

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXI - Nuova serie  
N. 3/2012 (settembre-dicembre)

## INDICE

### **DOTTRINA**

- GUIDO CORSO  
*Straniero, cittadino, uomo. Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale* 377
- ENZO MARIA MARENGHI  
*Affidamento di servizi pubblici senza gara tra interesse comune e cooperazione* 395
- GIOVANNI PITRUZZELLA  
*Farmaci e antitrust* 411
- FILIPPO SALVIA  
*Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari* 425
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI  
*L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza* 435
- ANTONELLA SCIORTINO  
*Il ruolo dei Parlamenti nazionali di fronte alla nuova governance economica europea* 445

LUCIA CORSO

*Perché le neuroscienze attirano i giuristi e cosa invece  
i giuristi potrebbero insegnare ai neuro-scienziati.  
Qualche osservazione preliminare* 469

## **GIURISPRUDENZA**

FABIO SAITTA

*Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento pro-  
cessuale* 487

MAURIZIO GEMELLI

*L'indipendenza dell'avvocato tra tutela costituzionale e  
dimensione sovranazionale* 503

*Dottrina*



Straniero, cittadino, uomo.  
Immigrazione ed immigrati nella giurisprudenza costituzionale\*

di Guido Corso

SOMMARIO: 1. La condizione giuridica dello straniero. – 2. Politica dell'immigrazione e sovranità dello Stato. – 3. La scelta delle sanzioni. – 4. L'incidenza dei principi sul diritto e processo penale. – 5. L'immigrato ed i diritti sociali. – 6. Diritto al ricongiungimento e unità familiare. – 7. L'immigrazione fra Stato e regioni. – 8. L'immigrato irregolare. – 9. Discrezionalità e vincoli.

1. *La condizione giuridica dello straniero*

La legge che regola la condizione giuridica dello straniero non incontra il solo limite delle norme e dei trattati internazionali cui l'art. 10 co. 2 Cost. rinvia. Incontra anche il limite dei diritti e degli obblighi che altri articoli della Costituzione riconoscono e, rispettivamente, impongono a "tutti", ossia ad un insieme di persone più ampio dell'insieme dei cittadini: quei cittadini che altre disposizioni costituzionali sui diritti prendono, invece, in esclusiva considerazione.

La Corte Costituzionale, ha relativizzato questa distinzione: affermando, per es., che i diritti di libertà spettano a tutti anche se alcuni di essi, come la libertà di circolazione, di riunione e di associazione, sono testualmente riconosciuti ai soli cittadini (artt. 16, 17 e 18 Cost.).

Ai soli cittadini viene poi riferito il principio di eguaglianza. Ma anche in questo caso la Corte ha ritenuto che tutti possono invocarlo (sent.ze n. 120/1967 e n. 54/1979): anche in forza della logica interna del principio che, precludendo distinzioni fondate sulla razza, sulla lingua e sulla religione, evoca una platea di destinatari più ampia dei soli cittadini.

La Costituzione non fornisce indicazioni univoche.

Mentre alcune disposizioni distinguono i cittadini da tutti e altre riconoscono un diritto senza alcun riferimento al soggetto (artt. 13, 14, 15, 25, 35 etc.) – il che lascia presumere che tutti ne siano titolari – la parte prima della Costituzio-

\* È il testo riveduto di una relazione tenuta davanti la Corte Costituzionale il 26 ottobre 2012.

ne è intitolata ai “diritti e doveri dei cittadini”. Ciò ha indotto scrittori autorevoli ad affermare che anche i “tutti” ai quali è riconosciuto, per es., il diritto di libertà religiosa (art. 19) o il diritto di manifestazione del pensiero (art. 21), sono i cittadini. Una simile lettura priva di significato la menzione dei cittadini negli artt. 16, 17 e 18. Resta pur sempre il fatto che se i cittadini sono i titolare dei diritti e dei doveri ai quali è intitolata la prima parte della Costituzione, essi formano il genere rispetto al quale i “tutti” degli artt. 19, 21, 24 e 53, costituiscono una specie: il che è evidentemente assurdo.

L'interpretazione diventa ancora più complicata per chi metta a confronto i diritti inviolabili dell'uomo, contemplati dall'art. 2, con i diritti del cittadino che figurano nel titolo della prima parte della Costituzione (artt. 13-24).

Presi alla lettera, i diritti dell'uomo sono distinti dai diritti del cittadino: ma quando si tenta di elencarli si finisce con l'identificarli, se non con tutti, almeno con i principali fra i diritti riconosciuti agli artt. 13 e ss. Del resto neppure la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 distingue chiaramente le due categorie.

Queste incertezze che caratterizzano il lessico costituzionale hanno offerto alla Corte Costituzionale un'ampia libertà nella costruzione delle analogie e delle differenze di trattamento tra cittadini e stranieri, ossia di quelle due parti che formano il genere che l'art. 2 evoca quando parla di diritti inviolabili dell'uomo e coincide con i “tutti” ai quali certi diritti vengono riconosciuti.

Con la riforma costituzionale del 2001 è stata enucleata nella categoria degli stranieri la sottocategoria degli immigrati: la quale rimanda a due diversi oggetti dell'intervento legislativo, l'immigrazione come operazione a carattere istantaneo che coincide con l'ingresso nel territorio dello Stato, e l'immigrazione come condizione dell'immigrato che sia residente in Italia per esservi entrato legalmente.

L'immigrazione come status, occorre aggiungere, comprende anche la condizione dell'immigrato irregolare che aspira a regolarizzare la sua posizione e incontra le (o incappa nelle) regole che governano le ricorrenti sanatorie.

Accanto alle norme che disciplinano l'immigrazione e il soggiorno e che l'art. 117 riserva alla legislazione esclusiva dello Stato, vengono in rilievo le norme che riguardano non l'immigrazione ma l'immigrato: o perché conferiscono diritti che la Costituzione, come interpretata dalla Corte, riconosce a tutti o perché escludono l'immigrato dalla loro applicazione, e quindi vengono contestate come discriminatorie, o perché, all'opposto, riguardano anche lui e lo rendono partecipe di benefici di cui godono prima di tutto i cittadini.

Le norme appartenenti a quest'ultima categoria, che sono contenute in leggi regionali in tema di assistenza, formazione professionale, edilizia residenziale pubblica, norme che hanno come destinatari anche o solo gli immigrati, vengono sistematicamente impugnate dal Governo perché ritenute invasive della competenza esclusiva dello Stato in tema di immigrazione: non quindi

perché arrecano benefici all'immigrato, ma perché la Regione sarebbe priva di competenza.

La potestà legislativa dello Stato in tema di immigrazione si esprime non soltanto nelle regole d'ingresso e di soggiorno ma anche nelle sanzioni previste per la violazione di queste regole e nella disciplina dei procedimenti necessari per la loro applicazione. È proprio il momento sanzionatorio con le sue modalità di applicazione che è stato ripetutamente sottoposto allo scrutinio della Corte Costituzionale: perché è questa la fase in cui operano i principi costituzionali sul reato, sulla pena, sul processo e sulla tutela giurisdizionale, principi che devono garantire tutti, e quindi anche gli immigrati.

Un quadro costituzionale, quindi, che è molto più complesso di quanto non appaia ad una lettura superficiale della Corte: e che una copiosa giurisprudenza costituzionale, formatasi soprattutto negli ultimi quindici anni, ha contribuito a chiarire.

La rassegna che segue si muove lungo queste linee. Saranno prese in considerazione nell'ordine le sentenze sulle norme che disciplinano l'ingresso ed il soggiorno e sono espressione delle politiche dell'immigrazione; le sentenze che hanno per oggetto norme sull'applicazione delle sanzioni previste per la violazione delle regole sull'ingresso e sul soggiorno; le sentenze in materie, di solito diverse dalla immigrazione, nelle quali il parametro invocato è costituito dalle disposizioni costituzionali in tema di famiglia, lavoro, previdenza; le sentenze intervenute nel contenzioso Stato-regioni e che riguardano essenzialmente diritti sociali riconosciuti all'immigrato da leggi regionali.

## 2. *Politica dell'immigrazione e sovranità dello Stato*

Il potere di disciplinare l'immigrazione è una manifestazione essenziale della sovranità dello Stato che comporta il controllo del territorio (C. Cost. sent. n. 250/2010). “Lo Stato non può [...] abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione di un adeguato flusso migratorio vanno dunque rispettate, e non eluse [...] essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, di tutti coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali” (sent. n. 353/1997).

La disciplina dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, “collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione” (sentt. 148/2008, n. 206/2006 e n. 62/1994 richiamate dalla citata sent. 250/2010; da ultimo, sent. n. 172/2012).

Tale disciplina, connotata da un'ampia discrezionalità, include la fissazione dei requisiti necessari per le autorizzazioni che consentono ai cittadini extraco-

munitari di trattarsi e lavorare nel territorio della Repubblica (sent. n. 78/2005) e il c.d. automatismo che caratterizza taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno (sent. n. 148/2008) oppure dell'espulsione (ord.ze n. 463/2005 e n. 146/2002: per una sintesi sent. n. 172/2012 cit.).

Il potere di ammettere o di escludere gli stranieri dal territorio nazionale è conforme al diritto internazionale consuetudinario, al quale l'art. 10 co. 2 Cost. rinvia, perché in questa materia opera in pieno principio della sovranità territoriale. Nella sovranità è implicita la piena libertà dello Stato di stabilire la propria politica nel campo dell'immigrazione, permanente o temporanea che sia, e di ordinare a stranieri o a gruppi di stranieri, di abbandonare il proprio territorio (CEDU, sent. 28 maggio 1985 § 67, Abdulaziz e al c. Regno Unito; 21 ottobre 1997, § 42, Bonjulifa c. Francia).

La discrezionalità richiamata dalla Corte Costituzionale, prima di essere il frutto della pluralità degli interessi in gioco (la discrezionalità come ponderazione di interessi), è inerente alla idea stessa di sovranità. Gli interessi pubblici influiscono invece sulla determinazione dei flussi e sul contenuto concreto delle politiche sull'immigrazione.

La portata dei flussi quale viene determinata annualmente (art. 3 co. 3 t.u.) tiene conto sia delle esigenze del mercato del lavoro (o di certi segmenti del mercato del lavoro), esigenze che solo gli immigrati sono in grado di soddisfare, sia della capacità di accoglienza del paese (o meglio dei limiti di tale capacità).

Si può anche aggiungere che l'inesistenza di un diritto o di una pretesa tutelata all'ingresso e al soggiorno nel paese, al di fuori delle scelte compiute in tema di flussi migratori, è confermata dall'art. 10 co. 3 Cost. Se lo straniero al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana ha diritto di asilo in Italia, lo straniero che non si trovi in questa situazione non può vantare tale diritto.

Diverso ovviamente è il caso degli accordi internazionali che limitano la sovranità statale e di cui l'Italia sia parte. Anche ad essi l'art. 10 co. 2 rinvia (v. anche art. 3 co. 2 t.u.).

La recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (23 febbraio 2012, Hirsi Jiamaa e altri) in tema di respingimenti in alto mare ha richiamato l'attenzione del Governo italiano sui limiti che il potere di espulsione incontra negli artt. 13 (diritto a un ricorso effettivo) e 3 (trattamenti inumani e degradanti) della Convenzione europea e nell'art. 4 del protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive o di gruppo).

### 3. *La scelta delle sanzioni*

La Corte ha sempre riconosciuto la piena discrezionalità dello Stato nella formulazione delle politiche dell'immigrazione. Non che nelle ordinanze di

rimessione, fosse stato messo in discussione questo potere: non risulta infatti che i giudici a quo abbiano mai esplicitamente sostenuto l'esistenza di un diritto all'immigrazione. Il principio viene invece richiamato come premessa all'esame di censure d'incostituzionalità mosse a norme di legge che puniscono la violazione delle regole sull'immigrazione e sul soggiorno e stabiliscono le modalità di esecuzione delle sanzioni: ossia di norme che riguardano persone che comunque si trovano nel territorio nazionale e che perciò reclamano diritti che la Costituzione garantisce a tutti, dalla libertà personale (art. 13) alla tutela giurisdizionale (art. 24).

Deve essere in proposito ribadito che sebbene la Costituzione nel titolo I della parte I, distingue i cittadini da "tutti" e faccia riferimento in alcuni casi a tutti (artt. 19, 21 e 24) anche in modo implicito (artt. 13, 14, 15), e in altri casi ai soli cittadini (artt. 16, 17 e 18) a proposito della libertà di circolazione, di riunione e di associazione), la Corte costituzionale ha da epoca remota riconosciuto "l'eguaglianza dello straniero rispetto al cittadino nella sfera dei diritti fondamentali", ossia "l'eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà" (sent. n. 144/1970 che richiama le sentenze nn. 120/1962 e n. 104/1969). Rinvio al prosieguo del discorso qualche altra notazione sul tema, perché l'eguaglianza tra cittadini e stranieri è stata affermata anche con riguardo ad alcuni diritti sociali.

È stata innanzitutto contestata la scelta del legislatore di qualificare come reato, sia pure contravvenzionale, l'ingresso o la permanenza nel territorio dello Stato in violazione delle norme del t.u. (art. 1 co. 16 lett. a) L. 94/2009 che introduce nel t.u. l'art. 10-bis): comportamenti che nella versione originaria del t.u. venivano sanzionati come illeciti amministrativi. Disattendendo l'impostazione del giudice a quo, secondo cui l'incriminazione colpirebbe un "modo di essere" della persona (la clandestinità), e concreterebbe una ipotesi di "diritto penale d'autore", in violazione dell'art. 25 co. 2 che pone al centro del sistema penale il fatto commesso, la Corte (sent. n. 250/2010) ha ritenuto che l'art. 10-bis colpisca una condotta attiva istantanea (il varcare illegittimamente i confini nazionali) ed una a carattere permanente, il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l'omettere di lasciare il territorio nazionale da parte di colui che è sfornito del titolo che legittima la permanenza); ed ha pure affermato che determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se essa debba assumere una connotazione penale anziché meramente amministrativa (com'era prima dell'entrata in vigore della L. n. 94 del 2009), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore. Questi ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia. Peraltro – aggiunge la Corte – l'analisi comparatistica rivela che altri paesi dell'Unione europea, come la Francia, la Germania e il Regno Unito prevedono anch'essi norme incriminative dell'immigrazione irregolare e pene anche più severe.

L'art. 10-bis ha continuato a formare oggetto di attacchi da parte dei Giudici di pace: ma la Corte ha opposto un fuoco di sbarramento dichiarando inammissibili le questioni per insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio a quo o per inadeguata dimostrazione della rilevanza (ord.ze nn. 3, 6, 13, 32, 64 e 65/2011).

La sentenza n. 250/2011 è per il momento l'ultima di una serie di pronunce con cui la Corte ha dichiarato infondate questioni di legittimità costituzionale di norme sull'ingresso e sul soggiorno degli stranieri: la norma che prevede come reato il compimento di "atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadino o non ha titolo di residenza permanente" (sent. n. 21/2009); la norma che esclude per lo straniero condannato a pena patteggiata per un qualunque reato in materia di stupefacenti la possibilità del rinnovo del permesso di soggiorno (sent. n. 148/2008); la norma che preclude la regolarizzazione ai lavoratori extracomunitari che siano stati destinatari di provvedimenti di espulsione da eseguire mediante accompagnamento alla frontiera (sent. n. 206/2006); la norma che punisce con l'arresto da sei mesi a un anno lo straniero che "senza giustificato motivo" si trattiene sul territorio dello Stato in violazione dell'ordine del questore di lasciare detto territorio (sent. n. 5/2004).

A parte gli specifici profili penalistici (riserva di legge in materia penale e determinatezza della fattispecie, sent. n. 21/2009 e n. 5/2004), la premessa da cui muove la Corte è sempre la stessa: la disciplina dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, anche in ragione della pluralità degli interessi pubblici coinvolti, è ispirata ad ampia discrezionalità "limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le (...) scelte (del legislatore) non risultino manifestamente irragionevoli" (sent.ze n.147/2008, n. 206/2006 e i precedenti richiamati).

Il limite della ragionevolezza è stato superato, secondo la Corte, dalla legge n. 102/2009 di conversione del d.l. n. 78/2009, sulla regolarizzazione della posizione lavorativa degli extracomunitari (la c.d. "emersione") che alla data del 30 giugno 2009 prestavano assistenza a persone affette da patologie o handicap che ne limitano l'autosufficienza ovvero prestavano attività di lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. La regolarizzazione è negata (art. 1-ter co. 12) a coloro che erano stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per un reato per cui fosse consentito l'arresto in flagranza (art. 381 c.p.p.).

L'automatismo previsto dalla legge deve essere considerato irragionevole (sent. n. 172/2012) sia perché poggia su una presunzione di pericolosità che è esclusa dallo stesso art. 381 c.p.p. (che consente l'arresto in flagranza soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto, desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto) sia perché rischia di pregiudicare irragionevolmente l'interesse delle persone che sono affette da patologie o disabilità che ne limitano l'autosufficienza e sono assistite

dall'extracomunitario. È "notorio che, soprattutto quanto tale attività sia stata svolta per un tempo apprezzabile può instaurarsi un legame peculiare e forte con chi ha bisogno di assistenza costante": sicché è inammissibile un divieto di emersione in assenza di "ogni valutazione in ordine alla effettiva imprescindibilità e proporzionalità dello stesso rispetto all'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato" (sent. n. 172/2012).

Del pari irragionevole è stata giudicata la norma che prevedeva come delitto la mera inottemperanza dello straniero che, già destinatario di un provvedimento di espulsione e di un ordine di allontanamento, continui a permanere nel territorio dello Stato (art. 14 co. 5-quater t.u. introdotto dalla L. 94/2009): irragionevole nella parte in cui non prende in considerazione come causa di esclusione del reato la presenza di un "giustificato motivo" della permanenza nel territorio anche dopo l'ordine di allontanamento (sent. n. 359/2010).

Successivamente l'ultima fattispecie incriminatrice è stata travolta nonostante il legislatore fosse intervenuto ad inserire la clausola "salvo che sussista il giustificato motivo" (art. 3 d.l. n. 89/2011). Questo ulteriore passaggio è avvenuto in applicazione del limite delle norme dei trattati in relazione alla condizione giuridica dello straniero, indicata dall'art. 10 co. 2 Cost.

La direttiva rimpatri (n. 2008/15/CE) prevede, infatti, che il rimpatri disposto nei confronti dello straniero con invito a lasciare il territorio dello Stato entro un termine non inferiore a sette giorni, possa essere eseguito coattivamente solo allo scadere del termine, che eventuali condotte non collaborative vengano fronteggiate trattenendo l'interessato per il tempo strettamente necessario e comunque per non oltre sei mesi, prorogabili fino a diciotto in presenza di ulteriori condizioni, e che il trattenimento avvenga mediante detenzione "amministrativa" e non carceraria.

Con la direttiva contrasta, secondo la Corte di Giustizia CE, la normativa italiana in quanto prevede "l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo" (causa C-61/11 PPU, 28 aprile 2011).

Da ciò la Corte di Cassazione (Sez. I pen. 10 ottobre 2011, n. 36451) e il Consiglio di Stato (Ad. pl. n. 8/2011) hanno desunto l'abolitio criminis: sicché la Corte Costituzionale, investita della questione, ha rinviato al giudice a quo per una valutazione circa la rilevanza attuale della questione stessa, tenuto conto anche della normativa sopravvenuta (d.l. n. 89/2011) che ha dato attuazione, sia pur tardivamente, alla direttiva comunitaria (C: Cost. ord.za n. 295/2011).

Questo sviluppo è importante. Viene messa in discussione la libertà dello Stato di colpire con la sanzione penale lo straniero che si trattenga indebitamente nel territorio e sono prescritte misure amministrative per l'esecuzione coattiva dell'espulsione.

#### 4. *L'incidenza dei principi sul diritto e processo penale*

Nei casi esaminati fa da sfondo alle questioni di costituzionalità di singole disposizioni la politica dell'immigrazione – per es. la scelta fra sanzioni penali e misure amministrative o la determinazione dei limiti della regolarizzazione o sanatoria delle situazioni di clandestinità. Una politica che è caratterizzata dalla discrezionalità del legislatore ed incontra un limite nella ragionevolezza o nelle eventuali norme dei trattati internazionali che pongono dei vincoli agli Stati contraenti.

Diverso è l'atteggiamento della Corte, assai meno tollerante, nei confronti del legislatore, quando le misure che hanno come destinatari gli stranieri toccano la libertà personale (art. 13 Cost.) o involgono i principi fondamentali del diritto e del processo penale (artt. 25 e 27 Cost.) o il diritto di difesa (art. 24 Cost.).

L'orientamento della Corte muove da una premessa: le garanzie della libertà personale non subiscono attenuazioni rispetto agli stranieri in vista della tutela di altri beni costituzionalmente tutelati (sent. n. 105/2001). “Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi problemi di sicurezza e ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani” (ivi, punto 4 della parte in diritto).

L'art. 13 Cost. viene in rilievo quando la misura prevista dalla legge non è meramente obbligatoria (come l'ordine di rimpatrio in sé considerato, sent. n. 210/1995), ma è coercitiva: come l'accompagnamento coattivo alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Poiché dell'accompagnamento è prevista l'immediata esecuzione, prima della convalida da parte dell'autorità giudiziaria, risulta vanificata la garanzia contenuta nel comma 3 dell'art. 13 Cost., e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera del giudice nelle successive quarantotto ore. Viene pure violato il diritto di difesa dello straniero perché la disposizione impugnata (art. 13 co. 5 bis t.u., nel testo di cui al d.l. n. 51/2002 conv. con modifiche in L. 106/2002) non prevede che egli debba essere ascoltato dal giudice con l'assistenza di un difensore (sent. n. 222/2004).

Con l'art. 13 Cost. contrasta pure la norma che prevede l'arresto obbligatorio dello straniero che abbia violato l'ordine di lasciare il territorio dello Stato (art. 14 co. 5-ter t.u.).

In relazione della natura del reato, contravvenzionale, e della pena prevista (all'epoca, l'arresto da sei mesi ad un anno), il giudice chiamato a pronunciarsi sulla convalida deve comunque disporre l'immediata liberazione dell'arrestato ex art. 391 co. 6 c.p.p. perché non ricorre alcuna delle condizioni che autorizzano il ricorso alla custodia cautelare in carcere (artt. 274 c.p.p.).

L'arresto in flagranza, privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, è così una misura fine a se stessa: in contrasto con l'art. 13 co. 3 Cost. che consente all'autorità di polizia di adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale solo quando essi abbiano natura servente rispetto alla tutela di esigenze previste dalla Costituzione, e in primo luogo alle finalità del processo penale (così sent. n. 223/2004).

Del pari illegittima, secondo la Corte (sent. n. 466/2005) è la norma (art. 13 bis t.u.) che punisce con la reclusione da uno a quattro anni lo straniero che, denunciato ed espulso per essere entrato illegalmente nel territorio nazionale, vi faccia reingresso senza una speciale autorizzazione del Ministero dell'interno: sicché quella che era una contravvenzione (il primo ingresso) diventa un delitto seriamente punito e ciò sulla base di una semplice denuncia (la denuncia che ha portato all'espulsione). Conseguenze pregiudizievoli derivano così da un atto – come la denuncia – che “nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto”, ma semplicemente impone agli organi competenti l'obbligo di verificare se e quali dei fatti esposti in denuncia corrispondono alla realtà”. Opera in questo caso, la presunzione di non colpevolezza stabilita dall'art. 27 Cost., co. 2. Un altro principio sancito dall'art. 27 – la funzione rieducativa della pena (co. 3) – viene violato dalle norme dell'ordinamento penitenziario (artt. 47, 48 e 50 L. 354/1975) se interpretate nel senso che all'extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione (nel caso specifico, l'affidamento in prova, sent. n. 7872007). La previsione della detenzione come unica misura ammessa contrasta, peraltro, con i principi direttivi ai quali deve ispirarsi il trattamento penitenziario (individualizzazione del trattamento in funzione del reinserimento sociale del condannato, divieto di discriminazione in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose, art. 1 legge cit.).

Con legge n. 94/2009 l'elenco delle circostanze aggravanti comuni viene arricchito di una nuova fattispecie: l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale (art. 61 n. 11-bis cod. pen.).

Una norma del genere stabilisce “una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere (...)”. La qualità di immigrato irregolare, che può essere dovuta anche a colposa mancata rinnovazione del titolo per il soggiorno entro termini stabiliti, “diventa uno “stigma” che funge da premessa a un trattamento penalistico differenziato del soggetto” ... “Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base a d una presunzione assoluta, che identifica un “tipo di autore” assoggettato sempre e comunque, ad un più severo trattamento”: in evidente violazione dell'art. 25, 2°

comma Cost. che pone il fatto alla base della responsabilità e prescrive, pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali". Viene vulnerato altresì il principio di offensività perché la condotta illecita viene considerata più gravemente offensiva non con riguardo al bene protetto, ma in ragione di una generale e presunta qualità negativa del suo autore (sent. n. 249/2010).

La garanzia della libertà personale e la presunzione di non colpevolezza hanno portato più di recente all'annullamento di altra norma introdotta sempre dalla L. 94/2009. Si tratta della norma che, per chi compie atti diretti a produrre illegalmente l'ingresso di stranieri nel territorio dello Stato, prevede l'applicazione della custodia cautelare in carcere quando ci sono gravi indizi di colpevolezza e non siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari (sent. n. 331/2011).

"L'irragionevolezza della presunzione assoluta – si legge con sentenza – si coglie tutte le volte in cui sia "agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa" (vengono richiamate le sentenze n. 231 e 164/2011, n. 265/2010 e n. 139/2010). Tale presunzione, nel caso di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, è certamente smentita quando l'illecito sia commesso da tantum da singoli individui che, operando al di fuori di un sodalizio criminale, agiscono "per le più varie motivazioni, anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati".

La gravità astratta del reato, si legge in sentenza, vale ai fini della determinazione della pena, ma non può precludere "la verifica del grado di esigenze cautelari e la individuazione della misura concretamente idonea a farvi fronte". Non può cioè vincolare il giudice a disporre la misura più rigorosa, senza possibilità di scegliere le altre misure cautelari previste dagli artt. 275 ss. c.p.p.

In tutti questi casi i principi in tema di libertà personale, reato, pena e processo penale vengono in rilievo congiuntamente al principio di eguaglianza che "non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e la posizione dello straniero" (sent. n. 249/2010).

La limitazione di un diritto fondamentale – prosegue la stessa sentenza – è ammessa solo "in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante": sicché "la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente, ai fini del controllo sul rispetto dell'art. 3 Cost., l'accertamento della sua non manifesta irragionevolezza" (il passo è tratto dalla sentenza n. 393/2006).

## 5. *L'immigrato ed i diritti sociali*

Con riguardo ai diritti sociali dell'immigrato la Corte Costituzionale opera alcuni distinguo.

Quando la prestazione che la legge prevede per i cittadini è “un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di ‘bisogni primari’ inerenti alla sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare” (sent. n. 187/2010), l’immigrato deve essere pienamente equiparato al cittadino. Sono illegittime, pertanto le disposizioni che subordinano al possesso della carta di soggiorno l’erogazione della indennità di frequenza per il cittadino minore extracomunitario. L’indennità, prevista per i mutilati e invalidi civili minorenni che incontrano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni della propria età o necessitano di trattamenti riabilitativi o terapeutici a seguito dalla loro minorazione, non può essere condizionata per l’extracomunitario al possesso della carta di soggiorno. La carta può essere rilasciata dopo un periodo di residenza in Italia non inferiore a cinque anni: sicchè l’attesa necessaria “potrebbe comprimere sensibilmente l’esigenza di cura ed assistenza di soggetti che l’ordinamento dovrebbe invece tutelare, se non, addirittura, vanificarle in toto” (sent. n. 329/2011).

Al di fuori di questi casi – quando la prestazione non è diretta a “rimediare a gravi situazioni di urgenza” – è possibile subordinare il diritto al possesso da parte dello straniero di un titolo di legittimazione a soggiornare sul territorio dello Stato con “carattere non episodico e di non breve durata”. Una volta, però, che il diritto di soggiorno a tali condizioni “non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini” (sent. n. 306/2008).

Da qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni che condizionano il diritto dell’extracomunitario alla indennità di accompagnamento, spettante agli invalidi civili totalmente inabili, al possesso della carta di soggiorno: e questo non tanto perché la carta è rilasciata dopo un soggiorno di almeno cinque anni, quanto perché presuppone un reddito annuo non inferiore all’importo annuo dell’assegno sociale e la disponibilità di un alloggio idoneo (sent. n. 306/2008 cit.).

Per le stesse ragioni non è ammissibile che la pensione di inabilità venga negata all’extracomunitario perché sfornito della carta di soggiorno. Poiché la pensione spetta al cittadino il cui reddito non superi una misura fissata dalla legge, non può il diritto essere subordinato per l’extracomunitario al possesso dei requisiti reddituali ulteriori e alla disponibilità dell’alloggio che sono necessari per il rilascio della carta di soggiorno (sent. n. 11/2009).

Di notevole interesse è la sentenza n. 432/2005.

La regione Lombardia con propria legge assicura la circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea ad alcune categorie di residenti, fra cui i cittadini italiani totalmente invalidi e i loro eventuali accompagnatori. Si tratta di una prestazione che eccede i livelli essenziali ex art. 117 co. 2 lett. m) Cost.: e quindi cade al di fuori dei diritti inviolabili dell’uomo il godimento dei quali non tollera discriminazioni tra il cittadino e lo straniero (sent. n. 62/1994).

Tuttavia, “la circostanza che la Regione abbia nella specie introdotto un regime di favore senz’altro eccedente i limiti dell’“essenziale” sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti “i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” non esclude affatto che le scelte connesse all’individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza”.

Con detto principio non contrasta il criterio della residenza, ai fini dell’attribuzione del beneficio, ma contrasta il criterio della cittadinanza. La cittadinanza non giustifica un regime differenziato rispetto ad una misura sociale che è diretta agli invalidi civili al 100%.

In altre parole una pretesa che l’invalido straniero non potrebbe fondare sul diritto all’assistenza (art. 38) e alla salute (art. 32), trova un ancoraggio al principio di eguaglianza. Un principio che spinge all’equiparazione tra cittadini e stranieri nel godimento dei diritti sociali.

## 6. *Diritto al ricongiungimento e unità familiare*

Vi è poi un gruppo di sentenze rese in applicazione dei principi costituzionali sulla famiglia (art. 29-31 Cost.): particolarmente importanti perché tali principi pongono un vincolo al legislatore anche quando stabilisce misure sull’ingresso nel territorio dello Stato e sull’espulsione dal territorio stesso.

A mo’ di premessa, la Corte afferma che “la garanzia della convivenza del nucleo familiare ‘si radica’ nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e in particolare, nell’ambito di questa, ai figli minori”; e che “il diritto di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell’unità della famiglia, sono diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri” (sent. n. 28/1995).

Il diritto al ricongiungimento con il coniuge e con i figli minori non coniugati, spettante ai lavoratori extracomunitari legalmente residenti in Italia ed occupati, alla sola condizione che questi siano in grado di assicurare ai congiunti normali condizioni di vita (art. 4 L. 943/1986) implica, secondo la Corte, il diritto dell’immigrato a rimanere nel territorio nazionale con un figlio minore nell’ambito della famiglia di fatto costituita con l’altro genitore, a sua volta legalmente residente in Italia. Poiché il diritto viene subordinato all’esistenza del matrimonio, ossia ad uno status che solo può impedire l’espulsione, ed è quindi negato nell’ambito di una famiglia di fatto, la norma è costituzionalmente illegittima (sent. n. 203/1997).

“La situazione alla quale si collega il diritto al ricongiungimento familiare qui affermato – si legge in sentenza – non concerne il rapporto dei genitori fra

loro, bensì il rapporto tra i genitori e il figlio minore, in funzione della tutela costituzionale di quest'ultimo".

Il t.u. vieta l'espulsione della straniera in stato di gravidanza e nei mesi successivi alla nascita di un figlio. Con una sentenza additiva (n. 376/2000) la Corte annulla l'art. 17 co. 2 lett. d) del T.U. nella parte in cui non estende il divieto di espulsione al marito convivente della donna per tutto il periodo della gravidanza e nei mesi successivi alla nascita. La norma, pur tutelando la donna e la sua salute, omette per un verso di considerare le ulteriori esigenze del minore nell'ambito di un nucleo familiare composto da entrambi i genitori e per altro verso pone la donna straniera che si trova nel territorio dello Stato in una alternativa drammatica tra il seguire il marito espulso all'estero e l'affrontare il parto e i primi mesi del figlio senza il sostegno del coniuge: ciò proprio nel momento in cui si va formando quel nuovo e più ampio nucleo familiare che la legge, in forza degli artt. 29 e 30 Cost, deve appunto tutelare.

Il diritto all'unità familiare ha comunque dei limiti.

La disposizione esaminata nella sentenza n. 24/2005 consente allo straniero di chiedere il ricongiungimento per i genitori a carico qualora questi non abbiano altri figli nel paese d'origine o di provenienza ovvero per i genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute. Il principio contenuto nell'art. 29 Cost., che richiede la possibilità del ricongiungimento dello straniero con il coniuge e i figli minori, non ha una portata così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori. Poiché i figli maggiori si sono allontanati dal nucleo di origine, nel rapporto con i genitori l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito sicché il legislatore ben può bilanciare "l'interesse all'affetto" con altri interessi di rilievo. Da qui la dichiarazione d'infondatezza della questione.

## 7. *L'immigrazione fra Stato e regioni*

L'immigrazione, ossia il trasferimento di una persona in uno Stato diverso dal proprio per stabilirsi in esso, è un'operazione che, anche se compiuta con l'intento di un trasferimento permanente o durevole nello Stato ospite, si esaurisce nel giro di settimane o di giorni. Una volta che l'immigrato si è installato nel territorio italiano, egli diventa portatore di bisogni, pretese, aspirazioni, diritti, doveri a cui il potere pubblico è chiamato a far fronte con strumenti, in primo luogo legislativi, diversi da quelli che attengono alla disciplina dell'immigrazione.

Come ha ricordato più volte la Corte Costituzionale, l'intervento pubblico concernente gli stranieri non può limitarsi al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stessi sul territorio nazionale, ma deve necessariamente conside-

rare altri ambiti – dall’assistenza sociale all’istruzione, dalla salute all’abitazione – che coinvolgono molteplici competenze normative, alcune attribuite allo Stato altre alle regioni (sent. n. 299/2010 che richiama le sent. n. 300 del 2005, n. 156 del 2006; adde, sent. n. 61/2011).

Di conseguenza, la condizione giuridica dello straniero, che dagli artt. 10 e 117 co. 2 lett. a) sembrerebbe riservato alla competenza esclusiva dello Stato, non risulta solo dalle politiche statali di programmazione dei flussi d’ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale, ma dipende anche dalle previsioni di leggi regionali, che riguardano l’assistenza, la politica abitativa, l’istruzione, la formazione professionale, oltre che dalla legislazione statale sul diritto penale e sul processo penale.

È naturale che le competenze legislative dello Stato e delle regioni – allo Stato è riservata la disciplina dell’immigrazione, le regioni munite di potestà concorrente o esclusiva negli altri ambiti – tendano talvolta a sovrapporsi. Questo spiega la frequenza con cui la Presidenza del consiglio ha impugnato con ricorso principale norme regionali davanti alla Corte Costituzionale, lamentando la menomazione della sua competenza esclusiva in tema di immigrazione e di condizione giuridica dello straniero; ed è soprattutto attraverso questo contenzioso che l’immigrato ha trovato spesso nel giudice delle leggi avallo e supporto alle garanzie introdotte dalla legislazione regionale.

Da premettere che il concorso delle Regioni alla determinazione della condizione giuridica dell’immigrato è previsto dal t.u. del 1998 (d.lgs.vo n. 286/98).

Il documento programmatico relativo alla politica dell’immigrazione (art. 3) è predisposto sentita la Conferenza Stato-Regioni; è previsto il coinvolgimento delle regioni e degli enti locali nell’“obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti all’alloggio, alla lingua, all’integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana” (art. 3 cit. co. 5); è prevista l’istituzione di consigli territoriali per l’immigrazione, con rappresentanze degli enti territoriali (art. 3 co. 6).

Secondo il successivo art. 42, lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie competenze, anche in collaborazione con le associazioni di stranieri e con le organizzazioni stabilmente operanti in loro favore, nonché in collaborazione con le autorità o con enti pubblici e privati dei Paesi di origine, favoriscono una serie di attività di tipo sociale e assistenziale volte, tra l’altro, all’effettuazione di corsi della lingua e della cultura d’origine, alla diffusione di ogni informazione utile al positivo inserimento nella società italiana degli stranieri, alla conoscenza e alla valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli extracomunitari regolarmente soggiornanti.

È sulla base di queste premesse che la Corte Costituzionale ha ritenuto legittima una disposizione di legge della Regione Friuli-Venezia Giulia che

prevede interventi per i minori stranieri non accompagnati anche dopo il raggiungimento della maggiore età: disposizione contestata dalla Presidenza del Consiglio ricorrente in via principale perché, comportando l'erogazione delle provvidenze dopo i 18 anni, presuppone una ulteriore permanenza nel territorio nazionale (sent. n. 156/2006).

La censura è infondata, secondo la Corte, perché l'ulteriore permanenza sul territorio nazionale è comunque subordinata al rilascio del permesso di soggiorno, cosa che potrà avvenire solo se ricorrono le condizioni previste dal t.u. (così il par. 4 della parte in diritto).

La Corte cioè respinge l'eccezione di illegittimità costituzionale perché ipotizza che il minore immigrato divenuto maggiorenne possa aver titolo al trattamento di favore solo se, dopo il raggiungimento della maggiore età, egli sia munito del permesso di soggiorno – uno straniero regolare e non clandestino. Così viene interpretata la legge impugnata, anche se essa nulla dice sul punto.

Lo stesso approccio caratterizza una sentenza più recente (n. 61/2011). Chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della L. n. 6/2010 della Regione Campania nella parte in cui prevede l'accesso delle persone straniere ai corsi di formazione e riqualificazione professionale, il loro diritto di concorrere all'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica o di ricevere i contributi sul canone di locazione previsti da altra legge regionale, la Corte chiarisce che beneficiari delle citate provvidenze possono essere solo gli stranieri che sono in possesso dello status riconosciuto di rifugiati o sono titolari della carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno almeno biennale (punto 4.1. e 6.1.). Viene così respinta l'interpretazione data dal Governo, secondo cui destinatari dei benefici sarebbero anche gli stranieri non in regola. Se così fosse, verrebbe lesa la competenza esclusiva dello Stato in materia di immigrazione e quindi la competenza a stabilire i criteri per l'accesso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale.

Il criterio distintivo – rispetto all'ammissione ai benefici delle politiche sociali, soprattutto regionali – sembra così modificato: ciò che viene in rilievo non è tanto la distinzione fra cittadini e stranieri, bensì quella tra stranieri regolarmente residenti, che sotto certi profili vengono equiparati ai cittadini, e stranieri irregolari perché privi di un titolo che li abilita a trattenerli nel nostro territorio (nello stesso senso sent. n. 299/2010 e n. 329/2011).

Allo stesso filone appartengono la sentenza n. 300/2005 che ha respinto il ricorso contro la legge n. 5/2004 dell'Emilia Romagna che prevedeva anch'essa il diritto degli immigrati di accedere ai benefici in tema di edilizia popolare e disciplinava la loro partecipazione alla consulta regionale per l'integrazione sociale; o la sentenza n. 299/2010 che fa salva la legge n. 32/2009 della Regione Puglia che estende agli immigrati la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione (punto 4.1.); o la sentenza n. 269/2010 che riguarda la legge n. 29/2009 della Regione Toscana la quale prevede azioni di promozione

da parte della Regione di intese volte a facilitare l'ingresso in Italia di cittadini stranieri per la frequenza di corsi di formazione professionale (punto 7 e 7.1).

#### 8. *L'immigrato irregolare*

E gli immigrati irregolari? Hanno anch'essi qualche diritto?

Un'apertura significativa in direzione di una risposta affermativa è contenuta nello stesso T.U. del 1988. "Ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative per malattia e infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva" (art. 35).

Questa norma contiene una specificazione del disposto dell'art. 2 dello stesso t.u.: secondo cui "allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti". Mentre l'art. 2, per una parte, riflette il disposto dell'art. 10 Cost. (la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali), per altro verso isola, nell'ambito dei diritti, i diritti fondamentali della persona, ossia i diritti che spettano alla persona in quanto tale, a prescindere dallo status di cittadino o di straniero, e che vengono riconosciuti dal diritto interno.

Investita della questione di legittimità costituzionale di norme regionali in materia di assistenza sanitaria, la Corte ha precisato che vi è "un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possono appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto" (sent. n. 269/2010, 299/2010, n. 61/2011; v. anche sent. n. 254/2001, emessa nell'ambito di un giudizio in via incidentale, riguardante l'art. 19 co. 2 del T.U.). E in questo modo la Corte ha fatto salve disposizioni che prevedono forme di assistenza sanitaria più ampie di quella dovuta ai sensi del T.U. (per es. l'art. 10 della L.r. Campania n. 6/2010 o l'art. 10 della L.r. Puglia n. 32/2009; così le sentenze n. 61/2011 e n. 299/2010).

È significativa una sentenza di una diecina di anni addietro (sent. n. 252/2001).

La questione di legittimità costituzionale riguardava una disposizione del testo unico nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero extra-comunitario che, entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, vi per-manga al solo scopo di portare a termine un trattamento terapeutico essenziale per la cura di una patologia contratta prima dell'ingresso.

Con una pronuncia interpretativa di rigetto la Corte contesta la lettura che della disposizione ha dato il giudice a quo. Non occorre, infatti, la previsione di uno specifico divieto di espulsione. In un caso del genere lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili e urgenti, fa valere cioè un diritto fondamentale della persona, il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute garantito dall’art. 32 Cost. Se viene invocato questo diritto, la decisione di espellere deve essere preceduta dalla valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità e urgenza delle cure affidata al prudente apprezzamento medico.

“Il nucleo irriducibile” del diritto fondamentale rende irrilevante la stessa distinzione tra immigrato regolare e immigrato irregolare.

### 9. *Discrezionalità e vincoli*

In conclusione.

Se impieghiamo una scala per graduare la diversa ampiezza della discrezionalità del legislatore nel trattamento dell’immigrazione, e la leggiamo con le lenti della Corte Costituzionale, dobbiamo dire:

- che la discrezionalità è più ampia nella determinazione dei requisiti per l’accesso e per il soggiorno. Tuttavia essa incontra il limite del diritto di asilo ex art. 10. co. 3 Cost. e delle norme consuetudinarie e dei trattati internazionali e, in qualche caso, come nel ricongiungimento familiare, il limite di alcuni principi fondamentali della nostra Costituzione;
- che la discrezionalità è un po’ meno ampia nella disciplina dei casi di espulsione e delle modalità di esecuzione delle misure relative;
- che l’applicazione delle sanzioni a carico di chi ha violato le regole sull’immigrazione e sul soggiorno deve conciliarsi con i principi in tema di reato, di pena, di processo penale e di libertà personale consacrati dagli artt. 13, 24, 25 e 27 Cost.;
- che nella disciplina dei diritti sociali, nella quale pure la discrezionalità del legislatore è molto più ampia che nella disciplina dei diritti di libertà – perché sono richiesti l’uso e la allocazione di risorse scarse – il diverso trattamento del cittadino e dell’immigrato deve essere giustificato da ragioni serie: ragioni che in molti casi non è possibile trovare sicché la disparità diventa irragionevole.

Se la condizione dell’immigrato è regolare, o dal momento dell’ingresso o dal momento della successiva regolarizzazione, ed egli quindi entra a far parte di coloro che concorrono alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva (l’art. 53 Cost. pone quest’obbligo a carico di “tutti” – cittadini e non), allora non c’è discrezionalità che possa giustificare un diverso trattamento dell’immigrato nel godimento dei diritti previsti dal titolo II e dal titolo III della parte I della Costituzione.

La discriminazione degli immigrati regolari equivarrebbe al disconoscimento del contributo che anch'essi danno al progresso materiale o spirituale della società: come recita l'art. 4 Cost. che contiene un invito all'ottimismo del quale oggi, nel pieno della crisi, abbiamo un particolare bisogno.

### *Nota bibliografica*

La natura dello scritto – una ricognizione della giurisprudenza costituzionale sul tema dell'immigrazione – spiega perché sono citati solo alcuni contributi essenziali.

M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova 1997, C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova 2001; D. ZOLO, *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma- Bari 1994 (e ivi, soprattutto, il contributo di L. FERRAJOLI), S. GAMBINO e G. D'IGNAZIO (a cura di) *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano 2010; M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma 2011; V. ONIDA, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in *Dir. soc.* 2009, p. 542; O. GIOLO e M. PIFFERI (a cura di) *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino 2009; F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Saveria Mannelli, 2009; V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, I, Modena 2010; G. TROPPIA, in *Sudi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, II, Torino 2004; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Torino 2012.

## ALIEN, CITIZEN, MAN IMMIGRATION AND IMMIGRANTS IN THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISIONS

by Guido Corso

### **Abstract**

The article discusses the legal conditions of regular and illegal aliens in Italy. After analyzing the actual size of State sovereignty in the context of immigration policies and the distribution of powers among central and regional governments, the article focuses on the most sensitive constitutional issues referring aliens, such as criminal procedure guarantees, social rights, right to family reunion. The author then concludes suggesting some additional burdens on policy makers resulting from constitutional principles which apply to both regular and irregular aliens.

## Affidamento di servizi pubblici senza gara tra interesse comune e cooperazione

di Enzo Maria Marenghi

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine – 2. Affidamento diretto e modelli organizzativi. Tendenze e metodi. I principi costituzionali della sussidiarietà e dell'adeguatezza. La 'rete' tra pubblico e privato – 3. La soggettività giuridica. Il correttivo europeo della oggettivizzazione – 4. La regola comunitaria ed i presupposti della soggettività pubblica.

### 1. Oggetto dell'indagine

La regola comunitaria, tutta concorrenza e mercato, sembrerebbe escludere che un soggetto pubblico possa essere affidatario di un servizio senza gara.

La selezione ad evidenza pubblica, per la scelta del contraente aggiudicatario, di un servizio pubblico, costituisce la regola<sup>1</sup>.

Eppure gli ordinamenti, quello comunitario e quello nazionale, insieme riletti, criticamente ed evolutivamente, non escludono, che si possa procedere senza gara.

Ciò può avvenire perché, in via di eccezione, un soggetto pubblico, a certe condizioni, soggettive ed oggettive, può ottenere l'affidamento diretto del servizio e svolgerlo, secondo efficienza e produttività, in presenza di un interesse comune.

Non finisce qui.

Non basta riconoscere che si possa attribuire il servizio senza gara.

Ciò attiene esclusivamente al procedimento selettivo.

Perché il soggetto pubblico possa divenire aggiudicatario, senza gara, c'è bisogno di riconoscergli legittimazione ad operare, in deroga ad altro principio consolidato, quello di cui è portatore l'art. 34, del codice sui contratti pubblici, che non sembrerebbe accreditare l'ente pubblico a stare sul mercato.

---

<sup>1</sup> Sulle procedure di affidamento, aggiudicazione e criteri di selezione cfr. R. DE NICTOLIS, *Le procedure di affidamento e nuovi istituti*, in *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, diretto da M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, Milano, 2008, p. 1643 ss.

Ciò premesso le eccezioni sono due in vista di un unico risultato: consentire che un ente pubblico possa aggiudicarsi un servizio senza gara<sup>2</sup>.

2. *Affidamento diretto e modelli organizzativi. Tendenze e metodi. I principi costituzionali della sussidiarietà e dell'adeguatezza. La 'rete' tra pubblico e privato*

L'affidamento diretto in materia di gare d'appalto costituisce, come evidenziato, eccezione.

La regola comunitaria, attuativa dei principi della concorrenza e della parità, richiede, di massima, la selezione ad evidenza pubblica.

Eppure la dicotomia, che corre sull'asse regola-eccezione, non sempre risponde ad esigenze antitetiche.

Non è detto che l'eccezione all'affidamento diretto possa rappresentare uno strumento idoneo, nel sistema degli appalti, a non contraddire il principio della concorrenza, sostituendolo e compensandolo con altri principi, propri dello spazio giuridico globale, che legittimino l'affidamento diretto.

Non è detto, cioè, a fronte della gara supportata dal principio della concorrenza, meritevole di apprezzamento, che il metodo dell'affidamento diretto non possa trovare adeguate legittimazioni d'uso.

Il problema per l'affidamento diretto non è solo un problema di quantità d'impiego, che vede affermarsi un metodo minoritario.

Il numero possibile delle ipotesi, di affidamento diretto, risponde alla logica del caso limitato.

Sul piano normativo, si pensi all'art. 19, comma 2 del codice degli appalti, all'art. 218 dello stesso codice, all'art. 15 della l. 241 del '90, all'art. 23-bis sui servizi pubblici locali, agli affidamenti "in house" in parte qua, ai rapporti infragruppo.

C'è, altresì, un problema di qualità del metodo, per l'affidamento diretto.

L'utilizzazione del sistema di affidamento diretto è, spesso, visto in una logica strumentale, collegato più dall'elusione del rigore delle regole che ad esigenze obiettive<sup>3</sup>.

Tutto sta, per tale profilo, a restituire al criterio dell'eccezione principi

<sup>2</sup> Sulla partecipazione di enti pubblici alle gare cfr. M. ATELLI, *Università ed enti di ricerca possono partecipare alle gare*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2, 2011, p. 48 ss. (l'A. è magistrato della Corte dei Conti; Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare).

<sup>3</sup> La questione dell'elusione è affrontata da G. FIDONE e A. LINGUITI, *Il problema dell'elusione della concorrenza negli appalti pubblici, con particolare riguardo alla distinzione tra appalto di lavori pubblici e acquisto di bene immobile futuro*, in *La nuova pubblica amministrazione aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. FRANCHINI e F. TEDESCHINI, Torino, 2009, p. 294 ss.

fondanti che ne motivino l'utilizzo, non per scelta occasionale, elusiva, ma per condizioni emergenti, obiettivamente riscontrabili.

Vanno ricostruite preventivamente le ragioni dell'eccezione, da non farsi valere caso per caso, strumentalmente, ma affidate a scelte normative obiettive, che possano valere, senza disparità preordinate, secondo principi di generale applicazione e di buona amministrazione.

Il dualismo tra regola ed eccezione deve essere superato con criteri che fissino i limiti alla deroga per l'affidamento diretto.

Perciò c'è bisogno di principi, che legittimino l'applicazione di determinati criteri e la disapplicazione di altri.

Per la nostra vicenda di affidamento diretto di servizi vanno posti sullo stesso piano i principi comunitari della concorrenza e della *par condicio* con i principi novellati della nostra Costituzione.

I principi della sussidiarietà e dell'adeguatezza possono costituire una rilevante base di bilanciamento delle regole applicabili, senza dover essere interpretate in senso strumentale, attesa la primarietà della fonte costituzionale.

Si parta dal presupposto che non c'è più solo un'amministrazione per atti.

Si distingue, tendenzialmente, un'amministrazione per atti, per programmi, per servizi<sup>4</sup>.

Ne consegue che il criterio della prossimità, come scelta tendenziale, per avvicinare i cittadini alla funzione, vale anche per i servizi<sup>5</sup>.

Sussistono significativi riscontri a livello comunitario.

Ai sensi dell'art. 16, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in base al Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato, emerge, distintamente, "il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti".

Ciò vale rispetto al principio di sussidiarietà, trasversalmente inteso, sia per l'accezione verticale che per quella orizzontale.

Ma è possibile proporre un'ulteriore distinzione funzionale fra sussidiarietà verticale ed orizzontale.

L'intervento del pubblico, come organizzazione riservata, può ritenersi riconoscibile solo per le attività ritenute di spettanza necessaria<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. E.M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1994, p. 337; M. CAMMELLI, *Le due riforme: ordinamento locale e servizi pubblici*, in *Le Regioni*, 1991, p. 432.

<sup>5</sup> Cfr. L. GIAMPAOLINO, *I servizi pubblici locali tra tutela dell'interesse pubblico e il mercato: il ruolo e le garanzie per le pubbliche amministrazioni*, *Relazione al convegno Città di Pomigliano d'Arco*, 1 ottobre 2010, Aula Consiliare, p. 2.

<sup>6</sup> Cfr. Consiglio di Stato, *Parere sul regolamento attuativo dell'art. 23 bis del decreto legge 112/08 n. 2692/2010, del 14/6/2010*.

Viceversa, resta riferita all'iniziativa privata una funzione di supporto ed integrazione alle attività di spettanza necessaria, nel quadro unitario di previsione dei doveri cui la Costituzione richiama lo Stato comunità (art. 2 Cost.), fino a fare sistema attraverso la composizione dell'offerta pubblica e privata, nei termini applicati ed integrati ora di sussidiarietà verticale ora di sussidiarietà orizzontale.

L'altro principio costituzionale, incidente sulla rilettura del metodo dell'affidamento a soggetti pubblici, quali possibili "operatori economici", è quello dell'adeguatezza.

Tra le forme, difatti, di affidamento possibile di servizi, in deroga al principio della selezione comparativa, assume significativo rilievo lo strumento dell'accordo tra pubbliche amministrazioni (Art. 15, l. 241/90)<sup>7</sup>.

Il genus dell'accordo tra pubbliche amministrazioni, nella tipologia dell'art. 15 della l. 241/90, si presenta in sintonia con i principi da porre a base di un affidamento diretto, dettato da esigenze obiettive e condizioni legittimanti e non da strumentali soluzioni meramente elusive della concorrenza e della gara.

Partendo dal presupposto che la concorrenza non può rappresentare un valore fine a se stesso, osservante più delle forme che dell'oggettivizzazione delle esigenze, ma, piuttosto, va orientata verso un miglioramento del servizio e la soddisfazione dell'utenza, la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea ha spostato il baricentro degli interessi gestiti dal concetto di mercato a quello di modulo organizzativo<sup>8</sup>.

Non esistono vincoli assoluti acchè una sperimentazione orientata consenta alla pubblica amministrazione di selezionare moduli organizzativi adeguati ai servizi da governare, favorendo la collaborazione tecnica, professionale e finanziaria quando le circostanze di base lo consentano e lo richiedano<sup>9</sup>.

Ebbene la sperimentazione richiesta trova nel modello aperto, dell'art. 15, l. 241/90, lo strumento flessibile prefigurato.

---

<sup>7</sup> Sul tema degli accordi tra soggetti pubblici cfr. F. TIGANO, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2002, p. 124; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 50, con particolare riguardo all'eventuale affidamento in deroga dei servizi; N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004, p. 5 ss.; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata, la consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p. 109 ss.; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali, Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, p. 247 ss., con specifici riferimenti alle concessioni di servizio pubblico.

<sup>8</sup> Cfr. Sentenza Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C – 324/07; sentenza 9 giugno 2009, causa C-480/06 relativa alla legittimità dell'accordo stipulato tra quattro Landkreise tedeschi e la città di Amburgo.

<sup>9</sup> Cfr. G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1990, p. 86; E. STICCHI DAMIANI, *Attività consensuale accordi di programma*, Milano, 1992, p. 117.

Il modello si apre a varie soluzioni per 'oggetto' e per 'soggetti' operatori, in forza della non tipicità vincolante.

Il superamento della logica dello sterile e rigido schematismo trova supporto, nella giustizia della Corte, nel perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico, cui la cooperazione è votata, nell'adempimento di una "funzione di servizio pubblico".

In altri termini l'atipicità dell'accordo serve ad attuare la convergenza di tutti quegli apporti che rendano possibile la realizzazione del fine pubblico<sup>10</sup>, del servizio-obiettivo.

Il concetto portante sta nell'accreditare un'idea di amministrazione di servizio, destinata, cioè, al servizio del cittadino-utente, *consumer oriented*, un'amministrazione volta ad operare secondo l'interesse pubblico meglio connotato come interesse del pubblico<sup>11</sup>.

In sintonia con l'orientamento europeo, per di più, l'accordo ex art. 15, l. 241/90, quale accordo organizzativo mette al riparo da tentazioni patrimoniali<sup>12</sup>.

L'affidamento diretto, per essere credibile e rispondere alla logica della collaborazione per obiettivi comuni, non può dipendere da un accordo che abbia nel pagamento del corrispettivo un elemento fondante.

Se ci fosse il corrispettivo, l'elemento mercantile prevarrebbe sulle ragioni della cooperazione.

Il modello organizzativo dell'art. 15 orienta verso una soluzione non patrimoniale né economica.

Argomento decisivo, al riguardo, rimane quello della non contrattualità dell'accordo, sul carattere normalmente non patrimoniale (quindi non contrattuale) delle prestazioni oggetto dell'accordo<sup>13</sup>.

Lo schema dell'accordo, quale modulo organizzativo non contrattualizzato, non condizionato dal versamento di un corrispettivo dovuto dal soggetto per utilizzare il servizio e le funzioni di altro soggetto (con relativo accesso al mercato, al mercato esterno) serve per sua natura la tesi dell'indifferenza dello strumento dell'accordo organizzativo all'onerosità del titolo ed alla prestazione pattuita.

Sui profili dell'assenza decisiva, perché si possa accedere all'accordo pubblico senza gara, di una prestazione onerosa, di un corrispettivo pattuito, sono orientati il giudice europeo ed il giudice nazionale<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *op. ult. cit.*, p. 117.

<sup>11</sup> Cfr. S. CASSESE, *La riforma amministrativa all'inizio della quinta Costituzione dell'Italia unita*, in *Foro.it*, 1994, V, p. 250; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale, solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, p. 173.

<sup>12</sup> Cfr. E.M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, *op. cit.*, p.

<sup>13</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1988, p. 858.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. Civ., 13 luglio 2006, n. 15893; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, n. 1791, 21 luglio 2010.

L'assenza auspicata di un'attività lucrativa sul mercato, tradotta in termini di dommatica generale, restituisce al modello organizzativo per accordi tra soggetti pubblici la capacità di esercitare un potere funzionalizzato, al di fuori di una contrattualizzazione da corrispettivo, seguendo i canoni auspicabili di una oggettivizzazione della funzione, che privilegia il risultato comune e mette in rete, facendole convergere le esigenze di chi pone in essere il potere amministrativo funzionalizzato con le esigenze del cittadino-utente, al di fuori di una logica da mero corrispettivo.

Così atteggiandosi l'ipotesi dell'affidamento diretto premia la collaborazione tra pubbliche amministrazioni, chiamate a svolgere attività di "interesse comune" e richiama tendenze ordinamentali che vanno ben al di là della contingenza mercantile per l'appalto affidato.

L'insieme giuridico ed economico di soggetti pubblici, che nella complementarietà delle posizioni rispettive, trovano l'accordo in funzione dell'interesse comune, per attività che intendono svolgere in collaborazione, coinvolge metodi di intervento che introducono un modello di organizzazione di assoluta innovazione.

Il fatto che un interesse comune possa tenere insieme più soggetti, in funzione dell'obiettivo-servizio comune, ha nel principio dell'adeguatezza il cardine principale.

Ciascun ente da solo (per organizzazione, risorse, personale e mezzi separati) non avrebbe potuto assolvere all'onere specifico<sup>15</sup>.

Partendo dal presupposto che più che la natura del soggetto agente, anche se dovesse la concorrenza assurgere a parametro discriminante, rilevi la soddisfazione dell'utenza e la qualità dell'offerta migliore e più idonea, il principio dell'adeguatezza risponde proprio al criterio competitivo e concorrenziale di migliorare l'idoneità dell'offerente<sup>16</sup>.

Se la qualità dell'offerta, orientata al perseguimento dell'effettivo interesse comune, fatto valere da più amministrazioni pubbliche, trova supporto nell'applicazione del principio di adeguatezza, rinnovati margini migliorativi, in termini di efficienza, risultano conseguibili.

Come il principio della sussidiarietà, che letto nella doppia accezione, ora verticale ora orizzontale, rende concorrenti il sistema privato e quello pubblico, destinati ad integrarsi, anche il principio di adeguatezza è metodo e modello di azione amministrativa che apre al principio dell'integrazione e della cooperazione.

---

<sup>15</sup> Cfr. A. BRANCASI, *Adeguatezza delle risorse finanziarie ai compiti degli Enti Locali*, in *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione (fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione)*, a cura di L. CHIEFFI-G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2004, p. 359, sul criterio di tendenza che l'adeguatezza strutturale debba essere in sintonia con l'adeguatezza finanziaria.

<sup>16</sup> Cfr. L. GIAMPAOLINO, *I servizi locali tra la tutela dell'interesse pubblico e il mercato: il ruolo e le garanzie per le pubbliche amministrazioni*, *op. cit.*, p. 2.

Il metodo dell'adeguatezza organizzativa è metodo trasversale, a connotazione generalista.

Nel pubblico si mettono in rete organizzazioni, professionalità e risorse di più soggetti pubblici per garantire il servizio-risultato<sup>17</sup>.

Il concetto della rete, capace di interpretare moduli organizzativi non standardizzati per oggetto di servizi e per soggetti proponenti, esalta le potenzialità del modulo organizzativo a schema aperto, l'atipicità, prefigurata, del modello normativo d'origine.

Il modulo della rete, al di fuori di uno schema monostrutturale, consente di gradualizzare l'impiego, sia proponendosi in funzione dell'obiettivo in relazione al quale si predispose il modulo organizzativo per gli interessi comuni da gestire nella specifica contigenza, sia assurgendo a modulo generalista, fino a servire l'area vasta e lo spazio sovracomunale.

La scelta di funzioni e servizi a rete avvia una sperimentazione destinata ad attribuire all'ente singolo, che si fa rete, maggiore forza contrattuale nella forma dell'esercizio congiunto, maggiori risorse, e prefigura sviluppi nella professionalità di dipendenti destinati a funzioni maggiori di quelle che consentirebbe loro la funzione attribuita al loro comune soddisfacimento.

Nel privato, per migliorare in termini di competitività ed innovazione ed aumentare le potenzialità delle singole imprese, i contratti in rete rappresentano quello che nel pubblico rappresentano gli accordi tra pubbliche amministrazioni<sup>18</sup>.

Per migliorare le azioni imprenditoriali nel pubblico e nel privato le rispettive attività si informano allo stesso criterio organizzatorio del metodo dell'adeguatezza<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sul concetto della 'rete' cfr. M. CAMMELLI, *Contenuti dell'autonomia e definizione delle funzioni degli enti locali in termini di effettività*, in *Regioni ed enti locali dopo la Riforma del titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, op. cit., p. 377; M. G. DELLA SALA, *Gli attori istituzionali: il riparto di competenze fra enti territoriali in materia di rifiuti*, in *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, a cura di V. CERULLI IRELLI-G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Analisi della disciplina nazionale*, Napoli, 2011, p. 57, per la caratterizzazione delle "strutture a rete plurilivello", p. 57.

<sup>18</sup> Per una più ampia disamina sui contratti di rete cfr. *Le imprese di rete e i contratti di rete*, (a cura di) P. IAMICELI, Torino, 2009, ove si segnano i contributi di P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, p. 388 ss.; D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, p. 167 ss.; C. OSTI, *I limiti posti dalla concorrenza al coordinamento delle imprese*, p. 133 ss.; A. DI MAJO, *Contratto e reti. Le tutele*, p. 267 ss.; *Il contratto di rete*, (a cura di) F. CAFAGGI, Bologna, Il Mulino, 2009; A. BIAGIOTTI, *Reti sociali e sviluppo locale nelle attività ad alta tecnologia*, Genova, 2006.

<sup>19</sup> Per i profili dell'adeguatezza pubblica conseguita attraverso forme associative tra enti locali cfr. R. FILIPPINI-A. MAGLIERI, *Le forme associative tra enti locali nella recente legislazione regionale: verso la creazione di differenti modelli ordinamentali*, in *Le istituzioni del federalismo, regione e governo locale*, 3/4 2008, p. 341 ss.; L. IZZI, *Idee per una legislazione statale e regionale sulle forme associative fra enti locali*, ivi, p. 377 ss.

### 3. *La soggettività giuridica. Il correttivo europeo della oggettivizzazione*

Per la definizione della soggettività pubblica, paraimprenditoriale, la giustizia caso per caso, ondivaga, lasciata sola a se stessa, non basta<sup>20</sup>.

C'è bisogno di principi, che siano fonte e limite alla regola da applicare.

Il problema che torna è quello della soggettività giuridica, aperta o chiusa, di cui è portatore, con profili di tassatività o flessibilità, l'art. 34, del d. lgs. 163/2006<sup>21</sup>.

Ci si interroga sulla facoltà di ammettere alle gare, per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, soggetti giuridici diversi da quelli ricompresi nell'elenco di cui all'art. 34, ora richiamato.

Il diritto interno, relativo alla norma citata, sembra dettare un criterio da numero chiuso: ripetendo il modello normativo già noto, dell'art. 10, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, con intenti confermativi, il codice dei contratti, dopo aver fatto coincidere il soggetto affidatario di contratti pubblici con l'"operatore economico" (art. 3, comma 6), individua un elenco di soggetti affidatari nella logica dello status legittimante caratterizzato da una soggettività precostituita, riduttiva ed escludente (art. 34, d. lgs. n. 163/2006).

La scelta normativa ipotizzata non costituisce fattispecie a sé stante.

L'elencazione *ad excludendum* sottintende profili di dommatica generale, che appartengono ad un dualismo perfetto tra soggettivizzazione assorbente ed oggettivizzazione della funzione.

Il diritto interno si orienta per qualificare il "chi".

Il diritto comunitario guarda al 'cosa' ed al 'come'.

Il diritto interno ritiene assorbenti alcune qualificazioni di base.

Nello stabilire quali siano "i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici" si rimane in uno schema ben delimitato, la cui perimetrazione giuridica coincide, in senso statico, con la nozione di impresa, ed, in senso dinamico, con un'impresa che eserciti attività economica.

Basti scorrere l'elencazione dell'art. 34, citato, per ritrovare il modello, inserito nelle "definizioni" (art. 3, d. lgs. n. 163/2006) di una soggettività giuridica, orientata, che fa coincidere l'"operatore economico", contraente a titolo oneroso con la stazione appaltante od ente aggiudicatario, con l'imprenditore in

<sup>20</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327; Cons. Stato, Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897.

<sup>21</sup> Cfr. A. TOMASETTI, *Le imprese individuali, le società, i consorzi*, in *L'organizzazione, la programmazione, i soggetti ammessi alla procedure di affidamento* (a cura di) M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, Milano, 2008, p. 1057. Sui rapporti tra soggettività giuridica ed autonomia statutaria cfr. D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata, sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, studi diretti da F.G. SCOCA, Torino, 2012, p. 178 ss.

estensione, di cui all'elencazione dell'art. 34 (imprenditori individuali, le società commerciali, le società cooperative, i consorzi fra società cooperative o tra imprese artigiane, i consorzi stabili, i raggruppamenti temporanei di imprese).

Se non bastasse la norma di definizione connota di ulteriore puntualità la soggettività abilitante.

Al comma 22, nel corpo dello stesso art. 3, stabilisce che "il termine operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi".

Le norme sembrano fare sistema, fino a rendere difficile ipotizzare che una lettura funzionale dello status imprenditoriale, nella dichiarata idoneità, possa risolversi in un superamento del prefigurato numero chiuso, che affida alla definizione ed all'elencazione analitica la latitudine della soggettività.

Nel diverso atteggiarsi, meno vincolante, la regola comunitaria, non sembra introdurre limitazioni sotto il profilo definitorio.

La direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, art. 1, comma 8, amplia le figure riconducibili al concetto giuridico di "operatore giuridico" individuando nell'imprenditore la persona fisica o giuridica, l'ente pubblico, il raggruppamento.

Non è, comunque, nella dilatazione del criterio quantistico che risiede la diversità.

Nella normativa comunitaria c'è dell'altro e di più.

La normativa comunitaria non passa dalla definizione all'elencazione.

Che essa sia tassativa o fortemente preclusiva poco importa.

Lo schema comunitario è uno schema aperto, quello interno introduce un'elencazione che si risolve in una qualificazione della soggettività giuridica per figure individuate.

Il legislatore nazionale resta, evidentemente, condizionato dalla definizione codicistica di imprenditore come di colui che eserciti attività economica organizzata.

Affiora, nei termini riferiti, la soggettivizzazione della scelta.

I parametri risolutivi corrispondono al concetto giuridico di imprenditore e la rilevanza dell'attività esercitata come attività economica.

La soluzione proposta fa coincidere la qualificazione invocata con lo status soggettivo.

La norma europea introduce, invece, un valore aggiunto alla qualificazione possibile.

Non basta aver definito il soggetto abilitato, è necessario che il soggetto individuato sia idoneo rispetto all'offerta, quell'offerta che abilita a stare sul mercato.

Sono il mercato, la concorrenza, l'efficienza i parametri europei aggiunti, quelli che ad un processo di mera soggettivizzazione accompagnano un processo informato all'oggettivizzazione della funzione.

Si tratta non solo di tutelare l'aspetto garantistico-formale, proprio dell'impianto normativo interno, ma di aprirsi ad una valutazione di risultato, di volta in volta, *ratione-materiae*, tendendo ad un soggetto che meglio sappia fare offerta, che meglio sappia stare sul mercato, sommando idoneità ad idoneità.

Il diritto interno fa coincidere l'individuazione con la condizione soggettiva.

Il diritto europeo privilegia la funzione, la migliore esecuzione dell'opera o del servizio, stabilendo e ritenendo che l'offerta più idonea non possa che essere quella che meglio risponda alle esigenze del mercato.

Il diritto interno privilegia una scelta improntata ad un procedimento di garanzia, nel rigore delle forme.

Nella comparazione il diritto comunitario corregge ed amplia l'impianto garantistico, introducendo, a correttivo, il criterio della qualità dell'offerta rapportata alle esigenze del mercato, nella logica dell'efficienza (rendimento) e del risultato (programma).

Pubblico e privato, operatore pubblico e privato, soggetto di diritto pubblico o di diritto privato hanno tendenzialmente rappresentato, in materia di contratti e di agenti pubblici, una separatezza per natura, portatrice di un regime differenziato, tanto che pubblico e privato non sarebbero capaci di misurarsi rispetto al principio del mercato corretto dai criteri della concorrenza e della parità.

La soluzione sta nel riprodurre il metodo della cooperazione, senza rigide esclusioni, costruendo normativamente i termini di esclusione del soggetto pubblico affidatario, che non possono prescindere dall'effettività della gestione e dalla qualità e professionalità esprimibile dal singolo operatore pubblico.

Tutto sta a trovare i giusti equilibri normativi, senza escludere risorse e professionalità, per mera definizione.

Cosicchè, tendenzialmente il privato appare come il soggetto, cui riconoscere, prevalentemente, per definizione legale (art. 3 d. lgs. n. 163/2006) o per elencazione legale (art. 34, d. lgs. n. 163/2006) il diritto a partecipare a gare e a risultare affidatario, mentre il pubblico appare come il soggetto cui riconoscere, secondo un dualismo virtuale regola-eccezione, un regime speciale, al di fuori di una regola abilitante preordinata, da verificare caso per caso.

All'accezione dell'affidamento diretto, a soggetto pubblico, come metodo di scelta, come oggettivizzazione della funzione, si accompagna l'ulteriore eccezione da far valere per i profili soggettivi.

Va resa l'equivalenza funzionale, per presupposti validanti, dell'operatore economico, ex art. 3 codice degli appalti, con il soggetto giuridico pubblico che esprima determinati caratteri abilitanti.

La caratterizzazione formale del soggetto in quanto tale e della sua natura privatistica o pubblicistica, potrebbe fare la differenza, introducendo un ulteriore motivo di dualismo operando specificamente sugli effetti distorti del principio di parità.

Nell'ampliare, cioè, la soggettività giuridica affidataria non solo si amplia il numero dei potenziali contraenti ma, contestualmente, potrebbe determinarsi la lesione del principio di parità, nel senso che il soggetto pubblico sarebbe portatore di interessi privilegiati.

Consentire l'affidamento a favore di soggetti pubblici quali fondazioni, istituti di formazione e di ricerca, università, potrebbe alimentare lesioni al principio di parità<sup>22</sup>.

Per le università molto dipenderà dai contenuti dello Statuto per poter valutare a pieno la conformità delle prestazioni offerte agli scopi istituzionali<sup>23</sup>.

Gli enti pubblici non economici, si pensi al CNR, al Formez, al Censis, i quali godono di una posizione di vantaggio fondata sul particolare regime, loro riconosciuto, di agevolazioni finanziarie, sarebbero portatori di una posizione privilegiata<sup>24</sup>.

Ma ancora una volta affidarsi al criterio espressamente formale del 'pubblico' o del 'privato', in quanto operatore, non risolve la questione.

Non basta, cioè, misurare la soggettività legittimante solo con riguardo all'essere un operatore privato in gara con altri operatori privati per non incidere, in forza dello status espresso dalla natura giuridica, sui principi della concorrenza e della par condicio.

La teoria dell'indifferenza alla partecipazione delle gare per l'operatore pubblico, che in quanto tale non violerebbe né la concorrenza né la par condicio, proverebbe troppo.

Non basterebbe, per governare il fenomeno, applicare per autolimitazione i principi europei della concorrenza e dalla parità ai soli operatori privati.

Perché non basta applicare un regime speciale ad un regime speciale.

Non è sufficiente, cioè, ritenere che il regime speciale dell'affidamento diretto all'operatore pubblico sia nel nostro caso esercitabile solo perché concorrenza e parità ineriscono esclusivamente la soggettività del privato.

È come passare da un regime speciale ad una deroga assoluta, laddove dovesse ritenersi che qualsiasi ente pubblico, che gestisca servizi in accordo con altre pubbliche amministrazioni, sia esentato per definizione, per il solo fatto di essere soggetto pubblico, dal procedimento di selezione comparativa.

La soluzione sta nella ricerca di criteri obiettivi.

Si è detto del criterio proposto della oggettivizzazione della funzione.

---

<sup>22</sup> Cfr. Determinazione n. 7 del 21 ottobre 2010 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, p. 3.

<sup>23</sup> Per i contenuti dello Statuto delle università dopo la riforma cfr. E. M. MARENGHI, *L'organizzazione delle università tra riforma e controriforma*, in *Dir. e proc. amm.*, 3/2012, p. 791 ss.

<sup>24</sup> In materia vedi la sentenza 7 dicembre 2000, causa C – 94/99, ARGE, nella quale la Corte di Giustizia CE ha stabilito, nonostante gli enti pubblici beneficiari di sovvenzioni possano presentare offerte a prezzi inferiori, anche in misura rilevante, che detti enti possano partecipare alle gare.

Esso va opportunamente integrato, prescindendo dalle obbligazioni precostituite, attraverso l'uso del criterio finalistico, tutto orientato, in senso sostanzialista, sull'interesse del risultato.

Si parta dal presupposto che l'art. 15, della l. 241 del '90, privilegia l'interesse dei soggetti piuttosto che la natura dell'attività da svolgere.

In questo passaggio il giudice amministrativo italiano concorda con l'impostazione della Corte di Giustizia Europea<sup>25</sup>.

Privilegiando gli interessi, in realtà, non si impone alcuna rigida forma giuridica per consentire lo svolgimento di un servizio comune, poi che ragioni sostanzialistiche e di effettività della gestione paiano predominanti.

La cooperazione, nel senso prefigurato, non serve la causa della disparità di trattamento tra pubblico e privato, ma, in senso finalistico tende al risultato del servizio più che all'affermazione della categoria astratta formale.

La logica da obiettivo non è priva, oltretutto, di criteri garantistici.

Rimane fortemente orientante, e fa la differenza sul piano delle garanzie, l'ulteriore criterio applicabile del requisito da bando.

Non si può rimanere nelle astrattezze ed essere indifferenti alla domanda specifica da servizio che si intreccia con la domanda, per i profili di mercato e dell'azione amministrativa.

Il soggetto, sia privato che pubblico, primariamente deve possedere i requisiti di bando, fino a conseguire idoneità necessaria all'esercizio della prestazione.

In tal senso la garanzia più che nella definizione risiede nell'idoneità accertata.

#### 4. *La regola comunitaria ed i presupposti della soggettività pubblica*

Emerge, quanto al sistema delle fonti, un problema di compatibilità degli accordi, tra soggetti pubblici, per adempiere ai compiti ad essi affidati, con i principi del diritto comunitario.

Si tratta di stabilire in che termini e a quali condizioni la regola comunitaria della concorrenza possa essere derogata e sostituita da moduli organizzativi che consentano di impiegare risorse proprie e non far ricorso al mercato esterno.

Criteri di tendenza e condizioni legittimanti del modulo organizzativo so-

---

<sup>25</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. 10 settembre 2010; Corte di Giustizia, sent. 9 giugno 2009 C – 480/6.26. La base normativa da cui partire può essere considerata l'art. 1, comma 8, della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004. Né può ignorarsi che l'Italia, proprio con riferimento a specifiche disposizioni contenute nel Codice degli appalti ha subito una procedura d'infrazione, chiusa solo a seguito dell'adozione sanante del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, contenente il 'terzo correttivo'.

stitutivo sono stati selezionati dal giudice comunitario<sup>26</sup>. La selezione dei criteri si apre pienamente, al concetto della cooperazione per obiettivi, nella successione che segue:

- a) la deroga alla comparazione dei procedimenti ad evidenza pubblica ed al mercato interno non può prescindere dalla verificata esistenza di obiettivi di interesse pubblico.

Il criterio si fonda sul connubio tra amministrazione di risultato, qualificata dalla natura pubblicistica, e interessi gestiti;

- b) deve, altresì, realizzarsi un regime di parità, in modo che ad alcun concorrente privato si vedano riconosciute posizioni di privilegio;
- c) la metodologia applicata della collaborazione tra amministrazioni, che utilizzino risorse interne, non deve mai degradare a soluzione strumentale, volta ad eludere la regola concorrenziale.

Per tale profilo l'oggettività degli obiettivi garantisce sulla oggettivizzazione della funzione.

- d) né deve riscontrarsi l'impegno di capitali che rendano prevalente la causale finanziaria.

La giustizia comunitaria ha chiarito, al riguardo, che sono consentiti esclusivamente rimborsi per spese effettuate.

- e) non vi saranno rendite di posizione.

Ogni amministrazione si esprimerà in termini di cooperazione attiva per compiti e funzioni ben individuati.

Non sarebbe consentita l'esecuzione della prestazione riferita prevalentemente ad una struttura pubblica, mentre altro soggetto pubblico limita il proprio impegno alla mera corresponsione della remunerazione.

- f) emerge, infine, una condizione di sintesi, che rafforza la metodologia di base e la legittimazione all'intervento combinato di più soggetti pubblici: deve trattarsi di un servizio pubblico, da svolgere, che sia comune a tutti i soggetti cooperanti.

La giustizia comunitaria, per tale aspetto, risulta in sintonia piena con la nostra legislazione, atteso che l'art. 15, della L. 241/90, espressamente prevede che "le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

Il Parlamento Europeo, da parte sua, richiamandosi, e per tanti versi recependo le pronunce della Corte di giustizia, ha confermato la praticabilità dei moduli organizzativi.

Con la risoluzione del 18 maggio 2010, nel ribadire la legittimità delle forme di collaborazione, ha ulteriormente specificato i criteri fondanti.

---

<sup>26</sup> Cfr. sentenza 9 giugno causa C-480/06; sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07.

Sul piano dell'effettività e della natura del servizio, assume centralità l'essere pubblico del servizio e l'essere comune della funzione.

Per tale rilevante profilo comune non emerge solo l'incontro, a fini contrattuali, degli interessi delle parti rappresentate, ma ancor di più la reciproca collaborazione in vista dell'obiettivo-risultato di fornire servizi, indistintamente e gratuitamente, all'intera collettività di riferimento<sup>27</sup>.

In tale direzione vincolante il compito da servizio è trasversale ed unificante: deve spettare a tutte le autorità locali.

Ed a favore di tutte le autorità locali coinvolte deve svolgersi l'attività.

Sin qui i criteri per la legittimazione dei soggetti pubblici destinati a svolgere direttamente un servizio utilizzando proprie risorse e propri mezzi nei limiti consentiti, introdotti da Parlamento e Corte europei.

I criteri selezionati sono coerenti con il genus dell'amministrazione per accordi per interessi comuni, secondo la dottrina unitaria definita dall'art. 15, della L. 241 del '90.

Si delinea la facoltà di una deroga a condizione, per l'autogestione di servizi, applicando determinati presupposti.

Non sussistono rigorose preclusioni.

C'è da dire, però, quanto all'applicazione italiana dei principi evocati, che l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, ha inteso limitare l'area della deroga, attraverso una selezione ad evidenza pubblica, con maglie più strette<sup>28</sup>.

L'orientamento restrittivo passa attraverso tali criteri applicabili:

- a) deve trattarsi di un compito principale fino a coincidere con le finalità istituzionali.
- b) non sono ammissibili accordi di comodo, nati per esigenze d'elusione della gara, che non assegnino incombenze certe, individuate evidentemente in riferimento alle specifiche professionalità, con una condivisione paritaria di compiti e responsabilità.
- c) le attività poste in essere tenderanno non al recupero di un corrispettivo, (che resta escluso) ma al mero rimborso delle spese.
- d) il procedimento di garanzia, alternativo alla gara, si affiderà ad una motivazione esaustiva particolarmente attenta a dare conto di tutti i presupposti-condizione.

---

<sup>27</sup> Sulla cooperazione come metodo di azione amministrativa non solo relativa alle fase ascendente della collaborazione fra Stati secondo un coinvolgimento nel processo decisionale di tutti i livelli di amministrazione interessati e alla fase discendente per la collaborazione fra soggetti pubblici intracomunitari di interesse comune cfr. L. DE LUCIA, *Cooperazione e conflitto nell'unione amministrativa europea*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 2011, p. 14 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Determinazione pubblicata, n. 7 del 21 ottobre 2010, dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

**WHY LAWYERS ARE ATTRACTED TO NEUROSCIENCES  
AND WHAT COULD LAWYERS TEACH TO NEUROSCIENTISTS.  
SOME PRELIMINARY OBSERVATIONS**

by Enzo Maria Marenghi

**Abstract**

Basics and the norm of European law legitimate the direct commitment of public service. The waiver works as a function of the common interest of public authorities's system, according to principles of cooperation and adequacy.



## Farmaci e antitrust\*

di Giovanni Pitruzzella

SOMMARIO: 1. Le peculiarità del settore farmaceutico e la natura del processo competitivo. – 2. Medicinali equivalenti. – 3. L'indagine conoscitiva della Commissione. – 4. Il caso comunitario “AstraZeneca” e la recente sentenza della Corte di Giustizia UE. – 5. Interventi di *advocacy* dell'AGCM in materia di diffusione medicinali equivalenti. – 6. Interventi istruttori dell'AGCM. – 6.1 Il caso “ratiopharm/Pfizer”. – 6.2 Il caso “Roche/Novartis”.

### 1. *Le peculiarità del settore farmaceutico e la natura del processo competitivo*

Il settore farmaceutico si caratterizza per l'esistenza di un intreccio tra una pluralità di obiettivi, talvolta confliggenti, tra i quali devono essere annoverati, da un lato, la tutela della salute e la promozione dell'innovazione e, dall'altro, le esigenze di finanza pubblica. In quest'ottica, negli ultimi anni, gli sforzi del legislatore sono stati volti al contenimento della spesa farmaceutica, attraverso interventi diretti sia a ridurre il prezzo di acquisto dei farmaci a carico del Sistema Sanitario Nazionale sia a rendere più efficienti le procedure per l'acquisto di beni e servizi da parte delle strutture pubbliche. Per comprendere la rilevanza di tale obiettivo è sufficiente ricordare che la spesa farmaceutica rappresenta circa un quinto della spesa sanitaria, la quale a sua volta è una delle principali componenti del deficit pubblico del nostro Paese.

Gli interventi legislativi nel settore farmaceutico devono confrontarsi con le specificità della domanda di farmaci che, come noto, è articolata in tre parti: *in primis*, il medico che prescrive il farmaco; c'è poi il Sistema Sanitario Nazionale che sopporta il costo del medicinale nel 75% dei casi; infine, il paziente che “ingerisce la pillola” ovvero assume il farmaco.

Queste tre componenti della domanda possono avere, e di frequente hanno, incentivi non coincidenti: il medico può essere influenzato dalle case farmaceutiche a prescrivere farmaci ad alto prezzo; il Sistema Sanitario Nazionale deve tendere, in particolar modo in questo periodo di profonda crisi economi-

\* È il testo riveduto della relazione davanti la Corte Costituzionale svolta il 26 ottobre 2012.

ca, al contenimento della spesa; e il paziente il quale, viceversa, non sopportando direttamente il costo del farmaco, non ne tiene conto nelle sue “decisioni di consumo”.

Ciò premesso, appare evidente che l'intervento *antitrust*, nel settore farmaceutico come, d'altro canto, in molti altri settori economici, non può risultare efficace se non affiancato da un'articolata e attenta regolazione pro-concorrenziale indirizzata a disciplinare elementi essenziali quali: *i*) l'autorizzazione all'immissione in commercio di nuovi medicinali; *ii*) il *pricing* e la rimborsabilità dei farmaci; *iii*) il rischio di *moral hazard* (ovvero di prescrizioni e consumi eccessivi di farmaci ingiustificatamente costosi); *iv*) i diritti di proprietà intellettuale; *v*) la distribuzione all'ingrosso e la completezza della gamma; *vi*) la distribuzione al dettaglio (in termini di condizioni di ingresso nel mercato, esclusive territoriali, titolarità delle farmacie, orari di apertura, margini di remunerazione degli operatori della filiera).

Per quanto concerne la dinamica concorrenziale tipica del settore, la letteratura scientifica ha messo in luce l'esistenza di due forme di concorrenza. Da un lato, la concorrenza tra società c.d. *originator* (innovatori) che competono nella ricerca e sviluppo di nuovi farmaci, la cui superiorità terapeutica li renda idonei a sostituire farmaci precedentemente immessi sui mercati da altri *originator* concorrenti (la c.d. *concorrenza dinamica*). Dall'altro lato, la concorrenza tra *originator* e imprese genericiste, che – a seguito della scadenza delle privative brevettuali accordate ai farmaci innovativi – sono in grado di entrare nei mercati con prodotti equivalenti a quelli degli *originator* con prezzi significativamente più bassi di quelli applicati nel periodo immediatamente precedente dai titolari di privative (c.d. *concorrenza statica*).

Nella concorrenza dinamica (*non-price competition* o concorrenza non di prezzo) l'innovazione di prodotto costituisce l'elemento cardine; in quest'ottica, la tutela della proprietà intellettuale rappresenta un fattore essenziale del processo competitivo tra imprese innovatrici, nonché tra questi e i produttori di medicinali equivalenti. Negli anni più recenti, tuttavia, a fronte di un significativo “inaridimento” dei risultati dell'attività di R&S, la concorrenza statica – basata sulla competizione di prezzo – ha aumentato significativamente la propria rilevanza. Nella competizione di prezzo, il ruolo principale è giocato dalle società produttrici di medicinali equivalenti (o farmaci generici); l'altra spinta all'abbassamento del prezzo è rappresentata dal commercio parallelo, che tuttavia ha un ruolo marginale in Italia in ragione dei prezzi più bassi rispetto alla media europea.

## 2. *Medicinali equivalenti*

È appena il caso di ricordare che un medicinale equivalente è una copia del suo medicinale di riferimento (medicinale “di marca” o “griffato”) presente

sul mercato già da molti anni (in Italia normalmente 10 anni) e, cosa fondamentale, il cui brevetto sia scaduto. Il D. Lgs. n. 219/2006 prevede una procedura semplificata per la registrazione di un medicinale equivalente: l'art. 10 dispone che l'azienda farmaceutica richiedente non sia tenuta a fornire i risultati delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche se può dimostrare che il proprio prodotto è un medicinale equivalente di un farmaco di riferimento autorizzato (o che è stato autorizzato) da almeno otto anni in Italia o nella Comunità europea. Ad ogni modo, per poter ottenere l'Autorizzazione per l'Immissione in Commercio, il medicinale equivalente deve presentare gli stessi requisiti di qualità del farmaco originatore di riferimento ed è pertanto sottoposto agli stessi controlli condotti su quest'ultimo.

Ciò che rileva maggiormente in termini di contenimento della spesa pubblica è la circostanza per cui il medicinale equivalente deve avere, al momento dell'immissione in commercio, un prezzo di almeno il 20% inferiore rispetto al corrispondente medicinale di riferimento. L'azienda farmaceutica che chiede l'autorizzazione per un medicinale equivalente, infatti, può praticare prezzi molto competitivi rispetto all'azienda titolare del prodotto di marca in quanto *i)* deve investire risorse nella ricerca in misura molto più contenuta (il principio attivo è noto); *ii)* non deve condurre studi preclinici; *iii)* non deve condurre studi clinici per dimostrare l'efficacia e la sicurezza del medicinale nell'uomo.

In ragione della normativa italiana esistente – che fissa il prezzo di rimborso di una data categoria di farmaci al prezzo del medicinale equivalente più economico – l'ingresso di farmaci generici sul mercato determina una riduzione significativa della spesa farmaceutica sostenuta dal SSN. A ciò deve aggiungersi che, nella realtà, il farmaco generico entra sul mercato – seppur non senza qualche ritardo – con un prezzo ben inferiore rispetto al minimo normativo e oscillante tra il 40 e il 75% in meno di quello della specialità di riferimento. Se si tiene conto che nei prossimi anni in Italia scadranno i brevetti relativi a gran parte dei farmaci più diffusi, i c.d. *blockbuster*, si ha l'idea del risparmio di spesa per il SSN che può derivare da una maggiore diffusione dei generici nel nostro Paese.

Tale obiettivo rischia, tuttavia, di non essere pienamente raggiunto a causa della scarsa penetrazione in Italia dei medicinali equivalenti: a fronte, infatti, di una media europea, pari al 50% di farmaci-copia nell'insieme dei medicinali dispensati (con punte del 70% in Germania), in Italia la quota di mercato (in volume) dei generici ha superato di poco, nel 2012, il 15% (corrispondente a meno del 10% in valore).

Come evidenziato dall'Indagine conoscitiva settoriale condotta dalla Commissione europea (su cui cfr. *infra*), una delle ragioni dell'insufficiente penetrazione nel mercato dei farmaci equivalenti è da rintracciarsi nelle resistenze, non sempre legittime, dei produttori *originator*.

### 3. *L'indagine conoscitiva della Commissione*

L'Indagine della Commissione europea – avviata nel gennaio 2008 e conclusasi a luglio del 2009 – trae origine da due constatazioni: *i*) una graduale riduzione, negli ultimi anni, del numero di farmaci innovativi immessi nei mercati dalle imprese *originator*; *ii*) il rallentamento, rispetto al passato, dell'ingresso dei produttori di farmaci generici a seguito della scadenza brevettuale dei farmaci *blockbuster*, ovvero quelli maggiormente costosi e profittevoli.

Con riguardo a questo secondo aspetto, il lavoro della Commissione ha evidenziato che, entro il primo anno dalla scadenza dei brevetti, solo circa la metà dei medicinali esaminati ha subito la pressione concorrenziale determinata dall'ingresso dei generici sul mercato; negli Stati membri, infatti, sono necessari, in media, più di sette mesi dalla data di scadenza dei diritti di esclusiva dei medicinali perché le specialità equivalenti riescano ad entrare nel mercato.

Nell'Indagine si dà, inoltre, risalto alle importanti ricadute in termini di contenimento della spesa sanitaria pubblica dovute a tali ritardi: il prezzo al quale i genericisti entrano nel mercato, infatti, è, in media, del 25% inferiore al prezzo dei medicinali prodotti dalle aziende *originator* prima della perdita dell'esclusiva. Due anni dopo l'accesso al mercato, i prezzi dei medicinali generici sono in media del 40% inferiori rispetto ai prezzi dei medicinali delle imprese farmaceutiche *originator*. Infine, risulta che anche i prezzi dei medicinali prodotti dalle aziende *originator* diminuiscono dopo l'accesso al mercato dei medicinali generici.

Tra i fattori che contribuiscono a causare tali evidenze, accanto all'esistenza di alcune previsioni normative che, non di rado, si prestano a favorire forme di opportunismo da parte degli operatori<sup>1</sup>, l'Indagine identifica diversi comportamenti posti in essere dagli operatori e, in particolare, dagli *originator*, volti, da un lato, a ritardare l'entrata dei genericisti sul mercato e, dall'altro, a prolungare quanto più possibile i tempi di sfruttamento esclusivo di molecole note in luogo della ricerca di formule nuove.

Per quanto concerne il secondo gruppo di condotte, che attiene alla concorrenza *dinamica* tra *originator*, l'aspetto più preoccupante in ottica concorrenziale evidenziato dall'Indagine è il ricorso ai c.d. *brevetti difensivi*, ossia titoli brevettuali conseguiti su linee di ricerca che un'impresa non intende proseguire, ma che sa essere di interesse per i propri concorrenti. La richiesta di questo tipo di brevetti risulta particolarmente costosa per il sistema, giacché, bloccando il proseguire dell'innovazione rispetto ad una determinata sostanza o com-

---

<sup>1</sup> Ad esempio, sul fronte della normativa brevettuale, l'esistenza di regole diverse nell'ambito dei diversi Paesi europei si presta a rendere più incerta la situazione brevettuale delle molecole, rendendo così più problematico per i genericisti ipotizzare i possibili esiti finali di una *litigation* che gli *originator*, nel momento di entrata sul mercato del generico, possono portare avanti nei diversi Tribunali europei richiamando regole di volta in volta diverse.

binazione di sostanze, finisce per diminuire, nel complesso, il progresso della ricerca chimico-farmaceutica.

Nell'ambito della prima tipologia di condotte, quella attinente alla concorrenza *statica* tra *originator* e genericisti, l'Indagine ha, invece, identificato in particolare:

- il ricorso massiccio al conseguimento di titoli brevettuali volti a proteggere innovazioni incrementali o fasi del procedimento produttivo di una stessa molecola, pur mancando il presupposto dell'innovazione; con riferimento ad un singolo principio attivo, il totale complessivo di privative conseguite in ambito europeo dai singoli operatori può arrivare a superare il migliaio;
- l'uso strategico della *litigation* allo scopo di intimorire l'ingresso dei genericisti, che, spesso, rinunciano ad entrare nel mercato pur di non affrontare i costi di un processo, che, tuttavia, li vedrebbe vincitori; nel settore farmaceutico risultano ben più elevati rispetto a quanto avviene negli altri settori economici sia il numero di cause legali proposte dagli *originator* per presunte violazioni della protezione brevettuale sia quello di brevetti contestati dai genericisti. In relazione al periodo e ai farmaci esaminati nell'Indagine (2000-2007), sono state avviate circa 700 cause legali in materia di brevetti tra aziende *originator* e generiche;
- la partecipazione massiccia e spesso pretestuosa ai procedimenti amministrativi volti al rilascio delle autorizzazioni all'immissione in commercio di farmaci generici con il solo obiettivo di rallentarne la conclusione;
- il boicottaggio dei farmaci generici, attuato, ad esempio, attraverso attività di diffamazione di tali prodotti presso le strutture mediche, anche dopo che questi sono stati già autorizzati;
- l'adozione di strategie volte a limitare i rifornimenti ai genericisti.

L'ampio numero di brevetti accordati in relazione ad un unico principio attivo crea, evidentemente, incertezza sulla possibilità di produrre medicinali equivalenti senza violare il diritto di privativa connesso ad almeno uno dei brevetti dell'*originator* e limita, pertanto, l'ingresso dei genericisti che vengono scoraggiati dal rischio di incorrere in cause legali con elevati costi e notevoli incertezze sui risultati.

Dall'Indagine è emerso, inoltre, che la risoluzione delle dispute brevettuali spesso avviene mediante la stipula di *settlement agreements*, vale a dire accordi con cui genericisti e *originator* individuano un insieme di condizioni per porre fine alla controversia; in virtù di tali accordi il genericista – a fronte della soluzione della lite – riceve copiosi vantaggi economici, rappresentati da somme di denaro o, più spesso, licenze brevettuali, che assumono la funzione di una sorta di "*pay for delay*".

I comportamenti elencati – tenendo conto del contesto in cui si inseriscono e delle circostanze specifiche che li accompagnano – possono, a seconda dei

casi, configurare ipotesi di violazione della disciplina *antitrust* nella fattispecie di abuso di posizione dominante o di intesa restrittiva della concorrenza<sup>2</sup>.

4. *Il caso comunitario “AstraZeneca” e la recente sentenza della Corte di Giustizia UE*

Con riguardo ai procedimenti avviati nel settore farmaceutico per accertare la violazione della disciplina *antitrust*, merita certamente di essere valutato con attenzione il caso condotto dalla Commissione Europea nei confronti della società AstraZeneca per abuso di posizione dominante.

La fattispecie contestata ad AstraZeneca (con riferimento al proprio farmaco *blockbuster Losec*) consisteva in due condotte:

- da un lato, la società aveva reso dichiarazioni ingannevoli per indurre in errore gli uffici brevettuali di Belgio, Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Norvegia e Regno Unito al fine di ottenere certificati protettivi complementari (CPC) rispetto ai quali AstraZeneca non avrebbe avuto diritto o per i quali tale diritto avrebbe avuto una durata più contenuta;
- dall'altro lato, AstraZeneca aveva ritirato selettivamente le AIC relative alle capsule di *Losec* nei paesi nei quali – in virtù della scadenza dei CPC – era paventato l'ingresso dei concorrenti genericisti, introducendo in tali mercati il *Losec* in versione compresse.

Con la sentenza del 6 dicembre 2012, la Corte di Giustizia UE confermato la decisione del luglio 2010 del Tribunale di Primo Grado che – salvo una minima riduzione della sanzione – aveva, a sua volta, sostanzialmente validato l'impianto accusatorio contenuto nel provvedimento con il quale la Commissione (nel giugno 2005) aveva irrogato alla società un'ammenda di € 60 milioni sul presupposto che quest'ultima avesse abusato della propria posizione dominante onde impedire o, comunque, ritardare l'ingresso sul mercato di farmaci generici per il trattamento di ulcere dello stomaco.

Nel valutare la natura abusiva delle condotte di AstraZeneca, la Corte ha ribadito *in primis* che la nozione di abuso nel diritto *antitrust* è di tipo oggettivo e che il paradigma di legittimità di una condotta ai sensi dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea deve essere quello della concorrenza basata sui meriti (*‘on the merits’*). Al riguardo, i giudici di secon-

---

<sup>2</sup> La Commissione ha avviato due casi, il caso Lundbeck e quello Servier. In entrambi i procedimenti, la Commissione ipotizza che le imprese *originators* abbiano abusato della propria posizione dominante ovvero abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza volta a ritardare o impedire l'ingresso del farmaco generico sul mercato.

de cure hanno, dapprima, sottolineato che anche un'impresa in posizione dominante può agire per impedire l'aggressione da parte dei concorrenti genericisti; pertanto, la condotta di una impresa in posizione dominante, per quanto aggressiva, è comunque lecita se basata sui meriti, tale da andare a vantaggio dei consumatori.

Nel caso di specie, tuttavia, il comportamento costante e lineare di AstraZeneca, caratterizzato dalla comunicazione agli uffici dei brevetti di dichiarazioni fortemente ingannevoli nonché da una manifesta assenza di trasparenza, non rientrava nel concetto di concorrenza basata sui meriti. La Corte, come già aveva fatto il Tribunale, ha sottolineato, in primo luogo, che l'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell'art. 102 non ha alcuna relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche, e gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza. Inoltre, ai sensi del diritto *antitrust*, sull'impresa che detiene una posizione dominante incombe una particolare responsabilità in ragione della quale essa non può utilizzare – come avvenuto nel caso di specie – procedure normative in modo da impedire o rendere più difficile l'ingresso di concorrenti sul mercato, in assenza di motivi attinenti alla difesa dei legittimi interessi di un'impresa impegnata in una concorrenza basata sui meriti o in mancanza di giustificazioni oggettive.

##### 5. *Interventi di advocacy dell'AGCM in materia di diffusione medicinali equivalenti*

In ambito nazionale, l'Autorità è intervenuta ripetutamente, da un lato, attraverso i suoi poteri di segnalazione, per evidenziare gli ostacoli normativi e amministrativi che, rendendo più difficile l'ingresso o lo sviluppo dei generici, risultavano suscettibili di ostacolare un'adeguata diffusione che, come già sottolineato, risulta nel nostro Paese molto più contenuta che nel resto d'Europa, tanto da porci in fondo alla classifica per consumo di tali farmaci.

Dall'altro, nell'ambito di procedure istruttorie, ha esaminato e, in alcuni casi, censurato le condotte degli *originator* che, utilizzando artatamente gli strumenti messi loro a disposizione dal diritto di proprietà industriale per ritardare, se non impedire, l'ingresso sul mercato dei farmaci generici, hanno di fatto alterato le dinamiche di mercato così da garantire il mantenimento della propria posizione di mercato.

Con riguardo agli interventi segnalatori, vale ricordare solo i più significativi tra i quali rientrano:

- la segnalazione volta ad incoraggiare l'adozione di un modello regolamentativo imperniato sul prezzo di riferimento (1995);

- l'intervento per sottolineare come la normativa italiana in materia di certificati complementari di protezione allungasse ingiustificatamente la durata della protezione brevettuale, riducendo gli spazi per la concorrenza di prezzo (2002);
- la segnalazione sulle modalità di determinazione dei prezzi e del rimborso previste dal Decreto Legge n. 159/2007. Le modalità previste nel decreto finivano, infatti, per utilizzare i generici solo come "specchietto per le allodole" così da costringere gli *originator* a riduzioni più consistenti dei prezzi, senza favorire l'introduzione di strumenti di promozione della concorrenza tra originator e genericisti (2007);
- la segnalazione nella quale si evidenziava come in un sistema di margini di remunerazione della distribuzione caratterizzato da una correlazione positiva tra prezzo finale del medicinale e margine dei farmacisti, quest'ultimi siano naturalmente portati a privilegiare i farmaci a più alto prezzo (tra quelli equivalenti) o a commercializzare confezioni di farmaci più grandi – e quindi più costose – rispetto a quelle che sarebbero sufficienti per la terapia assegnata ad un determinato paziente; in alternativa, un sistema di margini dei distributori che si basi sul riconoscimento di una remunerazione a *forfait* per ogni confezione venduta dal distributore farebbe venir meno il legame tra remunerazione e prezzo del prodotto e, in tal modo, finirebbe per favorire la commercializzazione di medicinali a minor prezzo, spesso rappresentati dai farmaci generici; in quest'ottica, l'Autorità auspicava l'introduzione del meccanismo "*fee for service*" per remunerare il farmacista, più coerente, peraltro, con la funzione di primo presidio medico propria delle farmacie (2007);
- l'intervento per evidenziare le distorsioni concorrenziali derivanti dall'utilizzo delle c.d. "gare a pacchetto" nelle procedure d'acquisto di farmaci da parte delle strutture sanitarie pubbliche. Laddove, infatti, alle imprese fornitrici venga data la possibilità di raggruppare a propria discrezione alcuni o tutti i principi attivi oggetto di gara, concedendo, oltre allo sconto sui singoli principi attivi, uno sconto aggiuntivo sull'intero pacchetto che contiene sia farmaci brevettati che farmaci a brevetto scaduto, le probabilità per i genericisti di aggiudicazione della gara si riducono significativamente, potendo essi beneficiare di margini di manovra sui prezzi dei propri prodotti nettamente inferiori rispetto a quelli delle imprese originator che operano in regime di esclusiva (2008);
- da ultimo, la segnalazione sulla sostituibilità terapeutica tra farmaci biotecnologici di riferimento e specialità biosimilari nella quale viene ribadita l'importanza di disposizioni normative che garantiscano, nei limiti imposti dal rispetto della tutela della salute pubblica, i più ampi spazi per la concorrenza di prezzo tra farmaci che risultino sovrapponibili dal punto di vista terapeutico (2011).

## 6. *E gli interventi istruttori*

### 6.1 *Il caso “ratiopharm/Pfizer”*

Con riferimento ai procedimenti istruttori, l’Autorità – nel mese di ottobre 2010 – ha avviato un accertamento nei confronti di tre società del gruppo Pfizer (Pfizer Italia S.r.l., Pfizer Health A.B. e Pfizer Inc.) per aver posto in essere un’articolata strategia volta a ritardare l’entrata dei genericisti nel mercato rilevante creando uno stato di incertezza giuridica in merito alla possibilità di commercializzare un nuovo farmaco generico.

Il procedimento si è chiuso nel mese di gennaio 2012 con una sanzione per le tre imprese del gruppo Pfizer per un ammontare complessivo di circa 11 milioni di euro.

In sintesi, le condotte accertate sono consistite: *i*) nell’artificiosa estensione in Italia della protezione brevettuale del proprio farmaco *blockbuster* (*Xalatan*, a base del principio attivo *latanoprost*) oltre la scadenza del brevetto principale, attraverso la richiesta e il successivo ottenimento di un brevetto divisionale e del relativo certificato di protezione complementare esclusivamente nel nostro Paese, nel quale la scadenza brevettuale del farmaco era antecedente al resto d’Europa; *ii*) nell’avvio di una *litigation* giudiziale per scoraggiare o rendere maggiormente onerosa la vendita dei medicinali equivalenti di *Xalatan* ovvero interdirlle direttamente la commercializzazione, per il tramite di diffide alla commercializzazione, azioni di pressione sul regolatore al fine di impedire il rilascio delle autorizzazioni ai genericisti, richiesta di ingenti risarcimenti del danno a quest’ultimi.

L’Autorità ha concluso che, attraverso tale strategia, Pfizer ha reso più oneroso per i genericisti il costo effettivo di ingresso sul mercato ed è riuscita a mantenere l’esclusiva nella produzione del proprio farmaco per sette mesi successivamente alla scadenza dei diritti di proprietà intellettuale ad essa spettanti.

Appare evidente, pertanto, come la vicenda si inserisca pienamente nel solco dell’indagine conoscitiva e del caso AstraZeneca sopra richiamato, connotandosi per l’uso strumentale di procedure amministrative e della *litigation* giudiziaria da parte di un’impresa in posizione dominante che costituisce una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti, nella misura in cui determina una restrizione della possibilità per i concorrenti di competere efficacemente sul mercato.

Il mancato risparmio per il SSN, causato dal comportamento di Pfizer, è stato stimato in circa € 14 milioni.

Avverso il provvedimento dell’Autorità, Pfizer ha presentato ricorso dinanzi al TAR Lazio. Con sentenza del settembre 2012, il giudice ha accolto il ricorso sostenendo che “*l’Autorità ha rinvenuto un’ipotesi di abuso di posizione dominante ponendo in correlazione varie condotte con le quali, sia in sede*

*amministrativa che in sede giudiziaria, Pfizer ha esercitato la tutela di diritti e di interessi legittimi*” e che, pertanto, “*al fine di poter sussumere tali condotte nell’illecito anticoncorrenziale considerato, le stesse devono connotarsi di un evidente intento escludente alla luce di un quid pluris che si aggiunga alla mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario*”.

Secondo il giudice di prime cure, tuttavia, nel caso di specie, l’Autorità non è riuscita a dimostrare tale *quid pluris*; ciò, infatti, non può essere costituito dalla circostanza per cui la richiesta di brevetto divisionale da parte di Pfizer era stata proposta non appena era risultata evidente all’impresa la più limitata protezione brevettuale di *Xalatan* in Italia. In merito, nella sentenza si legge che “*tale prerogativa era senz’altro appartenente alle facoltà d’impresa, senza che il suo esercizio possa ritenersi, per ciò solo, adottato nell’ambito di una puntuale strategia escludente*”. “*E allora non può non condividersi il sospetto delle ricorrenti che l’Autorità, nel pervenire alle proprie conclusioni, si sia basata, [...], sulla circostanza che il brevetto divisionale EP168 fosse stato annullato dall’EPO in data 5 ottobre 2010, in tal modo superando le difese della società, svolte in relazione alla giurisprudenza AstraZeneca, che era nel procedimento in esame indimostrata la circostanza che la società avesse fornito informazioni elusive all’EPO*”.

Dal provvedimento dell’Autorità emergerebbe, inoltre, “*la contraddittorietà assunta in merito alla rilevanza dell’annullamento EPO del 5 ottobre 2010, la sottovalutazione dei pertinenti principi emergenti dalla giurisprudenza AstraZeneca, la mancata considerazione della non definitività e efficacia di detto annullamento*”. Il giudice ha, pertanto, concluso affermando che “[...] *apprezzato che sostanzialmente tutto l’impianto motivazionale relativo ai singoli profili valutati nel provvedimento ruota intorno alla revoca del brevetto divisionale da parte dell’EPO nell’ottobre 2010, non appare implausibile l’osservazione di Pfizer che l’Autorità avrebbe dovuto valutare l’opportunità di sospendere il procedimento in attesa della decisione conseguente all’appello proposto avverso tale revoca*”.

Nell’appello presentato dinanzi al Consiglio di Stato, l’Autorità ha ribadito che oggetto dell’istruttoria è stato il vaglio delle condotte di Pfizer dal punto vista *antitrust* e non già alla luce delle norme in materia di brevetti. In altri termini, l’illecito imputabile a Pfizer non attiene alla validità dei brevetti o alla legittimità delle richieste di brevetto divisionale e del relativo CPC nonché della c.d. estensione pediatrica, bensì all’aver strumentalmente fatto ricorso all’insieme di tali iniziative, secondo una tempistica ben precisa, in attuazione di un’unica e complessa strategia escludente volta a prolungare artificialmente la protezione brevettuale del principio attivo *latanoprost* in Italia, al fine di impedire l’accesso al mercato dei farmaci generici di *Xalatan*.

L’Autorità ha, altresì, sottolineato come la sentenza della Corte di Giustizia EU sul caso AstraZeneca abbia affermato che “*l’illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell’art. 82 CE non ha alcuna relazione con la sua con-*

*formità o meno ad altre norme giuridiche, e gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza”.*

Da ultimo, in merito all'invocata opportunità di sospensione del procedimento *antitrust* in attesa della pronuncia dell'EPO circa la validità del brevetto divisionale, l'Autorità ha sostenuto che tale eventuale sospensione non trova fondamento in alcuna previsione normativa né regolamentare. È evidente, infatti, che la decisione di un organismo settoriale come l'EPO, compiuta alla stregua della normativa di settore, non costituisce in alcun modo pregiudiziale rispetto alle valutazioni dell'Autorità ai sensi della legge n. 287/90.

Preme sottolineare in questa sede come, ad avviso dell'Autorità, il TAR Lazio non abbia tenuto conto del complesso degli elementi raccolti nella fase istruttoria idonei a dimostrare che la natura abusiva ed escludente del comportamento di Pfizer prescindeva dalla validità o meno del brevetto divisionale e consistenti – vale la pena richiamarlo – in *i)* la tempistica della richiesta del brevetto divisionale; *ii)* la validazione del brevetto solo in Italia (e negli altri paesi) dove la protezione brevettuale scadeva nel settembre 2009; *iii)* la successiva richiesta di CPC esclusivamente in Italia e non nei Paesi in cui la protezione di *Xalatan* era vigente fino al luglio 2011; *iv)* l'assenza di immissione in commercio di un nuovo farmaco. Alla luce di ciò, l'Autorità ha, quindi, sottolineato che la decisione di nullità da parte dell'EPO atteneva esclusivamente a profili di normativa brevettuale, mentre oggetto del procedimento era la natura anticoncorrenziale delle condotte contestate.

## 6.2 Il caso “Roche/Novartis”

Di recente, nel febbraio di quest'anno, è stato avviato un nuovo procedimento istruttorio dall'Autorità nel mese di febbraio 2013 ai sensi dell'art. 101 TFUE per verificare se i gruppi farmaceutici Roche e Novartis abbiano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza nel mercato dei farmaci destinati alla cura di patologie oftalmiche, quali la degenerazione maculare senile, particolarmente diffuse tra le persone anziane.

Secondo quanto segnalato dall'Associazione Italiana Unità Dedicare Autonome Private di Day Surgery e dalla Società Oftalmologica Italiana, la possibile intesa sarebbe finalizzata a impedire l'utilizzazione in ambito oftalmico del farmaco Avastin, commercializzato da Roche per usi antitumorali, a vantaggio del farmaco Lucentis, commercializzato da Novartis ma brevettato da Genentech, società del gruppo Roche e sviluppato dalla stessa società insieme a Novartis per applicazioni oftalmiche.

Il farmaco Lucentis, secondo quanto riportato dai denunciatori, sarebbe del tutto equivalente all'Avastin ma ha un prezzo 50 volte superiore; ne conseguì-

rebbe per il Sistema Sanitario Nazionale un esborso aggiuntivo stimato in oltre € 400 milioni annui in termini di maggior spesa.

Nelle denunce si sottolinea, in particolare, la peculiarità del comportamento mantenuto da Roche, la quale, nonostante la mole di studi clinici esistenti a livello internazionale che avvalorerebbero l'efficacia terapeutica del proprio farmaco Avastin in ambito oftalmico, non si sarebbe attivata per ottenerne la registrazione e procedere così al suo sfruttamento commerciale anche in tal senso. A fronte di questo comportamento di Roche si è comunque diffuso nella comunità medica internazionale un uso c.d. 'fuori etichetta' (*off-label*) dell'Avastin, possibile quando un medico o una struttura sanitaria, ritenendolo utile per la salute dei loro pazienti, decidono di impiegare un farmaco al di fuori di quanto indicato nel riassunto delle caratteristiche del prodotto.

In Italia il costo di ogni dose di Avastin per impieghi fuori etichetta nella cura di patologie oftalmiche è inferiore ai 15 euro, mentre il prezzo del farmaco Lucentis, introdotto sul mercato nel 2008 – e rimborsato dal Sistema Sanitario Nazionale – è superiore ai € 1.700 per singola applicazione. Solo ultimamente, a seguito di un recente intervento dell'AIFA, tale prezzo è stato abbassato a € 810.

Secondo l'Autorità gli elementi finora raccolti consentono di ipotizzare l'esistenza di una possibile intesa orizzontale tra le società Roche e Novartis, anche per il tramite di Genentech e delle proprie filiali italiane finalizzata a mantenere disponibile sul mercato solo il farmaco Lucentis, che ha il prezzo più alto. In particolare, grazie agli accordi di distribuzione del farmaco Lucentis tra Genentech/Roche e Novartis, l'intesa garantirebbe a Novartis di ottenere il massimo vantaggio dalla vendita del Lucentis senza temere la concorrenza dell'Avastin poiché Roche, che dovrebbe avere interesse a commercializzarlo per usi oftalmici, non ha mai provveduto alla registrazione del farmaco in tal senso, trovando a sua volta maggior convenienza al mantenimento dei profitti derivanti dalle royalties che riceve da Novartis (tramite Genentech) per la distribuzione del farmaco Lucentis.

L'esito del procedimento in corso davanti all'Autorità e del processo pendente davanti al Consiglio di Stato rappresenteranno un ulteriore importante tassello nella identificazione del delicato punto di equilibrio del rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza.

**MEDICINES AND ANTITRUST**

by Giovanni Pitruzzella

**Abstract**

Preliminarily, this article examines the most important elements of competition in the pharmaceutical industry. It focuses on the particular structure of the demand of medicines – in which doctors, patients, and the national health systems interact –, and the two forms of competition we observe in this industry. As to the latter, on the one hand, there is the competition between originator companies based on research and development and the marketing of new products (the so-called *dynamic competition*). On the other hand, the competition between originators and generic companies arising once the patent of the blockbuster has expired and the latter can enter the market with their equivalent products at a lower price (the so-called price or static competition).

Then, the article provides an overview of the recent activity of the European Commission in the sector, mainly focusing on the 2009 Sectorial Inquiry and the AstraZeneca case, whose decision has recently been confirmed by the EU Court of Justice.

Finally, the enforcement activity of the Italian Competition Authority is analyzed. In particular, the article describes the recently closed “*ratiopharm/Pfizer*” case. The investigation concerned an exclusionary conduct by Pfizer Health A.B., Pfizer Italia S.r.l., and Pfizer Inc. in relation to an illegitimate extension of patent duration in order to delay generic entry. In the case, the behavior of Pfizer consisted in the submission to the European Patent Office in 2002 and to the Italian Patent Office (UIBM) in 2009 of objectively misleading representations so as to lead those offices to grant it a divisional patent and a SPC to which Pfizer was not entitled. Such a behavior had the effect of extending the intellectual protection of Pfizer blockbuster – *xalatan* – in Italy, delaying the entry into the Italian market of its generic version.

In the final section, another investigation opened by the ICA is examined. It relates to the alleged agreement involving Hoffmann-La Roche Ltd, Novartis AG, Genentech Inc., Roche S.p.A., and Novartis Farma S.p.A. aimed at excluding in Italy the ophthalmic use of Avastin, marketed by Roche, in order to advantage the sales of Lucentis, marketed by Novartis. According to several scientific studies Avastin and Lucentis are equivalent: however, Lucentis is far more expensive than Avastin. As Roche did not require an “on-label” registration of Avastin for ophthalmic use, only Lucentis is currently reimbursed by the Italian healthcare system: as a consequence, the claimants argue that the damages of the alleged cartel may amount to several hundreds of EUR millions per year. If established, the cartel could constitute an infringement of Article 101 of the Treaty of the Functioning of the European Union, which prohibits cartels and restrictive business practices.



## Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari\*

di Filippo Salvia

SOMMARIO: 1. Le definizioni legali di “Urbanistica”. – 2. Il rapporto dialettico pianificazione urbanistica/*interesse* alla utilizzazione del territorio correlato alle diverse posizioni giuridiche. – 3. I diversi modelli di coinvolgimento nelle scelte urbanistiche: A) la partecipazione mediante osservazioni e opposizioni. – 4. *Segue*: B) la pianificazione contrattata. – 5. *Segue*: C) Altre forme di pianificazione con procedure paracontrattuali: concerti, intese, conferenze di servizio.

### 1. *Le definizioni legali di “Urbanistica”*

La *definizione metagiuridica* più comune di urbanistica è quella di una disciplina avente ad oggetto specifico la città, di cui studia le modalità di sviluppo e le leggi di funzionamento e di cui progetta in tutto o in parte il rinnovamento e la crescita. Il concetto giuridico di *Urbanistica* è più ampio, perché non riguarda solo la “città” (il “costruito” e il “costruendo”), ma la disciplina dell’intero assetto del territorio, con particolare riferimento alle destinazioni e alle modalità d’uso delle diverse parti del medesimo. Per questo più propriamente si parla oggi di Governo del territorio.

Bisogna però avvertire che nel nostro ordinamento (al pari del resto di quanto avviene altrove) esistono altre normative – non qualificabili come “urbanistiche” – che hanno pure per oggetto la disciplina d’uso e i controlli su parti di territorio interessate da certe attività, attraverso procedimenti attivati e gestiti da apparati amministrativi diversi.

Si pensi ad es. alla legge mineraria che regola lo sfruttamento delle miniere, al Codice della navigazione che disciplina le modalità d’uso del demanio marittimo, alla legislazione paesistica che impone direttamente o indirettamente vincoli su parti del territorio.

È il caso allora di chiedersi quale sia il *quid* che distingue l’urbanistica da queste altre discipline. Alcuni testi normativi – non aventi specificatamente ad

\* Questo lavoro farà parte degli Scritti in onore di Paolo Stella Richter.

oggetto l'urbanistica – tentano di dare delle risposte utili allo scopo. Così ad es. il dpr n. 616 /1977, ai fini del trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle regioni e ai minori enti locali, chiarisce, all'art.80, che: “Le funzioni amministrative relative alla materia «urbanistica» concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di *tutti gli aspetti* conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente” (c.n.).

Analogamente, l'art. 133, 1° c. del Codice del processo amministrativo dispone che l'urbanistica, ai fini del riparto di giurisdizione, ingloba tra le materie di giurisdizione esclusiva: [...] “le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente *tutti gli aspetti dell'uso del territorio*, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa” (c.n.).

Si tratta però – come implicitamente affermato – di definizioni *relativistiche* – finalizzate cioè a risolvere problemi specifici (nascenti da determinate discipline), che non possono aspirare a divenire criteri generali per stabilire ciò che debba intendersi per *urbanistica*, né per distinguere quest'ultima da altre *materie limitrofe* aventi pure per oggetto gli usi del territorio. Definizioni che – se disancorate dallo specifico contesto normativo di cui fanno parte – creerebbero l'equivoco di una macro-materia “urbanistica” inclusiva di “*tutti gli aspetti dell'uso del territorio*” (“tutela del suolo”, “protezione dell'ambiente”, “espropriazione per p.u.”, in contrasto peraltro col dettato costituzionale, che mantiene invece i tradizionali steccati che distinguono tuttora “governo del territorio”, “beni culturali”, “ambiente”, “ecosistemi” (con differenze peraltro tutt'altro che secondarie sulla diversa intensità della potestà legislativa dello Stato nelle anzidette materie).

La costruzione di Stella Richter.

A mio avviso, la costruzione oggi più idonea per evitare i pericolosi equivoci derivanti dalle definizioni *relativistiche* e a cogliere il quid che caratterizza l'urbanistica è quella di Paolo Stella Richter.

Secondo questo A. per cogliere l'essenza della materia in discussione bisogna guardare essenzialmente all'elemento *teleologico*. “La finalità dell'urbanistica – *Egli dice* – non è quella di soddisfare questo o quel determinato interesse che sul territorio trovi il suo momento materiale di incidenza”. Essa “ha invece ad oggetto, almeno potenzialmente, *tutti gli interessi* che sul territorio devono trovare soddisfacimento, poiché la sua finalità è quella di ottimizzazione dell'uso del territorio...globalmente considerato”, non azzerando le discipline esistenti, né trasformando in “urbanistica” tutto ciò che incontra. Si ricordi invece che durante gli anni '60 e '70 ci si chiedeva se in virtù del carat-

tere totalizzante dell'urbanistica fosse ancora possibile parlare del "paesaggio" come materia diversa dalla prima. In un dibattito – bisogna aggiungere – in cui non era sempre chiaro distinguere i profili *de iure condito* da quelli *de iure condendo*.

E allora cosa significa *ottimizzazione* dell'uso del territorio ?

Significa essenzialmente questo: attitudine ad *armonizzare* e creare *sinergie* tra le molteplici attività che si svolgono nel territorio in vista del miglior soddisfacimento dei diversi interessi in campo. Così ad es. l'interesse alla salute, giuridicamente distinto da quello urbanistico, può essere certamente potenziato da una razionale pianificazione urbanistica attenta allo snellimento del traffico veicolare, in grado quindi di abbattere significativamente l'inquinamento atmosferico. Lo stesso potrebbe dirsi per la localizzazione delle centrali telefoniche e per altre similari evenienze. In tutti questi casi, il perseguimento mediato di interessi pubblici "*altri*" non è causa di vizi di incompetenza o di eccesso di potere per sviamento, perché *l'interesse pubblico primario* (in senso gianniniano) posto a base dell'urbanistica è quello di promuovere l'ordinato assetto del territorio, non senza ovviamente una qualche ingerenza negli interessi curati da altre amministrazioni. Alla stregua dell'anzidetto, l'urbanistica potrebbe essere assimilata a una sorta di fascio luminoso capace di rendere visibili le diverse realtà presenti in un certo territorio e la trama viaria di uscita (in ciò si può far consistere essenzialmente la c.d. *funzione ricognitiva* dei piani urbanistici), per avviare un processo decisionale partecipato finalizzato a rendere più scorrevole il traffico.

## 2. *Il rapporto dialettico pianificazione urbanistica/interesse alla utilizzazione del territorio correlato alle diverse posizioni giuridiche*

La concezione di cui sopra aiuta a comprendere la logica complessiva del sistema e il ruolo effettivo esplicato dai soggetti specificamente preposti all'urbanistica nel governo del territorio.

Il punto da cui prendere le mosse sembra questo: che la pianificazione urbanistica – avendo ad oggetto l'intero territorio comunale – non opera su una... terra di nessuno, liberamente plasmabile secondo l'astratta visione del pianificatore. Essa, al contrario, incide su un territorio organizzato (su un mondo vitale) in cui sono radicati innumerevoli interessi, molti dei quali dotati di solide garanzie giuridiche, aventi anche una base costituzionale. Si pensi ad es. alla *proprietà* (art.42 Cost.), al diritto di *iniziativa economica privata* (art.41 Cost.), nonché a tutte quelle prerogative riservate agli apparati pubblici per la cura di interessi di rilevanza regionale e nazionale.

Ora, tutti questi soggetti privati e pubblici, titolari delle anzidette posizioni giuridiche, sembrano per ciò stesso portatori di un *interesse accessorio* alla

utilizzazione del territorio, senza del quale le relative attività non potrebbero trovare concreta esplicazione, con il rischio anche, in certi casi, di veder pregiudicati irrimediabilmente interessi fondamentali per la vita stessa della collettività (si pensi alla difesa, all'approvvigionamento delle materie prime, all'energia, ecc.). Si potrebbe parlare di una *pretesa all'insediamento* (collegata alla posizione giuridica principale), tutelabile nei limiti della ragionevolezza.

La giurisprudenza della Corte costituzionale sembra muoversi in questa direzione, quando ad esempio afferma, a proposito degli *impianti di telefonia mobile*, che il potere urbanistico del comune, pur non azzerato dalla normativa specifica della materia, non può tuttavia esplicarsi attraverso l'inibizione assoluta su tutto il territorio comunale delle predette apparecchiature, ma attraverso più flessibili modalità, tali da conciliare al meglio i diversi interessi: l'efficienza della rete e l'ordinato assetto del territorio (Corte cost. sentt. n.307/2003; n.303/2007). Sicché da un lato la pianificazione urbanistica condiziona l'esercizio di diritti e poteri altrui; dall'altro è condizionata dal peso di questi ultimi.

### 3. *I diversi modelli di coinvolgimento nelle scelte urbanistiche: A) la partecipazione mediante osservazioni e opposizioni*

Nasce proprio da qui l'esigenza di incanalare i diversi interessi, a vario titolo coinvolti, nel processo decisionale urbanistico.

La legislazione in materia sembra fornire al riguardo una pluralità di soluzioni: quella tradizionale della *partecipazione ai procedimenti di piano*, mediante «osservazioni» e «opposizioni»; quella della c.d. *pianificazione contrattata*; quella del *coordinamento orizzontale*, mediante procedure paracontrattuali tutte le volte in cui il piano tocca attività o interessi di altre amministrazioni («concerti», «intese», «conferenze di servizio»).

Si passeranno brevemente in rassegna le diverse soluzioni sopra prospettate, partendo dalla prima (la partecipazione ai procedimenti).

La legge del '42 non sembra per vero mostrare particolare attenzione per il coinvolgimento di «interessi altri» nei processi decisionali in discussione, confidando sostanzialmente su una pianificazione ispirata a principi illuministici, rafforzata da un legame gerarchico rigido tra i diversi strumenti di disciplina del territorio (piani territoriali di coordinamento, piani comunali a carattere generale, piani particolareggiati di esecuzione, lottizzazioni e infine la licenza edilizia, come strumento di chiusura).

Quest'ultimo rilievo sembrerebbe tuttavia smentito dalla previsione da parte della legge urbanistica, di «osservazioni» e «opposizioni» all'interno dei procedimenti di formazione degli strumenti urbanistici comunali (queste ultime – le opposizioni – solo per i piani particolareggiati). Ma è da osservare che gli anzidetti meccanismi partecipativi riguardano, come già detto, solo gli

strumenti urbanistici comunali non anche quelli di area vasta (i piani territoriali di coordinamento) e che, nella concezione originaria del legislatore del '42 (art. 9, c.2 l.u.) i soggetti legittimati a presentare le osservazioni avrebbero dovuto essere solo taluni soggetti collettivi (“associazioni sindacali”, “altri enti pubblici ed istituzioni interessate”) non anche *quisque de populo*. È stata la giurisprudenza successiva a estendere la cerchia dei legittimati e a potenziare anche il valore garantistico delle osservazioni (un tempo del tutto negato), attraverso il richiamo di taluni principi collaterali utili allo scopo (si invoca ad es. il principio della *parità di trattamento* per sostenere il dovere dell'amministrazione di prendere in esame tutte le osservazioni nel caso in cui talune di esse fossero state esaminate; quello della *specificità delle statuizioni urbanistiche* per sancire l'obbligo di motivare il rigetto di osservazioni collegate a *varianti specifiche* di p.r.g.,ecc.).

L'assunzione da parte della legge urbanistica di un modello procedimentale piuttosto chiuso alle istanze esterne, rappresenta probabilmente una sorta di reazione a una prassi antecedente di segno opposto – quella delle convenzioni urbanistiche c.d. libere (e cioè in assenza di piano regolatore) – che rimetteva fondamentalmente le scelte di espansione urbana ai soggetti privati, proprietari di aree situate in prossimità agli agglomerati urbani. Si trattava, com'è noto, di una prassi consolidata attestata dalla gran parte delle imponenti ristrutturazioni urbane effettuate nell'800 e nel '900 sia in Italia che nelle maggiori città d'Europa. Anche nel dopoguerra (in vigenza cioè della l.u.) il fenomeno delle c.d. convenzioni libere ha potuto beneficiare di lunghi “tempi supplementari”, poiché la mancata attivazione sino agli anni '60 della pianificazione urbanistica (in parte giustificata dalle emergenze post belliche) indusse comuni e privati a continuare per lungo tempo con le modalità operative antecedenti, ignorando quasi del tutto l'esistenza della l.u.

È stata la legge n.765/1967 a interrompere definitivamente la prassi delle convenzioni libere, con la nuova disposizione dell'art. 8 (divenuto art.28 l.u.) che – col chiaro intento di voler finalmente riservare al potere pubblico le decisioni fondamentali sull'espansione urbana – sancisce a chiare lettere il divieto di “procedere alla lottizzazione dei terreni a scopo edilizio” prima “dell'approvazione del piano regolatore generale o del programma di fabbricazione.

#### 4. Segue: *B) la pianificazione contrattata*

Negli ultimi anni tuttavia si registra una forte implementazione della c.d. “urbanistica concordata”, che a tratti lascerebbe pensare a un certo ritorno all'esperienza precedente. Sono state coniate diverse tipologie contrattuali non sempre del tutto aderenti ai postulati della anzidetta legge n.765/1967. Nel panorama normativo odierno è possibile rinvenire: a) convenzioni aventi ad

oggetto scelte urbanistiche in senso proprio (c.d. *pianificazione contrattata*); b) contratti aventi ad oggetto lo *ius aedificandi* o, come si preferisce dire ora c.d. *diritti edificatori*; c) convenzioni di tipo essenzialmente edilizio (di minor interesse ai nostri fini).

La prima ipotesi ricorre in tutti quei casi in cui il legislatore affida la definizione di un certo assetto territoriale, anziché a uno strumento urbanistico di stampo unilaterale, a un accordo. È il caso (già visto) delle lottizzazioni, e della gran parte dei piani speciali prodotti dall'esperienza degli ultimi anni: *Programmi integrati di intervento, di recupero urbano, di trasformazione urbana, comparti, ecc.*

In teoria queste forme di urbanistica contrattata dovrebbe dar luogo a una pianificazione di carattere *attuativo*, saldamente ancorata al piano regolatore generale, secondo il canone fondamentale della legge n.765/1967. Ma la prassi delle "varianti automatiche" (oggi assai diffusa e avallata dalla legge), fa sì che in molti casi il rispetto del p.r.g. sia solo di facciata.

L'altra ipotesi sopra richiamata (*sub b*) riguarda invece i c.d. *diritti edificatori*. Essa dà luogo a una sorta di compravendita dello *ius aedificandi*, non anche della proprietà dell'area (*la cosa*), che rimane invece intestata all'originario proprietario.

Tali figure contrattuali, alle quali potrebbero forse aggiungersi le diverse ipotesi di edilizia convenzionata, vengono correttamente inquadrare tra i *contratti reali* – soggetti a trascrizione (art. 2643, c.1 2 bis Cod. civ.) – aventi (in quanto tali) l'idoneità a estendere il vincolo anche agli eventuali acquirenti.

Le disposizioni normative in materia sono ancora assai frammentarie. Prevale in genere quelle regionali, perché le figure contrattuali in esame sono intimamente collegate con la c.d. *perequazione urbanistica*, la cui sperimentazione maggiore è avvenuta, com'è noto, proprio attraverso le più recenti leggi regionali.

In un primo momento, i contratti *de quo* – denominati nella prassi *contratti di cubatura* – hanno trovato applicazione soprattutto nell'ambito delle lottizzazioni, come rimedio nei confronti di una proprietà frammentata. Attraverso lo strumento in esame infatti uno o più soggetti possono disporre a favore di altri il proprio *ius aedificandi*, maggiorando ad es. i volumi in certe aree liberandone per consentire in questo modo una lottizzazione rispettosa degli standard.

Nell'esperienza più recente sembra tuttavia che le figure contrattuali in discussione abbiano subito una sorta di mutazione genetica, poiché i contratti di cubatura di nuovo conio tendono piuttosto a rompere gli argini disposti dai piani, introducendo elementi premiali finalizzati all'acquisizione gratuita da parte del Comune di aree (altrimenti da espropriare), a indurre i privati a realizzare bonifiche urbane, a costruire alloggi da destinare a esigenze di edilizia pubblica residenziale, a realizzare opere pubbliche adottando il metodo del *projet financing*. Si tratta di operazioni finanziarie dietro le quali si annidano – come evi-

denziano le analisi più attente – rischi di sconvolgimenti territoriali assai gravi, che anche la giurisprudenza sembra avvertire (v. TAR del Lazio n. 1524 e 2383 del 2010; Cons.St.,IV, n. 4545/2010).

5. Segue: *C) Altre forme di pianificazione con procedure paracontrattuali: concerti, intese, conferenze di servizio*

Rimane da considerare un'altra forma di pianificazione che si realizza mediante le procedure paracontrattuali tipiche di coordinamento tra "amministrazioni" – "concerti", "intese", "conferenze di servizio" – tutte le volte in cui il piano tocca attività o interessi affidati alla cura di diversi soggetti pubblici, in base ad apposite discipline di settore.

L'esigenza di coordinamento, come già si è visto, nasce dal fatto che le autorità addette all'urbanistica – pur essendo dotate di poteri pianificatori e di controllo che investono tutto il territorio comunale – non sono le *sole* abilitate a pianificare e controllare le trasformazioni del territorio, essendo rinvenibili numerose altre discipline con incidenza territoriale. Talvolta a finalità prevalentemente *economiche* (come ad es. quelle relative alle miniere, alla costruzione di strade, linee ferrate, porti, aeroporti, ecc.), tal'altra a finalità *protezionistiche* (come ad es. quelle finalizzate alla tutela dei beni culturali e paesaggistici o alla lotta all'inquinamento). L'anzidetta combinazione di normative dà luogo a *sistemi multipli di controllo* delle trasformazioni territoriali, che consentono a ogni potere pubblico interessato di provvedere in via relativamente autonoma alla cura dell'interesse pubblico specifico di cui è titolare. (Uno dei tanti esempi potrebbe essere quello delle costruzioni in zone di interesse paesaggistico, per la realizzazione delle quali – oltre al permesso edilizio – è necessario anche il *nulla-osta* della soprintendenza competente).

L'affermarsi di tali gestioni "separate" (o semi-separate) nasce essenzialmente da esigenze di specializzazione degli apparati gestionali in vista di una tutela rafforzata degli anzidetti interessi. Ma possono anche aggiungersi fattori storici, come ad es. la preesistenza di alcune normative di settore a quella urbanistica (è il caso delle due leggi del '39 sulle cose d'arte e sulle bellezze naturali).

Uno dei problemi più rilevanti che si pone in questi casi è se l'esistenza di un «regime speciale» inibisca il potere pianificatorio urbanistico creando una sorta di «zona franca» per quel dato territorio o quella certa attività o se viceversa le autorità urbanistiche mantengano i loro poteri pianificatori e di controllo da coordinare però con quelli degli altri soggetti titolari di quell'altro interesse pubblico. Il sopravvenire delle regioni è stato un elemento di ulteriore complicazione, soprattutto in quei casi in cui lo Stato mantiene la sua competenza su beni o oggetti assoggettati a regimi speciali.

La giurisprudenza costituzionale negli ultimi anni è stata più volte chiamata a pronunciarsi su vicende del genere. L'orientamento della medesima sembra confermare la prevalenza delle discipline speciali su quella generale, ma anche il carattere totalizzante della pianificazione urbanistica. Ciò comporta che anche ambiti territoriali soggetti a una disciplina speciale – come ad es. un parco nazionale, un tratto di demanio marittimo, ecc. – vanno egualmente inclusi nel piano regolatore, al quale però è inibito di porre in essere una normativa incompatibile con quella più specifica anzidetta. La «disciplina speciale» non *annulla* quindi i poteri dell'autorità urbanistica ma li *limita* drasticamente. Non si tratta peraltro di un recepimento passivo da parte di quest'ultima di regole poste da altri apparati pubblici, ma di un *intervento dialettico* al fine della razionale collocazione dei diversi interessi pubblici nel più vasto quadro dell'assetto del territorio. Ciò è particolarmente evidente nel caso delle «cave» il cui sfruttamento – secondo la giurisprudenza – potrebbe anche essere eccezionalmente inibito dall'autorità urbanistica per ragioni di tutela ambientale risultanti da una rigorosa motivazione. Anche nel caso delle opere militari, che a causa degli interessi primari che sottendono, sono senza dubbio le più sfuggenti ai condizionamenti urbanistici, tale ruolo dialettico delle autorità urbanistiche è presente attraverso il comitato misto paritetico di cui si è detto .

La stessa giurisprudenza ha tratto da tutto ciò un importante corollario: che quando la pianificazione urbanistica incontra nel suo cammino beni soggetti a regime differenziato le relative prescrizioni – anche *in assenza di una specifica norma di coordinamento* – devono nascere con l'apporto dell'autorità addetta a quel dato interesse pubblico di settore. Questo criterio generale di coordinamento vale anche tra organi statali e regionali, ai quali la Corte costituzionale negli ultimi anni ha imposto più volte l'obbligo dell'*intesa* e della *leale cooperazione* .

Analogo obbligo di «intesa» con la «competente autorità ecclesiastica» si impone per la localizzazione dei servizi religiosi (art. 5, c.3 Accordo revisione Concordato lateranense) .

#### Rilievi conclusivi

Dalle considerazioni precedenti (e in particolare dal substrato contrattuale immanente nell'urbanistica) risulta sostanzialmente ridimensionato il ruolo dei soggetti preposti al governo del territorio, che non ci appaiono più come veri e propri *pianificatori* (arbitri delle sorti di un certo territorio), ma piuttosto come *mediatori* o *coordinatori* – quasi sempre inadeguati – dei diversi interessi in campo (coinvolti a loro volta a vario titolo nelle scelte urbanistiche).

Val la pena precisare che la «inadeguatezza» cui si accennava sopra non sembra tanto ascrivibile – come potrebbe apparire a prima vista – a una sorta di «*mitezza*» della normativa urbanistica che lascerebbe troppi spazi di interlocuzione e contrattazione ai soggetti pubblici e privati incisi dalle scelte di piano. Essa al contrario sembra derivare da ragioni fattuali, che rendono oggi

oggettivamente ardua, anche per politici e amministratori illuminati, la effettiva governabilità di certi territori. Si pensi ad es. al fenomeno delle megalopoli, a quello della immigrazione, delle periferie urbane, dell'assistenza agli emarginati, a quello dei servizi, dello smaltimento dei rifiuti, ecc.

Sono i fenomeni propri del terziario, che trasformano continuamente opzioni e stili di vita consolidati e che danno luogo a difficili problemi di governabilità, anche per gli altissimi costi ad essi connessi. Con maggiore crudezza ed efficacia *Bauman* esprime gli stessi concetti in questo modo: *“Le città – Egli dice – sono diventate le discariche di problemi concepiti e partoriti a livello globale. Gli abitanti delle città e i loro rappresentanti eletti tendono ad affrontare un compito che neanche l’immaginazione più sfrenata potrebbe concepire alla loro portata: il compito di trovare soluzioni locali a difficoltà e problemi concepiti a livello globale”*.

## URBAN PLANNING AND HIS COROLLARIES

by Filippo Salvia

### Abstract

Urban Planning is different from other related disciplines – which also have as their object the use and control of parts of the land – because it's called to best meet all the interests in the land taken as a whole, in order to promote the orderly development of settlements and communities. But City Planning, which concerns the entire municipal land, affects an organized territory, where are embedded many interests, which also have solid legal guarantees and a constitutional basis. For this reason, there is a need to engage in City Planning different public and private stakeholders. The legislation appears to provide, on this point, several solutions: participation in the process planners, through observations and oppositions; planning contracted; planning by paracontractual procedures typical of coordination between administrations.



## L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza

di Maria Alessandra Sandulli

In un momento storico ispirato alla semplificazione, è evidente l'interesse a fare il punto su uno dei primi strumenti di semplificazione dell'attività amministrativa, che ebbe peraltro la sua "base di lancio" proprio in ambito urbanistico (ad opera della c.d. legge Nicolazzi del 1982<sup>1</sup>): il c.d. silenzio assenso, nato sulle istanze di autorizzazione edilizia e progressivamente esteso, da ultimo su sollecitazione dell'Unione Europea a ogni atto di assenso, comunque denominato, con eccezione dei casi espressamente indicati dall'art. 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il silenzio assenso era disciplinato dagli artt. 6 ss. del d.l. n. 9 del 1982, convertito nella l. n. 94 dello stesso anno, su cui cfr. per un primo commento G. CORREALE, *Primi spunti esegetici sulla concessione edilizia silenziosa*, in *Foro amm.* 1981, I, 2654, nonché le Relazioni di A.M. SANDULLI e G. TORREGROSSA al Convegno svoltosi a Perugia nei giorni 21-22 maggio 1982, per iniziativa dell'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma La Sapienza e dell'Istituto Chora, in *Atti*, Roma, 1982 e in *Riv. giur. edilizia*, 1982, II, 62 ss.; M. CHITI, A. PREDIERI, *Casa e urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1982; AA.VV., *Legge "Nicolazzi" un anno dopo*, Roma, 1983 e *ivi* sullo specifico tema oggetto del presente scritto, M.A. SANDULLI, *Tendenze della normativa sulle sanzioni urbanistiche*, A. DE ROBERTO, *Silenzio assenso e legittimazione «ex lege» nella legge Nicolazzi*, in *Dir. soc.*, 1983, 163.

<sup>2</sup> Sul silenzio assenso, tra i moltissimi contributi, si ricordano, senza pretesa di esaustività: A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1985; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 22; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti. Alleati o avversari?*, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, Giuffrè, 2006, 17 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 99; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 269; G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 83; M. RENNA e F. FIGORILLI, *Silenzio della pubblica amministrazione. I) Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, Treccani, Agg., Roma, 2009; W. GIULIETTI, *Silenzio assenso*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 485; M. D'ORSOGNA e R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 801.

Per quanto sicuramente ispirato ad un'esigenza di reazione all'inerzia della p.A. in termini favorevoli al soggetto richiedente, che, invece di essere costretto a contestare il c.d. silenzio inadempimento, instaurando (all'epoca previa dif-fida) un apposito (e al tempo ordinariamente lungo) giudizio amministrativo, poteva invocare la formazione di un titolo abilitativo implicito, lo strumento si rivelò ben presto un'arma a doppio taglio, che finiva col riversare sull'istante la responsabilità della verifica della effettiva sussistenza dei presupposti per tale formazione.

Cercando di tirare le somme sulla reale valenza dell'istituto, in occasione del ventennale dell'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, e dunque nel lontano 1994<sup>3</sup>, ebbi a denunciare la gravità di tale problematica, particolarmente evidente proprio in materia urbanistica, stante l'oggettiva difficoltà di una lettura certa e univoca delle diverse e numerose prescrizioni che, a vari livelli di formazione (statale, regionale, locale) condizionano l'esercizio dello *jus aedificandi*.

Non è pertanto difficile incorrere, anche in perfetta buona fede, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 21, comma 2 della l. n. 241 del 1990, che (confermando l'incertezza sollevata dall'art. 8, commi 6, 7 e 12 della l. n. 94 del 1982), in contraddizione con quanto previsto dall'art. 20 comma 2 (che conferma anche per il silenzio assenso il potere dell'amministrazione di agire in autotutela ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*) drasticamente dispone che “*le sanzioni amministrative previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità da esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*”.

Con la conseguenza – tutt'altro che coerente con la logica ispiratrice della norma e con gli stessi principi generali in tema di legittimo affidamento<sup>4</sup> – che il “rischio autotutela” per il fruitore del silenzio assenso è decisamente più alto di quello che corre il destinatario di un provvedimento esplicito, garantito dai più rigorosi limiti imposti dall'art. 21-*nonies* all'annullamento d'ufficio e, per restare al settore edilizio, dal meno severo regime sanzionatorio previsto per le attività realizzate in forza di un titolo successivamente annullato.

A ormai quasi otto anni dalla riforma del 2005, non è invero ancora dato comprendere il confine tra le ipotesi disciplinate dall'art. 20, comma 3, nelle

---

<sup>3</sup> *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della p.A.*, in *Giust. civ.* 1994, 485 ss.

<sup>4</sup> Su cui v. da ultimo, in riferimento proprio all'annullamento di un permesso di costruire, Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 8529 del 2012. In dottrina, cfr. *ex multis*, oltre alla classica monografia di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, i più recenti saggi di M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010 e di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012

quali il contrasto con la normativa vigente e il difetto dei requisiti per l'utilizzazione dello strumento valgono a legittimare l'esercizio del potere di revoca o di annullamento, con le garanzie ivi previste per il destinatario, e quelle considerate dall'art. 21 comma 2, in cui tali circostanze sono equiparate all'assenza di titolo.

Anche se la giurisprudenza sembra prevalentemente orientata a negare la formazione del titolo abilitativo implicito in assenza dei presupposti di legge<sup>5</sup>, tale posizione è tutt'altro che univoca<sup>6</sup> e, soprattutto, non è legit-

---

<sup>5</sup> Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2011 n. 5894; 14 aprile 2008 n. 1642; 3 dicembre 2001, n. 6009; nella giurisprudenza di primo grado, *ex multis*, TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 21 gennaio 2013 n. 38, TRGA Trentino Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 11 gennaio 2013, n. 8; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 21 dicembre 2012 n. 5293 (v. però *contra* Id, 11 gennaio 2013, n. 257, richiamando la consolidata giurisprudenza della stessa Sezione); TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 9 novembre 2012, n. 1858; TAR Calabria Catanzaro, Sez. I, 18 settembre 2012, n. 951 (secondo cui la formazione del silenzio assenso presuppone l'esistenza di tutti i presupposti di accoglibilità della domanda); TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 3 settembre 2012, n. 1495; TAR Campania, Salerno, Sez. II, 24 luglio 2012, n. 1432; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 10 gennaio 2012, n. 16;. Detto orientamento si fonda, implicitamente, sulla qualificazione dell'inerzia della p.A. quale mero fatto giuridicamente rilevante, da cui la legge fa conseguire effetti equivalenti all'efficacia dell'atto, subordinandoli però al ricorrere di tutti i requisiti indicati dalla legge, poiché, mentre "*nel campo degli atti giuridici opera l'alternativa validità-invalidità; nel campo (che è quello in discussione) dei meri fatti, solo quella esistenza-inesistenza*". A.M. SANDULLI, *Il silenzio accoglimento nella legge Nicolazzi*, cit., 61; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, 732. Cfr. A. TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 6.

<sup>6</sup> Escludono correttamente che l'assenza dei presupposti impedisca la formazione del titolo abilitativo Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2006, n. 4114 e 12 marzo 2012, n. 1364, CGA, 29 febbraio 2012, n. 243; nonché presumibilmente, argomentando *a contrario*, 24 settembre 2012, n. 5457 (che lega l'inoperatività dello strumento all'espressa previsione dell'ordinamento provinciale di Bolzano). Il silenzio assenso così formatosi può essere rimosso solo mediante l'esercizio del potere di annullamento di ufficio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2007, n. 586 e 24 marzo 1997, n. 286), ossia tramite l'esercizio del potere di autotutela che consente di contemperare il ripristino della legalità con l'esigenza di rendere effettivamente praticabile l'istituto del silenzio assenso (Cons. Stato, Sez. V, n. 4114/2006 cit.). È stato di conseguenza chiarito che, una volta decorso il relativo termine, l'unica possibilità di intervento per l'amministrazione è l'adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, condizionato alla sussistenza degli specifici presupposti richiesti dalla citata norma, dovendosi quindi ritenere illegittimo il tardivo provvedimento di diniego sull'originaria istanza, assunto nel presupposto della non applicazione del silenzio assenso (Cons. Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2008 n. 6591). In argomento, in termini critici con riguardo al silenzio assenso su istanza di condono edilizio e all'indicato orientamento della giurisprudenza, M. OCCHIENA, F. SAITTA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, Relazione al XIII Convegno nazionale A.I.D.U. su *La semplificazione nella disciplina del territorio*, Trento, 8-9 ottobre 2010. In termini generali, sulla formazione del silenzio significativo ex art. 20 l.n. 241 del 1990, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 73: "*per quanto segnatamente concerne la domanda presentata ai sensi dell'art. 20, si deve ancora sottolineare*

timata dal surrichiamato contraddittorio contesto normativo e, in termini più generali, contrasta con i principi costituzionali ed euro-unitari in tema di certezza del diritto e di legittimo affidamento<sup>7</sup> e con il richiamato *favor* per la semplificazione del sistema di controllo sull'esercizio delle attività economiche.

Il sempre più disordinato e contraddittorio susseguirsi di disposizioni legislative, che non ha risparmiato neppure la riforma della legge n. 241 del 1990<sup>8</sup>, in una con la qualità spesso insoddisfacente delle stesse, e gli inevitabili contrasti giurisprudenziali che tali carenze determinano rende tendenzialmente difficile agli istanti, normalmente sprovvisti delle competenze e dell'esperienza che dovrebbero assicurare gli uffici amministrativi, un'assoluta certezza sulla piena rispondenza delle loro richieste alle prescrizioni normative, ingiustamente esponendoli al rischio di una reazione che, come si è visto, non è a sua volta chiaramente "prevedibile".

La situazione è tanto più inaccettabile quanto più è vasto l'ambito di utilizzazione dello strumento.

Come anticipato, negli ultimi anni, anche rispondendo alla spinta del diritto euro-unitario (in particolare, della Direttiva Bolkenstein n. 123 del 2006, per la semplificazione delle attività di prestazione di servizi all'interno dell'Unione<sup>9</sup>,

---

*che diverso è il profilo della esistenza-inesistenza della fattispecie (la domanda, se identificabile nei suoi elementi necessari, e perciò esistente, produce comunque i suoi effetti); diverso è il profilo concernente la legittimità-illegittimità della fattispecie formatasi (gli elementi della domanda, pur esistenti, possono essere illegittimi, ciò che dà luogo al potere dell'Amministrazione di pronunciare l'annullamento della fattispecie formatasi, nonché alla possibilità di annullamento della stessa in sede giurisdizionale)*. L'orientamento poggia sulla qualificazione del silenzio come comportamento legalmente tipizzato: cfr. A. TRAVI, *Silenzio-assenso*, cit. Sull'incertezza qui denunciata e sulle relative problematiche cfr. i diversi scritti raccolti in V. PARISIO (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano, Giuffrè, 2002 e ivi in particolare la Relazione di F.G. SCOCA.

<sup>7</sup> Si legge infatti costantemente nella giurisprudenza UE che "il principio di legalità è un corollario del principio di certezza del diritto, il quale costituisce un principio generale del diritto comunitario, che esige segnatamente che qualsiasi normativa comunitaria, in particolare quando impone o consente di imporre sanzioni, sia chiara e precisa, affinché le persone interessate possano conoscere senza ambiguità i diritti e gli obblighi che ne derivano e regolarsi di conseguenza": in tal senso, *ex multis*, Corte di Giustizia 9 luglio 1981, causa 169/80, Gondrand Frères e Garancini, Racc. p. 1931, punto 17; 18 novembre 1987, causa 137/85, Maizena, Racc. p. 4587, punto 15; 13 febbraio 1996, causa C-143/93, van Es Douane Agenten, Racc. p. I-431, punto 27, e 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, Racc. p. I-6609, punto 25, e Tribunale di primo grado CE, sez. V, 8 ottobre 2009, T-69/04. In dottrina, cfr. A. TRAVI, *Silenzio assenso*, cit., 166.

<sup>8</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in *www. Giustamm. it* 2005.

<sup>9</sup> In argomento, P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo (l. 241/90) alla direttiva «servizi» (2006/123/CE)*, Napoli, Jovene, 2008; M.A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a*

che consente il mantenimento dei regimi autorizzatori solo se non discriminatori, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale e proporzionati, attuata in Italia dal d. lgs. n. 59 del 2010), il legislatore ha progressivamente ampliato la valenza delle misure di semplificazione dei titoli abilitativi all'esercizio di attività economiche, passando, dapprima ad una generalizzazione del sistema del silenzio-assenso come modello di decisione sulle istanze di provvedimenti *lato sensu* autorizzatori e concessori, e, più recentemente, ad una "quasi generalizzazione" della stessa d.i.a., evoluta nella s.c.i.a. (segnalazione certificata di inizio dell'attività), chiamata oggi a sostituire "ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli stessi"<sup>10</sup>.

Particolarmente significativo per comprendere la portata di tale evoluzione è proprio il menzionato d.lgs. n. 59 (da ultimo modificato ed integrato dal d.lgs. 6 agosto 2012, n. 147), che, dopo aver utilmente chiarito che la s.c.i.a. (come in precedenza la d.i.a.) "non costituisce regime autorizzatorio" (art. 8) e che "nei limiti del presente decreto, l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie" (art. 10), ha configurato il regime autorizzatorio per le attività di servizi di cui esso si occupa come un'ipotesi meramente residuale, stabilendo, all'art. 14, che "regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale" e, all'art. 17, che "in tutti i casi diversi da quelli di cui all'articolo 14 per i quali le norme vigenti, alla data di entrata in vigore del presente

---

seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein, in *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración pública*, n. XII, 2010.

<sup>10</sup> La letteratura sulla s.c.i.a. è amplissima. Ci si limiterà pertanto a richiamare, anche per gli ulteriori rinvii, gli studi più recenti: L. MARTINEZ, *La dichiarazione di inizio attività: natura e regime giuridico*, Torino Giappichelli, 2008; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, Giappichelli, 2008; N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 749 ss.; G. GRECO, *La SCL e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *www.giustamm.it*; M.A. SANDULLI, *Dalla D.I.A. alla S.C.I.A., una liberalizzazione a rischio*, *Riv. giur. edilizia* 6/2010; ID., *La s.c.i.a. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di 'non sincerità' legislativa. Spunti per un forum*, in *www.federalismi.it*; ID., *Prmissima lettura dell'Adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in *Riv. giur. edilizia*, 2-3/2011

*comma, prevedono regimi autorizzatori o di dichiarazione di inizio attività, si applica l'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni*" (relativo alla s.c.i.a.). Inoltre, ove permanga il regime autorizzatorio, il menzionato decreto ha generalizzato l'applicazione del silenzio assenso, disponendo, all'art. 17, che *"ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue, ove non diversamente previsto, il procedimento di cui all'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241"* (relativo al silenzio assenso), e che *"qualora sussista un motivo imperativo di interesse generale, può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di un provvedimento espresso"*.

Il nuovo spirito che anima l'attuale regime delle attività economiche è ancora più chiaramente espresso nell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011, convertito nella l. n. 148 dello stesso anno, il quale dispone che in ambito economico *"è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"*, ferma la precisazione che il legislatore statale o regionale deve mantenere forme di regolazione delle attività economiche volte a garantire, oltre che il rispetto degli obblighi internazionali, comunitari e costituzionali riguardanti la tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica, anche la sicurezza, la libertà e la dignità umana, come richiesto dall'articolo 41 della Costituzione.

Alla predetta disposizione fa rinvio anche l'art. 1 del d. l. n. 1 del 2012, convertito nella l. n. 27 dello stesso anno, che apre il capo significativamente rubricato *"norme generali sulle liberalizzazioni"*, disponendo la progressiva abrogazione delle disposizioni che prevedono limiti o divieti non adeguati o non proporzionati all'esercizio di attività economiche e imponendo in ogni caso l'interpretazione e l'applicazione dei divieti, restrizioni, oneri o condizioni a tale esercizio in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, *"alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, e ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica"*.

Nel 2012, anche la Corte costituzionale è ripetutamente intervenuta sul tema. In particolare, con la sentenza n. 164, respingendo il ricorso di alcune Regioni, ha riconosciuto la legittimità della scelta statale in favore dell'applicabilità generalizzata dello strumento della s.c.i.a., ravvisando il titolo di legittimazione dell'intervento statale nell'esigenza di determinare livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, compreso quello delle Regioni a statuto speciale. Il discorso vale

analogamente per il silenzio-assenso<sup>11</sup>. Con la sentenza n. 200 del 20 luglio 2012 (coeva alla più nota 199 sui servizi pubblici locali), la stessa Corte ha poi dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti di una serie di disposizioni del citato d. l. n. 138, osservando che il principio della liberalizzazione prelude ad una razionalizzazione della regolazione, che da un lato elimini gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati, e dall'altro mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale. Anche se il problema sembrava superato dal d. l. n. 1 del 2012 (il verbo dubitativo è d'obbligo, in quanto il citato art. 1 di tale decreto, pur rinviando l'abrogazione delle disposizioni incompatibili agli appositi regolamenti, fa contraddittoriamente salvo il predetto art. 3 del d. l. n. 138, che ne prevedeva l'abrogazione automatica!), la stessa sentenza ha peraltro opportunamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 3, del d. l. n. 138/2011, il quale stabiliva, alla scadenza di un termine prestabilito (il 30 settembre 2012), l'automatica soppressione di tutte le normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche previsto al comma 1 del medesimo articolo 3. È importante segnalare che la Corte ha – correttamente – rilevato che la previsione era viziata sotto il profilo della ragionevolezza in quanto, anziché favorire la tutela della concorrenza, finiva per ostacolarla, determinando grave incertezza fra i legislatori regionali e fra gli operatori economici.

Nonostante le più recenti riforme (in particolare il citato d. l. n. 5 del 2012, conv. nella l. n. 27 del 2012) abbiano rafforzato le garanzie avverso il silenzio inadempimento, attraverso l'introduzione di importanti modifiche dei commi 8 ss. dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990<sup>12</sup>, il silenzio assenso costituisce dunque tutt'oggi la regola per le ipotesi di inerzia sulle istanze di autorizzazione ancora non sostituite dalle s.c.i.a.

La semplificazione, proprio perché imposta, come ci ha ricordato la Corte costituzionale, dai principi generali dell'ordinamento costituzionale ed euro-unitario, non può però essere meramente formale e deve costituire un'effettiva garanzia di agevolazione delle attività economiche, nell'ottica di una effettiva concorrenza tra gli operatori all'interno dell'Unione.

---

<sup>11</sup> Cfr., ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 25 luglio 2012, n. 2083, che ha affermato che la disciplina del silenzio assenso sulle istanze di permesso di costruire introdotta dal d.l. n. 70 del 2011 (convertito con l. n. 106 del 2011) prevale sulle norme regionali di dettaglio che richiedono un provvedimento espresso, richiamando l'art. 29, comma 2-ter, l. n. 241 del 1990, ai sensi del quale le disposizioni in tema di silenzio assenso attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

<sup>12</sup> Sulle integrazioni alla l. n. 241 effettuate dal legislatore nel 2012, cfr. S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal D.L. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

L'incertezza sulla formazione del titolo abilitativo implicito, a prescindere dalla circostanza che il richiedente abbia reso dichiarazioni mendaci o false attestazioni, rappresenta un serio ostacolo all'effettività di tale garanzia e si pone come tale in netto contrasto con i surrichiamati principi generali, oltre che con lo stesso principio di uguaglianza in considerazione della irragionevole disparità di trattamento rispetto ai titolari di un titolo autorizzativo espresso.

A ciò si aggiunga che, per i già evidenziati riflessi sul piano sanzionatorio, il descritto sistema normativo si pone in irrimediabile contrasto anche con i principi di tassatività e tipicità che, quali corollari del principio di stretta legalità delle pene enunciato dall'art. 25 Cost. e dall'art. 49 della Carta di Nizza, presiedono all'applicazione di tutte le misure punitive, tanto amministrative che penali<sup>13</sup>, imponendone l'assoluta prevedibilità e la necessaria proporzionalità.

Sul primo profilo è importante segnalare la recente decisione n. 4685 del 2012 della Corte di cassazione a proposito dell'incertezza normativa oggettiva – da distinguere dall'ignoranza della legge – che in materia tributaria esclude

---

<sup>13</sup> La piena assimilabilità delle sanzioni amministrative punitive alle sanzioni penali è stata da ultimo significativamente confermata anche ai fini dell'applicabilità dei principi CEDU sulla necessaria tassatività e irretroattività delle norme che le dispongono, tanto dalla Corte EDU, decisione 27 settembre 2011, in C-43509/08, Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia (con riferimento a una sanzione pecuniaria antitrust) che dalla stessa Corte costituzionale, che, nella sentenza n. 196 del 2010, ha espressamente (ri)affermato l'estensibilità alle sanzioni amministrative anche non pecuniarie dei suddetti principi, anche in forza dell'art. 25, comma 2, Cost. Vi si legge, infatti, significativamente, al punto 3.1.5 che *“Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formata in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato. D'altronde, questa Corte non solo ha affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (sentenza n. 447 del 1988), ma anche precisato come la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulti pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» (sentenza n. 78 del 1967). A ciò è da aggiungere che anche la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati – recata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) – ha stabilito che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, primo comma), dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema.”* In dottrina, il tema è trattato compiutamente da F. GOISIS, *Sanzioni amministrative, tutele procedurali e giurisdizionali secondo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in A. CAGNAZZO-F. TOSCHEI, *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino 2012, 32 ss.

l'applicabilità delle sanzioni: il legislatore lo prevede espressamente in materia tributaria, ma i principi generali lo impongono per tutte le sanzioni, ostando *in primis* alle misure non chiaramente prevedibili<sup>14</sup>.

Sulla necessaria proporzionalità delle sanzioni amministrative, anche non pecuniarie, merita invece richiamare la sentenza n. 338 del 2011 della Corte costituzionale, che, a proposito di misure di politica fiscale, ha sottolineato la necessità di rispettare i criteri di ragionevolezza e proporzionalità fra il comportamento tributario illecito e la sanzione. E non può dirsi certo conforme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità punire con la stessa sanzione chi abbia agito totalmente *sine titulo* e chi, senza colpa o dolo, abbia erroneamente interpretato un sistema normativo oggettivamente complesso e soggetto a continui contrasti di giurisprudenza.

In uno Stato di diritto e in uno Stato che, in doverosa coerenza con le direttive dell'Unione europea, dichiara un espresso *favor* per il libero esercizio delle attività economiche, peraltro più che mai necessario nella presente congiuntura, è assolutamente improrogabile un nuovo intervento legislativo sulle misure di semplificazione dei controlli su tali attività, nella duplice forma della s.c.i.a. e del silenzio assenso, posto che non si possono far ricadere sugli amministrati le conseguenze dell'incertezza delle regole e dell'inerzia delle pubbliche amministrazioni cui spetterebbe il compito di applicarle.

In difetto, quanto meno per i casi in cui è ancora richiesto un titolo abilitativo (sottratti quindi all'operatività della s.c.i.a.), dovrebbe essere sempre lasciata al richiedente la facoltà di pretendere la garanzia del titolo espresso, avvalendosi dei mezzi amministrativi e giurisdizionali opportunamente previsti dall'ordinamento contro l'inadempimento dell'Amministrazione all'obbligo di concludere i procedimenti aperti su istanza di parte con provvedimento esplicito e che la mera previsione della formazione del silenzio assenso non può valere *sic et simpliciter* ad escludere<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Corte EDU, Grande Camera, 7 giugno 2012, *Affaire* Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia, ric. n. 38433/09.

<sup>15</sup> Negli stessi sensi A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 238, richiamando pronunce adesive dei Tribunali amministrativi, soprattutto in riferimento al silenzio diniego. Il Consiglio di Stato esclude invece allo stato l'esperibilità del ricorso avverso il silenzio inadempimento quando la legge attribuisce all'inerzia valore di provvedimento implicito: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1469 (anche se in riferimento ad un'ipotesi di silenzio diniego). Più recentemente, TAR Toscana, Sez. III, 12 giugno 2012, n. 1124, afferma peraltro che il ricorso del proprietario confinante, ex art. 117 c.p.a., contro l'inerzia del Comune sulla domanda di condono del terzo non è reso inammissibile dall'astratta possibilità che si sia formato il silenzio assenso su detta domanda, in quanto, a fronte dell'incerta sussistenza dei presupposti della formazione silenziosa del condono, è configurabile l'interesse a che l'amministrazione renda inequivoco l'avvenuto perfezionamento o meno del titolo tacito, così da potersi pronunciare poi espressamente sulla domanda di adozione del provvedimento repressivo.

In altri termini, soprattutto a fronte di un atteggiamento di sempre maggior rigore del legislatore nei confronti del silenzio inadempimento (cui il nuovo art. 2 l. n. 241 del 1990 correla espresse responsabilità civili e amministrative) e di un netto rafforzamento delle garanzie processuali rispetto ad esso, attraverso la notevole semplificazione e accelerazione del rito e l'introduzione dell'azione di condanna all'adozione del provvedimento satisfattivo della pretesa sostanziale, l'attuale regime del silenzio assenso, con le surrichiamate instabilità, offre un livello di garanzia decisamente inferiore, in contrasto con i principi di ragionevolezza e di uguaglianza che presiedono alla corretta disciplina dei rapporti con le pubbliche amministrazioni.

Una diversa soluzione potrebbe essere offerta dall'ammissione della proponibilità dell'azione di accertamento dell'effettiva formazione del titolo implicito<sup>16</sup>.

In entrambi i casi, invero, si consentirebbe al soggetto che presenta un'istanza astrattamente suscettibile di tacito assenso una tutela giurisdizionale analoga a quella garantita rispetto all'inerzia non qualificata.

Nell'inerzia del legislatore, si confida che una sollecita soluzione venga offerta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nell'esercizio del suo potere di nomofilachia, se non altro come spinta per un intervento reattivo del primo (come già verificatosi per la s.c.i.a. per effetto della richiamata sentenza n. 15 del 2011).

### **THE MECHANISM OF THE CONSENT BY SILENCE BETWEEN SIMPLIFICATION AND UNCERTAINTY**

by Maria Alessandra Sandulli

#### **Abstract**

The paper calls into question the real usefulness of the mechanism of the consent by silence and its conformity to the simplification objectives imposed by the European Union, in the light of the uncertainty that characterises its regulatory framework and the case law on the consequences on the possible verification of the lack of the conditions to be met for the request to be accepted. The A. wanders about the real advantages of the mechanism, also in relation to the fact that an increased protection is guaranteed in relation to the more classical silence "inadempimento" of the public administration.

---

<sup>16</sup> L'azione è stata ammessa da T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 10 ottobre 2011, n. 1265.

# Il ruolo dei Parlamenti nazionali di fronte alla nuova *governance* economica europea

di Antonella Sciortino\*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Una panoramica dei nuovi strumenti di *governance* economica europea. 3. Gli effetti dei vincoli europei sulla finanza pubblica degli ordinamenti nazionali. Parlamento e governo: quali relazioni in tema di decisioni finanziarie nell'ordinamento giuridico italiano. 4. Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea. 5 Alcune considerazioni conclusive. Le nuove regole di *governance* economica europea: quale ruolo per i parlamenti nazionali.

## 1. *Premessa*

Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel quadro delle regole della nuova *governance* economica europea è un tema complesso e insidioso in quanto sconta, in generale, il già problematico ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea ed, in particolare, il ruolo che questi organi sono chiamati a svolgere per dare seguito all'interno dei propri ordinamenti alle nuove regole di *governance* economica europea (da ultimo il c.d. *Fiscal compact*, vale a dire il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria del 2 marzo 2012).

Lo sfondo teorico non è meno complicato perché deve tenere insieme decisioni in tema di bilancio e finanza pubblica, forma di Stato, processi decisionali democratici ed effettiva titolarità dell'indirizzo politico finanziario con evidenti refluenze sulla forma di governo.

A partire dalla crisi del 2008 (con il fallimento della banca d'affari *Lehman Brothers*) prima avvertita dai soli mercati finanziari, poi conclamata in alcuni Stati membri come la Grecia<sup>1</sup> nel 2010 e con propaggini in molti Stati come l'Italia, la

---

\* Prof. Ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> Per evitare il "contagio" gli organi dell'Unione europea e gli Stati membri dell'eurozona hanno messo a punto una serie di misure tra cui la concessione di prestiti condizionata alla realizzazione di un programma di riforme strutturali e di aggiustamento dei conti pubblici. La complessità

Spagna, il Portogallo, l'Irlanda, l'U.E. ha iniziato a mettere a punto una serie di misure normative in materia di *governance* economica europea per cercare di arginare la crisi in atto i cui esiti non sono ancora interamente predicibili<sup>2</sup>. La sua nascita invece è stata profeticamente annunciata da Nouriel Roubini<sup>3</sup> già nel 2006 per il convergere di vari fattori come la crisi dei mutui immobiliari americani, l'oscillazione dei prezzi del petrolio e la conseguente crisi di fiducia dei consumatori.

La normativa europea (che di seguito cercherò di ricostruire sinteticamente e in misura conferente alla nostra indagine) che si colloca in un percorso tuttora *in progress*, incide non poco su ambiti competenziali "sovrani" degli Stati membri che

---

della situazione ha reso necessaria l'istituzione di un meccanismo temporaneo di gestione della crisi costituito da due strumenti: l'EFSM (*European Financial Stabilisation Mechanism*), ricorso a prestiti con fondi UE e l'EFSF (*European Financial Stability Facility*), una società autorizzata a raccogliere risorse sui mercati con la garanzia dei Paesi dell'Eurozona. Le risorse in tal modo raccolte possono essere destinate a Stati membri in difficoltà purché si impegnino a perseguire rigorose politiche di bilancio. Il FMI (Fondo monetario internazionale) si è reso disponibile ad ulteriori aiuti. V. I. Visco, *La governance economica europea: riforma e implicazioni*, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it) del 2011. Sull'emissione di "Eurobond" per aiutare a ristrutturare i debiti pubblici nazionali e ridurre le speculazioni A. QUADRIO CURZIO, *A proposito di bond europei*, in *Il Mulino*, 2/2011, p. 282 e ss.; sulle prime reazioni alla crisi v. C. PINELLI, *La crisi finanziaria e l'Unione europea. Le prime reazioni*, in *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, a cura di G. Amato, Passigli Editori, 2009, p. 317 e ss.; sulla natura della crisi, rintracciabile anche nella "veduta corta" dei governi, delle imprese, della comunicazione, dei mercati, delle famiglie v. T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta. Conversazione con Beda Romano sul Grande Crollo della finanza*, Il Mulino, 2009.

<sup>2</sup> La crisi finanziaria globale ha evidenziato non pochi punti deboli nella costruzione europea di un'efficace *governance* economica europea. In particolare: l'assenza di meccanismi di intervento rapidi nel caso di gravi crisi finanziarie di uno degli Stati membri; l'esistenza di stringenti disposizioni in tema di politica economica e monetaria non hanno evitato l'adozione di politiche di bilancio nazionali poco prudenti e lontani dal rispetto delle norme del Patto di stabilità e crescita; la palese dimostrazione che la disciplina di bilancio non sia sufficiente senza un adeguato coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri e meccanismi di sorveglianza multilaterale per la prevenzione, il monitoraggio e la correzione degli squilibri macroeconomici derivanti dai conti con l'estero e da altri fattori; il rischio di "contagio" fra sistema bancario e Stati membri e tra gli Stati stessi ha evidenziato la fragilità del sistema finanziario ed anche le carenze nel governo europeo in campo economico. Per un approfondimento v. I. VISCO, *La governance economica europea. Riforma e implicazioni*, cit.; G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 20 che evidenzia come anche i Paesi con tassi di crescita molto elevati e caratterizzati da un processo di convergenza quasi concluso, siano stati colpiti dalla crisi quando, dopo interventi a sostegno della finanza privata, hanno raggiunto livelli di debito elevati e disavanzi pubblici eccessivi (Spagna e Irlanda). Per un'analisi accurata della crisi finanziaria è imprescindibile la lettura di R. A. Posner, *La crisi della democrazia capitalista*, Università Bocconi Editore, 2010.

<sup>3</sup> N. ROUBINI, S. MIHM, *La crisi non è finita*, Feltrinelli, 2010; J.E. STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Einaudi, 2010, p. è tra gli economisti che lanciò segnali di allarme assieme ad altri economisti keynesiani (convinti che il mercato non possa correggersi da solo) e quindi preoccupati per la bolla immobiliare; di diverso avviso R.E. LUCAS, «*In defense of the Dismal Science*», in *Economist*, 6 agosto del 2009, il quale sostiene che prima del crollo di *Lehman Brothers* il rischio di una crisi finanziaria fosse non prevedibile.

si vedono fortemente condizionati nell'elaborazione delle politiche economiche e finanziarie di spettanza dei parlamenti e governi nazionali<sup>4</sup>. A ciò va aggiunto che i riflessi (o meglio gli effetti) particolarmente duri di alcune misure sono "mal tollerati" da larghe fasce di cittadini comunitari anche perché percepiti come frutto di scelte adottate da pochi governi nazionali, quelli con economie più sane e virtuose, la Germania in primo luogo. Tutto questo non poteva e non può non avere riflessi sugli equilibri istituzionali e costituzionali dei Paesi dell'U.E., in particolare, per quanto qui interessa sulla dimensione "parlamentare" dei processi decisionali particolarmente delicati come quelli vertenti in materia di finanza pubblica e di politica fiscale. La crisi, peraltro, come era intuibile, non ha coinvolto solo la dimensione economica, ma si è estesa anche a quella istituzionale dell'Eurozona<sup>5</sup>. Da un lato, gli Stati hanno dovuto pianificare strumenti per rilanciare l'economia ivi compreso misure di sostegno delle banche, dall'altro si sono trovati a governare l'emergenza del proprio debito sovrano ricorrendo a drastiche misure di riequilibrio dei bilanci nazionali. Il quadro degli interventi dell'UE per arginare la crisi finanziaria ha messo in luce la prevalenza della logica intergovernativa su quella comunitaria innescando un'alterazione negli equilibri istituzionali comunitari (non si sa quanto duraturi). Come è noto, la Commissione per rendere più stringenti i vincoli del Patto di stabilità e crescita ha predisposto una strategia dell'Unione basata su tre priorità (crescita intelligente, sostenibile e inclusiva)<sup>6</sup>.

All'interno della Strategia Europa 2020 la Commissione ha preso varie iniziative al fine di rafforzare il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri tra cui due Comunicazioni<sup>7</sup> con cui è stato dato un contributo ai lavori della *Task force*<sup>8</sup> sulla *governance* economica istituita su iniziativa dal

---

<sup>4</sup> Sui rischi dell'Eurosistema in termini di sovranità, democrazia e libertà v. G. GUARINO, *Euro-sistema, Analisi e prospettive*, Giuffrè, 2006, spec. p. 187-188.

<sup>5</sup> Sui paradossi della crisi v. J.P. FITOUSSI, *Una crisi che interroga l'Europa*, in AA.VV., *Fare i conti con la crisi*, Il Mulino, 2010, p. 9 e ss. in cui si evidenzia la asimmetria tra l'Europa e le altre regioni del mondo nel senso che nella prima vi è un sistema di *governance* senza qualcuno che si assume la responsabilità sostituita solo da un complesso di regole che gestiscono il sistema; sullo scenario peggiore cui potrebbe condurre l'aumento smisurato del debito pubblico v. J. ATTALI, *Come finirà? L'ultima chance del debito pubblico*, Fazi Editore, 2010, p. 111 e ss.

<sup>6</sup> Commissione europea, Bruxelles, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*. 3. 3 2010. COM (2010) 2020. Il nome dato al documento ne rivela gli obiettivi ambiziosi e a lungo termine in materia di: occupazione, energia e ambiente, ricerca ed innovazione, riduzione dell'esclusione sociale e povertà, istruzione.

<sup>7</sup> *Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche*. Com (2010) 250 del 12 maggio, e *Rafforzare il coordinamento delle politiche economiche per la stabilità, la crescita e l'occupazione – Gli strumenti per rafforzare la governance economica dell'UE*, Com (2010) 367 del 30 giugno.

<sup>8</sup> La composizione della *Task force* rivela una natura essenzialmente intergovernativa. Ne sono stati membri oltre naturalmente il Presidente del Consiglio europeo *Von Rompuy*, i rappresentanti dei 27 Paesi membri, il commissario *Rehn* (in rappresentanza della Commissione europea, il presidente *Trichet* per la Banca centrale europea e il primo ministro *Juncker* per l'Europgruppo.

Consiglio europeo del 25-26 marzo 2010 con il compito di offrire un quadro di misure idonee per fronteggiare la crisi e monitorare le politiche di bilancio nazionali. La *Task force*, pur avvalendosi dell'opera della Commissione, ha elaborato un proprio autonomo orientamento che su mandato del Consiglio europeo verrà tradotto in un progetto di decisione dello stesso Consiglio europeo. È in tal modo emerso un mutamento negli equilibri istituzionali degli organi comunitari, foriero di possibili tensioni: il vero protagonista della riforma della *governance* economica sembra essere la citata *Task force*, che pare aver depotenziato il ruolo dell'organo sovranazionale per eccellenza impegnato in particolar modo nell'attuazione amministrativa dei nuovi meccanismi di *governance*<sup>9</sup>.

Oltre alle tensioni cui facevo cenno poc'anzi sugli equilibri istituzionali degli organi comunitari non sono mancate quelle che hanno portato molti Paesi a rivisitare la propria normativa in materia di contabilità e finanza pubbliche. In Italia, ad esempio, si è assistito tra il 2010 e il 2011 a ben 5 manovre finanziarie e, da ultimo, in molti Paesi dell'Eurozona, in coerenza con alcune indicazioni del Patto *Europlus*<sup>10</sup>, a riforme costituzionali (alcune ancora *in itinere*) per introdurre il pareggio di bilancio in Costituzione<sup>11</sup>.

## 2. Una panoramica dei nuovi strumenti di governance economica europea

Non è pensabile in questa sede analizzare e approfondire tutti gli strumenti di *governance* economica europea messi a punto dagli organi comunitari per fronteggiare la crisi finanziaria, ma è necessario per lo meno mettere a fuoco le

---

<sup>9</sup> Sui nuovi equilibri istituzionali all'interno dell'U.E. e sul ruolo del Presidente del Consiglio europeo v. pure E. CHIRI, *Le risposte alla crisi della finanza pubblica e il riequilibrio dei poteri nell'Unione*, in *Giornale di dir. amm.*, 3/2011, p. 311 e ss.

<sup>10</sup> Il Patto EUROPLUS è stato siglato il 25.3.2011 dagli Stati membri dell'eurozona con l'aggiunta di Bulgaria, Danimarca, Lituania, Lettonia, Polonia, Romania. Esso costituisce un rafforzamento del Patto di stabilità e crescita (PSC) del 1997 che contiene già i quattro obiettivi da perseguire: stimolare la competitività; stimolare l'occupazione, rafforzare la stabilità finanziaria; concorrere ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche. All'interno di quest'ultimo obiettivo è inserito un paragrafo dal titolo regole di bilancio nazionali in cui si prevede che gli Stati membri si impegnino a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel PSC: gli Stati potranno scegliere lo specifico strumento nazionale purché abbia natura vincolante. L'esatta forma della regola potrà essere scelta da ciascun Paese, ma dovrà essere in grado di garantire la disciplina del bilancio a livello nazionale e subnazionale. La Commissione avrà la possibilità, nel pieno rispetto delle prerogative dei Parlamenti nazionali, di essere consultata, prima della sua adozione in modo da garantire che sia sinergica alle regole dell'UE. Non si fa menzione al pareggio di bilancio in senso stretto come invece nel *Fiscal Compact*, ma questo patto in connessione con altri costituisce una spinta per l'adozione di tali riforme costituzionali.

<sup>11</sup> In Italia v. l. cost. 20 aprile 2012 n. 1 recante "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale".

coordinate basilari delle nuove misure al fine di comprenderne le dinamiche e le interazioni con la finanza pubblica degli Stati membri ed in particolar modo per mettere in luce il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'attuazione di tali misure.

Volendo iniziare proprio dal Trattato *Fiscal Compact* cioè dal Patto di bilancio siglato da 25 Stati membri dell'U.E. il 2 marzo scorso (2012) sui cui contenuti si era raggiunto un accordo<sup>12</sup> nel Consiglio europeo di Bruxelles l'8 e 9 dicembre 2011 e definito nella riunione del 30 gennaio 2012, esso conferma le misure contenute nel *Six Pack*, nel Patto *Europlus* e ne aggiunge altre. Questo trattato economico-finanziario non è incluso nel TUE né nel TFUE anche se nello stesso viene previsto che, entro 5 anni dalla sua entrata in vigore, si valuterà l'opportunità di inserirlo nella cornice giuridica dell'U.E. anche in considerazione dell'attuazione raggiunta.

Il nuovo trattato è stato messo a punto da un *team* di lavoro costituito da rappresentanti degli Stati membri (non di rango ministeriale), della Commissione europea, da un osservatore del Regno Unito e da tre rappresentanti del Parlamento europeo. Si applica ai Paesi contraenti la cui moneta è l'euro e agli altri Stati membri dell'U.E. che avranno ratificato il Trattato. Entrerà in vigore il 1° gennaio 2013 ed ogni Paese, dopo la ratifica, dovrà entro il gennaio 2014 introdurre la regola del pareggio di bilancio, condizione indispensabile per eventuali prestiti del MES (Meccanismo europeo di stabilità finanziaria) e per poter contare sul fondo salva-Stati permanente in funzione da luglio 2012.

L'art. 3 è particolarmente impegnativo ed "invasivo" delle politiche di bilancio degli Stati contraenti. Esso prevede che in aggiunta e senza pregiudizio per gli obblighi già derivanti dal diritto dell'Unione:

- il bilancio dello Stato debba essere in pareggio o in attivo (già il principio del pareggio di bilancio era previsto nell'ambito degli impegni presi con il Patto *Europlus*). Si considera rispettato questo principio se il disavanzo strutturale dello Stato rispetti l'obiettivo a medio termine specifico per Paese come stabilito nel quadro del *Six Pack* con un deficit annuo non superiore allo 0,5% del PIL nominale e, per quei Paesi, il cui debito sia inferiore al 60% del PIL, l'1%. Gli Stati potranno deviare da questo obiettivo in circostanze eccezionali (che nello stesso articolo 3 sono definite come eventi impreveduti, vale a dire fuori dal controllo degli Stati); e se il rapporto deficit/PIL scende al di sotto del 60%, gli Stati devono introdurre nel proprio ordinamento un "meccanismo di correzione automatica" «sulla base di principi comuni proposti dalla Commissione europea riguardanti in particolare la natura, la portata e il quadro temporale dell'azione correttiva da intraprendere, anche in presenza di circostanze eccezionali, e il

---

<sup>12</sup> Tutti i 17 membri dell'Eurozona hanno messo a punto le regole fondamentali del Trattato di stabilità fiscale che irrigidisce i parametri relativi al rapporto deficit/PIL e debito/PIL con la previsione di sanzioni automatiche in caso di violazioni.

ruolo e l'indipendenza delle istituzioni responsabili sul piano nazionale per il controllo dell'osservanza delle regole enunciate al paragrafo 1.». Il par. 2 aggiunge che tale meccanismo di correzione deve rispettare appieno le «pre-rogative» dei Parlamenti nazionali. Questo significa che i Parlamenti nazionali, prima di adottare le relative misure, dovranno preventivamente consultare la Commissione perché possa verificarne la congruità rispetto al fine. Sempre in riferimento ai Parlamenti nazionali l'art. 13 dello stesso Trattato prevede che, in coerenza con quanto previsto dal titolo II del protocollo n. 1 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'U.E. allegato ai Trattati dell'U.E., il P.E. e i Parlamenti nazionali, definiranno insieme l'organizzazione e la promozione di una conferenza dei rappresentanti delle rispettive commissioni parlamentari per discutere delle politiche di bilancio e altre questioni attinenti.

Accanto a questo Trattato vi è poi un quadro di misure in materia di *governance* economica europea poste in essere sulla base del Titolo VIII del TFUE relativo alla Politica economica e monetaria che sono i presupposti del Patto di Stabilità e crescita e consta di una parte preventiva e di una parte correttiva integrate e modificate dalle disposizioni del *Six Pack*<sup>13</sup>. Il quadro delle disposizioni contenute nel titolo VIII del TFUE relativo alla Politica economica e monetaria prevedono l'adozione di una politica economica fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni (art. 119). Per la realizzazione di tali obiettivi l'art. 121 prevede che il Consiglio, su raccomandazione della Commissione, predisponga un piano di indirizzi per le politiche economiche degli Stati e dell'Unione su cui riferirà al Consiglio europeo. Quest'ultimo, sulla base delle risultanze, delibererà in merito alle conclusioni in modo che poi il Consiglio possa adottare una raccomandazione per mettere a punto i predetti indirizzi di massima. Tale cornice costituzionale è integrata da una parte preventiva e una correttiva specificate dal Patto di stabilità e crescita ed oggetto di

---

<sup>13</sup> Come è noto con la denominazione *Six Pack* si intende quel pacchetto di misure costituito da sei atti normativi, 5 regolamenti e 1 direttiva: Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, recante l'esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro; regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, recante misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro; regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011 di modifica del regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio e della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo alla prevenzione e alla correzione degli squilibri macroeconomici; regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, di modifica del regolamento (CE) n. 1467/97 sull'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; infine la direttiva 2011/85/UE del Consiglio dell'8 novembre 2011 recante i requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

modifica da ultimo ad opera del *Six Pack*<sup>14</sup>. L'art. 121 prevede la cosiddetta sorveglianza multilaterale, una sorta di monitoraggio che il Consiglio, sulla scorta delle relazioni predisposte dalla Commissione, opera per seguire l'andamento economico in ciascuno Stato membro e nell'Unione nonché la coerenza delle politiche economiche con gli indirizzi economici di massima di cui sopra. Gli Stati membri sono tenuti a collaborare trasmettendo alla Commissione le informazioni relative a tutte le misure economiche adottate. Nel caso in cui si accertino delle infrazioni (politiche economiche non coerenti con gli indirizzi di massima o comunque situazioni che possano mettere in pericolo il buon funzionamento dell'unione economica e monetaria) entra in gioco la parte correttiva. A tal fine la Commissione può rivolgere un avvertimento e il Consiglio una raccomandazione allo Stato interessato. Se il Consiglio, su proposta della Commissione decide di rendere pubbliche le proprie raccomandazioni ed entrambi riferiscono dinanzi al Parlamento europeo circa i risultati della sorveglianza multilaterale, il Presidente del Consiglio può essere invitato a presentarsi dinanzi al Parlamento europeo per avviare quello che nel *Six Pack* viene definito «dialogo economico».

Una politica economica e monetaria comune implica anche forme di solidarietà tra gli Stati membri al fine di superare momenti di particolare criticità indicati nell'art. 122 TFUE (gravi difficoltà nell'approvvigionamento di prodotti indispensabili come l'energia o in caso di calamità naturali o circostanze eccezionali non dipendenti dallo Stato membro). In tal caso il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere un'assistenza finanziaria di cui informa il Parlamento europeo. Sono comunque vietate la concessione di scoperti di conto o altre forme di facilitazione creditizia da parte della BCE (art. 123) e delle Banche centrali nazionali e forme privilegiate di accesso al credito. L'art.

---

<sup>14</sup> Il Patto di stabilità e crescita è stato profondamente modificato dal *six pack* sia nella parte preventiva che in quella correttiva. La prima parte prevede che ogni Stato membro adotti una «politica di bilancio prudente» al fine di rispettare l'obiettivo di bilancio a medio termine (OMT) definito negli appositi programmi di stabilità oggetto di valutazione preventiva rispetto all'adozione delle decisioni nazionali di bilancio per l'anno successivo. Il regolamento (CE) n. 1175 del 2011 prescrive che il programma di stabilità nazionale deve contenere: a) il percorso previsto per il rapporto deficit/PIL, il percorso di crescita programmato della spesa pubblica, il percorso programmato di crescita delle entrate pubbliche a politiche invariate e le misure discrezionali programmate in materia di entrate; b) indicazioni sulle passività; c) dati sulla coerenza del programma di stabilità con gli indirizzi di politica economica e il programma nazionale di riforma; d) ipotesi sul previsto andamento dell'economia; e) una stima quantitativa dei provvedimenti di bilancio e delle altre misure di politica economica adottati per conseguire gli obiettivi del programma. La parte correttiva entra in gioco per quegli Stati il cui debito superi il 60% del PIL. Il parametro di riferimento per la diminuzione dell'eccedenza del debito è indicata in un ventesimo all'anno dell'eccedenza rispetto alla soglia del 60% fatta eccezione per quegli Stati che a novembre 2011 sono destinatari di una procedura per disavanzi eccessivi per i quali basta che questo compia progressi sufficienti verso l'osservanza secondo la valutazione contenuta nel parere adottato dal Consiglio sul relativo programma di stabilità.

126 prevede il divieto di disavanzi pubblici eccessivi valutabili sulla base dei criteri indicati nel par. 2 lett. a) e b) e specificati nel protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato ai Trattati. L'organo preposto alla sorveglianza della situazione di bilancio e dell'entità del debito pubblico negli Stati membri è la Commissione che elabora una relazione in caso di disavanzo eccessivo che potrebbe verificarsi anche in caso di rispetto dei vincoli indicati. Lo Stato membro interessato può formulare delle osservazioni prima che il Consiglio, su proposta della Commissione, decida se effettivamente sussista il disavanzo eccessivo. In quest'ultimo caso, infatti, il Consiglio, su impulso della Commissione adotta delle raccomandazioni che vengono rese pubbliche solo nel caso in cui non dovessero essere osservate nei tempi prestabiliti. Nel caso in cui lo Stato persista nel disattendere le raccomandazioni il Consiglio può intimare allo Stato membro di predisporre un piano di rientro nei parametri secondo azioni calendarizzate. In caso contrario il Consiglio applicherà una o più delle misure indicate nel par. 11 dell'art. 126 del TFUE.

Su questa base giuridica sono state rese più stringenti le misure già previste e ne sono state introdotte di nuove per fronteggiare la gravità della crisi seguendo il metodo del coordinamento preventivo e della sorveglianza delle politiche economiche nazionali. Il nuovo sistema di *governance* economica si basa su cinque pilastri: 1) coordinamento delle politiche economiche nazionali all'interno del "semestre europeo"; 2) applicazione rigorosa del Patto di stabilità e crescita così come modificato; 3) una maggiore sorveglianza macroeconomica; 4) introduzione dei requisiti minimi per i quadri nazionali di bilancio; 5) strumenti di gestione delle crisi per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro.

Per rimanere in tema di vincoli di bilancio, la direttiva 2011/85/UE del Consiglio, recante i requisiti per i quadri di bilancio nazionali, ha stabilito ulteriori regole per evitare disavanzi eccessivi a cominciare da sistemi di contabilità pubblica che coprano tutti i sottosettori dell'amministrazione pubblica soggetti a controllo interno e *audit* indipendente (art. 3). Ogni Stato deve assicurare che la programmazione di bilancio sia fatta su dati macrofinanziari più probabili possibili e su previsioni macroeconomiche e di bilancio realistiche elaborate da organismi indipendenti *ad hoc* individuati. Accanto ai quadri di bilancio annuali gli Stati sono tenuti (art. 9) ad elaborare quadri di bilancio a medio termine seguendo una prospettiva di programmazione triennale in cui dovranno indicare obiettivi di bilancio pluriennali globali in termini di disavanzo e debito pubblico, proiezioni di ogni voce di spesa e di entrata importante dell'amministrazione pubblica, un quadro delle politiche previste a medio termine incidenti sull'amministrazione pubblica ed una valutazione degli effetti di queste politiche sulla finanza pubblica. La stessa direttiva prevede inoltre che i quadri di bilancio a medio termine potranno essere modificati in caso di formazione di un nuovo governo dopo le elezioni politiche in coerenza con il proprio programma politico (art. 11). Queste regole – precisa la direttiva – si applicano a

tutti i sottosettori della pubblica amministrazione (artt 12-14). In tal senso ogni Stato membro dovrà istituire meccanismi per il coordinamento di tutti i sottosettori dell'amministrazione pubblica nella programmazione di bilancio (in Italia v. la l. n. 42 del 2009 sul cosiddetto federalismo fiscale).

Per un più efficiente coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, l'UE ha introdotto il cosiddetto Semestre europeo che costituisce uno dei pilastri su cui gli organi comunitari intendono basare la *governance* economica. Lo scopo è quello di prevenire per il futuro altre crisi finanziarie intervenendo già nella fase di programmazione delle politiche e delle decisioni finanziarie nazionali. Esso consiste in una serie di procedure cadenzate secondo un ordine temporale<sup>15</sup> stabilito in modo da coordinare *ex ante* le politiche economiche e di bilancio e di predisporre una adeguata sorveglianza.

Il ciclo di procedure inizia con la presentazione da parte della Commissione dell'indagine annuale sulla crescita (gennaio) seguita dall'elaborazione delle linee guida di politica economica e di bilancio sia a livello europeo che a livello nazionale (febbraio/marzo). Gli Stati membri sono tenuti a sottoporre i "piani nazionali di riforma" (PNR) secondo i dettami della Strategia Europa 2020 ed i "programmi di stabilità" elaborati secondo il Patto di stabilità e crescita (metà aprile). Sulla base di siffatti documenti la Commissione europea predispone delle raccomandazioni di politica economica e di bilancio rivolte singolarmente agli Stati membri (inizio giugno). A giugno di ogni anno il Consiglio ECOFIN e, per la parte che gli compete, il Consiglio Occupazione e Affari sociali approvano le raccomandazioni della Commissione tenendo conto degli orientamenti espressi dal Consiglio europeo. Nella seconda metà dell'anno gli Stati membri approvano le rispettive leggi di bilancio tenendo conto delle sopradette raccomandazioni.

### 3. *Gli effetti dei vincoli europei sulla finanza pubblica degli Stati membri. Parlamento e governo: quali relazioni in tema di decisioni finanziarie nell'ordinamento giuridico italiano*

Il processo di integrazione europea implica oggi più che mai un ripensamento degli istituti e delle categorie relative alla finanza pubblica degli Stati membri. Già il rispetto dei parametri previsti sin dalle disposizioni del Trattato di Maastricht e dal Patto di stabilità e crescita (con tutte le successive modifiche) ha imposto dei vincoli stringenti alle politiche economiche e di bilancio nazionali, anche se non con i risvolti molto impegnativi che scaturiscono dalla

---

<sup>15</sup> V. il regolamento (CE) 1175/2011 facente parte del *Six Pack* differenzia le varie fasi secondo che si tratti di Paesi appartenenti all'Eurozona o al di fuori di questa zona, ma comunque facenti parte dell'UE.

normativa economica europea più recente. E se prima della crisi finanziaria e delle nuove regole di *governance* economica sopra accennate ci si poneva il problema della natura di tali vincoli europei al processo di bilancio<sup>16</sup>, se contenutistici o procedurali, oggi, quelli di natura contenutistica sono preponderanti come ci dimostra l'introduzione del pareggio di bilancio richiesta espressamente dal c.d. *Fiscal compact* agli Stati dell'Eurozona. Tuttavia non mancano neppure quelli di natura procedimentale rintracciabili in special modo nell'istituto della sorveglianza multilaterale che, pur presupponendo il raggiungimento di determinati obiettivi da parte degli Stati membri, ha innescato all'interno di questi l'esigenza di prevedere percorsi procedurali atti a tradurre il vincolo contenutistico esterno in vincolo procedurale.

Sul piano del diritto interno vi è poi la questione delle refluenze sulla forma di governo dello spostamento del baricentro delle decisioni finanziarie a favore degli esecutivi causata anche dalla responsabilità diretta di questi ultimi in sede comunitaria per l'andamento dei conti pubblici. La storia ci dice che i Parlamenti nazionali hanno da sempre rivendicato un controllo sull'indirizzo politico finanziario messo a punto dai governi, è una delle caratteristiche della democrazia parlamentare. A ciò si aggiunge che l'esigenza della codeterminazione (Parlamento-Governo) dell'indirizzo politico-finanziario è importante per valutare le trasformazioni sul piano della forma di Stato, quale bilanciamento in concreto operare tra diritti sociali ed equilibrio finanziario. E, su questo, un ruolo non può non avere l'organo di legittimazione democratica per eccellenza. Si è venuta a creare una sorta di sistema istituzionale multilivello<sup>17</sup> che da un lato interloquisce con le istituzioni comunitarie e dall'altro con gli enti territoriali *sub* statali: sottoposizione agli obblighi scaturenti dalle disposizioni della Politica economica e monetaria da un lato, e dall'altro nuovi di meccanismi di raccordo con Regioni ed enti locali a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione<sup>18</sup>. Tale sistema ha reso necessario coordinare gli obiettivi delle politiche economiche dello Stato centrale con quelle degli enti *sub* statali perché entrambe fossero rispettose del PSC. L'ordinamento giuridico italiano ha cercato di affrontare in vario modo il problema della *governance* dei rapporti finanziari multilivello anche se nodi di non poco conto pesano sull'attuazione della l. n. 42/2009 sul federalismo fiscale.

I vincoli europei da ultimo introdotti sul governo dell'economia all'interno degli Stati membri hanno prodotto ulteriori vincoli alla sovranità nazionale al

---

<sup>16</sup> V. G. RISOVECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, 2007, p. 38 e ss.

<sup>17</sup> Su questi aspetti v. A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, 2007.

<sup>18</sup> D. CABRAS, *Appunti sul tema del coordinamento della finanza pubblica tra Unione Europea, Stato e autonomie territoriali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) del 30/11/2010, n.22.

punto da indurli a rimodulare il ciclo di bilancio nazionale al fine di coordinarlo con le scadenze previste dal semestre europeo<sup>19</sup>. È quello che è accaduto in Italia dove la legge n. 196 del 2009, che, come è noto, ha sostituito la l. n. 468 del 1978, è stata modificata dalla l. n. 39 del 2011 proprio per coordinarsi con i tempi delle nuove regole di *governance* economica europea<sup>20</sup>. Infatti il DEF (Documento di economia e finanza) che sostituisce la (DFP) deve essere presentato dal Governo alle Camere entro il 10 aprile di ogni anno per le conseguenti deliberazioni parlamentari, un'anticipazione che tiene conto del fatto che il Piano nazionale di riforma (PNR) e il Programma di stabilità devono essere presentati al Consiglio dell'Unione e alla Commissione europea entro il 30 aprile (o comunque entro i termini indicati nel Codice di condotta sull'attuazione del PSC (art. 1. n. 39/2011). La rimodulazione non riguarda solo i tempi, ma anche i contenuti dei documenti programmatici. In sede europea su questi profili viene richiesto un coinvolgimento dei Parlamenti nazionali chiamati in particolare alla messa a punto degli obiettivi programmatici prima che vengano inviati alle istituzioni comunitarie.

In particolare l'art. 4 l. 196/2009 (così come modificato dalla l. 39/2011) prevede che il Governo fornisca tutte le informazioni necessarie perché le Commissioni parlamentari competenti delle due Camere (anche in forma congiunta)<sup>21</sup> possano esercitare non solo un controllo sull'attuazione della l. 39/2011, ma svolgere anche un'attività d'indirizzo formulando osservazioni e valutazioni sui documenti di bilancio e sulle procedure di finanza pubblica.

Questo nuovo impianto normativo in parte conferma quanto detto in precedenza circa l'assetto delle relazioni Parlamento-Governo: non solo la legge n. 39, ma anche la previsione di successivi decreti legislativi di attuazione confer-

---

<sup>19</sup> Gli strumenti di programmazione finanziaria per il coordinamento con il semestre europeo sono: a) il DEF; b) la Nota di aggiornamento del DEF da presentare alle Camere entro il 20 settembre; c) il disegno di legge di stabilità da presentare alle Camere entro il 15 ottobre di ogni anno; e) il disegno di legge di assestamento da presentare alle Camere entro il 30 giugno di ogni anno; f) gli eventuali disegni di legge collegati alla manovra di finanza pubblica da presentare alle Camere entro il mese di gennaio; g) gli specifici strumenti di programmazione delle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato (art. 2 l. 39/2011).

<sup>20</sup> V. D. CABRAS, *Appunti sul tema del coordinamento della finanza pubblica tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, cit.; R. Dickmann, *La seconda riforma della legislazione di finanza pubblica in conseguenza delle esigenze della governance economica europea*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) del 2011, n. 8

<sup>21</sup> I Presidenti di ciascun ramo del Parlamento favoriranno la collaborazione utile allo svolgimento dell'attività istruttoria delle Commissioni parlamentari competenti in particolare nei seguenti ambiti: monitoraggio, controllo e verifica degli andamenti della finanza pubblica, nella verifica dello stato di attuazione del processo di riforma del bilancio, nell'analisi del contenuto informativo necessario dei documenti trasmessi dal Governo, nella verifica delle metodologie utilizzate dal governo per la copertura delle spese, nell'analisi delle metodologie utilizzate per la costruzione degli andamenti tendenziali di finanza pubblica (art. 4 l. 39/2011).

mano lo spostamento del baricentro delle decisioni in materia di finanza pubblica verso quest'ultimo. Al Parlamento un ruolo prevalentemente di controllo e di indirizzo attraverso in particolar modo il coinvolgimento delle Commissioni parlamentari competenti per il bilancio chiamate a verificare l'andamento delle entrate e delle spese nonché ad esprimere pareri sui decreti legislativi di attuazione della riforma. Funzionale a tali attività è il flusso di informazioni provenienti dal Ministero dell'economia e delle finanze e della Ragioneria dello Stato sulla cui base effettuare il monitoraggio degli andamenti della finanza pubblica ed avanzare proposte circa gli obiettivi finanziari in sede di esame dei documenti programmatici.

#### 4. *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: breve excursus*

Se, come si è visto, nella sostanza, da vari anni, in molti Stati membri si è assistito ad un progressivo spostamento delle decisioni finanziarie in capo agli esecutivi anche per effetto della diretta responsabilità degli stessi per l'andamento dei conti pubblici in sede comunitaria, il problema del ruolo dei Parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea è emerso con grande forza proprio in relazione ad alcune decisioni di *governance* economica (il caso degli aiuti alla Grecia<sup>22</sup> è un esempio assai significativo).

Un sintetico *excursus* del ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea<sup>23</sup> mi sembra conferente per il nostro argomento perché attraverso il ruolo attribuito a questi si riflette una certa concezione dell'integrazione europea<sup>24</sup> nonché può chiarire il rapporto tra rappresentanza politica a livello nazionale e rappresentanza politica a livello europeo<sup>25</sup>. Perché se, da un lato, i Parlamenti nazionali possono indirettamente conferire legittimazione

---

<sup>22</sup> Sulla problematica della legittimità degli aiuti alla Grecia v. pure G.L. TOSATO, *Il salvataggio della Grecia rispetta i trattati?*, in [www.affariinternazionali.it](http://www.affariinternazionali.it). In cui si affronta la questione della pretesa violazione della clausola del *no bail-out* e quindi dell'interpretazione da dare all'art. 125 TFUE in relazione con l'art. 122 TFUE (previsione di assistenza finanziaria agli Stati membri in particolari circostanze) e con l'art. 3 TUE (principio di solidarietà dell'Unione verso i suoi membri). Sul punto v. pure M.L. TUFANO, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 3/2002, p. 505 e ss.

<sup>23</sup> M. CARTABIA, *I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic/2005>.

<sup>24</sup> E. CANNIZZARO, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2/2009, p. 456 e ss.

<sup>25</sup> V. G. GUARINO, *Sovranità della legge del Parlamento ed Unione europea. Criticità attuali e prospettive future (l'Unione europea quale Stato federale)*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it) del 2008

democratica dall'esterno del sistema attraverso la formazione di una posizione unitaria con il rappresentante nazionale in seno al Consiglio, dall'altro la tendenza ad "internalizzare" la legittimazione democratica assicurata dai Parlamenti nazionali può avere ripercussioni assai negative nel processo decisionale comunitario che tale legittimazione dovrebbe cercarla soprattutto all'interno del Parlamento europeo<sup>26</sup>. Questo sempre nella consapevolezza che PE e Parlamenti nazionali rappresentino interessi diversi, l'uno quello sovranazionale, l'altro quelli nazionali.

Come è noto, nella fase iniziale del processo di integrazione europea e fin quasi la metà degli anni '80 la partecipazione dei Parlamenti nazionali alla vita della Comunità europea (oggi Unione Europea) era considerata non auspicabile, foriera di conflittualità legate alle diverse identità nazionali. In quest'ottica anche il P.E. con l'elezione diretta del 1979 diveniva organo rappresentativo dei popoli di tutti gli Stati membri e dismetteva le vesti di Assemblea formata dai rappresentanti dei Parlamenti nazionali. In quella fase del processo d'integrazione europea un rafforzamento del ruolo dei Parlamenti nazionali era sinonimo di regresso e, di contro, un rafforzamento del ruolo del P.E., un avanzamento nello stesso processo soprattutto in termini di democratizzazione<sup>27</sup>. D'altra parte però l'adesione all'allora Comunità europea, qualunque fosse stato il modo attraverso cui ogni Stato membro lo avesse formalizzato all'interno del proprio ordinamento, comportava una *deminutio* di competenze legislative su certe materie soprattutto a carico dei Parlamenti nazionali. Non tutti i Parlamenti

---

<sup>26</sup> La democratizzazione dell'Unione europea è sempre stata una questione aperta e cruciale. Sull'intuizione poi rivelatasi profetica che tale processo non avrebbe portato a breve né ad un'organizzazione sovranazionale né ad una intergovernativa *tout court* v. P.C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Europa e perché*, Il Mulino, 2000.

<sup>27</sup> Nell'architettura istituzionale dell'Unione europea risultante dal Trattato di Lisbona il potere legislativo rimane nell'alveo competenziale di Consiglio e Commissione anche se risultano ampliate le ipotesi di codecisione del Parlamento europeo. Tuttavia proprio l'analisi dei poteri di quest'ultimo in tema di controllo sul bilancio fanno emergere non poche crepe sull'effettività del principio secondo cui «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa» (art. 10 par. 1 TUE). La preminenza degli esecutivi nazionali ed europeo è chiara nella posizione della Commissione e nel ruolo direttivo del Consiglio europeo formato da Capi di Stato o di governo e nelle funzioni cruciali del Consiglio formato da un rappresentante di ciascuno Stato membro. Questa organizzazione istituzionale europea è servita anche, come autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare, ai Governi nazionali per sottrarsi alla responsabilità di scelte impopolari nascondendosi dietro gli obblighi e i vincoli europei. V. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea*, in *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, a cura di A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, ESI, 2009, p. 13 e ss.; ID., *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo: un viaggio a Lilliput?*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, Il Mulino, 2010, p. 527 e ss.

nazionali lo percepirono immediatamente, ma in alcuni Paesi in cui l'organo legislativo era solito svolgere una penetrante attività di controllo e indirizzo (Regno Unito e alcuni Stati nordici con in testa la Danimarca) approntarono strumenti volti a controllare l'azione dei propri esecutivi nelle istituzioni comunitarie. Queste ultime erano d'altra parte indifferenti alle soluzioni interne che ciascuno Stato individuava per compensare la perdita di competenze legislative dei Parlamenti nazionali e per approntare strumenti volti a far partecipare gli stessi alla fase ascendente di elaborazione delle politiche comunitarie. Il "risveglio" dei Parlamenti nazionali degli altri Stati membri iniziò con l'AUE nel 1986<sup>28</sup>. In Italia il primo tentativo organico di disciplinare la fase ascendente con la partecipazione del Parlamento nazionale avvenne con la l. cosiddetta La Pergola. Ma è sicuramente con il Trattato di Maastricht nel 1992 che per la prima volta ci si occupa dei Parlamenti nazionali in una Dichiarazione annessa al Trattato. Mi riferisco alla Dichiarazione n. 13 sul ruolo del Parlamento nazionale e la n. 14 sulla Conferenza dei parlamenti (i primi testi europei che affrontano esplicitamente il problema).

In essi si prevedeva:

- una maggiore partecipazione dei parlamenti nazionali alle attività dell'Unione;
- si auspicava uno scambio di informazioni sulle questioni europee nei confronti dei Parlamenti nazionali;
- si invitavano i Parlamenti nazionali e il P.E. a coordinarsi riunendosi in Conferenze periodiche.

Fin qui siamo ancora alla soglia di inviti, incoraggiamenti, sedi di confronto, niente di stringente, di obblighi o altro.

Contestualmente negli Stati membri si intensifica il dibattito sul punto. In proposito non può non essere menzionata la famosa sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 12 ottobre del 1993, nota come sentenza *Maastricht-Urteil*, notissima per essere ripercorsa in tutti i suoi passaggi argomentativi, ma inevitabile richiamo per il contributo dato all'argomento.

Qui i due spunti principali per la nostra indagine sono: il collegamento tra il ruolo dei Parlamenti nazionali e il problema della legittimazione democratica dell'U.E. e, dall'altro, la questione delle competenze delle istituzioni comunitarie. Secondo il Tribunale costituzionale tedesco il *deficit* democratico dell'Unione non può essere curato solo con la valorizzazione del P.E., ma attraverso il collegamento tra istituzioni europee e parlamenti nazionali. Fa da sfondo l'idea che si ritrova in tutta la letteratura giuridica sul punto vale a dire che l'U.E. come ordinamento multilivello peculiare e originale rispetto agli altri ordinamenti

---

<sup>28</sup> In questo periodo molte assemblee nazionali costituirono assemblee specializzate negli affari europei. Nel 1989 fu convocata la prima Conferenza degli organismi specializzati per gli affari comunitari (COSAC). Nel 1990 fu tentato l'esperimento delle Assise parlamentari di Roma.

finora conosciuti non possa, per risolvere il problema del deficit democratico, ripercorrere gli schemi delle istituzioni degli Stati membri. Da *Maastricht* in poi tutti gli studi sui Parlamenti nazionali dell'U.E. partono dall'idea che la democratizzazione dell'Ue non possa risolversi solo nella valorizzazione del P.E., ma che gli organi legislativi nazionali debbano essere coinvolti nel processo di integrazione europea. Altro profilo cruciale è il rapporto tra democrazia e competenze dell'Unione. È nota la disinvoltura con cui l'U.E. ha ampliato la propria sfera di competenza facendo leva sull'allora 235 Tr. CE e sui poteri impliciti. Il Tribunale costituzionale tedesco già allora sottolineò che le istituzioni comunitarie non sono titolari della competenza sulla competenza, ma che il "principio di attribuzione" vigente sul punto non possa essere violato e che solo i Parlamenti nazionali hanno il potere esclusivo di delegare ogni ulteriore funzione all'U.E. In questo si intravede già un ruolo privilegiato dei Parlamenti nazionali sul controllo delle competenze dell'U.E. Questa linea di tendenza è stata poi ripresa e fatta propria dal Trattato di Lisbona (ed ancor prima dal trattato costituzionale del 2004 poi non andato in porto).

Prima ancora, tuttavia, anche il Trattato di Amsterdam, in continuità con quanto previsto dal Trattato di Maastricht, si occupava al protocollo n. 9 del ruolo dei parlamenti nazionali prevedendo: a) un'informazione dei Parlamenti nazionali ed una cooperazione tra di essi attraverso le riunioni della COSAC. Da segnalare la novità dell'*habitus* giuridico-formale (i Protocolli hanno lo stesso valore giuridico del trattato cui sono allegati)<sup>29</sup>. L'informazione è sempre mediata dai governi, sono loro che devono informare i Parlamenti nazionali. In questa fase l'U.E. lascia agli Stati membri la facoltà di decidere l'intensità del coinvolgimento dei Parlamenti nazionali, segno che questo fosse percepito come problema di diritto costituzionale interno sicché ogni Stato membro ha diversamente modulato la partecipazione dei Parlamenti nazionali alla formazione degli atti comunitari. Ciò è dipeso dalle varie forme di governo ed in particolare dai rapporti Parlamento e Governo esistenti in ciascun ordinamento. Ragion per cui non si può parlare al "singolare" del "ruolo" dei Parlamenti nazionali: un coinvolgimento penetrante e stringente viene previsto in Danimarca dove l'organo parlamentare vaglia tutte le proposte legislative della Commissione europea che le vengono trasmesse e obbliga il governo a mantenere una certa posizione in sede comunitaria vincolandolo con uno specifico mandato imperativo. Questo sistema funziona perché vi è una strutturale debolezza dell'esecutivo (governi di minoranza e con coalizioni molto eterogenee (ogni ministro gode della fidu-

---

<sup>29</sup> Sul Protocollo relativo al ruolo dei Parlamenti nazionali allegato al Trattato di Amsterdam che tra l'altro ha istituzionalizzato la COSAC (Conferenza degli organismi specializzati negli affari europei e comunitari dei Parlamenti dell'Unione Europea) v. A. MENCARELLI, *Quale ruolo per i Parlamenti nazionali nell'Unione Europea?*, in *www.federalismi.it* del 21 giugno 2012.

cia del *Folketing*, che lo può sfiduciare).

Il modello inglese non si fonda su strumenti vincolanti nei confronti del governo, ma su un rapporto collaborativo con il parlamento. L'istituto più incisivo è la riserva di assemblea parlamentare, poi fatto proprio anche dal Parlamento italiano con la l. n. 11 del 2005 secondo cui il governo non può esprimere la sua posizione finché le Camere non abbiano completato il relativo esame. Il caso francese è assai diverso rispetto ai modelli precedenti in ragione delle peculiarità del relativo sistema politico. Il problema principale è quello di non alterare l'equilibrio dei rapporti tra Parlamento e Governo evitando di ampliare i poteri d'indirizzo e controllo del primo a scapito del secondo. Il Parlamento non può indirizzare al governo atti di indirizzo politico su qualsiasi argomento, per cui dopo la ratifica del trattato di *Maastricht* si è reso necessario modificare la Costituzione francese per permettere al parlamento nazionale di esprimere risoluzioni su questioni europee indirizzate al governo.

In questo panorama assai variegato il Parlamento italiano ha attraversato fasi diverse: la prima fase (fino agli anni '80) il P.i. aveva un ruolo assai modesto non solo nella fase ascendente, ma anche in quella discendente. La stessa commissione istituita all'interno del Senato nel '68 (e poi anche alla Camera) che doveva occuparsi della materia comunitaria aveva compiti molto marginali non idonei a condizionare la posizione del governo in ambito comunitario. All'inizio questo fu il riflesso di un'impostazione dei rapporti parlamento-governo in politica estera che ascriveva solo al governo la relativa materia (in cui veniva attratta a sé anche la materia comunitaria). Già con la l. 183/1987 le Camere vengono coinvolte nella fase ascendente della formazione dell'atto comunitario. Sono previsti obblighi d'informazione da parte del governo sui progetti di atti comunitari ed impegna il governo a discutere in Parlamento gli indirizzi generali che intende seguire in ambito comunitario. Le commissioni speciali assumono il ruolo di filtro esprimendo un parere su tutti i progetti di atti normativi comunitari, sul seguito delle sentenze della Corte di giustizia. Dopo la l. La Pergola del 1989 sostituita dalla l. 11 del 2005 e da ultimo dalla l. 96/2010 si rafforzano gli obblighi di informazione anche sulle procedure giurisdizionali e sul precontenzioso relativo all'Italia. Come ho già accennato l'istituto più importante è la riserva di esame parlamentare che impegna il governo a chiedere una sospensione di un massimo di 20 gg. in sede europea in attesa che il parlamento nazionale si pronunci. Nella fase discendente, abbandonata la prassi delle maxi-deleghe in bianco, viene introdotta la legge comunitaria, con cui attraverso vari strumenti normativi e non, il Parlamento dispone circa il modo con cui dare attuazione alla normativa comunitaria. L'esigenza di coinvolgere i Parlamenti nazionali è testimoniata anche dalla COSAC (Conferenza degli organi specializzati negli affari comunitari dei Parlamenti degli Stati membri, 1989, Madrid) che si riunisce ogni sei mesi con la partecipazione del P.E. Ha due compiti principali: elaborare le migliori pratiche nell'esercizio delle funzioni relative

alle questioni comunitarie che spettano a tali organi; trasmettere alle istituzioni europee ogni utile contributo per migliorare l'attività normativa dell'Unione.

Anche le istituzioni europee sembrano avvertire l'esigenza di valorizzare il ruolo dei Parlamenti nazionali<sup>30</sup>. Ma l'obiettivo di intervenire sulla forma di governo europea per correggere il *deficit* democratico non fu raggiunto nonostante fu previsto un maggior coinvolgimento del PE nell'*iter* formativo degli atti comunitari.

In quegli anni varie furono le proposte volte a far dei Parlamenti nazionali un elemento di legittimazione interna della forma di governo europea (si pensi alla II Camera legislativa, il Congresso dei popoli formata in via indiretta dai Parlamenti nazionali), poi abbandonata per il rischio di creare forze centrifughe rispetto al PE. Si fa strada quindi la diversa prospettiva di vedere i Parlamenti nazionali, come elementi di legittimazione esterna, svolgenti un ruolo di collaborazione nei confronti delle istituzioni comunitarie, un ruolo autonomo senza l'intermediazione degli esecutivi nazionali<sup>31</sup>. Quest'ultima prospettiva si legge in una Comunicazione della Commissione europea del 2005 e si consolida nel Trattato di Lisbona che sul punto offre un quadro normativo costituito dall'art. 12 TUE e dai Protocolli annessi: uno sul ruolo dei Parlamenti nazionali e l'altro sul controllo relativo all'applicazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità.

Secondo l'art. 12 TUE i Parlamenti nazionali contribuiscono al buon funzionamento dell'Unione<sup>32</sup>.

Nello specificare i modi attraverso cui si realizza tale collaborazione la predetta disposizione elenca una serie di disposizioni da cui possono trarsi funzioni assai diverse:

1) informazione da parte delle istituzioni comunitarie ricevendo i progetti degli atti comunitari così come prescrive il protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali. Sempre sotto il profilo dell'informazione questi ultimi (lett. E) ven-

---

<sup>30</sup> Già con il Trattato di Amsterdam del 1997 che comunque mantiene ferma l'intermediazione dei governi nazionali. Dopo quello di Nizza del 2000 v. Dich. annessa n. 23 (maggiore partecipazione del Parlamento nazionale una questione fondamentale da porre al centro del Consiglio europeo di *Laeken* del 2001. Sul punto v. C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2008, p. 84.

<sup>31</sup> Sul ruolo che la Costituzione per l'Europa poi non andata in porto aveva ritagliato a favore dei Parlamenti nazionali in particolare nella prospettiva che il rafforzamento del Parlamento europeo non fosse esaustivo per curare il *deficit* democratico v. F. Bruno, *La Costituzione europea e i Parlamenti nazionali*, in *Diritto pubbl. comp. ed eur.*, 2005, p. 620 e ss., spec. p. 630.; sul ruolo del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali v. B. CARAVITA DI TORITTO, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali nella Costituzione europea*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2005.

<sup>32</sup> Sul ruolo infungibile dei Parlamenti nazionali rispetto al Parlamento europeo e ai governi nazionali rappresentati in Consiglio V. C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e Trattato di Lisbona*, in *Rass. Parl.*, 2008, p. 925 e ss.; Relativamente al ruolo dei Parlamenti nazionali nella Strategia di Lisbona v. A. MANZELLA, *Verso Lisbona Plus*, in *Quad. cost.*, 3/2009, p. 712.

gono informati delle domande di adesione dell'Unione in conformità all'art. 49 TUE. Queste funzioni indicano un ruolo che i Parlamenti nazionali sono destinati a svolgere all'interno del proprio ordinamento.

2) un secondo gruppo sembra collocare i Parlamenti nazionali come soggetti autonomi che interloquiscono con le istituzioni dell'UE. Si pensi alla lett. b) dell'art. 12 TUE sul controllo circa il principio di sussidiarietà secondo il protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà e proporzionalità<sup>33</sup>.

Qui, nell'esercizio di tali funzioni i Parlamenti nazionali potrebbero assumere un ruolo antagonista rispetto all'ordinamento comunitario in particolare rispetto al P.E., interessato a mantenere la procedura decisionale a livello comunitario. Sempre in questo gruppo di funzioni s'iscrive la lett. d) che prevede la partecipazione dei Parlamenti nazionali, alle procedure di revisione dei Trattati (v. art. 48 TUE). L'art. 48 par. 7 prevede la possibilità che i Parlamenti nazionali si possano opporre ad una procedura semplificata di revisione con lo scopo di dare più poteri al P.E. nelle procedure decisionali dell'UE. I Parlamenti nazionali in questi casi interverrebbero per tutelare la dimensione nazionale dell'integrazione in sintonia con le posizioni dei governi nazionali e in contrapposizione al PE.

Un terzo gruppo di funzioni sembra configurare un ruolo dei Parlamenti nazionali come collaboratori del PE lett. c) e lett. f). Funzioni così variegate e che sembrano disegnare ruoli anche antitetici sono espressione da un lato di soluzioni compromissorie dettate da esigenze politiche diverse e dall'altro sono un segnale del fatto che il processo di integrazione europea è ancora irto di difficoltà. Vi è comunque da dubitare che la via più conducente per non marginalizzare il ruolo dei Parlamenti nazionali nell'UE sia quello di attribuire loro più competenze all'interno del sistema comunitario con il rischio di appesantire i già gravosi procedimenti decisionali comunitari.

Tra queste funzioni sopra descritte due sono in particolare, a mio avviso, in grado di incidere sui rapporti interni parlamento-governo, vale a dire le lett. a) e b) dell'art. 12.

Da questo quadro variegato di funzioni non emerge un "modello" univoco cui possono ispirarsi i Parlamenti nazionali nel partecipare al processo di integrazione europea<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> S. DE BELLIS, *L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2010, p. 609 e ss.

<sup>34</sup> E. CIARLO, *L'impatto del Trattato di Lisbona sul Parlamento italiano*, in *www.affarinternazionali.it*, 09/12/2009; L. GIANNITI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2010, p. 171 e ss.; M. ARMANNI, *Il Parlamento italiano e le dinamiche di rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali nei processi di formazione degli atti comunitari*, in *Studi sulle fonti del diritto. Le relazioni tra Parlamento e Governo*, a cura di S. Pajno e G. Verde, Giuffrè, 2010, p. 15 e ss.; R. MASTROIANNI, *La procedura legislativa e i parlamenti*

Se intesi come soggetti volti ad accrescere la legittimazione politica dell'UE opereranno come soggetti esterni dotati di poteri da esercitare in dialettica con i governi nazionali. Se invece si porranno come soggetti autonomi, ma inseriti in una dialettica diretta con le istituzioni europee per accrescerne il tasso di legittimazione interna, allora si potranno creare delle conflittualità. Ma è appena il caso di dirlo queste novità avranno refluenze diverse da Stato a Stato in relazione a molteplici fattori, tra cui la diversa forma di governo ed in particolar modo ai rapporti parlamento-governo. In riferimento all'Italia, questa potrebbe essere l'occasione per ricostruire su basi più equilibrate il rapporto tra potere esecutivo e potere legislativo. In altre parole si aprirebbero scenari molto diversi a seconda se i Parlamenti nazionali giocheranno la loro partita tutta interna o all'esterno: nel primo caso potrebbero divenire coprotagonisti assieme al governo nella determinazione delle politiche europee in modo che la posizione dello Stato in sede comunitaria sia il risultato di una elaborazione progettuale comune. Nel secondo caso, invece, "internalizzare" la partecipazione dei Parlamenti nazionali per conferire legittimazione democratica all'UE potrebbe essere foriera di pericoli di non poco conto sia sul piano interno (nei rapporti con il governo che potrebbe risultare indebolito in sede comunitaria) sia sul piano sovranazionale nella misura in cui potrebbe favorire la formazione di rigide polarità nazionali ed ostacolare la composizione di posizioni paritarie in seno alle istituzioni comunitarie ed in particolare al PE.

Questi rischi non sono solo teorici se pensiamo alla notissima sentenza del 30 giugno 2009 del Tribunale cost. tedesco "*Lissabon-Urteil*"<sup>35</sup> che è stata definita una sorta di "Trattato di diritto costituzionale". In un passaggio dedicato al rispetto del principio democratico da parte delle istituzioni comunitarie si legge che finché non sarà costituito uno Stato federale con un unico popolo europeo legittimato ad esprimere la volontà politica dell'UE, gli unici detentori del potere pubblico rimangono i popoli di ciascuno Stato membro attraverso gli organi di rappresentanza nazionale e quindi i rispettivi Parlamenti. Sicché ogni avanzamento nel processo di integrazione europea non può non passare attraverso le sedi di rappresentanza nazionale. Questo vuol dire due cose: sul piano interno

---

*nazionali: osservazioni critiche, ivi, p. 191 e ss.; P. CARETTI, Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il Trattato di Lisbona, testo rivisto della relazione presentata al Convegno di Napoli del 28 giugno 2010, "L'Europa dopo Lisbona. Contesto istituzionale e garanzie dei diritti fondamentali", in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).*

<sup>35</sup> Tra i numerosi commenti alla famosa decisione v. *Il Trattato di Lisbona e il rispetto dell'identità costituzionale. La "sentenza-Lisbona" del Bundesverfassungsgericht e i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell'ordinamento sovranazionale*, in [www.osservatorio.sullefonti.it](http://www.osservatorio.sullefonti.it), fasc. 2/2010; A. ANZON DEMMIG, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella sentenza «Lissabon» del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2513 e ss.

dotare i Parlamenti nazionali di strumenti in grado di condizionare l'operato del governo in sede europea; sul piano sovranazionale equivale a condividere la strada intrapresa di valorizzazione delle Assemblee elettive.

Ma il Tribunale cost. tedesco, pur facendo salva la costituzionalità del Trattato di Lisbona ne ha interpretato in senso restrittivo le novità: facendo riferimento alla trasformazione dell'UE in un vero e proprio Stato federale e alla nascita di un popolo europeo, implicitamente sembra non ritenere che il PE abbia questa capacità rappresentativa. Alcuni di questi percorsi argomentativi vengono ripresi nella sentenza del settembre 2011<sup>36</sup> sulla partecipazione al Fondo salva-Stati e in particolare sugli aiuti alla Grecia. Il Tribunale cost. tedesco ha modo di pronunciarsi su tre ricorsi individuali di costituzionalità aventi ad oggetto atti normativi interni e sovranazionali adottati per fronteggiare la crisi economica finanziaria e in particolare gli aiuti alla Grecia. I ricorrenti intendevano bloccare la partecipazione della Germania al Fondo salva-Stati e agli aiuti a favore della Grecia. Secondo i ricorrenti le misure eccezionali per fronteggiare il rischio di un *default* della Grecia e i nuovi strumenti adottati dal Consiglio dell'UE per garantire una maggiore stabilità finanziaria non avrebbe base giuridica in nessuna disposizione dei Trattati (cioè nessuna disposizione dei Trattati comunitari contemplerebbe l'ipotesi di una crisi del debito sovrano all'interno dell'Eurozona). Neppure nel TFUE è prevista una tale possibilità perché anzi all'art. 125 viene posta la clausola del *no bail-out*. Di contrario avviso i governi nazionali che indicano nell'art. 122 TFUE la base giuridica degli aiuti alla Grecia. Il Tribunale cost. tedesco sostiene che in tal modo il rischio di uno svuotamento del diritto di voto è concreto se la Germania rilascia garanzie per impegni assunti con accordi internazionali per mantenere la liquidità degli Stati membri dell'Unione monetaria. Il Tribunale cost. tedesco estende la sfera protetta del diritto elettorale all'ambito intergovernativo in cui si inseriscono gli aiuti alla Grecia. Il Tribunale cost. tedesco ha ribadito che il *dominus* in materia di bilancio deve rimanere il legislatore anche in uno scenario di *governance* internazionale. Come aveva già fatto nella sentenza Lisbona, il Tribunale cost. tedesco ha sottolineato la responsabilità del *Bundestag* nel processo di integrazione europea. Altre indicazioni possono trarsi: l'art. 1 della legge sul meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria deve essere interpretato nel senso che occorre una intesa tra governo federale e commissione bilancio del *Bundestag*. In altre parole gli aiuti sono costituzionali a condizione che il *Bundestag* approvi ogni singolo versamento. In futuro piani di salvataggio europei

---

<sup>36</sup> M. BONINI, *Dai "Signori dei Trattati al "Dominus del bilancio": principio democratico, meccanismo europeo di stabilità e forma di governo parlamentare nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht tedesco*, in [www.associazioneitalianacostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianacostituzionalisti.it) del 29/11/2011; M. LO BUE, *Il "guinzaglio di Karlsruhe" e la sentenza del Bundesverfassungsgericht sul piano degli aiuti alla Grecia*, in *Nuove autonomie*, 2011.

devono essere vagliati in sede parlamentare e non possono essere delegati in modo permanente al EFSF o al ESM. Il Trib. cost. tedesco opera una sorta di collegamento tra decisioni in tema di bilancio e finanza pubblica democrazia e forma di governo. Per la prima volta viene in rilievo in modo netto il nesso tra principio democratico e potere sovrano del cittadino. Conseguentemente le decisioni in materia di bilancio e finanza pubblica bisogna ancorarle a procedimenti parlamentari al fine di garantirne la legittimazione democratica e quindi in ultimo per preservare la dimensione democratica dello Stato. La competenza in materia di bilancio e di finanza pubblica è affidata ai Parlamenti nazionali e non è trasferibile nella sua interezza agli organi sovranazionali. Tutti questi passaggi, sotto vesti diverse, sono presenti sia nella sentenza Lisbona che in tutte quelle pronunce relative ai rapporti tra ordinamento tedesco e ordinamento sovranazionale.

Dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco sinteticamente enunciata emerge in modo assai nitido il ruolo che i Parlamenti nazionali devono assumere nel processo di integrazione europea, un ruolo attivo in grado di condizionare l'operato del rispettivo governo pena la vanificazione del diritto di voto del cittadino e quindi della stessa dimensione democratica dello Stato. In particolar modo poi in quelle materie in cui la dimensione delle decisioni "sovrane" degli Stati membri deve essere particolarmente pregnante come la materia del bilancio e della finanza pubblica.

##### 5. Le nuove regole di *governance* economica europea: quale ruolo per i Parlamenti nazionali. Alcune considerazioni conclusive

Nella sostanza le misure in materia di *governance* economica europea non lasciano grandi margini di manovra ai Parlamenti nazionali, anzi per certi versi ne imbrigliano l'operato e lo direzionano verso certe scelte: infatti il modello di governo dell'economia e della finanza pubblica che viene fuori dal quadro complessivo tuttora *in progress* delle regole di *governance* economica europea basato sul controllo e monitoraggio preventivo e successivo (quadro di una certa complessità perché queste stesse regole risultano talvolta poco coordinate, alcune prese con metodo comunitario, altre con quello intergovernativo e quindi fortemente condizionate da governi con economie più sane) ha indotto molti Stati a riforme costituzionali in tema di bilancio nazionale, materia "sovrana" per eccellenza. Mi riferisco all'introduzione del pareggio di bilancio in alcuni Paesi già introdotto (in Germania nel 2009, in Spagna nel 2011, in Italia nel 2012 per fermarsi solo ad alcuni esempi) ed in altri ancora *in itinere*.

Mentre sul piano finanziario le ricadute del quadro assai vincolante e stringente delle regole di *governance* economica europee sono chiare, se ne dibatte, in quello politico-nazionale ancora non sono state messe a fuoco tutte le

implicazioni che scaturiscono sul piano costituzionale degli Stati membri.

Ma a prescindere dalle peculiarità di ciascuna riforma costituzionale sul pareggio di bilancio (o nel caso dell'Italia, sull'equilibrio di bilancio) non possono non evidenziarsi alcune refluenze sul piano della forma di governo e della forma di Stato.

Vorrei a questo punto, per tirare le fila di quanto detto, fare alcune osservazioni:

- Le nuove regole di *governance* economica europea hanno indotto, tra l'altro, gli ordinamenti degli Stati membri a rivedere non solo le proprie politiche di bilancio, ma a costituzionalizzare un principio che dovrà ispirare la gestione della politica economica nazionale. Pur con le differenziazioni esistenti tra i vari Paesi membri dell'UE che hanno inserito in Costituzione questo principio, esso comporta un divieto al ricorso all'indebitamento di tutte le pubbliche amministrazioni. Sia il governo statale che gli enti *sub* statali non potranno più finanziare in deficit la spesa pubblica. Quali sono gli effetti di queste riforme sugli organi legislativi nazionali?

La perdita di potere politico? – Come paventato già 15 anni fa da Guarino nel suo libro *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*<sup>37</sup> che sosteneva come l'Unione europea presenti la peculiarità di sottrarre normativamente alla politica un ambito esteso e fra i più rilevanti, in particolare quello riservato ai rapporti economici? E, nella dinamica istituzionale nazionale, l'organo legislativo sarà solo una sede ratificatoria di decisioni prese da altri?<sup>38</sup> Oppure le istituzioni (ivi comprese quelle parlamentari) saranno in grado di rinnovarsi di fronte alle sfide dei nuovi scenari europei e internazionali?<sup>39</sup>

Non si possono dare risposte univoche. Io credo che bisogna scindere due profili, coordinati, ma distinti allo stesso tempo: quello del potere di condizionamento che le nuove regole di *governance* economica europea affidano ai Parlamenti nazionali e sul punto tale potere è piuttosto marginale; e dall'altro, quello che si gioca sul piano degli equilibri interni della forma di governo. Qui ciascun ordinamento può giocare la sua partita, ma le carte in possesso ne condizionano in certa misura il risultato. Se penso al Parlamento italiano e alla riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio, vari strumenti possono essere valorizzati o introdotti per non marginalizzare il ruolo del Parlamento e non escluderlo dal controllo delle determinazioni governative rilevanti ai fini della

<sup>37</sup> G. GUARINO, *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Mondadori, 1997.

<sup>38</sup> Già in uno studio di molti anni addietro Blondel nell'analizzare la crisi delle istituzioni parlamentari invitava a diffidare, da un lato, dalla retorica del Parlamento come luogo della sovranità, ma anche all'opposto del Parlamento come istituzione superflua che ratifica decisioni adottate in altre sedi istituzionali. V. J. Blondel, *Comparative Legislatures*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1973, p. 133.

<sup>39</sup> V. le riflessioni di J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, 2012.

*governance* economica europea come quello di esaltare la funzione di controllo degli andamenti della finanza pubblica e dei possibili rimedi. In un contesto di sovranità progressivamente erosa sia da fattori endogeni che esogeni le funzioni dei parlamenti nazionali devono valorizzare altri percorsi: costruire una rete di rapporti interistituzionali interni ed esterni che favoriscano spazi pubblici di confronto indispensabili sia per l'attività di controllo che per quella di indirizzo.<sup>40</sup> E nei sistemi istituzionali multilivello questa fondamentale attività di controllo acquista una valenza tutta particolare in quanto le decisioni in materia economica e finanziaria sono condizionate da vincoli europei e da vincoli interni tra cui quelli legati ai livelli territoriali *sub* statali. Di fronte al modello di *governance* multilivello anche gli strumenti di controllo parlamentare e quelli con cui far valere la responsabilità politica devono essere affinati ed in parte ripensati anche per poter ricondurre a ciascun livello di governo l'imputabilità delle scelte operate. Sarebbe anche un'occasione per riequilibrare i rapporti Parlamento e Governo oltre che segno di una democrazia matura.

### THE ROLE OF NATIONAL PARLIAMENTS IN FRONT OF THE NEW EU ECONOMIC GOVERNANCE

by Antonello Sciortino

#### Abstract

This paper addresses the issue of the role of National Parliaments in decision-making regarding to public finance and fiscal policy within the framework of the new European economic governance instruments. Although these tools seem to leave few influence to National Parliaments, many other tools can be enhanced or introduced in order not to marginalise the role of Parliament and not to exclude it from the control of Government decisions concerning EU economic governance (such as enhancement of the Parliament monitoring function of public finance trend control and the elaboration of possible remedies in case of deviation from the expected parameters).

---

<sup>40</sup> Sul Parlamento come luogo di "metasovranità" v. A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il Parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*, Laterza, 2006, p. 164.



Perché le neuroscienze attirano i giuristi  
e cosa invece i giuristi potrebbero insegnare ai neuro-scienziati.  
Qualche osservazione preliminare

di Lucia Corso

SOMMARIO: 1. *Brain overclaim syndrom*. – 2. Quali aspettative nei giuristi? – 3. Ansia, desiderio di certezza e i loro antagonisti. – 4. Desiderio di controllo. – 5. Conoscenza dell'uomo. – 6. Diritto e medietà. – 7. Cosa cambia per il diritto con le neuroscienze?

1. Brain overclaim syndrom

Assistiamo da qualche anno negli Stati Uniti ma anche in Europa ad un fenomeno piuttosto sorprendente che consiste in un diffuso interesse fra i profani, e cioè fra non medici e non scienziati, per i risultati scientifici relativi al funzionamento del cervello umano ed in genere per quella branca delle scienze della vita che studia l'anatomia, la fisiologia, la biochimica, la biologia molecolare del sistema nervoso e che va sotto il nome di neuroscienza. Data la portata del fenomeno già si parla di *brain overclaim syndrom*<sup>1</sup>.

Per comprendere la peculiarità di tale interesse, che ha dato vita ad un'ampia letteratura, occorre tenere presente la complessità della materia. Il cervello umano è composto da 100 miliardi di cellule nervose ognuna delle quali coinvolte in un numero di sinapsi che oscilla fra 1000 e le diecimila<sup>2</sup>. Gli strumenti di indagine del cervello utilizzano una varietà di moderne tecnologie<sup>3</sup> e sono

---

<sup>1</sup> STEPHEN MORSE, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 3, p. 397, 2006; U of Penn Law School, Public Law Working Paper No. 06-35. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=896753>

<sup>2</sup> L. MAFFEI, *La libertà di essere diversi*, il Mulino, 2011.

<sup>3</sup> Negli ultimi trent'anni l'avanzamento delle metodiche di registrazione dei segnali elettrofisiologici e l'avvento delle nuove tecniche di neuroimaging funzionale hanno ampliato enormemente le possibilità di studio delle funzioni cognitive complesse. Tra queste:

- le tecniche elettroencefalografiche (EEG) permettono di registrare direttamente l'attività elettrica del cervello attraverso degli elettrodi posti sullo scalpo del soggetto;
- la tecnica dei potenziali evento relati (ERP) consente di registrare con alta risoluzione temporale l'attività elettrica correlata all'esecuzione di specifici compiti percettivi, motori o cognitivi;

per lo più oscure ai profani. Gli stessi neuroscienziati, da Lamberto Maffei a Carlo Umiltà, invitano alla cautela nell'interpretazione dei dati.

Eppure filosofi, economisti, sociologi, scienziati politici e giuristi, per citare solo alcune categorie, hanno cominciato a sondare il possibile apporto che le neuroscienze danno alle materie di rispettiva competenza. E tale atteggiamento è stato speculare all'apertura di molti neuroscienziati a questioni tipicamente affrontate dalle cosiddette scienze umane. Michael Gazzaniga, fondatore dei centri per le neuroscienze cognitive presso il Davis ed il Dartmouth College, e impegnato da decenni in esperimenti su pazienti con cervelli divisi (*split brains*), si è avventurato su un terreno filosofico scrivendo saggi sull'essenza dell'umanità (Human) o sulla responsabilità morale (La Mente Etica). Antonio Damasio è da anni coinvolto in un'opera di alta divulgazione dei propri dati sperimentali con l'intento di dimostrare la inadeguatezza dell'impostazione cartesiana, di cui molte delle nostre scienze umane sono ancora intrise, e al contrario la correttezza dell'intuizione di Spinoza. In particolare, Damasio ritiene confermata a livello empirico-sperimentale l'idea secondo cui vi sarebbe una assoluta continuità *res cogitans* e *res extensa*. L'errore di Cartesio è stato quello di non capire che la natura ha costruito l'apparato della razionalità non solo al di sopra di quello della regolazione biologica, ma anche a partire da esso e al suo stesso interno. Il processo decisionale (ad esempio quello di compiere

- 
- la magnetoencefalografia (MEG) registra il campo magnetico associato all'attività elettrica dei neuroni;
  - la risonanza magnetica per immagini (RMI) utilizza radiofrequenze in presenza di campi magnetici;
  - la spettroscopia di risonanza magnetica (SRM) permette di individuare alterazioni del metabolismo di alcune aree cerebrali, per esempio in relazione alla perdita della funzionalità neuronale, riconoscendo i singoli composti chimici associati alla funzionalità/disfunzionalità;
  - la brain-computer interface consente la lettura di segnali elettroencefalografici, la loro correlazione con le intenzioni del soggetto e la traduzione di questa correlazione in comandi d'azione;
  - la tomografia ad emissione di positroni (PET) consente la costruzione di una mappa tridimensionale dell'attività cerebrale avvalendosi della distribuzione di un radioisotopo (ad es. nel glucosio), che si distribuisce nel cervello nelle zone che si attivano in relazione ad uno stimolo o ad una sollecitazione anche emotiva;
  - la risonanza magnetica funzionale (fMRI) consente la costruzione di una mappa tridimensionale, localizzando le zone attivate dagli stimoli; in generale il contrasto è fornito dal richiamo di flusso ematico nelle zone del cervello attivate, con una tecnica chiamata BOLD (blood oxygenation level dependent); altri approcci prevedono l'uso di mezzi di contrasto, non radioattivi;
  - la stimolazione magnetica transcranica (TMS) consiste nell'applicazione sullo scalpo di campi magnetici con determinate caratteristiche di intensità e frequenza e consente di verificare gli effetti comportamentali di stimolazioni;
  - il brain fingerprint misura le onde cerebrali quando viene riscontrata una informazione depositata nel cervello
  - il multifaceted electroencephalographic response analysis (MERA) misura onde cerebrali che si formano in reazione a parole o a figure/immagini significative che scorrono in rapida sequenza su un monitor.

una scelta tra due o più alternative), per Damasio è condizionato dalle risposte somatiche emotive osservabili, utilizzate dal soggetto come indicatori della bontà o meno di una certa prospettiva: i sentimenti somatici normalmente accompagnano le nostre aspettative del possibile esito delle varie opzioni di una decisione da prendere; in altre parole, i sentimenti fanno parte in qualche modo del contrassegno posto sulle varie opzioni. In tal modo i marcatori somatici ci servono come strumento automatico che facilita il compito di selezionare opzioni vantaggiose dal punto di vista biologico.

Lamberto Maffei, Direttore dell'Istituto di Neuroscienze del CNR e oggi presidente dell'Accademia Nazionale dei Lincei, in un breve saggio edito dal Mulino e destinato dunque ad una diffusione piuttosto ampia, cerca di fugare il dubbio istillato da una certa vulgata secondo cui i meccanismi di funzionamento del cervello umano sarebbero automatici, improntati ad un rigoroso determinismo e dunque prevedibili e mappabili. Anzi, capovolgendo l'assunto comune secondo cui la natura ha una struttura meccanicistica mentre la cultura è la sede della libertà, Maffei ci spiega che è proprio la complessità della natura – e del sistema nervoso in particolare – a tutelare la nostra individualità e la nostra libertà. Al contrario la cultura sempre più omologante tende a forgiare i nostri cervelli – che sono plastici – in modo da renderli simili.

Le neuroscienze si candidano inoltre ad offrire risposte su questioni che tradizionalmente sono appartenute alle cosiddette scienze dello spirito. Si pensi agli studi sull'origine della coscienza, del senso morale, ovvero del desiderio di trascendenza. Spesso neuroscienziati siedono nei comitati di bioetica.

Da qualche anno anche i giuristi hanno attinto a risultati neuroscientifici. Esiste già un'ampia letteratura – per lo più in lingua inglese – sull'incidenza di molte conclusioni neuro-scientifiche in varie branche del diritto<sup>4</sup> (dal diritto penale<sup>5</sup>, alla procedura penale<sup>6</sup>, al diritto delle prove<sup>7</sup>, alla responsabilità civi-

---

<sup>4</sup> OLIVER I. GOODENOUGH and MICAELA TUCKER, *Neuroscience Basics for Lawyers*, 62 Mercer L. Rev. 945 (2010-2011).

<sup>5</sup> ANDREW E. LELLING, *Eliminative Materialism, Neuroscience and Criminal Law*, 141 U. Pa. L. Rev. 1471 (1992-1993).

<sup>6</sup> SEAN KEVIN THOMPSON, *A Brave New World of Interrogation Jurisprudence?*, 33 Am. J.L. & Med. 341 (2007); SARAH E. STOLLER & PAUL ROOT WOLPE, *Emerging Neurotechnologies for Lie Detection and the Fifth Amendment*, 33 Am. J.L. & Med. 359 (2007); MICHAEL S. PARDO, *Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure*, 33 Am. J. Crim. L. 301 (2006); ERICH TAYLOR, *A New Wave of Police Interrogation? "Brain Fingerprinting", The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination, and Hearsay Jurisprudence*, 2006 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 287 (2006); SEAN KEVIN THOMPSON, *The Legality of the Use of Psychiatric Neuroimaging in Intelligence Interrogation*, 90(6) Cornell L. Rev. 1601 (2005); RICHARD G. BOIRE, *Searching the Brain: The Fourth Amendment Implications of Brain-Based Deception Devices*, 5(2) Am. J. Bioethics 62 (2005).

<sup>7</sup> MARK PETTIT, JR., *fMRI and BF Meet FRE: Brain Imaging and the Federal Rules of Evidence*, 33 Am. J.L. & Med. 319 (2007); LEO KITTAJ, *Admissibility of MRJ Lie Detection: The Cultural Bias against*

le<sup>8</sup> (quantificazione dei danni morali), al diritto di proprietà (c'è un istinto di proprietà)<sup>9</sup>, al diritto sanitario, tanto per citarne solo una parte.

In Italia, il Comitato Nazionale di Bioetica ha espresso un primo parere su questo fenomeno. Le neuroscienze sono state definite come studi sul cervello effettuati con varie tecnologie (fra cui la risonanza magnetica funzionale, nonché una varietà di tecniche elettroencefalografiche) “che hanno lo scopo di descrivere e/o misurare i comportamenti di singoli o gruppi di neuroni appartenenti ad una determinata area cerebrale oppure le relazioni tra due o più aree cerebrali. Queste ricerche mirano ad indagare in soggetti sani o ammalati, ad esempio se determinate scelte di comportamento siano il risultato di reazioni immediate automatiche o risposte mediate/razionali, nonché quali siano i rapporti tra risposte emotive o capacità cognitive e stimoli indotti dall'ambiente”. “Gli esperimenti possono riguardare l'identificazione di aree cerebrali coinvolte nella dinamica della elaborazione di una decisione o di un giudizio morale oppure le modificazioni cerebrali indotte da esperienze di dolore morale, perdono, altruismo. Importanti sono anche le ricerche sulle modificazioni cerebrali in rapporto con comportamenti violenti o antisociali nonché in relazione con la capacità di intendere e di volere o con la possibilità di distinguere l'asserzione della verità e della menzogna. Particolarmente rilevanti sono anche le ricerche che mirano a caratterizzare l'attività di specifiche aree cerebrali in persone incapaci di interagire con altre persone o con l'ambiente, come quelle in stato vegetativo o di minima coscienza. Queste e altre problematiche possono essere studiate in rapporto a variabili come la differenza sessuale, diversità socio-culturali nonché a differenti profili psicologici”<sup>10</sup>.

## 2. *Quali aspettative nei giuristi?*

Partirò dalla premessa che il ruolo che le scienze esercitano nel diritto (o in altri fenomeni sociali) dipende innanzitutto dalle aspettative che giuristi o

---

“*Mind Reading*” Devices, 72 *Brook. L. Rev.* 1351 (2007); ERIN A. EGAN, *Neuroimaging as Evidence*, 7(9) *Am. J. Bioethics-Neuroscience* 62 (2007); JOCELYN DOWNIE & RONALDA MURPHY, *Inadmissible, Ebf?*, 7(9) *Am. J. Bioethics-Neuroscience* 67 (2007); CHARLES N.W. KECKLER, *Cross-Examining the Brain: A Legal Analysis of Neural Imaging for Credibility Impeachment*, 57 *Hastings L.J.* 509 (2006); ARCHIE ALEXANDER, *Functional Magnetic Resonance Imaging Lie Detection: Is a “Brainstorm” Heading Toward the Gatekeeper?* 7 *Hous. J. Health L. & Pol’y* 1 (2006).

<sup>8</sup> BETSY J. GREY, *Neuroscience, Emotional Harm, and Emotional Distress Tort Claims*, 7(9) *Am. J. Bioethics-Neuroscience* 65 (2007); ADRIAN M. VIENS, *The Use of Functional Neuroimaging Technology in the Assessment of Loss and Damages in Tort Law*, 7(9) *Am. J. Bioethics-Neuroscience* 63 (2007); ADAM KOLBER, *Pain Detection and the Privacy of Subjective Experience*, 33 *Am. J.L. & Med.* 433 (2007).

<sup>9</sup> JEFFREY E. STAKE, *The Property Instinct*, *Phil. Trans. R. Soc. Lond.* (2004) 359, 1763-1774.

<sup>10</sup> Parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 17 dicembre 2010, *Neuroscienze e Osservazioni sull'Uomo*.

legislatori ripongono nelle scienze medesime<sup>11</sup>. Ad esempio, l'agenzia dell'ambiente che voglia utilizzare alcuni risultati scientifici sarà guidata tanto dalla meteorologia, dalla biologia marina, etc... che dalle scelte politiche da mettere in campo<sup>12</sup>. Allo stesso modo, per studiare l'impatto che le neuroscienze hanno o possono avere sul diritto o sulla legislazione, occorre cominciare dalla seguente domanda: cosa ci aspettiamo noi giuristi dalla neuroscienza?

La prima parte dell'articolo prospetterà tre ipotesi. I giuristi ripongono nelle neuroscienze le seguenti aspettative: di certezza/verità; di controllo/potere; di maggiore conoscenza della natura umana. A queste tre aspettative, tuttavia, ne corrispondono però altre contrarie. Il giurista che si avvicina alle neuroscienze, deve cioè fare i conti con alcuni antagonisti interni.

Nella seconda parte segnalerò alcune caratteristiche del diritto che lo rendono resistente nei confronti delle tesi più radicali ventilate dai neuroscienziati.

Nella terza, le conclusioni: sull'incidenza di alcuni risultati neuroscientifici sul diritto, purché venga soddisfatta una condizione, e cioè che essi non frustrino integralmente alcune delle spinte psicologiche che stanno dietro all'esistenza stessa del diritto, incluse alcune aspettative di senso comune. D'altro canto è anche verosimile che il diritto costituisca un antidoto non alle neuroscienze, ma ad alcune filosofie di cui esse sono pervase.

### 3. *Ansia, desiderio di certezza e i loro antagonisti*

La prima è quella che io definirei aspettativa di certezza, aspettativa che certe volte assume le vesti di aspettativa di verità. Il desiderio di certezza – come ha spiegato Hobbes in modo illuminante – pervade l'intera costruzione giuridica. Noi usciamo dallo stato di natura non solo per scansare per quanto è possibile una morte violenta, ma anche per ridurre i margini dell'imprevisto. Come direbbero gli psicologi cognitivi, il principio di legalità oltre a garantirci

---

<sup>11</sup> ARIE RIP, Arie Rip (2002) *Science for the 21st century*. In: TINDEMANS P., VERRIJN-STUART A., VISSER R. (Eds.), *The Future of Science and the Humanities*, Amsterdam University Press, Amsterdam, pp. 99-148; IAN FEIN, *Comment, Reassessing the Role of the National Research Council: Peer Review, Political Tool, or Science Court?*, 99 Cal L Rev 465, 471-73 (2011). See also ALVIN M. WEINBERG, *Science and Trans-science*, 10 Minerva 209, 209 (1972). YARON EZRAHI, *Utopian and Pragmatic Rationalism: The Political Context of Scientific Advice*, 18 Minerva 111, 114-15 (1980).

<sup>12</sup> ERIC BIBER, *Which Science? Whose Science? How Scientific Discipline Can Shape Environmental Law*, 79 U. Chi. L. Rev. 471 2012; SIMON A. COLE, *Forensic Science and Wrongful Convictions: From Exposer to Contributor to Correctors* 46 New Eng. L. Rev. 711 2011-2012; LAURENCE H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 Harv. L. Rev. 1329, 1333-34 (1971). D.H. KAYE, *Revisiting Dreyfus: A More Complete Account of a Trial by Mathematics*, 91 Minn. L. Rev. 825, 827 (2007); FRANCO TARONI ET AL., *Forerunners of Bayesianism in Early Forensic Science*, 38 Jurimetrics J. 183, 200 (1998).

dagli abusi di potere ci tutela dal capriccio, dal cambiamento repentino, dall'incertezza circa le conseguenze delle nostre azioni (nullum crimen sine lege), in altri termini dall'ansia dell'ignoto. Se la lotta all'imprevisto può prendere le sembianze di una delega in bianco all'autorità politica (di nuovo per evocare Hobbes), dall'illuminismo ad oggi egualmente efficace a questo fine è apparsa la scienza. Al pari di altre scienze, le neuroscienze offrono preziosi strumenti di previsione nonché di indagine. Previsione ed indagine delle cause (in vista di nuove previsioni) sono gli strumenti più efficaci contro l'ignoto. Le neuroscienze, dunque, assumono rilevanza sia nell'aspetto predittivo del diritto (come reagiranno i destinatari di fronte ad una nuova norma?) che nell'aspetto ricostruttivo.

Si pensi alle prove: da alcuni studi sembrerebbe che la risonanza magnetica funzionale possa accertare se un individuo stia mentendo ovvero se sia già a conoscenza di certe informazioni<sup>13</sup>. Altro esempio è dato dalla psicologia forense. Se le neuroscienze ci dicono che l'essere portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA (MAOA-L) potrebbe rendere il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente, allora si può concludere – come ha fatto la Corte d'Assise d'Appello di Trieste – che l'imputato che presenti, attraverso la risonanza magnetica funzionale, tale “vulnerabilità genetica”, sia affetto da semi-infermità di mente<sup>14</sup>. L'immagine cerebrale sostituirebbe la perizia clinica (su cui grava l'eterno sospetto dell'imputato sano che si finge malato). Maggiore certezza, dunque. Aiutano la previsione anche altri studi, ad esempio, quelli sulla plasticità del cervello, che, ribaltando i presupposti deterministi di chi ritiene che tutto sia iscritto nei geni – sembrerebbero dimostrare la importanza delle esperienze vissute dagli individui: tanto che individui esposti ad esperienze simili (la guerra ma anche la stessa professione) svilupperebbero cervelli simili. Un esempio sarebbe dato dai tassisti di Londra il cui ippocampo è particolarmente sviluppato.<sup>15</sup> Studi recenti riguardano i cervelli dei ragazzi nativi digitali (nati dagli anni 90) che presenterebbero una struttura meno adatta alla memoria, ma anche alla riflessione (con implicazioni sull'educazione, come giustamente segnala Eugenio Picozza<sup>16</sup>). Ci si può chiedere se i giuristi – individui abituati cioè a sviluppare certe mappe cerebrali – abbiano cervelli simili.

E tuttavia, previsione e ricostruzione accurata di fatti non sono tutto ciò che conta per il diritto. Questo perché, l'ansia di certezza è solo una delle tante molle che spinge gli individui ad associarsi in un ordinamento giuridico.

---

<sup>13</sup> WILLIAM J. IACONO & DAVID T. LYKKE, *The Case Against Polygraph Tests*, in 4 *Modern Scientific Evidence* § 40:47 (David L. Faigman et al. eds., 2005-2006).

<sup>14</sup> Corte d'Assise d'Appello di Trieste, n. 5 del 18.09.2009, in *Riv. pen.*, 2010, p. 70 ss.

<sup>15</sup> L. MAFFEI, *La libertà di essere diversi*, Il Mulino, 2011.

<sup>16</sup> E. PICOZZA et al., (a cura di), *Neurodiritto*. Giappichelli, Torino, 2011.

Due sono i potenti antagonisti al desiderio di certezza. Il primo è desiderio di libertà – che per dirla con Hans Jonas – spesso presuppone il non sapere cosa ci capiterà, o nelle parole del filosofo “l’essere sorpresa a se stessi”<sup>17</sup>. Così il cittadino forzosamente sottoposto a risonanza magnetica funzionale, può rivendicare un diritto a non sapere: ad esempio, a non conoscere le informazioni incidentali che siano emerse.

Il secondo è il sentimento di giustizia<sup>18</sup> – che non sempre dunque è alleato del desiderio di certezza (gli individui non pretendono col diritto di associarsi in qualunque forma ma in una forma che in qualche misura sia giusta<sup>19</sup>) o del desiderio di verità (la verità processuale la si può raggiungere solo nel rispetto di alcune garanzie).

La tensione fra ansia di certezza e verità da un lato e desiderio di libertà e giustizia dall’altro traspare dal dibattito sul ruolo delle conclusioni neuroscientifiche nel processo penale. E questo vale sia per l’accusa che per la difesa.

Neuroscienze ed accusa: Ammesso anche che la risonanza magnetica funzionale possa corroborare una certa ipotesi investigativa, fino a che punto può l’accusa spingersi? Mentre per il DNA non sembrano sorgere particolari problemi, diverso è il caso della risonanza magnetica funzionale che dimostri ad esempio che l’imputato abbia conoscenza di un fatto ovvero che non stia mentendo: qui oltre alla questione dell’attendibilità scientifica di queste tecnologie<sup>20</sup>, sorgono profili squisitamente etico-giuridici. Che diritto ha la pubblica accusa di “perquisire” il nostro cervello (cui dovrebbe essere accordata la massima riservatezza in ossequio agli artt. 2 e 15 della Costituzione)? Che diritto ha ad estorcere all’imputato una confessione (in violazione del principio secondo cui nessuno può essere costretto ad autoincriminarsi)?<sup>21</sup>

Neuroscienze e difesa. Che dire invece dell’ammissibilità dell’imaging cerebrale qualora la richiesta sia stata avanzata dalla difesa<sup>22</sup>. Ad esempio, un cittadino americano accusato di frode nei confronti del Sistema Sanitario richiese di poter provare la propria buona fede attraverso la risonanza magnetica funzionale (da cui emergesse che era vero che non aveva alcuna consapevolezza di frodare il fisco). La Corte, tuttavia, ha ritenuto la tecnica inammissibile.

Neuroscienze e testimonianza. E che dire della risonanza magnetica imposta al teste per screditarne l’attendibilità? La giurisprudenza americana, già

<sup>17</sup> H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, 1997, p. 139.

<sup>18</sup> F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Le Ragioni del Diritto*, Il Mulino, Bologna 2007.

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> MICHAEL GAZZANIGA, *La Mente Etica*, Codici Edizioni, Torino 2006.

<sup>21</sup> ERICH TAYLOR, *A New Wave of Police Interrogation? “Brain Fingerprinting”*, The Constitutional Privilege Against Self-Incrimination, and Hearsay Jurisprudence, supra, nota 2.

<sup>22</sup> *United States v. Semrau*, No. 07-10074 MI/P, at \*3 (W.D. Tenn May 31, 2010).

tradizionalmente ostile al poligrafo e alle cd. macchine della verità, ha ribadito il proprio diniego anche in relazione all'ammissibilità della risonanza magnetica funzionale finalizzata a provare l'attendibilità di un teste. L'argomento della corte è stato squisitamente giuridico. Data la suggestione esercitata dalle risultanze neuroscientifiche, vi è una ragionevole aspettativa che la giuria o il giudice vengano esautorati della responsabilità di decidere – ad esempio sull'attendibilità del testimone – che verrebbe al contrario demandata ad una macchina. "Credibility is.. a matter solely for the jury."<sup>23</sup> Noi diremmo che l'ammissione dei poligrafi di ultima generazione violerebbe il principio del libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove – principio, peraltro, che a dire di Chaim Perelman – segna il passaggio da un diritto arcaico (caratterizzato dall'abbondanza di prove legali) al diritto moderno, fondato sulla responsabilità dei vari attori del sistema<sup>24</sup>.

Il libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove del resto altro non è che il corollario secondo cui il giudice è soggetto solo alla legge. Spetta al giudice decidere e non, ad esempio, al consulente tecnico<sup>25</sup>.

Prendiamo, ad esempio, la giustizia amministrativa. È noto che l'amministrazione subordina l'ammissione a certi concorsi pubblici (per militari, vigili del fuoco, etc...) al superamento di test psicologici, contestatissimi dagli interessati ma ai quali spesso il giudice amministrativo accorda speciale deferenza (invocando la discrezionalità tecnica). Se la perizia psichiatrica o se i test psico-attitudinali fossero sostituiti da tecniche di immagini cerebrali avremmo risultati a prima vista meno opinabili. Ma, ammesso che questo sia vero. Fino a che punto, il sindacato di legittimità può essere esautorato dalle tecniche scientifiche? E fino a che punto è ammissibile subordinare la partecipazione a concorsi pubblici non a test psicoattitudinali, ma alla conformazione genetica del cervello? (ricorrerebbe un'ipotesi di discriminazione per ragioni genetiche non ammissibile ai sensi dell'art. 3 della Cost. it nonché dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>26</sup>).

Si noti che a questo riguardo il dibattito sull'ammissibilità delle immagini cerebrali in giudizio può assumere due orientamenti: o quello di valutarne l'ammissibilità sulla base di parametri puramente scientifici, ovvero quello di

<sup>23</sup> WILSON V. CORESTAFF SERVICES L.P., 900 N.Y.S.2d 639 (N.Y. Sup. Ct. 2010).

<sup>24</sup> CHAIM PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979.

<sup>25</sup> Considerazioni simili sono state espresse già 40 anni fa, LAURENCE H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 Harv. L. Rev. 1329, 1333-34 (1971).

<sup>26</sup> "È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

appellarsi ad altri criteri<sup>27</sup>. Siccome qui si è sostenuto che il desiderio di verità non è che un desiderio mediato del diritto (che se ne deduce indirettamente o dal desiderio di sicurezza o da quello di giustizia), allora a mio avviso la questione va risolta puramente con criteri giuridici.

#### 4. *Desiderio di controllo*

Ho parlato del desiderio di certezza (spesso sovrapposto al desiderio di verità). Ma le neuroscienze solleticano il giurista anche per un altro tratto e cioè per il desiderio di controllo di cui è pervaso il diritto (l'autorità non si può concepire senza una minima forma di controllo).

La neurobiologia, ad esempio, ventila l'ipotesi che i comportamenti umani anziché essere il risultato di deliberazioni coscienti e calcolate siano il frutto di meccanismi di tipo automatico sebbene poi accompagnati da forme di razionalizzazione ex post. Si pensi agli esperimenti di Benjamin Libet agli inizi degli anni'80. Per ricapitolarne l'essenziale, Libet aveva mostrato che esiste uno iato di circa 500ms fra l'attivazione dell'area cerebrale pertinente e la consapevolezza della decisione di flettere il dito: l'implicazione apparente è che la decisione è predeterminata da tale attivazione, ben prima della consapevolezza e, almeno in questo senso, della libertà. Sebbene non tutti concordino su una concezione deterministica dell'azione umana e sul ruolo marginale della coscienza, fra i neuroscienziati vi è un coro abbastanza affollato che avanza la seguente domanda: "il cervello è deterministico – cablato geneticamente per eseguire azioni sulle quali non abbiamo alcun controllo, oppure – chiamiamolo rifugio della mente o fantasma nella macchina – è un'entità capace di libero arbitrio?"<sup>28</sup>

Il paradigma deterministico può assumere due forme, una radicale ed una per così dire leggera. Nel primo caso, il cervello viene inteso puramente come un fascio di operazioni elettriche attivate da meccanismi per lo più inconsci e comunque esterni. L'interazione fra mappatura genetica ed ambiente esterno sono alle origini dei nostri comportamenti. La soggettività viene polverizzata o ridotta ad una semplice illusione fallace<sup>29</sup>. Il determinismo assume tratti cosmologici –

<sup>27</sup> FREDERICK SCHAUER, *Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie Detection and Beyond*, in 95 Cornell Law Review 1191, 2010.

<sup>28</sup> M. GAZZANIGA, *La mente etica*, cit. p. 89. Per una concezione deterministica, cfr. ad esempio, cfr. anche ANTONIO DAMASIO, *Il Sé Viene alla Mente. Saggio sull'origine della coscienza*, Adelphi 2012, in cui si avanza la tesi che la coscienza è lo strato superiore della macchina uomo.

<sup>29</sup> Antonio Damasio entrambi si preoccupano di fondare la scienza dell'uomo su basi biologiche e tuttavia mentre Hume polverizza il sé, James ne riconosce l'importanza imprescindibile.

riecheggiando l'epicureismo – e la condotta umana perde tutti i suoi connotati diventando non dissimile dalla condotta animale ovvero di una macchina.

Su questo retroscena, le neuroscienze non possono dare alcun contributo al diritto e probabilmente a nessuna organizzazione umana. Sebbene gruppi di neuroscienziati (come quelli del Baylor College of Medicine) si candidino a fornire istruzioni al legislatore o al governo che si attrezzino a orientare la condotta dei consociati, l'impresa sarà vana. Si noti che nonostante i proclami di un diritto più mite – un codice penale riformulato tenendo conto del peculiare funzionamento cerebrale e quindi maggiormente orientato a correggere più che a punire, il determinismo solletica un desiderio di controllo che però trova nel diritto stesso i suoi anticorpi. Detto in altri termini, ammesso che il diritto assuma una concezione deterministica della natura umana e vi si adegui, vi sarà sempre qualcuno che ritiene di sottrarsi a quel meccanismo ergendosi a legislatore (cioè manipolatore genetico) o giudice. Per dirla con Hannah Arendt, anche il peggior tiranno ha bisogno di qualcuno che gli sia autenticamente fedele.

Il determinismo ventilato dalla neurobiologia però può assumere una forma più soft. Lungi dallo screditare il concetto di deliberazione interiore, i deterministi soft segnalano che le decisioni sono il frutto di più componenti, ivi incluse componenti inconscie, o emotive che nessun tipo di razionalità può scardinare. Questa posizione riecheggia peraltro alcune tesi diffuse da più di un secolo fra i cd. Realisti giuridici (da Roscoe Pound a Oliver Wendell Holmes a Jerome Frank) secondo cui la decisione, ivi inclusa la decisione giuridica di norma si sostanzia di un'hunch, un'intuizione, mentre la motivazione sembrerebbe un'opera di razionalizzazione ex post. Qui non voglio riprendere le critiche a questa tesi – alcune delle quali piuttosto convincenti (Il determinismo soft è compatibile, come ad esempio spiega John Searle, con una forma di razionalità pratica<sup>30</sup>. Le ragioni – magari interiorizzate per effetto di osmosi – possano svolgere un ruolo determinante, come sostiene Frederick Schauer).

Qui però voglio dire che il determinismo soft può avere una qualche rilevanza del diritto purché tenga conto dei due seguenti antidoti – peraltro – pienamente noti ai realisti.

Il primo è il senso comune di cui è pervaso il diritto: imbevuto nell'esperienza elementare che come ebbe a dire Oliver Wendell Holmes, persino un cane comprende la differenza fra colui che vi inciampa sopra e colui che lo percuote con un bastone<sup>31</sup>. In altri termini, l'esperienza elementare che vi è una differenza fra nesso di causalità (naturale) e responsabilità (anche un bambino piccolo sente il bisogno di scusarsi dicendo "non l'ho fatto apposta")<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> JOHN SEARLE, *La mente*, Raffaello Cortina, Milano, 2005.

<sup>31</sup> OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The Common Law* 7 (Transaction ed. 2005) (1963).

<sup>32</sup> Si leggano le parole di Justice Jackson in *Morissette v. U.S.*: *The contention that an injury*

Il secondo è la coscienza: non la coscienza come idea filosofica, ma la coscienza come esperienza in prima persona. Se noi siamo in grado di capire la differenza che passa fra quando siamo vittima di spinte incontrollabili e quando siamo più padroni di noi stessi, dobbiamo limitarci a liquidare questa sensazione come un'illusione generata dalla cd. Emozione di proprietà? E senza scomodare alcune teorie filosofiche su cosa sia la coscienza, né aprire il dibattito sul compatibilismo, qui basterà soffermarsi sulla coscienza degli attori giuridici – dal giudice che decidendo si percepisce come indipendente dagli atti di parti; all'avvocato che quando confeziona una lista di motivi di impugnazione se ne riconosce fieramente la proprietà; al giurista che discute – come noi oggi – percependosi in qualche misura libero. Ci ricorda Frederick Schauer: da avvocato cerco di confezionare una lista di argomenti convincenti e non mi viene in mente che il giudice possa essere determinato dal colore della mia cravatta.

In sintesi, come dice John Searle, se io riesco a cogliere la differenza fra quando sono brillo e quando sono sobrio, significa che il mio stato soggettivo conta. La libertà non è illusione, ma casomai questione di gradi.

## 5. *Conoscenza dell'uomo*

Le neuroscienze tuttavia soddisfano anche un'altra aspettativa radicata fra i giuristi. Aspettativa molto più promettente delle prime due. Si tratta del desiderio di un'autentica conoscenza della natura umana: dell'altro, innanzitutto, ma anche in via derivata, di se stessi.

I profani che si avvicinano a testi neuroscientifici – naturalmente a carattere dichiaratamente divulgativo – rimangono affascinati dalle scoperte che vi vengono presentate. Come già era avvenuto per la psicologia cognitiva, per la neuropsichiatria (si pensi al successo dei testi di Oliver Sacks, tanto per dirne una) o la psicoanalisi, il lettore profano rimane incantato di fronte alle storie che vi incontra. Ne cito qualcuna.

Antonio Damasio ci racconta di un paziente che avendo subito un danno nella zona cerebrale deputata alla regolazione delle emozioni<sup>33</sup>, non riusciva a

---

*can amount to a crime only when inflicted by intention is no provincial or transient notion. It is as universal and persistent in mature systems of law as belief in freedom of the human will and a consequent ability and duty of the normal individual to choose between good and evil. A relation between some mental element and punishment for a harmful act is almost as instinctive as the child's familiar exculpatory "But I didn't mean to".* *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 250-51 (1952).

<sup>33</sup> DAMASIO A.R. & TRANEL D. & DAMASIO H. (1990). *Individuals with sociopathic behavior caused by frontal damage fail to respond autonomically to social stimuli*. *Behavioural brain research*, 41, 81-94; DAMASIO A.R. (1994). *Descartes' error: Emotion, reason and the human brain*. New York: Grosset/Putnam Book.

compiere alcuna scelta (neppure su quando prendere l'appuntamento successivo dal medico): esperimento che ha corroborato l'ipotesi secondo cui individui con capacità intellettive intatte non riescono a districarsi nella vita quotidiana per effetto di un deficit squisitamente emotivo.

La storia di Phineas Gage è ormai celebre. Si tratta di un operaio modello ed individuo mite, che a seguito di danni subiti ai lobi frontali del cervello, si trasformò in un uomo irascibile e intrattabile, tanto da venir licenziato. (entrambi gli esempi sembrerebbero contraddire il presupposto cartesiano di una scissione fra pensiero analitico e pensiero affettivo, con implicazioni anche sulla logica giuridica).

Simon Baron Cohen (anch'esso best seller in Italia) avanza l'ipotesi che la malvagità umana sarebbe riconducibile ad una sola causa, e cioè alla mancanza di empatia<sup>34</sup>.

Michael Gazzaniga<sup>35</sup> ha effettuato alcuni esperimenti su pazienti affetti da cd. Split brains, cervelli separati, in cui il lobo sinistro che presiede al linguaggio e al ragionamento e che svolge una funzione di interprete è separato da quello destro che presiede fra le altre cose alla consapevolezza dell'integrità del corpo). Sulla base di una lunga osservazione, Gazzaniga giunge alla conclusione che il lobo sinistro fabbrica sempre un'interpretazione, sia pure assurda o fantasiosa, del comportamento del soggetto, assumendosi appunto il ruolo dell'interprete. A un paziente col cervello diviso viene presentata sullo schermo la parola cammina opportunamente spostata perifericamente nel campo visivo di sinistra in modo da poter essere percepito solo dal lobo destro del cervello. Gazzaniga riporta che il paziente cominciava a camminare e che, richiesto perché lo facesse (si ricordi che il linguaggio è una funzione del lobo sinistro), rispondeva che si era alzato per prendere una bibita perché aveva sete. Simile esperimento è quello su pazienti affetti da paralisi del braccio sinistro in seguito a lesioni alla corteccia parietale destra – che presiede alla consapevolezza sull'integrità del corpo –. Il paziente, richiesto di spiegare perché non muova il braccio sinistro, inventa storie significative come, quel braccio non è mio, oppure, ora non ho voglia di muoverlo. Gazzaniga ne deduce che l'interprete, se lasciato a lavorare in isolamento, diventa un inventore di favole che cerca disperatamente di spiegare l'azione di altre parti del cervello in maniera non veritiera; egli tuttavia mantiene una logica credibile che in altre situazioni fisiologiche si è rivelata corretta.

Eguualmente affascinanti sono le storie fantastiche illustrateci da Lamberto Maffei, come quella della donna che pur essendo cieca, se sollecitata ad indi-

---

<sup>34</sup> BARON-COHEN S. (2011), *The Science of Evil: On empathy and the origins of human cruelty*. Basic Books.

<sup>35</sup> GAZZANIGA M., *La mente etica*, cit.

care l'oggetto con le mani ci riesce (facendo presumere che non fosse cieca, ma solo che non avesse coscienza di vedere)<sup>36</sup> (l'esperimento fu condotto da Larry Weiskrantz).

Sandra Aamodt ci illustra la circostanza che esistono vari livelli di coscienza, offrendo una spiegazione sul perché ad esempio perdiamo le chiavi della macchina ma non dimentichiamo come si guida<sup>37</sup>.

Tutte queste storie – che hanno del paradossale – ci solleticano anche perché da esse se ne può desumere a contrario una nozione di normalità fatta di una commistione fra facoltà analitiche e facoltà affettive; se ne può inferire l'importanza dell'intuizione nella decisione morale; dell'empatia nella regolazione della condotta, ma anche dell'esperienza nell'emersione della coscienza. Ci affascina proprio per la loro paradossalità, che rende più rassicurante la nostra normalità. Anzi, proprio le disfunzioni collegate a danni in certe aree cerebrali, sembrano confermare quell'idea – cara a tutti gli esseri umani – secondo cui l'integrità, la coerenza, il coinvolgimento totale, il senso di unità, o per dirla con Platone, l'armonia dell'anima, stiano alla base del benessere personale.

Quale resistenza può opporre il giurista al desiderio di un'autentica conoscenza dell'uomo? Per rispondere occorre brevemente illustrare alcune caratteristiche peculiari del diritto.

## 6. *Diritto e medietà*

Su cosa sia il diritto sono stati versati fiumi di inchiostro e qui non tenterò nemmeno una breve sintesi fra teorie fra le quali non c'è alcun accordo. C'è però una considerazione che pochi contestano e che spero sia già emersa. Dietro al diritto, fenomeno sociale con finalità generalissime – e cioè consentire di organizzare un corpo sociale per assicurare l'humanum culturale di base, l'umanizzazione dell'animale uomo a tutti i livelli, da quelli della sopravvivenza a quelli simbolici e spirituali<sup>38</sup> –, ci sono spinte diverse, tutte egualmente presenti – anche se in gradi diversi – e spesso contraddittorie. Il diritto preserva queste differenze con la sua peculiarità più tipica, la superficialità<sup>39</sup>. Come già ammoniva Aristotele, nel diritto non si può che incontrare la facciata dell'essere umano, il suo aspetto comune, medio, esteriore. Come sapeva Kant, il diritto non è che

<sup>36</sup> L. MAFFEI, *La libertà di essere diversi*, Il Mulino, Bologna 2011.

<sup>37</sup> AAMODT S. & WANG S., *Welcome to your brain: Why you lose your car keys but never forget how to drive and other puzzles of everyday life* (2009); RITA CARTER R. et al., *The Human Brain Book* (1st American ed. 2009).

<sup>38</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto, ad vocem*, Enciclopedia Filosofica.

<sup>39</sup> FREDERICK SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

socievole insocievolezza, può unire gli estranei e gli ostili, unisce per divisioni e delimitazioni. I rapporti giuridici sono per lo più di tipo ecumenico. Il diritto in quanto involucro organizzativo della continuità storica della comunicazione umana, non è la vita, ma la casa della vita<sup>40</sup>. E tuttavia, come afferma Lombardi Vallauri, pur non essendo che il palcoscenico, il diritto rende possibile la danza della vita: il cui slancio dipenderà dalla solidità del palcoscenico.

Questo significa che il desiderio di un'autentica conoscenza dell'altro che pervade il diritto, deve tener conto di due considerazioni.

Innanzitutto, il giurista vuole conoscere l'essere umano solo in superficie, perché solo così si preserva sullo sfondo la complessità del nucleo essenziale dell'uomo che rimane fuori dal diritto<sup>41</sup>. Il diritto conosce le azioni esteriori dell'uomo (si pensi al principio di materialità della condotta nel diritto penale). Il diritto non sanziona i pensieri cattivi – a meno che non siano capaci di tradursi in azione. La nozione di responsabilità non può essere compresa con parametri scientifici. Questo implica che il giurista può avvertire una certa idiosincrasia di fronte ad alcune classificazioni fatte dai neuroscienziati, specie se le implicazioni sono di tipo correttivo (i codici penali sovietici sono una conferma di quello che stiamo dicendo).

In secondo luogo, come la filosofia del diritto del Novecento in misura massiccia ci ricorda<sup>42</sup>, il diritto in quanto è anche attività non può che essere compreso dall'interno. Se io non mi metto nei panni di chi partecipa al sistema giuridico (del giudice, del giurista, dell'avvocato o del cittadino)<sup>43</sup>, non riuscirò pienamente a cogliere che cosa significhi obbedire ad un obbligo giuridico o, per dirla con Kelsen, quale differenza passa fra un uomo vestito di nero che pontifica da uno scranno ed un giudice che emette una sentenza.

Da queste premesse tre implicazioni.

Primo, il diritto non può tollerare alcuna concezione radicale dell'uomo – e non è un caso che Hitler quando salì al potere tra i primi propositi espresse l'intenzione di sbarazzarsi del diritto<sup>44</sup>. Il diritto non assume – a dispetto di quanto comunemente si creda – neanche un'idea radicale di libertà. E allo stesso modo non può accettare un'idea deterministica e meccanicistica dell'uomo.

Secondo, nel diritto c'è una dimensione normativa che non può essere semplicemente catturata nell'immagine verticale del comando rivolto nei confronti di destinatari. Il diritto è piuttosto il risultato di migliaia di reticoli intersog-

<sup>40</sup> LOMBARDI VALLAURI, supra nota 39.

<sup>41</sup> WALDBAUER & GAZZANIGA, "The Divergence of Neuroscience and Law" (2001) 41 *Jurimetrics* 357, 363.

<sup>42</sup> HERBERT HART, *Il Concetto di Diritto*, Einaudi, 2002.

<sup>43</sup> Campioni di questa posizione sono soprattutto gli esponenti della cd. corrente ermeneutica, cfr. F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto ed Interpretazione*, Laterza, Bari-Roma 1999.

<sup>44</sup> ERIC VOEGELIN, *Hitler e i Tedeschi*, Medusa Edizioni, Milano 2005.

gettivi, dove le pretese – nei confronti di pari ovvero nei confronti dell'autorità – hanno un ruolo determinante. I diritti fondamentali non sarebbero concepibili negando questo schema.

Terzo, proprio in quanto fenomeno percepito dall'interno, il diritto assume un'idea di senso comune dell'essere umano come essere dotato di una certa facoltà predittiva, di un certo grado di auto-controllo, e di una certa qualità morale che gli consente di compiere le scelte della vita quotidiana, oltre alle scelte moralmente più rilevanti, sebbene non escluda che la condotta umana possa subire condizionamenti o che l'uomo possa comportarsi malvagiamente<sup>45</sup>.

Il diritto non solo si fonda su questa aspettativa di senso comune, ma anche la preserva: e così facendo, preserva la possibilità che poi ognuno dia qualche senso alla propria esistenza – anche al di fuori del diritto –, costruendo e difendendo la propria soggettività. Questo spiega ad esempio perché senza diritto non vi sarebbe giustizia<sup>46</sup>.

## 7. Cosa cambia per il diritto con le neuroscienze?

Cosa cambia dunque per il diritto con le neuroscienze? Le neuroscienze possono dare un utile contributo a legislatori, amministratori, giudici, e giuristi in genere. Possono illuminare su alcuni aspetti del funzionamento cerebrale e dunque orientare certe scelte (ad esempio, si devono modificare i programmi scolastici in considerazione delle modifiche cerebrali apportate dalla digitalizzazione? si deve continuare a vietare la fecondazione assistita quando si dimostra che di fronte a scelte personalissime non c'è norma che tenga? Si deve continuare ad insegnare agli studenti di legge che la logica giuridica coincide con la logica formale e che comunque le emozioni non giocano alcun ruolo?). Possono guidare il giudice nel giudizio affiancando le classiche perizie cliniche. Ma non possono fare oltre: anzi, spetta al diritto vigilare che non venga superato quel limite. Spetta ai giuristi preservare la psicologia di senso comune, per consentire che alcuni aspetti dell'essenza umana che il diritto non riesce sempre a cogliere – ma che invece colgono la letteratura, la musica, l'amicizia, la fede, la carità, la compassione, lo spirito di sacrificio, l'esperienza quotidiana nonché a dire il vero anche, alcune sentenze o alcune pagine di trattati giuridici – non vadano oscurati dalle neuroscienze.

Di recente la Corte Suprema americana ha affermato che un adolescente non può essere sottoposto ad una pena detentiva permanente, adducendo

---

<sup>45</sup> STEPHEN MORSE, "New Neuroscience, Old Problems", in Brent Garland (ed), *Neuroscience and the Law-Brain, Mind, and the Scales of Justice*, Dana Press, New York, (2004) 158; ID., *Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges To Responsibility from Neuroscience* 9 Minn. J.L. Sci. & Tech. 1 2008.

<sup>46</sup> F. VIOLA, *Rule of law e il concetto di diritto*, in *Ragion Pratica*, I, 2008, pp. 151-170.

a motivazione i risultati neuroscientifici che dimostrerebbero che il cervello dell'adolescente non è ancora giunto a maturazione<sup>47</sup>. Noi possiamo plaudere a questa decisione, ma non per la sua rispondenza a verità, ma perché sembra confermare quel presupposto di senso comune che ogni essere umano, specie se molto giovane, ha la possibilità di migliorare. Presupposto che è la danza della vita che spetta al diritto tutelare.

**WHY LAWYERS ARE ATTRACTED TO NEUROSCIENCES  
AND WHAT COULD LAWYERS TEACH TO NEUROSCIENTISTS.  
SOME PRELIMINARY OBSERVATIONS**

by L. Corso

**Abstract**

The essay discusses the more and more intense interest among lawyers for topics related to neuroscience and advances some explanations for such an interest. In particular, three main reasons are prospected which are captured under the labels of expectation of certainty, control desire and genuine curiosity for the human being. The essay then advances the claim that although those interests may be authentic, in some cases they are ill-directed. Lawyers may have also something to explain to neuroscientists.

---

<sup>47</sup> *Miller v. Alabama* n. 10-9646, 63 So. 3d 676, and No. 10-9647, 2011 Ark. 49, 2012.

*Giurisprudenza*



## Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale\*

di Fabio Saitta

SOMMARIO: 1. Illustrazione dell'attualità del tema ed individuazione dell'ambito dell'indagine. – 2. Le circolari amministrative: *a)* brevi premesse generali e cenni sui principali profili problematici. – 3. *Segue: b)* l'atteggiamento della giurisprudenza. – 4. Alcuni casi particolari: *a)* le circolari dell'amministrazione finanziaria. – 5. *Segue: b)* le circolari del Consiglio superiore della magistratura. – 6. *Segue: c)* Le circolari nel sistema nazionale d'istruzione. – 7. *Segue: d)* gli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. – 8. Riflessioni conclusive.

### 1. *Illustrazione dell'attualità del tema ed individuazione dell'ambito dell'indagine*

Ormai mezzo secolo fa, il Maestro che oggi onoriamo utilizzava il concetto di «norma interna» per designare «una regola priva di efficacia normativa nell'ambito dell'ordinamento generale statale»<sup>1</sup>.

Ventisei anni dopo, nel concludere la relativa voce enciclopedica, egli riconosceva che «la circolare amministrativa costituisce il principale atto interno dell'ordinamento amministrativo».

È trascorso appena un lustro, infine, da quando lo stesso Maestro, nell'ultima edizione delle sue *Lezioni*, descriveva con la consueta chiarezza la «figura sintomatica della violazione di circolari amministrative» come un caso di illogicità che «viene ritenuta sulla base della considerazione che circolari, istruzioni e prassi individuano i comportamenti ritenuti migliori [...] per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e che, quindi, non sembra, di norma, conforme a logica discostarsi dalle previsioni delle stesse».

---

\* Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore del prof. Franco Bassi*.

<sup>1</sup> F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963, 7; analogamente, E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, 210, aveva definito «interne» le norme che «non sono norme giuridiche dell'ordinamento generale». Per un'ampia panoramica storica sul tema, di recente, G. CIANFEROTTI, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 725 ss.

Ebbene, com'è stato rimarcato un ventennio addietro da uno dei massimi esperti in materia, quella delle circolari – specie, come si vedrà, delle circolari cc.dd. normative – «è una tematica che è rimasta fissa ed immutabile nel tempo così come nessun'altra; ma che per ciò stesso non si presenta davvero come arcaica e superata, perchè niente o quasi niente è stato fatto finora per risolverla».

Ciò è verosimilmente dovuto al forte contrasto esistente tra le ricostruzioni dogmatiche e la prassi amministrativa: mentre, secondo autorevole dottrina, sostanzialmente non esisterebbe un problema relativo alle circolari in quanto le stesse non avrebbero effetti sostanziali, ma sarebbero mere misure di comunicazione, nella realtà quotidiana le circolari svolgono un ruolo fondamentale, rappresentando spesso il vero punto di riferimento dell'operato dei funzionari pubblici<sup>2</sup>.

Se a ciò si aggiunge che il tema è stato recentemente toccato a più riprese dalla giurisprudenza con pronunce che hanno rinvigorito il dibattito, ci si rende conto dell'utilità di qualche riflessione sui profili sostanziali e processuali delle circolari amministrative.

## 2. *Le circolari amministrative: a) brevi premesse generali e cenni sui principali profili problematici*

È addirittura superfluo premettere che non s'intende affrontare *funditus* il tema delle circolari amministrative, la cui ampiezza richiederebbe uno spazio ben maggiore di quello qui a disposizione<sup>3</sup>, ma dedicare soltanto alcune considerazioni ai principali problemi sul tappeto.

È a tutti noto come l'origine delle circolari amministrative sia strettamente connessa ai caratteri propri dell'amministrazione del primo Stato unitario, ispirata all'organizzazione militare<sup>4</sup> ed articolata secondo linee gerarchiche, e come

---

<sup>2</sup> Secondo A. CATELANI, *op. cit.*, 1030-1031, alla mancata soluzione del problema ha contribuito, da un lato, il convincimento che le circolari normative, quali semplici misure di conoscenza, non meritino di essere prese in considerazione e, dall'altro, la scarsità ed arcaicità della giurisprudenza in materia, densa di contraddizioni e lacune. In generale, nel senso che «accanto all'ordinamento *legale*, formato dal complesso di norme e atti emanati conformemente alle procedure previste dalla legge, si rinviene un ordinamento *reale* formato da altre norme, integrative o contrarie alla legge, create *di fatto* dalla comunità e da questa osservate come vigenti», A.L. TARASCO, *Consuetudine e desuetudine: (riflessioni su) fonti e tendenze del diritto amministrativo*, in *Annali Genova*, 2002, 2271-2272; già prima, G. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rass. parl.*, 1989, 159.

<sup>3</sup> Tanto da aver giustificato in passato trattazioni monografiche: A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1984.

<sup>4</sup> Ricorda M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 1, che «la nozione di "circolare" proviene dalla tecnica militare: è un'abbreviazione di "ordine circolare", cioè dell'ordine che il portaordini recava in giro ai vari comandanti di reparto o capi di ufficio, dando poi ragguaglio del

soltanto di recente la dottrina sia giunta a rilevare come l'originaria ricostruzione del rapporto tra ordinamento giuridico generale ed attività interna della pubblica amministrazione delineato dalla dottrina tradizionale non rispondesse totalmente alla realtà fattuale, alla luce sia delle caratteristiche assunte dall'organizzazione amministrativa che della rilevanza ormai acquisita dagli atti interni<sup>5</sup>.

Nell'epoca dello stato di polizia, infatti, la circolare assunse il compito di disciplinare sia l'attività degli organi inferiori che quello, assai rilevante, di creare le regole generali dell'azione amministrativa, in conformità con il riconoscimento a favore dell'esecutivo di un ampio potere normativo<sup>6</sup>.

Con il riconoscimento del principio di legalità, tale prassi sarebbe dovuta venir meno, mentre le pubbliche amministrazioni hanno continuato a ricorrere agli atti interni – ed in particolare alle circolari – per fini diversi da quelli inerenti alla loro originaria vocazione<sup>7</sup>, trasformandoli in veicolo per l'introduzione, al di fuori dei limiti e delle garanzie previste, di vere e proprie norme secondarie<sup>8</sup>.

Ecco, quindi, che la ricostruzione della circolare come mera misura di conoscenza<sup>9</sup>, astrattamente ineccepibile, fa a pugno, in concreto, con la prassi

---

ricevimento al comandante che lo avesse impartito [...]. Questa tecnica passò poi nelle amministrazioni non militari, restando immutato il vocabolario».

<sup>5</sup> Sul punto, C. TUBERTINI, *Circolari amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, II, 858, la quale evidenzia, da un lato, come il crescente pluralismo istituzionale abbia posto in crisi la stessa concezione dell'ordinamento amministrativo quale ordinamento giuridico separato; dall'altro, come la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa abbia dimostrato che tutte le norme ed i criteri che informano l'attività stessa riguardano anche i suoi destinatari.

<sup>6</sup> C. GARUFI, *Se lo Stato impone obblighi via "circolare"*, in *Dir. e giust.*, 2005, 37, 86-87.

<sup>7</sup> C. TUBERTINI, *op. cit.*, 859.

<sup>8</sup> A. CATELANI, *Aspetti e attualità*, cit., *passim*, ma spec. 1015-1016.

<sup>9</sup> M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 1-2, secondo cui «[l]a circolare oggi è un documento contenente un'enunciazione discorsiva, che da un ufficio viene comunicato ad altri uffici», sicchè «la più precisa determinazione della natura giuridica della circolare non costituisce questione a sé, ma è piuttosto una conseguenza della sistemazione che si vorrà dare alle misure di conoscenza»; F. BASSI, *Circolari amministrative*, cit., 55, ad avviso del quale «la circolare altro non è se non una modalità di esternazione di una manifestazione di volontà, di scienza o quant'altro promanante da un organo amministrativo e diretta ad una pluralità di destinatari»; *contra*, A. RUGGERI, *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1758 ss., che, pur ammettendo che non esiste un contenuto tipico della circolare, evidenzia l'esistenza di più contenuti tipici di un atto che verrebbe così a riassumere valore sostanziale, anziché di mero strumento di notificazione; A. CATELANI, *op. ult. cit.*, 1011-1012, secondo cui «[a]ffermare che la circolare costituisce soltanto un mezzo di comunicazione e che non esiste un problema delle circolari, significa negare l'esistenza stessa dell'atto comunicato, nei suoi aspetti contenutistici e formali di atto giuridico. [...] Affermare quindi che si è in presenza solo di una misura di conoscenza significa negare l'esistenza dell'atto comunicato, e dei problemi – invero assai difficili da risolvere – che esso fa sorgere. L'atto invece esiste ed ha un significato ben preciso, mentre è la comunicazione che ne costituisce una misura di conoscenza, della quale viene fatta prendere visione ai destinatari».

amministrativa, nella quale, al contrario, «le circolari svolgono un ruolo fondamentale finendo per risultare il vero punto di riferimento degli organi agenti, ed imponendosi come un diaframma rispetto al dettato legislativo». In taluni casi, la proliferazione di circolari finisce addirittura per sovvertire il sistema delle fonti, alimentando, da un lato, il noto fenomeno della «fuga dal regolamento», *id est* dall'applicazione delle prescrizioni legislative che impongono determinati parametri formali per l'emanazione degli atti normativi secondari<sup>10</sup>, e consentendo, dall'altro, di aggirare l'ostacolo derivante dall'ormai impossibile reiterazione all'infinito dei decreti legge, cui ha definitivamente posto un argine la giurisprudenza costituzionale<sup>11</sup>.

A questo punto, il discorso dovrebbe allargarsi ai diversi tipi di circolari perché se è vero che, dal punto di vista quantitativo, le circolari interne costituiscono ancora la maggioranza, è anche vero che le circolari esterne risultano sempre più numerose e significative: ne consegue che l'odierno problema delle circolari non attiene esclusivamente alle circolari interne che determinano significativamente il comportamento delle amministrazioni pubbliche spesso stravolgendo il senso della legge, ma riguarda anche le circolari esterne, che disciplinano i rapporti tra gli uffici ed i soggetti che con essi entrano in contatto, contribuendo a determinare diritto obiettivo e risultando, quindi, gravemente lesive delle esigenze garantistiche in ragione sia del procedimento attraverso il quale sono emanate, nel quale non è prevista alcuna forma di partecipazione, sia della mancanza di una pubblicità effettiva, invece prescritta per gli atti fonte<sup>12</sup>.

Non essendo possibile, in questa sede, passare in rassegna dettagliatamente tutte le categorie in cui possono essere ripartite le circolari amministrative<sup>13</sup>, ci si soffermerà soltanto su quelle che pongono maggiori problemi.

---

<sup>10</sup> In argomento, *amplius*, R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1992, 235 ss.; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 63, il quale sottolinea come la fuga dal regolamento sia dovuta alla tendenza di «molti ministeri di sottrarre le proprie determinazioni a controlli e coordinamenti (si pensi, ad esempio, alle giuste denunce contro la riservatezza di troppi atti organizzativi delle strutture ministeriali)».

<sup>11</sup> D. RISO, *Le circolari a contenuto normativo*, in *www.lexitalia.it*, n. 9/1999, che parla di «sotterranea inclusione delle circolari nel sistema istituzionale delle fonti del diritto»; G. MARI, *Sulle circolari amministrative e sui rapporti tra autorizzazioni di polizia e garanzia costituzionale della libertà di stampa*, in *Foro amm. - TAR*, 2002, 3999 ss.

<sup>12</sup> M.P. CHITI, *op. cit.*, 3-4; A. CATELANI, *Aspetti e attualità*, cit., 1026 ss., il quale si sofferma criticamente anche sul ritardo con cui le circolari normative vengono pubblicate e sulla loro difficile reperibilità; su quest'ultimo punto anche G. D'AURIA, *La funzione legislativa dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 723.

<sup>13</sup> Per tale classificazione, si rinvia a M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 2-3; F. BASSI, *Circolari amministrative*, cit., 55-56 e 58.

*In primis*, le circolari intersoggettive, cioè quelle «che sono emanate da un organo di un ente pubblico, ma che hanno per destinatari organi o uffici appartenenti a enti pubblici distinti»<sup>14</sup>, con riguardo alle quali è stato giustamente notato che – a differenza delle circolari interorganiche, che «vengono emanate da un organo amministrativo in posizione gerarchicamente sopraordinata nei confronti di organi e uffici appartenenti allo stesso plesso organizzatorio» e sono, quindi, consentite in virtù di «un rapporto di supremazia speciale»<sup>15</sup> – esse, a prescindere dal fatto che le circolari rappresentino una vera e propria categoria di atti amministrativi ovvero siano mere misure di notificazione<sup>16</sup>, sono soggette al principio di legalità e, quindi, «richiedono che un potere *ad hoc* sia conferito allo Stato o ad altro ente pubblico»<sup>17</sup>.

*In secundis*, le cc.dd. circolari-regolamento, che altro non sono, a ben guardare, che false circolari, essendo intrinsecamente contraddittorio configurare atti per definizione interni idonei a produrre effetti diretti nell'ambito dell'ordinamento generale statale<sup>18</sup>.

Su entrambe le categorie si dovrà tornare più avanti, anche alla luce degli orientamenti manifestatisi nell'ambito della giurisprudenza.

### 3. Segue: b) *l'atteggiamento della giurisprudenza*

A tale rassegna – che, per ovvie ragioni di spazio, sarà circoscritta alle pronunce più recenti, *ergo* inevitabilmente incompleta – è opportuno premettere che anche coloro che hanno criticato, spesso anche in modo assai deciso, numerose affermazioni reperibili nell'ambito della giurisprudenza in tema di circolari non hanno potuto far a meno di ammettere che essa ha sempre avuto di mira l'obiettivo di dare maggiore tutela giurisdizionale al cittadino. Così è stato, ad es., per la tesi delle circolari come «punto di riferimento» per l'individuazione di una forma di eccesso di potere<sup>19</sup>, ma anche, più in generale, per l'orientamento incline ad ammettere l'impugnabilità delle circolari, il quale, in definitiva, tende ad evitare che l'atto applicativo annullato possa essere sostitui-

---

<sup>14</sup> Così F. BASSI, *op. ult. cit.*, 58.

<sup>15</sup> A. CATELANI, *Le circolari*, cit., 156.

<sup>16</sup> L'irrelevanza, sotto questo profilo, dell'adesione all'una o all'altra impostazione dottrinale è stata evidenziata da J. BERCELLI, *Le società miste e le società in house per i servizi pubblici locali: la legge e le ipotesi interpretative*, in *www.giustamm.it*, n. 3/2005, § 3.

<sup>17</sup> A. CATELANI, *op. ult. cit.*, 158.

<sup>18</sup> F. BASSI, *ibidem*; nello stesso senso, già prima della l. n. 400/1988, D. MASTRANGELO, *Sull'impugnabilità delle circolari e sulla loro rilevanza nel giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1979, 827-828.

<sup>19</sup> M.P. CHITI, *op. cit.*, 1.

to da un analogo atto fondato sulla stessa circolare non gravata e, quindi, non caducata<sup>20</sup> e ad estendere il sindacato giurisdizionale a tutti gli atti aventi rilevanza esterna, verificando, al di là dei requisiti formali, se l'atto possa rivestire i caratteri di normatività<sup>21</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che le soluzioni adottate dalla giurisprudenza siano sempre condivisibili e nemmeno che esse individuino sempre la via migliore per tutelare il cittadino.

Per quanto concerne la natura giuridica, la giurisprudenza più recente sembra aderire alla tesi gianniniana, ritenendo «ormai assodato (in dottrina come nei più condivisi arresti giurisprudenziali) che con il termine circolare non si voglia intendere un tipo di atto amministrativo contrassegnato da un contenuto preciso, ma un semplice strumento o modo di comunicazione dai contenuti più eterogenei»<sup>22</sup>.

Si afferma, più in generale, che le circolari consistono in atti interni all'amministrazione, come tali privi di valore provvedimentale e rilevanza esterna, non vincolanti nemmeno per gli organi destinatari se contrari alla legge<sup>23</sup>. Da qui la legittimità del provvedimento che rispetti la previsione legislativa, ancorché non conforme ad una precedente circolare illegittima<sup>24</sup>.

Trattandosi di un atto attraverso il quale l'autorità gerarchicamente sovraordinata indirizza unitariamente l'uso di un potere discrezionale da parte degli organi subordinati<sup>25</sup>, la circolare interpretativa – che, peraltro, non dispensa gli organi cui è diretta dall'interpretare le norme primarie e secondarie in base ai principi dell'ermeneutica<sup>26</sup> – non ha valore di norma esterna vincolante, in ciò distinguendosi dal regolamento, che costituisce una vera e propria fonte normativa di natura secondaria rispetto alla legge<sup>27</sup>. Il suo contenuto, quindi,

<sup>20</sup> M. VENTURA, *Circolari amministrative e Stato di diritto*, in *Dir. e soc.*, 1993, 653.

<sup>21</sup> G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 27 ss.

<sup>22</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 30 agosto 2012, n. 7395, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui si è in presenza di «una categoria eterogenea di atti emanati da Pubbliche amministrazioni (ovvero da soggetti, anche privati, ad esse legislativamente equiparati) che comprende un arco di possibilità attizie dai variegati contenuti, che vanno dalla fonte normativa secondaria di tipo regolamentare, al provvedimento mascherato da atto apparentemente a contenuto normativo ma destinato ad un numero circoscritto e ben definito di soggetti, alla "circolare pura" che non raccoglie nessuna delle caratteristiche proprie delle prime due tipologie di circolari».

<sup>23</sup> Cons. St., Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 218, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1661 e 9 dicembre 2010, n. 8637, *ibidem*; Sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7521, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 82; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I bis, 3 marzo 2007, n. 2014, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 344, *ibidem*.

<sup>24</sup> Cons. St., Sez. VI, 14 febbraio 2002, n. 875, in *Foro amm. – CdS*, 2002, 471.

<sup>25</sup> Secondo la tesi formulata da A. CATELANI, *Aspetti e attualità*, cit., 1001-1002, con riguardo alle circolari normative.

<sup>26</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 23 dicembre 1999, n. 667, in *Cons. Stato*, 1999, I, 2193.

<sup>27</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 9 agosto 2011, n. 7074, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

non assume valore vincolante se non in quanto e nei limiti in cui la portata dispositiva della normativa esaminata sia correttamente ricostruita, essendo da escludere che possano essere introdotti, in via interpretativa, precetti innovativi, e quindi modificativi, delle norme di rango superiore<sup>28</sup>.

In quest'ultimo caso, la circolare va considerata in contrasto con le stesse norme e, pertanto, va disattesa<sup>29</sup>.

Per quanto concerne specificamente il regime processuale, è stato recentemente ribadito che «possono essere oggetto di gravame le circolari che non hanno contenuto meramente interpretativo e cioè quelle diverse dagli atti interni della P.A., finalizzati esclusivamente ad indirizzare uniformemente l'azione dei vari uffici od organi, in quanto recano anche indicazioni attuative della fonte (primaria o secondaria) della quale costituiscono applicazione»<sup>30</sup>.

In alcuni casi, ci si è spinti anche ad affermare l'impugnabilità delle circolari interpretative nel caso in cui esse assumano rilevanza eventuale nel quadro della valutazione dei comportamenti dei funzionari che ne hanno fatto applicazione, pur restando inidonee a modificare il contenuto delle prescrizioni recate dalla fonte della quale costituiscono interpretazione e permanendo la loro incapacità di condizionare la valutazione espressa dal giudice amministrativo<sup>31</sup>.

Ad avviso della pressochè unanime giurisprudenza, tuttavia, non rivestendo le circolari una rilevanza determinante nella genesi dei provvedimenti che ne fanno applicazione, i destinatari di questi ultimi non hanno alcun onere di impugnare la circolare, ben potendo limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che gli atti applicativi sono illegittimi perché hanno applicato una circolare illegittima che si sarebbe dovuta, invece, disapplicare<sup>32</sup>. Ne discende, a

---

<sup>28</sup> T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 27 marzo 2009, n. 699, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Deve, pertanto, escludersi, ad es., che una circolare possa stabilire termini decadenziali non previsti dalla legge, tantomeno in mancanza di adeguata pubblicità (T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III *bis*, 2 luglio 2008, n. 6359, *ibidem*), ovvero assoggettare a regime concessorio una determinata attività economica che prima poteva essere svolta in regime concorrenziale e privatistico (T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 18 febbraio 2008, n. 1442, *ibidem*).

<sup>29</sup> T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Bolzano, 18 marzo 2008, n. 83, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>30</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, n. 7395/2012, cit.; già prima, Cons. St., Ad. plen., 14 novembre 2011, n. 19, in *Corr. merito*, 2012, 107; Sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6167, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>31</sup> Sempre T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, n. 7395/2012, cit.; già prima, Cons. St., Sez. V, 16 ottobre 2010, n. 7521, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Sez. VI, 27 settembre 2005, n. 5065, in *Foro amm.* – *CdS*, 2005, 2689.

<sup>32</sup> In tal senso, tra le più recenti, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III *bis*, 8 giugno 2012, n. 5201 e 10 gennaio 2012, n. 212, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. III, 17 gennaio 2011, n. 83, 14 gennaio 2011, n. 59 e 15 ottobre 2010, n. 2096, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 7 settembre 2010, n. 32121, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3236 e 18 febbraio 2010, n. 964, *ibidem*; Sez. V, 7 novembre 2008, nn. 5551 e 5552, *ibidem*; T.A.R. Liguria, Sez. II, 29

*fortiori*, che una circolare amministrativa *contra legem* può essere disapplicata anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto applicativo<sup>33</sup>.

In linea di principio, peraltro, si ritiene che, stante il carattere interno delle circolari, esse siano, in genere, fisiologicamente inidonee a ledere immediatamente le posizioni giuridiche dei terzi, con conseguente inammissibilità, per difetto d'interesse attuale, di un'eventuale impugnazione diretta esclusivamente nei confronti della circolare<sup>34</sup>. In sostanza, ancorchè il provvedimento possa definirsi applicativo di una circolare, è sempre e soltanto il provvedimento stesso ad esplicare l'effetto lesivo, sicchè si riconosce generalmente che l'impugnazione non deve estendersi anche alla circolare<sup>35</sup>.

Secondo talune pronunce, alla regola della non immediata impugnabilità si sottraggono soltanto le cc.dd. circolari-regolamento (figura assai discussa sulla quale si tornerà più avanti) e quelle con cui l'autorità amministrativa impartisce disposizioni riguardo a situazioni che involgono l'interesse di soggetti estranei all'organizzazione amministrativa aventi attitudine a conformare direttamente l'attività dei privati, ponendo prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive<sup>36</sup>.

#### 4. *Alcuni casi particolari: a) le circolari dell'amministrazione finanziaria*

Al fine di evidenziare ulteriormente l'enorme rilievo che le circolari hanno assunto nel nostro ordinamento, pare opportuno soffermarsi brevemente su alcuni casi particolari, nei quali il complesso delle circolari normative è addirittura più vasto ed articolato della legislazione statale vigente ed incide, quindi, notevolmente non soltanto sull'agire degli organi a cui le circolari stesse sono indirizzate, ma anche sui soggetti terzi, che sono destinatari dell'azione amministrativa<sup>37</sup>.

---

novembre 2005, n. 1614, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2768, in *Foro amm. – CdS*, 2005, 1422; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 9 luglio 2003, n. 2790, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., Sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5354 e 16 ottobre 2010, n. 5506, in *Foro amm.*, 2001, 2719 e in *Corr. giur.*, 2000, 1566.

<sup>33</sup> T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 16 novembre 2011, n. 1738, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VI, 9 giugno 2011, n. 3053, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 20 maggio 2011, n. 957, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 10 febbraio 2011, n. 1312, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 21 giugno 2010, n. 3877, *ibidem*.

<sup>34</sup> In tal senso, da ultimo, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 25 gennaio 2013, n. 75, in *www.giustamm.it*, n. 1/2013; già prima, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 11 agosto 2009, nn. 2196 e 2197, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 236, *ibidem*; Cons. St., Sez. VI, 5 ottobre 2001, n. 5261, in *Foro amm.*, 2001, 2849.

<sup>35</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I *quater*, 22 marzo 2007, n. 2504, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>36</sup> Così T.A.R. Piemonte, Sez. II, 11 agosto 2009, n. 2195, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>37</sup> A. CATELANI, *Aspetti e attualità*, cit., 1015-1016, proprio con riguardo ad alcune delle materie (quella finanziaria, quella scolastica e quella contrattuale) sulle quali ci soffermeremo.

Un cenno meritano, innanzitutto, le circolari in materia tributaria, alle quali l'amministrazione finanziaria ha fatto ricorso fin dall'inizio del secolo scorso<sup>38</sup>.

La soluzione giurisprudenziale che si è affermata e che può dirsi attualmente consolidata esclude che tali circolari, contenenti ordini o interpretazioni normative dirette all'ufficio che deve applicare le norme, possano assumere efficacia normativa esterna; minoritario risulta l'orientamento di certa giurisprudenza amministrativa che mira ad applicare nell'ambito tributario la soluzione dell'impugnabilità autonoma degli atti generali<sup>39</sup>. Nonostante il dissenso manifestato dalla dottrina nei confronti di quest'ultimo indirizzo<sup>40</sup>, alcune pronunce della Corte di cassazione denotano però «un interesse ad assicurare al contribuente una tutela anticipata rispetto all'emissione degli atti di accertamento, liquidazione, riscossione [...] che sembra prevalere sull'altro della vincolatività o meno nell'ambito interno dell'amministrazione finanziaria».

Anche nel settore tributario, comunque, la dottrina è sostanzialmente unanime nell'escludere la legittimità delle circolari *contra legem*, in ragione sia del fatto che l'efficacia delle norme interne è limitata all'ambito dell'istituzione che le ha emanate, sia del riconosciuto principio dell'inderogabilità delle norme tributarie<sup>41</sup>.

Sotto l'aspetto processuale, la dottrina tendenzialmente esclude sia la necessità che, unitamente all'atto tributario, vada impugnata anche la circolare<sup>42</sup>, sia che quest'ultima possa essere disapplicata<sup>43</sup>.

Anche la giurisprudenza più recente è incline a ritenere che le circolari interpretative dell'amministrazione finanziaria non possano essere annoverate fra gli

---

<sup>38</sup> B. COCIVERA, *Raccolta delle circolari ed istruzioni ministeriali relative all'imposta di ricchezza mobile e complementare progressiva sul reddito*, Milano, 1957; R. ALESSI – G. STAMMATI, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 1964, 19; N. D'AMATI, *Il diritto finanziario*, Bari, 1984, 35.

<sup>39</sup> Sul punto, A. DI PIETRO, *Circolare – II) Circolari in materia tributaria*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2, a cui si rinvia anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>40</sup> Con riguardo alle circolari tributarie, si esclude sia ogni rilevanza esterna giuridicamente apprezzabile (E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1987, 149; M. BERTOLISSI, *Le circolari interpretative dell'Amministrazione finanziaria*, in *Rass. trib.*, 1987, 454), sia la loro riconducibilità alla categoria degli atti d'imposizione autonomamente impugnabili innanzi agli organi del contenzioso tributario (G. FALSITTA, *Rilevanza delle circolari interpretative e tutela giurisdizionale del contribuente*, *ivi*, 1988, 14).

<sup>41</sup> G. LICCARDO, *Natura giuridica delle circolari ministeriali*, in *Riv. dir. fin.*, 1952, II, 137; A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1968, 30; L. PERRONE, *Discrezionalità e norma interna nell'imposizione tributaria*, Milano, 1969, 141; L. RASTELLO, *Diritto tributario*, Padova, 1980, 295.

<sup>42</sup> Osserva al riguardo A. DI PIETRO, *op. cit.*, 4, che tale soluzione consentirebbe, tra l'altro, di superare le difficoltà processuali derivanti dalla previsione di un novero tassativo di atti impugnabili innanzi alle commissioni tributarie.

<sup>43</sup> L'istituto della disapplicazione, previsto per gli atti generali (art. 16, comma 4, d.p.r. n. 636/1972), potrebbe applicarsi alle circolari soltanto se si riconoscesse loro tale natura, che è, invece, esclusa (M. BERTOLISSI, *op. cit.*, 452; G. FALSITTA, *op. cit.*, 35).

atti generali d'imposizione, impugnabili innanzi al giudice amministrativo e/o di applicabili dai giudici tributario od ordinario, anche perché, ammettendo che il giudice amministrativo possa annullare, con effetto *erga omnes*, una siffatta circolare, si precluderebbe a tutti gli uffici dell'amministrazione finanziaria di accogliere quell'interpretazione, con il risultato – contrario ai principi costituzionali – di elevare il giudice stesso al rango di interprete autentico della norma tributaria<sup>44</sup>.

A ciò si aggiunga che la circolare tributaria non vincola:

- a) il contribuente, che resta pienamente libero di non adottare un comportamento uniforme ad essa, in piena coerenza con la regola secondo cui, in un sistema tributario basato essenzialmente sull'autotassazione, la soluzione delle questioni interpretative è affidata (almeno nella prima fase della determinazione dell'imposta da corrispondere) direttamente al contribuente;
- b) gli uffici gerarchicamente sottordinati, che possono disattenderla (anche se lo fanno assai di rado);
- c) la stessa autorità emanante, che resta libera di modificare, correggere ed anche disattendere *in toto* l'interpretazione adottata;
- d) il giudice tributario (e, *a fortiori*, la Corte di cassazione), a cui è riservato in via esclusiva il compito di interpretare la norma<sup>45</sup>.

##### 5. Segue: b) *le circolari del Consiglio superiore della magistratura*

Un cenno, sia pur brevissimo, meritano, poi, le circolari del Consiglio superiore della magistratura, le quali hanno progressivamente assunto il compito di regolamentare le attribuzioni giurisdizionali dei dirigenti degli uffici e la delicata materia delle loro sostituzioni, anche in relazione all'attività giurisdizionale riservata alla loro competenza funzionale, ben oltre i limiti fissati dalle norme dell'ordinamento giudiziario.

La giurisprudenza ha colto da tempo l'importanza del fenomeno, dando atto dell'avvenuta creazione di un «diritto tabellare», costituito da regole primarie

---

<sup>44</sup> Così Cass., Sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031, in *Boll. trib.*, 2008, 437; nello stesso senso, Cons. St., Sez. IV, 9 novembre 2005, n. 6243, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che osserva come il rapporto giuridico d'imposta trovi la sua fonte direttamente nella norma e non nella circolare; 15 febbraio 2002, n. 948, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1069, con commento di C. TUBERTINI, *Le circolari: regime di impugnazione ed effettività della tutela giurisdizionale*.

<sup>45</sup> Cass., Sez. un., n. 23031/2007, cit.; nello stesso senso, Sez. V, 15 marzo 2011, n. 6056, 19 giugno 2009, n. 14328 e 9 gennaio 2009, n. 237, in *Boll. trib.*, 2011, 1144 e in *Corr. trib.*, 2009, 2989 e 477, secondo cui, in materia tributaria, le circolari ministeriali non costituiscono fonte di diritti ed obblighi, per cui, qualora il contribuente si sia conformato ad un'interpretazione erronea fornita dall'Amministrazione finanziaria, successivamente modificata, è esclusa soltanto l'irrogazione delle relative sanzioni, in base al principio di tutela dell'affidamento; Sez. III, 19 giugno 2008, n. 16612, in *CED Cassazione*, 2008.

e secondarie, derivanti dai principi costituzionali (giudice naturale precostituito per legge; indipendenza, imparzialità e soggezione solo alla legge; ragionevole durata del processo; efficiente organizzazione degli uffici), dall'ordinamento giudiziario e, appunto, dalle circolari del Consiglio superiore della magistratura sull'organizzazione degli uffici giudiziari, nelle quali è stato affermato che, in attuazione dei predetti principi costituzionali, la possibilità di sostituire il presidente negli atti attribuiti alla sua competenza funzionale può estendersi dai casi eccezionali della sua assenza o impedimento ai casi di ordinaria organizzazione del lavoro, con una delega continuativa delle sue attribuzioni, purché ciò avvenga sulla base di criteri preordinati e sottoposti al vaglio del medesimo Consiglio<sup>46</sup>.

Da tale giurisprudenza giunge, pertanto, «un vero e proprio riconoscimento del potere paranormativo del Consiglio superiore della magistratura in relazione all'organizzazione degli uffici, potere peraltro esercitato con modalità esponenziali dopo l'entrata in vigore della riforma del giudice unico, vera e propria rivoluzione nel mondo giudiziario che ha imposto un modo nuovo di valutare le funzioni, intese in senso amministrativo, dei magistrati incaricati di funzioni direttive o semidirettive»<sup>47</sup>.

#### 6. Segue: c) *le circolari nel sistema nazionale d'istruzione*

Non può non essere menzionato il sistema scolastico, nel cui ambito – com'è a tutti noto – le fonti secondarie, ed in particolare le circolari, hanno sempre rappresentato dei fondamentali strumenti di disciplina, di guida e di condizionamento delle attività demandate alle diverse unità operative<sup>48</sup>. Esse, infatti, non sono servite soltanto all'amministrazione centrale per amplificare ed enfatizzare la sua ingerenza, ma hanno «sempre avuto un valore di “rassicurazione” per chi si è trovato a lavorare, con funzioni di direzione e compiti di gestione, nella scuola, contribuendo ad alimentare il circolo vizioso fra autoritarismo burocratico-centralistico e deresponsabilizzazione delle unità periferiche (e dei loro titolari), che da sempre costituisce una peculiare patologia del nostro sistema amministrativo pubblico»<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Cass., Sez. I, 23 aprile 2004, n. 7764, in *Foro amm. – CdS*, 2004, 1041.

<sup>47</sup> Così P. PIRACCINI, *La Corte di cassazione riconosce il potere paranormativo del Consiglio superiore della magistratura e la nascita del «diritto tabellare»*, in *Giust. civ.*, 2005, 756.

<sup>48</sup> In argomento, ampiamente, E. SILVESTRI, *Le fonti tipiche della normazione in materia di pubblica istruzione*, in *L'istruzione* (Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione), a cura di C.M. Iaccarino, Vicenza, 1967, 23 ss., spec. 27 ss.

<sup>49</sup> G. D'ALESSIO, *Circolari amministrative e autonomia delle scuole. Dal modello burocratico al federalismo solidale*, in *Autonomia & Dirigenza*, n. 1-2-3/2002, 6-7.

Ora, se una siffatta prospettiva poteva risultare coerente con l'ordinamento vigente prima delle riforme degli anni '90 del secolo scorso, quando ci si trovava di fronte ad un assetto istituzionale di tipo gerarchico, nel quale gli organi dell'amministrazione statale della pubblica istruzione ordinavano e le scuole eseguivano<sup>50</sup>, v'è da chiedersi che spazio si giustifichi oggi, nel nuovo assetto normativo connotato dal riconoscimento di significativi elementi di autonomia in capo alle istituzioni scolastiche<sup>51</sup>, per un analogo «governo per circolari».

Nel mutato contesto ordinamentale, delle circolari verrà verosimilmente valorizzata la funzione di garanzia di «un livello minimo di coerenza nell'operato di più enti pubblici dello stesso tipo e preposti alla cura di interessi pubblici omogenei», anche se v'è da chiedersi «se l'esigenza di raccordo e funzionamento armonico dell'insieme delle istituzioni educative possa ancora essere soddisfatta attraverso meccanismi di coordinamento dall'alto; o non si debba, invece, pensare ad altri e diversi moduli di coordinamento [...] che siano più rispondenti al radicale ripensamento intervenuto nell'organizzazione scolastica»<sup>52</sup>, caratterizzato dal «passaggio ad un modello orizzontale, formato da un insieme di comunità scolastiche, nelle quali si fa istruzione, ricerca, formazione, attraverso modelli flessibili, in vista del raggiungimento di obiettivi generali, secondo *standard* di qualità fissati da un *centro* dotato di funzioni strategiche e finalmente liberato da compiti di gestione».

## 7. Segue: d) *gli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*

Un'ultima tipologia di circolari, *lato sensu* intese, alle quali va dedicato un minimo d'attenzione è rappresentata dagli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Si tratta di una molteplicità di atti variamente denominati (regolamenti, determinazioni, deliberazioni, ecc.), nei quali taluno ha ravvisato la natura di circolari interpretative<sup>53</sup>, tal'altro una generica funzione di orientamento e di

<sup>50</sup> D. COLACI, *Profili fondamentali dell'autonomia scolastica*, in *Riv. giur. scuola*, 2000, 920.

<sup>51</sup> Sul ruolo del centro nel settore dell'istruzione in un contesto di potenziamento delle autonomie, A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, 126 ss.; per profili più specifici, Id., *Sussidiarietà ed autonomia scolastica nella lettura della Corte costituzionale*, in *Ist. fed.*, 2004, 543 ss.; F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle scuole: quali prospettive?*, *ibidem*, 561 ss.; M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, *ivi*, 2005, 353 ss.

<sup>52</sup> G. D'ALESSIO, *op. cit.*, 13-14.

<sup>53</sup> Così T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 29 marzo 2004, n. 2179, in *Foro amm.* – TAR, 2004, 824; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 10 luglio 2002, n. 6241, in *Urb. e app.*, 2003, 222. In dottrina, L. BERTONAZZI, *Organi pubblici di sovrintendenza e controllo*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, 2ª ed., Padova, 2004, 52.

indirizzo per gli operatori del settore<sup>54</sup>, non vincolati nello svolgimento delle procedure selettive di loro competenza<sup>55</sup>.

A prescindere da quale sia la lettura più corretta, l'autoattribuzione di siffatti poteri di regolazione compiuta dalla stessa Autorità<sup>56</sup> è apparsa alla dottrina priva di qualsivoglia riferimento normativo, anche perché la norma che dispone la pubblicazione di tali deliberazioni nella *Gazzetta Ufficiale* (art. 3, comma 3, d.p.r. n. 554 del 1999) ha natura regolamentare e non legislativa<sup>57</sup>.

Si tratta invero di «provvedimenti che, nel silenzio della legge, assumono connotazioni ibride a metà strada tra regolazione, consistente però nell'emanazione di atti interpretativi a contenuto non vincolante, e mera ricognizione della conformità delle singole procedure alle disposizioni vigenti in materia»<sup>58</sup>.

Per quanto concerne il loro trattamento processuale, comunque, la presochè unanime giurisprudenza ritiene che essi non abbiano natura provvedimento, siano inidonei ad arrecare un danno concreto ed attuale e non siano, quindi, autonomamente impugnabili<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 12 dicembre 2009, n. 12839 e (ord.) 16 febbraio 2000, n. 1463, in *Foro amm. – TAR*, 2009, 3523 e in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, C. LACAVA, *Sui poteri di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 32, secondo cui «agli atti di regolazione e determinazione va dunque attribuito sul piano formale il valore proprio della *moral suasion* di atti cioè persuasivi, non creativi di obblighi giuridici»; nello stesso senso, M. DI LULLO, *L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di M. Sanino, Torino, 2008, 119-120.

<sup>55</sup> T.A.R. Sardegna, 7 aprile 2006, n. 504, in *Foro amm. – TAR*, 2007, 773, con nota di R. FANIZZI, *No del giudice amministrativo all'impugnabilità autonoma dei pareri rilasciati dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti se la piena conoscenza dell'atto impugnato si è avuta già al momento della proposizione del ricorso principale*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 26 luglio 2005, n. 10385, *ivi*, 2005, 2502; Cons. St., Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6760, in *Foro amm. – CdS*, 2003, 2997.

<sup>56</sup> Significativa, a tal proposito, l'analisi svolta dall'allora Presidente dell'Autorità: F. GARRI, *Precisazioni in tema di effetti delle pronunce dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, in *App. urb. edil.*, 2002, 329 ss.

<sup>57</sup> Rileva L. BERTONAZZI, *op. cit.*, 52 che «l'Autorità, chiamata dal legislatore a vigilare sulla osservanza della normativa primaria e sub primaria di settore, ha ritenuto che la propria generica missione istituzionale contenga, per implicito, anche quella più specifica di adottare atti che rendono noto il suo punto di vista intorno alla corretta interpretazione ed applicazione della disciplina legislativa e regolamentare in materia di lavori pubblici», laddove invece «un potere amministrativo (per essere autenticamente tale e per essere esercitato senza che l'amministrazione incorra in carenza di potere) deve rinvenire il proprio fondamento in una fonte primaria, non essendo all'uopo sufficiente una fonte soltanto secondaria».

<sup>58</sup> S. TUCCILLO, *La natura degli atti deliberativi dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e la loro funzione di orientamento per gli operatori del settore: una vigilanza depotenziata?*, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 3767.

<sup>59</sup> In tal senso, *ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2503, in *Foro amm. – CdS*, 2010, 1074, annotata da R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'inammissibilità del ricorso avverso atti dell'Autorità per*

Tale soluzione, però, non convince del tutto la dottrina, specie nei casi in cui tali ammonimenti qualificati siano intesi non tanto a chiarire la portata della normativa vigente, quanto a valutare la legittimità o meno di una procedura concorsuale ancora *in itinere*: in siffatte ipotesi, si ritiene che dovrebbe consentirsi alle imprese e/o alle stazioni appaltanti direttamente coinvolte di far valere le proprie ragioni senza dover attendere l'adozione di un provvedimento che recepisca le indicazioni dell'Autorità, facendo acquisire loro rilevanza esterna<sup>60</sup>.

## 8. *Riflessioni conclusive*

L'analisi svolta conferma la sensazione, più volte manifestata in dottrina, che la giurisprudenza in materia di circolari sia stata sempre alquanto oscillante, anche perché sotto il nome di circolari si nascondevano spesso veri e propri regolamenti<sup>61</sup>.

Si è già visto<sup>62</sup> come la giurisprudenza più recente, muovendo dall'astratta impugnabilità di tutti gli atti delle pubbliche amministrazioni che non rientrino nella categoria, peraltro assai discussa, degli atti politici (*ex art. 7, comma 1, c.p.a.*)<sup>63</sup>, ammetta l'impugnabilità delle circolari non aventi contenuto meramente interpretativo, *id est* di quelle diverse dagli atti interni, e si spinga talvolta anche ad affermare l'impugnabilità delle circolari interpretative nel caso in cui, pur restando inidonee a modificare il contenuto delle prescrizioni recate dalla fonte di cui costituiscono interpretazione ed a condizionare la valutazione del giudice, assumano rilevanza eventuale nel quadro della valutazione dei comportamenti dei funzionari che le hanno applicate. La facoltà, se non addirittura l'onere, d'impugnare anche le circolari unitamente agli atti che le applichino viene affermata muovendo dal convincimento che esse, pur essendo *ab origine* inidonee a ledere direttamente le posizioni giuridiche dei terzi, lo diventino indirettamente al momento dell'adozione degli atti applicativi<sup>64</sup>.

---

la vigilanza sui contratti pubblici, *ibidem*, 1980 ss.; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 16 giugno 2004, n. 5816, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Liguria, Sez. II, 2 maggio 2002, n. 502, in *Foro amm.* – TAR, 2002, 1562.

<sup>60</sup> S. TUCCILLO, *op. cit.*, 3767-3769.

<sup>61</sup> Così, di recente, A. CERRETO, *Osservazioni sull'atto impugnabile davanti al Giudice amministrativo, con richiamo delle decisioni più antiche*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (febbraio 2010), § 4, che richiama giurisprudenza di oltre un secolo fa.

<sup>62</sup> *Supra*, § 3.

<sup>63</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, 225 ss., spec. 235-238 e in *Riv. dir. proc.*, 2012, 581 ss., spec. 589-592.

<sup>64</sup> Sul punto, anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, può vedersi S. RAIMONDI, *Procedimento amministrativo e attualità dell'interesse a ricorrere*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 7/2008, § 3.

Al di là del fatto che – come pure è già stato rilevato – l'anzidetta giurisprudenza mira quasi sempre a dare maggiore tutela giurisdizionale al cittadino, si tratta di una ricostruzione quantomeno opinabile, di cui gli stessi giudici amministrativi mostrano di non essere del tutto convinti laddove evitano, quasi sempre, sia di annullare la circolare impugnata, sia di dichiarare inammissibile il ricorso avverso l'atto applicativo quando non sia stata impugnata anche la circolare<sup>65</sup>.

Tale ricostruzione si fonda, infatti, su un parallelo con i regolamenti che, stante la radicale diversità di questi ultimi rispetto alle circolari, risulta del tutto fuorviante<sup>66</sup>. Ed infatti, essendo atti, oltre che generali, anche interni, privi dell'efficacia nell'ordinamento generale che costituisce requisito indefettibile affinché un atto possa considerarsi impugnabile, le circolari non dovrebbero potersi impugnare nemmeno unitamente all'atto applicativo<sup>67</sup>. Ove così non fosse, qualora cioè la presunta circolare si ponesse come fonte di diritto obiettivo, saremmo in realtà in presenza di regolamenti, adottati in forza di un diverso potere<sup>68</sup>.

La giurisprudenza, in definitiva, pur confermando astrattamente l'adesione alla tradizionale concezione delle circolari come atti interni, finisce in concreto per assoggettarle al medesimo trattamento processuale degli atti generali, normativi e non, porgendo così il fianco, da un lato, alle medesime obiezioni che sono state rivolte contro la validità del modello della c.d. «giustiziabilità differita», tipico degli atti generali<sup>69</sup>; dall'altro, al rilievo che, riconoscendo alle circolari la stessa piena efficacia nell'ordinamento generale dei regolamenti, si consente agli organi di esercitare una potestà normativa in difetto di un'espressa attribuzione<sup>70</sup>.

Non potendo essere equiparate, sempre in ragione della loro natura di atti interni, inidonei a ledere la sfera giuridica del privato, nemmeno agli atti presupposti ovvero a quelli preparatori, le circolari dovrebbero essere ritenute *tout court* non impugnabili, così da evitare una volta per tutte l'incertezza insita nell'individuazione della loro, immediata o meno, lesività, da cui la giurisprudenza suole far dipendere la sussistenza di un eventuale onere di immediata impugnazione<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> M. VENTURA, *op. cit.*, 642.

<sup>66</sup> M. VENTURA, *op. cit.*, 645.

<sup>67</sup> M. VENTURA, *op. cit.*, 647; nel senso che, in aggiunta al loro carattere astratto, «vi è una ragione più profonda che vale ad escludere la impugnabilità di tali atti e che è comune sia agli atti interni normativi che a quelli di carattere concreto. L'efficacia degli atti interni, infatti, in mancanza di rinvio, rimane limitata all'ambito della P.A. che li ha emanati», già E. SILVESTRI, *L'attività interna*, cit., 165-166.

<sup>68</sup> E. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 220; F. BASSI, *La norma interna*, cit., 328 ss.; Id., *Circolari amministrative*, cit., 59.

<sup>69</sup> Sul punto, è d'obbligo il rinvio a G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 290.

<sup>70</sup> M. VENTURA, *op. cit.*, 649.

<sup>71</sup> Su quest'ultimo aspetto, C. TUBERTINI, *op. cit.*, 860.



## L'indipendenza dell'avvocato tra tutela costituzionale e dimensione sovranazionale\*

di Maurizio Gemelli

SOMMARIO: 1. Brevi cenni storici introduttivi. – 2. Diritto di difesa e artt. 24 e 111 Cost. – 3. La solitudine dell'avvocato indipendente: due vicende paradigmatiche. – 4. Indipendenza dell'avvocato, effettività del diritto di difesa e dimensione sovranazionale. – 5. Rilievi conclusivi (niente affatto esaustivi).

### 1. *Brevi cenni storici introduttivi*

La ricostruzione storica dell'epopea degli avvocati italiani costituisce a tutt'oggi impresa davvero ardua, sol che si consideri la scarsa disponibilità di repertori, fonti, banche dati e strumenti di consultazione di vario genere.

Un dizionario biografico degli avvocati italiani, né tantomeno un censimento degli studi legali non risulta essere ancora stato neppure avviato (e, d'altro canto, con l'esponentiale aumento, registratosi in questi ultimi decenni nel nostro paese, degli appartenenti alla categoria professionale, oggi quantificabili in oltre duecentotrentamila unità, verosimilmente si rivelerebbe impresa titanica!).

La copiosa documentazione, di cui pure dispone il Consiglio Nazionale Forense, se per un verso rende più agevole una visione panoramica d'insieme, per altro verso evidenzia – e non potrebbe essere altrimenti, attesa la frammentazione della stessa – non poche lacune che rischierebbero di incrinare l'attendibilità dei risultati della ricerca.

Malgrado le obiettive difficoltà dianzi richiamate, vale la pena provare a compiere una ricostruzione storica dei momenti più significativi, all'evidenza sommaria, non fosse altro perché, dovendo circoscrivere la nostra indagine alla sola tematica dell'indipendenza, si farà riferimento alle uniche fonti a quella funzionali.

\* Testo, rielaborato per la pubblicazione, della relazione svolta in occasione del Seminario su “L'indipendenza del giudice e dell'avvocato tra tutela costituzionale e dimensione sovranazionale”, organizzato, nell'ambito dell'attività formativa di contesto, dal Dipartimento IURA, Sezione Diritto Pubblico, della Facoltà di Giurisprudenza (Palermo, 28 novembre 2012).

Sotto quest'ultimo profilo, un primo momento, certamente pregnante, può cogliersi nella l. 8 giugno 1874 n.1938, in materia di libere professioni, rimasta in vigore assai a lungo, unanimemente considerata come il primo tentativo organico dello Stato unitario di "nazionalizzare" gli Ordini professionali, vale a dire di eliminare i particolarismi e dettare una disciplina uniformemente applicabile a tutti i singoli Ordini locali.

La seconda tappa del nostro rapido *excursus* storico ci riporta, dopo una repentina accelerazione, all'anno di grazia 1933, epoca nella quale l'esautoramento dell'Ordine professionale conduceva all'imposizione dell'inquadramento sindacale dall'alto della categoria, in uno con la sconfitta dei movimenti di base, che pure si erano mobilitati per contrastare la crisi economica degli anni trenta e la parallela inflazione dei laureati in giurisprudenza ("historia se repetit" avrebbe chiosato GiovanBattista Vico, con la felice intuizione dei suoi corsi e ricorsi storici, contenuta ne "*La scienza nuova*" del 1725!).

Gli avvocati, nella loro qualità "istituzionale" di liberi professionisti, subivano in quegli anni un pesante attacco tanto sul versante economico (per effetto della parallela crescita smisurata degli uffici legali di enti e sindacati, espressioni peculiari dello Stato "corporativo") quanto su quello più squisitamente politico, atteso che non pochi fascisti più oltranzisti avrebbero voluto cancellarli, ritenendoli anacronistici, propugnando la creazione di un nuovo modello di avvocato, manifestamente dipendente, praticamente "semi-impiegato"<sup>1</sup>. Si voleva, in buona sostanza, inquadrare le professioni intellettuali in genere, e prima fra tutte quella forense, sotto il vincolo statale secondo schemi precostituiti di chiara matrice totalitaria. L'avvocato-funzionario esprimeva, infatti, una evidente e inequivocabile tendenza alla burocratizzazione della professione, a ben vedere assai più pericolosa delle spinte livellatrici e autoritarie, promananti nel corso del c.d. ventennio dal fascismo più intransigente e prevaricatore.

Allontanato dalla clientela che lo avrebbe scelto liberamente, anche in base alle sue capacità professionali, esonerato dal suo rapporto diretto e personale con il cliente, l'avvocato dell'ente statale, o parastatale, vedeva svilito il suo ruolo a quello di dipendente stipendiato dal datore di lavoro pubblico, del quale era chiamato a interpretarne le ragioni per tramite di un lavoro assolutamente ripetitivo, spesso addirittura costretto entro gli angusti confini della modulistica prestampata. Specializzatosi in pochi filoni di cause standardizzate, perdeva tutta la sua creatività e autonomia, unici autentici patrimoni della professione libera, finendo per vedere disconosciuta, in ultima analisi, la sua stessa essenza.

Più in dettaglio, il fascismo tentava – segnatamente con il progetto di co-

---

<sup>1</sup> La definizione di cui al testo è di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei pubblici servizi*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, 1935, vol. II, parte III, pp. 335-682.

dice di procedura penale – di regolamentare in forme più rigide l'eloquenza forense, verosimilmente anche nell'intento di eliminare un pulpito dal quale era possibile contestare pubblicamente il regime. Ciò che in concreto era avvenuto nei celebri processi dell'Ottocento e dei primi anni del Novecento che – esattamente come accade oggi (ancora una volta, i corsi e ricorsi storici!!) – trovavano una efficacissima cassa di risonanza nelle cronache giudiziarie dei grandi giornali popolari. L'espressione ricorrente a quel tempo, che scolpiva gli intendimenti di cui sopra, era quella de “*la maschia avvocatura*”<sup>2</sup>, con la quale, per l'appunto, si intendeva accreditare un idealtipo di avvocato, espressione peculiare della concezione superomistica e magnetica del capo, assai in voga durante il ventennio.

La vita complessiva della professione, pur incanalata nel solco del Sindacato forense di stampo fascista, riusciva a mantenere però – verrebbe da dire, per fortuna! – una sostanziale vitalità, sconfessando le aspettative omologatrici del regime. Seppure costretti ad indossare la camicia nera, gli avvocati conservavano una certa indipendenza, continuando a comportarsi secondo i previgenti codici liberali della professione. Ciò che talvolta li costringeva a pagare un prezzo davvero alto, sol che si abbia riguardo al considerevole numero di violenze fasciste indirizzate nei confronti sia delle abitazioni di professionisti del foro sia degli studi legali, i quali ultimi nel tempo erano assurti a veri e propri centri di potere, a luoghi di elaborazione della cultura giuridica<sup>3</sup>. Si consideri, a tal proposito, che, almeno sino alla fine degli anni Sessanta, la coincidenza fra impegno professionale e accademico costituiva un vero e proprio tratto distintivo dell'università italiana. L'esercizio dell'avvocatura da parte degli accademici veniva ritenuto, infatti, un arricchimento vitale, sotto lo specifico profilo che portare nelle sedi giudiziarie la pratica delle altre aule, e viceversa, avrebbe reso più agevole la trasmissione del sapere giuridico. Insomma, la pratica, l'esperienza professionale rappresentavano parte costitutiva dell'insegnamento, nel senso che il costante riferimento alle fattispecie concrete ravvivava la lezione e bilanciava le astrattezze teoriche.

La concezione totalitaria dell'avvocato si manifestava persino nelle tecni-

---

<sup>2</sup> “*La maschia avvocatura*” è anche il titolo di una interessantissima pubblicazione di A. MENICONI, edita da Il Mulino, 2006, per la collana della Storia dell'Avvocatura in Italia, alla quale si rinvia per una più puntuale ricostruzione delle istituzioni e della professione forense in epoca fascista (1922-1943).

<sup>3</sup> Sempre in tema di ritorsioni subite dagli avvocati durante il ventennio fascista, giova, altresì, ricordare la vicenda amministrativa che coinvolse, all'indomani dell'entrata in vigore della legislazione razzista antiebraica del 1938, centinaia di avvocati ebrei provocandone l'esclusione pressochè totale dalla vita professionale, peraltro riaffermata l'anno successivo con il varo della l. n. 1504 del 29 giugno 1939, intitolata appunto “*Disciplina dell'esercizio delle professioni da parte di cittadini di razza ebraica*”.

che di costruzione dell'arringa e, più in generale, nelle modalità di conduzione della complessiva strategia difensiva.

Con particolare riferimento alle prime, si richiamava all'ordine il professionista, ricordandogli che *“il difensore che arringa deve parlare con gli occhi fissi sui giudici per misurare e sentire l'effetto delle proprie argomentazioni, e al tempo stesso stare attento a quel che dice, magari a bassa voce, l'avversario, sia per rintuzzare prontamente l'interruzione, sia anche per prevenire l'obiezione e per intendere dove il ragionamento è stato o poco convincente o impreciso, e completarlo e correggerlo”*<sup>4</sup>.

Con riguardo alle seconde, assai emblematico si rivela il tenore di una Circolare del marzo 1929 (a firma Augusto Turati, allora Segretario del Partito Nazionale Fascista), nella quale si poteva leggere testualmente che: *“più ancora importante che la scelta delle cause è forse importante il modo con cui l'avvocato deve difenderle. Lascio in disparte l'obbligo della correttezza e probità professionale, a cui l'avvocato fascista è più di ogni altro rigidamente tenuto. Ma il suo carattere di ausiliare della giustizia deve, nel campo civile, tenerlo lontano dall'abuso dei cavilli curialeschi, dalle pratiche defatigatorie, dalla proposizione di rimedi manifestamente infondati. E, nel campo penale, deve egli astenersi dal concorrere alle lungaggini delle istruttorie e dei giudizi, dall'assumere pose esibizionistiche o gladiatorie, dall'abusare della retorica, dal fare orazioni interminabili, dal tenere contegno indisciplinato di fronte ai magistrati”*.

Solo con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 597 del 28 maggio 1947, l'avvocatura tornava ad essere una professione “libera”, senza che, però, ciò sfociasse nell'emanazione di una nuova legge professionale.

La stragrande maggioranza delle riforme operate dal fascismo rimaneva in vigore anche dopo la caduta del regime, mentre solo le disposizioni strettamente riconducibili all'ideologia mussoliniana venivano espressamente abrogate.

Con il mantenimento della legge professionale del 1933, gli avvocati italiani sceglievano la strada della sostanziale continuità, abbandonata solo ai giorni nostri con la l. 31 dicembre 2012 n. 247, recante *“Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”*<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> V. M. CEVELOTTI, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, Bologna, 1931, p.135

<sup>5</sup> A tale riguardo, non sarà fuor di luogo ricordare che la riforma forense richiamata nel testo, pubblicata in G.U. n. 15 del 18 gennaio 2013, ed entrata in vigore il successivo 2 febbraio, richiama ripetutamente il principio dell'indipendenza dell'avvocato, allorchè statuisce rispettivamente che *“l'avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge l'attività professionale”* (art. 2 comma 1); *“l'esercizio dell'attività di avvocato deve essere fondato sull'autonomia e sull'indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale”* (art. 3 comma 1); *“la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta leale competenza”* (art.3 comma 2)

## 2. *Diritto di difesa e artt. 24 e 111 Cost.*

L'indipendenza dell'avvocatura è, altresì, speculare a quella della magistratura, che, come recita l'art.104 Cost. è ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere. I due ruoli concorrono – seppure su versanti diversi – alla attuazione della giurisdizione e del principio del c.d. giusto processo (art.111 Cost.).

Difendere l'indipendenza della magistratura significa quindi, in ultima analisi, assicurare concretezza anche all'autonomia dell'avvocatura.

L'art. 24 comma 2 Cost., com'è noto, sancisce che *“la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del giudizio”*. Tale norma viene unanimemente decodificata dalla dottrina<sup>6</sup> come una garanzia dalla duplice portata: per un verso, la tutela per la parte di fare valere in giudizio le proprie ragioni e pretese, che rileva sotto il profilo delle finalità ultime della previsione costituzionale, per altro verso, l'assistenza tecnico-legale che attiene, invece, alle modalità di esercizio del presidio costituzionale dell'art. 24 cit.

A ciò si aggiunga il richiamo rispettivamente agli artt. 3 e 111 Cost.

Il principio di uguaglianza formale e sostanziale (art. 3) trova, com'è noto, realizzazione nel prevenire e scongiurare la possibilità di discriminazioni e disuguaglianze persino sul piano del diritto alla difesa, e in questo senso occorre considerare il terzo comma dell'art. 24 Cost., che assicura *“ai non abbienti con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”*.

Il principio del giusto processo, relativamente al primo e al secondo comma dell'art. 111 Cost., impone l'attuazione della giurisdizione, secondo i principi del *“contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale e della ragionevole durata”*, demandando al legislatore ordinario tale compito. Trattasi di previsione normativa che, a ben vedere, recepisce l'art. 14 n. 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e soprattutto l'art. 6 comma 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Appare, altresì, utile rammentare che nell'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>7</sup>, è consacrato il principio che *“ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare”*.

La volontà normativa a livello europeo ci consegna, quindi, una lettura del diritto di difesa certamente invertita rispetto a quanto emerge dal dettato costituzionale italiano.

La facoltà prevista dall'art. 47 cit. trova fondamento nella possibilità che la

<sup>6</sup> Da ultimo, cfr P. BARIILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2009, p. 264.

<sup>7</sup> La Carta dei diritti fondamentali è stata approvata a Nizza il 18 dicembre 2000 e riconosciuta nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, così come modificato dal Trattato di Lisbona del 2007, e successivamente ratificato dal Parlamento italiano nel 2008. Il valore giuridico della Carta è espressamente parificato a quello dei trattati e dunque vincolante per i giudici nazionali.

parte possa liberamente scegliere di avvalersi, o meno, dell'assistenza tecnico-professionale, ferme restando le garanzie per i non abbienti.

Nel panorama giurisprudenziale della Corte Costituzionale di casa nostra, si individuano significative pronunce che, negli anni, hanno riempito di contenuti la portata del diritto di difesa.

Il giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi sulla garanzia della difesa nei procedimenti, ha precisato che “*speculare alla inviolabilità del diritto di difesa è la irrinunciabilità di esso, quali ne siano le concrete modalità di esercizio*”<sup>8</sup>. Più in particolare, giova ricordare che il tema della qualificazione del diritto alla difesa come “inviolabile”, nel senso della irrinunciabilità affermato dalla sentenza da ultimo richiamata, è la conseguenza di un *iter* giurisprudenziale avviato con alcune precedenti pronunce. L'esigenza di garantire l'esercizio della difesa in ogni stato e grado di qualsivoglia procedimento, e davanti a qualunque magistratura, è emersa fin dalle prime valutazioni dei padri fondatori che hanno ravvisato nel testo dell'art. 24 cit. un'assoluta garanzia per tutti i cittadini di vedere tutelate le proprie ragioni in ambito giurisdizionale.

La Corte Costituzionale ha ben presto ulteriormente precisato che al “diritto inviolabile di difesa”, proprio per la portata generale della norma che la contiene, non si accompagna, nel testo costituzionale, l'indicazione, dotata di uguale forza cogente, delle concrete modalità di esercizio di quel medesimo diritto. Con la conseguenza che è consentito al legislatore ordinario, in funzione della differente struttura dei procedimenti, dei diritti e degli interessi in gioco, nonché delle peculiari finalità dei vari stati e gradi della procedura, fissare le coordinate per garantire effettività al diritto di difesa, alla tassativa condizione che esso venga comunque, seppure nelle differenti situazioni processuali, effettivamente garantito a tutti su un piano di uguaglianza.

Secondo il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività, o comunque con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale, rimanendo limitata a controversie ritenute di minore importanza, e comunque tutte di natura civile, la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte”<sup>9</sup> (c.d. autodifesa).

Il legislatore, quindi, dovrà valutare di volta in volta l'opportunità di prevedere, o meno, l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica, ma pur sempre assicurando che la parte processuale sia posta nella condizione di far valere le proprie ragioni nel procedimento<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. C. Cost. sent. 144/1995, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>9</sup> Cfr. C. Cost. sent. 125/1979, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>10</sup> Su questo punto, in merito all'art. 82 c.p.c., che prevede per alcune fattispecie la difesa personale, cfr. C. Cost., sent. n. 47/1971, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Quanto sin qui rilevato sul piano più generale, con particolare riferimento alla natura tecnica del diritto di difesa, ha trovato un assai pregnante riscontro in ambito penale, al quale peraltro era riconducibile l'originario dettato costituzionale, intervenuto proprio a seguito delle violazioni alla difesa, che avevano caratterizzato l'esperienza fascista. Ragione per cui la successiva giurisprudenza della Corte, sempre con riferimento al processo penale, ha blindato l'inviolabilità del diritto di difesa, anche nel senso di obbligatorietà dell'assistenza tecnica per l'imputato<sup>11</sup>.

### 3. *La solitudine dell'avvocato indipendente: due vicende paradigmatiche*

La prima vicenda umana e professionale, certamente da non dimenticare nella nostra odierna riflessione sull'indipendenza del difensore, reca la data del 17 maggio 1976, giorno in cui aveva inizio, davanti alla Corte di Assise di Torino, il processo ai cc.dd. capi storici delle Brigate Rosse.

All'apertura dell'udienza, gli imputati manifestavano la volontà di revocare il mandato ai difensori di fiducia, dichiarando contestualmente che non avrebbero accettato difensori d'ufficio.

Il Presidente della Corte nominava loro una decina di difensori d'ufficio, scelti negli appositi elenchi.

Gli imputati ribadivano di non volere avvalersi di difensori d'ufficio, minacciandoli di morte qualora avessero accettato l'incarico.

Quasi tutti i difensori così nominati rifiutavano di accettare e venivano deferiti alla Sezione istruttoria della Corte di Appello per l'applicazione della relativa sanzione (che, ai sensi dell'art.131 c.p.p. allora vigente, era quella della sospensione dall'esercizio della professione da uno a tre mesi).

A quel punto, il Presidente del collegio giudicante decideva di nominare difensore d'ufficio, tra gli altri, il Presidente dell'Ordine degli Avvocati dell'epoca Avv. Fulvio Croce.

Era un momento davvero assai particolare per l'avvocatura, la quale, in questa insolita dimensione di difesa rifiutata, stava indicando un nuovo coraggioso ruolo.

La strategia brigatista della tensione, messa in atto persino in sede processuale, esplose fragorosamente il 28 aprile 1977, allorquando un gruppo di brigatisti attendeva l'Avv. Fulvio Croce nell'androne del suo studio e lo uccide-

---

<sup>11</sup> Per una più approfondita disamina della tematica di cui al testo, si rinvia a B. RANDAZZO, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale Corti Costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid 13-15 ottobre 2011, 21 ss, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

va. A colleghi a lui vicini, egli aveva confidato di avere notato nei giorni precedenti gente sospetta nei pressi della sua abitazione e di essersi sentito pedinato, ma, ciò nonostante, non aveva ritenuto opportuno allertare le forze di polizia.

Il messaggio, neanche troppo subliminale, dell'attentato omicida era chiaro: il processo non si doveva celebrare!<sup>12</sup>

Ancora una volta, però, i difensori davano prova della loro fermezza, e quindi in ultima analisi indipendenza, ripresentandosi in blocco alla riapertura del processo nella primavera del 1978.

Il momento storico era decisamente delicato, gli attentati terroristici si erano susseguiti con un crescendo rossiniano (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'omicidio del giornalista Carlo Casalegno, del giudice Riccardo Palma, del maresciallo Rosario Berardi, nonché al rapimento di Aldo Moro, nel cui frangente rimasero uccisi tutti e cinque gli agenti della scorta) e le intimidazioni nei confronti degli avvocati del processo torinese proseguivano con appositi comunicati dal tenore inequivocabile (*“meditino i giudici, i giurati, gli avvocati e i loro familiari: il processo alle Brigate Rosse non si farà né domani né mai. Le avanguardie rivoluzionarie non possono e non debbono essere processate”* ed ancora *“con l'azione Croce il discorso non è chiuso, né questa linea di combattimento potrà esaurirsi prima della soluzione definitiva della contraddizione antagonistica che ci oppone agli avvocati di regime”*).

Preso atto del clima come sopra descritto e della situazione di stallo processuale determinatasi, quantomeno nella strategia difensiva, i difensori, nel restare al loro posto, decidevano di affidare le conclusioni sul proprio ruolo a una apposita memoria difensiva, nella quale rimarcavano i seguenti aspetti: a) abbiamo deciso di non rifiutare il patrocinio, perché questo non risolverebbe il problema, ma lo scaricherebbe sulle spalle degli altri; b) non intendiamo ridurre il nostro ruolo a un mero “fatto scenico”, magari arricchito da qualche oratoria esercitazione, perché non conciliabile con la dignità della professione; c) abbiamo considerato che un'attività difensiva degna di tal nome non può svolgersi in dichiarato contrasto con le scelte autentiche e i reali interessi dei nostri assistiti. Rimane inviolabile il loro diritto di difendersi, persino scegliendo di rinunciare a difendersi; d) abbiamo preso atto della impossibilità di concordare una qual-

---

<sup>12</sup> L'idea del rifiuto del processo era stata ispirata ai brigatisti da un libro dell'avvocato francese Jacques Vergès, uscito in Francia nel 1968 e tradotto l'anno successivo in Italia con il titolo *Strategia del processo politico*, Torino, 1969.

Il libro, dopo avere passato in rassegna una serie di processi storici (da Socrate a Cristo, dal processo di Norimberga a quello ai templari di Giovanna d'Arco etc...) suggeriva la distinzione di fondo tra “processi di connivenza” e “processi di rottura”, fondata essenzialmente sull'atteggiamento tenuto dall'imputato di fronte all'ordine pubblico. Se lo accetta, il processo è possibile e ciò avvia il dialogo tra accusato che spiega il proprio comportamento e giudice i cui valori vengono rispettati. Se non lo accetta, l'apparato giudiziario si disintegra e si perviene alla frattura.

sivoglia linea difensiva, processuale o di merito che sia; e) concludiamo che l'unica soluzione razionale è quella di restare al posto assegnatoci dalla legge, con l'esclusivo proposito di controllare ed esigere il rispetto delle fondamentali norme del rito, anche alla luce dei principi costituzionali.

A titolo di cronaca, il processo si concluderà con ventinove condanne e quindici assoluzioni<sup>13</sup>, ma non è tanto questo che in questa sede deve interessarci, quanto piuttosto il rilievo che un gruppo di avvocati in quell'occasione aveva combattuto in prima persona una battaglia per l'indipendenza e, per quel tramite, anche per la democrazia del nostro paese, così profondamente lacerata in quegli anni!

Veniamo alla seconda vicenda, anch'essa assai paradigmatica ai fini che oggi ci occupano.

*“L'anno 1979, oggi 12 luglio, alle ore 12.30, nell'ufficio del Giudice..., sono presenti tutte le parti di cui al presente verbale... Non è presente l'Avv. Giorgio Ambrosoli. Il Giudice istruttore fa presente che l'Avv. Giorgio Ambrosoli è stato assassinato in data 11 luglio 1979 alle ore 24.00 circa”.* Così si legge testualmente nel verbale redatto il giorno successivo a quello in cui l'Avv. Giorgio Ambrosoli aveva concluso la sua deposizione dinnanzi ai giudici americani della rogatoria disposta nel processo in corso a carico di Sindona davanti alla Corte Federale di New York per la bancarotta della *Franklin National Bank*.

Chi era Ambrosoli? *“Un avvocato di Milano. Né oscuro né famoso. Rigido, intransigente, moralista, incapace di sfumature e ambiguità, con una durezza corretta soltanto dall'ironia. È un uomo serio, brusco, sicuro delle sue scelte, anche se questo non esclude il dubbio. Non torna sulle sue decisioni, se le ritiene giuste”*<sup>14</sup>. Com'è noto, si trattava di un libero avvocato, al quale la Banca d'Italia aveva affidato l'incarico di Commissario liquidatore della Banca Privata Italiana, oggetto di un disperato tentativo di salvataggio a spese dello Stato da parte del Sindona, già incriminato per bancarotta negli Stati Uniti. Nelle fasi tormentate della ricostruzione delle frodi commesse dal Sindona in danno dei risparmiatori (pensando alle parallele, successive vicende della Cirio e della Parmalat, verrebbe da concludere, non senza amarezza, che la storia può anche non insegnare nulla!), e delle insidie e ostacoli disseminati dall'Italia “ufficiale” lungo il percorso commissariale (con le uniche eccezioni della Banca d'Italia e della Procura di Milano), Giorgio Ambrosoli veniva abbandonato in un isolamento totale, assoluto, compatto, nonostante gli avvertimenti e le minacce di morte

---

<sup>13</sup> Per una assai dettagliata ricostruzione delle strategie difensive messe in atto nel corso del processo di cui al testo, si rinvia a G. BERTI ARNOALDI VELI, *Trent'anni dopo il processo ai capi storici delle BR. Torino 1976*, in *La Previdenza Forense*, 2006, p. 115 ss.

<sup>14</sup> Così testualmente C. STAJANO, *Un eroe borghese*, Einaudi, 1991; per una ricostruzione più recente della vicenda di cui al testo, innestata altresì nel clima degli affetti familiari, v. anche U. AMBROSOLI, *Qualunque cosa succeda*, Sironi Ed. 2009.

ricevute, fino alla sera in cui un sicario si premurava di togliergli la vita! Ai suoi funerali, il 14 luglio del 1979, non partecipava alcun rappresentante del governo in carica né tantomeno alcuna autorità dello Stato, eccezion fatta per l'allora Governatore della Banca d'Italia Baffi.

Ancora più sorprendente è scoprire che l'Avv. Ambrosoli aveva da tempo pienamente avvertito il presagio di quanto di lì a poco gli sarebbe accaduto, atteso che nel testamento scriveva alla moglie, con straordinaria lucidità e sobrietà, le seguenti parole: *“è indubbio che in ogni caso pagherò a molto caro prezzo l'incarico; lo sapevo prima di accettare e quindi non mi lamento affatto perché per me è data un'occasione unica di fare qualcosa per il paese”*.

Perché si è scelto di rievocare queste due vicende umane, prima ancora che professionali, auspicabilmente senza alcun accento retorico (la memoria corre a Voltaire, che pare andasse ripetendo *“non amo molto gli eroi, perché fanno troppo rumore”*)?

Non certo per andare a verificare caso per caso come si sarebbero potuti scongiurare i due eventi infausti (operazione nella quale non sono ancora riuscite a tutt'oggi menti assai più raffinate di quella dell'autore del presente contributo), quanto piuttosto per focalizzare l'attenzione su quello che rimane il problema di fondo, di carattere più generale, vale a dire quello della opzione tra avvocato garante e avvocato servente, con la quale ciascun avvocato, degno di tale titolo, persino quello con tanta anzianità di servizio, è chiamato quotidianamente a confrontarsi.

Certo, la scelta di essere “garanti della società” provoca ricadute abbastanza evidenti all'interno della stessa categoria professionale.

Gli avvocati – giova ribadirlo una volta di più, a scanso di equivoci – sono cittadini che si sforzano ogni giorno di assolvere individualmente con dignità e responsabilità la loro funzione. E di ciò sembrano avere acquisito piena consapevolezza i rappresentanti delle Avvocature Europee, riuniti a Roma il 16 novembre u.s., in occasione della Terza Conferenza Europea su *“Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo”*, organizzata dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura e dal Consiglio Nazionale Forense. In occasione di quella recentissima assise, sono stati una volta di più riaffermati i seguenti principi: a) lo stato di diritto può essere garantito soltanto da avvocati liberi e indipendenti. Tale indipendenza, in quanto fondamento del diritto inviolabile della difesa, oltre che un diritto, è anche un dovere deontologico dell'avvocato; b) gli avvocati, nell'esercizio della professione, sono tenuti al rispetto di un'etica professionale costituita da canoni deontologici e dai doveri e dalle responsabilità verso gli altri per la tutela dei diritti umani e fondamentali; c) gli avvocati assolvono una funzione sociale, dalla quale derivano responsabilità e doveri specifici; d) gli ordinamenti giuridici dovranno riconoscere esplicitamente la funzione sociale dell'avvocato, intesa non solo come partecipazione alla corretta amministrazione della giustizia, ma anche come adempimento di

inderogabili doveri verso la collettività; e) gli avvocati si impegnano affinché l'etica professionale, e in particolare i doveri inerenti alla responsabilità sociale dell'avvocato, costituiscano temi essenziali della formazione professionale dei giovani e continua.

Se la superiore premessa può considerarsi corretta, non si può certo, di contro, trascurare di considerare che l'avvocatura costituisce oggi più che mai, con i numeri esponenziali che registra, un corpo composito ed eterogeneo, riproduzione fedele della società in cui è chiamata ad operare.

Il numero degli "avvocati serventi" – occorre denunciarlo con assoluta onestà intellettuale – già lievitato sin qui anche grazie all'indifferenza della categoria, allo sguardo svogliato di istituzioni e associazioni forensi, alla comodità del conformismo e alla prudente ambiguità del non compromettersi, è destinato ad aumentare ulteriormente per effetto delle recentissime riforme introdotte nel comparto delle libere professioni.

Gli attentati all'indipendenza dell'avvocato – senza con ciò volere minimamente assumere posizioni di retroguardia rispetto alle novelle legislative, in ultima analisi ispirate prevalentemente, anche se non sempre esclusivamente, all'obiettivo meritorio di aprire nuovi sbocchi occupazionali alle giovani generazioni – possono, infatti, provenire da molteplici versanti [si pensi, a titolo esemplificativo, al declino della deontologia, che ha dismesso da tempo gli abiti del "*supplemento d'anima*" (BERGSON), alla abolizione delle tariffe minime, alla formazione professionale dell'avvocato come pre-requisito, alla particolarissima posizione del difensore *part time*, alla ridotta durata del tirocinio professionale condotto presso lo studio del *dominus*].

I limiti di spazio, per non tacere di quelli di tolleranza del lettore, del presente contributo alla riflessione impediscono di analizzare nel dettaglio le ragioni, peraltro spesso legate alle prassi applicative, per le quali le innovazioni surrichiamate, oggi definitivamente approvate, rischiano di pregiudicare – se non addirittura di compromettere irrimediabilmente – il valore assoluto dell'autonomia, dell'indipendenza del difensore. Ad ogni buon conto, forse sarebbe il caso che gli organismi istituzionali e associazionistici dell'avvocatura avviassero una seria riflessione su quei profili pratici di attuazione della recente riforma, che coinvolga tutte le componenti interessate (e, *primi inter pares*, le generazioni di professionisti che verranno, sino a oggi del tutto emarginate dal dibattito) e che sensibilizzi adeguatamente la c.d. società civile sulla questione dell'effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, tutti parimenti meritevoli di tutela. Una riflessione che – anche in chiave di doverosa autocritica – analizzi le numerose ed eterogenee inadempienze, delle quali storicamente la categoria si è resa sin qui responsabile.

L'avvocatura, come corpo sociale, ha sempre evitato di riconoscersi (e, francamente, non è possibile stabilire quante volte ciò ha fatto in buona fede!) in un centro di imputazione di responsabilità civili ed etiche, idoneo a raggrup-

pare le sue molte anime, manifestando per quella via una presenza pregnante all'interno del tessuto sociale. Tale *vulnus* si coglie in tutta evidenza nelle differenti rappresentanze di categoria che, se per un verso espressione di sano pluralismo, per altro verso troppo spesso hanno finito per ripiegarsi su interessi settoriali, gelose degli spazi, peraltro angusti, sin a quel momento conquistati. Da siffatti scenari ne è derivata – verrebbe da dire, inevitabilmente – una conseguente autoreferenzialità, come sovente accade accompagnata da divisioni, da fratture interne, tradottesi negli anni in una permanente crisi di rappresentatività.

Se, dunque, per un verso occorre prendere atto che l'individualismo continua a costituire il patrimonio genetico dell'avvocato del nostro tempo, non è parimenti meno vero che le vicende "eroiche" (nel senso, stavolta, di ispirate dalla ferma intenzione di essere normali: ciò che ai giorni nostri costituisce per tanti la difficoltà più grande!) degli avvocati Croce e Ambrosoli si rivelano da sole inadeguate ad esprimere una posizione autenticamente "indipendente" in difesa dei diritti e delle libertà del cittadino<sup>15</sup>.

Occorre tenere conto di tale *humus* quando ci si interroga sulle ragioni per le quali l'avvocatura ha scelto in passato – e continua talvolta a scegliere tutt'oggi – di non reagire nei confronti del potere costituito, resosi responsabile di violazioni di diritti umani fondamentali, ovvero sul perché non riesce a trasmettere alla c.d. società civile un'immagine di sé come categoria attivamente impegnata sui problemi generali del diritto e dei diritti.

La sensazione, peraltro assai diffusa nelle coscienze più sensibili, è quella che essa non abbia ancora raggiunto la piena consapevolezza che quella or ora richiamata rimane la condizione essenziale perché la professione di avvocato, unitariamente considerata, incarni nei fatti la sua indipendenza da ogni potere, ascrivendosi, al tempo stesso, con dignità un ruolo di "garante" nella società democratica di quei diritti (che non consiste soltanto nel difendere in modo tecnicamente ed eticamente corretto il cliente), e valorizzi quel profilo pubblicitario nel quale risiede la sua specificità. Solo per quella via, essa verosimilmente riuscirà ad assicurare quotidiana attuazione al precetto – scolpito nell'art.10 del suo Codice deontologico attualmente in vigore – a tenore del quale "*nell'esercizio della attività professionale l'avvocato ha il dovere di conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti interni. L'avvocato non deve tenere conto di interessi riguardanti la propria sfera personale*".

---

<sup>15</sup> I rilievi di cui al testo, di carattere politico-forense, prendono spunto dalle puntuali osservazioni di A. MARIANI MARINI, *Essere indipendenti. Giorgio Ambrosoli trent'anni dopo*, in *La previdenza Forense*, 2010, p. 11 ss.

#### 4. *Indipendenza dell'avvocato, effettività del diritto di difesa e dimensione sovranazionale*

L'indipendenza dell'avvocato – sembra, a questo punto, quasi pletorico ripeterlo – rimane una condizione indispensabile perché egli possa svolgere, in modo coerente alla funzione, i compiti che il sistema multilivello delle fonti sovranazionali gli assegna. A ben vedere, sono i medesimi compiti, riportati sia nel Codice di deontologia degli avvocati europei del 1988 sia in quello deontologico forense italiano, e puntualmente richiamati altresì nelle varie raccomandazioni succedutesi nel tempo del Consiglio d'Europa e del Parlamento Europeo, nonché nei principi delle Nazioni Unite.

Appare, infatti, di tutta evidenza che la tutela effettiva ed efficace dei diritti dell'Uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri – valore contemplato anche nel Codice del Consiglio degli ordini forensi europei (*Conseil des Barreaux Europeens* – CCBE)<sup>16</sup>, oltre che nell'art.7 del Codice deontologico di casa nostra – passa attraverso la difesa dell'indipendenza del professionista forense nei confronti dei differenti centri di imputazione.

Ciò posto, occorre ricordare che, a proposito del tema che ci occupa, una tappa certamente significativa sul versante sovranazionale è rappresentata dalla Risoluzione del Parlamento Europeo del 23 maggio 2006, nella quale viene a più riprese rimarcato il ruolo del difensore<sup>17</sup>.

Richiamando i più consolidati orientamenti della Corte di Giustizia di Lussemburgo, la predetta Risoluzione fissa i principi fondamentali dell'Unione Europea in tema di diritto di difesa, puntualizzando più nel dettaglio che: a) l'indipendenza, l'assenza di conflitti di interesse e il segreto/confidenzialità professionale costituiscono valori fondamentali della professione legale che rappresentano condizioni di pubblico interesse; b) appare necessario adottare regolamenti a protezione di tali valori irrinunciabili per l'esercizio concreto della professione legale, nonostante gli inerenti effetti restrittivi della concorrenza che ne potrebbero risultare; c) lo scopo del principio di libera prestazione di servizi, applicato alle professioni giuridiche, è quello di promuovere l'apertura dei mercati nazionali mediante la possibilità offerta ai prestatori d'opera e ai loro clienti di beneficiare pienamente del mercato interno della Comunità.

Precisando, altresì, che *“qualsiasi riforma delle professioni legali ha conseguenze importanti che vanno al di là delle norme della concorrenza, incidendo nel campo della libertà, della sicurezza e della giustizia e, in modo più ampio, sulla protezione dello stato di diritto dell'Unione Europea, ed inoltre che la protezione adeguata*

<sup>16</sup> V. anche sito internet di riferimento [www.cbe.org](http://www.cbe.org).

<sup>17</sup> Per il testo integrale della Risoluzione di cui al testo, vai al sito [www.consiglionazionaleforense.it/site/home/per/documento\\_5502.html](http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/per/documento_5502.html)

*dei diritti umani e delle libertà fondamentali cui ha diritto ogni persona nel campo economico, sociale, culturale, civile e politico richiede che ogni persona abbia effettivo accesso ai servizi legali forniti da una professione legale indipendente”.*

E, con ancora più spiccata sensibilità, rimarcando che essa: a) riconosce pienamente la funzione cruciale esercitata dalle professioni legali in una società democratica, al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, e ciò sia nel momento in cui gli avvocati rappresentano e difendono il cliente in giudizio sia quando svolgono attività di consulenza extraprocessuale; b) ribadisce l'importanza delle norme volte a garantire l'indipendenza, la competenza, l'integrità e la responsabilità dei professionisti legali, con l'obiettivo di assicurare la qualità dei loro servizi, a beneficio non solo dei loro clienti, bensì anche dell'interesse pubblico; c) ricorda alla Commissione UE che le finalità della regolamentazione dei servizi legali sono la protezione dell'interesse pubblico, la garanzia del diritto di difesa e l'accesso alla giustizia e la sicurezza nell'applicazione della legge e che, per queste ragioni, non possono essere conforme ai desideri del cliente.

La giurisprudenza EDU ha, più in dettaglio, chiarito innanzitutto che la garanzia del diritto di difesa costituisce espressione particolare del diritto all'equo processo di cui all'art.6 § 1 CEDU.

Essa ha sin qui prevalentemente incentrato le sue attenzioni sulla difesa d'ufficio e sulla sua effettività nelle prassi applicative, richiamando il valore della qualificazione professionale di quel difensore come substrato irrinunciabile della sua indipendenza.

Già nel 1980, decidendo il caso *Artico c. Italia* (sent. Corte Edu 13 maggio 1980), al § 33, il Giudice di Strasburgo aveva ricordato che il diritto di difesa, posto al cuore del concetto stesso di equo processo, deve essere garantito in modo concreto ed effettivo, non potendo una società democratica accettare che l'attività del difensore rimanga a livello teorico, o peggio ancora, illusorio.

L'art.6 co.3 *lett.c)* della Convenzione parla di assistenza difensiva, e non di semplice nomina del difensore. Ciò significa che lo Stato non può limitarsi a designare un difensore d'ufficio all'imputato che non abbia voluto sceglierne uno di fiducia. Deve anche farsi parte diligente nel garantire che il difensore nominato svolga effettivamente il suo ruolo. La nomina in sé non assicura l'effettività dell'assistenza difensiva. Ciò non significa imputare tutte le mancanze del difensore d'ufficio all'autorità giudiziaria, bensì imporre a quest'ultima un onere di intervento nel caso in cui venga a conoscenza della circostanza che l'avvocato nominato si sottrae di fatto ai suoi doveri. In tale evenienza, deve essere assicurata una difesa effettiva attraverso la sostituzione del difensore inerte, ovvero inducendo lo stesso ad assolvere i suoi compiti (sent. *Artico cit.*, § 36).

Nella successiva sentenza 9 aprile 1984, *Goddi c. Italia*, § 31, il Giudice europeo ha chiarito altresì che non è di sua competenza sindacare le modalità con cui il difensore, in scienza e coscienza, abbia deciso di svolgere il suo mandato.

Nell'ottica del rispetto della CEDU, ciò che conta è che i giudici nazionali hanno il compito di vigilare affinché sia garantito all'imputato l'effettivo godimento del diritto a un processo equo, in cui è ricompresa anche una difesa adeguata.

Nel caso di specie, il difensore d'ufficio, nominato nel corso di una udienza del giudizio di appello, non aveva avuto il tempo e le condizioni necessarie per studiare gli atti del processo, per preparare la discussione e, se necessario, per prendere contatti con il proprio assistito. Nonostante l'atteggiamento passivo dello stesso difensore d'ufficio, e nel rispetto del fondamentale principio dell'indipendenza dell'avvocatura, l'autorità procedente avrebbe dovuto adottare misure positive per consentire all'avvocato di adempiere al suo compito nelle migliori condizioni, rinviando il dibattimento, o comunque ordinando una congrua sospensione dell'udienza (sent. Goddi cit., § 31).

La Corte Europea ha avuto modo in più occasioni di dettare le linee guida dell'onere di intervento imposto all'autorità procedente.

Le carenze della difesa d'ufficio devono risultare manifeste, ovvero devono essere segnalate al giudice, magari dallo stesso imputato (cfr. sent. Corte EDU, 21 aprile 1998, Daud c. Portogallo, § 38).

La responsabilità dell'autorità giudiziaria e il conseguente onere di intervento sorgono solo a fronte di una deficienza grave, capace di incidere negativamente sulla regolarità dello svolgimento del processo, come tale rilevabile dal giudice. Oppure deve trattarsi di una carenza che non è di immediata evidenza, ma che l'imputato può avere interesse a fare rilevare affinché vengano adottati i provvedimenti idonei a sanarla.

Con più specifico riferimento alla casistica di vicende di "*carenza manifesta*", possono richiamarsi le seguenti situazioni processuali: a) deve essere il giudice a disporre direttamente il rinvio dell'udienza quando il difensore, appena nominato, non abbia avuto il tempo materiale di prendere cognizione degli atti processuali e, ciò nondimeno, non chieda che gli venga assegnato un congruo termine (sent. Daud, cit., §§ 39-43); b) il mancato rispetto, da parte dell'avvocato d'ufficio, di semplici regole formali nella presentazione di un ricorso per cassazione, con conseguente inammissibilità dello stesso, integra una situazione di palese inadeguatezza della difesa tecnica che richiede l'adozione di idonei correttivi da parte dell'autorità procedente. La Corte EDU ha ritenuto che in tal caso fosse compito della Corte di Cassazione invitare il difensore d'ufficio a completare, o correggere, il ricorso, piuttosto che dichiararlo inammissibile. Tale intervento è stato giudicato non lesivo dell'indipendenza dell'avvocatura e della parità delle armi fra le parti processuali (cfr. sent. Corte EDU, 10 ottobre 2002, Czekalla c. Portogallo, §§ 68-71).

Da ultimo, mette conto di essere ricordata una recente vicenda nella quale l'Italia è stata condannata per l'ineffettività della difesa d'ufficio (cfr. sent. Corte EDU, 27 aprile 2006, Sannino c. Italia, §§ 50-52).

Nel corso di un complesso processo per bancarotta fraudolenta, il difensore di fiducia aveva rinunciato al mandato. Era quindi stato nominato in sostituzione un difensore d'ufficio, al quale tuttavia non veniva comunicata la designazione, ma solo la data in cui si sarebbe tenuta l'udienza successiva. Mancando una rituale comunicazione della nomina, il difensore d'ufficio non si è mai presentato in udienza, senza peraltro che tale comportamento fosse censurabile sotto il profilo deontologico.

Nel corso delle numerose udienze celebrate, erano stati nominati diversi sostituti del difensore d'ufficio originariamente designato, i quali si comportavano in maniera del tutto passiva, non chiedendo mai un termine a difesa, non svolgendo alcuna attività processuale, non conferendo mai con l'imputato, pur presente in udienza.

Lo stesso imputato non ha cercato una interlocuzione con loro, né si è rivolto al giudice per denunciare l'ineffettività dell'assistenza difensiva.

L'inerzia dell'imputato non ha, però, inciso sulla valutazione della Corte EDU, per la quale le carenze riscontrate nell'operato dei vari sostituti, succedutisi nel tempo, erano così manifeste da richiedere l'intervento dell'autorità procedente per garantire all'imputato l'effettività della difesa tecnica.

Stanti così le cose, vien fatto di domandarsi quali possano essere le soluzioni più adeguate al problema per il futuro.

La risposta, elaborata dalla più attenta dottrina<sup>18</sup>, è quella che “ *il giudice deve vigilare, sollecitare l'avvocato al rispetto dei suoi doveri ed eventualmente sostituirlo con un altro difensore d'ufficio, ma non può intervenire direttamente nella gestione della difesa dell'imputato. La vigilanza deve quindi necessariamente limitarsi ai “dati esteriori” dell'inattività difensiva, senza poter tralignare nel sindacato sul merito di un'eventuale strategia.*

*Volendo semplificare, il giudice potrà valutare come sintomi dell'inefficacia della difesa d'ufficio la mancata presa di contatto con l'imputato, soprattutto se detenuto, l'omesso accesso agli atti del procedimento, l'assenza ingiustificata dalle udienze.*

*Non potrà invece chiedere conto delle ragioni per le quali il patrocinatore non ha avanzato richieste di prova nel corso del dibattimento o non si è avvalso di una facoltà prevista dalla legge. Tali comportamenti potrebbero, infatti, rientrare a pieno titolo in una strategia concordata con l'assistito.*

*Il quadro cambierebbe se fosse proprio l'imputato a sollecitare l'intervento giurisdizionale, denunciando il fatto che le omissioni, o le carenze, sono ascrivibili esclusivamente al disinteresse per la vicenda processuale o all'incapacità del professionista. In tal caso, il giudice sarebbe legittimato, anzi avrebbe il*

---

<sup>18</sup> O. MAZZA, *L'effettività della difesa d'ufficio*, in *Giurisprudenza Europea e Processo Penale Italiano* (a cura di A. Balsamo e R. E. Kostoris), Torino 2008, p. 169 ss.

*dovere di richiamare il legale al rispetto degli obblighi deontologici, pena la sua sostituzione con altro difensore d'ufficio".*

##### 5. *Rilievi conclusivi (niente affatto esaustivi)*

Nel processo di integrazione europea dell'avvocato (ormai ampiamente avviato, ma non ancora certo concluso), occorre prendere atto, non senza disappunto, dello scarso contributo sin qui offerto dai governi dei paesi membri alla diffusione tra gli operatori del diritto di una cultura comunitaria, connotata da interessi comuni e da un comune linguaggio giuridico.

Per non tacere, poi, degli ostacoli e dei clamorosi ritardi che hanno incontrato – nel nostro paese, perverso, in misura davvero sconcertante – le novità legislative comunitarie e della conseguente situazione di incertezza derivante dalla contemporanea operatività di vecchi principi nazionali e nuove coordinate sovranazionali.

In secondo luogo, a parte le incidenze che persino nell'ambito dell'avvocatura produrrà la nuova dimensione europea, le sostanziali differenze che permangono tra la professione forense e le altre professioni liberali, tra i sistemi giuridici vigenti in Europa (*common law e civil law*), tra i sistemi di formazione degli avvocati, sollevano problemi di non poco momento in tema di individuazione delle possibili soluzioni sulle future scelte riformatrici comunitarie del settore.

I rilievi che precedono, in uno con le obiettive difficoltà di riformare la professione che hanno sin qui incontrato i legislatori nazionali, inducono a una profonda cautela nel prospettare i possibili, futuri scenari dell'avvocatura in Europa, pur lasciando intuire, quantomeno all'interprete più sensibile, l'esigenza del varo di un nuovo ordinamento professionale al passo con i tempi e con la nuova realtà dell'Unione Europea dei giorni nostri.

Il mondo del diritto ha registrato una assai significativa svolta con l'entrata in vigore in data 1 Dicembre 2009 del Trattato di Lisbona del 2007, attraverso il quale l'Unione Europea ha riconosciuto i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza, nella duplice versione del 2000 e del 2007), alla quale viene riconosciuta la medesima efficacia giuridica dei trattati.

Esso ha, altresì, stabilito l'adesione della Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, con il conseguente effetto che quei diritti e quelle libertà fondamentali entrano a far parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Ciò comporta nuovi doveri e più alte responsabilità giuridiche persino per gli operatori (segnatamente avvocati e giudici), i quali concorrono all'interpretazione e alla conseguente applicazione del diritto.

Nel nuovo assetto giuridico, rivive in tutta la sua pienezza il principio di legalità, riacquistando, per l'effetto, un ruolo centrale. Nei preamboli del Trat-

tato e della Carta vengono solennemente richiamati i principi di democrazia e dello stato di diritto (già evocati, peraltro, dalla nostra Carta costituzionale) quali fondamenti della Unione Europea, e, nel catalogo dei diritti fondamentali in materia di uguaglianza avanti alla legge, dei diritti di cittadinanza, di rispetto dei valori della giustizia e della solidarietà, vengono alla luce doveri a presidio della legalità, ritenuta preconditione ineludibile per il rispetto dei diritti inviolabili della persona.

È appunto questo il solco nel quale si innestano in una nuova dimensione i doveri e le responsabilità degli avvocati, soggetti per vocazione preposti alla tutela dei diritti dei cittadini nei confronti sia dello Stato sia degli altri poteri.

Certo, provando a scendere dall'empireo dei principi per immergersi nella dura realtà del ruolo in concreto svolto dall'avvocatura nella crisi di legalità che investe la nostra società, la sensazione netta – occorre riconoscerlo con tutta onestà intellettuale – è che la responsabilità sociale, cui dianzi si accennava, non costituisca affatto patrimonio già acquisito del difensore dei giorni nostri.

Al contrario, la quotidianità ci consegna un ruolo sempre più ripiegato sull'idea di una professione privatistica, tutta racchiusa all'interno dei confini del mandato professionale ricevuto e degli interessi di categoria che, per quanto legittimi, non sempre si rivelano in sintonia con quelli della c.d. società civile, e che in ogni caso non sono percepiti da quest'ultima con tale rilievo. Ecco, quindi, imboccare l'abbrivio di una condizione dell'avvocatura di corpo separato nella società, che mentre subisce una evidente perdita di prestigio e di rilievo sociale, vive la sofferenza della grave crisi della giustizia, che ne umilia, pressochè quotidianamente, la funzione, e assiste con evidente rassegnazione alla crisi crescente della legalità e del diritto che altera le condizioni che garantiscono l'esercizio di una professione libera e indipendente.

Lo sbocco finale di un siffatto percorso – va detto con assoluta chiarezza, velata da profonda tristezza – è un avvocato senza qualità, mero prestatore di servizi, operatore privato in un mercato indifferente ai valori dell'etica e della responsabilità sociale, che non richiede – e comunque a tutto voler concedere, non apprezza affatto – indipendenza e rigore morale nel professionista legale, preferendolo piuttosto asservito a logiche destinate a volare ben più alto della sua testa.

Da qui la straordinaria attualità del messaggio di "impegno civile" proveniente dai colleghi rimasti colpiti dal fuoco delle armi nemiche, in ultima analisi, proprio perché avevano interpretato, in tutta la sua pienezza e con largo anticipo, tale esigenza di cambiamento e di riconsiderazione del rapporto dell'avvocato con la collettività.

È questo forse l'impegno più gravoso che all'avvocato è richiesto dall'Europa oggi che i processi della storia e le aspirazioni dei popoli travolgono le anacronistiche riluttanze dei governi, notoriamente assai poco disponibili ad abdicare alla propria sovranità, vale a dire quello che anche egli, al pari di

qualunque altro cittadino della Unione Europea, compia uno sforzo di ampliamento dei suoi orizzonti culturali e politici, creando, per quella via, le premesse per la rifondazione di un nuovo ruolo di avanguardia nella società in continua trasformazione secondo ritmi di sviluppo con i quali né la scienza del diritto né la legislazione riescono a tenere il passo.

L'avvocato europeo, insomma, comincia a esistere, malgrado le inadeguatezze sociali e normative, nel momento in cui avverte su di sé questa grande responsabilità collettiva e la vive ogni giorno senza condizionamenti di sorta, in una parola, con autentica indipendenza!

Giunti al termine di questo momento di riflessione, viene la tentazione (alla quale è davvero difficile riuscire a resistere, non fosse altro che per ragioni di coerenza argomentativa, che per un avvocato rimane pur sempre un valore assoluto) di affidare la conclusione delle modeste riflessioni che precedono alle parole intrise di saggezza di un insigne giurista<sup>19</sup>. Trattasi di scelta operata anche sulla scorta della ormai raggiunta duplice consapevolezza (privilegio degli anni che passano!) che per un verso *“tutti i pensieri intelligenti sono già stati pensati; occorre solo tentare di ripensarli”* (GOETHE) e per altro verso che *“faccio dire agli altri quello che non so dire bene io, sia per la debolezza del mio linguaggio, sia per la debolezza della mia intelligenza”* (MONTAIGNE).

Ma torniamo alla arguta riflessione del nostro giurista, il quale ci riporta le parole ascoltate da un vecchio magistrato a riposo dopo cinquanta anni di onorata carriera: *“ciò che può costituire un pericolo per i magistrati (ma il discorso vale, mutatis mutandis, in identica misura per l'avvocato – n.d.a.) non è la corruzione... e neanche sono da considerarsi minacce molto gravi per l'indipendenza dei magistrati le inframmettenze politiche ... Il vero pericolo non viene dal di fuori: è un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate, una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché l'intransigenza costa troppa fatica. Nella mia lunga carriera... ho conosciuto giudici non di rado indolenti, disattenti, svogliati, pronti a fermarsi alla superficie, pur di sfuggire al duro lavoro di scavo che deve affrontare chi vuole scoprire la verità. Spesso questa superficialità mi è sembrata un portato inevitabile, e scusabile, dell'eccessiva mole di lavoro che gravava su certi magistrati; ma ne ho conosciuti alcuni (i migliori) che, anche sovraccarichi così, riuscivano, rubando le ore al sonno, a studiare con scrupolosa diligenza tutte le cause ad essi affidate... La pigrizia porta ad adagiarsi nell'abitudine, che vuol dire intorpidimento della curiosità critica e sclerosi dell'umana sensibilità: al posto della pungente pietà che obbliga lo spirito a vegliare in permanenza, subentra con gli anni la comoda indifferenza del burocrate, che gli consente*

---

<sup>19</sup> P. CALAMANDREI, *“Elogio dei giudici scritto da un avvocato”*, Firenze, 1989, XXIV, p. 269 ss.

*di vivere dolcemente in dormiveglia... Creda a me: la peggiore sciagura che potrebbe capitare a un magistrato sarebbe quella di ammalarsi di quel terribile morbo dei burocrati che si chiama il conformismo. È una malattia mentale, simile all'agorafobia: il terrore della propria indipendenza, una specie di ossessione, che non attende le raccomandazioni esterne, ma le previene, che non si piega alle pressioni dei superiori, ma se le immagina e le soddisfa in anticipo".*

**THE INDEPENDENCE OF THE LAWYER  
BETWEEN CONSTITUTIONAL PROTECTION AND SUPERNATIONAL DIMENSION**

by Maurizio Gemelli

**Abstract**

The paper, after having briefly run over the most significant steps on the independence of the lawyer, starts to examine the profiles of constitutional protection of the right of defence in the Italian system and then it deals with the supernational front, particularly concerning the effectivity of the legal aid, analysed through the magnifying glass of the sentences of the European Court of Human Rights.

The treatment then recalls and develops, also given examples of paradigmatic events, the themes of the social function of the lawyer and its related coordinates, also within the limits of the law of the European Union. It also pays a more detailed attention of the lawyers on the undelayable need of new cultural horizons, preliminary to the birth of a new social responsibility.

*Hanno collaborato a questo numero:*

Guido Corso

*Professore ordinario di Istituzioni di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi Roma Tre*

Lucia Corso

*Professore associato di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi "Kore" di Enna*

Maurizio Gemelli

*Avvocato in Palermo*

Enzo Maria Marengi

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Salerno*

Giovanni Pitruzzella

*Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo - Presidente dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*

Fabio Saitta

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro*

Filippo Salvia

*Professore ordinario di Istituzioni di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Palermo*

Maria Alessandra Sandulli

*Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università degli Studi "Roma Tre"*

Antonella Sciortino

*Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Palermo*

Finito di stampare nel mese di giugno 2013  
presso Arti Grafiche Solimene s.r.l. - Casoria (Na)  
per conto di Editoriale Scientifica s.r.l.