordi amministrativi si è, da un lato, indirizzata verso la prevalenza delle soluzioni tipizzate, e, dall'altro, verso la sperimentazione di contenuti atipici per lo più contraddistinti da una ispirazione sostanzialmente transattiva¹², ossia orientata a scongiurare – mediante reciproche concessioni raggiunte in sede consensuale – la conflittualità che potrebbe scaturire dall'adozione, da parte della p.a., di una soluzione unilaterale volta ad imporre un determinato assetto di interessi.

Si concludono, ad esempio, accordi che, in vista della realizzazione di un'area cimiteriale, coinvolgono l'amministrazione e il proprietario dell'area corrispondente alla futura fascia di rispetto, per risolvere paci-

vo», ai sensi del quale «gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa».

¹² Recentemente si esprime in termini critici sull'inquadramento della transazione inerente l'uso dei pubblici poteri nel modello dell'art. 11 si veda A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli 2020, 201 ss. Di diverso avviso, invece, G. GRECO, *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, a cura di M.P. Chiti, F. Mastragostino, Bologna 2009, 103; M. D'ORSOGNA, *Gli accordi transattivi*, in *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, a cura di S. Civitarese Matteucci, L. Del Federico, Milano 2010, 220.

ficamente il tema della presenza (in forza di un contratto di locazione tra il privato e i gestori telefonici) di antenne telefoniche, di cui si pattuisce lo spostamento presso una diversa area di proprietà comunale, con l'impegno dell'amministrazione a riversare al privato i canoni dovuti in base all'originario rapporto di locazione. O ancora, come più diffusamente si riferirà, la vocazione transattiva si percepisce negli accordi in cui l'amministrazione mitiga gli effetti di potenziali provvedimenti di ripristino della legalità violata per ridurre l'impatto sull'affidamento generatosi a seguito della perdurante inerzia (della p.a. medesima) nei confronti, ad esempio, di abusi edilizi.

Lo strumento dell'accordo "puro" *ex art. 11*, quindi, si riduce ad una, pur utile, soluzione di potenziali contenziosi, rinunciando a rappresentare una strada aperta verso l'elaborazione di modalità condivise di esercizio dell'azione amministrativa¹³. La logica "preventiva/difensiva", in altre parole, sembra aver prevalso su quella partecipativa, come, in fondo, è avvenuto per l'accesso documentale di cui alla l. n. 241/90.

Quanto sinora si è detto induce a ritenere che la tradizionale prospettiva di studio, concentrata sulla ricerca della recondita natura giuridica degli accordi¹⁴, oscillante tra letture pancontrattualiste e letture pubblicistiche, intervallate da uno spettro infinitamente variopinto di varianti intermedie, possa forse considerarsi superata, non solo e non tanto per la lettura pubblicistica professata dalla Consulta, quanto per la sempre più ridotta incidenza che il tema della "recondita natura giuridica" dell'istituto esprime sul fronte del regime ad esso applicabile¹⁵.

La formulazione dell'art. 11 rappresenta, soprattutto dopo le rivisitazioni negli anni ad essa apportate, il frutto di una volontà legislativa incerta, che, nel tentativo di assecondare visioni culturali e dogmatiche in conflitto tra loro, ha sortito il peggiore dei risultati possibili: la neutralizzazione delle potenzialità innovative della norma in questione, che in quanto norma di tenore generale avrebbe dovuto ampliare oltre i confini della disciplina di settore la praticabilità dei percorsi di azione consensuali. Sono state, infatti, nel tempo inserite, nella disciplina dedicata agli

¹³ S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, in *Dir. ec.*, 2019, 255 e in part. 276.

¹⁴ Per una panoramica dettagliata e critica sulle diverse ricostruzioni offerte dalla dottrina si rinvia, per ragioni di sintesi, a E. BRUTI LIBERATI, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano 2001, 1 ss. e a M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 103.

¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 242.

accordi, disposizioni che rendono difficile ogni operazione di riconduzione alle categorie della dogmatica: i riferimenti più significativi, in tal senso, sono la norma sulla determinazione ante-accordo e quella relativa all'obbligo di motivazione dell'accordo stesso.

3. La determinazione anteriore all'accordo

Con la riforma introdotta dalla l.n. 15 del 2005 il legislatore ha previsto che la conclusione degli accordi *ex art. 11* sia preceduta da un atto di determinazione, che, stando alla lettera della legge, dovrebbe riguardare tanto gli accordi endoprocedimentali quanto quelli sostitutivi ma, di fatto, si è da sempre ritenuta concepibile solo in rapporto a questi ultimi.

Invero, anche prima della novella del 2005 non erano mancate voci che ritenevano, pur nel silenzio della legislazione, necessaria la presenza di un atto unilaterale che garantisse una sorta di “momento di evidenza pubblicistica” nel percorso di azione consensuale¹⁶; anche nel limitrofo ambito degli accordi di programma erano emerse posizioni simili, le quali, tuttavia, non sono poi sfociate in alcuna presa di posizione da parte del legislatore. Le premesse di queste tesi erano da ascrivere alla imperitura suggestione della teoria del doppio livello, che in Italia – concepita per interpretare realtà complesse come quella delle concessioni e delle sovvenzioni – è spesso divenuta un paradigma ermeneutico generale per tutte le esperienze negoziali cui partecipa un soggetto pubblico.

E tuttavia, anche così ricostruita la genesi culturale di queste posizioni, risulta difficile non intravedere in esse la ricerca di modelli apollinei che, nella loro tensione verso un ipotetico ordine ideale di tipo binario¹⁷, tradiscono (quella che era) l'originaria versione dell'art. 11.

Finché non vi è stata una norma che sancisse l'obbligo di emanare un atto “preparatorio” la presenza di quest'ultimo era senza dubbio una

¹⁶ Cfr. S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art.11 della legge 241/1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale* (Atti del XLII Convegno di Varenna), Milano 1997, 415; N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzia giurisdizionale*, in *Cons. Stato*, II, 2001, 809; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione e disciplina del rapporto*, Milano 2002, 45; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2002, 337; *contra*: G. GRECO *Gli accordi amministrativi*, cit., 100; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 67; in giurisprudenza: *Cons. St.*, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

¹⁷ In termini critici si veda M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 165.

superfetazione, in grado di depotenziare lo strumento dell'accordo (che in definitiva avrebbe/ha perso il suo autentico connotato sostitutivo) e di suscitare complessi problemi relativi ai regimi applicabili ai due atti della fattispecie, e alle relative interferenze.

Ad ogni modo, la scelta del legislatore del 2005, come si è anticipato, è stata in favore dell'introduzione dell'ambiguo atto di determinazione pre-accordo.

Il nuovo comma 4 *bis* dell'art. 11 della l. n. 241/90 non spende neppure una parola sul contenuto di questo atto, limitandosi a precisare che la competenza all'emanazione dello stesso ricade sull'organo che sarebbe stato competente all'emanazione del provvedimento. In questo contesto molteplici sono gli interrogativi che, a quindici anni di distanza, permangono sulla ragion d'essere e sul regime di questo atto.

L'unico elemento di certezza può essere ravvisato nella sua conclamata atipicità, che del resto trapela anche nell'uso del lemma «determinazione», il quale evoca null'altro che l'esercizio di un atto di volontà promanante da un organo monocratico, senza alcun cenno ai contenuti o agli scopi perseguiti dallo stesso. Non sarebbe stato molto diverso, in definitiva, se il comma 4 *bis* dell'art. 11 avesse parlato di «atto amministrativo» anziché di «determinazione».

A ben vedere, tuttavia, non è l'atipicità dei contenuti della determinazione a creare le maggiori incertezze, quanto piuttosto le conseguenze di essa su almeno tre fronti, tra loro collegati: quello dell'efficacia, quello dell'impugnabilità e quello del rapporto con il successivo accordo.

Tra le prime domande da porsi evidentemente vi è quella del maggiore o minore "peso specifico" della determinazione nell'economia complessiva della fattispecie atto-accordo. Occorre cioè interrogarsi su quale dei seguenti scenari sia preferibile: quello di una determinazione "leggera", che si limiti essenzialmente ad esternare la volontà di concludere un determinato procedimento con un accordo, o "pesante", che prefiguri i contenuti del successivo accordo, non solo con riguardo all'area di "sovrapposizione" con i contenuti del provvedimento sostituito ma anche, e soprattutto, con riferimento alle (future) clausole frutto di una effettiva e concreta negoziazione tra le parti.

La prima opzione sembra poco preferibile, per una serie di ragioni concorrenti. L'idea di una determinazione che serva solo ad esternare/ giustificare un'opzione di metodo pare contraria non solo al principio di non aggravamento del procedimento, ma anche al *favor* espresso, dal già

citato comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241/90, per lo svolgimento dell'azione amministrativa con mezzi di carattere non autoritativo¹⁸.

Non mancano, tuttavia, spunti che avallano questa lettura: a titolo meramente esemplificativo si può richiamare l'ultimo piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza adottato dalla Regione Umbria¹⁹, nel quale si afferma – quasi che si tratti di un dato scontato – che nella determinazione «vengono esposte le motivazioni per cui l'amministrazione intende procedere tramite accordo». In questa prospettiva, che non a caso è promossa in ottemperanza ad una disciplina focalizzata sul contrasto alla corruzione (intesa peraltro in termini discutibilmente generici), la determinazione deve giustificare il ricorso ad uno strumento di azione inteso come poco “fisiologico” o comunque foriero di rischi, quello non autoritativo.

Questa idea, della determinazione intesa come sede per motivare una scelta di metodo, non convince. Certo, si potrebbe obiettare che, proprio negli ultimi anni, si stanno moltiplicando le norme che, declinando in una chiave inedita l'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti, impongono alle amministrazioni di giustificare delle scelte di tipo organizzativo in senso lato. Si pensi, ad esempio, alle previsioni che impongono di motivare la scelta della costituzione di una società pubblica in luogo del ricorso al mercato o all'autoproduzione²⁰, o ancora – nell'ambito degli acquisti pubblici – all'obbligo di motivare la scelta di non aderire ad una convenzione Consip (o di un diverso ente

¹⁸ Cfr. sul punto anche le osservazioni di A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi*, Milano 2012, 170 e 171, la quale considera criticamente l'idea che la determinazione preliminare debba esplicitare i motivi per cui si opti per il modulo consensuale, senza dir nulla dell'ipotesi contraria, la quale invece risulta, sulla base di valutazioni di tipo sistematico, bisognosa di una apposita motivazione volta a dimostrare la maggiore idoneità della opzione unilaterale.

¹⁹ Piano triennale per la prevenzione della corruzione 2020-2022, p. 187. La previsione non è stata, opportunamente, riprodotta dal successivo piano 2021-2023.

²⁰ Cfr. l'art. 5 co. 1 del d. lgs. n. 175/2016 (Testo unico sulle società pubbliche), in base al quale «Ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative, l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica (...) deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa».

aggregatore) pur capiente rispetto al fabbisogno di cui è portatore l'ente acquirente²¹.

È evidente che in questi casi la motivazione non assolve più la sua tradizionale funzione di giustificazione dell'esercizio del potere e strumento di difesa dallo stesso, ma diviene lo strumento per governare, e sostanzialmente disincentivare, scelte che, in un determinato momento storico, vengono percepite come foriere di rischi, nel caso di specie sul fronte della stabilità della finanza pubblica. Si tratta, tuttavia, di un fenomeno non accostabile a quello della determinazione pre-accordo, giacché è arduo rintracciare ragioni per intravedere nella soluzione consensuale di un procedimento, in luogo dell'alternativa unilaterale e autoritativa, un *surplus* di rischi per l'amministrazione procedente (che, semmai, potrà realisticamente vedere scongiurati i pericolosi scenari del contenzioso).

Più logica, di contro, risulta l'idea per cui, nonostante il silenzio del legislatore, la determinazione debba prefigurare scelte contenutistiche destinate a trovare coerente svolgimento e dettaglio nel successivo accordo. Questa seconda lettura, tuttavia, costringe a confrontarsi con una serie di problemi di efficacia dell'atto in questione e, conseguentemente, di impugnabilità dello stesso.

Per ragioni di chiarezza espositiva questi profili meritano di essere trattati separatamente a seconda che la prospettiva di osservazione sia quella del privato futuro "contraente" o quella del terzo.

Rispetto a quest'ultimo l'atto di determinazione ben può, ovviamente, prefigurare scelte lesive (o presunte tali) della propria sfera giuridica, facendo in modo che il terzo in questione possa assumere, quantomeno in un'accezione atecnica (stante la non attualità degli effetti della determinazione), il ruolo del controinteressato. Si dischiude quindi il tema della giustiziabilità di una simile determinazione.

²¹ Cfr. co. 510 dell'art. 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), ai sensi del quale «Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali». Sull'interpretazione, estremamente rigorosa, che la giurisprudenza offre di tale obbligo di motivazione cfr. Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2019, n. 4190. In dottrina sia consentito il rinvio a v. G. TROPEA, A. GIANNELLI, *Principio di «conservazione della gara» e tutela dell'interesse strumentale: l'ordinamento al crocevia tra due visioni della contrattualistica pubblica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, 1047 ss.

Sul punto entrano in conflitto due possibili prospettive.

La prima è quella che valorizza la *ratio* della novella del 2005, che, rievocando la teorica del doppio livello, sembrerebbe voler aprire la strada ad una tempestiva tutela impugnatoria del terzo, sulla scorta dell'idea (invero non del tutto fondata, ma sul punto cfr. *infra*) che i successivi contenuti dell'accordo sarebbero al suo cospetto intangibili, stante la regola aurea della *res inter alios acta*.

La seconda, invece, si concentra sulla non attualità degli effetti dell'atto di determinazione²², dalla quale dovrebbe derivare la non attualità della lesione ascrivibile ai contenuti dell'atto e, dunque, la non immediata impugnabilità dello stesso da parte del terzo. Alla determinazione potrebbe addirittura non seguire alcun accordo, laddove la volontà dei protagonisti della fattispecie dovesse in tal senso orientarsi, il che evidenzia le criticità sottese all'idea della immediata impugnabilità dell'atto prodromico.

Ma non è tutto. A non convincere, nella prospettiva dell'impugnabilità diretta da parte del terzo, è anche il collegamento concettuale con la regola della *res inter alios acta*.

In primo luogo il rapporto con quest'ultima è singolare: essa, ovviamente, opera nei rapporti contrattuali, ma gli interpreti ormai sanno che ad essersi affermata con netta prevalenza è la lettura dell'istituto degli accordi in chiave pubblicistica. Ma, soprattutto, non può tacersi l'interpretazione più plausibile di tale regola, che sancisce la relatività degli effetti del contratto senza implicare che, laddove un certo contratto/accordo in concreto, violando questa regola, vada ad interferire con la sfera giuridica dei terzi, questi ultimi siano privi di strumenti di reazione processuale. In sintesi: la regola esprime un principio che vincola le parti del contratto in sede di perimetrazione dei relativi effetti, ma di certo non preclude, né potrebbe farlo, la tutela di quanti si vedano ingiustamente raggiunti da effetti lesivi di pattuizioni che li vedono in condizioni di estraneità. Non si può dunque realisticamente ritenere che se il legislatore del 2005 non avesse introdotto l'atto di determinazione – ora previsto dal co. 4 *bis* dell'art. 11 della l. n. 241/90 – l'adozione di moduli consensuali avrebbe precluso ai terzi l'esercizio del diritto alla tutela, con gli evidenti annessi profili di incostituzionalità²³.

²² *Contra*: G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa*, in *Urb. app.*, 4, 2005, n. 382, il quale ritiene che il regime di impugnabilità diretta riguardi anche i protagonisti del futuro (ed eventuale) accordo.

²³ Sostanzialmente in linea con questa ricostruzione: G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, 387.

Più semplice sembra, invece, accogliere l'idea per cui i contenuti dell'accordo (ove intacchino la sfera dei terzi, violando la regola della *res inter alios acta*) possano essere censurati dal terzo senza il filtro della determinazione, dovendosi soltanto verificare l'attualità della lesione lamentata, ossia se essa debba essere ascritta direttamente ad una o più clausole dell'accordo (verso il quale il terzo dovrebbe indirizzare dunque le azioni messe a disposizione dal nostro regime di tutela, prima fra tutte quella di nullità) o ad eventuali atti attuativi dell'accordo stesso, che, laddove consistano in provvedimenti amministrativi, saranno da censurarsi, sotto il profilo della eventuale illegittimità, avvalendosi degli strumenti processuali messi a disposizione dalla sistematica classica delle azioni esperibili dinnanzi al giudice amministrativo.

Il tema delle prospettive di tutela interessa, ovviamente, anche le parti dell'accordo. Per queste ultime, così come per i terzi, ha senso chiedersi se l'introduzione dell'atto di determinazione abbia, in concreto, determinato un ampliamento delle garanzie.

Una prima ipotesi potrebbe consistere nella presenza di un atto di determinazione non seguito, in concreto, da alcuna volontà dell'amministrazione di dar corso ad un accordo. In questo caso è evidente che la presenza dell'atto preliminare possa comprovare la frustrazione dell'affidamento in capo al privato, potenziale futuro sottoscrittore dell'accordo, il che agevola (in presenza degli ulteriori presupposti di tale tipo di responsabilità) la fruizione di una tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale.

Questo scenario, tuttavia, non può essere letto come segnale di un effettivo arricchimento apportato dalla riforma del 2005 (e in particolare dall'introduzione dell'atto di determinazione) al novero delle tutele a disposizione dei cittadini coinvolti in un procedimento ad esito presumibilmente consensuale. È ovvio, infatti, che in base alle ormai pacifiche acquisizioni in termini di sottoposizione dell'attività amministrativa (sia consensuale che autoritativa) al principio di buona fede, non si sarebbe potuto comunque dubitare della configurabilità di fattispecie di responsabilità precontrattuale anche laddove, pur non prevedendo l'ordinamento l'ambiguo atto di determinazione, l'amministrazione procedente avesse dato luogo, con la propria condotta pre-negoziale, ad un legittimo (e poi frustrato) affidamento circa la conclusione di un accordo recante contenuti di interesse del privato coinvolto nel procedimento.

Meno banale, forse, può essere l'ipotesi di una determinazione che prefiguri contenuti negoziali insoddisfacenti, o addirittura lesivi per il

cittadino che sia coinvolto nel procedimento. Rispetto a questo scenario la prima osservazione da fare concerne, ancora una volta, la non attualità degli effetti della determinazione, che di per sé confligge con l'idea di una sua sottoposizione al sindacato giurisdizionale. A ciò si aggiunge un dato di empirica evidenza: il fatto che per il privato che ritenga pregiudizievoli i contenuti del futuro accordo, per come descritti nell'atto prodromico, resti impregiudicata la libertà di non sottoscrivere l'accordo medesimo.

Questo rifiuto, ovviamente, reindirizza il procedimento verso un esito unilaterale ed autoritativo. È chiaro, quindi, che la scelta di non accedere all'accordo è una scelta su cui grava una grossa ipoteca, che – tuttavia – non sembra idonea a neutralizzare il carattere autenticamente consensuale dell'accordo *in fieri*. È da diverso tempo che la sensibilità del giurista e, in definitiva, dell'uomo contemporaneo, ha abbandonato il mito del contratto come incontro di volontà libere in senso assoluto (e metagiuridico), ossia non appannate da condizionamenti e preoccupazioni sulle conseguenze, talvolta gravose, della scelta di non sottoscrivere accordi ritenuti in qualche misura insoddisfacenti rispetto alle proprie ragioni.

Se ci liberiamo dal *totem* culturale del contratto come regno di espressione di libertà “prive di ombre”, che gli stessi civilisti hanno per lo più abbandonato, forse possiamo più facilmente ammettere che il bisogno di tutela della parte coinvolta nella fattispecie consensuale riguarda soprattutto la fase di esecuzione dell'accordo²⁴, nel corso della quale, ad esempio l'amministrazione potrebbe tentare di esercitare i poteri autoritativi che istituzionalmente le competono per mettere in discussione la vincolatività dell'accordo stesso, ritenendo ad esso connaturato uno *ius variandi* fondato sul vincolo di funzione, che di per sé non svanisce nel terreno dei rapporti consensuali²⁵.

Ecco, dunque, che verso questi eventuali atti autoritativi potrà essere sollecitato il sindacato del giudice amministrativo, che dovrebbe essere adito in sede di giurisdizione esclusiva perché – a dispetto della natura non pattizia dell'atto impugnato – le censure mosse verterebbero proprio attorno al mancato rispetto del vincolo sancito dall'accordo, trattandosi,

²⁴ M. RENNA, *Regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 27.

²⁵ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 27; dello stesso Autore si veda la ricostruzione pubblicistica dell'accordo offerta in: *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 49; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 99.

in definitiva, di una situazione di illegittimità per contraddizione tra l'atto di *ius variandi* con l'atto negoziale presupposto²⁶.

Diverso, sebbene inevitabilmente collegato, è il tema della fondatezza di impugnazioni così costruite, che si collocano nel delicato crinale tra il principio del *pacta sunt servanda* (che anche in materia di accordi non può essere rinnegato) e il principio di irrinunciabilità e inesauribilità del potere. Sul punto non si può omettere il richiamo al diritto positivo, e in particolare alla norma che riconosce espressamente il diritto/potere di recesso della p.a. dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

Viene dunque da chiedersi se questa previsione non sia destinata ad interferire con il problema dello *ius variandi*, e in particolare se non si possa adottare lo schema logico secondo cui “nel più” (i.e. nel diritto di recesso, in vista della regolamentazione autoritativa della fattispecie) non stia il “meno” (ossia un generale potere di *ius variandi* vincolato solo teleologicamente al perseguimento, in chiave attualizzata, del pubblico interesse).

Questa prospettiva non è del tutto convincente.

A ben vedere, infatti, l'idea di uno *ius variandi* connaturato all'istituto dell'accordo non può trarre fondamento dalla positivizzazione dell'istituto del recesso attivo sul lato del “contraente” pubblico. I due istituti, anche se condividono l'orientamento finalistico, “funzionano” in modo troppo diverso per rappresentare l'uno il “fondamento implicito” dell'altro. È vero, infatti, che il recesso consente lo scioglimento del rapporto consensuale in vista di una regolamentazione autoritativa, ma a tale risultato si accompagna anche la liberazione del privato dagli obblighi negoziali derivanti dall'accordo. Lo *ius variandi*, di contro, postula il potere dell'amministrazione di modificare porzioni più o meno ampie del contenuto dell'accordo anche, in ipotesi, lasciando inalterata la consistenza delle obbligazioni a carico della controparte privata. Per questa ragione non convince l'idea che la positivizzazione del recesso per ragioni di pubblico interesse rechi impresso un implicito e illimitato riconoscimento del potere di *ius variandi*. Le iniziative unilaterali, intraprese dall'amministrazione in nome di quest'ultimo, potranno essere sottoposte al sindacato giurisdizionale, che dovrà valutare, oltre alla rispondenza delle stesse

²⁶ Tar Toscana, Sez. I, 26 febbraio 2020, n. 257, in cui ad essere annullata in quanto viziata da eccesso di potere è stata una variante urbanistica che, contravvenendo ad un pregresso accordo, prevedeva un parcheggio pubblico anziché il parcheggio privato originariamente pattuito nell'accordo procedimentale.

al pubblico interesse, la proporzionalità delle iniziative modificative, da intendersi come idoneità, necessarietà e adeguatezza degli scopi perseguiti (con l'atto di modifica) rispetto al *vulnus* arrecato al principio del *pacta sunt servanda* e, in concreto, alle situazioni attive rintracciabili in capo alla parte privata dell'accordo.

4. Segue: *La mancanza o l'incompletezza della determinazione*

Le considerazioni sinora svolte sul contenuto e, più in generale, sulla ragion d'essere della determinazione pre-accordo, incidono anche sulle conseguenze della sua eventuale assenza o incompletezza (difficile anche da ipotizzare, stante l'assenza di un paradigma contenutistico di riferimento).

Se si accoglie la tesi minimalista, secondo cui la determinazione esterna solo le ragioni a sostegno della scelta del modulo consensuale, l'assenza dell'atto in questione, così come l'eventuale insufficienza del suo contenuto, debbono, giocoforza, considerarsi privi di conseguenze. Non vi sono, infatti, parti lese da una simile scelta, e ciò comprova l'impossibilità di ragionare su profili di giustiziabilità dell'eventuale pretermissione di tale adempimento procedimentale.

Il discorso non muta laddove, invece, si intenda la determinazione alla stregua di una obbligatoria predeterminazione dei contenuti essenziali dell'accordo²⁷. In questa seconda ipotesi l'omissione dell'atto pro-

²⁷ Di questo avviso, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli 2016, 410, che adombra l'idea di una sorta di autovincolo, che dischiuderebbe la possibilità di sollecitare il sindacato giurisdizionale sull'accordo per ragioni di non conformità ai contenuti dell'atto di determinazione. Questa lettura conferisce una dignità all'atto di determinazione, ma sembra difficilmente armonizzabile con l'attuale assetto della tutela processuale. E, infatti, a risultare poco chiara è la legittimazione e l'interesse al ricorso di coloro che in ipotesi potrebbero censurare tale condizione di non conformità: tali presupposti di certo non sussistono in capo alle parti, che hanno espressamente aderito ai contenuti negoziali, ma neppure si rintracciano in capo ai terzi, che dagli effetti dell'accordo non dovrebbero essere raggiunti e, laddove invece in concreto lo fossero in violazione a causa dell'illegittimità dei contenuti medesimi, avrebbero a loro disposizione gli ordinari strumenti di tutela, senza alcun *surplus* di giustiziabilità assicurato dalla prospettata sindacabilità della violazione di un presunto auto-vincolo. La tesi della determinazione come auto-vincolo funzionale all'ampliamento degli spazi di sindacabilità dell'accordo si comprende, invece, in un contesto di giurisdizione oggettiva, che – come di seguito si avrà modo di esplicitare – è anche quello in cui maggiormente si spiegherebbe la regola della necessaria motivazione dell'accordo.

dromico non esprime effetti di alcun tipo né sulla sfera giuridica del futuro sottoscrittore privato (in capo al quale resterà invariata la libertà di sottrarsi alla stipula) né su quella dei terzi, rispetto ai quali – come si è visto – l’atto endoprocedimentale non esprime alcun effetto, se non quello di una sorta di “messa in allarme” sui contenuti del futuro accordo (i quali potranno essere contestati tanto con l’azione di nullità quanto, in caso di provvedimenti attuativi forieri di illegittime lesioni, mediante ordinarie azioni di annullamento).

In parole povere, l’inutilità di questo atto pre-accordo si riverbera nell’assenza di conseguenze in caso di mancata osservanza dell’obbligo di emanare l’atto in questione.

Questa conclusione non trova, tuttavia, unanime riscontro nella prassi. Si legge, ad esempio, nel piano anticorruzione approvato del 2020 dalla Regione Umbria, che «la mancanza o l’invalidità²⁸ della determinazione preliminare determina l’annullabilità dell’accordo» (p. 187). Al netto di ogni valutazione sull’inadeguatezza della sede scelta per formulare regole in tema di validità o invalidità di atti giuridici, una simile posizione risulta a dir poco sorprendente, soprattutto se si immagina una sua progressiva diffusione in giurisprudenza.

Il primo pensiero che sorge, a fronte di una simile affermazione, riguarda la dissonanza rispetto alla norma dedicata alla non annullabilità dei provvedimenti interessati dai cd. vizi formali o procedurali, ossia l’art. 21 *octies* della legge generale sul procedimento amministrativo.

La pretermissione della determinazione pre-accordo è, senza dubbio, un vizio procedimentale, in quanto tale privo dell’attitudine a incidere sulla validità del successivo accordo. Ogni diverso avviso è privo di verosimiglianza e di coerenza sistematica. Basti, sul punto, riflettere sul fatto che la norma sull’irrilevanza (ai fini della validità del provvedimento) dei vizi procedurali è stata concepita con riguardo all’ipotesi in cui il destinatario del provvedimento si affermi leso dal provvedimento medesimo, al punto da tentare di ottenerne la privazione degli effetti facendo leva anche sull’omissione di passaggi procedurali comunque intrinsecamente privi di impatto sul contenuto del provvedimento della cui potenziale impugnazione si dibatte. Nel caso di specie, invece, la sottoscrizione

²⁸ Neppure chiaro, del resto, risulta il paradigma in funzione del quale tale invalidità andrebbe riscontrata. L’unica norma certa, relativa a tale atto di determinazione, attiene al soggetto competente alla sua adozione. Nulla, invece, viene prescritto sul contenuto minimo dell’atto in questione, il che si riflette nella impossibilità di ipotizzare i vizi che in concreto ad esso possano essere adottati.

dell'accordo, determinando una palese situazione di acquiescenza, preclude alla parte privata di affermarsi insoddisfatta dei relativi contenuti, e dunque della legittimazione ad impugnarne vizi di contenuto e, per quanto qui rileva, soprattutto di procedura.

La conclusione non muta con riferimento ai terzi, che dall'assenza della determinazione non ritraggono alcuna lesione, neppure quella – invocata a giustificazione dell'introduzione di questo pletorico passaggio procedurale – della contrazione del proprio diritto di difesa rispetto ai contenuti dell'accordo che li vedeva esclusi. Ciò per le anzidette ragioni, inerenti al fatto che la regola della *res inter alios acta* non può essere applicata in modo abnorme e distorto, ossia come alibi per paralizzare il diritto di tutela di chi sia stato leso proprio da accordi che, in violazione della suddetta regola, arrechino loro un concreto pregiudizio.

Anche esaminando le conseguenze della violazione dell'obbligo di far precedere l'accordo dall'atto di determinazione emerge con immediata evidenza l'assoluta inutilità dello stesso. In questo contesto stupisce come le più recenti iniziative dedicate alla semplificazione dell'azione amministrativa – si veda il d.l. n. 76/2020 – non abbiano preso in considerazione l'idea dell'eliminazione di un simile orpello procedimentale, del quale peraltro non vi è traccia neppure nel contenzioso (a riprova della sua inattitudine a rappresentare l'indispensabile strumento di giustiziabilità a disposizione dei terzi in caso di esito consensuale del procedimento amministrativo).

5. *La motivazione dell'accordo*

Tra le innovazioni che hanno interessato la disciplina degli accordi, negli anni successivi al 1990, deve essere ricordata anche l'introduzione dell'obbligo di corredare gli accordi medesimi della motivazione.

Il primo dato significativo risiede nella connotazione della legge di riforma che ha introdotto tale obbligo: si tratta, infatti, della cd. legge anticorruzione, ossia la l. n. 190/2012.

Non è una circostanza trascurabile. In essa si coglie senza particolari difficoltà l'ispirazione della regola della motivazione destinata non tanto ad assicurare protezione alle situazioni giuridiche dei soggetti a vario titolo raggiunti dagli effetti delle statuizioni degli accordi (i partecipanti agli accordi stessi o i terzi) quanto a perseguire l'utopia, che invero ormai suscita crescenti sentimenti di disincanto (se non addirittura di preoc-

cupazione), del controllo diffuso sull'azione amministrativa²⁹, dal quale ci si aspetta(va) la capacità di attivare leve di contrasto a quella che, nel linguaggio ricorrente nella disciplina anticorruzione di rango sub-legislativo, viene genericamente chiamata *maladministration*³⁰.

L'idea, dunque, è quella di una motivazione che sfugge alle tradizionali impostazioni teleologiche orientati in termini di garanzia, per approdare ai lidi della funzione di controllo, in modo sostanzialmente speculare a quanto avvenuto per il diritto di accesso e per la trasparenza in generale.

La motivazione dell'accordo sarebbe priva di senso se non si inserisse in un ordinamento in cui si è affermato l'accesso civico. L'interesse alla conoscenza della motivazione non concerne, infatti, i soggetti su cui l'accordo esprime i suoi effetti, ossia le parti, ma i terzi e dunque, in definitiva, il *quisque de populo*.

Accettata questa, pur discutibile, torsione finalistica, occorre allora interrogarsi sull'oggetto esatto del controllo che, per il tramite della motivazione, il cittadino "qualsiasi" possa essere in grado di compiere.

Si tratta cioè di capire se l'intenzione dell'ordinamento è sollecitare un controllo di metodo o, piuttosto, un controllo sui contenuti. Nel primo caso la perplessità che riemerge è quella già a più riprese esplicitata: la praticabilità dei percorsi di azione consensuali, specie dopo l'entrata in vigore del co. 1 *bis* dell'art. 1 della l. n. 241/90, dovrebbe rappresentare un dato acquisito, rispetto al quale non dovrebbe sopravvivere la logica "giustificazionista" che, senza troppa fatica, si intravede dietro l'obbligo di motivazione.

Se, invece, a dover essere motivati sono i contenuti dell'accordo, il

²⁹ Si consideri l'impostazione già problematica di A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 269 ss.

³⁰ La nozione di *maladministration* è di dubbia pregnanza giuridica. Essa è stata veicolata da Anac nei suoi piani nazionali anticorruzione, in cui si afferma che la natura del fenomeno corruttivo che l'Autorità è deputata a contrastare è «non solo più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, ma coincidente con la "maladministration", intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse» (Agg. PNA 2015; i successivi piani ripeto sostanzialmente la stessa, vaga, definizione).

dubbio riguarda l'utilità di tale motivazione, i cui destinatari non sono in grado di sollecitare il sindacato giurisdizionale sui contenuti medesimi, non patendone gli effetti, né di pretendere alcun intervento in autotutela.

Ma qui il discorso rischia di avvatarsi su se stesso: la logica del controllo diffuso, cui si ispira la legge anticorruzione del 2012, postula proprio, da un punto di vista concettuale, il superamento del diaframma tra i titolari di un interesse giuridicamente rilevante e i titolari di interessi di mero fatto. Il che, nel lungo periodo, non potrà che indurre ad un ripensamento (purtroppo o per fortuna, a seconda dei punti di vista) sul nostro modello processuale, che difficilmente potrà restare fedele al modello del processo soggettivo di parti in un contesto di ordinamento sostanziale che professa l'idea del controllo diffuso sull'azione amministrativa.

L'incoerenza tra le due logiche, quella che si è affermata con l'avvento dell'accesso civico generalizzato e dei suoi risvolti (tra cui la motivazione degli accordi) e quella, ancora professata come prevalente, della tutela soggettiva, sono destinate ad entrare in rotta di collisione, poiché in definitiva si smentiscono o, quantomeno, si indeboliscono a vicenda.

6. La nuova declinazione "doverosa" degli accordi

Le osservazioni sinora svolte hanno messo in luce un duplice dato.

Il primo è di natura empirica, e consiste nello scarso successo dell'istituto degli accordi, se non nelle forme cristallizzate dalla legislazione di settore, che sembra essersi sviluppata in autonomia rispetto al modello dell'art. 11, che non ha quindi rappresentato lo strumento idoneo a sperimentare soluzioni consensuali prive di puntuali ed esplicite premesse legislative.

Il secondo elemento, che in parte spiega il primo, concerne le scelte normative che hanno impresso al modello di cui all'art. 11 una connotazione intrinsecamente ambigua, a cui si abbina una tangibile diffidenza manifestata dallo stesso legislatore, nella misura in cui ha previsto l'obbligo di motivazione degli accordi e ha sottoposto gli stessi al controllo diffuso che, in conseguenza del regime di pubblicazione obbligatoria sancito dalla disciplina anticorruzione, può essere esercitato anche sugli accordi dal *quisque de populo*.

Rispetto a questo scenario occorre dar conto di un fenomeno che rappresenta il frutto di quanto sinora si è detto: la valorizzazione del modello atipico di cui all'art. 11 in chiave sostanzialmente transattiva, alla quale la

giurisprudenza attribuisce anche connotati di doverosità. La atipicità del modello di cui all'art. 11, se da un lato non è stata colta come opportunità per sperimentare l'adozione in forma consensuale di decisioni estranee alla tassonomia dei provvedimenti amministrativi, dall'altro comincia a trovare crescenti spazi di applicazione sul delicato terreno del bilanciamento tra i contrapposti interessi del ripristino della legalità violata e la salvaguardia delle situazioni di affidamento.

Come noto, tra i temi maggiormente presenti nel dibattito contemporaneo vi è quello delle tecniche di tutela delle situazioni di affidamento³¹.

I segnali di questa attenzione sono molteplici, e si registrano su diversi fronti.

In questo solco si collocano, ad esempio, le recenti riforme che hanno previsto specifici limiti temporali per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio relativo a pregressi provvedimenti ampliativi, condannando all'illegittimità i provvedimenti di annullamento successivi alla scadenza del termine di diciotto mesi legislativamente previsto. Nessuna norma analoga, tuttavia, è stata prevista per l'esercizio del potere di revoca, rispetto al quale – come noto – non sussiste il vincolo rappresentato dalla necessaria (sebbene non sufficiente) condizione di illegittimità del provvedimento revocato³².

³¹ Senza pretese di esaustività si veda, sul tema: A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 121 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018; ID., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Napoli 1999, 4; R. CARANTA, *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 417; MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; MANGANARO, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995.

³² La giurisprudenza, peraltro, non esclude categoricamente l'incidenza dei profili temporali sul paradigma di validità del provvedimento di revoca, sebbene in concreto tenda a riqualificare strumentalmente il provvedimento oggetto di impugnazione in termini di annullamento di ufficio, per poter applicare il limite temporale dei diciotto mesi espressamente previsto dall'art. 21 *nonies*. Paradigmatica in questo senso: Tar Veneto, Sez. III, 28 ottobre 2019, n. 1160, nella quale viene riqualificato come annullamento d'ufficio (per poterne poi riscontrare l'illegittimità in ragione dell'esercizio tardivo, i.e. successivo al limite dei diciotto mesi) un provvedimento di ritiro motivato dalla sopravvenuta perdita, in capo al cittadino beneficiario di determinati finanziamenti, dei necessari presupposti per il godimento degli stessi: «è illegittima, per lesione del legittimo affidamento nutrito sul regolare esito della procedura valutativa, la revoca (*recte*: l'annullamento) di un finanziamento avvenuta a distanza di un lungo lasso di tempo: il principio della tutela del legittimo affidamento nell'operato della Pubblica Amministrazione – cui

Analogamente può essere richiamato il dibattito sulla legittimità costituzionale delle recenti norme che hanno drasticamente ridimensionato gli incentivi fino a quel momento periodicamente riconosciuti per favorire l'uso delle fonti di energia rinnovabili. In questo caso la Consulta³³ ha fatto salva la legittimità delle norme in questione³⁴, ponendo a fondamento della propria decisione il carattere politico della scelta “incriminata” e l'insopprimibile ambito di libertà del legislatore nel valutare, in coerenza con le contingenze economiche delle varie fasi storiche, la destinazione delle risorse pubbliche. Questa pronuncia ha suscitato molte polemiche: la dottrina si è infatti dimostrata preoccupata delle ripercussioni negative che essa potrebbe determinare sul fronte della tutela del legittimo affidamento serbato dai cittadini sulla stabilità di precedenti provvedimenti favorevoli.

In questo contesto, di delicata ricerca dell'equilibrio tra le ragioni della tutela dell'affidamento dei privati e quelle che, invece, militano in favore della sopravvivenza (anche nel lungo periodo) del potere delle amministrazioni di conformare le fattispecie agli standard di legittimità ed opportunità dell'azione amministrativa, le posizioni emerse nel dibattito sembrano essenzialmente tre.

Le prime due sono quelle su cui sembra essersi maggiormente concentrata l'attenzione degli interpreti. Si tratta, rispettivamente, della tesi che “internalizza” il fattore temporale nel metaforico perimetro della validità/invalidità del provvedimento che frustra l'affidamento³⁵ e della tesi

è stato dato un ruolo centrale in ambito europeo – in ambito nazionale, trovando origine nei principi affermati dagli artt. 3 e 97 Cost., è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto nelle sue diverse articolazioni, limitandone l'attività legislativa ed amministrativa. (...)». Al di là della discutibile riqualificazione della revoca in annullamento è interessante considerare le affermazioni di tenore generale contenute nella sentenza in questione, che – richiamando gli articoli 3 e 97 della Costituzione – sembrano indicare la via della loro valorizzazione, in termini precettivi, nell'ambito del sindacato sulla validità degli atti, oltre che come risvolto dei principi di buona fede vigenti in materia di comportamenti.

³³ Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16.

³⁴ Cfr. art. 26, co. 2 e 3 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 116 (noto come decreto “spalma incentivi”).

³⁵ Molto spesso l'“internalizzazione” del problema della frustrazione dell'affidamento si traduce in pronunce che dichiarano l'invalidità dell'atto non tempestivo in ragione della riscontrata inadeguatezza della motivazione addotta a sostegno dell'atto medesimo. Sul punto cfr. Tar Campania, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 3552, «il Comune, per superare le smagliature della contraddittoria azione amministrativa posta in essere, avrebbe dovuto fornire una adeguata motivazione su quello che era il concreto e attuale interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi, comparandolo con l'interesse oppositivo del privato a conservare l'integrità dell'assetto». Analogamente, sempre sulla motivazione, Tar Campa-

che, invece, colloca il problema temporale in una diversa area della mera ristorabilità dell'affidamento medesimo (laddove, ovviamente, il provvedimento in questione sia, benché intempestivo, immune da specifici vizi di legittimità).

La seconda tesi è maggiormente rappresentata in dottrina e in giurisprudenza, ma al suo interno risulta poco compatta sotto molteplici profili, tra cui soprattutto l'individuazione della giurisdizione chiamata a ristorare per equivalente la lesione derivante dalla "tempistica" dell'azione amministrativa e la natura risarcitoria o indennitaria³⁶ del ristoro fruibile da una (in tesi) legittima lesione dell'affidamento.

Oltre a questi due approcci si sta recentemente affermando una terza prospettiva, che nei suoi esiti risulta più prossima al primo dei suddetti approcci, pur distinguendosi da esso per il percorso argomentativo proposto. Si tratta della tesi secondo cui i provvedimenti che frustrano

nia Sez. II, 8 luglio 2020, n. 2922. Prima della norma sui 18 mesi, in tema di annullamento d'ufficio si veda: Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 1089, con nota di E. ZAMPETTI, *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio*, ivi, 2018, 404. In questo senso, anche se non espressamente, anche il Consiglio di Stato, secondo cui la tutela dell'affidamento «consente la deroga alla regola di diritto positivo (nel nostro caso, l'obbligo di ordinare allo Stato erogatore di recuperare un aiuto illegale e incompatibile) qualora una sua applicazione produca conseguenze irragionevoli a causa di un comportamento tenuto dall'autorità comunitaria in un determinato caso di specie» (Cons. St., Sez. V, 10 giugno 2015, n. 2847). I poteri vincolati, ad esempio quelli di demolizione, sembrerebbero dunque non legittimamente esercitabili laddove contrastanti con l'affidamento legittimamente consolidatosi in capo ai privati. Il che si traduce, a ben vedere, nella perdita dell'attributo della vincolatezza.

³⁶ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 2/2018. Più in generale nel senso della esistenza di un principio indennitario generale, anche in assenza di una norma puntuale G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 203; E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli 2012; *contra*: G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003, 123; ID., *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, 171; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 861. Sempre sulla tipicità delle fattispecie indennitarie ma in termini critici: A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, 48; ID., *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 2013, 7, 1688. Tra i civilisti si esprime nel senso della atipicità del ristoro indennitario: M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano 2007, 172, il quale per l'appunto sostiene che le fattispecie indennitarie previste dalla legislazione siano «tipizzazioni di un fenomeno la cui applicazione è più vasta di quella prevista normativamente. Si v. sul tema anche A. GIANNELLI, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova "rete di contenimento"?*, in *Questa Rivista*, 2020, 509 ss.

situazioni di affidamento consolidate nel tempo sarebbero illegittimi laddove non preceduti dal tentativo, promosso dalla p.a., di risolvere la frizione tra legalità e stabilità delle situazioni giuridiche mediante la conclusione di accordi *ex art. 11*³⁷.

L'ambito in cui questa prospettiva ha trovato applicazione è quello della repressione degli abusi edilizi, obiettivo in funzione del quale l'amministrazione risulta titolare di poteri vincolati (*in primis* l'ordine di demolizione), i cui ambiti di esercizio devono, per l'appunto, misurarsi con la tutela del legittimo affidamento, il cui crescente rilievo è frutto dell'attenzione ad esso tradizionalmente riservata dal diritto europeo. Il punto di equilibrio tra queste spinte contrastanti viene individuato, come si è detto, nel tentativo di mitigare l'impatto del non tempestivo intervento di ripristino mediante l'instaurazione di una interlocuzione con il privato volta a concertare un assetto di interessi idoneo a contemperare le esigenze di legalità con quelle di tutela dell'affidamento. In quest'ottica anche la prassi offre un ampio campionario di esempi: si pensi, tra i tanti, all'accordo con cui un Comune, dopo aver ammesso di non essere intervenuto per decenni su un sopralco abusivo realizzato all'interno di un locale commerciale, si accorda con i titolari dello stesso affinché questi ultimi si impegnino, ad esempio, a realizzare opere idonee ad impedire

³⁷ Tar Toscana, Sez. III, 28 febbraio 2017, n. 312, in cui si afferma che «Il fine di contemperare l'interesse pubblico al ripristino del regolare assetto territoriale con l'affidamento suscitato dal comportamento della p.a. ben può essere perseguito con strumenti che consentano al privato di organizzare diversamente la propria attività con un graduale recupero degli investimenti effettuati. Ciò può avvenire attraverso la stipulazione di accordi *ex art. 11* della legge sul procedimento che prevedano un impegno dell'interessato a rimuovere spontaneamente le opere abusive entro un certo termine previa concessione di altri spazi e/o di un congruo lasso temporale che possa consentirgli di recuperare gli investimenti effettuati in buona fede (con evidente vantaggio anche per la p.a. che eviterebbe così il rischio di subire azioni risarcitorie). Rispetto a tale strada l'esercizio del potere sanzionatorio unilaterale costituisce una *extrema ratio* a cui ricorrere solo nel caso in cui non sia stato possibile realizzare per le vie sopra indicate un equo contemperamento dei reciproci interessi». In generale, sul fatto che la conclusione di accordi *ex art. 11* sia possibile anche come alternativa all'esercizio di poteri vincolati, come quelli di ripristino o addirittura sanzionatori, si veda P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento*, Milano, 2015, 225 e dottrina ivi richiamata. Anche laddove le pronunce si limitino a parlare di *possibilità* di ricorrere allo strumento consensuale in luogo di quello unilaterale a carattere punitivo o ripristinatorio (senza spingersi, come fa il Tar Firenze nella sentenza sopra richiamata, a connotare in termini di doverosità il tentativo di accordo *ex art. 11*) si profila una conseguenza non trascurabile: la necessità, in sede di motivazione del provvedimento unilaterale, di rendere puntualmente conto, in coerenza con il principio di proporzionalità e di tutela dell'affidamento, delle ragioni che hanno in concreto indotto a preferire il modulo d'azione di tipo autoritativo.

l'accesso della clientela al soppalco medesimo ottenendo, come contropartita, la rinuncia del Comune ad imporre la rimozione del soppalco.

La casistica è variegata e non può certo in questa sede essere compiutamente esaminata.

Il dato che, tuttavia, emerge sia dall'analisi della prassi che della giurisprudenza concerne il tratto di doverosità che connota, in questa prospettiva, il ricorso allo strumento consensuale, declinato in chiave transattiva.

Questa doverosità si ripercuote su due fronti: quello relativo alla motivazione dell'accordo transattivo e, per converso, quello delle conseguenze in termini di invalidità del provvedimento dell'eventuale pretermissione del tentativo di accordo.

I due profili sono tra loro interconnessi: se si accede all'idea per cui l'accordo (*rectius* il tentativo di accordo) sia una sorta di passaggio obbligato per poter legittimamente intervenire a discapito di situazioni di affidamento ecco che la motivazione dell'accordo acquisisce un peculiare spessore o, per meglio dire, una rinnovata ragion d'essere. È chiaro, infatti, che accedendo alla prospettiva in esame la motivazione dell'accordo diviene la sede in cui dar conto analiticamente della consistenza delle posizioni di legittimo affidamento, la cui tutela per l'appunto renderebbe indispensabile tentare di contemperare gli interessi coinvolti nella fattispecie mediante una soluzione consensualmente elaborata. Non è questa, probabilmente, la ragione che nel 2012 ha indotto il legislatore della legge anticorruzione a introdurre l'obbligo di motivazione degli accordi. Ma, con una sana dose di realismo, occorre anche ammettere che questo non sarebbe certo il primo caso di eterogenesi dei fini cui negli ultimi anni i giuspubblicisti hanno assistito.

Il secondo profilo sopra evocato attiene alla affermata invalidità del provvedimento lesivo dell'affidamento non preceduto da alcun tentativo di accordo. È senza dubbio questo l'approdo più interessante (e opinabile) della recente giurisprudenza in tema di accordi. La prima sensazione che questa tesi suscita è quella di una sorta di ridimensionamento dell'accordo (*rectius* del tentativo di raggiungere un accordo) ad una sorta di passaggio procedimentale necessario a garantire la legittimità del provvedimento lesivo dell'affidamento (e, probabilmente, idoneo a far tramontare le prospettive di ristorabilità per il privato destinatario del provvedimento intempestivo).

La visione più corretta, tuttavia, sembra quella opposta: se il tentativo di accordo diviene condizione di validità del successivo provvedimento, i rapporti di forza tra consensualità e imperatività si ridefiniscono a van-

taggio della prima modalità di svolgimento dell'azione amministrativa³⁸. La tesi che tutela l'affidamento condizionando la legittimità dell'atto lesivo al previo esperimento di un tentativo di accordo sembra, in definitiva, sancire la preferenza dell'ordinamento verso strumenti consensuali, come previsto dall'art. 1 co. 1 *bis*, cui forse troppo frettolosamente si è riconosciuto il valore di mera norma "manifesto".

La tesi del (tentativo di ...) accordo quale condizione necessaria per la validità di un successivo atto lesivo dell'affidamento non è, comunque, priva di insidie, sulle quali gli interpreti dovranno fornire un apporto, pena l'impraticabilità di un simile percorso ermeneutico.

È chiaro, infatti, che nel contesto sinora descritto la fisionomia dell'accordo "anti-provvedimento lesivo dell'affidamento" rappresenta una sorta di *tertium genus* rispetto agli accordi endoprocedimentali e agli accordi sostitutivi "comuni". La distanza dai primi è del tutto auto-evidente, mentre quella che riguarda gli accordi sostitutivi "tradizionalmente intesi" risiede nella doverosità "temperata", ossia declinata come doverosità del *tentativo* di conclusione degli accordi.

In secondo luogo, vanno seriamente considerati, nell'ottica della invalidità dell'atto lesivo dell'affidamento per "mancato tentativo di accordo", i profili inerenti ai confini della giurisdizione, ed in particolare il tema del rispetto del divieto di pronunciarsi sui poteri non ancora esercitati, sancito dall'art. 34 co. 2 del c.p.a. È chiaro che la lettera dell'articolo appena menzionato non chiama direttamente in causa l'inedita categoria degli "accordi doverosi a pena di invalidità dell'atto": la norma parla di poteri non *ancora* esercitati, mentre nelle fattispecie in analisi vengono in rilievo i poteri esercitati *in assenza* del tentativo di bilanciare gli interessi in gioco mediante strumenti consensuali. Ma l'art. 34, co. 2, c.p.a. merita di essere preso in esame anche, e soprattutto, per il significato di fondo di cui è portatore, ossia l'idea che il processo non possa diventare una sorta di appendice del procedimento o, per usare un'altra terminologia, una camera di compensazione delle omissioni procedurali consumatesi prima dell'emanazione del provvedimento impugnato.

In concreto: il dubbio che si profila è una pronuncia di invalidità

³⁸ Nell'ambito dell'analisi della più tradizionale fattispecie degli accordi endoprocedimentali, puntualizza la primazia dell'accordo, quale vero atto fonte degli effetti giuridici B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo ed attività pattizia*, cit., 121, nonché g. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino 2001, 103. La stessa idea era stata propugnata, prima della positivizzazione dell'istituto degli accordi da parte della l. n. 241/90, da F. PUGLIESE, *Il procedimento tra autorità e "contrattazione"*, cit., 1503.

di un atto lesivo dell'affidamento motivata dal mancato previo tentativo di raggiungere un accordo *ex art. 11* rappresenti un'ipotesi di "cattura" del procedimento da parte del processo, ascrivibile al fenomeno di "procedimentalizzazione del processo"³⁹ che l'art. 34, co. 2, c.p.a. mira ad impedire. Vero è che questo fenomeno, a dispetto del citato art. 34, nei fatti è già ampiamente presente nel sistema: ne sono testimonianza le ordinanze cautelari propulsive (le quali, tuttavia, presuppongono pur sempre una prosecuzione dell'attività procedimentale) e la ormai nota giurisprudenza Cedu in tema di sanzioni, che declina la nozione di giusto processo in chiave dichiaratamente "compensatoria" rispetto alle omissioni consumatesi nel contesto procedimentale. Ciò non toglie, tuttavia, che a rispetto a questa visione del processo come surrogato del procedimento si possano nutrire delle legittime riserve⁴⁰.

Inoltre, non va sottovalutata la difficoltà che, al fondo, si riscontra nel coniugare consensualità e doverosità. In concreto, infatti, sembra difficile discernere sui limiti del dovere di tentare la strada della soluzione consensuale del problema della potenziale lesione dell'affidamento: si tratta, cioè, di scegliere se accontentarsi del mero tentativo della p.a. di accordarsi/transigere (con il rischio, evidente, di rendere meramente formalistica la fase della ricerca dell'accordo) o addentrarsi nel più arduo terreno della valutazione della serietà del tentativo, il che però implica, da parte del giudice amministrativo, l'esercizio di un sindacato che sconfini nella giurisdizione di merito.

La prospettiva della doverosità, quale attributo degli accordi, non è sfruttata soltanto quale percorso per offrire una tutela costitutiva alla lesione dell'affidamento. Un ulteriore terreno in cui essa viene sperimentata è quello relativo alla attuazione del giudicato. Recentemente l'Adunanza Plenaria⁴¹ ha, infatti, affermato che «il rimedio del ricorso d'ottem-

³⁹ Si realizza, per questa via, una sorta di nemesi della giurisdizionalizzazione del procedimento, su cui è d'obbligo il rinvio a M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la p.a. (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 252 ss. Recentemente sull'art. 34, co. 2, c.p.a. cfr. A. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94.

⁴⁰ F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, *ivi*, 2014, 3. Su questi temi si veda altresì: M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2012 e la giurisprudenza *ivi* richiamata.

⁴¹ Ad. Plen., 4 dicembre 2020, n. 24.

peranza va visto come *extrema ratio* per ottenere in sede di giurisdizione di merito l'esecuzione del giudicato, qualora in sede amministrativa non vi sia stata una definizione della questione conforme al giudicato stesso, a seguito dei contatti eventualmente intercorsi tra le parti. Tali contatti vanno considerati di per sé consentiti dal sistema e, in particolare, dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990, il quale va interpretato nel senso che ben può essere concluso un accordo di natura transattiva, volto a definire una volta per tutte la controversia».

Vero è che la sentenza parla di accordi *consentiti*, e che nella più ampia architettura della pronuncia la sollecitazione posta in essere dal privato rispetto alla conclusione di accordi transattivi viene considerata come elemento idoneo all'interruzione della prescrizione dell'*actio iudicati*, e dunque in un'ottica favorevole alla soddisfazione delle ragioni del privato.

È altrettanto vero, però, che l'affermazione che connota l'ottemperanza come *extrema ratio* si presta a molteplici interpretazioni, e financo a prevedibili strumentalizzazioni. Essa, infatti, se decontestualizzata dal contesto argomentativo in cui si colloca rischia di assegnare alla parte vittoriosa in sede di giudizio di cognizione un imprecisato dovere di esperire ogni tentativo volto ad ottenere in via stragiudiziale la soddisfazione, almeno parziale, delle proprie ragioni. La conclusione del giudizio di cognizione dischiude, dunque, una fase post-giudicato in cui i doveri conformativi sembrano comprendere anche, sul fronte del privato vincitore, il tentativo di ottenere in via transattiva (e quindi necessariamente "diminuita") le utilità che, secondo i noti insegnamenti chiovendiani, il giudicato stesso dovrebbe assicurarli in misura pienamente corrispondente al contenuto delle domande accolte. La declinazione doverosa dell'accordo transattivo rischia entrare in frizione con il principio di effettività della tutela giurisdizionale: si assiste così ad una torsione finalistica dello strumento consensuale, il quale anziché fungere da vettore di pariteticità nei rapporti tra amministrazione e privato⁴² può compromettere anche l'efficacia della tutela avverso l'illegittimo esercizio del potere.

7. Conclusioni

Lo studio dell'istituto degli accordi, e soprattutto della sua concreta

⁴² G. PASTORI, *La procedura amministrativa. Introduzione generale* (1964), ora in *Scritti scelti*, Napoli 2010, I, 81; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

applicazione, consegna all'interprete poche certezze. Non è questo, tuttavia, il dato che allarma: la stessa conclusione si attaglia, del resto, a molti e ben più vitali istituti. Il punto dolente risiede altrove e segnatamente nella ormai cronica sottovalutazione delle potenzialità degli accordi *ex art. 11*, la quale – come si è visto – recentemente ha lasciato spazio ad una discutibile linea interpretativa che trasfigura in chiave doverosa lo strumento consensuale, facendogli perdere la più consona connotazione in termini di *opportunità*. Il che è, evidentemente, paradossale e antistorico: gli accordi atipici (ossia non ascrivibili ad alcun modello settoriale) non hanno avuto un grande seguito nella prassi ma, soprattutto in termini propulsivi, ossia come strumento per l'effettivo invero di una logica di collaborazione nell'esercizio della funzione amministrativa. A dispetto di ciò la giurisprudenza contemporanea propone una declinazione addirittura doverosa degli accordi la quale, tuttavia, non è autenticamente volta a promuovere la cultura della consensualità, quanto piuttosto a sfruttare l'art. 11 come espediente per mitigare l'impatto di condotte amministrative discutibili, come la non tempestiva attivazione di poteri di ripristino o, addirittura, la mancata conformazione volontaria agli obblighi imposti dal giudicato. Per questa via, dunque, la funzione che il legislatore del 1990 aveva inteso affidare all'istituto degli accordi amministrativi risulta non solo definitivamente riscritta, ma addirittura tradita. La doverosità dell'accordo, o anche solo del tentativo di promuovere lo stesso, oltre a smentire l'autentica consensualità dell'accordo stesso, determina un arretramento delle garanzie di cui il privato gode al cospetto dell'amministrazione. L'esempio plastico di quanto si è appena detto è offerto proprio dagli accordi volti a tutelare il legittimo affidamento: vero è che la giurisprudenza pone il dovere in questione in capo alla p.a., ma è altrettanto vero che, di fatto, la connotazione doverosa impressa dalla giurisprudenza rischia di comprimere, se non addirittura di neutralizzare, le pretese risarcitorie in concreto attivabili dal privato che a tale accordo "doveroso" decida di non aderire. Il principio dell'art. 1227 c.c., in combinazione con la cultura dell'accordo doveroso (sia pure *ex latere publico*), rappresentano un pericoloso meccanismo mediante il quale gli auspicati obiettivi di valorizzazione della consensualità rischiano di essere definitivamente rinnegati. Il tutto in drastica disarmonia con l'idea della fungibilità tra percorso consensuale e percorso autoritativo, che non consente di interpretare il primo dei due percorsi come espediente per mitigare le conseguenze negative che la p.a. potrebbe scontare per il cattivo (o l'omesso) esercizio dei propri poteri autoritativi.

ATTUALITÀ

Il ruolo del rinvio pregiudiziale nella costruzione costituzionale europea: recenti tendenze nel dialogo orizzontale e verticale fra le Corti

Valentina Capuozzo

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. L’ordinanza n. 19598/2020 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite come tappa di un *iter* complesso. – 3. Il rinvio pregiudiziale nel mare della “*third wave*”. – 4. Alla ricerca di un punto di equilibrio: le tendenze della giurisprudenza italiana. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Notazioni introduttive.* – Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l’ordinanza n. 19598 del 18 settembre 2020, hanno sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sull’articolo 111, comma 8, della Costituzione per come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2018. Tra gli altri profili affrontati, ciò che qui più interessa è il rilievo secondo il quale si tratta del primo utilizzo dello strumento *ex art.* 267 TFUE con riferimento alla Carta costituzionale italiana, e rimarchevole appare la circostanza che il dubbio di compatibilità col diritto europeo attiene all’interpretazione data alla disposizione dalla Corte costituzionale.

Come emerge dall’esame delle tappe giurisprudenziali precedenti e dalla lettura della stessa ordinanza, invero, l’intenzione della Corte di legittimità pare essere stata quella di servirsi del rinvio pregiudiziale per rimettere in discussione nella sede europea un suo orientamento giurisprudenziale respinto con decisione dal giudice delle leggi. Una scelta cui ha fatto da eco l’ordinanza con la quale il Consiglio di Stato – come si vedrà – ha utilizzato il rinvio pregiudiziale per ‘partecipare’ a questa discussione, trasmettendo alla Corte di giustizia una prospettiva di interpretazione alternativa rispetto a quella della Cassazione¹.

Obiettivo dell’analisi è interrogarsi su questo peculiare utilizzo «di contrasto» che le Sezioni Unite hanno fatto di uno strumento invece concepito – com’è noto – con finalità collaborative e di supporto, per assicurare l’uniformità

* Questo lavoro riprende, con modifiche e integrazioni, la relazione presentata al Convegno webinar “Europa, società aperta” in occasione della V edizione del Seminario Italo-Spagnolo di studi costituzionali, tenutosi presso l’Università degli Studi di Milano i giorni 14 e 15 dicembre 2020.

¹ Consiglio di Stato, Sez. Sesta, ordinanza n. 2327 del 18 marzo 2021.

dell'interpretazione del diritto europeo². La questione di fondo dell'indagine, dunque, riguarda il significato attuale del rinvio pregiudiziale per la costruzione costituzionale europea *in fieri* e mira ad approfondire le modalità di impiego, tra i diversi livelli di giurisdizione, di quel *dialogo da giudice a giudice* progressivamente divenuto “canale di esportazione di principi costituzionali”³ degli Stati membri in sede europea, decisivo nel processo circolare di armonizzazione dei diritti compiuto dalla Corte di Giustizia⁴.

L'approccio metodologico, che predilige il punto di vista della Corte costituzionale italiana, sceglie di studiare l'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite collocandola entro uno sfondo più ampio, costruito articolando l'analisi in tre parti. La prima è dedicata alla vicenda sottesa al rinvio, di particolare interesse per fissare la prospettiva, dato il suo collocarsi a metà fra dialogo verticale con la Corte di Giustizia e orizzontale tra giurisdizioni nazionali (§ 2). Così focalizzato l'angolo visuale, nella seconda fase dell'indagine si inquadra il rinvio pregiudiziale entro una più ampia cornice storico-globale (§ 3), alla luce della quale ritornare alle vicende giurisprudenziali italiane cui è dedicata l'analisi sistematica della terza parte (§4).

2. *L'ordinanza n. 19598/2020 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite come tappa di un iter complesso.* – La questione centrale sottesa ai due successivi rinvii pregiudiziali operati dalle Sezioni Unite e dal Consiglio di Stato innanzi alla Corte di Giustizia riguarda il perimetro del sindacato che, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, della Costituzione, la Cassazione esercita sulle sentenze del Consiglio di Stato in qualità di organo regolatore della giurisdizione. Com'è noto si tratta

² Si veda R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2020, 337 e ss.

³ M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 1317.

⁴ Per un approfondimento sul punto si veda, almeno, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, 525 e ss.; P. BALAGUER CALLEJÓN, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, *www.ugr.es*, 2006; A. BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione Europea*, Milano 2003; M. CARTABIA, «Taking Dialogue Seriously». *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at The Time of Constitutional Activism in the European Union*, in *www.jeanmonnetprogram.org*, 2007; S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3/2007, 609 e ss.; F. FONTANELLI, G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del «dialogo nascosto» fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2007, 351 e ss.; A. MANZELLA, *L'unitarietà costituzionale dell'ordinamento europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2012; S. STAIANO, *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione Europea*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli 2002, 813 e ss.; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Annuario 1999 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, La Costituzione Europea*, Padova 2000.

di una *vexata quaestio* nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale⁵, che in particolare è venuta in rilievo con riferimento alla possibilità per le Sezioni Unite di esercitare tale sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con il diritto europeo per come interpretato dalla Corte di Giustizia.

Per la verità, occorre precisare che da tempo ci si interrogava sulla possibilità di esperire il rimedio *ex art. 111*, comma 8, Cost. per correggere le violazioni del diritto sovranazionale poste in essere dalle decisioni del Consiglio di Stato, soprattutto con riferimento alle sopravvenienze interpretative della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, allo scopo di evitare la formazione di giudicati contrari al diritto sovranazionale.

Stando alla lettera della Costituzione, che circoscrive il controllo ai “soli motivi inerenti alla giurisdizione”, vale a dire al rispetto dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, la risposta dovrebbe essere negativa e la Cassazione, anche secondo quanto sancito dagli artt. 362 c.p.c. e 110 c.p.a., potrebbe censurarne le decisioni solo nel caso in cui queste invadano la sfera di competenza di un altro giudice, dell'amministrazione, ovvero del legislatore⁶.

Secondo un'interpretazione «evolutiva» e «dinamica» della Corte di legittimità, tuttavia, il limite esterno tracciato dalla disposizione costituzionale dovrebbe essere letto in collegamento con l'evoluzione del concetto di giurisdizione, “da intendersi in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale”⁷. In questa prospettiva, il giudizio sulla giurisdizione cesserebbe di essere un mero strumento formale di accertamento del potere di conoscere date controversie, diventando anche un mezzo per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi. E norma sulla giurisdizione non sarebbe soltanto quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali si estrinseca⁸.

⁵ Su cui si v., almeno, E. CANNADA BARTOLI, *Sui «motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Foro Amministrativo*, II, 1963, 315 e ss.; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per “i soli motivi inerenti alla giurisdizione” e ricorso per “violazione di legge”)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; M. V. FERRONI, *Il Ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato*, Padova 2005; F. FRANCIOSI, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma 2017; I. M. MARINO, *Corte di Cassazione e Giudici “Speciali” (sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in AA.VV., *Studi onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993; F. MODUGNO, *Eccesso di potere, ad vocem*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1989; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1973, cap. VIII; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro It.*, I, 1998, 1567 e ss.; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti alla giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano 2007.

⁶ Sul punto, *ex aliis*, si veda la ricostruzione che, a partire dalla vicenda sottesa al rinvio, opera P. L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale giurisdizione unica (nota a Cass. Civ., Sezioni Unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Consulta online*, n. 3/2020.

⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008.

⁸ Cfr., *inter alia*, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254; 6 dicembre

In base a questo orientamento «evolutivo», allora, se l'errore interpretativo del Consiglio di Stato viene a tradursi in una lesione dell'effettività della tutela giurisdizionale che impedisce l'esercizio del diritto fondamentale all'accesso al giudice, la Corte di legittimità dovrebbe poter esercitare su di esso il controllo *ex art. 111*, comma 8, Costituzione. Il che, nel caso di confliggenza col diritto dell'Unione europea o della CEDU, risponderebbe anche allo scopo di evitare la formazione di un giudicato in contrasto con il diritto sovranazionale⁹.

Questo il terreno di scontro sul quale più volte è stato invocato l'intervento della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 6/2018, ha respinto l'interpretazione «dinamica» della Cassazione, ritenendola non compatibile con la «lettera e lo spirito della norma costituzionale»¹⁰. Il giudice delle leggi ha chiarito che quando l'art. 111, comma 8, Cost. circoscrive il controllo di legittimità delle sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei Conti) ai soli motivi inerenti alla giurisdizione esprime una scelta ben precisa del Costituente, vale a dire quella dell'«unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé»¹¹.

Secondo la Corte costituzionale, non v'è dubbio che il valore dell'effettività della tutela vada garantito, ma a cura degli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo sulla giurisdizione. Stesso discorso per il problema della violazione di norme sovranazionali, a proposito del quale la sentenza 6/2018 si rivolge al legislatore, riproponendo lo stesso auspicio già indirizzatogli un anno prima nel risolvere una questione sollevata dal Consiglio

2009, n. 2403; 8 aprile 2016, n. 6891: «Quanto al confine oltre il quale non può spingersi il sindacato delle Sezioni unite sull'esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, è andata affermandosi una nozione di «limite esterno» collegata all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendere in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale. Il diritto a tale tutela, secondo tale visione, è costituito dalla possibilità non solo di accedere in senso formale alla giurisdizione mediante il diritto all'azione, ma anche dalla possibilità di ottenere una concreta tutela giudiziale, esercitata secondo i canoni del giusto processo».

⁹ Cfr., *inter alia*, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 dicembre 2015, n. 2403. Si veda poi A. LAMORGESE, *L'eccesso di potere giurisdizionale e il diritto eurounitario*, in *Questionegiustizia.it*, 18 aprile 2017, 3, ove l'A., che come noto è l'estensore dell'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite, esprime perplessità circa quella che definisce una «disomogeneità» quanto alla possibilità di porre rimedio alle violazioni del diritto eurounitario tra il caso in cui la lesione sia posta in essere dalla magistratura ordinaria piuttosto che dalla magistratura amministrativa. Osserva l'A. che «nell'ambito della giurisdizione ordinaria (per gli atti che incidano su diritti soggettivi, al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva indicate nell'art. 133 cod. proc. amm.) è assicurato il controllo nomofilattico per «violazione di legge» da parte della Corte di cassazione, mentre, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) sono impugnabili in Cassazione «per i soli motivi inerenti alla giurisdizione» (art. 111, ult. comma, Cost.)». Cfr. anche ID., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, n.1/2018, in part. 12 e ss.

¹⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 24 gennaio 2018, p.to 11 del considerato in diritto.

¹¹ Ivi, p.to 12, ove si citano le parole del Mortati in Assemblea Costituente, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947.

di Stato¹². Quest'ultimo, nel rilevare il medesimo problema a proposito delle sopravvenienze interpretative della Corte EDU, stimolava una decisione additiva attraverso la quale aggiungere tali violazioni all'elenco dei motivi di revocazione previsto dall'art. 395 c.p.c.¹³.

Il messaggio che la Corte costituzionale veicola attraverso le sue decisioni, dunque, è l'impossibilità di utilizzare un rimedio giurisdizionale per fini diversi rispetto a quelli per cui è stato normativamente previsto, nonostante lo scopo sostanzialistico volto ad ampliare la tutela. Lo sottolinea sia rispetto alla soluzione dell'art. 111, comma 8, Cost., prospettata dalla Cassazione, sia con riguardo alla proposta del Consiglio di Stato. Seppure plausibile – dice la Corte costituzionale – la soluzione di un nuovo caso di revocazione deve provenire dalla discrezionalità legislativa, da essa traendo la sua forza generale e astratta. Così ai due supremi consessi risponde con lo stesso dispositivo parte di inammissibilità e parte di non fondatezza¹⁴.

In entrambi i casi, l'impressione che ne deriva è che la questione di legittimità costituzionale abbia avuto quale scopo principale non tanto quello di far valere l'incostituzionalità di una disposizione, quanto piuttosto di investire la Corte costituzionale di un problema applicativo originato dalla mancanza di un riferimento legislativo idoneo. Un problema che tuttavia non ha potuto trovare risposta in quella sorta di 'autorizzazione' richiesta al giudice delle leggi, che perciò interrompe il dialogo intergiurisdizionale e tenta di stimolare il legislatore con il monito¹⁵.

Una *ratio* che pare riscontrabile tal quale nel rinvio pregiudiziale sollevato dalle Sezioni Unite. Lo strumento di dialogo previsto *ex art.* 267 TFUE, infatti, sembra essere stato impiegato allo scopo di sottoporre l'orientamento «evolutivo» sull'art. 111, comma 8, Cost. anche al giudice europeo, cercando in esso una sponda per garantire un controllo non altrimenti esercitabile sulle difformità al

¹² Corte costituzionale, sentenza n. 123 del 31 maggio 2017.

¹³ Cfr., *ivi*, in particolare i p.ti 1 e 2 del considerato in diritto. Si veda anche, con riferimento a violazioni del diritto eurounitario per come risultante da una decisione sopravvenuta della Corte di Giustizia, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, ove, sul presupposto che il giudicato amministrativo è a formazione progressiva, si propone il giudizio di ottemperanza come la sede idonea a “impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale”.

¹⁴ Cfr. i dispositivi di Corte costituzionale, sentenze nn. 123 del 2017 e 6 del 2018.

¹⁵ Caso non infrequente nella più recente giurisprudenza costituzionale, sebbene nella maggior parte dei casi infruttuoso, su cui si veda R. NEVOLA, *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale del 2018*, Documento del Servizio Studi della Corte Costituzionale, in www.cortecostituzionale.it, *Studi e Ricerche*, 2019; ID., *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale del 2019*, *ivi*, 2020; ID., *Dialogo con il legislatore: moniti, auspici e richiami nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020*, in www.cortecostituzionale.it, *Annuario 2020*, 2021. Cfr. sul punto M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'Ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale in Rivista AIC*, n. 2/2019.

diritto sovranazionale che si traducono in lesione del principio di effettività della tutela nelle decisioni del Consiglio di Stato.

Nella specie, la vicenda aveva tratto origine dal ricorso di un'impresa che contestava l'esclusione da una gara aggiudicata col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto al quale il Consiglio di Stato non procedeva nel merito siccome aveva accolto il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario¹⁶. Secondo la Cassazione, questa decisione sarebbe stata resa in contrasto col diritto europeo per come interpretato dalla Corte di Giustizia¹⁷, e allinearsi all'interpretazione del giudice costituzionale avrebbe significato lasciare priva di tutela la situazione soggettiva azionata.

Per questi motivi, il giudice di legittimità decide di sottoporre alla Corte di Giustizia un rinvio pregiudiziale articolato in tre quesiti. Alla questione della compatibilità col diritto europeo della "prassi interpretativa" inaugurata dalla sentenza 6/2018 sull'art. 111, comma 8, Cost. – così la Corte di Cassazione degrada l'interpretazione del giudice delle leggi, l'interprete ultimo delle norme costituzionali – si innestano altri due dubbi di compatibilità. Da un lato, quello relativo all'esclusione della censurabilità mediante ricorso per cassazione dell'omesso immotivato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione; e, dall'altro, la coerenza coi principi e la giurisprudenza europea del ricorso incidentale escludente¹⁸.

¹⁶ Per un'analisi approfondita, che esorbita dall'economia del presente contributo, si rinvia, almeno, a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione "fuori dal contesto": considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS. UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020; E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come «motivo di giurisdizione»*, in *Foro italiano*, I, n. 11/2020; M. FRANCAVIGLIA, *Il 'crocevia' della giurisdizione. Brevi spunti ricostruttivi a margine di Cass. SS. UU., ord. 18 settembre 2020, n. 19598/2020*, in *Diritti Comparati*, 22 dicembre 2020; M. A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro italiano*, I, n. 11/2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2020.

¹⁷ Cfr., in particolare, Corte di giustizia 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*; 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Soc. Pulignica*; 10 maggio 2017, causa C-131/16, *Archus*; 5 settembre 2019, causa C-333/18, *Soc. Lombardi*. Sul punto, peraltro, si vedano i rilievi critici di una parte della dottrina che considera soltanto la cd. sentenza *Archus* idonea ad essere indicata come precedente: cfr., *ex aliis*, A. TRAVI, *I motivi inerenti alla giurisdizione*, cit., 3416.

¹⁸ La scelta della ricerca di soffermarsi sulla prima delle questioni proposte dal rinvio delle Sezioni Unite non consente di analizzare compiutamente le altre due, per le quali si rinvia, almeno, a L.L. ARDIZZONE, *Quando la Costituzione italiana deve misurarsi con il diritto dell'Unione europea (a margine di Corte di Cassazione, Sez. Un. Civ., ord. n. 19598/2020)*, in *Consulta online*, n. 1/2021; S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale*, cit.; C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS. UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit.; G. TESAURO, *Sui vincoli del giudice nazionale prima e dopo il rinvio pregiudiziale*, in *Federalismi.it*, n. 6/2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo*, cit. Sull'obbligo per i giudici nazionali di ultima istanza di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale si v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek nella causa C-561/19 *Consorzio Italian Management*

Con questo atto, dunque, la Cassazione mette in discussione dinanzi al giudice europeo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale all'art. 111, comma 8, Costituzione, peraltro nella ricostruzione che essa stessa ne compie. Così la Corte di Giustizia è assunta ad arbitro del contrasto interpretativo attraverso un uso insolito del rinvio pregiudiziale, non dialogico, ma conflittuale, in una prospettazione che, anche in considerazione della recente 'risposta' del Consiglio di Stato, pare venire assumendo le sembianze di un contrasto tra giurisdizioni innanzi alla Corte europea.

Nell'ambito di un contenzioso in materia di concorrenza¹⁹, infatti, il Consiglio di Stato ha colto l'occasione per intervenire nella discussione aperta dalla Cassazione, anch'esso per tramite del rinvio pregiudiziale. In particolare, dopo aver operato una ricostruzione normativa e giurisprudenziale, nell'evidenziare che l'ordinamento italiano non prevede uno strumento atto a sindacare la sussistenza di una violazione del diritto europeo da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, trasferisce dalla Corte costituzionale al giudice di Lussemburgo il rilievo di risolvere il *gap* legislativo considerando tale violazione come un nuovo motivo di revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c.²⁰. Particolarmente rilevante, peraltro, è la circostanza che la richiesta di sollevare il rinvio pregiudiziale proveniva dalle parti del giudizio, le quali avevano altresì prospettato la questione di legittimità costituzionale²¹. Ebbene, il Consiglio di Stato opta per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sia pure non ravvisando il requisito della sua rilevanza per il contenzioso innanzi a esso pendente²², servendosi dunque per aggiungere la sua voce a questa interazione *sui generis* stimolata dalla Cassazione nella sede europea.

In questo senso la vicenda appare di particolare interesse ai fini della ricerca,

e Catania Multiservizi SpA/Rete Ferroviaria Italiana SpA, 15 aprile 2021; P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 11 maggio 2021.

¹⁹ Su cui, per approfondire, si v. L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *La saga Avastin/Lucentis: ultima stagione*, in *Foro italiano*, III, 2019, 533; B. BERTAN, *L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato nel caso I760, Roche/Novartis – farmaci Avastin-Lucentis: la valutazione concorrenziale degli accordi di licenza e l'uso off label del farmaco nella definizione di mercato rilevante*, in *Rivista di diritto industriale*, n. 3/2017, 402 e ss.; S. GORZA, *Il caso Avastin/Lucentis tra contraddizioni ed omissioni*, in *Diritto industriale*, n. 1/2020, 30 e ss.

²⁰ Cfr. Consiglio di Stato, ordinanza n. 2327 del 18 marzo 2021, p.to 10 ove il giudice amministrativo, tra i quesiti pregiudiziali, invita la Corte di Giustizia a pronunciarsi "se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad un sistema come quello concernente gli articoli 106 del codice del processo amministrativo e 395 e 396 del codice di procedura civile, nella misura in cui non consente di usare il rimedio del ricorso per revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, ed in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale". Sulla pronuncia si v. poi R. PAPPALARDO, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)*, in *Giustizia Insieme*, 6 aprile 2021.

²¹ Cfr. Consiglio di Stato, ordinanza n. 2327 del 28 marzo 2021, p.ti 6.3 e 6.4.

²² Cfr., *ivi*, il p.to 9.

offrendo un punto di osservazione privilegiato nel collocarsi fra dialogo verticale con la Corte di Giustizia e orizzontale tra giurisdizioni nazionali.

3. *Il rinvio pregiudiziale nel mare della “third wave”*. – Che il rinvio pregiudiziale sia uno strumento di dialogo è un dato desumibile già a partire dalla lettura della norma che lo disciplina: l’art. 267 TFUE (già art. 234 TCE e, ancora prima, art. 177 TCEE) che, nell’attribuire alla Corte di Giustizia una competenza giurisdizionale non contenziosa, stabilisce che essa si pronunci in via pregiudiziale su questioni di interpretazione di disposizioni di diritto dell’Unione o anche di interpretazione e validità di atti delle istituzioni, a seguito degli appositi rinvii che le giurisdizioni degli Stati membri sono obbligate (se di ultima istanza) o abilitate (negli altri casi) a operare se la soluzione di tali questioni sia necessaria per risolvere il processo innanzi a esse pendente²³.

A differenza di quanto previsto per le competenze contenziose, quindi, il rinvio pregiudiziale non è attivato dalle parti di una controversia, ma consiste in un dialogo – appunto – tra il giudice nazionale davanti al quale questa pende e la Corte di Giustizia, la cui competenza non è conoscere della controversia in atto – che si concluderà davanti al giudice nazionale – ma rispondere alle questioni che le vengono poste dall’ordinanza di rinvio.

Si tratta dunque di uno strumento di stretta cooperazione intergiurisdizionale, ove il dialogo tra giudice nazionale e Corte di Lussemburgo persegue lo scopo di assicurare l’uniforme interpretazione del diritto dell’Unione ed evitare il rischio di ‘specificazioni nazionali’ difformi, potenzialmente foriere di differenziazioni di senso e di portata nell’applicazione delle regole comuni, altamente probabili anche per i diversi significati che gli istituti assumono nella lingua di ciascun ordinamento²⁴.

Dall’ordinanza delle Sezioni Unite non emerge questa *ratio*. Lo schema del rinvio pregiudiziale, vale a dire quello di un soggetto che, di fronte a un dubbio interpretativo che si pone per dare soluzione a un caso da risolvere, sospende il suo giudizio e chiede l’intervento di altro soggetto che risolverà il suo dubbio²⁵, pare essere stato sostituito piuttosto da una logica di impugnazione. La Cassazione, che è il soggetto che sospende il processo, lo fa allo scopo di chiedere alla Corte di Giustizia se l’interpretazione perpetrata da un altro soggetto (la Corte costituzionale) sia da considerarsi errata, così cercando man forte per l’applica-

²³ Cfr., *in terminis*, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale*, cit., 335.

²⁴ Per un approfondimento si veda L.J. CONSTANTINESCO, *Schutzmassnahmen nach Art. 226 EWG-Vertrag*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, 334 e ss.; S.A. DICKSCHAT, *Problèmes d’interprétation des traités européens résultant de leur plurilinguisme*, in *Revue Belge de Droit International*, 1968, 41 e ss.

²⁵ Così R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 3.

zione del suo orientamento «evolutivo», prospettandolo come un rimedio che, conformemente ai precedenti della giurisprudenza eurounitaria, è in grado di consentire una tutela altrimenti destinata a rimanere insoddisfatta stante l'assenza di una specifica previsione normativa nell'ordinamento italiano. Stesso rilievo vale per il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato che – come si è detto – è stato sollevato a prescindere dalla sua rilevanza nel giudizio, assumendo piuttosto una *ratio* che potrebbe dirsi partecipativa.

V'è da rimarcare, poi, che quella «contestata» e rimessa dalla Cassazione allo scrutinio del giudice europeo non riguarda in prima battuta il diritto dell'Unione, ma è l'interpretazione di una disposizione della Carta costituzionale italiana fornita dal giudice delle leggi, l'«interprete ultimo delle norme costituzionali»²⁶. Come è noto, le disposizioni delle Carte vengono intese nel dialogo intergiurisdizionale per come interpretate dalle Corti di riferimento. In questa vicenda, invece, si osserva la Corte Suprema di legittimità di uno Stato membro portare in discussione innanzi al giudice di Lussemburgo una questione interpretativa interna per come risolta dalla Corte costituzionale, che è l'organo deputato a comporla²⁷, con il Consiglio di Stato che interviene in risposta proponendo la sua diversa interpretazione.

Di fronte a un uso così peculiare del rinvio pregiudiziale sembra opportuno interrogarsi circa le ragioni che a esso sono sottese, e sugli effetti che potrebbero derivarne per il dialogo tra le Corti. A questo proposito, può essere utile un inquadramento storico-globale del fenomeno, che aiuta a meglio comprendere le dinamiche relazionali tra i diversi livelli di giurisdizione, a cui possono essere ricondotte le motivazioni di questo utilizzo atipico dello strumento *ex art. 267 TFUE*.

In un noto saggio apparso nel 2018 sull'*International Journal of Constitutional Law*²⁸, Lustig e Weiler, partendo dall'opera di Cappelletti²⁹, procedono a una contestualizzazione della giurisdizione costituzionale del terzo millennio individuandone tre grandi fasi, che indicano come *waves*: ondate. La metafora serve a esprimere il loro continuo sovrapporsi – *sequential and overlapping worldwide waves* – in una dimensione storica evolutiva che richiede un conseguente progressivo adattamento delle funzioni della *judicial review*, volto a mantenerne intatto il significato di garanzia contro l'abuso del potere legislativo, o meglio, *amplius*, del potere pubblico.

La prima ondata, collocata cronologicamente dopo la seconda guerra mondiale, è caratterizzata dalla diffusione a macchia d'olio – *horizontal spread* – della

²⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 6 del 2018, p.to 9 del considerato in diritto.

²⁷ Si veda sul punto N. ZANON, *Intervento* al Convegno webinar *L'assetto pluralistico delle giurisdizioni tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, Università degli Studi di Milano, 29 gennaio 2021.

²⁸ D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, *Judicial review in the Contemporary World-Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2, 2018.

²⁹ M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989.

giurisdizione costituzionale, che viene a consolidarsi come lo strumento per blindare le nascenti democrazie contro il pericolo della tirannia delle maggioranze³⁰. La seconda ondata, in un contesto di forte interazione degli ordinamenti internazionali, coincide con la comparsa di un diritto superiore transnazionale che, nel Vecchio Continente, va ascritta principalmente a due eventi: la nascita, da un lato, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e, dall'altro, dell'Unione Europea. In questa fase, il parametro delle giurisdizioni costituzionali si integra con le norme sovranazionali in un processo che via via conduce al più recente fenomeno dell'emersione dell'identità costituzionale come reazione all'internazionalizzazione del diritto costituzionale, che connota la terza ondata. Questa, in pieno svolgimento, vede canalizzate le spinte identitarie nei procedimenti giurisdizionali, che temperano in un tono dialogico la voce dell'identità³¹. E in tale processo la garanzia della *judicial review* viene assumendo un ulteriore significato di controllo: sul rispetto, da parte degli atti normativi interni, dei parametri sovranazionali e, allo stesso tempo, sulla coerenza di questi ultimi con l'identità costituzionale.

Se si volge lo sguardo all'uso dell'istituto nell'esperienza, il rinvio pregiudiziale pare collocarsi perfettamente entro questa cornice.

In una prima fase, in piena seconda ondata, le giurisdizioni comuni degli Stati membri hanno proceduto a un largo impiego dell'istituto, che nel corso del tempo è venuto assumendo una funzione dialogica 'bifronte'. Da un lato, infatti, attraverso l'opera di «importazione» dell'interpretazione di volta in volta fornita dalla Corte di Giustizia, i giudici comuni nazionali hanno assicurato il perseguimento della finalità che si pone alla base dell'istituto, vale a dire quella di garanzia dell'uniforme interpretazione e quindi applicazione del diritto eurounitario; dall'altro, però, questo dialogo ha visto l'interlocutore Corte di Giustizia anche in ascolto dei giudici nazionali, i quali hanno progressivamente operato pure un'attività di «esportazione» nella sede europea dei diritti e dei principi costituzionali dei rispettivi Stati membri³².

Questo ha disvelato un'ulteriore finalità perseguibile mediante il suo utilizzo, facendo emergere un altro aspetto di quella portata armonizzante che lo ha reso la *chiave di volta* dell'integrazione europea mediante il diritto. Il rinvio pregiudiziale, infatti, ha progressivamente canalizzato l'esigenza di protezione delle peculiarità costituzionali degli Stati membri, codificata dopo Lisbona nell'art. 4 par. 2 TUE, inizialmente determinando una centralità del dialogo tra giudice co-

³⁰ Il tema è molto battuto nella letteratura scientifica americana. Per approfondire si veda, *ex multis*, E.A. POSNER, A. VERMEULE, *Tyrannophobia*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper n. 276/2009.

³¹ Cfr. sul punto G. PALOMBELLA, *Interlegality and Justice*, in *Ssrn.com*, 6 novembre 2017.

³² M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le corti nell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006; J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2000.

mune e Corte di Giustizia nella costruzione costituzionale europea, favorita dalla ben nota ritrosia che i giudici costituzionali avevano manifestato nei confronti dello strumento *ex art. 267 TFUE*.

La preoccupazione delle Corti costituzionali per quella “sorta di inevitabile gerarchizzazione”³³ che il rinvio pregiudiziale reca con sé, dal momento che dà impulso a una decisione che vincola il richiedente³⁴, le aveva spinte, in un primo momento, a non rivolgersi direttamente alla Corte di Lussemburgo, così auto-escludendosi da questo dialogo costruttivo. Come emerge dagli studi comparati³⁵, invero, a eccezione delle Corti costituzionali belga³⁶, austriaca³⁷, ed estone³⁸, le giurisdizioni costituzionali sono subentrate soltanto dopo nel processo di armonizzazione, quando gli effetti del loro iniziale atteggiamento si sono rivelati incompatibili con la dimensione storica entro la quale era entrato il loro ruolo di garanti dei diritti dei singoli.

Rimanendo fuori dal circuito di relazione con la Corte di Lussemburgo, le giurisdizioni costituzionali avevano mantenuto il proprio spazio di autonomia interpretativa sulle Carte nazionali, allo stesso tempo consentendo un profondo avanzamento dello spazio giuridico unionale, ma con l’effetto negativo di marginalizzare la *judicial review* da quel rinnovato sistema di tutela *in fieri* dei diritti³⁹, permeabile a fonti esterne (la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione e la Cedu come interpretata dalla Corte di Strasburgo)⁴⁰.

³³ R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali*, cit., 2.

³⁴ Sul punto il dibattito dottrinario vedeva in discussione il quesito se il rinvio pregiudiziale fosse qualificabile come strumento di collaborazione, capace quindi di incentivare il dialogo tra gli operatori del diritto, oppure invece tale da determinare una situazione di sovra e sotto ordinazione: per approfondire si veda, *ex aliis*, T. CERRUTI, M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nuove prospettive e vecchie incertezze*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, n. 1/2014; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali*, cit.; T. GIOVANNETTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, Documento del Servizio Studi della Corte costituzionale, in www.cortecostituzionale.it, *Studi e Ricerche*, 2010.

³⁵ Si veda P. PASSAGLIA, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, Documento del Servizio Studi della Corte costituzionale, in www.cortecostituzionale.it, *Studi e Ricerche*, 2010; S. RAGONE, *Las relaciones de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una propuesta de clasificación*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2011.

³⁶ Per approfondire si veda T. VANDAMME, *Prochain Arrêt: La Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court*, in *European Constitutional Law Review*, n. 4/2008.

³⁷ Per approfondire si veda C. ELÍAS MÉNDEZ, *El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el Derecho de la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 14/2010.

³⁸ Per approfondire si veda I. JARUKAITIS, *Report on Estonia, Latvia and Lithuania*, in G. MARTINICO, O. POLLICINO (a cura di), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Gronigen 2010.

³⁹ Sul punto si veda, *ex multis*, G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna 2015; A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2007; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale*, cit.

⁴⁰ Così R. BIFULCO, D. TEGA, *Il divenire costituzionale europeo tra isole della ragione e waves*

Da questa maturata consapevolezza discendono i *revirement* che, tra il 2011 e il 2014, hanno visto le Corti costituzionali finalmente procedere all'impiego del rinvio pregiudiziale per rivolgersi direttamente alla Corte di Lussemburgo⁴¹, così entrando sulla scena principale di quel proficuo dialogo armonizzante nelle vesti di garanti della costituzionalità delle norme sovranazionali⁴².

Il *Tribunal constitucional* spagnolo nel 2011, il *Conseil constitutionnel* nel 2013, il *Bundesverfassungsgericht* nel 2014 e la Corte costituzionale nelle due tappe delle ordinanze 103/2008 e 207/2013, cui si è aggiunto il *Tribunal constitucional* del Portogallo con l'*acórdão* 711/2020⁴³, agiscono tutte in difesa dell'identità nazionale, tentando di aggiornare il loro ruolo di garanzia alla nuova complessità storico-globale in cui si trovano a operare⁴⁴.

Se guardato entro questa cornice, il "cammino comunitario"⁴⁵ della giurisprudenza costituzionale italiana – cui si circoscrive l'analisi – pare potersi considerare fin dall'inizio diretto verso la medesima destinazione, vale a dire quella di prendere parte al dialogo con la Corte di Giustizia ritagliandosi un ruolo adeguato alla sua funzione di garanzia dei diritti fondamentali. In questo percorso, che sembra potersi considerare un'evidente esemplificazione della terza ondata⁴⁶, il rinvio pregiudiziale ha assunto un ruolo decisivo, consentendo alla Corte costituzionale di consolidare la sua posizione di garante dell'identità nazionale nel proficuo dialogo che essa ha saputo instaurare con la Corte di Giustizia.

Così è stato nella cd. saga Taricco, ove, utilizzato insieme allo spettro dei controlimiti, ha rappresentato per il giudice delle leggi lo strumento per trasmettere con successo nella sede europea il senso italiano del principio di legalità dei reati e delle pene; e così continua a essere con riferimento alla più recente giurisprudenza, anche nei casi di cd. doppia pregiudizialità, come emerge da ultimo dal dialogo intercorso con la Corte di Giustizia sul diritto di mantenere il

giurisprudenziali, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020. Sulla tutela multilivello dei diritti si v. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, n. 36/1999; ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *WHI*, n. 4/2002; sulle sue ricadute odierne, poi, si veda, *ex alius*, I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Napoli 2020.

⁴¹ Cfr. *amplius*, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali*, cit., 17 e ss.

⁴² Su cui cfr. D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit.; G. PALOMBELLA, *Interlegality and Justice*, cit., 353.

⁴³ Per un approfondimento su tali rinvii, che esorbita dalle finalità di questa ricerca, si rinvia, almeno, a R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali*, cit.; C. GUERRERO PICÓ, *Tribunale costituzionale, acórdão n. 711/2020 del 9 dicembre, che effettua per la prima volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *www.cortecostituzionale.it*, *Studi e Ricerche*, 2021.

⁴⁴ Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017.

⁴⁵ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2401.

⁴⁶ Si veda in questo senso R. BIFULCO, D. TEGA, *Il divenire costituzionale europeo*, cit., 203.

silenzio e di non contribuire alla propria incolpazione⁴⁷. La Corte costituzionale, adita dalla Corte di Cassazione, aveva sollevato rinvio pregiudiziale per sottolineare come questo rientrasse nel perimetro del diritto alla difesa e in quello del principio della parità tra le parti nel processo, tutelato sia dalla Carta costituzionale italiana, sia da quella Europea dei Diritti dell'Uomo, e rientrante nella garanzia del giusto processo *ex art. 6 CEDU*.

Si è trattato di un utilizzo maturo del rinvio pregiudiziale, con cui il giudice costituzionale italiano, fattosi parte attiva del dialogo, pare aver dimostrato in concreto che la sua preoccupazione, piuttosto che mantenere per sé la prima o l'ultima parola, è quella invece di usare la propria voce per contribuire "all'attuazione di un sistema integrato di garanzie (che) ha il suo caposaldo nella leale e costruttiva collaborazione tra le diverse giurisdizioni, chiamate – ciascuna per la propria parte – a salvaguardare i diritti fondamentali nella prospettiva di una tutela unica e non frazionata"⁴⁸.

È appena il caso di sottolineare come, in quest'ottica, anche il noto *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 in tema di cd. doppia pregiudizialità può considerarsi una tappa dello stesso cammino europeo⁴⁹.

Nel momento in cui la Corte costituzionale chiede al giudice comune di essere adita in prima battuta ove, con riferimento a un medesimo giudizio, quest'ultimo riscontri "la violazione di un diritto della persona che infranga, a un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione"⁵⁰, assumendo su di sé, se del caso, l'impegno di adire la Corte di Giustizia con la domanda pregiudiziale⁵¹, il giudice costituzionale non intende prendere posizione rispetto alla Corte di Lussemburgo, ma in piena coerenza con la terza ondata adegua il suo ruolo al contesto.

Muovendo dalla condivisibile considerazione che la semplice disapplicazione del giudice comune non può eliminare la normativa incostituzionale e antieuropea dall'ordinamento, rivendica il ruolo che le compete nella garanzia dei diritti fondamentali per assicurare gli effetti *erga omnes* delle sue sentenze a una tutela che altrimenti correrebbe il rischio di diventare "a macchia di leopardo"⁵².

L'intento, peraltro chiarificato nelle precisazioni delle successive tappe giuri-

⁴⁷ Cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 117 del 2019 e Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-489/19, D.B. c. CONSOB.

⁴⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 254 del 2020, p.to 2.1 del considerato in diritto. Cfr. S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021.

⁴⁹ Per approfondire si veda, *ex plurimis*, C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Grantal revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna 2020.

⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017, p.to 5.2 del considerato in diritto.

⁵¹ Cfr. sul punto l'analisi di C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020.

⁵² G. SILVESTRI, *Osservazioni conclusive*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2018, 6.

sprudenziali⁵³, non è dunque entrare in competizione con la Corte di giustizia⁵⁴, con la quale dimostra di cercare uno scambio basato sulla leale collaborazione, ma di invertire la rotta dell'estromissione della *judicial review* dalla costruzione del diritto costituzionale europeo⁵⁵, con l'effetto di utilizzare il rinvio pregiudiziale come strumento di *ri-accentramento* sul versante del dialogo orizzontale con le giurisdizioni nazionali di merito e di legittimità.

4. *Alla ricerca di un punto di equilibrio: le tendenze della giurisprudenza italiana.* – L'esigenza del *ri-accentramento*, che trova peraltro riscontro, sul piano comparato, nella giurisprudenza costituzionale austriaca e nella *question prioritarie de constitutionnalité* francese⁵⁶, e che più in generale caratterizza la recente «stagione»⁵⁷ dei rapporti della Corte costituzionale italiana con le giurisdizioni comuni, è una tendenza sulla quale occorre riflettere da una duplice prospettiva.

Se, invero, dal punto di vista del dialogo verticale tra giudice delle leggi e Corte di giustizia, recuperare lo spazio che spetta alla *judicial review* nel processo di integrazione mediante il diritto ha consentito al giudice costituzionale, per il tramite del rinvio pregiudiziale, di assumere una funzione di collaborazione attiva nei confronti degli orientamenti della Corte di Lussemburgo, occorre d'altra parte osservare come questo mutato atteggiamento abbia finito per riempire degli spazi di interlocuzione precedentemente occupati dai giudici comuni.

⁵³ Pronunce nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019 e 182, 254 del 2020 su cui si veda N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema 'a rete' di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 14/2019; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2019, 615 e ss.

⁵⁴ Si veda sul punto R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica di Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione tra Carte e Corti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto comparato assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. N. 268 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2017.

⁵⁵ Cfr. B. GUASTAFERRO, *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sent. 269 del 2017*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 89 e ss.; M. MASSA, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2019, in part. § 4, che parlano di direzione e finalità "difensiva".

⁵⁶ Cfr. R. BIFULCO, D. TEGA, *Il divenire costituzionale europeo*, cit., 204; M. CAREDDA, *Carta di Nizza e giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Note a margine della sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto e Società*, n. 1/2018.

⁵⁷ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020. Sul punto si v. B. CARAVITA, *Roma locuta, causa finita? Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018; G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, n. 1/2018; ID., *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "momenti di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020.

A questo proposito, l'intenzione del giudice delle leggi di trasformare in un «coro» quello che era divenuto un «duetto» intollerabilmente escludente⁵⁸ dipende in larga misura dalle reazioni delle giurisdizioni comuni alle spinte centripete della Corte costituzionale, la quale, oltre a “mette(re) in campo la propria *moral suasion*, non ha altre armi con cui colpire il giudice disobbediente”⁵⁹.

È interessante allora interrogarsi su quali reazioni stanno mostrando le giurisdizioni nazionali rispetto al *ri-accentramento*.

V'è da osservare, innanzitutto, che si tratta di reazioni eterogenee⁶⁰. Se infatti non mancano segnali positivi di adeguamento⁶¹, vi sono giudici che non si ritengono vincolati e considerano quella della Corte costituzionale una mera proposta metodologica dal valore non obbligante, spesso procedendo alla diretta attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶². V'è poi chi ha sollevato contemporaneamente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e questione di legittimità alla Corte costituzionale⁶³, e chi invece manifesta il proprio dissenso con la tendenza a proporre il rinvio pregiudiziale senza passare per il giudice costituzionale⁶⁴.

È in quest'ultima tendenza dissenziente che pare potersi collocare la portata dirompente del rinvio pregiudiziale operato dall'ordinanza 19598/2020 delle Sezioni Unite, una tendenza che fa il paio con quell'uso surrettizio che – anche a prescindere dai casi di doppia pregiudizialità – vede lo strumento *ex art. 267 TFUE* talvolta impiegato per forzare i confini del diritto dell'Unione tentando di ampliare il valore della Carta, talaltra “per giustificare soluzioni interpretative da parte del giudice nazionale che riguardano il diritto interno e non sono re-

⁵⁸ Cfr. B. GUASTAFERRO, *Il cammino euro-unitario della Corte*, cit.; F. VIGANO, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019.

⁵⁹ B. RANDAZZO, *Il 'riaccentrato' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, 149.

⁶⁰ Cfr. l'analisi di F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021.

⁶¹ Cfr. Cassazione civile, sezione II, ordinanza n. 3831 del 2018; Cassazione civile, sezione lavoro, ordinanze nn. 16164-16172 del 2019, che hanno sollevato la questione di legittimità cui è seguito il rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 182 del 2020.

⁶² Cfr. Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza n. 12108 del 2018; Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza n. 12945 del 2018; Cassazione civile, sezione II, sentenza n. 31632 del 2018; Tribunale di Milano, sezione lavoro, sentenza 5 agosto 2019.

⁶³ Corte d'Appello di Napoli, sezione lavoro, sentenza 18 settembre 2019, che ha ricevuto risposta dalla Corte di Giustizia con ordinanza del 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ contro Balga srl* e dalla Corte costituzionale con sentenza n. 254 del 2020, di cui si dirà *infra*.

⁶⁴ Cfr. Cassazione civile, sezione lavoro, ordinanza n. 13678 del 2018 che sottolinea come “il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risult(i) essere (...) lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto dell'Unione sui profili nazionali”, la questione è stata respinta dalla Corte di Giustizia (C-396/18); Cassazione civile, sezione lavoro, ordinanza n. 451 del 2019. Cfr. poi R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020.

golate specificamente dal campo eurounitario anche se incidono indirettamente sull'applicazione del diritto UE"⁶⁵.

Rispetto a questo uso 'distorto' del rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia mostra la tendenza a porvi un argine mediante la sanzione dell'irricevibilità o la declaratoria di incompetenza.

È quanto accaduto, ad esempio, in occasione del doppio rinvio che la Corte d'Appello di Napoli aveva sollevato in materia di licenziamenti collettivi, cui riteneva applicabile l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali sul mero presupposto che, per effetto della direttiva 98/59/CE (Consiglio, 20 luglio 1998) concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, tale competenza fosse ormai attratta in quelle concretamente attuate dall'Unione europea. Da ciò il giudice nazionale aveva proceduto ad adire contemporaneamente la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, denunciando la normativa nazionale come lesiva del diritto all'effettività della tutela contro i licenziamenti ingiustificati, e interrogando il giudice europeo circa il contenuto dell'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali, invocato come parametro nel giudizio di costituzionalità insieme agli artt. 10 e 117, primo comma, della Costituzione e all'art. 24 della Carta sociale europea.

Ebbene, nel sottolineare l'assenza di "un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale" denunciata⁶⁶, il giudice europeo ha dichiarato manifestamente irricevibili le questioni proposte, sul rilievo peraltro che l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali "non presenta nessi evidenti con la violazione dei criteri di scelta da adottare in caso di licenziamenti collettivi"⁶⁷.

All'ordinanza della Corte di Giustizia, pronunciata per prima, ha fatto da eco l'inammissibilità pronunciata dalla Corte costituzionale che, "in consonanza con" le "indicazioni" del giudice di Lussemburgo⁶⁸, argomenta motivando sull'estraneità della situazione giuridica del processo principale dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, confermando la leale e costruttiva collaborazione cui impronta il suo agire rispetto al giudice europeo.

L'attenzione della Corte di Giustizia ad arginare l'uso 'distorto' del rinvio pregiudiziale, dunque, contribuisce in misura considerevole a cementare la collaborazione intergiurisdizionale sul piano verticale. In ciò l'importanza della risposta a proposito dei motivi inerenti alla giurisdizione: se invero, confrontandosi per la prima volta con la Costituzione italiana, il giudice europeo si ritenesse legittimato a interpretare l'art. 111, comma 8, in senso difforme dal giudice delle leggi, i molteplici scenari immaginabili avrebbero tutti un comune denominatore, che passa per l'inevitabile frizione con la Corte costituzionale, la quale,

⁶⁵ R. CONTI, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015)*, in *Consulta online*, 26 marzo 2015, 7.

⁶⁶ CGUE, causa C-32/20.

⁶⁷ S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni*, cit., 40.

⁶⁸ Corte costituzionale, sentenza 254 del 2020, p.to 2.2 del considerato in diritto.

secondo alcuni, potrebbe optare per l'impiego dei controlimiti, su modello di quanto avvenuto per la vicenda Taricco⁶⁹.

Vale la pena sottolineare, tuttavia, che la risoluzione dell'eventuale contrasto attraverso i controlimiti appare questa volta più problematica rispetto alla vicenda Taricco⁷⁰. La risposta della Corte di Giustizia, infatti, sarà rivolta a Cassazione e Consiglio di Stato, i quali – per quanto inopportuno dal punto di vista della leale collaborazione – potrebbero anche non sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale, procedendo alla disapplicazione dell'interpretazione del giudice delle leggi, ritenuta contrastante col diritto dell'Unione. Si tratta probabilmente dello scenario peggiore, che vedrebbe la decisione della Corte di Giustizia non solo interferire su una questione processuale interna sconfessando le statuizioni del giudice costituzionale, ma anche incidere sul *ri-accentramento*, con effetti rischiosi per il già affannato modello accentrato del sindacato di costituzionalità⁷¹.

5. *Riflessioni finali*. – A questo punto dell'analisi, e in attesa della decisione della Corte di Giustizia, pare opportuno richiamare l'attenzione su due rilievi finali.

Innanzitutto, accanto alla evidenziata chiusura che la Corte di Lussemburgo mostra nei confronti dell'uso 'strumentale' del rinvio pregiudiziale, sembrerebbe utile ricordare un consolidato orientamento del giudice europeo in materia di giudicato anti-comunitario delle sentenze del Consiglio di Stato, secondo il quale il diritto eurounitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò consentirebbe di porre rimedio a una violazione del diritto europeo⁷².

⁶⁹ Sul punto cfr. G. TROPEA, *Il Golem europeo*, cit., che prospetta il tema "sotto due concorrenti profili. Il primo riguarda il modello oggettivo di giurisdizione che la giurisprudenza europea in materia (*Fastweb, Puligienica, Lombardi, Archus*) configura. Esso pare contrastare con un modello costituzionale di tutela dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113 Cost.) che non è di regola al servizio di interessi mancanti di un solido collegamento con l'anelato bene della vita, la cui protezione finirebbe per tradursi in un malcelato espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa. Il secondo riguarda la attualità istituzionale del giudice amministrativo nel nostro ordinamento e la idoneità dell'art. 111, ultimo comma, Cost., e soprattutto dell'art. 25 Cost. in tema di precostituzione per legge del giudice naturale, ad ergersi come principi fondamentali, controlimiti rispetto al *Golem europeo* evocato (...); R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"*, cit., 10; P.L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 704 e 705.

⁷⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Intervento al Convegno webinar Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, Università di Roma Tre, 6 novembre 2020.

⁷¹ Si v. sul punto G. MONACO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2021, 20 e 21.

⁷² Cfr., *inter alia*, Corte di Giustizia, decisione 3 settembre 2009, *Fallimento Omniclub*; 30 set-

Il giudice di Lussemburgo, quindi, potrebbe limitarsi a ribadire questa linea interpretativa, che, in ossequio al principio di autonomia procedurale degli Stati membri⁷³, applica il principio di equivalenza per trovare il punto di equilibrio tra primato del diritto europeo e stabilità del giudicato nazionale. Se invero non v'è, nell'ordinamento interno, un rimedio contro una sentenza del Consiglio di Stato in contrasto col diritto nazionale, allora – afferma la Corte di Giustizia – neppure è possibile prevedere un rimedio *ad hoc* per il contrasto col diritto eurounitario⁷⁴.

Il secondo rilievo, invece, ritorna sulle motivazioni che hanno spinto le Sezioni Unite a questo “uso diverso”⁷⁵ del rinvio pregiudiziale, peculiare anche rispetto alle dinamiche giurisprudenziali analizzate, in cui si iscrive.

Si è più volte sottolineato che il giudice di legittimità sottopone alla Corte europea una questione squisitamente interna su una norma della Costituzione per come interpretata dal giudice delle leggi, seguita dal Consiglio di Stato, che a sua volta si serve del rinvio pregiudiziale per far sentire la propria voce sul punto nella sede europea, col conseguente trasferimento innanzi alla Corte di Giustizia di una problematica già oggetto di giudizio della Corte costituzionale.

Si è anche evidenziato come, nel prospettare questione di legittimità, entrambi i supremi consessi avevano fatto valere innanzi al giudice delle leggi un disagio applicativo non risolvibile attraverso la censura di una disposizione esistente, dal momento che il problema denunciato aveva riguardo al vuoto normativo sul sindacato in ordine alle violazioni del diritto sovranazionale da parte degli organi giurisdizionali di ultima istanza.

Innanzi a questo vuoto normativo, la Corte costituzionale ha respinto la richiesta di ‘dialogo supplente’ che le veniva rivolta, tentando di intercettare invece la comunicazione col legislatore, alla cui sola discrezionalità ha ribadito spettare la scelta in ordine alla soluzione normativa più idonea. Il perdurante

tembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; 10 luglio 2014, C-213/03. Soltanto nella sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*, il giudice europeo aveva espresso un indirizzo contrario, rispetto al quale si è in seguito discostato (sentenza C-224/01 *Köbler* cit.) chiarendo la situazione del tutto peculiare di quella vicenda, ove erano in discussione alcune delle competenze esclusive della Commissione.

⁷³ Con riferimento al quale si v. in part. Corte di Giustizia, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe*: “In mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il designare il giudice competente a stabilire le modalità procedurali delle azioni giudiziarie tese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale”. Cfr. poi D.U. GALLETTA, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Ius publicum*, 2011.

⁷⁴ Cfr. L.L. ARDIZZONE, *Quando la Costituzione italiana deve misurarsi con il diritto dell'Unione europea*, cit.; M. LIPARI, *Il sindacato della cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, comma 8, della costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giustizia Insieme*, 11 dicembre 2020.

⁷⁵ B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al giudice europeo?*, in *Federalismi.it*, n. 11/2020, 20.

silenzio legislativo, tuttavia, ha frustrato il tentativo del giudice delle leggi, lasciando permanere quel disagio applicativo nell'ordinamento. È a tale disagio che può ascriversi l'insistenza della Cassazione, poi sfociata nell'uso dissenziente che ha compiuto del rinvio pregiudiziale⁷⁶.

Il che induce allora a collocare l'interrogativo sul ruolo del rinvio pregiudiziale per la costruzione costituzionale europea entro una più ampia questione di fondo, vale a dire quella relativa all'adeguatezza della disciplina del processo costituzionale italiano rispetto alle sfide cui è confrontato nella terza ondata della *judicial review*, in cui si avverte la necessità di strumenti ulteriori rispetto a quelli di un mero "legislatore negativo"⁷⁷, che consentano al giudice delle leggi il dialogo collaborativo non solo con le altre giurisdizioni, ma anche con il legislatore⁷⁸, come emerge dal lavoro giurisprudenziale con cui la Corte costituzionale progressivamente tenta, da sola, di adeguare la propria azione al contesto storico-politico in cui si svolge⁷⁹.

Una strada forse percorribile potrebbe essere quella del rafforzamento del raccordo tra attività della Corte e attività del Parlamento. Com'è noto, il suo fondamento costituzionale risiede nell'art. 136, comma 2, Cost., secondo la cui previsione le decisioni della Corte vanno comunicate agli organi legislativi interessati "affinché possano provvedere nelle forme costituzionali". È del pari noto, tuttavia, che la procedura prevista dai Regolamenti parlamentari del 1971 in sua attuazione (articoli 198 r. C. e 139 r. S.)⁸⁰ è stata esercitata talmente poco e male da indurre taluni a parlare di "naufragio"⁸¹. Valorizzare tale strumento di raccordo, invece, consentirebbe di affrontare il problema di come conciliare la garanzia della legalità costituzionale con il rispetto della discrezionalità del legislatore quando l'azione del giudice delle leggi non può passare per la mera censura di una disposizione normativa, ma si scontra col complesso fenomeno della patologia del silenzio legislativo⁸².

⁷⁶ Sul punto, più in generale, si vedano le considerazioni di F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *Federalismi.it*, n. 3/2021, 31.

⁷⁷ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale* (1928), trad. it. a cura di C. Geraci, Milano 1981.

⁷⁸ Si veda la relazione della Presidente emerita Marta Cartabia sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, p.to 3.2. Sul punto, cfr. M. D'AMICO, *Intervento* al Seminario di Quaderni costituzionali *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, 27 maggio 2019; N. LUPO, *Intervento*, ivi.

⁷⁹ Cfr. M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014; Id., *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit.; Id., *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, n. 1/2020, 53 e ss. Si v. poi R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale del futuro (verso una maggiore valorizzazione e realizzazione dei caratteri «diffusi» del controllo di costituzionalità?)*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nel sistema istituzionale*, in *Foro it.*, V, 2000, 39.

⁸⁰ Si v. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano 2013, 698 e ss.

⁸¹ L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova 1987, 296. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 e ss.

⁸² Per un approfondimento sul diverso contesto storico sotteso all'adozione della disciplina del

Dalle risposte che si saprà offrire a queste rinnovate esigenze, infatti, forse più ancora che da quella della Corte di Giustizia, dipende il futuro del dialogo tra le Corti. Nello scenario presente, la preoccupazione maggiore è il rischio emulativo che la tipologia conflittuale di rinvio pregiudiziale può recare con sé. La funzionalità del dialogo verticale, invero, non può prescindere dalle relazioni sul piano orizzontale⁸³. Anche per queste la leale collaborazione rappresenta l'imprescindibile mezzo attraverso cui muoversi sulla strada dell'interlocuzione intergiurisdizionale⁸⁴.

processo costituzionale, ove l'esigenza principale era quella di espungere dall'ordinamento la legislazione anteriore contrastante con i valori del nuovo ordine repubblicano, si v. F. PIERANDREI, *Corte costituzionale, ad vocem*, in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, 968. Sull'evoluzione storica e le motivazioni sottese al fenomeno del silenzio legislativo inteso come difficoltà decisionale del decisore politico si v., per tutti, M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984.

⁸³ P. BALAGUER CALLEJÓN, *The Relations Between the EU Court of Justice and the Constitutional Courts of the Member States*, in H.L. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The European Union after Lisbon. Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Heidelberg 2012, 257 "The relationship between National constitutional law and European Law, and the relationship between national constitutional courts and the ECJ, is naturally shaped by the relationship that each judicial body has its own legal system (...)".

⁸⁴ Cfr., ancora, la relazione della Presidente emerita Cartabia cit., al p.to 3.

ATTUALITÀ

Giurisdizione, Costituzione e Corti: retrospettiva e prospettiva. A proposito di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

Francesca Proietti, Francesco Severa*

SOMMARIO: 1. Una piccola avvertenza introduttiva. – 2. Inquadramento della vicenda. La pronuncia della Corte di Cassazione alla luce della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale. – 3. Retrospettiva: Giurisdizione e Costituzione. – 3.1. Unità e pluralità della giurisdizione. L'art. 111 comma 8 nel contesto della Costituzione. – 3.2. Unità e pluralità della giurisdizione nella giurisprudenza costituzionale. – 3.3. La tutela giurisdizionale alla prova dello scontro tra Corti. – 4. Prospettiva: il rapporto tra le Corti alla luce, in particolare, del secondo quesito pregiudiziale. Il dovere di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. – 4.1. La Corte costituzionale e la Corte di Cassazione: due posizioni inconciliabili. – 4.2 Le Corti nazionali e la Corte di Giustizia.

1. *Una piccola avvertenza introduttiva.* – Il presente lavoro si pone l'obiettivo di declinare effetti e conseguenze dell'ormai famosa ordinanza n. 19598 del 2020 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in una doppia visione prospettica. Da una parte, coglierne i riflessi interni in tema di tutela giurisdizionale, partendo dai principi costituzionali sul tema e dalla loro evoluzione alla luce della giustizia costituzionale. Dall'altra, ricostruirne le conseguenze sui rapporti tra Corti interne (Corte costituzionale e Corte di Cassazione) e Corti esterne (Corte di Giustizia dell'Unione europea) e, dunque, sulle evoluzioni del complesso dialogo esistente tra le stesse. Questa doppia visuale ricalca, in qualche modo, due dei quesiti che la Corte di piazza Cavour ha posto alla Corte di Giustizia, il primo in tema di effettività del controllo sull'applicazione del diritto europeo, che la Cassazione vorrebbe a sé avvocato, e il secondo in tema di controllo sul corretto e necessario espletamento dell'obbligo di ricorso pregiudiziale. Due declinazioni che, si avverte, proprio perché portate avanti rigorosamente, non saranno esenti da possibili incompatibilità.

* Pur nell'ampia condivisione dell'impostazione del lavoro, a Francesca Proietti sono imputabili i paragrafi 2 e 4, mentre a Francesco Severa il paragrafo 3.

2. *Inquadramento della vicenda. La pronuncia della Corte di Cassazione alla luce della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale.* – Con l’ordinanza di rinvio pregiudiziale del 18 settembre 2020, n. 195981¹, la Corte di Cassazione si è rivolta alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, affinché sciolga i nodi di due questioni di estrema attualità. A tal proposito, in questa sede si andranno ad esaminare luci ed ombre delle motivazioni che hanno portato la Corte a proporre, in particolare, i primi due quesiti pregiudiziali².

In primis, occorre inquadrare brevemente la pronuncia nel suo contesto fattuale. L’ordinanza trae origine da un ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione (ex art. 111, co. 8, Cost.) avverso una sentenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici. Il caso concreto riguardava una gara di appalto bandita da un’azienda sanitaria, interessata ad affidare un contratto per la somministrazione temporanea di personale, sulla base del criterio del minor prezzo e dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Veniva indicata una soglia di sbarramento, il cui mancato superamento aveva portato l’impresa esclusa dalla gara a proporre ricorso dinanzi al T.A.R. Nel caso specifico, l’impresa lamentava la propria illegittima esclusione, a causa dell’inadeguatezza dei criteri di scelta, dell’irragionevolezza dei punti tecnici riconosciutegli, nonché della nomina illegittima della commissione di gara. L’impresa esclusa, quindi, proponeva ricorso contro gli atti di gara, nonché contro l’atto di aggiudicazione della stessa all’impresa vincitrice.

La questione, arrivata in appello dinanzi al Consiglio di Stato, veniva rigettata da quest’ultimo, il quale rilevava che l’impresa esclusa non fosse legittimata

¹ Tra gli altri, si vedano R. BIN, *È scoppiata la “terza guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020; B. NASCIBENE e P. PIVA, *Il rinvio della Corte di cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto europeo?*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e “i motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2020; G. MONACO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia come tentativo della Cassazione di superare l’interpretazione dell’art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all’ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021.

² Tra l’altro, il terzo quesito ha perso concretamente di attualità, visto che, a seguito della sentenza Lombardi della Corte di Giustizia, la giurisprudenza amministrativa ha seguito l’interpretazione europea, secondo cui l’accoglimento del ricorso incidentale non può mai precludere l’esame di quello principale (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. IV, 2 novembre 2020, n. 6734; Consiglio di Stato, sez. IV, 2 novembre 2020, n. 6732; TAR Calabria, sez. I, 2 novembre 2020, n. 1756; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; TAR Lombardia, 10 agosto 2020, n. 1538; Consiglio di Stato, sez. V, 30 luglio 2020, n. 4855; TAR Toscana, 23 luglio 2020, n. 960; Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2020, n. 3528; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 24 novembre 2020, n. 1103; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 1 giugno 2020, n. 334; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 17 dicembre 2019, n. 14; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2018, n. 2587). Per una ricostruzione della soluzione adottata dalla Corte di Giustizia si rinvia a P.L. TOMAIUOLI, *Il diritto amministrativo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 7 ottobre 2020.

a contestare gli esiti della gara poiché portatrice di «un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara». A fronte del rigetto da parte del Consiglio di Stato, allora, l'impresa esclusa ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione (art. 111, co. 8, c.p.c.). L'impresa, riscontrando la violazione del diritto europeo da parte del giudice amministrativo e, in particolare, del principio di effettività della tutela (art. 1, Direttiva CEE n. 665/1989)³, ha ritenuto ciò integrante una negazione di tutela che, come tale, ha legittimato il suo ricorso in Cassazione⁴.

Prima di esaminare i quesiti pregiudiziali e, in particolare, i punti più rilevanti dell'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. fornita dalla Corte di Cassazione, occorre specificare che l'ordinanza in esame si pone in aperto contrasto, fino a sfociare in piena incompatibilità, con una precedente pronuncia della Corte costituzionale, la quale si era già espressa sull'interpretazione del medesimo articolo. La divergenza delle due pronunce è ravvisabile, in particolare, in tre questioni necessariamente «preliminari».

Nella sentenza n. 6 del 2018, infatti, la Corte costituzionale ritiene di essere la sola competente ad interpretare l'art. 111 Cost, in quanto norma costituzionale e, quindi, rientrante nella sua «competenza naturale», quale interprete ultimo delle norme costituzionali e – nella specie – di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali⁵. La Corte di Cassazione, al contrario, ritiene che l'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. e, quindi, del concetto di giurisdizione sia una competenza «riservata» alle Sezioni Unite⁶.

³ In particolare, la società ricorrente lamentava la violazione degli articoli 362, co. 1, c.p.c. e 110 c.p.a. per avere il Consiglio di Stato negato ad un soggetto escluso dalla gara la legittimazione e l'interesse a proporre le censure utili per travolgere la gara stessa, con conseguenziale violazione, come già detto, del principio di effettività della tutela giurisdizionale previsto dal diritto comunitario.

⁴ SS. UU., sent. n. 2242 del 6 febbraio 2015: «in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione – che l'art. 111, co. 8, Cost., affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, [...] salva l'ipotesi, "estrema", in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo»; SS.UU. sent. n. 31226 del 29 dicembre 2017: «non costituiscono diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori "in procedendo" o "in iudicando", ancorché riguardanti il diritto dell'Unione europea salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia».

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2018, *Cons. in diritto* 9: «La verifica deve essere operata tenendo presente che nella specie non si tratta di un'ordinaria questione di giurisdizione, avente ad oggetto la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, ma l'interpretazione ed applicazione di norme costituzionali, e in particolare del comma ottavo dell'art. 111 Cost.».

⁶ Cfr. Corte di Cassazione, ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, *par.* 23.1.

L'incompatibilità, poi, si spinge fino a ricomprendere l'interpretazione concreta di quelli che sono i «motivi inerenti alla giurisdizione». La Corte costituzionale accoglie un'interpretazione prettamente letterale dell'art. 111 Cost., evidenziando come la netta contrapposizione tra i commi 7 e 8 renderebbe «inammissibile» ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa «assimilazione dei due tipi di ricorso»⁷. Ne consegue che mentre contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione. In tal senso, dunque, il sindacato esercitato dalla Corte di Cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, per quel che qui ci interessa, è consentito solo ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione, «per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio»⁸. Il concetto di giurisdizione così delineato, che comprende tanto il difetto relativo di giurisdizione, quanto quello assoluto, secondo la Corte costituzionale, «non ammette soluzioni intermedie»⁹.

Con l'ordinanza in commento, le Sezioni Unite «stravolgono» l'interpretazione della Consulta, ritenendola una «prassi interpretativa nazionale» e, come tale, superabile. In particolare, la Cassazione accoglie un'interpretazione dinamica, o evolutiva, del concetto di giurisdizione, la quale ricomprende tra le norme sulla giurisdizione non solo quelle che individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quelle che danno contenuto a quel potere stabilendo «le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca»¹⁰. In particolare, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, la giurisdizione della Cassazione non includerebbe il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, facendo, però, salvi «i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore “in procedendo” costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2018, *Cons. in diritto* 11.

⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2018, *Cons. in diritto* 6: «Secondo questo orientamento, pertanto, i motivi deducibili in questa sede riguarderebbero solo le ipotesi in cui si prospetti la violazione dell'ambito della giurisdizione in generale – per essere stata esercitata nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negata sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale (cosiddetto rifiuto di giurisdizione) – o l'aver pronunciato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure l'aver negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che appartenga ad altro giudice (cosiddetto diniego di giurisdizione)».

⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2018, *Cons. in diritto* 16.

¹⁰ Cfr. Corte di Cassazione, ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, *par.* 23.

da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di Giustizia»¹¹. In questo senso, dunque, secondo le Sezioni Unite il concetto di motivi inerenti alla giurisdizione ricomprenderebbe, tramite una lettura estensiva, i motivi generalmente inerenti alla tutela giurisdizionale. Una norma che stabilisce le forme di tutela giurisdizionale, nazionale o europea che sia, diventa una norma sulla giurisdizione: l'interpretazione da parte del Consiglio di Stato di una norma attributiva di tutela, al pari dell'interpretazione di una norma attributiva del potere giurisdizionale, diventa un motivo di ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, giustificandone il suo sindacato.

L'ultimo punto di contrasto tra le due pronunce riguarda la violazione del diritto dell'Unione europea e la sua incidenza sui motivi di ricorso per cassazione.

La Corte costituzionale ritiene che la violazione di norme sovranazionali sia violazione di legge, pur sfociando, nella sostanza, in una denegata tutela. La violazione di norme dell'Unione o della CEDU «costituisce un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata)»¹², e non un motivo inerente alla giurisdizione.

Le Sezioni Unite, al contrario, e questa è indubbiamente la parte più innovativa della pronuncia, ritengono che la violazione del diritto dell'Unione europea non attenga al presupposto di attribuzione del potere, bensì all'erogazione della tutela. Violando il diritto dell'Unione europea, di fatto, il giudice amministrativo sta denegando la tutela al ricorrente. In tal senso, dunque, la violazione di legge ha virtualmente due estrinsecazioni: quando l'*error in procedendo* sfocia, sostanzialmente, in una tutela denegata, la violazione di legge muta la sua natura più immediata, trasformandosi in un motivo inerente alla giurisdizione o, più propriamente, in un motivo inerente alla tutela giurisdizionale.

A questo punto, occorre esaminare da vicino i primi due quesiti pregiudiziali rivolti alla Corte di Giustizia. Con il primo quesito, la Corte di Cassazione chiede alla Corte di Giustizia «se gli artt. 4, par. 3, e 19, par. 1, del TUE, e gli artt. 2, parr. 1 e 2, e 267 del TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111, Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo, secondo cui avverso le sentenze del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può essere utilizzato per fare valere la violazione di norme comunitarie»; con il secondo quesito, ancora, la Corte di Cassazione chiede «se i medesimi articoli del diritto dell'Unione ostino ad una prassi giurisprudenziale nazionale, secondo cui il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di

¹¹ Cfr. Corte di Cassazione, ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, par. 26.

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2018, *Cons. in diritto* 14.1.

Stato (e della Corte dei conti) non può essere utilizzato per fare valere l'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti)».

Riguardo al primo quesito, le Sezioni Unite ritengono la «prassi interpretativa» avallata dalla Corte costituzionale contrastante, da una parte, con il principio di leale collaborazione tra Stati membri ed Unione europea e, dall'altra, con la necessità che gli Stati membri stabiliscano i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Il problema cui le Sezioni Unite vogliono porre rimedio, invero, riguarda il fatto che, a fronte di una violazione del diritto europeo da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato, non esista nel sistema ordinamentale un modo effettivo per eliminare il vizio insito nella pronuncia. In caso di violazione del diritto europeo, infatti, lo Stato potrà essere ritenuto responsabile, ma la decisione giurisdizionale sarà intangibile. Secondo questa prospettiva, quindi, il ricorso per Cassazione si porrebbe come l'unico strumento in grado di impedire che si formi, di fatto, un giudicato in contrasto con il diritto europeo, nell'ottica di apprestare un rimedio in forma specifica volto a sopprimere la violazione. In mancanza di un rimedio in forma specifica, invero, il risultato sarebbe quello di non garantire effettività al diritto dell'Unione europea: il rimedio per equivalente, ossia l'eventuale risarcimento del danno a fronte della responsabilità dello Stato, non darebbe comunque attuazione al diritto comunitario, andando solamente a riparare, e non ad eliminare, la violazione. Non ammettendosi un rimedio specifico, quindi, si consentirebbe la violazione del diritto europeo. Ed è proprio «l'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato»¹³ che rende ineludibile la possibilità che si ricorra per cassazione fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato. Non è condivisibile, quindi, una prospettiva alternativa che, nella sostanza, avrebbe l'effetto di far consolidare una grave violazione del diritto dell'Unione «in un momento in cui essa è ancora rimediabile»¹⁴.

Riguardo al secondo quesito, le Sezioni Unite ritengono che il mancato rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale di ultimo grado, a ciò obbligato¹⁵, costituirebbe anch'esso un motivo inerente alla giurisdizione. Il giudice nazionale, infatti, laddove ometta senza motivare di effettuare un rinvio pregiudiziale obbligatorio, andrebbe ad invadere le attribuzioni esclusive della Corte

¹³ Cfr. Corte di Cassazione, ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, *par.* 36.

¹⁴ Cfr. Corte di Cassazione, ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, *par.* 19.

¹⁵ Cfr. art. 267, par. 3, TFUE: «Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è *tenuta* a rivolgersi alla Corte» (corsivo aggiunto). Sulla «flessibilità» dell'obbligo di rinvio pregiudiziale si veda F. PANI, *L'obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, in *European Papers*, 2017.

di Giustizia in materia di interpretazione del diritto comunitario e, quindi, ad esercitare «un potere giurisdizionale di cui è privo». Eppure, anche in questo caso, l'unico rimedio esperibile sarebbe quello del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, rimedio evidentemente «indiretto e succedaneo»¹⁶. In mancanza di un rimedio effettivo, allora, il giudice di ultima istanza impedirebbe alla Corte di Giustizia di svolgere il ruolo di interprete autentico del diritto dell'Unione. In tale ottica si giustificerebbe, secondo le Sezioni Unite, l'attivazione del rimedio del ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

3. *Retrospettiva: giurisdizione e Costituzione.* – 3.1. *Unità e pluralità della giurisdizione. L'art. 111 comma 8 nel contesto della Costituzione.* – L'avvento della Costituzione repubblicana ha iscritto nel nostro ordinamento una serie di linee di tensione, più o meno carsiche, che rispecchiano il discrimine genetico tra un'istanza programmatica e progressiva della Carta ed una stabilizzatrice e garantista della stessa. E in tema di giurisdizione, cioè per ciò che riguarda la manifestazione storica con cui la giustizia di un dato ordinamento prende forma¹⁷, viene riportato plasticamente questo schema. Da una parte, infatti, non si nega nel testo l'esistenza di una pluralità di giudici, ordinari e speciali, su cui altrimenti declinare differenti ragioni di giustizia, siano essi diritti soggettivi ovvero interessi legittimi (artt. 102 e 103 Cost.). Dall'altra, si postula però la parificazione delle situazioni giuridiche, a cui viene riconosciuta egualmente la tutela giurisdizionale (art. 113, comma 1, Cost.). Alla medesima formula sostanziale di tutela spettante a diritti soggettivi e interessi legittimi, corrispondono però differenti modelli di attuazione della volontà legale. Nel testo della Carta sembrano convivere, dunque, un'istanza unitaria di giurisdizione, che riguarda i tratti della tutela giurisdizionale assicurata, e un'istanza plurale di giurisdizione, che riguarda specifici settori di specializzazione giurisprudenziale e una corrispondente disgregazione della funzione nomofilattica. In questi termini, il nostro ordinamento costituzionale si struttura secondo un modello di bilanciamento e contemperamento di queste differenti istanze, ritagliando strumenti di demarcazione di questi ambiti. Infatti, se ad assicurare settorialmente l'elemento di uniformità degli orientamenti di ermeneutica giurisprudenziale sono chiamati i

¹⁶ Cfr. Corte di Cassazione, ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, *par.* 52. La responsabilità degli Stati membri a fronte del mancato rinvio pregiudiziale è stata affermata dalla Corte di Giustizia, in particolare, nella sent. *Köbler*.

¹⁷ Si riprende qui la definizione di I. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici "speciali" (sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano 1993, 901: «giurisdizione è l'idea giuridica di giustizia che mano a mano storicamente si pone; da tale idea non si può prescindere per indicare la giurisdizione, anzi, quest'ultima è il modo – o, comunque, il più rilevante modo – storico con cui la giustizia di un ordinamento giuridico prende forma».

singoli organi di vertice della magistratura ordinaria, amministrativa e contabile, a garantire l'unicità e i caratteri essenziali delle forme della tutela giurisdizionale è la sola Corte di Cassazione.

Tale assetto è stato il frutto di un acceso e articolato dibattito in sede di Assemblea costituente, che vide contrapposti personaggi dello spessore di Piero Calamandrei e Costantino Mortati¹⁸. Il primo fu uno strenuo sostenitore del principio di unicità della giurisdizione, arrivando a proporre l'affidamento esclusivo dell'esercizio della giurisdizione alla magistratura ordinaria e trasformando Consiglio di Stato e Corte dei Conti in organismi meramente consultivi, se non perfino abolendoli e trasferendo le loro funzioni a sezioni specializzate della magistratura ordinaria¹⁹. Sulla medesima linea Giovanni Leone, che riteneva che il principio di unicità fosse direttamente legato al prestigio del potere giudiziario²⁰. Mortati, al contrario, riteneva necessario mantenere una forma di specializzazione delle "giurisdizioni", così da evitare che la pubblica amministrazione fosse sottoposta alla magistratura ordinaria²¹. In qualche modo, la seconda tendenza prevalse, forse soprattutto con l'idea di conservare il patrimonio storico e l'esperienza decennale di importanti organismi giurisdizionali, come erano i massimi organi amministrativo e contabile. Ancora, si sottolineò da più parti nella discussione la necessità di conservare figure di magistrati altamente specializzati, che fossero più sensibili e capaci nel cogliere e far valere l'interesse privato nei confronti dello Stato. Nella situazione di compromesso che, come abbiamo visto, si sarebbe poi delineata si ritrova dunque sia la necessità dell'unicità della giurisdizione come corollario necessario del principio di indipendenza della magistratura, sia la conservazione di un assetto plurale della giurisdizione, che nella specializzazione di alcuni rami della magistratura vede un elemento di maggiore garanzia per il cittadino. A sintetizzare il tutto la felice espressione di Meuccio Ruini, che ebbe a definire i giudici amministrativi come "giudici speciali ordinari"²².

Questa doppia declinazione del sistema giurisdizionale non è priva di conseguenze, soprattutto perché è possibile riconoscere ai due ambiti alcuni specifici risvolti pratici. Stando a una vecchia dottrina, già richiamata, la giurisdizione va

¹⁸ Per una completa ricostruzione si veda M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La Giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta della costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, rivista *aiic.it*, fascicolo n. 4/2014.

¹⁹ Così Piero Calamandrei nella seduta della Seconda Sottocommissione, sezione seconda, dell'Assemblea costituente del 17 dicembre 1946. Così dagli *Atti parlamentari dell'Assemblea costituente* pubblicati sul sito *camera.it*.

²⁰ Così sempre dagli *Atti parlamentari dell'Assemblea costituente* della seduta della Seconda Sottocommissione, sezione seconda, dell'Assemblea costituente del 17 dicembre 1946.

²¹ Interessante la posizione di Mortati, che aveva perfino proposto con specifico emendamento che i conflitti in tema di giurisdizione non fossero risolti innanzi alla Corte di Cassazione, ma alla Corte delle garanzie costituzionali (la futura Consulta).

²² Seduta dell'Assemblea costituente del 21 novembre 1947.

infatti inquadrata quale realizzazione storica della *iurisdictio*, che si estrinseca non tanto nell'identificazione di ciò che è meritevole di tutela (a questo è funzionale l'attività legislativa), quanto piuttosto nelle forme e nei limiti di questa tutela. Ecco, quindi, che «le ragioni del processo sono ben più importanti di ciò che di volta in volta nel processo deve trovare soluzione»²³. La giurisdizione va intesa come elemento secolarizzato della giustizia, componente organizzativa dell'ordinamento e modo concreto di realizzazione dello stesso. Giurisdizione, azione e processo sono un *continuum* ed esprimono il modo storico di un dato ordinamento di rendere giustizia. Tale “modo” non può che essere uno e uno solo per ogni ordinamento, pena immaginare uno sdoppiamento di sistema, sovrapposizioni e contrapposizioni. Rendere giustizia per lo Stato è espressione di sovranità e se quella sovranità è riconosciuta nelle mani del popolo è chiaro che essa intrinsecamente sarà unitaria. In questo senso allora, come può giustificarsi questa convivenza tra la necessaria istanza unitaria e la presenza di giurisdizioni speciali?

Alcuni autori hanno sottolineato come il principio di unicità della giurisdizione debba essere inteso nel nostro ordinamento solamente come tendenziale. Esso non sarebbe altro che un ideale astratto, che in concreto va a bilanciarsi con l'ineliminabile esigenza di specializzazione della giurisdizione, per attività *ex ante* individuate e comunque circoscritte²⁴. Una lettura che vorrebbe l'istanza di unità come meramente nominale, quasi come fosse un fardello teorico da tenere in vita solamente per salvare le apparenze. Al contrario, tale istanza aggregante si realizza nella parificazione delle tutele tra interesse legittimo e diritto soggettivo. Postula, in sostanza, che entrambi tali richieste di giustizia, pur tra loro differentemente caratterizzate, siano tutelate «nella garanzia di obiettività, di uguaglianza tra le parti, offerta da un giudice o un arbitro estraneo alla controversia, e vincolato a norme o principi posti obiettivamente»²⁵. Niente di più di quel principio solennemente introdotto nel testo della Carta al primo comma dell'articolo 111 con la revisione costituzionale degli ultimi anni del secolo scorso: «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Ecco allora, che se la pluralità si esplica in un principio di allocazione delle competenze giurisdizionali e di coordinamento giurisprudenziale, l'unicità riguarda le forme della tutela, che non ammettono differenze di sorta, nemmeno in ragione della diversa specializzazione. Esse non possono che avere integrale natura giurisdizionale.

E veniamo dunque agli strumenti. La pluralità della nomofilachia è assicurata da Cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei Conti, ognuna per il suo set-

²³ I. MARINO, *ult. cit.*, 903. Continua I. MARINO: «Il *modus* del giudizio acquista [...] decisive connotazioni di giustizia, più di quanto non riveli che sia giusta in concreto la decisione del giudice».

²⁴ Si veda su questo F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino 2018; per una più approfondita analisi si veda anche G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano 2013.

²⁵ A. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in Nov.mo Dig. It., VII, 986.

tore. La unicità della tutela giurisdizionale è invece assicurata dalla sola Corte di Cassazione, secondo quanto disposto dall'art. 111, comma 8, Cost. Quel ricorso straordinario in Cassazione "per motivi inerenti alla giurisdizione" rappresenta la disposizione di chiusura del sistema di tutela giurisdizionale, ponendo la Suprema Corte al centro dell'ordinamento giudiziario, non tanto (o comunque non solo) quale controllore della corretta allocazione delle competenze giurisdizionali tra la magistratura ordinaria e quelle speciali, ma soprattutto quale garanzia di unicità della forma di tutela. Ecco, infatti, che «la giurisdizione non si definisce [...] in relazione ai rapporti tra i giudici, ma in relazione ai rapporti fra i soggetti dell'ordinamento e del processo»²⁶. Nel nostro ordinamento convivono dunque unità e pluralità di giurisdizione, in un modello in cui il primo elemento si sovrappone al secondo, offrendo una chiave di ricostruzione nelle forme di azione ed esercizio della garanzia che è univoca e trova un giudice a piazza Cavour.

3.2. *Unità e pluralità della giurisdizione nella giurisprudenza costituzionale.*

– Tale esplicitata ermeneutica di contesto sembra dunque restituire un chiaro presupposto da cui poter declinare il concetto di giurisdizione nel nostro sistema costituzionale. La giurisdizione, innanzitutto, partecipa della sovranità dello Stato, perché ne segna un modo di essere, pur con proprie caratteristiche. La dottrina più risalente, nel tentativo di fuggire da una rappresentazione dogmatica, proponeva di isolarne i caratteri per differenziazione, cioè cogliendone la natura ineguale rispetto alla funzione amministrativa e a quella legislativa (le altre due fondamentali espressioni della sovranità statale)²⁷. In particolare, se ne indicavano due caratteri tipici, che non possono ritrovarsi nelle altre due funzioni appena richiamate: «la terzietà del giudice e il vincolo della sua pronunzia alla esistenza ed all'esercizio del potere di azione (il giudice è estraneo al rapporto giuridico che è chiamato ad esaminare, sostituendosi alle parti nei rapporti giuridici in questione, e giudica solo su domanda)»²⁸. Al contrario, infatti, la funzione amministrativa agisce sempre come parte ulteriore ed estranea al cittadino, mentre la funzione legislativa manca dell'istanza di parte. In qualche modo, la "norma" generata dal provvedimento giurisdizionale (la sentenza), emanata dal giudice terzo, risponde solo alla domanda di parte e a tale sollecitazione deve conformare la sua decisione. Tale elemento di "eteronomia" spiega perché l'esercizio di tale funzione non sia stato affidato dalla Carta a organi costituzionali (fatta eccezione per la giurisdizione della Corte costituzionale), ma ad organi di rilievo costituzionale (la magistratura appunto).

Accanto a tale significato sistemico, la funzione giurisdizionale è poi inqua-

²⁶ Torna qui nuovamente I. MARINO, *ult. cit.*, 914.

²⁷ *Ex plurimis*, si veda su questo F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958.

²⁸ Così P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1987, 389.

drabile quale elemento di garanzia dei diritti, come anche di tutela del singolo innanzi al potere dell'amministrazione. A dispetto della pluralità dei giudici, la disciplina costituzionale delle attività giurisdizionali rimane unica e comune, presidiata da un generale principio di riserva di legge, ribadito (forse perfino rafforzato) da una pluralità di disposizioni che man mano insistono su come le norme dell'ordinamento giudiziario siano "stabilite con legge" (art. 108, primo comma, Cost.), su come tutti i giudici siano "soggetti soltanto alla legge" (art. 101 Cost.) e come sia la legge ad assicurare l'indipendenza ai componenti della magistratura, compresi i pubblici ministeri (art. 108, ultimo comma, Cost.). Proprio sulla base del menzionato art. 108, la Corte costituzionale, con una robusta giurisprudenza che abbraccia circa trent'anni (dal 1960 al 1990), ha sindacato e dichiarato costituzionalmente illegittime quelle norme che riconoscevano l'esercizio della giurisdizione a soggetti ben lontani dall'essere indipendenti e imparziali, perché in qualche modo direttamente riconducibili alle strutture dell'amministrazione statale²⁹. Sono state dichiarate incostituzionali le disposizioni che riconoscevano, in date situazioni, il ruolo di giudice al Ministro della marina mercantile, quella disciplina che affidava ai Consigli comunali e provinciali la giurisdizione per le controversie elettorali riferite ai medesimi organi elettivi, ancora la particolare giurisdizione dei Consigli di Prefettura e delle Giunte provinciali amministrative, infine la giurisdizione penale degli intendenti di finanza e dei comandanti di porto e quella dei comandanti in tema di sinistri marittimi³⁰. In questa stessa lunga e composita azione di adeguamento dell'ordinamento al dettato costituzionale, la Consulta, anche nei casi in cui ha confermato la natura giurisdizionale di determinate autorità, ha comunque chiaramente ricostruito i requisiti specifici che presuppongono il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, quali il divieto di revoca del giudice nel corso del mandato, anche se temporaneo, la facoltà di astensione e riconsunzione come prescritto dalle comuni norme processuali, la possibile coesistenza in capo ad un unico soggetto della funzione giurisdizionale e della funzione amministrativa, a patto che si escluda ogni subordinazione verso altro soggetto³¹.

Il richiamo a questa risalente attività della Corte costituzionale ben sottolinea come l'esercizio della giurisdizione non sottenda un mero problema di allocazione della funzione tra i diversi giudici *ratione materiae* (anzi meglio *ratione principii*), rilevando i limiti esterni e la coerenza interna della *iurisdictio* affidata di volta in volta al giudice ordinario o ai giudici speciali. Essa al contrario rileva per specifici profili sostanziali, che riguardano le formule di garanzia del rapporto tra organo giurisdizionale e soggetti tutelati dall'esercizio della giurisdizione. Tali due aspetti si pongono, in realtà, in un rapporto consequenziale. Un model-

²⁹ Interessante l'analisi sul tema di L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1991, 500 ss.

³⁰ Si vedano le risalenti sentenze della Corte costituzionale n. 133 del 1963, n. 93 del 1965, n. 55 del 1966, n. 30 del 1967, n. 60 del 1969, n. 121 del 1970, n. 164 del 1976, n. 451 del 1989.

³¹ Si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 103 del 1964 e n. 284 del 1986.

lo sostanziale e non meramente formale di giurisdizione postula che il discrimine tra giudice ordinario e giudici speciali non sia fondato su una mera distribuzione nominale o materiale tra i vari giudicanti, ma abbia riguardo alla natura delle situazioni soggettive da tutelare, con specifico riferimento alla dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo che la stessa Costituzione afferma.

Una questione a cui la giustizia costituzionale si è dimostrata sensibile, soprattutto nel momento in cui si è dovuta occupare della zona d'ombra tra diritto soggettivo e interesse legittimo, cioè quei particolari casi in cui perfino un diritto soggettivo può trovare tutela innanzi al giudice amministrativo. Con la sentenza n. 204 del 2004, la Corte costituzionale ha, infatti, inteso sottolineare come ogni forma di ripartizione e definizione della tutela giurisdizionale «[debba] considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie»³². A precisazione di tale principio, ha sostenuto la Corte che «la specialità di un giudice [possa] fondarsi esclusivamente sul fatto che questo sia chiamato ad assicurare la giustizia nell'amministrazione, e non mai sul mero fatto che parte in causa sia la pubblica amministrazione»³³. In qualche modo, la Consulta sembra qui porre un principio logico di precedenza della tutela sulla mera allocazione (sul mero pedissequo rispetto dei suoi confini *ex lege* ed *ex iudice* stabiliti). L'istanza di unità, cioè la necessità di assicurare una tutela propriamente giurisdizionale al soggetto che propone l'azione in difesa di un diritto ovvero di un interesse, è elemento fondante e pre-posto rispetto alla speculazione tutta procedurale sui confini delle singole giurisdizioni. Anzi, tale secondo aspetto deve essere teleologicamente ispirato al primo. Principio che è poi stato ribadito dalla Corte in una successiva pronuncia del 2007, in cui, sempre con riferimento alla possibilità per il giudice amministrativo di decidere in tema di diritti soggettivi si afferma che «il giudizio amministrativo [...] assicura la tutela di ogni diritto: e ciò non soltanto per effetto dell'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa»³⁴. La zona d'ombra di cui prima si parlava sembra risolversi in una prevalenza della ragione della tutela sulla mera prescrizione allocativa, nell'esigenza di trasformare la giurisdizione del giudice amministrativo da elemento di garanzia della legalità dell'azione avverso l'amministrazione in un vero e proprio strumento di tutela delle pretese del singolo.

I principi dedotti da tale ricostruzione vincolano inevitabilmente l'azione del legislatore, al quale non è data possibilità, da una parte, di eliminare l'ele-

³² Cfr. Corte cost., sent. n. 204 del 2004, *Cons. in diritto* 3.2

³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 204 del 2004, *Cons. in diritto* 3

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 140 del 2007, *Cons. in diritto* 3

mento plurale e, dall'altra, di allocare la giurisdizione in maniera irragionevole – così la sentenza n. 377 del 2008. Lo spazio di discrezionalità che ne risulta attiene dunque solamente «all'eventuale concentrazione della tutela e all'individuazione del giudice competente»³⁵. Se ne ricava che l'irragionevolezza andrà ricondotta ai casi in cui le scelte del legislatore in tema di distribuzione di competenze tra le varie magistrature corrano il rischio di ridondare in una lesione della tutela del singolo per quel che riguarda la terzietà del giudice e la sua eteronomia.

Ancora, i suddetti principi incidono vieppiù sul ruolo della Corte di Cassazione, quale garante e tutore dell'istanza unitaria di giurisdizione, *ex art.* 111, comma 8, della Costituzione. Dalle sentenze della Consulta si ricava innanzitutto un principio di distinzione, che nella sostanza impedisce che la Corte di Cassazione possa utilizzare tale strumento unificante per sindacare nel merito le decisioni di Consiglio di Stato e Corte dei Conti. Infatti, spiega la Consulta nella sentenza n. 77 del 2007, «perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di Cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione»³⁶. Il giudice di legittimità non può dunque declinare il sindacato sulla giurisdizione in una valutazione che riguardi il merito della questione, sostituendosi così ai giudici speciali perfino nella sostanza e nelle forme dell'esercizio della propria *iurisdictio*. Ma c'è di più. Questa stessa sentenza del 2007 insiste su una carsica tendenza a riaffermare l'istanza unitaria della giurisdizione, anche da parte della Corte costituzionale, che nella pronuncia *de qua* definiva il principio della conservazione degli effetti della domanda proposta innanzi al giudice senza giurisdizione come un principio generale che discende direttamente dagli articoli 24 e 111 Cost. In sostanza, quegli elementi processuali che nel nostro sistema insistono sulla differenziazione delle singole giurisdizioni sono, a parere della Consulta, incompatibili con una tutela giurisdizionale delle pretese del singolo che va intesa come organica. La dottrina ha sottolineato come questa organicità, per la verità, sembri far leva su due problematicità tendenziali che vanno risolte. Da una parte, il fatto che sia il giudice ordinario che i giudici speciali sono sempre più portati a dare applicazione ai medesimi principi di diritto comune (in tema di obbligazioni e contratti ad esempio) con il rischio che manchi un elemento di armonizzazione ermeneutica, più alto rispetto alle Corti di chiusura dei singoli sistemi: è il vero rischio connaturato alla pluralità della nomofilachia. Dall'altra, la riaffermazione in punta di Costituzione del principio unitario si declina processualmente in una lettura sistemica della declinazione plurale della giurisdizione, quasi che la decisione di adire questo giudice o un altro non derivi

³⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 377 del 2008, *Cons. in diritto* 3

³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 77 del 2007, *Cons. in diritto* 7

tanto da un criterio materiale quanto piuttosto dal risultato che si vuole ottenere, «sicché, la giurisdizione finisce con l'incardinarsi in questo o in quell'ordine di giudici a seconda del tipo di provvedimento richiesto nell'atto introduttivo del giudizio»³⁷. In qualche modo, quello che al legislatore viene negato, cioè il superamento della pluralità delle giurisdizioni, rischia di affermarsi per via pretoria, in palese contrasto però con la previsione costituzionale, che impone la coesistenza di unità e pluralità della giurisdizione.

3.3. *La tutela giurisdizionale alla prova dello scontro tra Corti.* – Gli elementi di decodificazione dell'ordinamento costituzionale sin qui affrontati pesano oltremodo sull'impostazione della Corte costituzionale in tema di interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. La sentenza n. 6 del 2018 ha segnato un passaggio essenziale in questo ambito, portando la Corte a pronunciarsi sul ruolo di garanzia dell'istanza unitaria svolto dalla Corte di Cassazione, con l'idea di porre un freno a quella tendenza giurisprudenziale ad affermare una prevalenza dell'istanza unitaria di giurisdizione su quella plurale. E possiamo dire che proprio in questo tentativo si iscrive l'ordinanza di rimessione con cui la Suprema Corte ha sollevato la questione di costituzionalità su una disposizione del d.lgs. n. 165 del 2001 in tema di ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Oltre il tema di merito, si pone una questione di rilevanza della questione, in quanto le Sezioni unite della Corte di Cassazione adite ex art. 111, comma 8, Cost., per costante giurisprudenza della stessa Suprema Corte, non possono sindacare nel merito, cioè nelle forme e nei modi dell'esercizio della *iurisdictio*, le sentenze del Consiglio di Stato, ma possono accertarne solamente l'eventuale sconfinamento del limite esterno della giurisdizione. Per superare tale questione preliminare, l'ordinanza di rimessione fa riferimento ad un'interpretazione dinamica ed evolutiva del concetto di giurisdizione, che vorrebbe il sindacato sui motivi inerenti alla giurisdizione esteso non solo ai casi di attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche alle forme di tutela con cui la giurisdizione si estrinseca. In questo senso, secondo la Cassazione, nei casi in cui il massimo organo della giustizia amministrativa avesse emesso una decisione palesemente in contrasto con il cogente diritto europeo in maniera abnorme e anomala, ben potrebbe essa intervenire sindacando gli *errores in procedendo* e *in iudicando* che ridondino in un palese superamento dei limiti esterni della giurisdizione. La Corte costituzionale ha respinto tale interpretazione, riaffermando, in linea con la maggioritaria giurisprudenza della stessa Cassazione³⁸, i confini propri del ricorso ex art. 111, comma 8, Cost.

³⁷ Così A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2007. Si veda su questo anche A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4/2007.

³⁸ Sottolinea tale conformità G. COSTANTINO, *Note sul ruolo della Corte regolatrice*, in *Questione giustizia*, 9 maggio 2019.

Innanzitutto, la Consulta rammenta come non possa confondersi l'unità funzionale della giurisdizione con la unità organica, che non può essere considerata un principio costituzionale. La sede specifica del vaglio della Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non può mai divenire una sede ultima e generale del controllo di legittimità delle decisioni dei singoli giudici ordinari o speciali, pena il venir meno dell'autonomia delle singole giurisdizioni, tutte comunque autoconclusive. Né si può pensare che l'ampliamento, anche fosse eccessivo, del sindacato esclusivo del giudice amministrativo sui diritti soggettivi possa implicare un intervento più incisivo della Cassazione con riguardo al posizionamento di merito di quello stesso giudicante, visto che, come già abbiamo detto, la giustizia costituzionale ha ben tracciato le linee di discrezionalità del legislatore sul tema della differenziazione delle giurisdizioni in questa zona d'ombra, che non implica alcuna attenuazione dello spazio esclusivo del giudice civile e del giudice amministrativo. Un ulteriore tema è quello del contrasto con il diritto euro-unitario, cioè la possibilità che la decisione della suprema magistratura della giustizia amministrativa si ponga in contrasto con una sentenza della CGUE, anche sopravvenuta. La Corte costituzionale non nega il tema, ma riconduce il caso ad una questione di illegittimità, che dunque non riguarda direttamente la giurisdizione ed è quindi estranea ai motivi di ricorso riconducibili al sindacato *ex art. 111, comma 8, Cost.* La questione del contrasto di una sentenza passata in giudicato con il diritto euro-unitario, a parere della Consulta, andrebbe risolta all'interno delle singole giurisdizioni e certo non in via pretoria, visto che la stessa Corte costituzionale raccomanda una revisione dei casi di revocazione, così da ricomprendere il caso *de quo*. Conclude, dunque, stabilendo che «l'eccesso di potere giudiziario, denunziabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito, dunque, alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»³⁹.

Molti in dottrina hanno sottolineato come questa decisione si configuri come un vero e proprio passo indietro della Corte⁴⁰. In un certo senso, essa è sembrata smentire il tentativo di apertura all'istanza unitaria, quello cioè che era

³⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2018, *Cons. in diritto* 15

⁴⁰ Così, ad esempio, G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio, in federalismi.it*, n. 34/2020.

sembrato un vero e proprio riconoscimento di prevalenza dell'unità della giurisdizione, di cui abbiamo analizzato i vari passaggi nella giustizia costituzionale. In realtà, tale lettura va smentita. Il principio unitario, che postula la garanzia suprema della tutela giurisdizionale, ben oltre le mere regole allocative, non nega però la necessaria coesistenza tra unità e pluralità. Non nega soprattutto che ogni giurisdizione sia autonoma e finita in sé, padrona di definire il merito del proprio potere e di trovare nella propria suprema magistratura il singolare e specifico momento nomofilattico. È evidente, dunque, che, davanti al tentativo della Cassazione di forzare il sistema plurale di giurisdizione ampliando il proprio sindacato a discapito della pluralità giurisdizionale, la Consulta si sia posta a difesa del sistema che la Costituzione disegna. Eppure, nemmeno la Corte sottovaluta il rischio della mancata applicazione del diritto euro-unitario, perché qui il discrimine diviene più sottile. È vero che l'applicazione del diritto dell'Unione europea è elemento proprio dell'esercizio della giurisdizione, che dunque resta pienamente nelle mani del singolo giudice, ordinario o speciale che sia. Diverso è il caso in cui di quella applicazione non si dia conto, nemmeno nella parte motiva della decisione del giudicante. Infatti, una cosa è che il giudice decida di non dover tener conto della norma europea in una specifica controversia: ciò attiene evidentemente al suo potere di esercizio della *iurisdictio*. Diverso è il caso in cui di tale mancata applicazione non renda giustificazione, nemmeno in motivazione, elevando il sospetto che non ne abbia preso contezza nel decidere. Ciò chiaramente riguarda la giurisdizione, non tanto nel suo esercizio, ma nella doverosa tutela della situazione soggettiva del singolo, vulnerando il principio di effettività della giurisdizione. Il tema allora è un altro. Questo tipo di vizio, che ha a che fare con la tutela dell'istanza unitaria di giurisdizione, comunque riconosciuta in Costituzione, può trovare tutela nelle forme del ricorso *ex art.* 111, comma 8, Cost.? Ovvero, dando seguito positivo a tale dubbio, si cadrebbe in una inaccettabile distorsione dell'istanza plurale di giurisdizione?

Questo medesimo meccanismo di forzatura sembra riproporsi nella ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020, in cui la Suprema Corte si rivolge con ricorso pregiudiziale alla CGUE proprio sollecitando l'affermazione di un principio di necessaria tutela del cittadino da una sentenza passata in giudicato che sia in contrasto con il diritto euro-unitario e rivendicando a sé il compito di assicurare questa tutela attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 111, comma 8, Cost., in aperto contrasto con quanto statuito dalla Corte costituzionale nella suddetta sentenza.

Ora, nello stretto confine del vizio inerente alla mancata motivazione sull'applicazione ovvero sulla non applicazione del cogente diritto euro-unitario, appare fondata una possibile estensione ermeneutica del sindacato *ex art.* 111, comma 8, Cost., con l'idea che in questo caso ad essere vulnerata sia l'integrale ed effettiva tutela giurisdizionale del singolo. Diverso, evidentemente, è dire che lo strumento di ricorso *ex art.* 111, comma 8, Cost. possa assumere la funzione

di un ulteriore e nuovo grado di giudizio idoneo a sindacare la corretta applicazione del diritto euro-unitario cogente (come anche a sindacare il mancato esperimento del ricorso in via pregiudiziale – su questo il successivo capitolo). Tale impostazione, infatti, implicherebbe il superamento della struttura plurale della giurisdizione, creando un unico giudice competente su ogni riparto del potere giurisdizionale, con un ruolo di indebita nomofilachia. Ancor più dubbi nascono se consideriamo che ciò avverrebbe per via pretoria, quindi con una evidente invasione del campo discrezionale del legislatore, ammesso che quest'ultimo possa introdurre un nuovo giudizio di verifica di ultima istanza dell'applicazione del diritto dell'Unione senza con ciò illegittimamente vulnerare la struttura plurale della giurisdizione, comunque sancita dalla Costituzione.

Appare chiaro come sia stretto il passaggio in cui si è infilata la Corte di Cassazione con l'ordinanza suddetta, almeno sotto il profilo del contesto sistemico interno all'ordinamento costituzionale. Non è un caso che la stessa Suprema Corte, in una ordinanza immediatamente successiva a quella in commento⁴¹, abbia voluto ricondurre in più contenuti margini la propria posizione, sottolineando come ad essere indubbiata nel caso dell'ordinanza n. 19598 del 2020 è una decisione del Consiglio di Stato che realizza una palese violazione del diritto dell'Unione europea e un'assoluta mancanza di motivazione in tema di esperibilità del ricorso pregiudiziale innanzi alla CGUE, senza andare a costruire uno strumento per una valutazione di merito delle scelte del giudice amministrativo in tema di conformità delle proprie decisioni al diritto euro-unitario⁴².

Ulteriore e ultimo profilo da analizzare con riguardo all'ordinanza n. 19598 del 2020 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione riguarda il conflitto istituzionale aperto da quella decisione. Parte della dottrina ha sottolineato come la Suprema Corte, scegliendo di perseguire la strada della questione pregiudiziale alla CGUE⁴³, abbia palesemente tentato di aggirare l'interpretazione della

⁴¹ Corte di Cassazione, sezioni unite, ordinanza n. 24107 del 2020.

⁴² Così Corte di Cassazione, sezioni unite, ordinanza n. 24107 del 2020: «E ad ulteriormente differenziare in modo marcato la vicenda qui all'esame delle Sezioni Unite rispetto a quella affrontata in via interlocutoria dalla ricordata ordinanza n. 19598/2020 sta la circostanza che la richiesta di chiarimento ha in quel caso riguardato esclusivamente le ipotesi di palese violazione del diritto UE eventualmente poste a base del ricorso per eccesso di potere giurisdizionale; ipotesi qui non ricorrente proprio per la circostanza che la società A. non ha posto in discussione, in questa sede, l'erroneità della decisione impugnata sotto il profilo della violazione di parametri utilizzati dal giudice amministrativo rispetto al diritto UE, limitandosi a prospettare il travalicamento della giurisdizione della Corte di Giustizia nella quale sarebbe incorso il giudice speciale per non avere attivato il rinvio pregiudiziale».

⁴³ Una scelta non obbligata, in quanto «le Sezioni Unite avrebbero potuto evitare di sollevare la pregiudiziale comunitaria e decidere la questione di giurisdizione come una classica ipotesi di rifiuto o diniego di giurisdizione, decidendola in conformità alla norma comunitaria derivante dall'interpretazione della Corte di giustizia che, in quanto tale, è fonte di diritto obbiettivo anche nell'ordinamento nazionale». Così F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme*, 11 novembre 2020. Alla medesima conclusione arriva M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del*

Costituzione, per come declinata dalla Consulta – unico giudice atto a farlo –, indubbiandola innanzi alla Corte di Lussemburgo e così indirettamente indubbiando alla luce del diritto europeo perfino la nostra Carta fondamentale⁴⁴. Così rappresentata la questione, non può negarsi l'evidente confusione dei piani, visto che, dalla prospettiva di piazza Cavour, ci si aspetterebbe la dichiarazione di incompatibilità di una norma interpretativamente generata dal Tribunale costituzionale italiano sulla base di una disposizione costituzionale (dunque, norma costituzionale anch'essa, ma costituzionale in una maniera qualificata, verrebbe da dire ragionevolmente inserita nel sistema, perché generata nell'opera di costante bilanciamento dei principi della Carta effettuata dalla Consulta), perché la si ritiene incompatibile con la pienezza e effettività della tutela che va riconosciuta al diritto europeo. La domanda logicamente consequenziale è presto detta: la norma "indubbiata" rappresenta un principio supremo dell'ordinamento, tanto da potersi teorizzare una resistenza di quello stesso principio quale elemento identitario dell'ordinamento costituzionale italiano?

Alcuni in dottrina hanno escluso tale possibilità, non facendo rientrare tale principio tra quelli inderogabilmente posti dalla Carta, tali da sfuggire non solo alla revisione costituzionale, ma anche alla necessaria prevalenza del diritto dell'Unione. In questo senso, il ragionamento cade sulla questione della tutela, non essendo pensabile che tali supremi e inderogabili principi dell'ordinamento comprendano «il rifiuto di giovare della co-giurisdizione della Corte di giustizia per la massima tutela possibile dei diritti»⁴⁵. Ecco, se dovessimo fare nostra quella nozione dei principi supremi dell'ordinamento che li definisce «i contenuti indefettibili della comunità politica inerenti alla struttura dell'ordinamento, senza i quali la Costituzione non sarebbe più quella che è, ma verrebbe modificata irrimediabilmente nella sua più profonda identità»⁴⁶, dovremmo forse concludere che la pluralità della giurisdizione, quale principio coesistente e complementare a quello dell'unità, non possa dirsi inderogabile, in quanto soprattutto opzione politica del Costituente, che ben potrebbe essere stravolta da un intervento di revisione *ex art.* 138 Cost. Ma può farsi un passo oltre.

Innanzitutto, la possibilità che si delinei per via pretoria un sindacato ulteriore della Corte di Cassazione, unificato e generale, cioè incidente su tutte le giurisdizioni interne, ordinaria o speciali che siano, in tema di corretta applicazione del diritto europeo, non semplicemente inciderebbe sulla costruzione plurale del sistema di tutela giurisdizionale, ma rischierebbe di minarne l'or-

Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2020.

⁴⁴ Si veda su questo B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, in S. BARBARESCHI – L. A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *federalismi.it*, 4 novembre 2020.

⁴⁵ Così G. TESAURO, *op. cit.*

⁴⁶ Così F. GALLO, *Possibilità e limiti della revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 713.

ganicità e l'ordine, con conseguenze di sistema difficilmente preventivabili. Un intervento meramente giurisprudenziale di allargamento del sindacato della Suprema Corte, che dunque scontrerebbe inevitabilmente un certo grado di occasionalità e asistematicità, correrebbe il serio rischio di compromettere il corretto, ordinato e organico esercizio della tutela giurisdizionale per la difesa di diritti soggettivi e interessi legittimi, quello sì principio supremo dell'ordinamento⁴⁷. La scomposizione dell'unitaria nozione di principi supremi, che ha raccolto elementi e frammenti di resistenza costituzionale nati per profili differenti e su piani paralleli⁴⁸, potrebbe essere fattivamente declinata nel caso *de quo*, con l'idea che, almeno con riguardo ai principi supremi come elemento di resistenza all'efficacia del diritto europeo, non possa non tenersi conto di un'effettività sistematica di quello stesso diritto e delle norme che esso pone, tale da valutare possibili e inaccettabili effetti destabilizzanti per l'ordinamento. La declinazione plurale della giurisdizione, quale principio di organizzazione della tutela costituzionalmente posto, sottende dunque un preciso "interesse pubblico" alla contingente effettività organica della garanzia di giurisdizionalità, *rebus sic stantibus*.

In questo senso, è necessario rammentare come la Consulta abbia riconosciuto l'assoggettamento degli stessi principi supremi ad una valutazione casistica e di bilanciamento, tanto che essa ne postula perfino la possibile limitazione in ragione, appunto, di un «interesse pubblico riconoscibile»⁴⁹. Non di meno, di quegli stessi principi supremi se ne potrebbe intendere una lettura estensiva, lì dove vi sia la necessità di tutelare un preciso interesse pubblico che, se compromesso, inciderebbe negativamente (pur indirettamente) sul "nucleo duro" della Costituzione. Ipotesi che si proporrebbe nel caso di specie, dove, se accolta, la richiesta di estensione in via pretoria del sindacato della Corte di Cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost.* ai casi di mancata applicazione del diritto europeo da parte delle concorrenti supreme magistrature, ledendo l'impianto plurale del sistema giurisdizionale italiano e creando un ulteriore e circoscritta forma di impugnazione nel merito per le decisioni delle sole giurisdizioni speciali, ben potrebbe introdurre un elemento di disarmonia nell'ordinamento, tale da pregiudicare la garanzia costituzionale alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

⁴⁷ Si veda, *ex plurimis*, Corte costituzionale, sent. n. 18 del 1982 e n. 238 del 2014.

⁴⁸ Interessante sul tema la riflessione di P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015.

⁴⁹ Corte costituzionale, sent. n. 238 del 2014, *Cons. in dir.* 3.4. Nella citata sentenza, «la Corte [...] delinea chiaramente una concezione non assolutistica dei controlimiti: non hanno titolo a prevalere sempre, ma sono anch'essi destinati a essere bilanciati ed eventualmente a soccombere»: così P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *forumcostituzionale.it*, 2 novembre 2014. Si veda anche sulla medesima decisione M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *questionegiustizia.it*, n. 1/2015.

4. *Prospettiva: il rapporto tra le Corti alla luce, in particolare, del secondo quesito pregiudiziale. Il dovere di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.* – 4.1. *La Corte costituzionale e la Corte di Cassazione: due posizioni inconciliabili.* – La funzione precipua del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è la realizzazione di un'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione per tutti gli Stati membri, tramite una cooperazione «tecnica»⁵⁰ tra giudici nazionali e giudice europeo. Il rinvio assurge a «meccanismo fondamentale del diritto dell'Unione europea»⁵¹, posto a presidio dell'effettività del diritto comunitario, nonché della primarietà delle fonti europee dirette rispetto alle fonti nazionali. Nel tempo, per di più, il rinvio pregiudiziale ha assolto una funzione essenziale anche per la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli, i quali possono sostenere di fronte al giudice nazionale che una disposizione di diritto interno debba essere disapplicata perché contrastante con l'impianto comunitario. Il duplice ruolo del meccanismo pregiudiziale, allora, connota un rafforzamento della protezione dei diritti individuali che, in sostanza, punta a bilanciare la cessione di sovranità che l'ordinamento nazionale ha concesso a favore di quello sovranazionale.

Il panorama delineato fa emergere l'importanza decisiva del rinvio pregiudiziale obbligatorio⁵² per le giurisdizioni di ultima istanza⁵³ che, salvi i casi in cui si trasformi in semplice facoltà⁵⁴, garantisce l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario e, al contempo, contribuisce ad implementare la tutela dei diritti soggettivi che i singoli vantano in forza dell'ordinamento sovranazionale.

⁵⁰ Sul rinvio pregiudiziale quale semplice strumento di cooperazione, M. BAPTISTA, *Manuale del rinvio pregiudiziale: diritto comunitario*, Padova 2000; D. LAMPARELLA, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di Giustizia europea*, Napoli 2014; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano 2003; M. BROBERG, N. FENGER, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne*, Bruxelles 2013; T. GUARNIER, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*, in *Diritto e società*, 2/2013.

⁵¹ Cfr. «Raccomandazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea», GUE C 439/4, del 25 novembre 2016, punti 1 e 2.

⁵² Per una disamina completa dello strumento pregiudiziale, F. FERRARO e C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Torino 2020; R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli 2011; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Torino 2012. Sul rinvio pregiudiziale ed il rapporto con il giudice amministrativo, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfue e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013)*, in *Osservatorio AIC*, 2014.

⁵³ Cfr. art. 267, par. 3 TFUE.

⁵⁴ L'obbligo di rinvio pregiudiziale non è né assoluto, né incondizionato. La Corte di Giustizia, a partire dalla nota causa CILFIT c. Ministero della Sanità, ha precisato che il giudice di ultimo grado è sollevato dal proporre il rinvio pregiudiziale qualora «esista già una giurisprudenza consolidata in materia o [...] la corretta interpretazione della norma di diritto di cui trattasi non lasci spazio a nessun ragionevole dubbio».

Ora, l'inadempimento di tale obbligo da parte dei giudici di ultimo grado può essere sanzionato dall'Unione europea. Un primo rimedio "esterno" è dato dalla procedura di infrazione⁵⁵, che punta proprio a sanzionare la violazione dell'obbligo, ma che dipende, in sostanza, dalla discrezionalità della Commissione. Un secondo rimedio, generatosi tramite l'opera ermeneutica della Corte di Giustizia, riguarda, in generale, la responsabilità degli Stati membri per inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, oggi estesa anche ai danni causati ai singoli da parte degli organi giudiziari di ultima istanza⁵⁶. Da ciò emerge che l'omesso rinvio pregiudiziale viene corretto da rimedi riparatori della violazione, ma non ripristinatori dello *status quo ante*.

Nel tempo si è evidenziato come sia necessario un chiarimento sulle circostanze di fatto e di diritto che permettano di configurare l'inosservanza dell'obbligo di rinvio quale violazione manifesta del diritto dell'Unione, posto che, anche per i giudici di ultima istanza, l'obbligo in questione è preceduto da una valutazione necessariamente discrezionale sull'effettiva sussistenza di un dovere di rinvio pregiudiziale. Ciò è stato ribadito anche dalla Corte di Giustizia che, invero, escludendo ogni tipo di automatismo, ha riconosciuto l'autonomia del giudice di ultima istanza nell'accertare la rilevanza della questione e nel rimettere l'interpretazione della stessa alla Corte. Senonché, nel tempo, proprio il giudizio sulla rilevanza è stato utilizzato quale meccanismo per "eludere" l'obbligo di rinvio pregiudiziale, con la conseguenza di aver sottratto all'esame della Corte di Giustizia «molte questioni interpretative di non così chiara evidenza»⁵⁷.

È evidente che l'omesso rinvio, ove non adeguatamente motivato e giustificato, possa condizionare sia il ruolo della Corte di Giustizia, ma anche, e più gravemente, la tutela delle posizioni giuridiche dei singoli che, invero, vengono lese dall'attività degli organi giurisdizionali di ultimo grado avverso le cui decisioni non possa proporsi alcun rimedio interno.

Gli strumenti apprestati dall'ordinamento europeo, come già evidenziato, non riescono a colmare il *deficit* di effettività della tutela come emerge dal sistema nazionale. Nell'ordinamento interno, infatti, nessuna disposizione disciplina espressamente l'impugnabilità della decisione del giudice di ultima istanza che ometta di effettuare il rinvio pregiudiziale. Di ciò è ben consapevole anche la Corte costituzionale che, riferendosi generalmente al caso di violazione del diritto europeo da parte di una pronuncia del giudice di ultimo grado, ammette che il problema «indubbiamente esist[a]», ma debba essere risolto all'interno di ciascuna giurisdizione, «eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c., come auspicato da questa Corte con riferimento alle

⁵⁵ Cfr. art. 258 TFUE.

⁵⁶ Cfr. CGUE, sent. *Köbler*, causa C-224/01, del 30 settembre 2003; Cfr. CGUE, sent. *Traghetti del Mediterraneo*, causa C-173/03, del 13 giugno 2006.

⁵⁷ In questo senso, si veda C. SCHEPISI, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste 2003.

sentenze della Corte EDU»⁵⁸. Eppure, la pronuncia con cui la Corte costituzionale ha “auspicato” un ampliamento dei casi di revocazione con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, ha ritenuto non fondata la questione e, più che proporre un intervento sul sistema nazionale, ha propeso per una modifica di quello convenzionale⁵⁹. È fuor di dubbio che la Corte, laddove veramente avesse voluto determinare un ampliamento dei casi di revocazione, avrebbe utilizzato strumenti più incisivi, quali, ad esempio, le sentenze interpretative. Il rinvio alla sentenza n. 123 del 2017, dunque, conferma l’atteggiamento insofferente dell’organo costituzionale ad un’espansione tanto del diritto convenzionale quanto del diritto europeo nell’ordinamento nazionale⁶⁰. Il parallelismo tra la pronuncia del 2017 la sentenza n. 6 del 2018, in definitiva, non fa altro che confermare il *trend* degli ultimi anni, che, per ciò che qui interessa, è proteso a recuperare gli spazi “concessi”, nel tempo, al diritto comunitario⁶¹.

Nonostante abbia rilevato l’esistenza di un problema sistematico all’interno dell’ordinamento, dunque, la Corte costituzionale, condizionata dal timore di

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 6 del 2018, *Cons. in diritto* 14.1.

⁵⁹ «Anche nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell’art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore. In questa prospettiva, se è vero che non è irrilevante l’interesse statale ad una disciplina che eviti indennizzi a volte onerosi, per lesioni anche altrimenti riparabili, non si può sottacere che l’invito della Corte EDU potrebbe essere più facilmente recepito in presenza di un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale. Non vi è dubbio, allora, che una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU (corsivo aggiunto) – renderebbe più agevole l’opera del legislatore nazionale», cfr. Corte cost., sent. n. 123 del 2017, *Cons. in diritto* 17.

⁶⁰ In dottrina, con esclusivo riferimento al diritto comunitario, si parla di «*horror obsequii*» della Corte costituzionale. Per un approfondimento, si veda S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte Costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in AA.Vv., *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, (a cura di) P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Torino 2003.

⁶¹ Sul “faticoso” «cammino comunitario» della Corte costituzionale si vedano, tra gli altri, P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973; AA.Vv., *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, (a cura di) R. ROMBOLI, Torino 2016; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017. Sulla sent. n. 269 del 2017 la dottrina è amplissima. Tra i contributi più rilevanti, si segnalano A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista dei diritti comparati*; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista dei Diritti Comparati*; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*; A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *giurcost.org*, 1/2018; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione Giustizia*. In senso parzialmente opposto, si veda R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 5/2020.

vedere pregiudicata la sua posizione di giudice ultimo e di chiusura del sistema, non sembra voler colmare la carenza di effettività del diritto europeo tramite l'individuazione di uno strumento rimediabile interno. Ed infatti, come già visto, la Consulta è ferma nel ritenere che in caso di violazione del diritto europeo da parte del Consiglio di Stato, in particolare tramite un omesso e non motivato rinvio pregiudiziale, sia comunque esclusa la possibilità di ricorrere in Cassazione. L'ampliamento dei casi di motivi inerenti alla giurisdizione, nondimeno, andrebbe ad incrementare l'importanza e la decisività della Corte di Cassazione nello scenario sovranazionale, rendendola il vero giudice "di mediazione" tra l'ordinamento nazionale e quello europeo. La prospettiva della Consulta, allora, è verosimilmente mossa da una duplice, nonché sovrapponibile, *ratio*, ossia quella di limitare l'espansione dell'autorevolezza degli organi giurisdizionali "rivali". Da una parte, infatti, viene circoscritta l'estensione del diritto europeo all'interno dell'ordinamento nazionale, permettendone, in sostanza, la violazione; dall'altra, non vengono concessi spazi di manovra alla Corte di Cassazione, l'unico organo che, in tale prospettiva di sistema, potrebbe evitare un *vulnus* irrimediabile al diritto europeo.

Nel panorama così delineato, bisogna considerare che la qualificazione del rinvio pregiudiziale oscilla tra due distinte alternative. La prima si risolve nella considerazione dello stesso come strumento di collaborazione, capace di incentivare il dialogo tra la Corte di Giustizia ed i giudici nazionali; la seconda, invece, lo classifica quale meccanismo per operare una gerarchizzazione tra Unione Europea e ordinamenti nazionali, in grado di far soccombere gli Stati membri di fronte alla sovraordinazione dell'UE. Pur ritenendosi di dover condividere la prima impostazione, secondo cui il rinvio pregiudiziale si ponga come unico strumento in grado di garantire un autentico dialogo tra i giudici, appare insensato non considerare che la natura stessa del sistema di pregiudizialità conduce, irrimediabilmente, ad una soggezione del giudice nazionale nei confronti del giudice europeo: è insito nello stesso procedimento pregiudiziale, infatti, che il giudice, a seguito della decisione della Corte di Giustizia, risulti vincolato all'organo cui si è rivolto, identificandolo, dunque, come superiore almeno sotto il profilo dell'interpretazione del diritto. Le qualificazioni del rinvio, allora, sono inevitabilmente interconnesse. Dato il rilievo di tale strumento pregiudiziale, unica vera "risorsa" di cooperazione tra ordinamenti, non manca di suscitare qualche perplessità la circostanza che non vi siano rimedi interni all'ordinamento nazionale che possano compensare al mancato utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultimo grado. Sembrerebbero esservi, invero, "zone franche" nell'ordinamento, in grado di conferire una legittimità "indiretta" alla violazione del diritto comunitario. Se il nostro ordinamento, pur inserito in un sistema necessariamente dualistico, è integrato con quello europeo, in quanto «ratificando i Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coor-

dinato con quello interno, ed ha contestualmente trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri anche normativi (statali, regionali o delle Province autonome) nei settori definiti dai Trattati medesimi»⁶², allora un intervento concreto sembra inevitabile. La *ratio* del rinvio pregiudiziale viene pregiudicata da una sorta di "anarchia" dell'interpretazione da parte dei giudici nazionali di ultimo grado, che non è lontana dallo sfociare nella consolidazione tra gli Stati membri di orientamenti ermeneutici difformi.

Visti i rilievi che precedono, con l'ordinanza in commento la Corte di Cassazione si fa "paladina" del diritto europeo. Rilevato il *deficit* di tutela, infatti, la Corte tenta di trovare un meccanismo effettivo che possa evitare il consolidarsi di una violazione definitiva ed irrimediabile del diritto comunitario. La rimessione in cassazione, invero, eviterebbe il passaggio in giudicato della pronuncia violativa e, dunque, scongiurerebbe il rischio dell'irrimediabilità del vizio. Lo sforzo della Cassazione, nondimeno, pur mascherato da un'attenzione particolare per il diritto sovranazionale, tende a celare una vocazione espansiva. Per quanto riguarda lo strumento pregiudiziale, infatti, la posizione della Corte si sostanzia in un *revirement* dei suoi precedenti orientamenti⁶³, secondo i quali veniva negato in radice che l'omesso rinvio pregiudiziale potesse integrare un motivo inerente alla giurisdizione. Oggi, al contrario, l'omissione non motivata di un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice di ultimo grado viene considerata, dal punto di vista della giurisprudenza di legittimità, un'invasione delle competenze esclusive della Corte di Giustizia. In sostanza, il giudice di ultimo grado eserciterebbe un potere giurisdizionale di cui è privo.

L'ordinanza in commento, dunque, pur avendo il pregio di far emergere un problema generale, insito nell'ordinamento, sembra rappresentare l'apice dell'interpretazione evolutiva del concetto di giurisdizione, caratterizzata da una progressiva estensione di applicabilità da parte del giudice di legittimità. In dottrina, a tal proposito, vi è chi ritiene che, ammettendo, in generale, la possibilità di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato per violazione del diritto europeo, non sembra inverosimile, in un futuro, che, per ragioni di equivalenza tra situazioni giuridiche di diritto interno e situazioni giuridiche protette dal diritto dell'Unione, si possa estendere il ricorso per motivi di giurisdizione anche alle violazioni di legge nazionale del giudice amministrativo e contabile⁶⁴.

⁶² Cfr. Corte cost., ord. n. 103 del 13 febbraio 2008, in *Giur. Cost.*

⁶³ L'orientamento tradizionale delle Sezioni Unite riteneva che il mancato rinvio non costituisca un vizio della decisione inerente alla giurisdizione. In tal senso, cfr. SS. UU. Corte di Cass., sent. 10 marzo 2012, n. 3236: «il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo [...] è determinazione che, essendo espressione della *potestas iudicandi* devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione». Si vedano anche, SS. UU., 26 gennaio 2009, n. 1853; SS. UU., 12 marzo 2012, n. 3854; SS. UU., 8 febbraio 2013, n. 3037; SS. UU., 24 luglio 2013, n. 17933; SS. UU., 9 settembre 2013, n. 20590; SS. UU., 16 gennaio 2014, n. 774; SS. UU., 27 gennaio 2014, n. 1518, SS. UU., 16 gennaio 2014, n. 771.

⁶⁴ Per un'aperta critica alla pronuncia della Corte di Cassazione, si veda P.L. TOMAIUOLI, *Il*

4.2. *Le Corti nazionali e la Corte di Giustizia.* – Il frastagliato rapporto tra le Corti nazionali ha fatto emergere, conseguentemente, anche le inevitabili criticità che caratterizzano il rapporto tra l'ordinamento nazionale e quello europeo. La decisione di introdurre uno strumento di impugnazione di diritto interno contro le pronunce del Consiglio di Stato che ometta di operare il rinvio pregiudiziale non dovrebbe derivare dall'interpretazione della Corte di Giustizia, bensì, eventualmente, da una modifica del sistema ordinamentale. È molto probabile, invero, che la Corte di Lussemburgo non accolga l'interpretazione evolutiva della Corte di Cassazione, preferendo gestire in modo cauto e ponderato il rinvio pregiudiziale ed aderendo, piuttosto, all'impostazione della Corte costituzionale.

In linea di massima, comunque, gli scenari possibili sembrano essere due.

Il primo, collaborativo tra Corte di Cassazione e Corte di Giustizia, si riscontrerebbe laddove il giudice europeo interpreti le disposizioni comunitarie in linea con ciò che viene prospettato dal giudice nazionale e, quindi, ritenendo che le disposizioni europee ostino alla «prassi interpretativa» proposta dalla Consulta. In questo modo, la giurisdizione della Cassazione potrebbe apparentemente ampliarsi, andando a ricomprendere, tra i motivi inerenti alla giurisdizione di cui al co. 8 dell'art. 111 Cost., anche il caso di omesso, ed immotivato, rinvio pregiudiziale obbligatorio. Pur apparendo come l'esito meno probabile, non potrebbe escludersi a priori un intervento della Corte di Giustizia che punti a chiarire, in modo adeguato e completo, il ruolo e l'importanza che lo strumento del rinvio pregiudiziale obbligatorio riveste nello scenario di cooperazione tra giudici nazionali e giudice europeo e che non lasci spazio a dubbi sulla sua qualificazione giuridica⁶⁵.

Il secondo, collaborativo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, si riscontrerebbe laddove il giudice europeo non segua il suggerimento interpretativo della Corte di Cassazione, escludendo la violazione delle norme comunitarie nel caso di specie. La Corte di Giustizia, invero, riguardo al primo quesito, potrebbe rimandare all'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. come fornita

rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica, in *giurcost.org*, 3/2020; M. LIPARI, *L'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: i rimedi previsti dal diritto dell'Unione europea, l'inammissibilità del ricorso in Cassazione e la revocazione ordinaria*, in *GiustAmm.it*, 2021; al contrario, B. NASCIMBENE, P. PIVA, *op. cit.*

⁶⁵ Sul punto, illuminanti sono le conclusioni dell'avvocato generale Bobek, nella causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, il quale sollecita la Corte di Giustizia a precisare il campo di applicazione dello strumento pregiudiziale obbligatorio. Nelle conclusioni, in maniera decisamente estrema, viene abbandonata l'idea di una collaborazione paritetica tra giudice nazionale e Corte di Giustizia tramite l'interpretazione e l'applicazione del diritto europeo, per accogliere una visione del rinvio pregiudiziale prettamente sistematica, quasi pubblicistica, il cui scopo principale sarebbe quello di garantire l'uniformità giurisprudenziale nell'intero ordinamento dell'Unione, attraverso un rapporto di tipo gerarchico. Sul tema, P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Osservatorio europeo*, maggio 2021.

dalla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, riconoscendone l'incontrovertibilità alla luce della competenza ermeneutica esclusiva della Consulta sulle disposizioni interne costituzionali. Riguardo al secondo quesito, il giudice europeo potrebbe far leva sul fatto che il Consiglio di Stato abbia esercitato la propria discrezionalità nel non rimettere la questione al giudice sovranazionale, in quanto, come già evidenziato⁶⁶, è stata più volta riconosciuta l'autonomia del giudice di ultima istanza nell'accertare la rilevanza della questione e nel rimettere l'interpretazione della stessa alla Corte⁶⁷; oppure, potrebbe sostenere che il giudice di ultima istanza si sia sentito svincolato dall'obbligo di rinvio perché persuaso che l'esercizio di tale strumento non sollevasse «alcun ragionevole dubbio»⁶⁸.

Nel negare una violazione delle disposizioni comunitarie nel caso di specie, nondimeno, la Corte di Giustizia, visti i rilievi contenuti nella pronuncia della Corte di Cassazione, potrebbe interpretare gli articoli 4, par. 3 e 19, par. 1, comma 2, TUE⁶⁹ in modo tale da far emergere anch'essa la necessità di individuare un meccanismo efficace di protezione del diritto comunitario, laddove si verifici in futuro una violazione effettiva del diritto europeo mediante un omesso rinvio pregiudiziale obbligatorio. Pur lasciando intatta la discrezionalità dell'ordinamento interno nell'individuare i rimedi più adeguati, la Corte potrebbe intervenire con una pronuncia “monito” indirizzata soprattutto al legislatore italiano, con la quale suggerire un intervento *ad hoc* sull'impianto nazionale, eventualmente ampliando i casi di revocazione, atto ad eliminare, e non solo a riparare, un'eventuale violazione delle disposizioni comunitarie. In questo modo, verrebbe instaurato un dialogo “quasi” diretto tra giudice europeo e legislatore nazionale: una novità nel panorama sovranazionale, verosimilmente in grado di inaugurare un nuovo capitolo nel rapporto tra ordinamenti.

⁶⁶ V. *supra* par. 4.1.

⁶⁷ Il primo (ed unico) caso di condanna da parte della Corte di Giustizia di uno Stato per inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte di un giudice di ultima istanza è rinvenibile nella vicenda *Accor*, C-416/17. Il giudice europeo ha riscontrato che il Consiglio di Stato francese, organo giurisdizionale contro le cui decisioni non può proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, si sarebbe dovuto rivolgere alla Corte al fine di eliminare il rischio di un'errata interpretazione del diritto dell'Unione. Sul punto, V. BOUHIER, *Le Conseil d'État, mauvais élève...*, in *Droit européen et de l'Union européenne*, 2018; E. RUIZ CAIRÒ, *Le Conseil d'Etat français sanctionné par la Cour de justice pour ne pas avoir posé une question préjudicielle en interprétation du droit de l'Union*, in *Centre d'études juridiques européennes*, 2018; F. DONNEDIEU DE VABRES, *Les juges français et européens en plein «dés-Accor» fiscal*, in *Les Echos executives*, 2018.

⁶⁸ Cfr. CGUE, sent. CILFIT, C-283/81; ancora, cfr. CGUE, sent. *Association France Nature Environnement*, C-379/15.

⁶⁹ Cfr. art. 4, par. 3, TUE: «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione [...]». Cfr. art. 19, par. 1, comma 2, TUE: «[...] gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

In definitiva, la Corte di Cassazione non avrebbe che da guadagnare dal rinvio pregiudiziale: nel primo caso, infatti, sarebbe giustificata, tramite l'opera ermeneutica del giudice europeo, a sindacare le pronunce del Consiglio di Stato anche nel caso di violazione del diritto comunitario; nel secondo caso, subirebbe l'applicazione *sic et simpliciter* di una prassi interpretativa già ampiamente consolidata.

Nondimeno, la pronuncia della Corte di Cassazione, come già evidenziato, sembra aver generato una sorta di conflitto istituzionale⁷⁰: il rinvio pregiudiziale, di fatto, concede alla Corte di Giustizia di incidere indirettamente su una disposizione costituzionale, conferendole la possibilità di interpretarla alla luce del diritto comunitario. Non bisogna dimenticare, però, che sarebbe comunque la Corte costituzionale ad avere l'ultima parola: fermi i rilievi critici analizzati in precedenza⁷¹, infatti, rimane ipotizzabile che, a fronte di un'interpretazione della Corte di Giustizia contrastante con quella prospettata dalla Consulta, quest'ultima decida di attivare i «controlimiti», rinvenendo nell'art. 111 Cost. un principio fondamentale della Costituzione, come tale rientrante nel c.d. «nucleo duro» della Carta costituzionale, nonché, più ampiamente, nel concetto di identità costituzionale nazionale.

⁷⁰ R. BIN, *op. cit.*

⁷¹ V. *supra* par. 3.3.

RECENSIONI

Dario Martire, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e Costituzione repubblicana*

Napoli 2020

Andrea Longo

Sarebbe ozioso esordire su quanto vasto e complesso sia il tema trattato da Dario Martire; preferisco così iniziare la mia analisi sottolineando come il suo lavoro sia articolato intorno alla tensione generata da due dipoli intrinsecamente (e, a volte, reciprocamente) oppositivi: l'uno tematico, l'altro metodico. Il primo attiene alla *relazione tra unità e pluralità*: unità della Costituzione e pluralità degli ordinamenti da essa abbracciati, il secondo al *rapporto tra astrazione teorica e concretezza normativa*. In un singolare gioco di corrispondenze – che salda tra loro tanto gli elementi di tali coppie tanto la relazione tra le stesse – *il metodo diviene metafora del tema*.

L'obiettivo, ma anche qui è ozioso sottolinearlo, è quello di indagare la relazione tra la Costituzione, quale unico elemento legittimante il potere statale e una serie di ordinamenti che con essa convivono ma che pure essa precedono cronologicamente e che, addirittura, ad essa assiologicamente si oppongono. Questo nodo teorico, di gordiana complessità, è

affrontato senza cadere preda di un astrattismo illuminista che vorrebbe, con ostinazione infantile, spingere i tasselli del reale all'interno di forme di troppo semplificata regolarità. D'altra parte viene rigettato anche un metodo puramente descrittivo che, troppo frequentemente, appiattisce l'analisi giuridica sull'esegesi del dato positivo. Così il percorso di Martire, alla ricerca di una sintesi tra unità e pluralità, si svolge attraverso una progressione dall'astratto al concreto che non assume mai una linearità puramente deduttiva, ma che costantemente vaglia, distingue, corregge le ipotesi in relazione alle evidenze pratico-normative, componendo un quadro finale, a propria volta, coerente, nella sua aspirazione unitaria, e sfaccettato, nella sua visione plurale.

Il respiro del primo capitolo è prettamente teorico: si ripercorrono le tappe della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici muovendo dall'imponente evidenza pluralistica della società medievale per poi giungere alla crisi in essa innescata

dall'avvento dello Stato moderno, che progressivamente ha imposto nelle coscienze l'equivalenza tra statualità e giuridicità.

Vivace qui il dialogo con i grandi Maestri che si sono occupati del tema: basti pensare all'attenzione dedicata alla distinzione tra *pluralismo monotipico e politipico* di Angelo Errmanno Cammarata per evidenziare il passaggio dall'originario ordinamento universale alla molteplicità degli ordinamenti statali, che tuttavia si presentano con eguali caratteristiche: *sovranità, indipendenza, esclusività, impenetrabilità*¹. Inevitabile allora il confronto con Santi Romano, l'evoluzione del cui pensiero – da “*Lo Stato moderno e la sua crisi*” a “*L'ordinamento giuridico*” – servirà all'Autore, più avanti, per cogliere le innovazioni costituzionali in ordine alla duplice natura degli ordinamenti particolari, *originari* (secondo una *concezione statica* dell'ordinamento giuridico) e al tempo stesso *derivati* (secondo una *concezione dinamica*). Le riflessioni di Massimo Severo Giannini (intorno agli elementi di *normazione, organizzazione e pluri-soggettività*), rappresentano il passaggio successivo, utile a cogliere i collegamenti tra le elaborazioni dottrinali del tempo ed il pluralismo sociale oggetto del dibattito alla Costituente, a cui lo stesso Giannini ebbe modo di contribuire.

Il dialogo con questi Maestri, come detto, è approfondito, dettagliato, a tratti addirittura filolo-

gico ma mai appiattito in forme di acritica deferenza; l'Autore ricerca costantemente, con pervicace fatica, una propria individualità concettuale e, a questo proposito, non mi pare casuale che egli rimandi le proprie conclusioni teoriche al capitolo successivo, dedicato al dibattito in Costituente, segno tangibile di una concretezza metodologica che vuole disegnare una *dogmatica propriamente costituzionale* intorno alla tesi della pluralità degli ordinamenti. Disegno che, in certo modo, prende le mosse da uno scritto e dal contributo alla Costituente di Ambrosini, per il quale la Carta fondamentale salda in un *unicum* concettuale e assiologico l'apparente opposizione tra principio personalista e principio pluralista². Ancora, l'analisi dei programmi dei partiti ed il dibattito in Assemblea Costituente confermano la tesi illustrata nel volume: la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici viene posta alla base dei precetti costituzionali, anche oltre l'ambito relativo ai rapporti tra Stato e gruppi sociali, persino in relazione a quegli ordinamenti che, per motivi storici o teleologici, presentano una *frizione assiologica* con il nuovo ordinamento repubblicano.

Questo secondo capitolo costituisce sicuramente la pietra angolare dell'intero lavoro, ove s'inquadra la pluralità degli ordinamenti giuridici in chiave costituzionalistica e dalla quale muove la parte restante del vo-

lume dedicato all'esame delle varie applicazioni costituzionali.

L'obiettivo dichiarato della ricerca è infatti quello di vagliare la diversa graduazione con cui la Costituzione repubblicana ha inteso conformare gli ordinamenti particolari alle proprie finalità e principi. Sul piano metodologico, l'Autore vuole superare la tesi di Giannini che individua nella normazione, nell'organizzazione e nella plurisoggettività – quest'ultima considerata come «datità giuridicamente inerte dell'ordinamento» – gli elementi dell'ordinamento giuridico, ed accoglie un criterio connesso al *quantum* di riconoscimento e di effettività dei diritti inviolabili della persona.

Viene così adottato un *duplice modello rappresentativo*, declinato in una direttrice statica ed in una dinamica: da un lato la Costituzione repubblicana attribuisce, *staticamente*, *rilevanza all'ordinamento giuridico considerato in sé*, come sistema originario contraddistinto dalla *aseità* e dalla *specialità assiologica*; dall'altro, questo riconoscimento *permuta, dinamicamente, la natura degli ordinamenti*, riqualificandoli come *derivati* ed assoggettandoli alle finalità ed ai principi costituzionali. Una tesi, dunque, che trova il proprio punto archimedeo nell'*assiologia costituzionale* come *elemento teoreticamente fondante eppure pragmaticamente variabile*, che legittima, (ri)qualificandoli giuridicamente, i singoli ordinamenti ma, a propria volta,

ne subisce, in diversa gradazione, la resistenza inerziale.

Precisata così la propria posizione teorica, l'Autore passa all'esame dei singoli sistemi giuridici derivati, dedicando gli ulteriori sette capitoli rispettivamente agli ordinamenti sportivo, comunale, sindacale, universitario, parlamentare, militare, penitenziario.

Il terzo capitolo parte dalla costituzione dei Giochi Olimpici, del Comitato internazionale olimpico (CIO) e dalla elaborazione dei principi fondamentali di universalità dello sport recepiti nella Carta olimpica; qui si individuano i due elementi decisivi che ne hanno contrassegnato la creazione, per poi influenzare la costituzione del Comitato olimpico nazionale italiano: *l'internazionalizzazione e l'autonomia*. Dopo aver esaminato l'associazionismo alla base del fenomeno sportivo e l'istituzione del CONI, l'Autore si concentra dunque sui diversi tentativi di inquadramento giuridico, analizzando il dibattito dottrinale (Cesarini Sforza, Giannini, Luiso, Quaranta e Modugno), gli approdi della giurisprudenza di legittimità e, infine, l'evoluzione normativa. Una certa attenzione è dedicata alla confutazione di quella dottrina che interpreta in termini conflittuali la relazione tra principio personalistico e principio pluralistico: «Tali interpretazioni ... postulando un conflitto ed imponendo una gerarchia dei valori, sviliscono il significato dell'art. 2 Cost.,

in quanto è proprio all'interno delle formazioni sociali e tramite di esse che l'uomo realizza la sua essenza, la sua personalità, il suo esser uomo in quanto tale» (p. 177-178). Il capitolo si chiude con un esame della giurisprudenza costituzionale, in particolare delle decisioni nn. 49 del 2011 e 160 del 2019, che riconoscono la natura ordinamentale del fenomeno sportivo, la cui autonomia risulta tutelata dagli artt. 2 e 18 della Costituzione.

Il quarto capitolo è dedicato all'ordinamento del Comune a cui viene dedicata un'analisi che si muove tanto sul piano storico quanto su quello dogmatico: da un lato viene descritta l'originarietà tradizionale del Comune, poi erosa dalla legislazione dello Stato liberale, dall'altro, si osserva lo sviluppo della nozione di autarchia, per cui l'ente territoriale amministra nell'interesse proprio e dello Stato stesso. In una simile visione l'autonomia è ridotta a mera rivendicazione politica, peraltro riconosciuta (o addirittura creata) dallo Stato che ne può discrezionalmente disporre.

L'entrata in vigore della Costituzione muta evidentemente lo scenario. L'Autore, dopo aver descritto le varie tesi della dottrina, divisa tra coloro che rimangono assestati su posizioni e interpretazioni riduttive dell'art. 5 Cost. e coloro che invece esaltano il principio di autonomia degli enti territoriali, analizza la riforma del Titolo V, con particolare

riferimento all'art. 114 Cost. e alla relativa giurisprudenza costituzionale, trovando conferme di quanto sostenuto nel capitolo dedicato alla pluralità degli ordinamenti giuridici nell'Assemblea Costituente. Diviene centrale nell'analisi il riconoscimento, inteso come *non derivazione* dall'ordinamento statale (Stato-persona), delle autonomie locali mediante l'art. 5 Cost., e la conseguente autonomia normativa e organizzativa ad essi riservata; quindi, la scissione tra originarietà (come caratteristica dell'ordinamento in sé) e derivazione (come legittimazione da parte dell'ordinamento costituzionale repubblicano), incentrata sull'elemento organizzativo e non sulla plurisoggettività.

Il quinto capitolo si occupa dell'ordinamento sindacale. Si tratta del primo ordinamento (il secondo sarà l'ordinamento parlamentare, il terzo l'ordinamento penitenziario) di cui non vi è traccia nel capitolo dedicato agli atti dell'Assemblea Costituente. Nel caso dell'ordinamento sindacale, la giustificazione di tale mancanza si ritrova nell'analisi dell'art. 39 Cost., rimasto inattuato, e che ha inciso inevitabilmente sui rapporti con l'ordinamento statale nel corso dell'esperienza repubblicana.

Si analizza quindi il tentativo fallito di attuare l'art. 39 tramite il c.d. progetto di legge Rubinacci, nonché l'esperimento (anch'esso fallito per effetto della dichiarazione di

incostituzionalità della Corte costituzionale) della c.d. legge Vigorelli, che determinano «l'ingresso, nell'ordinamento costituzionale, anche in virtù delle caratteristiche proprie del sindacato, di un sistema sindacale "fattuale" frutto delle teorie elaborate dalla dottrina giuslavoristica negli anni '50 e '60» (p. 244). La c.d. privatizzazione del diritto sindacale, per effetto della teoria di Santoro Passarelli, rappresenta l'inizio del percorso extra-legislativo del diritto sindacale sviluppato poi da Gino Giugni mediante la sua "Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva", ove elabora la sua teoria dell'ordinamento intersindacale, dando «un impulso decisivo non solo a comprendere la contrattazione come fonte autonoma del sistema sindacale e a dare il giusto peso alla effettività delle prassi di relazioni industriali, ma anche ad inaugurare una nuova politica contrattuale e una nuova politica del diritto, per una moderna disciplina dei rapporti di lavoro»³.

L'esame prosegue indagando le varie trasformazioni socio-economiche determinatesi nel corso del tempo e le relative trasformazioni delle relazioni industriali, che divengono chiavi per descrivere i rapporti tra gli ordinamenti, in una prospettiva che parte dalla "separazione" per arrivare alla "comunicazione" determinata dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori. Le crisi degli anni '70, la legislazione d'emergenza

e la c.d. concertazione capovolgono questi equilibri. Emergono gli accordi sulla "scala mobile", l'accordo Scotti, la legge sul pubblico impiego, l'accordo di San Valentino, la rottura del Patto federativo, nonché le tesi sull'ordinamento sindacale della dottrina e la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di sindacati maggiormente rappresentativi e di rapporti tra legge ed autonomia collettiva; preludio, quest'ultimo, di un tentativo di rilettura dell'art. 39 Cost. non incompatibile con un progetto di legislazione che connetta la libertà di organizzazione sindacale con l'esercizio dell'autonomia collettiva.

Il sesto capitolo è dedicato all'ordinamento giuridico universitario e, ancora una volta, ne analizza il rapporto con quello statale; si esaminano le tesi che ricostruiscono le Università come formazioni sociali, secondo quanto previsto dall'art. 2 Cost., e quelle che, all'opposto, le inquadrano come enti di servizi o organi dello Stato. Il capitolo si incentra sulla complessa delimitazione dei confini tra i due ordinamenti e sulla fisiologica discrezionalità del legislatore in materia, che trova il limite nella ragionevolezza e nel principio costituzionale per cui la legge diviene, in tale ambito, garanzia dell'autonomia universitaria stessa, con la conseguenza che «i limiti possono assumere qualsiasi forma tranne quella equivalente a una sostanziale soppressione dell'autonomia. In

tal modo, come la legge da limite si converte in garanzia, l'autonomia da situazione giuridica delimitata dalla legge si converte in limite alla legge»⁴.

L'esame procede con l'analisi dell'autonomia universitaria, sia dal punto di vista della teoria e della norma costituzionale, sia altresì in relazione alla prassi, ai rapporti tra fonti normative (legge, regolamenti, decreti ministeriali, da un lato, statuti e altre fonti autonomistiche universitarie, dall'altro), nonché agli aspetti economico-finanziari, che «hanno consentito allo Stato di incidere fortemente sull'autonomia delle Università» (p. 307).

L'analisi dell'evoluzione normativa dei rapporti tra ordinamento statale e universitario parte dalla c.d. legge Ruberti, passando poi per la legge n. 341 del 1990 e le c.d. leggi Bassanini, per chiudere infine con la c.d. riforma Gelmini e l'esame della giurisprudenza costituzionale, ove si evidenziano gli aspetti concernenti la dinamica tra il primo e l'ultimo comma dell'art. 33 Cost.; dinamica nella quale emerge il rapporto fra dimensione individuale e struttura organizzativa, nonché il fondamento dell'autonomia universitaria nella libertà della scienza.

Il settimo capitolo è dedicato all'ordinamento parlamentare. L'Autore ne descrive anzitutto la storica originarietà che si estrinseca attraverso tipiche manifestazioni (autonomia, autocrazia,

autodichia), progressivamente conquistate (e quindi detenute *iure proprio*) nella difficile dialettica con lo Stato: «Le Assemblee parlamentari operano alla luce ed in funzione di un loro proprio diritto nell'ambito dell'ordinamento parlamentare, dal quale sono estromessi gli organi più o meno direttamente riconducibili all'autorità statale. Tale principio costituisce peraltro non il risultato di un'attribuzione di potere normativo da parte dell'ordinamento statale, bensì il frutto di privilegi e dello *status* dei parlamentari» (p. 355). Dopo l'analisi delle tesi sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari – con particolare riferimento alle teorie c.d. dichiarative e costitutive – elaborate da Romano, Martines, Bon Valsassina, Galeotti, Tesauro, Crisafulli e Modugno, viene esaminata la giurisprudenza costituzionale per vagliare l'ipotesi di un ordinamento parlamentare «fattuale» (perché sganciato dalle previsioni costituzionali), distinto da quello generale. Centrale qui l'esame della sentenza n. 379 del 1996, ove si rintraccia la matrice romaniana degli argomenti spesi dalla Corte costituzionale. Il riferimento alla «esclusiva capacità qualificatoria» propria del regolamento parlamentare, fonte di diritti e metro della loro tutela, viene utilizzato per desumere la sussistenza di un ordinamento giuridico; ricostruzione peraltro non smentita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nell'ambito dei

conflitti di attribuzione, in cui pure l'intervento della Consulta è certamente più penetrante rispetto al sindacato effettuato in sede di giudizio di legittimità costituzionale.

Gli ultimi due capitoli sono dedicati a quegli ordinamenti storicamente contraddistinti dal peso della coercizione dello Stato, ove quindi la prospettiva costituzionale non è quella "autonomistica", bensì quella della "specialità" (nel caso dell'ordinamento militare) o della "delegittimazione costituzionale" (è il caso dell'ordinamento penitenziario).

L'origine di tale "specialità" – intesa come deroga rispetto alla condizione prevista per la restante parte della pubblica amministrazione – è ricondotta alla peculiarità dell'ordinamento particolare (speciali esigenze di coesione dei corpi militari che si esprimono nei valori della disciplina e della gerarchia), ed è esaminata secondo la concezione dinamica degli ordinamenti che verte sulle relazioni tra ordinamento particolare e ordinamento generale. L'ordinamento penitenziario, al pari dell'ordinamento militare, viene descritto anzitutto in una prospettiva storica e configurato come ordinamento estraneo e separato dall'ordinamento statale, in virtù delle richiamate teorie della supremazia speciale e della teoria romaniana degli ordinamenti interni.

La nozione di ordinamento giuridico, scartata dalla dottrina costituzionalistica e penalistica, viene

utilizzata dall'Autore non per conferire «autonomia a una serie di prassi amministrative che certamente contrastano con la Costituzione (e non solo con essa)» (p. 477), bensì per «misurare lo scarto tra i principi costituzionali posti a base della regolazione della realtà carceraria e le prassi amministrative», trattandosi di un fenomeno ad alto tasso di effettività (p. 478). Trovando conferma nell'analisi empirica delle prassi amministrative penitenziarie e nelle leggi in materia, l'Autore si serve dunque di questi ultimi elementi per mostrare l'*iter* delle valutazioni effettuate dalla Costituzione repubblicana, punto di partenza della ricerca.

Come spero si evinca da questa sommaria carrellata, il disegno ordinamentale che emerge dall'opera è quello di *un'unità reticolare*, nella quale l'azione della Costituzione repubblicana, impattando con la materia giuridica che germina dai singoli ordinamenti derivati, diviene *omnipervasiva dal punto di vista della legittimazione ma sfaccettata nei suoi esiti pragmatici* che non sempre giungono ad una piena conformazione assiologica dei singoli sottosistemi giuridici. Nella consapevolezza di questi due piani, nell'attenzione ad una realtà frastagliata (in una visione che pur non rinuncia all'unità teoretica) risiede l'autentico valore di questa prova scientifica; prova che, almeno ad avviso di chi scrive, pare pienamente superata.

NOTE

¹ A. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la «pluralità degli ordinamenti giuridici»*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, 136.

² G. AMBROSINI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. I, Milano 1973, 5 ss.

³ M. RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, I, 41.

⁴ F. FENUCCI, *Autonomia universitaria e libertà culturali*, Milano 1991, 177.

RECENSIONI

Beniamino Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo strano caso della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*

Torino 2021

Antonino Spadaro

1. Non penso sia presuntuoso dire che sul tema del “voto dissenziente” o “voto distinto” (dissenziente e/o concorrente) – si chiami *dissenting opinion*, *opinion separé*, *voto particular*, *Abweichende Meinung* o *Sondervotum* – s’è detto ormai tutto, o quasi.

Allora è legittimo chiedersi perché quest’ultimo piccolo libro di Beniamino Caravita, pubblicato nella pregevole collana di *Federalismi.it*, importante rivista diretta dallo stesso Beniamino. La risposta è che è vero che il tema è molto “arato” – e conferma ne è la stessa ampia bibliografia, nazionale e comparata, che l’Autore riporta nelle sue note – ma è pure vero che questo libro colma una lacuna. Fornisce infatti, in modo aggiornato e puntuale, tutti i dati sulla forma anomala di *dissent* italiano – la scissione fra relatore e redattore della decisione, che esiste dalla modifica delle *Norme Integrative* del 1987 ma è stata ufficializzata per la prima volta nella sent. 393/2006 – fino praticamente a tutto il 2020 (la data di stampa del libro è febbraio 2021).

Dunque bisognerebbe ringraziare l’Autore quantomeno – ma come si vedrà certo non solo per questo – per la raccolta certosina dei dati (e lo dico da co-autore di un manuale di giustizia costituzionale).

Caravita molto onestamente ci ricorda che il cambiamento del relatore può essere determinato da motivi assai diversi tra loro, che possono non interessare il merito della decisione (si pensi all’indisponibilità fisica del relatore o all’elezione di Mattarella a Presidente della Repubblica), ma è un fatto che, dalla sent. cost. n. 52/1988 ad oggi, ci sono stati – in tutti i giudizi (in via incidentale, in via principale, nei conflitti fra poteri e fra enti, nel giudizio di ammissibilità referendum) – 87 casi, che hanno coinvolto ben 53 giudici (e 26 Presidenti). Si tratta, a ben vedere, appena dello 0,6 % delle decisioni, in media 2 casi l’anno. Sembra poca roba, ma così non è, visto il crescendo della prassi e, spesso, l’importanza delle decisioni in cui il fenomeno si manifesta.

Ma sarebbe ingeneroso ringraziare Beniamino semplicemente perché ci ha fatto risparmiare un po' di tempo e di lavoro di aggiornamento dei dati, anche se questo è un punto – ripeto – affatto trascurabile.

Forse il merito maggiore di Caravita è quello di non essere caduto nella tentazione, che probabilmente molti di noi avremmo avuto al suo posto, di scrivere un altro corposo volume sul punto, cosa che gli sarebbe stata senz'altro possibile perché – al di là della sua nota bravura – Caravita conosce molto bene la Corte dall'interno (com'è noto, da giovane è stato assistente di un giudice costituzionale) e dall'esterno, come autorevole avvocato presso la Corte.

Beniamino Caravita non è caduto in questa tentazione e, a mio avviso, ha fatto bene. Ricordo ancora un nostro autorevole collega costituzionalista, ormai fuori ruolo e dal carattere non molto facile, che diceva che spesso i libri si scrivono solo per ragioni concorsuali, mentre i lavori migliori sono i saggi, anzi i saggi intorno alle 100 pagine. Ed è il caso, appunto, di questo lavoro che riduttivamente Beniamino chiama “pamphlet” e per il quale io userei i termini che il mio compianto maestro, il Prof. Martines, usava per descrivere i saggi migliori: chiari, sintetici, stringati, snelli, agili e agguinceva... “nervosi”.

Nel libricino di Beniamino, in effetti, c'è l'essenziale, e nulla di più.

L'Autore raccoglie tutte le decisioni della Corte di scissione fra giudice relatore e redattore e le commenta una per una in modo estremamente succinto, ma efficace, al solo fine di cercare di comprendere la ragione, la causa della scissione, per quanto possibile. Ripeto: per quanto possibile. E scopriamo appunto – leggendo il libro – che, non essendoci un'esplicita motivazione del mutamento del redattore (non più il relatore), non è facile (e in qualche caso anzi è impossibile) sapere quali sono le cause del cambiamento. E anche quando faticosamente si riesce a ricostruire la *ratio* del mutamento, non c'è la certezza che la ricostruzione delle ragioni del *dissent* sia corretta. Non c'è la per così dire *interpretazione autentica* della vera opinione di chi ha dissentito.

Se ne deduce, dalla semplice lettura dei *dati* riportati nel libricino di Beniamino, che sarebbe invece una buona cosa sapere “perché” è avvenuta la scissione. Ecco, basterebbe questa considerazione – ossia che i dati, i fatti, parlano: *re ipsa loquitur* – per giustificare l'utilità di questo libro. Beniamino, infatti, non espone tanto una tesi (anche qui non è caduto nell'errore metodologico di partire da una tesi pregiudiziale e men che meno ideologica) ma si limita a descrivere fatti – fatti giudiziari: in pratica a riportare intelligentemente le pronunce – che portano, direi per semplici e conseguenziali ragioni logico-giuridiche,

al riconoscimento della necessità di argomentare/spiegare le ragioni del *dissent*, ossia di giustificare il cambiamento del relatore e l'introduzione di un nuovo redattore. Cosa che però, ripeto, attualmente non accade con evidente danno per tutti.

Caravita aggiunge, infine, la stranezza e incoerenza di una Corte che, per esempio, si dimostra aperta sulla figura dell'*amicus curiae* e sulle attività istruttorie affidate ad *esperti*, che fa i comunicati stampa, mentre invece inspiegabilmente si chiude sul riconoscimento di un chiaro *dissent*.

Se un rilievo può muoversi a questo saggio di Caravita è meramente formale: l'ordine dell'esposizione delle pronunce da lui raccolte. Invece di partire dalle più vecchie (1988), come si sarebbe immaginato, parte invece dalle più recenti (2020). La cosa mi ha un po' stupito, come pure il raggruppamento per periodi – di solito 4 anni – delle decisioni, che non ho compreso del tutto. Ma è una scelta discrezionale e come tale va accolta. In ogni caso, si tratta di dettagli che non inficiano la sostanza dello sforzo fatto dall'Autore.

2. L'attuale situazione è dannosa perché inevitabilmente ambigua, generando *comunque* violazioni del vincolo di riservatezza che dovrebbe coprire le discussioni dei giudici in Camera di consiglio. Si pensi alle

dichiarazioni pubbliche di dissenso fatte dal collega ed amico giudice Nicolò Zanon o alle rilevazioni sui dissensi interni fatte dal giudice Sabino Cassese, con il suo per altro bellissimo libro "Dentro la Corte", che viola abbondantemente proprio il vincolo di riservatezza delle Camera di consiglio, esplicitamente in relazione alla questione relatore/redattore. Cassese non fa nomi, ma talvolta non è difficile identificare di chi parla. In ogni caso, un altro giudice potrebbe contestare le sue affermazioni. Come osserva Alessandra Di Martino nella sua monografia sul tema, eventuali contestazioni o precisazioni da parte dei singoli giudici, o della Corte, comunque violerebbero lo stesso vincolo di riservatezza.

Ma anche se auspicabilmente ci si limitasse a permettere che il relatore ostile a redigere la motivazione della pronuncia rendesse esplicite, quindi motivasse, le ragioni del suo dissenso comunque non risolveremmo il problema.

Infatti, anche laddove il relatore potesse argomentare la sua differente posizione – con un suo *dissent* pubblico sul dispositivo, o anche solo sulla motivazione addotta per giustificare il dispositivo (*concurring opinion*) – comunque gli altri giudici (ossia i 13 diversi dal relatore e dal redattore) sono impediti di dire la loro, ossia di esprimere la loro opinione eventualmente dissenziente sul dispositivo o sulla mo-

tivazione. Sarebbe, insomma, una mezza riforma.

In breve e riassuntivamente, come tutte le mezzе riforme, l'attuale sistema di scissione fra relatore e redattore, a mio avviso – e il di saggio di Caravita conferma quest'impressione – non è una soluzione per almeno tre motivi:

1) nella motivazione del dispositivo finale, come tutti sappiamo, il redattore cercherà di tener conto – arrampicandosi sugli specchi, magari con incisi, con meri *obiter dicta* – delle ragioni avverse dell'originario relatore, col rischio di dar vita, alla fine, ad una pronuncia non chiara, ma ambigua. Attenzione, quanto accenno è solo una spia di un problema più generale: sappiamo tutti che questo è un fenomeno frequente che caratterizza, se non tutte, moltissime pronunce della Corte, anche quando non emerge una scissione fra relatore e giudice redattore, ma certo l'ambiguità cresce in queste occasioni;

2) proprio la ricordata scissione crea equivoci, in assenza di una motivazione “esplicita” del *dissent* da parte del relatore che si rifiuta di fare il redattore: resta, insomma, l'equivoco, l'incertezza;

3) come già detto, anche laddove il giudice relatore potesse motivare il suo rifiuto, comunque si escluderebbero *tutti gli altri* giudici, diversi dal relatore e dal redattore, dalla facoltà di esprimere argomentatamente dissensi e consensi.

3. Insomma, non credo che bastino le “mezzе riforme” per porre rimedio alle attuali carenze procedurali, e quindi forse anche sostanziali, legate al processo decisionale presso la Corte italiana.

Per esempio, c'è chi (Alessia Fusco) sembra proporre – non si capisce bene se facendovi corrispondere mutamenti davvero sostanziali – riforme meramente cosmetiche o nominalistiche, dicendo: non parliamo in modo aggressivo/polemico di *voto dissenziente*, ma semmai di *voto distinto* o di *opinioni separate*. Ma – posto che questo non significhi accontentarsi dell'attuale, s'è visto, insoddisfacente mera scissione fra relatore e redattore – certo non è cambiando il nome dell'istituto che esso muta ontologicamente: ossia non muta natura giuridica.

Una mezza riforma è anche quella di chi (Roberto Romboli) propone di limitarsi ad indicare nella pronuncia il numero dei voti favorevoli e contrari. Anche prescindendo dal fatto che, non sempre ma spesso, informalmente già ora si conosce il rapporto fra maggioranza e minoranza in Camera di consiglio, credo che in tal modo paradossalmente si peggiorerebbe la situazione, perché creeremmo, ossia istituzionalizzeremmo giuridicamente, la distinzione fra pronunzie *forti* (prese all'unanimità) e decisioni *deboli* (adottate con maggioranza risicata). In ogni caso non avremmo la chiarezza de-

rivante da motivazioni/dissenziati di singoli giudici.

Confesso di avere dubbi pure sulla formula tedesca di riportare nella pronuncia della Corte le tesi divergenti senza però indicarne gli autori: forse potrebbe essere una soluzione, ma credo che in Italia finirebbe con l'essere un "segreto di pulcinella".

Insomma, tutte le "mezze riforme" cui si è accennato – compreso l'attuale insoddisfacente sistema di "dissent all'italiana" (come viene definito da chi scrive e Antonio Ruggeri, nell'ultima edizione dei *Lineamenti di Giustizia costituzionale*) – non risolvono la questione dell'incertezza del processo decisionale interno alla Corte.

4. Alle soluzioni timide o compromissorie preferisco, invece, le posizioni nette e intransigenti di chi esplicitamente non è favorevole all'introduzione del *dissent* nel nostro ordinamento. Si tratta di argomenti ben noti e non irragionevoli, ma – devo confessare – a mio avviso piuttosto deboli, che hanno però il pregio di non celarsi dietro eufemismi e ipocrisie. Più precisamente, direi che le resistenze all'introduzione del *dissent* mi sembrano essenzialmente di natura psicologica più che strettamente giuridica.

Sorvolo sulla classica tesi avversa di Gustavo Zagrebelsky ("rottura della collegialità") e ne segnalo solo

due. Mi soffermo sulle posizioni di Giuliano Amato e di Antonio Ruggeri.

Amato – come altri che si sono occupati di questo tema (il ricordato Gustavo Zagrebelsky o Carlo Mezzanotte) – ha cambiato idea: era dichiaratamente favorevole all'introduzione del *dissent*, ma proprio di recente (l'ho ascoltato con le mie orecchie durante un webinar) ha esplicitamente detto di voler contraddire se stesso e di esser diventato contrario al *dissent* perché teme il protagonismo dei giudici costituzionali, teme cioè che l'introduzione del *dissent* favorisca il narcisismo dei giudici. Comprendo le ragioni di Amato, ma appunto questo mi sembra un argomento più psicologico, che giuridico. Il rischio di narcisismo individualistico, infatti, mi sembra secondario di fronte alla superiore esigenza di una pronuncia sincera, che si rivolga alla comunità dei cittadini ed aiuti a costruire un'etica discorsiva (per usare la terminologia di Jurgen Habermas, ripresa anche da Gaetano Silvestri). Del resto, anche Beniamino Caravita ci ricorda (p. 53) che la mancanza del *dissent* «impo-verisce il dibattito politico e culturale del Paese». Insomma, è lecito domandarsi retoricamente – e lo fa molto bene Caravita a p. 29 – «se mina maggiormente l'autorevolezza della Corte una motivata opinione dissenziente o, come accade ora, un dissenso immotivato del relatore».

Parimenti, il punto di vista di Antonio Ruggeri essenzialmente mi sembra riconducibile al timore di politicizzazione/strumentalizzazione politica dei giudici costituzionali, soprattutto in questo momento che non a torto viene definito di diffuso populismo e forte esasperazione del conflitto politico. Per la verità, Ruggeri riconosce astrattamente l'importanza del *dissent* – in un suo articolo di gennaio 2021 ammette addirittura che «i più pesanti argomenti sono quelli a favore della introduzione dell'istituto» – ma poi nega concretamente l'opportunità dell'adozione, almeno per il momento, dell'istituto visto il tormentato contesto storico italiano.

In breve, sia la tesi di Amato che di Ruggeri mi sembrano fondate, come dicevo, più su argomenti psicologici che strettamente giuridici. Ruggeri espressamente invoca la necessità di «dare all'esterno una rappresentazione di fermezza e compattezza dell'operato». Ma l'esigenza prioritaria, a mio parere, non è tanto quella, appunto psicologica, di dare un'immagine di unità, quanto semmai quella di offrire chiarezza e trasparenza del processo decisionale.

Direi che v'è una sorta di pregiudizio negativo e pessimistico verso i giudici costituzionali italiani, considerati o *deboli* (perché incapaci di resistere alle pressioni politico-partitiche e quindi non in grado di mantenere la propria indipenden-

za) o *iperattivi* (perché immaginati alla stregua di presunte prime donne che tengono più alla propria immagine che alla ragionevolezza della decisione da assumere). Ecco, se abbiamo questa sorta di pregiudizio negativo nei confronti dei giudici di Palazzo della Consulta, allora è meglio aderire alla linea – rispettabile, ma tipica della forma mentis (*denkform*) misoneista, conservatrice di molti giuristi – che, nel timore di ogni novità, preferisce lasciare tutto come sta.

Allora è molto meglio nascondersi dietro l'ipocrisia – ché in fondo di questo si tratta – di un collegio sempre compatto e unito.

5. Invece, sembra proprio che sia giunto il momento di dar vita ad una riforma radicale, o completa – che consenta a *tutti* i giudici e non solo al *duetto* relatore/redattore – di esprimere chiaramente la propria opinione. Anzi, *rectius*, bisognerebbe dire, che al momento il duo relatore/redattore ha solo la facoltà di “lasciare intendere” come la pensa, non potendo motivare/argomentare “esplicitamente” le ragioni della scissione.

L'adozione dell'“opinione separata”, invece, renderebbe senz'altro più “trasparente” il lavoro della Corte e consentirebbe – attraverso la lettura completa della pronuncia (dunque comprensiva di tutte le *dissenting* e *concurring opinions*)

– ai commentatori, ossia alla dottrina, come direbbe Antonin Scalia, di svolgere bene il proprio lavoro e all’opinione pubblica di farsi un’idea non superficiale del caso e comprendere le ragioni che hanno portato alla decisione.

Senza dimenticare anche il vantaggio, da tutti riconosciuto, di poter usare le *dissenting* e *concurring opinions* per aggiustare il tiro, nel corso del tempo, ossia per aggiornare/riformare in modo ragionevole (e non contraddittorio o apparentemente arbitrario) la giurisprudenza costituzionale. Si noti che tale obiettivo fino ad oggi si è realizzato con la vaghezza e il ragionamento astratto di moltissime pronunce del Giudice delle leggi, ossia con espressioni quali: “di norma”, “in via generale”, “in linea di principio”, ecc.

In conclusione, l’opinione che mi sono fatto – anche grazie al libro di Caravita – è che le mezze vie, le mezze riforme, le mezze soluzioni o le soluzioni timide non ci aiutino affatto. Credo, quindi, che bisognerebbe scegliere con nettezza fra due strade:

- o si introduce finalmente la possibilità di vere e proprie *dissenting* e *concurring opinions*, posto che la Corte stessa – come ci ricorda Caravita a p. 89 – ne ammette la liceità costituzionale: «Nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza [...]

nessuna norma costituzionale stabilisce il segreto delle deliberazioni degli organi giudiziari, quale garanzia della loro indipendenza; né, a tal fine, impone il segreto sull’esistenza di opinioni dissenzienti all’interno del collegio» (così sent. cost. n. 18/1989). A ben vedere, seguendo quanto la stessa Corte ci dice, la legittimazione dei giudici costituzionali non dipende tanto dalla collegialità dell’organo di garanzia ma dalla sua indipendenza e sull’indipendenza, ci dice la Corte, non incide il *dissent*;

- oppure si dovrebbe tornare indietro, garantendo la piena collegialità e rigida riservatezza del lavoro della Corte, escludendo l’attuale opportunità, da parte del relatore, di rifiutarsi di redigere la motivazione della pronuncia, ovvero e meglio ancora – sempre aderendo alla tesi della piena collegialità e rigida riservatezza – si potrebbe nominare (come succedeva un tempo) il redattore solo dopo la discussione in camera di Consiglio, lasciando che la pronuncia sia sottoscritta da tutti i giudici (è la tesi di Alessio Rauti). Peraltro il superamento dell’originaria regola della sottoscrizione da parte di tutti i giudici si era resa necessaria a seguito di un evento storico in cui, pare, si dovette addirittura raggiungere in elicottero un giudice costituzionale in settimana bianca per farla firmare, ma oggi, con l’attuale tecnologia informatica, la sottoscrizione

congiunta non porrebbe problemi simili. Questo sistema consentirebbe al giudice relatore che non se la sente di argomentare una decisione – quando, in scienza e coscienza, gli sembra sbagliata – di non redigere la motivazione, ma contemporaneamente garantirebbe il principio di collegialità e riservatezza: il relatore sarebbe soltanto colui che istruisce e presenta la q.l.c. in Camera di consiglio. Chi materialmente è il redattore della motivazione, invece, dovrebbe restare sconosciuto. La sentenza sarebbe firmata da tutti.

6. Sia chiaro: non è quest'ultima la soluzione che io auspico. Come già detto, personalmente credo che l'introduzione delle *dissenting* e *concurring opinions* non sia incompatibile con il principio di collegialità; anzi – se ben usata – non escludo che lo rafforzi. Insomma, sono pienamente favorevole, per i motivi prima accennati, all'introduzione di vere e proprie *dissenting* e *concurring opinions*, attraverso una modifica della legge n. 87/1953 e poi delle Norme integrative, ma certo mantenere l'attuale ambiguo sistema della

scissione relatore/redattore è forse il male peggiore, perché è una tipica soluzione all'italiana, che “resta in mezzo al guado” (Giacomo D'Amico la definisce «una soluzione intermedia tra la vera *dissenting opinion* e l'assoluta segretezza del voto»).

L'attuale sistema, insomma, è semplicemente una specie di riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza (di “coscienza costituzionale” parla il sito della Corte nel gennaio del 2021) da parte del giudice relatore. Ma è solo una mezza misura: da un lato rimette in discussione (e quindi attenta al) principio di collegialità e riservatezza del lavoro della Corte; dall'altro impedisce al giudice che dissente di spiegare *perché* dissente. E poi – come rileva lo stesso Caravita nel bel saggio che qui si recensisce – non sempre è in gioco una vera questione di coscienza.

In breve, mi sembra che conservando l'attuale prassi/sistema della scissione del relatore/redattore si crei solo confusione. È auspicabile, dunque, che si faccia un esplicito passo avanti verso il *dissent* o rigorosamente e coerentemente si torni *indietro*.

ABSTRACT

Eduardo Gianfrancesco, *Un approccio costituzionalistico alla Commissione europea. Alcuni profili rilevanti*

L'articolo analizza la posizione istituzionale della Commissione europea attingendo a talune categorie della scienza costituzionalistica. Alla luce del "quadro istituzionale unico" dell'Unione, si ritengono utilizzabili le nozioni di "forma di governo" ed "indirizzo politico" opportunamente adattate all'esperienza europea ed al ruolo della Commissione in particolare. Approfondendo l'articolazione interna della Commissione ed i suoi rapporti con le altre Istituzioni dell'Unione (in particolare, il Parlamento europeo), vengono presi in considerazione gli elementi comuni e differenziali rispetto alla forma di governo parlamentare per giungere alla conclusione che la "forma di governo europea" non può essere ricondotta a tale modello, almeno nella situazione attuale. Essa si ispira a modelli di derivazione genetica dell'Esecutivo (la Commissione) dall'organo parlamentare ai quali non si accompagna però una dipendenza funzionale nella forma di un rapporto fiduciario.

An Approach to the European Commission according the Method of Constitutional Law Studies. Some Relevant Aspects

The essay faces up to the institutional position of the European Commission in the light of constitutional law studies instruments of analysis. Moving from the "institutional framework" of the European Union, it is deemed possible to apply notions like "form of government" and "political guidance", appropriately adapted, to the European experience and to the Commission's role. Analyzing the internal organization of the European Commission and its relationships with other European Institutions (especially the European Parliament), the essay takes into account common and differential elements with the "parliamentary form of government". The conclusion is the impossibility to lead the "European form of Government" to a parliamentary one, at the present time at least. The analysis shows the genetic derivation of the European executive power (the Commission) from the European Parliament without, however, a "functional dependence" in the form of a fiduciary relationship.

Angelo Giuseppe Orofino, *Les actes numériques d'organisation du service public: la perspective italienne*

L'introduzione di strumenti automatici di gestione delle varie funzioni svolte dalle amministrazioni ha fatto sorgere nuovi dilemmi, con i quali si è dovuta confrontare la scienza del diritto pubblico. Il presente contributo riassume, in chiave evolutiva, alcuni dei più spinosi problemi che l'automazione amministrativa ha recato con sé.

The Digital Acts of Public Service Organisation: the Italian Perspective

The introduction of automatic tools for the administration of the various functions carried out by public bodies has created new dilemmas with which the science of public law has had to contend. This contribution summarises, in an evolutionary perspective, some of the most challenging problems that administrative automation has brought with it.

Annalaura Giannelli, *Gli accordi amministrativi (ancora) in cerca di identità: riflessioni sull'ipotesi della connotazione doverosa*

Il contributo esamina l'istituto degli accordi amministrativi, con particolare riferimento alle ragioni che ne hanno determinato una limitata applicazione pratica. L'analisi si sofferma inoltre sulle ultime tendenze giurisprudenziali, che sembrano proporre una connotazione doverosa dell'istituto, soprattutto laddove l'esercizio del potere rischi di ledere situazioni di legittimo affidamento. Tale connotazione, tuttavia, non risulta del tutto con l'originaria ispirazione partecipativa dell'istituto in questione.

Administrative Agreements Seek Identity. The Idea of their Dutiful Nature

The paper examines administrative agreements, with reference to the reasons that led to their limited practical application. The analysis also focuses on the latest jurisprudential trends, which understand the administrative agreements as dutiful, especially when the exercise of power can damage legitimate expectations. This hypothesis, however, does not accord with the original participatory inspiration of this kind of agreements.

Valentina Capuozzo, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale nella costruzione costituzionale europea: recenti tendenze nel dialogo orizzontale e verticale fra le Corti*

L'analisi si sofferma sulle più recenti tendenze giurisprudenziali in materia di rinvio pregiudiziale alla luce dell'ordinanza 19598/2020, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno portato all'attenzione della Corte di Giustizia

l'articolo 111, comma 8, della Costituzione per come interpretato nella sentenza 6/2018 della Corte costituzionale. La ratio sottesa al rinvio, di rimettere in discussione nella sede europea un orientamento della giurisprudenza di legittimità respinto dal giudice delle leggi, è riscontrabile anche nell'ordinanza 2327/2021 con cui il Consiglio di Stato usa il rinvio pregiudiziale per trasmettere al giudice europeo la sua prospettiva di interpretazione, alternativa rispetto a quella della Cassazione. La vicenda offre un punto di osservazione privilegiato per indagare la funzione del rinvio pregiudiziale, inducendo a interrogarsi, ancora e per ragioni diverse rispetto al passato, sul suo significato nella costruzione costituzionale europea in fieri.

The Role of the Preliminary Ruling for the European Constitutional Construction: Recent Trends in the Horizontal and Vertical Dialogue between Courts

The analysis focuses on the most recent jurisprudential trends in the field of preliminary ruling in the light of the Order 19598/2020, by which the United Sections of the Italian Supreme Court brought to the attention of the European Court of Justice Article 111, paragraph 8, of the Italian Constitution for its interpretation in judgment 6/2018 of the Constitutional Court. The intention of the Supreme Cassation Court apparently was to use the preliminary ruling to question, before the European Court of Justice, its jurisprudential orientation, which was rejected by the Constitutional Court. Furthermore, in the Order 2327/2021 also the Council of State used the preliminary ruling in the same way, transmitting to the European Court its perspective of interpretation, alternative to that of the Court of Cassation. The case offers a privileged viewpoint to investigate the function of the preliminary ruling, leading to questioning, again and for different reasons than in the past, its significance in the ongoing European Constitutional construction.

Francesca Proietti, Francesco Severa, *Giurisdizione, Costituzione e Corti: retrospettiva e prospettiva. A proposito di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*

Nel presente lavoro, l'analisi dell'ordinanza n. 19598 del 2020 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, che dispone un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, viene declinata sotto una doppia visione prospettica: da una parte, si cerca di coglierne i riflessi interni in tema di tutela giurisdizionale, partendo dai principi costituzionali sul tema e dalla loro evoluzione alla luce della giurisprudenza costituzionale; dall'altra, si tenta di ricostruirne le conseguenze sui rapporti tra le Corti interne (Corte costituzionale e Corte di Cassazione) e Corti esterne (Corte di Giustizia dell'Unione europea) e, dunque, sulle evoluzioni del complesso dialogo esistente tra le stesse.

Jurisdiction, Constitution and Courts: Retrospect and Perspective. About a Recent Preliminary Reference to the Court of Justice of the European Union

In the present work, the analysis of Ordinance no.19598 of 2020 of the Joint Sections of the Court of Cassation, which provides a preliminary reference to the Court of Justice of the European Union, is declined under a double perspective: on the one hand, an attempt is made to grasp the internal reflections on the subject of judicial protection, starting from the constitutional principles on the subject and their evolution in the light of constitutional jurisprudence; on the other hand, an attempt is made to reconstruct the consequences on the relations between the internal Courts (Constitutional Court and Court of Cassation) and external Courts (Court of Justice of the European Union) and, therefore, on the evolution of the complex dialogue existing between them.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

EDUARDO GIANFRANCESCO, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico,
Università degli studi di Modena e Reggio Emilia

ANGELO GIUSEPPE OROFINO, Professore associato di Diritto amministrativo,
Università Lum Giuseppe Degennaro

ANNALaura GIANNELLI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università
Magna Graecia di Catanzaro

VALENTINA CAPUOZZO, Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università
degli studi di Napoli Federico II

FRANCESCA PROIETTI, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale e pubblico
generale, Sapienza – Università di Roma

FRANCESCO SEVERA, Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, costituzionale e
internazionale, Sapienza – Università di Roma

ANDREA LONGO, Professore associato di Diritto costituzionale, Sapienza –
Università di Roma

ANTONINO SPADARO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università
degli studi Mediterranea di Reggio Calabria

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

Amministrazione
Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459
www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile
Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti
All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione
Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di luglio 2021
da *La Buona Stampa* – Napoli